



“CULPABILIDAD JURÍDICO PENAL Y NEUROCIENCIAS: UNA APROXIMACIÓN
MULTIDISCIPLINARIA A LA FUNDAMENTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA
CULPABILIDAD FRENTE A LOS ACTUALES AVANCES CIENTÍFICOS”

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

NICOLÁS ALFONSO ACEVEDO VEGA

Profesor guía: Sr. Eduardo Sepúlveda Crerar

Santiago, Chile,

2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I NEUROCIENCIAS Y NEUROÉTICA.....	12
1. LAS NEUROCIENCIAS.....	12
a. Concepto y objetivo de las Neurociencias.	12
b. Las Neurociencias y la evolución de la comprensión del cerebro	16
c. Las bases neurológicas de la conducta moral.	22
d. Problemas que plantean los avances de las Neurociencias.....	32
2. LA NEUROÉTICA	37
a. Concepto y desarrollo de la Neuroética	37
b. El objeto de la Neuroética.....	44
c. La relación entre Derecho y Neurociencias.....	50
CAPÍTULO II CULPABILIDAD Y LIBRE ALBEDRÍO	56
1. NOCIONES GENERALES	57
a. Introducción.....	57
b. Concepto y funciones de la culpabilidad.....	62
2. CULPABILIDAD Y LIBRE ALBEDRÍO	70
a. El fundamento antropológico de la culpabilidad: libre albedrío.....	70
b. Crítica de la teoría positivista y reformulación del indeterminismo	78
c. La libertad de voluntad en la filosofía contemporánea	85
3. TENDENCIAS CLÁSICAS Y MODERNAS SOBRE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD JURÍDICO-PENAL.....	99
a. Evolución del concepto de culpabilidad	99
b. El concepto material de culpabilidad.....	106
4. CULPABILIDAD Y PENA	115
a. El principio de culpabilidad.	115
b. Culpabilidad y retribución: la justificación jurídica y moral de la pena	119
c. Culpabilidad y prevención: la reducción de la culpabilidad al fin preventivo de la pena.	125
d. Crítica a la concepción preventiva de la culpabilidad.....	131

CAPÍTULO III LA RELACIÓN ENTRE NEUROCIENCIAS Y CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL	140
1. INTRODUCCIÓN	141
2. LIBERTAD DE VOLUNTAD Y NEUROCIENCIAS.....	144
a. Análisis de la libertad de voluntad desde la perspectiva de las Neurociencias.	146
b. Neurociencias y responsabilidad moral: las consecuencias de la aceptación de las conclusiones de las Neurociencias.....	168
3. LA REACCIÓN DE LA DOCTRINA PENAL ANTE EL DEBATE PLANTEADO POR LAS NEUROCIENCIAS.....	176
CONCLUSIONES	223
BIBLIOGRAFÍA	226

INTRODUCCIÓN

“De todas las tiranías de la humanidad, la peor es la que persigue a la mente”

John Dryden (1631-1700)

Un hombre de cuarenta años, padre de familia y profesor, apreciado en la comunidad en que vivía, comenzó un día a desarrollar un creciente e inusitado interés sexual por menores de edad. Este interés, lo llevó a visitar páginas de pornografía infantil y a frecuentar prostitutas en una sala de masajes, conductas que anteriormente no había tenido. Con el tiempo, comenzó a acosar a los niños a los que anteriormente enseñaba, entre ellos a su hijastra. Tras descubrirse los hechos, fue condenado penalmente por abuso infantil y forzado a recibir una terapia hormonal para el tratamiento de la pedofilia. Tras fracasar la terapia de hormonas, el sujeto debió ingresar a prisión, momento en el cual los doctores se percataron que tenía un gran tumor cerebral ubicado en la parte derecha de la zona orbitofrontal del cerebro. Una vez que el tumor fue removido, las conductas sexuales desaparecieron. Tras ser liberado meses después, volvió a presentar las mismas inclinaciones, y tras una nueva operación, desaparecieron estas tendencias¹. Los investigadores Burns y Swerdlow, tras estudiar este caso,

¹ BURNS, J. y SWERDLOW, R. 2003. Right Orbitofrontal Tumor With Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign. Archives of Neurology 60(3): 437-440; FEIJOO S., B. 2011. Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa? [en línea] InDret (2). < <http://www.indret.com/pdf/806.pdf> > : 2-3 [consulta: 10 mayo 2015]

señalan que es la primera vez que la pedofilia puede ser descrita como la manifestación de una lesión cerebral².

A comienzos de los años 90, un caso remeció al sistema judicial norteamericano. Harvey Weinstein, de 65 años de edad, estranguló a su esposa y luego arrojó su cuerpo por la ventana de la habitación, intentando que pareciera un suicidio. Antes de comenzar el juicio, su abogado defensor planteó el siguiente problema: Harvey tenía un quiste alojado en la membrana *aracnoidea* de su estructura cerebral, lo que habría provocado la actitud violenta del acusado. Después de una gran controversia respecto a la admisibilidad de la incorporación imágenes cerebrales en el juicio, la fiscalía accedió a reducir la pena solicitada. Esto lo hizo en consideración al efecto que dicha información podría tener en el jurado. El caso, de gran impacto en Estados Unidos, trajo consigo una interesante pregunta: ¿Son relevantes a título de imputación jurídico-penal las alteraciones orgánico cerebrales que anteceden a la comisión de un delito?³.

En 1987, Keneth Parks perdió su trabajo, lo que lo llevó a desarrollar una adicción por las apuestas y a enfrentar una difícil situación económica. Esto le provocó al sujeto un cuadro de estrés e insomnio. La noche del 23 de mayo de 1987, Ken se levantó de su cama, condujo treinta y tres kilómetros a la casa de sus suegros, con quienes mantenía a una muy buena relación, y procedió a apuñalarlos a ambos, quitándole la vida a uno y dejando gravemente herido al

² "To our knowledge, this is the first description of pedophilia as a specific manifestation of orbitofrontal syndrome." BURNS, J. y SWERDLOW, Op cit., p. 439.

³ ROSSEN, J. The brain on the Stand. [en línea] The New York Times Magazine. 11 de marzo de 2007. <http://www.nytimes.com/2007/03/11/magazine/11Neurolaw.t.html?pagewanted=all&_r=0> [consulta: 26 de abril de 2015]

otro. Tras esto, se dirigió a la estación de policía, donde reveló el crimen que había cometido. Sólo en ese momento, Ken se percató que sus manos estaban severamente lesionadas. El hombre señaló haber estado sonámbulo durante todo el trayecto. Si bien en un principio sus alegaciones no fueron tomadas en cuenta, su defensa logró probar en el juicio, a través de encefalogramas y descripciones exactas sobre lo ocurrido -así como la ausencia de un móvil para cometer el crimen- que no existía otra explicación posible sobre lo sucedido. Si bien fue absuelto en un primer juicio, la Corte Suprema de Canadá, finalmente determinó su condena por los crímenes⁴.

En junio de 2008, en la India, se acusó a una mujer de ser culpable del homicidio de su marido. La fiscalía presentó un estudio encefalográfico como prueba de su culpabilidad, lo que finalmente determinó la condena de por vida de la imputada. Los creadores del programa utilizado por la fiscalía (*Brain Electrical Oscillation Signature*) señalan que éste permite verificar de manera certera si los recuerdos que tiene una persona sobre un hecho se deben a que ella realizó personalmente la acción, o bien, si sólo lo presenci⁵. Este caso, sería el primero en el que en una sociedad democrática se condena a una persona en base a una prueba científica de su vinculación psicológica con el hecho⁶.

⁴ Homicidal Somnambulism: A Case Report. Por BROUGHTON, R. et al. 1994.. Sleep 17 (3):253-264; LEVY, N. Neuroethics. 2007. New York, Cambridge University Press, pp 5-6.

⁵ GIRIDHARADAS, A. India's novel use of brains scans in courts is debated. [en línea] The New York Times. 14 de septiembre, 2008.

<http://www.nytimes.com/2008/09/15/world/asia/15brainscan.html?pagewanted=all> [consulta: 26 de abril de 2015]

⁶ ROZANES, Moisés. 2009. Neuroética psiquiátrica: una asignatura pendiente. Salud Mental 2009(32): 435-437, p. 436.

Todos estos casos, que han sido brevemente reseñados para presentar este trabajo, reflejan la íntima vinculación que existe entre el Derecho Penal y un área del conocimiento que ha adquirido una gran relevancia en el último tiempo, fruto de los fuertes debates respecto a las complejas implicancias éticas, filosóficas, antropológicas, sociales y jurídicas del mismo. Es el campo de las Neurociencias, y específicamente, el de la Neuroética.

Se ha señalado⁷ que, si durante el siglo XX, la genética ha sido la ciencia por antonomasia, no sería muy arriesgado afirmar que durante el siglo XXI las Neurociencias “tienen la pretensión de convertirse en las ciencias del futuro, encargadas de desentrañar el más importante continente todavía por explorar, el cerebro”⁸. El cerebro surge así como un área relativamente inexplorada, que representa la realidad más compleja de todas las que han aparecido en nuestro universo conocido, la única, además, que constituye la sede de la conciencia y de los rasgos más específicos de la realidad humana⁹.

Las Neurociencias nos prometen así desentrañar los misterios de la naturaleza humana, trayendo consigo importantes consecuencias y cambios de paradigma. Al mismo tiempo, y en contraste con el emocionado entusiasmo sobre esta ciencia, se genera la preocupación respecto a los peligros que genera la misma¹⁰. Esto para algunos, justificaría una postura preventiva similar a la que

⁷ BEORLEGUI, C. 2009. Ética y neurociencias. Una relación necesitada de clarificaciones. Revista Realidad(119): 37-75, p. 38.

⁸ *Íbid.* .

⁹ *Íbid.*

¹⁰ Neuroética. Derecho y Neurociencia. 2006. Por CAPÓ, M. “et al”. Ludus Vitalis 14(25):164–176, p. 163.

muestra la sociedad en el ámbito de la manipulación genética¹¹, dado que su desarrollo ha llegado a un punto en el que los efectos se extienden más allá de la investigación y el trabajo clínico¹².

Cuando hablamos de Neurociencias, nos referimos a aquella disciplina científica que tiene como tarea, en palabras de Kandel, “aportar explicaciones de la conducta en términos de actividades del encéfalo, explicar cómo actúan millones de células nerviosas individuales en el encéfalo para producir la conducta y cómo, a su vez, estas células están influidas por el medio ambiente incluyendo las conductas de otros individuos”¹³. Así, la Neurociencia tienen como ambición, ni más ni menos, que descubrir la esencia de lo que nos hace seres humanos¹⁴¹⁵.

En la búsqueda por la revelación de un incipiente mapa mental, que permita dar respuesta a interrogantes largamente sostenidas por la humanidad, este campo científico plantea una serie de discusiones éticas¹⁶ en torno a su aplicación. En un célebre artículo del año 2005¹⁷, Martha Farah ya nos alertaba sobre las preocupaciones en torno a las implicancias de estas investigaciones para los individuos y la sociedad. Por primera vez, nos decía la autora, puede ser posible traspasar la privacidad de la mente humana y juzgar a las personas no sólo por

¹¹ *Íbid.*

¹² FARAH, M. 2005. Neuroethics: the practical and the philosophical. Trends in Cognitive Sciences 9(1): 34.

¹³ KANDEL, E, SCHWARTZ, J y JESSEL, T. 1997. Neurociencia y conducta. Madrid, Prentice-Hall, p. 5-6.

¹⁴ FARAH, Loc. Cit.

¹⁵ FIGUEROA, G. 2012. Neuroética: reflexiones sobre los principios latentes de la moral en medicina. [en línea] Revista médica de Chile 140(8): 1078.

¹⁶ Véase, entre otros: TIEU, M. 2007. Neuroethics: The law and The Persona. Bioethics Research Notes 19(3); DE VRIES, R. 2007. Who will guard the guardians of neuroscience? Firing the neuroethical imagination. [en línea] EMBO reports 8(1):65 < <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3327523/>> [consulta: 10 mayo 2015]; FARAH, M. “Neuroethics...” Loc. Cit.; CORTINA, A. 2010. Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?. [en línea] Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política 42: 1329-248. <<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/687/689>> [consulta: 3 mayo 2015]

¹⁷ FARAH, M. “Neuroethics...” Op. Cit., pp. 34-40.

sus acciones, sino que por sus pensamientos y predilecciones. Al mismo tiempo, las Neurociencias estarían iluminando la relación entre mente y cerebro, un tema de gran importancia filosófica. Nuestra comprensión sobre el porqué las personas actúan de una determinada forma, se encuentra íntimamente contenida en nuestras leyes, en nuestras prácticas sociales, y en nuestras creencias religiosas¹⁸.

Por estas razones, se ha hecho necesario delimitar los contornos éticos de exploración del cerebro, de manera de no transgredir presupuestos básicos relacionados con la dignidad, la privacidad y la autonomía humana. Es por esto, que como una consecuencia necesaria y proporcional al avance de esta ciencia, se ha originado una disciplina filosófica cuyo objeto de estudio es la Neurociencia: la Neuroética. Cuestiones como el problema de la identidad del yo, la discusión determinismo-libertad y la posibilidad de una ética universal son ejemplos de dilemas filosóficos que buscan ser desentrañados por esta rama de la Neuroética¹⁹.

Los temas que abordará este trabajo serán, en esta línea, consecuencia de la íntima vinculación entre Neurociencia, Neuroética y Derecho. Esto es así, puesto que al cuestionar y replantearse supuestos básicos sobre la agencia humana se puede eventualmente alterar postulados jurídicos básicos que rigen nuestra convivencia humana. Cuestiones como el libre albedrío constituyen

¹⁸ *Íbid.*, p. 34.

¹⁹ CORTINA, A. 2013. Neuroética: ¿Ética fundamental o ética aplicada? *En*: Bioética, Neuroética, Libertad y Justicia. Por LÓPEZ F., F. "et al". (Eds). Granada, Comares, p. 807-808.

elementos centrales que están en la base de nuestro ordenamiento²⁰, y que pueden tener consecuencias directas en la relación entre el Estado y la persona.

El Derecho Penal, emerge así como una de las áreas del Derecho, cuyos fundamentos pueden verse afectados en mayor medida por el estudio de las Neurociencias. Constituye una de las ramas que estudia con mayor énfasis el comportamiento humano, debido a la función motivadora de la norma. En efecto, la Ley penal no es un mero espectador que se limita a tomar nota del comportamiento ciudadano, sino que pretende también dirigirlo²¹. Es también, una de las disciplinas más problemáticas, puesto que “sus consecuencias constituyen las formas de reacción más severas con que cuenta el derecho, pues implican irrupciones muy enérgicas en la esfera de los derechos del afectado”²², circunstancia que debe ser considerada al momento de fundamentar la imputación jurídico-penal.

En razón de estas consideraciones, el Derecho Penal constituye un área fecunda para analizar las consecuencias que puede tener la incorporación de las conclusiones obtenidas por las Neurociencias en nuestra sociedad, y específicamente, en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro estudio se centrará en una de las concepciones fundamentales que forman parte de la Teoría del Delito, y que podría eventualmente verse afectada por los resultados de las Neurociencias: la teoría de la culpabilidad jurídico penal. A lo largo de la historia, la

²⁰ PÉREZ DEL VALLE, C. 2004. La persona del derecho penal en la filosofía del derecho. En: Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. BARJA DE QUIROGA, J. y ZUGALDÍA ESPINAR, J. (Coord.) Madrid, Marcial Pons, pp. 625-627.

²¹ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal: Parte General. I. 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 28.

²² CURY, E. 1997. Derecho Penal: Parte General. Tomo I. 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, de Chile, p. 4.

culpabilidad ha constituido un aspecto de capital importancia para la doctrina, siendo el estudio de éste reproche subjetivo uno de los parámetros para medir el progreso del Derecho Penal²³. Ya sea que la culpabilidad sea considerada una vinculación psicológica del sujeto con el hecho -como postulaba la teoría psicológica- o un juicio de reproche a la conducta del individuo -como la concibe la Teoría normativa compleja²⁴- las Neurociencias pueden contribuir a una reinterpretación de las temáticas subyacentes a cada una de estas teorías.

Las consideraciones anteriormente señaladas demuestran las principales razones que determinaron la realización de este trabajo de investigación. Detrás de él existe un especial interés sobre el avance de este campo científico, y las posibilidades que ofrece para la comprensión del comportamiento humano. Así también, este trabajo nace como un esfuerzo por realizar un análisis acabado de la vinculación entre las Neurociencias y el Derecho Penal de la culpabilidad, tema que ha sido escasamente tratado por nuestra doctrina nacional, siendo principalmente un foco de estudio de autores norteamericanos y europeos²⁵. Es por esto que este trabajo nace de una consideración sobre la necesidad de un estudio sobre esta materia en nuestro medio, para así lograr un acercamiento de este tema a la doctrina nacional.

²³ ETCHEBERRY, A. Op. cit., p. 270.; MAGGIORE, G . 1954. Derecho Penal: El Delito. Bogotá, Temis, p. 448.

²⁴ Véase, *infra* II.3.A.

²⁵ Véase, entre otros: FEIJOO S., B (Ed.)2012. Derecho Penal de la culpabilidad y las neurociencias. Navarra, Civitas; DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Buenos Aires, BdeF & Edisofer; LUZÓN P., D. 2012. Libertad, culpabilidad y neurociencias. [en línea] InDret. Revista para el análisis del Derecho Vol. 3, Barcelona. <://www.indret.com/pdf/904a.pdf.> [Consulta: 3 de mayo 2015]; HASSEMER, W. 2011. Neurociencias y culpabilidad en el Derecho Penal. [en línea] InDret. Revista para el análisis del Derecho Vol 2, Barcelona. <<http://www.indret.com/pdf/821.pdf>> [Consulta: 3 de mayo 2015]

CAPÍTULO I

NEUROCIENCIAS Y NEUROÉTICA

Concepto y objeto de las Neurociencias y la Neuroética. Evolución de las disciplinas. Peligros y problemas éticos. Principales temáticas.

1. LAS NEUROCIENCIAS

“Sin lugar a dudas. Me había curado”

Alex DeLarge (Malcolm McDowell) “A Clockwork Orange” (1971)

a. aConcepto y objetivo de las Neurociencias.

La escena final de “La Naranja Mecánica”, muestra al protagonista postrado en su cama tras haberse intentado suicidar, luego de haber recibido el llamado Tratamiento Ludovico, un tratamiento experimental dirigido a eliminar todo rasgo de violencia de la personalidad. Alex se deja llevar en el último minuto por sus evocaciones e imágenes mentales sabiendo que aún tenía un margen de libertad que no había sido tocada por el Estado. El proceso mediante el cual Alex es sometido a una violenta terapia conductista, produce en el espectador, a pesar de la conducta sicopática del protagonista, un rechazo instintivo y una valoración negativa. Detrás de esta representación ficticia se encuentran importantes controversias éticas sobre la autonomía e identidad del ser humano, y la comprensión del funcionamiento de la mente.

La posibilidad de modificar la conducta humana es sólo una de las distintas hipótesis que plantea el constante crecimiento de un campo que ha adquirido una gran relevancia en el último tiempo: el de las Neurociencias. Las Neurociencias -o “ciencia del encéfalo”- son un conjunto de conocimientos que tienen por objeto el estudio del vínculo entre el cerebro y la conducta humana. Constituye una ciencia interdisciplinar que busca aportar explicaciones del comportamiento de las personas en términos encefálicos²⁶, es decir, explicados por correlatos neurológicos presentes en el cerebro de cada una de las personas. Como se señaló en la parte introductoria de este trabajo, su objetivo es esencialmente, el explicar cómo actúan millones de células nerviosas individuales en el encéfalo para producir la conducta y cómo, a su vez, estas células están influidas por el medio ambiente, incluyendo la conducta de otros individuos²⁷.

La Neurociencia es una disciplina que ha experimentado un crecimiento asombroso en los últimos años. Reflejo de esto, es el número de estudios sobre la materia que ha ido progresivamente en aumento, especialmente a principios del año 2000, lo que a su vez ha generado nuevos conocimientos sobre la relación entre el cerebro y sus correlatos comportamentales²⁸.

Las investigaciones sobre Neurociencias nos permiten comprender, entre muchas otras cosas las bases neurobiológicas de la conciencia, de los comportamientos sociales, de la moralidad, de la toma de decisiones y de las

²⁶ GARCÍA, E. 2007. Neurociencia, conducta e imputabilidad. [en línea] Quark (39-40): 89. <<http://quark.prbb.org/39-40/039088.pdf>> [consulta:10 mayo 2015]

²⁷ KANDEL, E; SCHWARTZ, J; JESSEL, T. Loc. Cit.

²⁸ CAPÓ, M. “et al”. Op, cit., p. 163.

principales enfermedades psiquiátricas²⁹. En este sentido, las Neurociencias nos permiten comprender y evaluar, ni más ni menos, que los fundamentos de lo que somos³⁰, nos abren la posibilidad ilusionante de conocer mejor lo que denominamos “naturaleza humana”³¹. Sus avances tienen importante consecuencias en el modo en que nos pensamos como personas, agentes morales y seres espirituales³². Capó grafica esto, al expresar que la Neurociencia actúa

“iluminando el contenido de lo que anteriormente se tuvo por una “caja negra”, convirtiendo al cerebro en un “cuello de botella” cada vez más transparente. Se trata de un cuello de botella en el que confluyen desde los genes hasta nuestras circunstancias particulares y las influencias recibidas en el proceso de educación”³³.

De esta manera, Slachevsky concluye que, al comprender de mejor forma la conducta moral, los avances de las Neurociencias nos permitirían tomar mejores decisiones al momento de juzgar penalmente a las personas³⁴.

Ahora bien, los conocimientos obtenidos a partir de los experimentos en Neurociencias tienen consecuencias que pueden exceder el ámbito de su alcance más allá de la disciplina misma. Así, técnicas de neuroimagen o de resonancia magnética funcional o nuclear (*RM* o *Fmri*) pueden alcanzar un nivel de

²⁹ SLACHEVSKY, A. 2007. La neuroética: ¿Un neologismo infundado o una nueva disciplina? Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría 45(1):12-15., p. 12.

³⁰ FARAH M. “Neuroethics...”.Op. cit., pp. 34.

³¹ FEIJOO S., B. “Derecho Penal y Neurociencias...”. Op. Cit., p. 2.

³² SLACHEVSKY, A. Loc. Cit.

³³ CAPÓ, M. *et al.*, p. 171.

³⁴ SLACHEVSKY, A. *et al.*, Op. cit.,p. 420.

complejidad tan alto que incluso permitirían revelar el pensamiento de cada persona, vulnerando la privacidad mental³⁵.

Un ejemplo de las posibles aplicaciones de las técnicas de neuroimagen, lo constituye el denominado *neuromarketing*. A través de él, la neuroimagen puede medir la motivación inconsciente para comprar un determinado producto proporcionando información sobre la mejor forma de influenciar la mente humana para la comercialización exitosa de artículos de consumo³⁶. En materia judicial, un uso potencial que podría tener la lectura cerebral es la detección de mentiras, la que permitiría en un futuro identificar el “conocimiento culpable” mediante la asociación de elementos vinculados a un crimen con la reacción que puede provocar en una determinada persona³⁷. Así también, las neurociencias podrían tener algo que decir en materia de rehabilitación de los condenados, ya que gracias a las recientes investigaciones neurofarmacológicas, “cada vez somos más capaces de intervenir en comportamientos tales como las adicciones, la impulsividad o la agresividad” y estas posibilidades pueden ser usadas por parte de los jueces³⁸.

En el marco de ésta verdadera “revolución neurocientífica”³⁹, es posible plantear la pregunta sobre si los actuales avances dentro del amplio marco interdisciplinario de las Neurociencias (genética, neurología, fisiología, psicología) hayan descubierto verdaderamente el secreto del pensamiento y del impulso

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Así, ciertos estudios han demostrado que la preferencia por un determinado bebestible está determinada no sólo por el gusto, sino que también por la marca. Véase FARAH, M. “Neuroethics...”, *Op. cit.*, p. 34.

³⁷ FARAH M.. “Neuroethics...”, pp. 34-35.

³⁸ CAPÓ, M. “et al”. *Op. Cit.*, p. 164.

³⁹ FEIJOO S., B. *Op. cit.*, p. 2.

voluntario⁴⁰. A esto, algunos responden que no puesto que aún estamos lejos de comprender en su totalidad la relación entre cerebro y conducta⁴¹. Sin perjuicio de esto, a lo largo de los cien años de historia de “esta ciencia del encéfalo”, se han producido notables avances en la comprensión de ciertos aspectos del comportamiento, y que pueden afectar postulados básicos de nuestro ordenamiento jurídico, y especialmente, de nuestro viejo y liberal Derecho Penal.

Así, las Neurociencias emergen como un campo interdisciplinario que busca desentrañar las bases encefálicas de la conducta humana. Es por esta razón que Kandel declara que “quizá la última frontera de la ciencia -su desafío final- sea entender las bases biológicas de la consciencia y de los procesos mentales por los que percibimos, actuamos, aprendemos y recordamos⁴²”.

b. Las Neurociencias y la evolución de la comprensión del cerebro

Las nociones actuales sobre las células nerviosas, el encéfalo y la conducta, ha surgido a lo largo del último siglo a partir de un conjunto de diversas disciplinas experimentales: anatomía, embriología, fisiología, farmacología y psicología⁴³. Sin embargo, el debate sobre la relación entre mente y cerebro tiene una historia que se remonta a varios siglos atrás⁴⁴.

⁴⁰ GARCÍA, E. Op. Cit., p. 88.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² KANDEL, E; SCHWARTZ, J; JESSEL, T. Op. Cit., p. 5.

⁴³ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁴ GROSJEAN, B. 2005. From Synapse to psychotherapy: the fascinating evolution of neuroscience. American Journal of Psychotherapy 59(3): 181-197, p. 183.

La investigación psicológica de la conducta tiene sus raíces en los comienzos de la ciencia occidental con la filosofía griega clásica⁴⁵. Ya en el año 400 AC., Hipócrates (470-377 AC) afirmaba que los pensamientos, las emociones, las percepciones y las decisiones eran verdaderamente actividades cerebrales⁴⁶. Platón, en cambio, y ciertos pensadores católicos como San Agustín y Santo Tomás, creían firmemente en un alma separada del cuerpo, cuyo origen era divino⁴⁷.

Ahora bien, muchos de los temas principales de la investigación moderna de la conducta los encontramos en el pensamiento de René Descartes (fallecido en 1650)⁴⁸. Descartes reforzó y estimuló la creencia en un alma separada del cuerpo, a través del concepto que denominamos “Dualismo cartesiano”⁴⁹. De acuerdo a esta concepción, las operaciones mentales del pensamiento, el lenguaje, la memoria y la reflexión, así como la consciencia funcionaban de forma independiente al cerebro. Como señala Grosjean, Descartes era absolutamente incapaz de imaginar cómo el cerebro- un dispositivo mecánico- podía estar diseñado para razonar y usar el lenguaje de manera creativa y apropiada⁵⁰.

Ahora bien, más allá de estas discusiones de índole filosófica, el primer intento de proponer una relación entre los conceptos biológicos y los psicológicos

⁴⁵ KANDEL, E; SCHWARTZ, J; JESSEL, T. *Op. Cit.*, p. 7.

⁴⁶ GROSJEAN, B. *Op. Cit.*, p 183.

⁴⁷ *Loc. Cit.*

⁴⁸ KANDEL, E; SCHWARTZ, J; JESSEL, T. *Op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ GROSJEAN, B. *Loc cit.*

⁵⁰ *Íbid.*

vino a finales del siglo XVIII, por parte del médico y neuroanatomista Franz Joseph Gall⁵¹. Según él, regiones delimitadas del córtex cerebral son las que controlan funciones específicas. Es decir, para Gall el cerebro no funcionaba como un órgano unitario, sino que se dividía en al menos 35 órganos, cada uno de ellos correspondientes a una facultad mental específica. Creía que incluso las más abstractas de las conductas humanas, tales como la generosidad y la discreción, se localizan en áreas definidas del encéfalo. A esta *personología* anatómica Gall la denominó más tarde *frenología*⁵².

A partir de la *frenología*, surgen dos trascendentales aproximaciones neurológicas que entran en conflicto. La primera, planteada por Pierre Florence en 1820, y que prevaleció hasta mitad del siglo XIX, se conoce como *la teoría del campo agregado del encéfalo*. Esta teoría postulaba que las conductas específicas de una persona no dependen de regiones específicas del encéfalo. Para él, todas las regiones del encéfalo participarían en cada una de las funciones mentales. Así, la facultad de percibir, de imaginar, de querer, constituirían simplemente una facultad que es esencialmente la misma. Esta concepción constituía una reacción en contra del enfoque materialista que identificaba a la mente con el cerebro humano⁵³.

Una segunda aproximación, opuesta a la primera, fue planteada por el neurólogo Hughlings Jackson, y fue denominada posteriormente *conexionismo*

⁵¹ KANDEL, E; SCHWARTZ, J; JESSEL, T. *Op. cit.*, p. 7.

⁵² *Ibid.*, p. 6.

⁵³ *Ibid.*, p. 18.

*cerebral*⁵⁴. Según ésta posición, los diferentes procesos sensoriales y motores se localizan en diversas partes del córtex cerebral. Es decir, las diferentes conductas del ser humano están mediadas por diferentes regiones del encéfalo, y se interconectan por vías neurales particulares⁵⁵. Las técnicas de neuroimagen han permitido comprobar que esta teoría, a grandes rasgos, es correcta. Cada una de las regiones del cerebro tiene una función específica. Esta idea, se considera hoy en día uno de los pilares de la ciencia del cerebro⁵⁶.

Al llegar a este punto, Kandel, hace una pregunta razonable ¿Por qué la teoría del campo agregado dominó durante tanto tiempo, cuando la idea de localización parece tan obvia y necesaria?⁵⁷ A esto, el autor responde que los *frenólogos* introdujeron una idea de la localización en términos extremos, y sin pruebas suficientes. La controversia entre Florens y Wernicke se podría así explicar cómo una reacción ante una teoría que era extremada en su planteamiento, y errónea en lo particular. El concepto de localización que impera hoy en día, es mucho más complejo que lo que Gall o Wernicke pudieron imaginar⁵⁸.

Quienes verdaderamente abrieron por primera vez la puerta a la comprensión del cerebro, y contribuyeron a determinar la teoría correcta, fueron Santiago Ramón y Cajal y Camillo Golgi⁵⁹. A través de un remarcable trabajo anatómico, estos autores lograron construir un mapa, que se considera la base de

⁵⁴ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ GROSJEAN, B. *Op. cit.*, p. 184.

la moderna anatomía. Ramón y Cajal estaba convencido que el sistema nervioso estaba hecho de millones de células nerviosas distintas. Para él, la explicación de cómo la información era retenida en el sistema nervioso, radicaba en las conexiones entre los distintos grupos de células, lo que permitía reforzarse a través de la multiplicación de las ramas terminales nerviosas. Es importante destacar que las técnicas utilizadas por Golgi, y sus derivados, posibilitaron las ideas planteadas por Ramón y Cajal. Estas técnicas constituyeron la base del trabajo científico hasta mediados del siglo pasado. Permitieron, así, formarse una idea de la organización y estructura cerebral de los sistemas nerviosos, y de los mecanismos de comunicación neuronal. Sin embargo, a pesar de estos avances, los neurocientíficos de esa época eran reacios a abordar experimentalmente el estudio de las *funciones superiores* -esto es, los mecanismos neuronales que subyacen al proceso cognitivo-. Sólo se centraban en el estudio de las funciones motoras más elementales⁶⁰.

Fue Donald Hebb quien sugirió por primera vez una importante propiedad del cerebro, que explicaría diversos aspectos de la relación entre cerebro y conducta: la “neuroplasticidad”⁶¹. De acuerdo a esta idea, el sistema nervioso no es un sistema rígido. Las conexiones neuronales se fortalecen tras recibir un estímulo, lo que permite almacenar la información. Esta hipótesis, en un principio, no fue tomada en serio por la comunidad científica. Solo tras varios años después, en 1973 se comprobó que los diferentes mecanismos celulares y moleculares

⁶⁰ Véase DELGADO, J. Hacia una neurofisiología de la libertad. En: DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M (Coord.). *Op. Cit.*, pp. 3-8.

⁶¹ GROSJEAN, B. *Op. cit.* p. 184.

originan el proceso de aprendizaje y memorización, en lo que se consideró la primera demostración experimental de la neuroplasticidad⁶². Estudios posteriores realizados el año 2004 hicieron patente la plasticidad cerebral de las estructuras cerebrales, y sustentaron la contribución del ambiente al continuo remodelaje de nuestro cerebro, a través del fortalecimiento, debilitamiento y silenciamiento de los circuitos sinápticos⁶³

A través de estos y otros experimentos, las Neurociencias han ido mejorando nuestra comprensión de los procesos mentales. Hemos reseñado parte de los experimentos que han demostrado que las regiones locales particulares del cerebro no realizan tareas complejas por sí solas. Lo que realizan son *operaciones elementales*, siendo las interconexiones neuronales las que posibilitan las facultades más elaboradas. De esta manera, la lesión de un área cerebral no lleva a la desaparición total de una facultad, pudiendo restablecerse mediante una reorganización de las funciones del cerebro⁶⁴. Por esta razón, los procesos mentales no deben representarse como eslabones de una cadena, donde la alteración de un eslabón altera a su vez todo el proceso. Los procesos mentales son como diversas líneas de un ferrocarril que confluyen en la misma terminal. El fallo en un punto concreto de una vía, afecta la información transmitida por esa vía, pero no impide el rendimiento del sistema total⁶⁵.

Las Neurociencias han evolucionado hasta hacer visibles, mientras el sujeto está vivo, las regiones del encéfalo implicadas en conductas complejas y

⁶² *Íbid.*, pp. 184-185.

⁶³ *Íbid.*, p. 185.

⁶⁴ *íbid.*

⁶⁵ KANDEL, E; SCHWARTZ, J; JESSEL, T. Op. Cit., p. 18.

elaboradas a partir de operaciones mentales simples⁶⁶. Podemos señalar, siguiendo a Delgado, que los estudios neuro-científicos han provocado dos consecuencias socio-culturales de mayor interés. En primer lugar, la aceptación, más o menos tácita, “de que el cerebro es la estructura que produce nuestro comportamiento, nuestras emociones y nuestra actividad mental”⁶⁷. En segundo lugar, “ha introducido en el campo de las neurociencias la ya antigua discusión sobre la existencia del libre albedrío, y por extensión (...) la posible inexistencia de responsabilidad penal”⁶⁸. Lo anterior explica el renovado entusiasmo en torno a las Neurociencias, puesto que mediante los actuales instrumentos metodológicos⁶⁹ podemos explorar el órgano de la mente⁷⁰ y así comprender la conducta cotidiana del ser humano, y con ello también, las *malas conductas* del mismo. ¿Cómo estos avances científicos pueden afectar nuestra comprensión sobre la moral y la responsabilidad legal?⁷¹ Es una pregunta de la que deberemos hacernos cargo en este trabajo.

c. Las bases neurológicas de la conducta moral.

A medida que las Neurociencias se han expandido al ámbito de la toma de decisiones, éstas se han hecho cada vez más relevantes para la comprensión del comportamiento humano, y también, del mal comportamiento⁷². Se trata de

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ DELGADO, J. *Op. Cit.*, p. 4.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Podemos enumerar, entre otros, la psicología cognitiva, las técnicas de neuroimagen y los nuevos métodos anatómicos. Véase: KANDEL, E; SCHWARTZ, J; JESSEL, T. *Op. Cit.*, p. 20.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ FARAH, M. “Neuroethics..” *Op. cit.*, p. 37.

⁷² *As cognitive neuroscience expanded from the study of one-trial learning and color vision to decision-making and motivated behavior, its relevance to understanding real world behavior, grew.* *Ibid.*

conocimientos que “afectan nuestra comprensión del hombre y nuestras relaciones sociales”⁷³. Estos conocimientos podrían llegar a amenazar nuestra convivencia, al intentar revisar los fundamentos de nuestras creencias y valores. Por ejemplo, la idea de que existe algo más en la persona que su materialización física, está profundamente enraizada en nuestra psiquis, y es un elemento central de las religiones humanas. Las Neurociencias cuestionan ese tipo de ideas, evidenciando que no sólo la percepción y el control motor, sino que también el carácter, la consciencia y el sentido de espiritualidad no son más que características de esta gran máquina que es el ser humano⁷⁴. Las Neurociencias, en el fondo, nos plantean preguntas profundas, como ¿cuáles son las bases neurales de la libertad, la responsabilidad, la creatividad, el amor, la espiritualidad? ¿Cuál es la base de las conductas “antisociales”, la crueldad, la sexualidad perversa o el fanatismo religioso?⁷⁵.

Los estudios recientes demostrarían que todas estas conductas, personalidades e instintos tienen un correlato neurológico⁷⁶. Esto a su vez constituye un cambio de paradigma en la interpretación de la moral, puesto que de ser una concepción etérea, filosófica y abstracta sobre el actuar de las personas, pasa a tener un fundamento experimental.

⁷³La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: el caso de la moral. 2009. Por SLACHEVSKY, A. *et al.* Revista Médica de Chile 137: 419-425, p. 420.

⁷⁴*The idea that there is somehow more to a person than their physical instantiation runs deep in the human psyche and is a central element in virtually all the world's religions. Neuroscience has begun to challenge this view by showing that not only perception and motor control, but also character, consciousness and sense of spirituality may all be features of the machine. If they are, then why think there's a ghost in there at all?* FARAH, M. 2005. Op. cit., p. 39.

⁷⁵ROZANES, M. Op. Cit., p. 436.

⁷⁶*Íbid.*

Cuando nos referimos a la moral, estamos hablando del campo de lo permitido y lo prohibido, y también, del sentimiento de obligación del sujeto hacia ello⁷⁷. Se trata, en el fondo, de un código de valores y costumbres que guían la conducta humana⁷⁸. Los filósofos a menudo distinguen la moral en dos tipos: la descriptiva y la normativa⁷⁹. La moral descriptiva es un código de conducta mantenida en un grupo o sociedad específico, como autorización sobre todo aquello que es bueno o malo. La moral normativa, por otra parte, es un código universal de acciones y prohibiciones morales sostenidas por personas racionales sin importar la moral descriptiva de su grupo o sociedad. Se enfoca principalmente en reglas como *el principio de no dañar* o el sentido de la justicia. Los filósofos, desde tiempos pre-socráticos han evaluado la existencia de una moral universal adicional a los códigos descriptivos de cada sociedad, religión o grupo⁸⁰.

Para que nos encontremos dentro del dominio de la moral debemos estar ante acciones que implican el interés o el bien de personas diferentes del agente. De ahí la necesidad de un sistema de normas y de un sujeto responsable de sus actos. Ahora bien, dentro de éste sistema, podemos distinguir dos dimensiones de la moral: los valores o normas morales, que permite calificar de manera cualitativa las acciones como moralmente aceptables o no; y las emociones morales (como la

⁷⁷ *Íbid.*

⁷⁸ MENDEZ, M. 2009. The Neurobiology of Moral Behavior: Review and Neuropsychiatric Implications. CNS Spectrums 14(11): 609.

⁷⁹ *Íbid.*

⁸⁰ *Íbid.*

culpa o el orgullo) asociadas al bienestar de los individuos o de la sociedad en general⁸¹.

El estudio del sustrato neurobiológico de las conductas morales permite adentrarnos en la explicación del surgimiento de la moral en la sociedad. Una primera aproximación, extendida dentro de la psicología popular⁸², es el que la moral es puramente epigenética, es decir es una adquisición cultural sin sustento genético. Pues bien, las Neurociencias nos señalarían que esto no estaría respaldado por la evidencia científica. Los comportamientos altruistas, que son el pilar de desarrollo de las conductas morales, están basados en predisposiciones genéticas, encontrándose en primates no humanos, ciertos mamíferos y en los humanos⁸³. La psicología evolutiva y las Neurociencias han observado la presencia de emociones *neuro-morales* universales, que conducen al fortalecimiento de la cohesión social y la integración⁸⁴.

Esto nos lleva a una interesante paradoja a la que se ha visto enfrentada la teoría darwinista de la selección natural. Se trata de la “paradoja del altruismo biológico”⁸⁵. Se entiende que un individuo se comporta de modo altruista desde el punto de vista biológico cuando invierte recursos propios para favorecer la

⁸¹ SLACHEVSKY, A. *et al*, Op. cit., p. 420.

⁸² Cuando hablamos de “Psicología popular” nos referimos a 1) El *cinturón externo* de nuestras creencias psicológicas cotidianas, constituido por las opiniones, juicios y valoraciones variables sobre nuestra propia conducta y la de los demás. Es decir, a opiniones, juicios y valoraciones que dependen en gran parte de condiciones socioculturales e incluso de divulgación de determinadas teorías psicológicas. 2) El núcleo duro de la psicología popular, constituido por un conjunto de principios de funcionamiento psicológico que están implícitos en nuestros usos lingüísticos habituales y que dirigen nuestra interacción con los demás. Para profundizar al respecto véase: RIVIERE, A. 1989. Más a favor de la psicología popular. *Cognitiva* 2 (3), 261-265, p. 261.

⁸³ SLACHEVSKY, A. *et al*, Op. Cit., p. 420.

⁸⁴ MENDEZ, M. Op. Cit., p. 609.

⁸⁵ CORTINA, A. 2010. Op. Cit., p. 140.

adaptación de otro. La selección natural, aparentemente, no explicaría esta conducta altruista que parece beneficiar a quien la recibe y perjudicar a quien la lleva a cabo⁸⁶. Es decir, el sustrato evolutivo de las conductas morales se contradiría con una teoría de la selección natural que busque privilegiar la supervivencia del individuo más fuerte⁸⁷.

Sin embargo, estas actitudes se encuentran en los códigos de funcionamiento más primitivos de nuestro cerebro, adquirido a lo largo de la evolución. Estos códigos, que son fundamentalmente emocionales, se establecieron en poblaciones muy pequeñas, en las que eran necesarios para la supervivencia, en el sentido de la ayuda mutua. En los millones de años que dura la hominización, la homogeneidad y cohesión social han tenido un gran valor de supervivencia. Por esta razón, nos afecta emocionalmente la situación de la gente necesitada y cercana, cosa que no ocurre –en principio- con la gente necesitada que no conocemos⁸⁸. Las emociones morales como la culpa, la vergüenza, la gratitud, la compasión, el orgullo, el miedo a la evaluación de los otros, la indignación ante el trato injusto, son poderosos motivadores para actuar de una forma socialmente favorable⁸⁹. Este tipo de emociones permite a los individuos incrementar su reputación personal y la probabilidad de cooperaciones sociales futuras⁹⁰.

⁸⁶ *Íbid.*

⁸⁷ SLACHEVSKY, A. et al, *Op. cit.*, p. 420..

⁸⁸ CORTINA, A. 2010. *Op. Cit.*, p. 137.

⁸⁹ MENDEZ, M. *Op. Cit.*, p. 609.

⁹⁰ *Íbid.*

Esto explica por qué no existe una relación paradójica entre el sustrato neuronal de los comportamientos altruistas y la selección natural. La evolución darwiniana selecciona genes, no individuos. No son seleccionados aquellos genes que favorecen exclusivamente al individuo, sino los que benefician a la sociedad. En este sentido, la selección social permite entender la predisposición genética a las conductas altruistas⁹¹. Lo que hace el individuo altruista no es proteger al grupo, sino a sus genes⁹². Por esa razón, el altruismo biológico reformularía la regla presente en todas las éticas religiosas y seculares, de “haz a los demás lo que quieres que hagan de ti”, por “obra con los demás según la medida en que compartan tus genes”⁹³.

A partir de esto, Adela Cortina nos señala: “Éste parece ser uno de los mensajes de la Neuroética: que el cerebro toma decisiones influido por algún tipo de compás de moral universal que todos poseemos; las decisiones ante dilemas personales suponen más actividad cerebral en las zonas asociadas con la emoción y la cognición moral, porque, desde una perspectiva evolutiva, las estructuras neuronales que asocian los instintos con la emoción se seleccionaron, ya que resulta beneficioso ayuda a la gente de modo inmediato. Hay una capacidad universalmente extendida de distinguir entre el bien y el mal, que tiene una función adaptativa. La capacidad de reconocer normas de conducta en la

⁹¹ CORTINA, A. 2010. Op. Cit., p. 137.

⁹² *Íbid.*, p. 140.

⁹³ *Íbid.*

sociedad y aplicarlas a los demás y a sí mismos –se dice- ayuda a sobrevivir y prosperar”⁹⁴.

Sin embargo, hay acciones costosas para el individuo que trascienden el parentesco. ¿Cómo explicarlas? La respuesta más plausible parece estar en la capacidad de *reciprocitar*: hay acciones que no se explican por el parentesco, sino por la expectativa de reciprocidad⁹⁵. Así, se habla incluso de reciprocidad fuerte, para explicar la predisposición a cooperar con otros y castigar a quienes violan las normas de cooperación, aunque sea poco plausible esperar que dichos costos vayan a ser reembolsados por otros más adelante. No es una reciprocidad egoísta sino estratégica, consiste en cooperar con aquellos en quienes podemos confiar y castigar a los que defraudan. Según Cortina, podría argumentarse que ésta es la base del sentido de justicia, que indicaría de algún modo la superioridad del contractualismo frente a cualquier otra forma de organización política⁹⁶.

Toda esta información, proporcionada por los neurocientíficos tendría consecuencias importantes para nuestro razonamiento moral. La conducta moral sería, según esto, un mecanismo de adaptación que nos permite sobrevivir. Así, la vieja falacia naturalista (de un ser no se puede derivar un deber ser)⁹⁷ quedaría

⁹⁴ *Ibid.*, p. 137.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 140.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 142-143.

⁹⁷ “En 1903, el filósofo George Edward Moore señaló que la perspectiva dominante en la época- el utilitarismo de John Stuart Mill- caía a menudo en la *falacia naturalista*: tratar de justificar un determinado principio moral apelando a lo que es *bueno*. Para Mill, el utilitarismo era una política reformista destinada a cambiar la manera en que la gente actúa haciendo que atienda al bien general, definido como una serie de propiedades de la naturaleza humana tales como nuestra felicidad en general. Para Moore, la identificación del bien con lo natural era una falacia. Hay cosas naturales que son malas (la polio, la ceguera) y cosas no naturales que son buenas (las vacunas, las gafas para leer). No estamos autorizados a pasar de lo natural a lo bueno./ Una extensión más general de la falacia naturalista surge de hacer derivar el *debe* del *es* (...). Los principios descriptivos que descubrimos en la naturaleza humana no tienen por qué guardar una relación

obsoleta. Y esto sería así, porque el deber moral se convierte en algo evolutivamente viable, en un “ser”. Es decir, existiría un lazo adaptativo entre el mundo del ser natural y el mundo de los códigos morales, que prescribiría establecer como normas éticas aquellas conductas capaces de favorecer la supervivencia⁹⁸.

Esta conclusión, según Cortina tiene una serie de problemáticas. En las sociedades primitivas los que quedan fuera del grupo, los diferentes, generan desconfianza, agresión y violencia, por la razón evolutiva de que producen inseguridad y desafían la supervivencia⁹⁹. Estos códigos sociales, se encontrarían insertos en nuestro cerebro. De esto, ¿se debería seguir que debemos obedecer estos códigos y favorecer a los cercanos y semejantes, como también repeler a los diferentes y extraños?

A esto la autora responde que, quienes plantean esta relación adaptativa nunca llegar a formular estas conclusiones expresamente, pues sería abiertamente contraria a los contenidos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Si la tendencia de los códigos inscritos en el cerebro nos lleva a interesarnos por los más cercanos, cabe preguntar si debemos fomentar esas tendencias, o por el contrario, debilitarlas¹⁰⁰. No nos debemos engañar, con todos estos conocimientos se resuelve tal vez la paradoja de la cooperación humana y

causal con los principios prescriptivos. Establecer una conexión causal entre ellos es una falacia/ La caracterización que hace Moore de la falacia naturalista llevó a generaciones de filósofos a ignorar o ridiculizar los hallazgos de la biología” HAUSER, M. 2008. La mente moral: cómo la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal. Barcelona, Paidós, pp. 26-27.

⁹⁸ CORTINA, A. 2010. Op. Cit., p. 138.

⁹⁹ *Íbid.*

¹⁰⁰ *Íbid.*, p. 143.

se avalan las ventajas del contractualismo de conveniencia mutua frente a otras formas de organización política. “Pero lo que es insostenible es que con ello hayamos logrado diseñar los trazos de una ética universal basada en el cerebro”¹⁰¹

No son pues éstas, las bases para nuestro sentido de justicia y para la legitimidad del poder político. Y no sólo porque el entorno haya cambiado radicalmente desde las sociedades cazadoras-recolectoras, sino que

“porque las propuestas morales de nuestra ética, políticas y filosóficas, no pueden fundamentarse en la búsqueda de la mera supervivencia. El principio utilitarista del mayor bien del mayor número exige refrenar la emoción ante los dilemas personales y sacrificar al menor número de seres sensibles, sean cercanos o lejanos, a favor del mayor número. La ética kantiana, que prescribe empoderar a cada ser humano porque es valioso *en sí mismo*, nos sitúa en un nivel distinto del eterno “para mí” del individuo o la especie”¹⁰²

Ahora bien ¿Si la moral está inserta en nuestros genes, cómo es posible que existe una multiplicidad de comportamientos, a veces opuestos, dentro de un mismo grupo social, e incluso, dentro de una misma comunidad? Al respecto se ha sugerido establecer dos categorías de normas morales: En primer lugar una “gramática” moral universal, constituido por las bases biológicas y evolutivas de la conducta humana, y en segundo lugar un sistema de normas dependientes de la realidad cultural en que se encuentra un determinado individuo¹⁰³. En el fondo, volvemos a la distinción entre moral normativa y descriptiva. Las Neurociencias estarían proporcionando una “gramática” biológica a la moral normativa.

¹⁰¹ *Íbid.*, p. 142-143.

¹⁰² *Íbid.*, p. 145.

¹⁰³ SLACHEVSKY, A. et al, Op. Cit.

Sin embargo, no todos están de acuerdo con qué se debe entender por ésta “gramática” moral. Así, Mendez señala que el cerebro tiene una “gramática moral” en el sentido de una interacción entre impulsos morales y el proceso de conjunción yo-otro¹⁰⁴ (self-other conjoining), es decir, la resonancia entre los estados y procesos mentales de dos personas¹⁰⁵. Los impulsos morales biológicos como el *principio de no dañar* o el sentido de la justicia, son las fuerzas que se traducen en emociones morales¹⁰⁶

Para Cortina, la “gramática moral” debe entenderse en el sentido de una caja de herramientas que nos permite construir sistemas morales completos y explicar la diversidad de culturas morales. Para ella, no puede hablarse de un código ético universal, sino de una tendencia universal a la aceptación de códigos éticos. Los hombres tienen una estructura moral, que se expresa en distintos contenidos a los largo de la historia y en distintas culturas, pero descubrir esa estructura, es lo que se ha venido haciendo desde Platón al menos¹⁰⁷.

Como podemos ver, las ciencias de la conducta, impactan nuestro entendimiento del comportamiento humano. Es por eso que se ha dicho que es “urgente incorporar esos nuevos conocimientos a disciplinas cuyo correcto desempeño requiere de una adecuada comprensión de los determinantes de comportamientos”¹⁰⁸, uno de las cuales es el Derecho. En el contexto jurídico, la evaluación de los actos involucra la apreciación de componentes éticos, morales y

¹⁰⁴ MENDEZ, M. Op. Cit., p. 614.

¹⁰⁵ *Íbid.*, p. 610.

¹⁰⁶ *Íbid.*, p. 614.

¹⁰⁷ CORTINA, A. 2010. Op. Cit., p. 146.

¹⁰⁸ SLACHEVSKY, A. et al, p. 424.

valóricos asociados al comportamiento¹⁰⁹. Sin embargo, ésta nueva concepción del ser humano que las Neurociencias aportan, y el poder que sus conocimientos y técnicas nos dan para modificar y examinar el comportamiento muestran claramente la necesidad de esclarecer los límites de éstas ciencias, y la mayor o menor autonomía de las demás disciplinas que estudian la mente.

d. Problemas que plantean los avances de las Neurociencias.

En el nacimiento de las Neurociencias tuvo un papel fundamental la interdisciplinariedad. Surgió de manera natural entre las diversas disciplinas biológicas interesadas en el sistema nervioso, la mente, y los trastornos mentales¹¹⁰. Sin embargo, con el tiempo esta interdisciplinariedad ha comenzado plantear problemas desde un punto de vista ético. Estos problemas se derivaban tanto de las consecuencias de la experimentación e investigación sobre el cerebro, como también de las preguntas más generales y desafiantes que la Neurociencia va generando¹¹¹.

La preocupación por los problemas éticos dentro de la Neurociencia obedecería, de acuerdo a Sanchez-Migallón y Giménez Araya, principalmente a dos razones que operaron de manera simultánea. En primer lugar, el nacimiento de esta ciencia se enmarca en un complejo conjunto de tecnologías biológicas que avanzan de manera vertiginosa, dando lugar a la bioética. A las problemáticas

¹⁰⁹ *Íbid.*

¹¹⁰ SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ, J. 2009. Neuroética. [en línea] Philosophica: Enciclopedia filosófica on line <http://www.philosophica.info/voces/neuroetica/Neuroetica.html> [consulta: 7 de junio de 2015]

¹¹¹ *Íbid.*

que son objeto de estudio de la bioética, como el nacimiento y fin de la vida humana, emerge un nuevo campo de preguntas que busca desentrañar la neurociencia y que requieren de una compleja interacción interdisciplinaria para darle respuesta. En segundo lugar, el mismo avance de las neurociencias va planteando una serie de problemas relacionados con el interior del hombre, su salud mental y sus funciones cognitivas y emocionales, que se relacionan con los enigmas que plantea la mente humana¹¹².

De acuerdo a estos autores, las Neurociencias constituyen la disciplina biológica que más potencial mediático estaría teniendo en los últimos años¹¹³. En una sociedad globalizada y formada por medios de comunicación como en la que vivimos, el interés que plantean estas ciencias trasciende a la disciplina misma. La creencia de corte cientificista que plantea que podemos modificar y mejorar nuestro cerebro para ser mejores o aminorar las deficiencias de una humanidad en peligro ponen a las neurociencias en el centro del debate¹¹⁴.

En contra de este emocionado entusiasmo en torno a la neurociencia, Demetrio Crespo señala que es “improbable que la llamada “revolución neurocientífica” lleve consigo un “cambio de paradigma cultural” en el sentido del pensamiento Kuhniano sobre el desarrollo científico”¹¹⁵. Sin perjuicio de esto, el autor afirma que el avance de las Neurociencias requiere una especial atención en

¹¹² *Íbid.*

¹¹³ *Íbid.*

¹¹⁴ *Íbid.*

¹¹⁵ DEMETRIO C., E. 2013. Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal, p. 19. En: DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Buenos Aires, BdeF & Edisofer. Sobre el pensamiento Kuhniano, véase: KUHN, T. 2006. La estructura de las revoluciones científicas. Madrid, Fondo de Cultura Económica de España. 361p.

consideración a que sus eventuales efectos positivos pueden convertirse en enteramente perniciosos si no se aprende de las lecciones del pasado¹¹⁶.

Esta preocupación por los avances científicos en la investigación del cerebro no es nueva. A lo largo de la historia de la humana se ha debatido constantemente en cuanto a la relación entre cerebro y personalidad. Así, las primeras lobotomías frontales se hicieron en Lisboa, en el año 1935, en pacientes con enfermedades psiquiátricas que se resistían al tratamiento mediante psicofármacos¹¹⁷. Estos tratamientos produjeron cambios en la personalidad de los pacientes y fueron cuestionados por su pertinencia e indicación¹¹⁸. La lobotomía prefrontal cayó así en descrédito y con el posterior desarrollo de la psicofarmacología, dejó de practicarse¹¹⁹

Sin embargo, un debate explícito sobre las consecuencias éticas de las Neurociencias se inició de forma relativamente reciente, a principios del siglo XXI. La principal preocupación tiene que ver con los peligros de la neurociencia, los cuales, justifican una postura preventiva similar a la que actualmente muestra la sociedad en el ámbito de la manipulación genética¹²⁰. En un artículo de *The Economist* del año 2002, se afirmaba que, en comparación con la genética, la neurotecnología constituye una mayor amenaza, y además, una más inmediata¹²¹.

¹¹⁶ DEMETRIO C., E. 2013. Loc. Cit.

¹¹⁷ BUZZI, A. Egas Moniz. Revista Argentina de Radiología 74: 39.

¹¹⁸ CANABAL B., A. 2013. Origen y desarrollo de la Neuroética : 2002-2012. Revista de Bioética y Derecho 28: 50-51.

¹¹⁹ BUZZI, A. Loc. Cit.

¹²⁰ The future of mind control.2002. The Economist. 23 de mayo de 2002. [en línea]

<http://www.economist.com/node/1143583> [consulta: 7 de junio de 2015]; CAPÓ, M.et al. Op. Cit., p. 163.

¹²¹ "If asked to guess wich group of scientist is most likely to be responsible, one day, for overturning the essential nature of humanity, most people might suggest geneticist. In fact neurotechonology poses a

Las Neurociencias interferirían con las intuiciones que tenemos sobre la responsabilidad y la culpabilidad, que constituyen la base de nuestra sociedad¹²². Thomas Fuchs señala, en este sentido, que la importancia de los problemas éticos a los que dan lugar las Neurociencias, sobrepasan aquellos relacionados en la genética¹²³.

Quienes efectúan estas prevenciones, ven en la Neurociencia el inicio de una serie de experimentos que plantean problemas éticos y jurídicos, como podría ser la lectura cerebral para determinar la salud mental, y así informar a empleadores o aseguradoras, o la corrección de rasgos de la personalidad defectuosos mediante drogas o implantes¹²⁴. ¿Pueden los neurocientíficos llevar a cabo este tipo de experimentos? El foco está puesto en las principales herramientas que poseen hoy las Neurociencias: las técnicas de estimulación cerebral profunda, el desarrollo de implantes mecánicos u orgánicos y los cambios surgidos en el campo de la psicofarmacología¹²⁵.

Así, es comprensible que los neurocientíficos hayan visto en la alianza de la Neurociencia con la Ética una forma de abordar las problemáticas de las que se preocupa esta disciplina, tales como ¿Qué es el hombre? ¿Podemos controlar nuestro cerebro? ¿Existe libertad? ¿Es posible utilizar la Neurociencia para

greater threat – and also a more immediate one. Moreover, it is a challenge that is largely ignores by regulators and the public, who seem unduly obsessed by gruesome fantasies of genetic dystopias.”. The future of mind control. Loc. Cit

¹²² FUCHS, T. 2006. Ethical issues in neuroscience. *Current Opinion in Psychiatry* 19: 600.

¹²³ *Íbid.*

¹²⁴ The future of mind control. 2002. *The Economist*. 23 de mayo de 2002. *Op. Cit.*

¹²⁵ CANABAL B., A. *Op. Cit.*, p. 50.

“luchar” contra el crimen o el terrorismo?¹²⁶ ¿Cuáles son las implicancias de las neurociencias para las nociones del yo, la agencia y la responsabilidad? ¿Puede o debe la neurociencia influir en las políticas sociales? ¿Deben ser éstos descubrimientos comunicados al público?¹²⁷

Esta creciente implicación de la ética en la investigación de las neurociencias, promovida tanto por neurocientíficos como por expertos en ética provocó una producción científica y filosófica que ha llegado a ser conocida como Neuroética. La Neuroética constituye una disciplina de gran auge hoy en día, y que se caracteriza por ser una atractiva intersección entre la ética biomédica, la investigación del cerebro y la clínica neuro-psiquiátrica¹²⁸. Constituye un campo interdisciplinario en el que participan investigadores de las ciencias básicas y áreas clínicas, así como juristas, comunicólogos, sociólogos, antropólogos y responsables de políticas públicas¹²⁹. Como juristas, intentaremos esbozar los principales aspectos de ésta rama de la filosofía, para así adentrarnos posteriormente en el vínculo entre las Neurociencias y el ordenamiento jurídico.

¹²⁶ SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ, J.. Loc. Cit.

¹²⁷ ILLES, J. y BIRD, S. 2006. Neuroethics: a modern context for ethics in neuroscience. Trends in Neuroscience 29(9):511-517; DE VRIES, R. 2007. Who will guard the guardians of neuroscience? Firing the neuroethical imagination. [en línea] EMBO reports 8(1):65–69, p. 65. <
<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3327523/>> [consulta: 10 mayo 2015]

¹²⁸ ROZANES, Moisés. Op. Cit., p. 435.

¹²⁹ *Íbid.*

2. LA NEUROÉTICA

a. Concepto y desarrollo de la Neuroética

En un intento de tratar la depresión de un grupo de mujeres, los neurocientíficos llevaron a cabo un simple experimento. Usando electrodos, estimularon el cerebro de mujeres, causándole sensaciones placenteras. Las pacientes no tuvieron ningún daño, de hecho sus síntomas parecieron evaporarse, al menos temporalmente. Sin embargo, y de manera inmediata, se enamoraron de los doctores¹³⁰.

Este y otros experimentos permiten ilustrar, en parte, la necesidad de esta rama de la filosofía. La Neuroética, es una disciplina relativamente nueva, cuyo nombre comienza a usarse a partir del año 2002, aunque existen artículos académicos anteriores que ya habían utilizado el término¹³¹ (el primero¹³² data de 1973). De manera bastante rápida, y en menos de un año, el término “Neuroética” se puso en boca de la mayoría de los neurocientíficos. Los contenidos señalados por los diversos investigadores en sus respectivas definiciones, demuestran tanto

¹³⁰ The future of mind control.2002. The Economist. 23 de mayo de 2002. Op. Cit.

¹³¹ “Anneliese A. Pontius es el primer autor que titula una investigación con el neologismo *Neuroética*. En este trabajo, publicado en 1973, se analizan los nuevos horizontes pero también de potenciales riesgos de las nuevas intervenciones sobre el sistema nervioso central en neonatos. Posteriormente, en 1989, será Ronald Cranford quien tome dicho término, para hablar del neurólogo como consultor ético y de su papel en los comités de ética asistencial.” ECHARTE, L. Neuroética: hacia una nueva filosofía de la neurociencia. En: GARCÍA, J. (dir.): Enciclopedia de Bioética [en línea] <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-vozes/192-neuroetica-hacia-una-nueva-filosofia-de-la-neurociencia> [consulta: 7 de junio de 2015]

¹³² PONTIUS A. 1973. Neuro-ethics of “walking” in the newborn. *Perceptual and Motor Skills* 37:235-245.

la amplitud de temas que buscan abordar, así como también las diversas concepciones que se tienen sobre lo moral y lo ético¹³³.

Existen diversos conceptos de Neuroética, unos más acabados que otros, unos más aceptados que otros. Los organizadores del congreso de San Francisco, denominado “Neuroethics: mapping the field”, intentaron esbozar el propósito de la conferencia, mediante una expresión que se ha transformado en la definición más generalizada de la Neuroética. Así, en la nota del editor del libro “Neuroethics: Mapping The Field”¹³⁴ se define a la Neuroética como el estudio de las cuestiones éticas, legales y sociales que surgen cuando los descubrimientos científicos acerca del cerebro se llevan a la práctica médica, las interpretaciones legales y las políticas sanitarias y sociales.¹³⁵ Luego, complementa señalando que la Neuroética debería examinar cómo los médicos, jueces y abogados, ejecutivos de compañías aseguradoras y políticos, así como la sociedad en general tratan con todos estos resultados¹³⁶

La definición de W. Safire, es también una de las más célebres, tal vez por ser una de las primeras. La define como “el examen de lo que es correcto e incorrecto, bueno y malo, en el tratamiento, bien clínico, quirúrgico o ambos, del cerebro humano. O también la invasión no deseada de forma alarmante y la manipulación

¹³³ SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ, J. Loc. Cit.

¹³⁴ MARCUS, S. Op. Cit.

¹³⁵ “The study of the ethical, legal, and social questions that arise when scientific findings about the brain are carried into medical practice, legal interpretations, and health and social policy.” MARCUS, S. Op. cit. Editor’s note III. La traducción se extrajo de SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ, J. Loc. Cit.

¹³⁶ MARCUS, S. Op. cit. Editor’s note III.

del cerebro humano”¹³⁷. Estos conceptos buscan desarrollar de una u otra forma la preocupación ética sobre los nuevos descubrimientos en neurociencias.

Existen también otras definiciones menos conocidas que intentan dar cuenta de la extensión de las consecuencias de ésta disciplina. Así, Judy Illes y Thomas Raffin la definen como “aquella nueva disciplina bioética que busca agrupar todos aquellos temas teóricos y prácticos que tienen consecuencias morales y sociales en las ciencias neurobiológicas, tanto en el laboratorio como en la atención sanitaria o en la vida social”¹³⁸.

Otras definiciones interesantes son la del profesor Evens y la de Gazzaniga. El primero, incorporando la idea de una “neurociencia de la ética”, supera las deficiencias de las anteriores al señalar que se trata de “aquella que trata los peligros y beneficios potenciales de las investigaciones modernas sobre el cerebro, e igualmente se interroga sobre la conciencia, sobre el sentido de sí y sobre los valores que el cerebro desarrolla”¹³⁹. El segundo, intentando una definición sintética, pero audaz, señala que la neuroética “es o debería ser un intento de proponer una filosofía de vida con un fundamento cerebral”¹⁴⁰.

Una vez delineados los contornos de la Neuroética a través del examen de algunos de sus conceptualizaciones, cabe preguntarse desde cuándo esta

¹³⁷ “*The examination of what is right and wrong, good and bad about the treatment of, perfection of, and welcome invasion or worrisome manipulation of the human brain*”. SAFIRE, W. 2002. Visions for a New Field of “Neuroethics. En: MARCUS, S. (Ed.). Neuroethics: Mapping the Field. New York, The Dana Press: 3-9.

¹³⁸ ILLES, J. y RAFFIN, T. 2002. Neuroethics: An emerging new discipline in the study of brain and cognition. Brain and Cognition 50(3):341-344.

¹³⁹ EVENS, K. 2010. Neuroética: Cuando la materia se despierta. Buenos Aires, Katz, p. 13.

¹⁴⁰ GAZZANIGA, M. 2006. El cerebro ético. Barcelona, Paidós, p. 15.

disciplina adquirió el carácter de tal. Esto es importante, puesto que como señala Echarte, introducir la historia de la Neuroética es una tarea imperativa por la especial deriva que ha tomado dicho campo de la ciencia¹⁴¹. Esa es la razón por la que, no solo el primero, sino todos los epígrafes que tratan el tema aluden a la dimensión temporal en la que están incardinadas toda una serie de discusiones en torno a la Neurociencia¹⁴².

Podemos comenzar diciendo que el primer gran evento que contribuyó al origen de la Neuroética, fue fundación de la *International Brain Research Organization* (IBRO), en 1961. Unos años después, se crea la Sociedad de Neurociencia en 1969. Sin embargo, estas sociedades se concentraban en la promoción de la investigación científica sobre el cerebro y prestaban poca atención a los contornos éticos o sociales de sus experimentaciones. Sólo en 1972 la Sociedad de Neurociencia crea un Comité de Cuestiones Sociales, el que tenía por objetivo comunicar a la sociedad las implicancias sociales de los estudios sobre el sistema nervioso¹⁴³.

Se puede hablar de la Neuroética como una disciplina propiamente tal con la reunión celebrada el año 2002 en San Francisco (California) organizada por las Universidades de Standford y California, bajo el alero de la Fundación Dana¹⁴⁴. Unos 150 especialistas de muy diversos campos se reunieron para estudiar y analizar las implicancias éticas y sociales de la investigación del cerebro¹⁴⁵. La

¹⁴¹ ECHARTE, Loc. Cit.

¹⁴² *Íbid.*

¹⁴³ SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ, J. Loc. Cit.

¹⁴⁴ DE VRIES, R. Op. cit., p. 67; SLACHEVSKY, A. 2007. Op. Cit, p. 12.

¹⁴⁵ CANABAL B., A. Op. cit., p. 50.

reunión se denominó “Neuroethics: Mapping the Field”. En ella, muchos oradores explicaron que la Neuroética no era nueva, y ofrecieron varias genealogías de la misma: unos comenzaron con Platón, otros recurrieron a poetas y escritores como Lord Byron, Pery Shelley y Mary Wollstonecraft Godwin¹⁴⁶. Sin embargo, es éste el hito inicial que concibió a la Neuroética como una disciplina especializada y autónoma. Al respecto, Judy Illes señala que aun cuando los primeros estudios y reflexiones sobre el cerebro provienen de la Antigüedad, sólo recientemente se puede hablar de una disciplina teórica-práctica que se diferencia de la bioética en cuanto a su objetivo de estudio¹⁴⁷.

El papel crucial que tuvo la Fundación Dana en este congreso, no puede soslayarse, ya que supuso un verdadero punto de inflexión en la obtención de fondos públicos y privados orientados a una disciplina, que hasta ese momento, era prácticamente desconocida. Con esto, la Neuroética dejó de concernir a un pequeño grupo de biólogos y filósofos norteamericanos y pasó a convertirse en una cuestión de gran magnitud para neurocientíficos, empresarios y gobiernos¹⁴⁸.

El lanzamiento oficial de la misma se produjo sólo unos años más tarde en mayo del 2006, cuando un grupo de 13 expertos en ética, neurología, derecho y medicina clínica decidieron crear una “Sociedad de la Neuroética”, para darle sustento a lo que los investigadores crearon en la conferencia del año 2002¹⁴⁹. Este grupo de profesionales compartía el interés por las repercusiones sociales,

¹⁴⁶ DE VRIES, R. Op. cit., p. 67.

¹⁴⁷ ILLES J. 2007. Neuroethics in a New Era of neuroimaging. En: GLANNON, W (ed). Defining right and wrong in brain science: Essential readings in Neuroethics. Dana Press, p. 99; ROZANES, M. Op. Cit., p. 435.

¹⁴⁸ ECHARTE, L. Loc cit.

¹⁴⁹ DE VRIES, R. Op. cit., p. 67.

legales, éticas y políticas de los avances en las Neurociencias¹⁵⁰. El año siguiente, una editorial de la revista “Science”¹⁵¹ sostenía que el financiamiento y apoyo de la investigación en Neurociencia debía ir acompañada de un igual financiamiento de la Neuroética, de manera de regular éticamente los progresos de esta ciencia¹⁵².

Ya en los años siguientes, la Neuroética continuó con fuerza el impulso que había tomado en sus orígenes. El año 2007 se publica la primera revista especializada en Neuroética, dirigida por Neil Levy, autor de gran trascendencia en los primeros años de avance de la disciplina. Con posterioridad se crearon dos centros de investigación dirigidos a la Neuroética: el “*National Core for Neuroethics*” y el “*Wellcome Ofort Centre for Neuroethics*”. El primero tiene por objeto analizar las implicancias éticas, legales, políticas y sociales de la investigación neurocientífica. El segundo, tiene como objetivo estudiar los efectos que la Neurociencia y las neurotecnologías tendrán en diversos aspectos de la vida humana¹⁵³.

Judy Ellis y Barvara Sahakian señalan en su obra publicada el 2011, “*Oxford Handbook of Neuroethics*”, que el aspecto más problemático de las Neurociencias, es que éstas parecen pretender y forzar la anticipación a su análisis moral y ético, ya que en el fondo sus descubrimientos pueden variar la percepción ética del conocimiento y el comportamiento moral.¹⁵⁴ Dentro de los temas principales abordados por estos autores está: la conciencia y la intención,

¹⁵⁰ CANABAL V., A. Op. Cit., p. 52.

¹⁵¹ GREELY, H. Editorial: On neuroethics. Science 318: 533.

¹⁵² *Íbid.*

¹⁵³ CANABAL V., A. Op. Cit., p. 52

¹⁵⁴ *Íbid.*

la responsabilidad y el determinismo, la mente y el cuerpo, la neurotecnología, el envejecimiento y la demencia, el derecho y la política pública, y la ciencia, la sociedad y las perspectivas internacionales.

Ahora bien, este indudable éxito inicial de la Neuroética no estado exento de polémicas. En el ámbito académico han surgido posturas que cuestionan el uso de esta noción, y aún más, cuestionan la legitimidad de la Neuroética como área del conocimiento. La pregunta es ¿puede hablar de la Neuroética como una disciplina autónoma? Echarte¹⁵⁵ da cuenta de diversas objeciones que se pueden plantear al respecto. En primer lugar, tanto la ética médica como la bioética se encargan del correcto uso y aplicación de los conocimientos biosanitarios. La creación de un área como la “Neuroética” no parecería tener mayor razón de ser. En segundo lugar, muchas más antiguas áreas han intentado estudiar al hombre en tanto realidad material, y a la vez, susceptible de acciones morales. ¿Por qué crear una serie de “neuro-disciplinas? Podría decirse que la aproximación neurocientífica y su método, es lo esencial en todas ellas. Sin embargo, no hay que olvidar que fueron la complejidad del sistema nervioso central y de los propios eventos psíquicos los que principalmente propiciaron el interés de la Neurociencia por otros métodos y enfoques. “Reducir la Neuroética al método experimental es cercenar su proyección, esto es, limitar a la mínima expresión toda expectativa sobre lo que un investigador honesto y prudente estaría dispuesto a aseverar acerca del hecho moral, estético o religioso”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ ECHARTE, L. Loc cit.

¹⁵⁶ *Íbid.*

En esta línea, Echarte señala que el argumento sobre la pluralidad metodológica de la Neuroética

“puede también utilizarse para defender su autonomía. Es cierto que definir una disciplina como interdisciplinar es desdibujar sus métodos y objeto, pero también implica denunciar la insuficiencia de los enfoques unidimensionales tradicionales. Puede decirse en este sentido que la propuesta interdisciplinar perfila el objeto de conocimiento mejor que sus predecesoras, al presentarlo en una complejidad mayor de lo que se sospechaba. Es cierto que el objeto se define de manera negativa -lo que todavía no es conocido, ni va a serlo si se sigue manteniendo un único enfoque-, pero también hay que reconocer que la constatación de la ignorancia es considerada ya desde Sócrates un gran saber.”¹⁵⁷

Por tanto, el entender a la Neuroética como un campo interdisciplinario, en donde la ciencia, la filosofía, la sociología y la ética se entrecruzan para intentar dar respuestas a las preguntas más antiguas que se ha hecho el ser humano, no es una desventaja, sino una poderosa herramienta. La controversia sobre si la Neuroética es, o debe ser considerada una disciplina autónoma no es tan determinante, si constatamos que en la práctica esta igualmente ha adquirido el carácter de tal. Como señaló Francis Harper, ex director de la Fundación Dana, al final de la Conferencia “Neuroethics, Mapping The Field”, “puede usted llamarla como quiera, pero el tren de la Neuroética ya ha salido de la estación”¹⁵⁸.

b. El objeto de la Neuroética.

Señalamos anteriormente que la Neuroética consistía en el estudio de las cuestiones éticas, legales y sociales que surgen a raíz de los descubrimientos de la neurociencia¹⁵⁹. Pues bien, a medida que nos vamos adentrando en este

¹⁵⁷ ECHARTE, L. Loc. Cit.

¹⁵⁸ “You can call it what you want, but the neuroethics train has left the station” Citado en: ROSKIES, A. 2002. Neuroethics for the New Millenium. Neuron 35: 23.

¹⁵⁹ MARCUS, S. Loc. Cit.

campo, van surgiendo cuestiones y propuestas que avalan el nacimiento de una segunda acepción de la Neuroética. Fue Adina Roskies¹⁶⁰ quien introdujo esta célebre distinción, perfilando dos ramas, entrelazadas entre sí, pero que modulan de diferente forma la relación entre neurociencia y ética¹⁶¹. Estas dos ramas han sido conceptualizadas como la *Ética de la neurociencia* y la *neurociencia de la ética*¹⁶².

La *ética de las neurociencias* alude a aquella rama de la Neuroética que busca desarrollar un marco ético para la regulación de la investigación neurocientífica y la aplicación de conocimientos neurocientíficos a la comprensión de la ética misma¹⁶³. Así, podemos decir que

“Se preocupa de los protocolos de investigación, los descubrimientos incidentales, la aplicación de nuestro conocimiento de la mente y el cerebro de los individuos, porque podemos alterar los trazos de la personalidad, reforzar las capacidades cognitivas, la memoria, e incluso algún día –se dice- podremos insertar creencias”¹⁶⁴.

Es decir, nos referimos a la moralización de las prácticas neurocientíficas, donde se subraya el aspecto ético de las mismas¹⁶⁵.

Dentro de la *Ética de la Neurociencia*, Roskies distingue a su vez dos focos de estudio¹⁶⁶: en primer lugar, aquello relacionado con la práctica ética en el desempeño de las investigaciones neurobiológicas en general (*ética de la práctica neurocientífica*), y en segundo lugar, aquello que concierne a la evaluación del

¹⁶⁰ ROSKIES, A. Op. cit., p. 21.

¹⁶¹ CORTINA, A. 2010. Op. cit., p. 131.

¹⁶² ROSKIES, A. Op. cit., p. 21.

¹⁶³ LEVY, N. Op. Cit., p. 1.

¹⁶⁴ CORTINA, A. 2010. Op. Cit., p. 131.

¹⁶⁵ BEORLEGUI, C. Op. cit., p. 59.

¹⁶⁶ ROSKIES, A. Op. Cit., p. 21.

impacto que puede tener en la sociedad la incorporación de conocimientos obtenidos de la experimentación neurobiológica (*implicancias éticas de las neurociencias*). La *ética de la práctica neurocientífica* se asocia a cuestiones relacionadas con los experimentos neurocientíficos y su conformidad con códigos de conducta éticos, tanto en aquellas disciplinas básicas de la Neurociencia como también en su aplicación clínica. *Las implicancias éticas de las neurociencias*, se centran en cómo utilizar estos conocimientos científicos para mejorar la vida humana, planteándose así la posibilidad de clarificar temas como el comienzo y fin de la vida, la muerte, y la posibilidad de contribuir al progreso de la humanidad¹⁶⁷.

La *neurociencia de la ética*, por otro lado, se refiere al impacto que pueden tener los conocimientos de la neurociencia en nuestra comprensión de la ética misma¹⁶⁸. Es decir, se trata de la otra cara del problema, la neurologización de la ética. Se trata acá del estudio de las bases neurológicas del comportamiento ético, tema que tratamos al referirnos a las bases neurológicas de la conducta moral (véase *supra* I.1.c). Esta aproximación de la Neuroética nos plantea que las Neurociencias tienen mucho que aportar a la ética, coincidiendo esta tendencia con la de quienes auguran una auténtica revolución ética¹⁶⁹

La neurociencia de la ética, abarca nuestro conocimiento sostenido sobre las bases de la agencia moral. Permite iluminar, y quizás, amenazar elementos centrales de nuestra agencia: el libre albedrío, nuestro conocimiento de la mente o la misma esencia de la moralidad. Nos hace reconsiderar lo que significa ser un

¹⁶⁷SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ, J. Loc. Cit.

¹⁶⁸ LEVY, N. Op. Cit., p. 1.

¹⁶⁹ BEORLEGUI, C. Op. cit., p. 59.

ser humano responsable. Ilumina nuestra habilidad para controlar nuestros deseos y nuestras acciones, y por qué perdemos el control sobre ellos. Nos da lineamientos posibles para controlar nuestra conducta¹⁷⁰. Así, esta rama de la Neuroética plantea la novedad de que todas las nociones de teoría ética se pueden explorar de alguna manera dentro de la Neurociencia. A decir verdad, la primera rama de la Neuroética se subsume en esta segunda, ya que el entendimiento de la propia ética desde la perspectiva neurobiológica cambiará el modo en que la aplicamos a la investigación básica y clínica de la Neurociencia¹⁷¹.

En relación a esto, Cortina señala que si comprendemos a la Neuroética como una *ética de la neurociencia*, entonces parecería solamente una dimensión de la Bioética. Si, en cambio, tomamos a la neurociencia en su segundo sentido, como *neurociencia de la ética*, entonces “parecemos estar anunciando una auténtica revolución, porque la neurociencia nos proporcionaría el fundamento cerebral para una ética normativa, el conocimiento de los mecanismos cerebrales nos permitiría por fin aclarar científicamente que debemos hacer moralmente”¹⁷².

Ahora bien, respecto a las temáticas tratadas por la Neuroética de manera general, se han efectuado diversas categorizaciones. Así, en la reunión de San Francisco se plantea que son cuatro los temas básicos de la Neuroética: La ciencia neural y el yo, la ciencia neural y las políticas sociales, la ética y la práctica de la ciencia neural y la ciencia neural del discurso público¹⁷³. Por otro lado, Marta Farah, analiza las principales temáticas que surgen como consecuencia del

¹⁷⁰ LEVY, N. Op. Cit., p. 2.

¹⁷¹ SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ, J. Loc. Cit.

¹⁷² CORTINA, A. 2010. Op. Cit., p. 132.

¹⁷³ SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ, J. Loc. Cit.

progreso en la Neurociencia cognitiva, algunas de tipo práctico, relacionada con las implicancias de la Neurotecnología, y otras más filosóficas, vinculadas a nuestra comprensión como seres morales. Estas temáticas son: la imagen cerebral y, por consiguiente, la privacidad cerebral, el mejoramiento del cerebro, la responsabilidad y la culpa, y la dualidad entre mente y cerebro¹⁷⁴.

Así también, Illes y Bird ha sistematizado los cuatro apartados planteados en la reunión de San Francisco de una manera más precisa y detallada. Según ellos, los cuatro grandes objetivos de la Neuroética serían: (1) Neurociencia del yo, del actuar y de la responsabilidad (2) Neurociencia y políticas sociales, (3) Neurociencia en la práctica clínica, (4) Neurociencia en el discurso público y en la formación¹⁷⁵.

Si tuviéramos que determinar dentro de que temática se inserta este trabajo, deberíamos referirnos a la primera temática esbozada por Illes y Bird: temática de la *neurociencia del yo, del actuar y de la responsabilidad*. Así también, si aludimos a las temáticas aludidas en el célebre artículo de Farah¹⁷⁶, deberíamos enmarcarnos dentro de la responsabilidad y la culpa, esto es, la vinculación entre las Neurociencias y la responsabilidad moral y legal. Esto se relaciona con una serie de temas que tienen gran trascendencia para la convivencia humana como lo son la libertad y la responsabilidad, las bases de la personalidad y de la conciencia social, la neurobiología de la toma de decisiones y la autoconciencia¹⁷⁷. En efecto, las interpretaciones reduccionistas de los resultados obtenidos por las

¹⁷⁴ FARAH, M. 2005. Op. Cit., pp. 34-40.

¹⁷⁵ ILLES, J. y BIRD, S. 2006. Op. Cit., pp. 511-517.

¹⁷⁶ FARAH, M. 2005. Op. Cit., p. 37.

¹⁷⁷ SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ, J. Loc. Cit.

Neurociencias podrían cuestionar la mantención de nuestra idea de unidad y autonomía acerca de nosotros mismos, pudiendo transformar el “Yo” en una ilusión¹⁷⁸. Otra consecuencia podría ser la modificación de conceptos médico-psiquiátricos de especial importancia, como el de enfermedad mental¹⁷⁹.

En el fondo, debate entre libertad-determinismo, de larga data en el contexto filosófico, hoy en día resurge a través de las Neurociencias. Ciertos estudios demostrarían, aparentemente, que nuestras conductas son dirigidas por nuestro cerebro de manera inconsciente, sin ser fruto del ejercicio de la libertad personal. Sólo tendríamos la ilusión de estar actuando voluntariamente, pero la verdad es que nuestra voluntad estaría determinada por procesos neuronales infrapersonales previos. Los experimentos también concluirían que cuando un sujeto se encuentra ante un dilema moral, éste se resuelve no mediante mejores razones, sino por cómo está constituido el cerebro. Esto contradeciría la regla moral básica según la cual nuestras decisiones morales están determinado por lo que haríamos si la razón determinase complemente nuestra voluntad¹⁸⁰.

Todo lo que hemos señalado nos permite plantear que la interdisciplinariedad se revela como una exigencia intrínseca de esta actividad científica. “Si no se tiene esto en cuenta, la inevitable consecuencia es un reduccionismo que privilegia una determinada forma de entender la ciencia y la experiencia (...) y que rechaza otras”. Así, la neurociencia ofrece una excelente

¹⁷⁸ FUCHS, T. Op. Cit., p. 603.

¹⁷⁹ FUCHS, T. Op. Cit., p. 604.

¹⁸⁰ FIGUEROA, G. Op. Cit., p. 1080.

oportunidad para que la comunidad académica analice con responsabilidad las consecuencias que la ciencia experimental está teniendo en nuestra sociedad¹⁸¹.

c. La relación entre Derecho y Neurociencias.

La Neuroética, proporciona una oportunidad de superación del enfrentamiento entre el mundo experimental y filosófico¹⁸², revisitando viejas temáticas y dando una nueva perspectiva a criterios ya asentados en nuestra sociedad. En el Derecho, esto tiene particular importancia pues

“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 que ofrece la filosofía (...) ni las Neurociencias, como ciencias empíricas, ni el Derecho Penal, como ciencia social, puede prescindir de ella, y están, por tanto, obligados a entenderse”.¹⁸³

Dentro del Derecho existen una serie de conceptos jurídicos que requieren ser precisados con la ayuda de diversos conocimientos especializados provenientes de las ciencias sociales y naturales. Conceptos como los de “libertad de acción”, “libertad de voluntad”, “demencia”, “intención”, requieren de una base ideológica y fundada en conocimientos prácticos aceptados por la generalidad de la sociedad para su debida aplicación.

Menospreciar o ignorar la capacidad de influencia de las Neurociencias sobre el Derecho en general, y no sólo sobre el Derecho Penal, “sería como no querer

¹⁸¹ SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ, J. Loc. Cit

¹⁸² CANABAL V., A. Op. Cit., p. 59.

¹⁸³ DEMETRIO C., E. 2013. Op. Cir., p. 18.

asomar la mirada a lo que se avecina”¹⁸⁴. Así, es como nuevamente se ha llegado a crear un neologismo en torno a esta relación, conocido como *Neurolaw*. Así, se dice que el *Neurolaw* ha desembarcado en el mundo de nuestros principios e ideas jurídicas con la finalidad de transformarlos completamente¹⁸⁵. Los focos de influencia de la Neurociencia sobre el Derecho serían enormemente amplios y van desde aspectos relacionados con el tipo de conocimiento asociado a la investigación y sus límites empíricos, pasando por el problema de como relacionar estos conocimientos con el estado actual de la ciencia de Derecho. Las Neurociencias pueden llegar incluso a tocar cuestiones transversales de fundamentación ética y virtualidad procesal.¹⁸⁶

Una de las consecuencias que podrían tener las investigaciones neurocientíficas tiene que ver con su impacto en el sistema judicial. Dentro de los aspectos más novedosos que poseen estos estudios es la posibilidad de lo que se ha denominado “lectura de cerebros” (*Brain Reading*). Mediante este tipo de tecnologías se podría alcanzar la detección del engaño a través de una “huella de memoria” que se halla presente cuando se reconoce un determinado objeto, lo que permitiría reconocer si el sospechoso de un crimen tiene conocimiento de alguno de los objetos procedentes de éste. Éste tipo de métodos no está exento de debates éticos, puesto que constituirían una vulneración de la privacidad de un reducto que hasta ahora era inexpugnable: el de la mente y la conciencia¹⁸⁷.

¹⁸⁴ *Íbid.*

¹⁸⁵ *Íbid.*

¹⁸⁶ *Íbid.*

¹⁸⁷ CAPÓ, M. *et al.* Op, cit., p. 165.

Pero, sin duda, la concepción que podría verse alterada totalmente por las Neurociencias, se relaciona con nuestra comprensión de la moral y la responsabilidad legal. Cuando imputamos responsabilidad penal, no consideramos responsables a aquellos sujetos que cometen actos de manera irreflexiva, inconsciente o involuntaria, ni tampoco en casos de coacción severa. Pues bien, la Neurociencia ha comenzado a iluminar de manera sutil y gradual aquellas vías mediante las cuales el cerebro puede ser dañado. La utilización prolongada de parte importante de las drogas ilícitas ha sido vinculada a impedimentos de las funciones prefrontales. Así también, el abuso infantil o la negligencia parental puede llegar a afectar estos sistemas. Tampoco se puede soslayar la influencia de los genes en la personalidad del hombre, lo que se vislumbra en los estudios sobre la psicopatía que dan a entender que estas personas presentan anomalías en la corteza prefrontal¹⁸⁸.

En los procesos penales, una sentencia condenatoria requiere no solamente probar que el sujeto actuó dolosamente, sino de manera culpable. Desde la vereda de las Neuroética, Green y Cohen intentan aproximarse a esto refiriéndose a la doctrina del *mens rea*, proveniente del Common Law¹⁸⁹. Para ellos, se puede hablar de un sentido restringido de *mens rea*, como la intención de cometer un delito – lo que nosotros conocemos jurídicamente como *dolo*- mientras que una interpretación más distante entendería al *mens rea* como todos aquellos estados mentales consistentes con culpar legal o moralmente a alguien- lo que,

¹⁸⁸ FARAH, MARTHA. Emerging ethical issues in neuroscience. Nature Neuroscience, volume 5, no 11, noviembre 2002 <http://www.nature.com/neuroscience>, pp- 37-38.

¹⁸⁹ *Íbid.*

para nosotros, se inserta en la teoría de la culpabilidad jurídico-penal¹⁹⁰. Pues bien, para resolver estos asuntos el Derecho a menudo ha recurrido a la ciencia, y precisamente, hoy en día, la ciencia que adquiere connotación a respecto es la Neurociencia cognitiva. Para Green y Cohen, no es sorpresa el interés por las potenciales implicancias legales que nos trae la Neurociencia, dada la preocupación del Derecho por los estados mentales, junto con su preferencia por la evidencia “dura”. Pero al mismo tiempo se preguntan ¿Es tan cierto que nuestra comprensión de la mente como cerebro tiene profundas implicancias para el Derecho?¹⁹¹ Y si esto es así, ¿pueden las Neurociencias socavar nuestras intuiciones tradicionales sobre la responsabilidad moral y jurídica?¹⁹²

Según Mathiew Tieu, la respuesta a estas preguntas, depende, en gran parte, de la noción que tengamos respecto al libre albedrío. Si se es *libertario*, la respuesta debería ser afirmativa, ya que las Neurociencias revelarían que aspectos de nuestro comportamiento están innatamente fijados, impenetrables a la deliberación racional consciente¹⁹³. Green y Cohen argumentan que la doctrina jurídica, si bien en principio es *compatibilista*, está basada sobre intuiciones que son más bien incompatibilistas, y específicamente libertarias¹⁹⁴. En este sentido, la base intuitiva del Derecho se encontraría fundada en una noción metafísica, ambiciosa y libertaria del libre albedrío, que se vería amenazada por el

¹⁹⁰ *Íbid.*

¹⁹¹ GREEN, J. y COHEN, J. 2004. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B* 359: 1775.

¹⁹² TIEU, M. 2007. Neuroethics: The law and The Person. *Bioethics Research Notes* 19(3): Opinion (Sin numeración de páginas)

¹⁹³ *Íbid.*

¹⁹⁴ GREEN, J. y COHEN, J. *Op. cit.*, p. 1776.

determinismo, y específicamente, por la Neurociencia cognitiva. Por esto, para estos autores la Neurociencia es relevante para el Derecho, puesto que

“El espacio que existe entre lo que al Derecho oficialmente le preocupa y lo que a las personas le preocupan, sólo se revela ocasionalmente cuando la información científica sobre las causas del comportamiento criminal llevan a las personas a dudar de ciertas capacidades individuales para la responsabilidad moral y legal, a pesar de que esta información es irrelevante de acuerdo a los principios jurídicos establecidos. Argumentamos que las Neurociencias continuamente van a iluminar y abrir este espacio. Esto es, las Neurociencias van a socavar el sentido común de la gente, la concepción libertaria del libre albedrío y el pensamiento retributivo que depende de él, los cuales hasta ahora han sido escudados bajo la inaccesibilidad del pensamiento sofisticado sobre la mente y sus bases neuronales”¹⁹⁵.

Así, la culpabilidad jurídico penal surge como una de las temáticas más importantes a propósito de la vinculación entre Derecho Penal y Neurociencias, y constituye el objeto de estudio de éste trabajo. La doctrina de la culpabilidad descansa en principio, y como veremos, en una concepción libertaria del ser humano¹⁹⁶. Para el Derecho Penal, el mayor problema es determinar, por un lado la “no compulsividad” de la conducta, y por otro, si el sujeto disponía al actuar de capacidades racionales suficientes. Las Neurociencias podrían llegar a cambiar éste paradigma, al relacionar comportamientos, tendencias y síndromes con sus correlatos físicos “deterministas”¹⁹⁷.

Más allá del fundamento del culpabilidad, las Neurociencias pueden también determinar una alteración de las ideas actuales sobre quienes son responsables,

¹⁹⁵ “The gap between what the law officially cares about and what people really care about is only revealed occasionally when vivid scientific information about the causes of criminal behaviour leads people to doubt certain individuals capacity for moral and legal responsibility, despite the fact that this information is irrelevant according to the law’s stated principles. We argue that new neuroscience will continue to highlight and widen this gap. That is, new neuroscience wil undermine people’s common sense, libertarian conception of free will and the retributivist thinking that depends on it, both of which have heretofore been shielded by the inaccessibility of sophisticated thinking about the mind and its neural basis” GREEN, J. y COHEN, J. Op. cit., p. 1776 (La traducción es mía).

¹⁹⁶ CAPÓ, M. et al. Op, cit., p. 168.

¹⁹⁷ *Íbid.*

de acuerdo a los elementos de la dogmática de la culpabilidad ¿Regula el derecho nuestras emociones, percepciones y recuerdos? Al menos podemos decir que regula la exteriorización de todos ellos. Es por esto que se ha señalado que el camino de la confluencia entre el estudio científico de la conducta y el Derecho pasará indudablemente por el sustento que brinden los resultados de las investigaciones entre el cerebro y la conducta, con todas sus implicancias¹⁹⁸. Influencias socioculturales podrían ser tomadas en consideración para determinar la imputabilidad de un individuo o su posibilidad de haber obrado de manera distinta.

Por lo tanto, si para realizar un verdadero análisis jurídico es necesaria conocer en profundidad la voluntad y el pensamiento, es inevitable que los juristas observen con más atención la relación entre cerebro y conducta, de manera de establecer una legislación más justa e impartir una justicia más objetiva y actual. Como señala Gacía, sólo así podremos tener una visión más clara del fenómeno delictivo y una mejor aproximación para su integración social.¹⁹⁹

¹⁹⁸ GARCÍA, E. Op. Cit., p. 90.

¹⁹⁹ *Íbid.*

CAPÍTULO II

CULPABILIDAD Y LIBRE ALBEDRÍO

. La relación entre el libre albedrío y la culpabilidad. Diversos enfoques en torno al Libre albedrío. Culpabilidad y pena. Teorías clásicas y modernas sobre la culpabilidad

*“Lo eterno e indestructible en el hombre, lo que forma en él el principio de la vida, no es el alma,
sino que (...), el radical del alma, la voluntad”*

Arthur Shopenhauer. Sobre la voluntad en la naturaleza

1. NOCIONES GENERALES

a. Introducción.

Difícilmente existe otra teoría más apasionante y controversial que la de la culpabilidad jurídico-penal. Elaborada por juristas a lo largo del tiempo, fruto de múltiples reelaboraciones y críticas, la culpabilidad sigue hoy en día siendo un concepto que requiere especial análisis para el jurista, el abogado, el juez y el criminólogo. Las implicancias sociales y morales que tiene este concepto en la teoría y práctica nos llevan a situarlo como punto central dentro de nuestro trabajo, puesto que el foco de atención de la culpabilidad es la persona misma, al igual que el objeto de estudio de las Neurociencias.

Para Zaffaroni, el problema de la culpabilidad es quizá el más discutido y acerca del cual existe menos acuerdo dentro de la teoría del delito²⁰⁰. Como señala Pereda, “Quizás no haya materia penal dotada de bibliografía más amplia que la culpabilidad, y quizás, por eso mismo, no haya concepto más vidrioso y quebradizo ni ambiente más irrespirable que el que le rodea”²⁰¹. Constituye a su

²⁰⁰ ZAFARRONI, E. 1988. Manual de Derecho Penal: Parte General. Tomo IV. México, Ediar, p. 10.

²⁰¹ PEREDA, J. 1949. El concepto normativo de culpabilidad. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2: 21.

vez, un concepto fundamental para el Derecho Penal²⁰². Cobos²⁰³ esgrime tres argumentos para explicar esto. Primero, la culpabilidad constituye la justificación última del sistema penal desde el punto de vista de su coherencia interna, y frente al propio culpable. En segundo lugar, constituye un elemento dogmático clave, la última ratio del discurso penal. En tercer lugar, y por último, constituye el escalón final que cierra la peregrinación de comprobaciones del delito, que finaliza en la culpabilidad²⁰⁴. Por lo tanto, la culpabilidad constituye el punto de culminación de la teoría del delito, y toda falla en los cimientos o en la planificación de la estructura teórica del delito se hará más evidente a medida que se vaya ascendiendo en los estratos de la misma, pudiendo llegar a distorsionar completamente la noción de delito, por defectos en su sustentación.

Hoy en día, la culpabilidad se asocia indisolublemente a la idea, idiomáticamente no elegante según Welzel²⁰⁵, de reprochabilidad. Como señala Jakobs, la formulación más común de la culpabilidad es la reprochabilidad, esto es, tener la culpa²⁰⁶. Ahora bien, esta noción del reproche no sólo tiene relevancia para efectos de imputación jurídica penal, sino también tiene repercusiones en otros ámbitos del conocimiento humano. En efecto, la noción de reproche tiene diversas implicancias morales. Pero debe distinguirse claramente entre culpabilidad para el Derecho Penal y culpabilidad ético-moral. La diferencia no

²⁰² CURY, E. II. Op. Cit., p. 7.

²⁰³ COBOS, M. 2010. Derecho penal actual o el sistema culpabilístico. En: INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL Derecho Penal y Política criminal. Libro en homenaje al Maestro Álvaro Bunster. México D.F., Ubijus, p. 265.

²⁰⁴ *Íbid.*

²⁰⁵ WELZEL, H. 1956. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires, Roque Depalma, p. 148.

²⁰⁶ JAKOBS, G. 1996. Fundamentos del Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 15.

opera solamente en el plano abstracto sino que se reproduce en todas y cada una de las categorías jurídico-penales²⁰⁷.

La culpabilidad jurídico penal se basa en el reproche de que el sujeto “no se ha sometido a los dictados del derecho no obstante obrar en circunstancias en las que el común de los hombres podía exigírsele hacerlo”²⁰⁸ mientras que la culpabilidad ético-moral “se funda en el reproche que la propia conciencia dirige al autor por no haber actuado con arreglo a las determinaciones de su sentido del Bien. Por esto, jurídicamente es culpable a quien el derecho considera tal; en cambio, moralmente lo es tan sólo aquello que se siente culpable”²⁰⁹. En palabras de Wessels, “culpabilidad penal es culpabilidad de un acto aislado y no culpabilidad de carácter y tan solo indirectamente, «culpabilidad por conducta de vida»²¹⁰.” “Para el reproche de culpabilidad sólo son decisivas las representaciones de valor del ordenamiento jurídico”²¹¹.

Cobo del Rosal y Vives Antón enumeran las diferencias fundamentales entre ambos tipos de culpabilidad²¹². En primer lugar, señalan que la culpabilidad jurídico penal se diferencia de la culpabilidad moral, debido a que la primera hace referencia a la *atribuibilidad* del hecho cometido, mientras que la segunda hace referencia a la *valoración* de la persona. En el juicio de reproche jurídico, se determina solamente si el hecho cometido es personalmente reprochable a su

²⁰⁷ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. 1996. Derecho Penal. Parte General. 4º ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 490-491.

²⁰⁸ CURY, E. II. Op. Cit., p. 24

²⁰⁹ *Íbid.*

²¹⁰ WESSELS, J. 1970. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires, Depalma. P. 107.

²¹¹ *Íbid.*

²¹² COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. Op. Cit., pp. 492-493.

autor. La personalidad del autor se toma en consideración tan sólo para determinar en qué medida se es susceptible de reproche, puesto que no todos tienen la capacidad para adecuar su comportamiento a las prescripciones jurídicas. Sin embargo, la personalidad como tal no es objeto de juicio jurídico penal²¹³,

Es decir, en el Derecho Penal no se juzga a las personas, sino sólo a sus actos. Esta limitación al acto y a la *atribuibilidad* desempeña, de acuerdo a estos autores, una primordial función de garantía. No incumbe al Derecho Penal establecer si las inclinaciones del individuo son dignas de censura o elogio. Si fuera así, el juicio penal traspasaría los límites propios del Derecho penal para invadir los de la Moral²¹⁴. Por lo tanto, el objeto del reproche jurídico penal es solamente la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico materializada en el hecho cometido. El Derecho Penal no puede enjuiciar, directa ni indirectamente a la persona, en cuanto persona. El juicio sobre la esencia de la personalidad, corresponde a la moral²¹⁵.

En segundo lugar, existen ciertas objeciones que impiden que la culpabilidad jurídico-penal sea dotada de elementos morales. Esto es importante ya que existe una posición extrema que entiende al principio de culpabilidad de un modo material: como libre y responsable autodeterminación contra un deber ético conocido como tal. De ésta posición se derivan dos ideas conflictivas que se

²¹³ *Íbid.*

²¹⁴ *Íbid.*, pp. 493-494.

²¹⁵ *Íbid.*, p. 494.

deben rechazar: la inculpabilidad moral y jurídica, y la negación de la responsabilidad jurídica²¹⁶.

Respecto a lo primero, se señalaba por parte de Muñoz Conde, que aquellos delitos que no reflejan la sociedad actual, y que se basan en disposiciones inadecuadas e injustas, deben conducir a la ausencia de culpabilidad. Sin embargo, si la culpabilidad jurídica fuese materialmente idéntica a la moral, habría que concluir que la infracción de normas morales cuyas valoraciones no se comparte individualmente, es inculpable. Esta solución es insatisfactoria desde una perspectiva democrática.²¹⁷

Respecto a lo segundo, se ha señalado que en una sociedad democrática, lo único que se puede pretender es que las normas legales sean expresión de la voluntad mayoritaria y que no conculquen derechos. Si pese a esto, existen sujetos o grupos que no comparten la voluntad democrática y ponen en peligro la convivencia, se llegaría al supuesto de declarar la insuficiencia del principio de culpabilidad, incapaz de desempeñar una función esencial para la convivencia democrática²¹⁸.

El que el concepto de culpabilidad se haya cargado, en su interpretación jurídico penal, de fuertes connotaciones metafísicas y moralizantes, es uno de los problemas que ha sufrido la evolución de este concepto²¹⁹. Ello dificulta el manejo del término por parte de una teoría del Derecho Penal que se quiere basar sobre

²¹⁶ *Íbid*

²¹⁷ *Íbid.*

²¹⁸ *Íbid.*

²¹⁹ MIR P., S. 1994. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona, Ariel, pp. 172.

bases verificables, y diluye su capacidad para fijar un límite racional al poder punitivo del Estado. El otro problema que sufre este concepto es, de acuerdo a Mir Puig, la pluralidad de significados y acepciones que tiene en la doctrina penal. Sin perjuicio de esto, y entendiendo correctamente tal límite, la culpabilidad es necesaria en un Estado social y democrático de derecho²²⁰.

b. Concepto y funciones de la culpabilidad.

La culpabilidad jurídico penal posee, en su tratamiento doctrinal, una diversidad de significados. En este sentido, Mir distingue entre la utilización de un concepto amplio y un concepto restringido de culpabilidad²²¹. El concepto estricto se asocia a la culpabilidad como imputación subjetiva, esto es, constituye la etapa determinante para calificar si el sujeto es responsable penalmente, mientras que el concepto amplio se asocia a la idea de culpabilidad como principio, o bien, a la culpabilidad como un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal²²². En similar sentido, Garrido Montt recoge esta distinción al hablar primero de la culpabilidad como elemento del delito, que se identifica con las condiciones que hacen que el sujeto sea individualmente merecedor de la pena²²³, y luego de la culpabilidad como fundamento, elemento regulador y fin de la pena, que constituye el pilar fundamental del Derecho Penal moderno²²⁴. Jeschek y Weigend distinguen entre el principio de la culpabilidad, la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad como medida de la pena, al igual que

²²⁰ *Íbid.*, p. 172.

²²¹ *Íbid.*, pp. 172-173.

²²² COBOS, M. Op. Cit., pp. 251-266.

²²³ GARRIDO M., M. Derecho Penal: Parte General. Tomo II. 3° ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 196.

²²⁴ *Íbid.*, p. 198.

Donna, quien siguiendo a Achenbach diferencia tres diversos conceptos de culpabilidad²²⁵.

A partir de esto podemos señalar que el concepto de *culpabilidad* tiene, entonces, al menos tres acepciones diferenciadas dentro de la doctrina jurídico penal, según el contexto en el que es utilizado: En *primer lugar*, como elemento dogmático del delito; *en segundo lugar*, como fundamento del principio de culpabilidad enunciado bajo el aforismo latino *nulla poena sine culpa*; en *tercer lugar* como elemento legitimador de la pena y el *ius puniendi*²²⁶. Siguiendo a Prambs, podemos decir que la concepción originaria de *culpabilidad* toma la forma de un principio, fruto del pensamiento liberal ilustrado, que se deriva del principio de legalidad, y que tiene como finalidad la de excluir la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por los hechos de “otros”. Es decir, es un principio que garantiza la subjetivación y la individualización de la responsabilidad penal. Ahora bien, si originariamente el principio de culpabilidad tiene una significación autónoma, desde el momento en que se configura como elemento dogmático del delito, comienza a originarse una confusión entre las dos primeras acepciones ya señaladas²²⁷. Es por esto que es necesario diferenciar claramente estos tres roles que cumple la noción jurídica de “culpabilidad”.

La noción de culpabilidad, como *elemento del delito*, ha sido definido en nuestra doctrina nacional como “reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podría

²²⁵ DONNA, E. 1995. Teoría del delito y de la pena: imputación delictiva. Buenos Aires, Astrea, pp. 181-182.

²²⁶ PRAMBS J., C. 2005. El tipo de culpabilidad en el Código Penal Chileno: una visión sistemática normativa y positiva. Santiago, Editorial Metropolitana, p. 75.

²²⁷ *Íbid.*

someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho”²²⁸. De manera similar, la culpabilidad puede ser caracterizada como “el reproche que se le hace al que pudo obrar diversamente y optó por la conducta prohibida”²²⁹. Etcheberry la caracteriza como “la cualidad de la voluntad que la hace reprobable a los ojos de derecho y que es requisito de la responsabilidad penal”²³⁰ Garrido Montt señala que “la culpabilidad es el reproche del acto a su autor” y señala que, en el hecho, está “constituida por un conjunto de circunstancias que permiten castigar a un sujeto por la realización de un comportamiento típico”²³¹.

Como ya señalamos (véase *supra* II.1.a) el juicio de culpabilidad se encuentra íntimamente asociada a la reprochabilidad, y así lo comprende la mayoría de la doctrina jurídico-penal. Mezger entiende a la culpabilidad como “el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido”²³². Welzel, señala que la culpabilidad, “es aquella cualidad de la acción antijurídica que posibilita hacer un reproche personal al autor, porque no la ha omitido”²³³. Para Zaffaroni, la culpabilidad es “el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta para que le sea reprochada a su autor”²³⁴. Maurach la define como “reprochabilidad de un hacer u omitir jurídicamente desaprobado”²³⁵, mientras que Donna la conceptualiza como “el reproche que se realiza al autor del hecho típico y antijurídico, debido a su

²²⁸ CURY, E. II. Op. cit., p. 7.

²²⁹ POLITOFF, S., MATUS, J. y RAMÍREZ, M. 2004. Lecciones de derecho penal chileno: Parte general. 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 243.

²³⁰ ETCHEBERRY, A. I. Op. Cit., p. 270.

²³¹ GARRIDO, M. II. Op. Cit, pp. 195-196.

²³² MEZGER, E. 1958. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, p. 189.

²³³ WELZEL, H. 1956. Op. Cit., p. 148.

²³⁴ ZAFARRONI, E. Op. Cit., p. 10.

²³⁵ MAURACH, R. 1962. Tratado de Derecho Penal: II. Barcelona, Ariel, p. 35.

motivación contraria a la norma (contraria al deber). Con lo que se afirma que la esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad”²³⁶. Hay quienes también han definido a la culpabilidad simplemente como “la realización inexcusable de un hecho injusto”²³⁷.

Esta necesidad de imputación del hecho delictivo al sujeto es una noción universalmente expandida, que ya tempranamente se puede encontrar en los trabajos de filósofos de la Antigüedad. Aristóteles señalaba así que

“Como la virtud, según se ha visto, se refiere a los afectos y a las acciones, y los elogios y las censuras recaen en los actos voluntarios (en cambio, en lo involuntario recae la indulgencia ya a veces aún la conmisericordia), es necesario tal vez, para los que investigan acerca de la virtud, definir lo voluntario y lo involuntario; y también será útil, en relación con las recompensas y los castigos, para los que legislan”²³⁸.

Ahora bien, aun cuando la noción detrás de éste concepto ha recibido, a lo largo del tiempo, diversos nombres, su concepto y sistematización son “un elemento relativamente nuevo en la historia del derecho penal. “Sólo con Merkel y Binding se logra purificar el concepto y denominaciones distintas que antes tenía: recuérdese a Carrara, que se refería a la fuerza moral del delito”²³⁹. Por lo tanto, la elaboración de una teoría de la culpabilidad como categoría autónoma del delito solo pudo ser desarrollada una vez que se estableció la separación entre injusto y culpabilidad²⁴⁰. Esta distinción se basa en la idea propia del sistema clásico, de diferenciar entre los elementos objetivos del delito y los elementos subjetivos del

²³⁶ DONNA, E. *Op. Cit.*, p. 182.

²³⁷ COUSIÑO M., L. 1975. *Derecho Penal Chileno: Parte General.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile p. 23.

²³⁸ ARISTÓTELES. 2007. *Ética Nicomaquea.* Buenos Aires, Colihue, p. 77.

²³⁹ GARRIDO M., M. *Op. Cit.*, p. 195.

²⁴⁰ BUSTOS, J. 2004. *Obras completas: Derecho Penal Parte General.* Lima, Ara Editores, p. 1099.

mismo. Tradicionalmente, el injusto ha sido el continente de todos los elementos objetivos, descriptivos y valorativos del delito, mientras que la culpabilidad se ha vinculado al elemento subjetivo del mismo²⁴¹.

Ahora bien, dentro de éste concepto de culpabilidad, a menudo la doctrina distingue ente culpabilidad *formal* y *material*. La culpabilidad *formal*, se refiere a la imputación considerada en sí²⁴². Comprende “aquellos elementos del hecho que en un Ordenamiento jurídico determinado son exigidos positivamente como presupuestos para la imputación de culpabilidad”²⁴³. Es decir, está determinada por el conjunto de elementos que son considerados como requisitos para la imputación subjetiva en un concreto sistema penal histórico²⁴⁴. En cambio, la culpabilidad material corresponde al reproche determinado en cuanto a su contenido²⁴⁵. Se trata de “determinar bajo qué condiciones aparece justificado apoyar la imputación subjetiva sobre una determinada actitud interna”. En el fondo, el concepto que se dé permitirá saber sobre qué elementos puede basar el legislador el juicio de culpabilidad”²⁴⁶

Una vez configurada la culpabilidad como elemento dogmático del delito, surge como principio garantista fundamental *el principio de culpabilidad por el*

²⁴¹ *Íbid.* Ahora bien, existen elementos subjetivos que pertenecen al tipo, los cuales, por consiguiente, conciernen al juicio de antijuricidad; simultáneamente, la teoría normativa de la culpabilidad pone de manifiesto que ésta última es también un juicio valorativo. Como señala Cury, siguiendo a Dohna, la diferencia está entre el objeto de la valoración y valoración del objeto. Lo que distingue al injusto del reproche no es su naturaleza ni el objeto al que se refieren, sino el índole de la norma que sirve de fundamento. El juicio de antijuricidad se practica en relación a la norma de deber, el de culpabilidad se basa en la de “poder en lugar de ello”. Veáse CURY, E. II. Op. Cit., pp. 25-26.

²⁴² *Íbid.*, p. 189.

²⁴³ JESCHECK, H y WEIGEND, T. Op. Cit., p. 453.

²⁴⁴ *Íbid.*

²⁴⁵ MEZGER, Op. Cit., p. 189.

²⁴⁶ JESCHECK, H y WEIGEND, T. Op. Cit., p., 453.

hecho, según el cual, lo que el ordenamiento jurídico enjuicia es el comportamiento del sujeto y la relación entre el sujeto y ese comportamiento, lo que a su vez constituye el fundamento del castigo²⁴⁷. Un Derecho Penal basado en el principio de culpabilidad recibe el nombre de *Derecho penal del hecho*. Como señala Bustos, éste se opone el denominado *Derecho Penal de autor*, propio de los regímenes autoritarios, donde el juicio de culpabilidad se hace respecto al sujeto mismo, con prescindencia de sus acciones concretas, siendo el fundamento del castigo las valoraciones abstractas que el Derecho Penal hace del autor²⁴⁸. También, y como consecuencia del desarrollo histórico, éste principio ha supuesto pasar de un criterio de la *responsabilidad por el resultado* al de la *responsabilidad por la culpabilidad*²⁴⁹. Este proceso se explicaría, de acuerdo a Mezger, en el hecho de que la responsabilidad por el resultado “se opone al sentido de la pena”²⁵⁰.

Como una tercera función de la culpabilidad, ésta opera como *principio legitimador de la pena estatal*. La vinculación de la pena a la culpabilidad constituye uno de los principios centrales de nuestro actual Derecho Penal²⁵¹. En este sentido, Jescheck entiende el principio de culpabilidad como el presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal. Según este, la pena sólo puede ser fundamentada sobre la comprobación de que al autor se le puede reprochar la formación de la voluntad que le condujo a la resolución delictiva, y además,

²⁴⁷ BUSTOS, J. Op. Cit., p. 189.,

²⁴⁸ *Íbid.*, p. 1100.

²⁴⁹ MEZGER, E. Op. Cit., p.193.

²⁵⁰ *Íbid.*

²⁵¹ FRISH. 2012. Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad. En: FEIJOO S., B (Ed.)2012. Op. Cit., p. 19.

aquella nunca puede ser más grave que lo que el autor merece según su culpabilidad²⁵². De esta forma, el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona , pues sólo cuando esencialmente existe capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas, puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales²⁵³.

Como señala Kindhäuser, al referirse a la definición del Tribunal Constitucional Alemán, la pena presupone culpabilidad, y la culpabilidad es reprochabilidad, la que implica que el ser humano está dotado de autodeterminación libre, responsable y ética y por ello es capaz de decidirse a favor y en contra del injusto²⁵⁴. Entendido así, el autor explica que la culpabilidad se asocia inevitablemente a un principio retributivo de la pena, puesto que la pena constituye la irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso²⁵⁵. Sin embargo esta idea dominante en la doctrina clásica ha experimentado una crisis en la moderna ciencia del Derecho Penal de varios países. Ante esto se ha optado por fórmulas de fundamentación de la pena basadas en la prevención general y especial, las que no están exentas de críticas debido a las diversas consecuencias jurídicas penales que se derivan de esta idea para ciertas concepciones del Derecho Penal²⁵⁶. Es por esto que es

²⁵² JESCHECK, H y WEIGEND, T. Op. Cit., p., 437.

²⁵³ *Íbid.*

²⁵⁴ BGHSt 2, 194 (200 s.) citado en: KINDHÄUSER, U. 2009. Culpabilidad jurídico penal en el Estado Democrático de Derecho. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho. Lima, Ara Editores, p. 59.

²⁵⁵ KINDHÄUSER, U. Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. Op. Cit., p. 17.

²⁵⁶ CEREZO M. J. 1980. Culpabilidad y pena. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 34 (2): 348-349.

necesario analizar los diversos argumentos de una u otra postura para determinar si existe un consenso en la fundamentación de la pena y su vinculación con el principio de culpabilidad.

Finalmente, y para concluir este apartado, es necesario señalar que, como señala Zaffaroni²⁵⁷, la teoría de la culpabilidad al ser uno de los temas más debatidos por la doctrina, ha sufrido diversas formulaciones y reinterpretaciones de diverso significado y contenido: dolo y culpa como “formas” de culpabilidad, dolo y culpa junto a conciencia del injusto, imputabilidad como presupuesto, imputabilidad como su elemento integrante, concepción general como relación psicológica, reprochabilidad, reemplazo por la peligrosidad, etc. Sin embargo, de diversas formas esta noción ha sido aceptada en todo el mundo, ya sea en el derecho francés (*element moral o intellectuel*), en el inglés (*mens rea*), todos los ordenamientos exigen con mayor o menor intensidad una conexión subjetiva entre el hecho delictivo y la persona, lo que demuestra el universal reconocimiento de la responsabilidad del sujeto por las acciones que se pueden verdaderamente atribuir como *obra suya*²⁵⁸.

¿Puede ser abandonada la idea de culpabilidad penal, y aun así mantener el Derecho Penal como medio de coacción? ¿Cuáles son las críticas que se le hacen a esta concepción jurídica? ¿Cuál es la relación que existe entre culpabilidad y libre albedrío? Son preguntas que intentaremos abordar a lo largo de este capítulo.

²⁵⁷ ZAFARRONI, E. Op. Cit., p. 10.

²⁵⁸ *Íbid.*

2. CULPABILIDAD Y LIBRE ALBEDRÍO

a. El fundamento antropológico de la culpabilidad: libre albedrío.

El fundamento básico de la culpabilidad, según la formulación doctrinal clásica, es el *libre albedrío o libre arbitrio*. El *libre albedrío* es, según diversos autores, el presupuesto lógico de la culpabilidad, ya que sólo cuando el hombre tiene la capacidad de determinarse por las normas jurídicas puede ser responsable de cometer un hecho antijurídico. En otras palabras, al hombre se le hace responsable por no haber dominado su voluntad.

Welzel define al libre albedrío como la “capacidad para determinarse conforme a sentido”,²⁵⁹ es decir, la libertad respecto de la coacción causal -ciega e indiferente al sentido- para la autodeterminación conforme al sentido. De acuerdo al autor,

“el reproche de culpabilidad presupone, por lo tanto, que el autor hubiera podido formar su decisión antijurídica de acción en forma más correcta, adecuada a la norma, y esto no en el sentido abstracto de lo que hubiera podido hacer un *hombre cualquiera*, en lugar del autor, sino, y muy concretamente, de que *ese hombre*, en *esa situación*, hubiera podido formar su decisión de voluntad adecuada a la norma.”²⁶⁰

El libre albedrío o libre arbitrio es el fundamento básico de la culpabilidad. Existen ciertos autores, como Cousiño, que prefieren el término *libertad de voluntad o freedom of will*, por considerar que las expresiones señalados en un comienzo son algo caducas y evocan al período de la lucha entre la escuela

²⁵⁹ WELZEL, H. 1973. Reflexiones sobre el “libre albedrío”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 26(2):229-230.

²⁶⁰ WELZEL, H. 1956. Op. Cit., p. 153.

clásica y positivista²⁶¹. Más allá de esta prevención, la generalidad de los autores entiende al libre de albedrío o la libertad de voluntad como un atributo indispensable de la voluntad, de manera que ésta no puede vivir sin aquella. La libertad de elegir es así una potencia abstracta del hombre, de la cual jamás podrá ser privado.

Desde el punto de vista *filosófico*, la más importante contribución al estudio de la libertad humana fue realizada por Immanuel Kant²⁶². Para Kant, la voluntad es “una especie de causalidad de los seres vivos, en cuanto que son racionales, y libertad sería la propiedad de esta causalidad, por la cual puede ser eficiente, independientemente de extrañas causas que la determinen”²⁶³. Respecto a lo que caracteriza al ser humano, señala que “el hombre encuentra en el mismo una facultad, por la cual se distingue de todas las demás cosas: “la razón”²⁶⁴. De acuerdo a esto, un ser racional, debe considerarse a sí mismo como *Inteligencia* y como “perteneciente, no al mundo sensible, sino al inteligible”. Así, el hombre tiene dos puntos de vista bajo los cuales considerarse a sí mismo y a sus acciones: el primero (*heteronomía*) en cuanto perteneciente al mundo sensible, bajo leyes naturales; el segundo, (*autonomía*) como perteneciente “al mundo inteligible, bajo

²⁶¹ “En los tratados de derecho penal es frecuente que se inicie el estudio de la culpabilidad refiriéndose, en forma más o menos extensa, al LIBRE ALBEDRÍO O LIBRE ALBITRIO del ser humano, como su fundamento básico. Nosotros preferimos eludir el uso de estas expresiones, por considerarlas algo caducas y evocar un período, ya largamente superado, de lucha entre la llamada escuela clásica y la positiva” COUSIÑO M., L. 1975. Op. Cit., p 50.

²⁶² Véase: KANT, M. 2007. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. San Juan, Puerto Rico, Pedro M. Rosario Barbosa. 83p.

²⁶³ *Ibid.*, p. 59.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 65.

leyes independientes de la naturaleza, “sino que se fundan solamente en la razón”²⁶⁵.

“Como ser racional y, por tanto, perteneciente al mundo inteligible, no puede el hombre pensar nunca la causalidad de su propia voluntad sino bajo la idea de la libertad, pues la independencia de las causas determinantes del mundo sensible (independencia que la razón tiene siempre que atribuirse) es libertad. Con la idea de la libertad hállase, empero, inseparablemente unido el concepto de *autonomía*, y con éste al principio universal de la moralidad, que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de seres *racionales*, del mismo modo que la ley natural sirve de fundamento a todos los fenómenos”²⁶⁶.

Desde un punto de vista *psicológico*, el ser humano es una *personalidad*, es decir, un sujeto autónomo e independiente, con diferencias individuales que lo distinguen de las demás personas. Estas características individuales, son las que otorgan la personalidad. Si bien esta personalidad ha sido formada a merced de las leyes necesarias, una vez que esta actúa en sociedad es, en principio, libre, ya que no intervienen nuevamente en ella las leyes causales que la determinaron²⁶⁷. Según la psicología Freudiana, entre los factores que determinan la *personalidad*, se encuentran aquellos que provienen del inconsciente. Se habla del *Ello* para referirse al inconsciente, que nutre al individuo de toda suerte de tendencias e instintos primitivos. El *Superyó* como representante del medio social, se encargaría de frenar los impulsos antisociales.

La psicología moderna, en cambio, tiene una visión de la personalidad mucho más amplia y compleja. Así, la psicología estructural, que deriva de la *gestaltpsychologie* o psicología de la forma, parte del principio de que una

²⁶⁵ *Íbid.*

²⁶⁶ *Íbid.*

²⁶⁷ COUSIÑO M., L. Op. Cit., p. 58.

estructura no es una suma de las partes que la componen. Es por eso que entiende a la personalidad como el conjunto de factores que preceden el proceso de la voluntad²⁶⁸. De acuerdo a esto, las leyes naturales actúan sobre el desarrollo y formación de su personalidad, pero no sobre la *voluntad* de la personalidad, una vez formada. Es decir, una vez constituida la personalidad, los factores necesarios que contribuyeron a su establecimiento dejan de tener influencia en sus actos singulares. Es la personalidad misma – autónomamente formada- la que resuelve las acciones. En razón de esto, el autor de un delito es una personalidad que tiene su propia voluntad individual y que goza de libertad para decidir sus acciones, sin que pueda afirmarse que estas están científicamente determinadas²⁶⁹.

Desde el punto de vista *jurídico*, podemos señalar que las normas no estructuran la vida social de una manera fatal y kármica, sino sobre la base de que ellas pueden ser cumplidas o no, esto es, de que existe la posibilidad de observar otra conducta distinta²⁷⁰. En esto radicaría la diferencia fundamental entre el hombre y la naturaleza. La norma funciona como una anticipación de la conducta futura, que opera bajo el supuesto de que podemos obrar de conformidad a esta. Es por esto que nuestra sociedad moderna se encuentra organizada jurídicamente sobre la base de que los ciudadanos son libres. La libertad surge como como la piedra básica o angular del Derecho²⁷¹.

El distinguido jurista Hans Welzel, plantea su tesis del “argumento del conocimiento”: si el conocimiento ha de ser posible -lo que debería reconocer

²⁶⁸ *Íbid.*, p. 64.

²⁶⁹ *Íbid.*, p. 65.

²⁷⁰ *Íbid.*, pp. 73-74.

²⁷¹ *Íbid.*, p. 74.

cualquiera que quiera hacer una afirmación teórica-, ese acto de conocimiento debe regirse a su vez por el objeto del conocimiento. El conocer no dependería sólo de la voluntad del que piensa, sino que también del objeto en que se piensa. En otras palabras, yo no puedo entender porque el otro no razona, pero si puedo entender el progreso fáctico de su conocimiento en función de la estructura del acto de conocimiento. Esta relación de conocimiento es una relación especial que no se da en las ciencias naturales²⁷².

Al respecto el autor se pregunta por la influencia de los procesos anímicos del subconsciente. Señala que “es preciso admitirlo, sin duda, y constituye una tarea especial de la psicología aclarar los procesos pre o subconscientes que (al parecer) influyen en la realización de los actos de conocimiento”. Sin embargo, ¿tiene esto, en último término, una importancia decisiva? El conocimiento sólo puede determinarse mediante la comprensión del objeto de conocimiento y esta comprensión “tiene que estar libre de determinantes externas a dicho objeto, es decir, que sean en este sentido “ciegas” y pertenezcan a la determinación causal en sentido específico²⁷³. En otras palabras, el autor considera que el determinismo niega la posibilidad misma de un acto de conocimiento, y con ello, niega toda posibilidad de racionalidad en el ser humano.

Sólo en la relación entre el acto del conocimiento y el objeto del mismo se entendería el verdadero concepto de libertad. El acto de conocimiento es libre de determinaciones causales, y sólo así puede determinarse conforme al sentido. En

²⁷² WELZEL, H. 1973. Op. Cit., pp. 224-225.

²⁷³ *Íbid.*, p. 225.

este sentido, la posición que sostiene Welzel no sería indeterminista, solo sería indeterminista con respecto a las leyes causales de la naturaleza. Así, señala que:

“El curso del pensamiento no está indeterminado, sino completamente determinado, no por causas ciegas, sino por razones videntes (...) Si el conocimiento ha de ser posible, el impulso del conocimiento no puede quedar únicamente a la merced del juego de los impulsos contrapuestos, que según su intensidad hagan recaer la decisión en favor o en contra del acto del conocimiento; el conocimiento y con él el impulso de conocer, tienen que ser comprendidos como una tarea plena de sentido, que pueda ser sostenida frente a los impulsos contrapuestos”²⁷⁴.

La libertad de obrar es un presupuesto conceptual de toda la teoría del delito, no solo de la culpabilidad. Situarlo solamente en el territorio de la culpabilidad, es para Cousiño, menguar su real extensión. Para él, todo el delito, especialmente la acción, requiere de la libertad²⁷⁵. Es más, la “libertad impregna e interesa a todo el amplio territorio del derecho en general”²⁷⁶. En este sentido, el autor señala que poner en duda la libertad significaría, ni más ni menos, que poner en duda todo el Derecho: el ordenamiento jurídico se constituye precisamente sobre la base de que los hombres son libres, de que poseen una voluntad autónoma, y de que no tienen otro límite que las reglas legales y morales para decidir cómo actuar²⁷⁷. Como señala Pérez del Valle, el propio concepto de Derecho está ligado a la idea de la libertad de modo permanente, y el Derecho

²⁷⁴ WENZEL H. 1973. Op. Cit., pp.. 227-228.

²⁷⁵ COUSIÑO, L. Op. Cit., p. 50.

²⁷⁶ *Íbid.*

²⁷⁷ *Íbid.*

abstracto sólo en su relación con la libertad puede ser entendido de un modo razonable²⁷⁸.

Ahora bien, dentro de la teoría de la culpabilidad jurídico penal, la libertad es, como ya señalamos, su presupuesto lógico. Como señalan Jescheck y Weigend, si todo hacer u omitir estuviera determinado decisivamente a través de la eficacia causal propia de los procesos naturales y privado de la influencia de las fuerzas de la voluntad, tendría tan poco sentido reprocharla a la persona sus hechos como hacerlo responsable por sus enfermedades²⁷⁹. E incluso, según estos autores, si las acciones humanas estuvieran prescritas, no naturalmente, pero sí psicológicamente por la peculiaridad del carácter, el predominio de los motivos existentes en ese momento y de los estímulos del mundo exterior, harían que la pena no pudiera ser entendida como un juicio de disvalor ético-social, sino que debiera entenderse en un sentido neutral²⁸⁰.

En palabras de Maurach, la posibilidad de orientar según “libre decisión” el actuar conforme a ciertas representaciones valorativas y desvalorativas, la tiene sólo aquel cuyo actuar no está determinado por las leyes de la causalidad. Esta posición se conoce como *indeterminismo*. Así, bajo esta concepción, quien adhiere al *determinismo*, sustituye la voluntad por ciertos factores causales, que si bien se reflejan hacia fuera en una voluntad aparentemente libre, compelen al

²⁷⁸. PÉREZ, C. 2004. La persona del derecho penal en la filosofía del derecho, pp. 625-627. En: Dogmática y Ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. (Coord) Barja de Quiroga, J. y Zugaldía Espinar, J. Editorial Marcial Pons, Madrid

²⁷⁹ JESCHECK, H y WEIGEND, T. Op. cit., p. 438. .

²⁸⁰ *Íbid.*

hombre, cuya supuesta voluntad es el puro reflejo de fuerzas causales que lo obligan a actuar²⁸¹.

De ahí que Jescheck y Weigend señalen, en defensa del libre albedrío, lo siguiente

“Los procesos mentales que sirven de base a la formación de la voluntad no siguen sencillamente las reglas de la naturaleza y como lo hacen la presión arterial, la respiración o la digestión, sino que se rigen por sus propias leyes de funcionamiento. La posibilidad de determinar el comportamiento descansa sobre la capacidad de la persona para controlar sus inclinaciones y de dirigir su decisión hacia la razón, los valores y las normas. Frente a los demás seres vivos la persona se caracteriza porque su comportamiento puede obedecer al sentido dado por él mismo, mientras que los animales permanecen encerrados en el mecanismo de su mundo instintivo.”²⁸²

No obstante, estos autores sostienen que existen dos aspectos desconocidos, y “posiblemente seguirán siempre siéndolo para la investigación”²⁸³ dado que la libertad, como parte del mundo trascendente, se sustrae a la posibilidad de comprobación empírica. El primer aspecto, se relaciona con la imposibilidad de probar la libertad del individuo en concreto, debido a que no es posible reproducir nuevamente las condiciones en las que se adopta la resolución²⁸⁴. El segundo aspecto, consiste en no saber de qué modo la persona lleva a cabo la resistencia a las penetrantes inclinaciones criminales obedeciendo a las normas del ordenamiento jurídico. Esto, ya que existen diversos supuestos en los que puede suceder que la concreta infracción penal sólo sea el resultado de la relación de fuerzas existentes entre los diversos impulsos anímicos, y que, sencillamente,

²⁸¹ MAURACH, R. 1962. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Barcelona, Ariel, pp. 97-98.

²⁸² *Íbid.*, p. 440.

²⁸³ *Íbid.*

²⁸⁴ *Íbid.*

ante una situación única e irrepetible le hayan faltado al autor las fuerzas para determinarse conforme a las normas²⁸⁵.

b. Crítica de la teoría positivista y reformulación del indeterminismo

El presupuesto metafísico del *libre albedrío* fue confrontado abiertamente por la escuela del *positivismo* italiano, constituyendo la primera crítica general al concepto general de culpabilidad. Los deterministas buscan así combatir un principio que no había sido explicitado de manera sistemática por los autores de la época, pero que subyacía a todas sus propuestas²⁸⁶. Le imputaban a la denominada escuela clásica, el sostener que la libertad moral era una facultad inherente al hombre, de escoger sin una razón cualquiera para justificar la elección²⁸⁷. La escuela positivista recurrió así a la psicofisiología y el estudio de las transmisiones nerviosas- desde los estímulos externos hasta las reacciones motrices, voluntarias y automáticas- para sostener que la voluntad no es nada más que el estado de consciencia preponderante, la representación viva de un acto y el principio de la corriente centrífuga que producirá este acto²⁸⁸.

El principal exponente de la escuela positiva, principal creador de éste *corpus* teórico sustentado por sus seguidores²⁸⁹ es el médico y criminólogo Césaer

²⁸⁵ *Íbid.*

²⁸⁶ “La escuela positiva se batió en contra de molinos de viento, al atacar un pensamiento que flotaba en la atmósfera de la época, pero que no constituía ningún postulado de una supuesta escuela clásica, la que tampoco existía como tal: hubo numerosos juristas clásicos, pero jamás estructurados en una escuela que sostuviera, como fundamento básico, el libre albedrío” COUSIÑO M., L. Op. Cit., p. 51.

²⁸⁷ *Íbid.*

²⁸⁸ *Íbid.*, pp. 51-52..

²⁸⁹ DA R., V. y MACERI, S. 2008. La antropología criminal de Lombroso como puente entre el reduccionismo biológico y el derecho penal (Primera Parte). Límite. Revista de Filosofía y Psicología (3) 17: 100.

Lombroso²⁹⁰. De acuerdo a él, existe una variedad de criminales, los *criminales natos*, que son hombres de las cavernas que conviven en sociedades civilizadas. Se les podría distinguir por presentar estigmas morfológicos de su condición atávica, constituyendo el denominado *tipo criminal*²⁹¹. Así, el autor señalaba que dentro de los estigmas craneanos del tipo criminal, se encontraban los “senos frontales muy pronunciados, mandíbulas de gran volumen, órbitas muy grandes y demasiado separadas una de otra, asimetría del rostro, tipo pleiteforme de la abertura nasal y un exagerado apéndice de las mandíbulas”²⁹².

¿Cuáles son los factores que permitieron la aceptación de esta doctrina, en un primer momento? Para De Re y Maceri, dentro de los múltiples factores que podrían haber interactuado para volver aceptable los postulados de ésta escuela, ésta la aparición de las masas como sujeto político y el peso de la filosofía política. Ahora bien, según estas autoras, si buscamos un sostén desde las concepciones científicas de la época, es posible sospechar que buena parte de la fama decimonónica de la antropología criminal se deba al prestigio de la teoría evolutiva²⁹³.

Para los positivistas, el *libre albedrío* entraba en contradicción con los dos grandes principios de la ciencia: la causalidad y la conservación de la materia. El hombre era, para ellos, el resultado del tiempo y de los lugares en los que vive, solidario de todo aquello que lo precede y le sigue²⁹⁴. Estos factores externos, en

²⁹⁰ Véase LOMBROSO, C. (Sin fecha) Los criminales. Barcelona, Centro Editorial Presa. 126p.

²⁹¹ DA RE, V. y MACERI, S. Op. Cit., p. 101

²⁹² LOMBROSO, C. Op. Cit., pp. 12-13.

²⁹³ *Íbid.*

²⁹⁴ COUSIÑO M., L. Op. Cit., p. 52.

conjunto el derecho hereditario o medio interno, son los que verdaderamente determinarían su carácter y temperamento²⁹⁵. Así, al Estado sólo le cabría actuar en defensa de la sociedad, con medidas represivas adecuadas a su readaptación social. Lo anterior determinaría que el hombre es responsable siempre de todo acto que realice, sólo porque -y en tanto - vive en sociedad. Viviendo en sociedad, el hombre se beneficiaría de la protección que le provee el Estado, al mismo tiempo que debe soportar las sanciones dirigidas a mantener una mínima disciplina social.

Ahora bien, para imputar responsabilidad jurídico-penal al individuo, estos autores no se fundarán en será la culpabilidad, como *posibilidad de otro modo*, sino en *la peligrosidad*, esto es, la capacidad o probabilidad para repetir en el futuro acciones delictivas. Para otros autores, el determinismo debería llevar al repudio total e ilimitado de la pena retributiva, y al reconocimiento exclusivo y sin reservas de la pena final, renunciando a entender a la culpabilidad en su sentido ético social, sino que entendiéndola sólo de manera final, como la suma de los elementos subjetivos (*teoría psicológica de la culpabilidad*).

La ideología positivista propulsó una serie de transformaciones que buscaban adscribir a la pena un carácter utilitario, por oposición a la concepción dominante de los clásicos²⁹⁶. Así, fueron los principales responsables de la introducción del sistema dualista o *de doble vía*, que concebía junto a las penas, las medidas de seguridad²⁹⁷. En un primer momento, ésta escuela no tuvo

²⁹⁵ *Íbid.*

²⁹⁶ BACIGALUPO, E. 1999. Derecho Penal: Parte General. 2° ed. Buenos Aires, Hammurabi, p. 85.

²⁹⁷ *Íbid.*, p. 86.

grandes contendores, ya que, como señala Cousiño, para el derecho en general, y para el derecho penal en especial, se trataba de una cuestión sin importancia²⁹⁸. Sólo adquiriría importancia en el derecho moderna, en tanto la libertad se concibe como la exteriorización del hombre consciente.

La Escuela Positiva perdió progresivamente relevancia hasta caer finalmente en el descrédito de sus pares. El descubrimiento de la mecánica cuántica, supuso una verdadera revolución en la concepción del mundo, logrando demostrar que en el átomo y su núcleo existe un total indeterminismo, donde no rigen las leyes de la causalidad²⁹⁹. Así, Jescheck, señala que frente al postulado positivista, que entiende que la aceptación de la libertad supone una ruptura del principio causal científicamente insostenible, surge la posibilidad de oponer una tesis distinta. Esta consistía en que incluso para las ciencias de la naturaleza no rige completamente la ley de la causalidad, de manera que hay que admitir necesariamente un margen de libertad³⁰⁰.

“En suma, los cultores del positivismo, mezclando muchas verdades indiscutibles con afirmaciones falaces, en lugar de contribuir a esclarecimiento del problema de la libertad de voluntad, tan sólo llevaron a la perplejidad, y la duda, puesto que ni el más tenaz sostenedor de dicha libertad puede negar a influencia que tienen los factores exógenos y endógenos en la formación de la personalidad, así como en el proceso de elección de la acción. Pero influencia no quiere decir poder determinante, en ningún caso”³⁰¹.

Ahora bien, el dogma clásico del indeterminismo incondicionado tampoco perduró en el tiempo. Esto, ya que según esta doctrina, el hombre podría seguir

²⁹⁸ COUSIÑO, L. Op. cit., p. 51.

²⁹⁹ *Íbid.*, p. 52.

³⁰⁰ JESCHECK, H. y WEIGEN, T. Op. cit., p. 439.

³⁰¹ COUSIÑO M., L. Op. Cit., p. 52.

en cada momento la voz de la conciencia y de la tentación. Así, la antropología filosófica se basaría justamente en un especial tipo de determinismo, la determinación *según la ley moral*, frente a la cual el hombre conservaría su libertad. Otros autores, que se declaraban partidarios del libre albedrío, lo defendían con fundamentaciones distintas, como la del libre albedrío fundado en un juicio de culpabilidad socialmente comparativo, o quienes la fundaban en la disposición caracterológica del autor³⁰².

En la actualidad, parte importante de los penalistas, sin negar la libertad de voluntad, sostienen que *la posibilidad de obrar de otro modo* no puede ser probada científicamente, y por tanto, no puede servir de fundamento a la culpabilidad y la pena³⁰³. Así, Mir Puig plantea dos objeciones frente a la idea de la culpabilidad, entendida como el *poder actuar de otro modo*³⁰⁴. Por una parte, resultaría imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de la causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa. Esto, ya que aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista, es razonable pensar que sí se halla determinada, en cambio, por otros factores. Estos factores, en parte normativos, concurren en el proceso de motivación racional con arreglo a sentido: así, la disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluir, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional. En el fondo, la persona no puede dejar de decidirse por el motivo

³⁰² COUSIÑO M., L. Op. Cit., p. 53.

³⁰³ MIR P., S. Op. Cit., p. 80.

³⁰⁴ *Íbid.*, p. 81.

que, según su modo de ser –del que no es libre - , en el momento concreto e irrepetible le parece preferible, por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea³⁰⁵.

“Una tal decisión será propia del sujeto, pero lo lógico es pensar que en el instante en que se tomó no pudo ser otra ante los concretos (e irrepetibles) factores concurrentes –incluso el punto de vista del sujeto en ese preciso momento-, por mucho que en un momento anterior o posterior, o introduciendo alguna variante, hubiera podido ser distinta. Si esto es así o, por lo menos, no hay posibilidad de probar científicamente que no sea así, no cabe la posibilidad de fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo”³⁰⁶.

La segunda objeción que plantea Mir Puig se relaciona con el Derecho positivo. Según este autor, el ordenamiento no requiere para la exclusión de culpabilidad, que el sujeto no pudiese obrar de otra forma. Este hecho sería reconocido por los mismos partidarios de la libertad de voluntad respecto a las causales de exculpación, e incluso como se advierte en relación a los límites de la inimputabilidad. “En cambio, es indudable que la imposibilidad del autor de actuar de otro modo por razones físicas (vis absoluta) no excluye la culpabilidad en sentido estricto, sino la misma acción. Se sigue de todo ello, que el principio de culpabilidad no puede fundarse en la metafísica posibilidad de otro modo.”³⁰⁷

Roxin³⁰⁸ critica el argumento, según el cual, a pesar de lo demostrado en algunas investigaciones la ciencia no podría privar de fundamento al convencimiento de que existe culpabilidad en el actuar humano,. Para éste autor, razonamientos como estos, sólo sirven para hacernos saber que la culpabilidad

³⁰⁵ *Íbid.*, pp. 81-82.

³⁰⁶ *Íbid.*, pp. 82.

³⁰⁷ *Íbid.*

³⁰⁸ ROXIN, C. 1981. Op. Cit., p. 42.

puede existir, pero no la demuestran, sustituyendo la demostración por un *acto de fe*³⁰⁹. Y en tanto la cuestión de la culpabilidad se conciba como un problema de conocimiento, el legislador no estaría legitimado para hacer declaraciones de este tipo³¹⁰.

En contra de esto, Cousiño sostiene que el argumento de la improbabilidad de la prueba, es inconsistente y deleznable. Esto se debe a que, entre seres racionales, no siempre es necesario para establecer un hecho, un valor, una esencia o substancia, por medio de la prueba directa. Según él, también esta podría obtenerse por el raciocinio lógico y la prueba indirecta, aparte de los argumentos que proporcionan la filosofía, la psicología y la sociología³¹¹.

Concluiremos este apartado señalando que la discusión respecto a la fundamentación de la culpabilidad es también determinante para la fundamentación, a su vez, de la pena. Como ya señalamos, una de las formulaciones de la culpabilidad la entiende como presupuesto de la pena (véase *supra* II.I.b) Pues bien, Roxin no señala que, en el contexto de la ciencia penal, la tesis más radical propone suprimir por completo el concepto de pena³¹². El argumento esgrimido sería justamente una crítica a la libertad de voluntad: la culpabilidad presupone el que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto como lo ha hecho, pero una libertad de ésta clase, o bien, no existen, o

³⁰⁹ *Íbid.*

³¹⁰ *Íbid.*

³¹¹ COUSIÑO M., L. Op. Cit., p. 53. Si bien podemos estar de acuerdo con esa afirmación, lo señalado a continuación por Cousiño resulta cuestionable: "Evidentemente, con dicho criterio debería negarse a priori la existencia de Dios, cuya realidad y existencia resisten a la llamada prueba científica".

³¹² ROXIN, C. 1981.Op. cit., p. 42.

bien, no se puede demostrar científicamente³¹³. Aunque existiese en abstracto, no se podría demostrar en todo caso con seguridad si un delincuente concreto puede actuar de un modo distinto en el momento de cometer el delito. Y puesto que no es posible demostrar la existencia de la culpabilidad, y tampoco se pueden derivar deducciones científicas de premisas indemostrables, tampoco se puede trabajar con el concepto de culpabilidad. Por lo que, si la pena es respuesta a una conducta culpable, de acuerdo a esta posición, la *indemostrabilidad* de la culpabilidad lleva a la supresión de la pena³¹⁴.

Podemos señalar, junto a Cousiño, que quienes sostienen la libertad de voluntad, hoy en día, no lo hacen fundados en el libre albedrío, ya que éste llevaría a una total inactividad e inercia, como lo señala la paradoja del Asno de Buridán³¹⁵. Sin embargo, estos autores admiten una libertad de elección de la acción consciente, la cual se encuentra influenciada por la personalidad del autor y por los factores del mundo externo, incluidos aquellos que considera la escuela positiva, pero negándoles el carácter de determinantes³¹⁶.

c. La libertad de voluntad en la filosofía contemporánea

i. Libertad de voluntad y persona

La libertad de voluntad está íntimamente asociada al concepto de *persona*. En efecto, se postula que sólo las personas tienen verdaderamente libertad de

³¹³ *Íbid.*

³¹⁴ ROXIN, C. 1981. Op. cit., p. 42.

³¹⁵ “un asno que tuviese ante sí, y exactamente a la misma distancia, dos haces de heno exactamente iguales, no podría manifestar preferencia por uno más que por otro, y por tanto, moriría de hambre”. En: COUSIÑO, L. Op. Cit., p. 50 (nota al pie n° 19).

³¹⁶ *Íbid.*, p. 54.

voluntad. El concepto de persona, a su vez, es de difícil precisión. Strawson lo define como “un tipo de entidad tal que tanto los predicados que le atribuyen estados de conciencia como los predicados que le atribuyen características corpóreas (...) pueden ser igualmente aplicados a un individuo único de ese tipo único”³¹⁷. Frankfurt critica esta noción, ya que esta cualidad no es propia de los seres humanos, sino también de ciertos animales. En un sentido filosófico, y no meramente biológico, lo que determina a una persona es la estructura de su voluntad³¹⁸.

Frankfurt señala que “Los seres humanos no son los únicos que tienen deseos y motivaciones ni los únicos que pueden elegir. Comparten estas cosas con los miembros de algunas otras especies, algunos de los cuales incluso parecen deliberar y tomar decisiones basadas en un pensamiento previo”³¹⁹. Sin embargo, es particularmente característico del ser humano, plantea el autor, “la capacidad de realizar la autoevaluación reflexiva que se manifiesta en la formación de *deseos de segundo orden*”³²⁰.

Para esto, debemos entender como *voluntad* el deseo que induce a una persona a realizar una acción que llevará a cabo o que lo inducirán cuando realice ésta acción. Muchos animales parecen tener la capacidad de tener *deseos de primer orden*, “que simplemente son deseos de hacer o no una cosa u otra”³²¹. La voluntad del agente puede o no coincidir con estos *deseos de primer orden*.

³¹⁷ STRAWSON, P.F.. Individuals. Londres, Methuen, 1959, pp. 101-102.

³¹⁸ FRANKFURT, H. 2006. La importancia de lo que nos preocupa. Buenos Aires, Katz Editores, pp 26-27.

³¹⁹ *Íbid.*, p. 27.

³²⁰ *Íbid.*

³²¹ *Íbid.*

Alguien puede tener una intención firme de algo, pero ese deseo puede entrar en conflicto con otro, que a su vez será el que determine su acción. Puede ocurrir también que alguien quiere tener un deseo, y sin embargo, querer unívocamente que ese deseo no se satisfaga – como desear matar a alguien y no querer hacerlo, por ejemplo-.

El concepto de segundo orden surge cuando alguien “simplemente quiere tener un deseo, ya cuando quiere que cierto deseo sea su voluntad”³²². Sólo en éste último caso, es decir, cuando una persona quiere que un deseo sea su voluntad, podemos dar un paso más, y hablar de *voliciones de segundo orden*³²³. Las *voliciones de segundo orden* serían, para Frankfurt, las que serían consustanciales al concepto de persona. Quien no tiene voliciones de segundo orden (como un animal o un niño pequeño), recibe el calificativo de *inconsciente* o *wanton*, en oposición, al de *persona*. Eso no quiere decir que en los agentes inconscientes, sus deseos se transformen automáticamente en acción. Lo que distingue a una agente inconsciente, de uno racional, es que al agente inconsciente no le preocupa la conveniencia de sus deseos. Es decir, no le importa cuál de sus inclinaciones es la más fuerte³²⁴.

Para el agente racional en cambio, no es indiferente cuál de sus deseos conflictivos de primer orden gana. Debe hacerse la precisión que efectivamente ambos deseos son suyos, y si uno de ellos gana, está satisfaciendo uno de sus deseos. Es decir, en cualquier caso, hace lo que quiere hacer, y no lo que

³²² *Íbid*, p. 32.

³²³ *Íbid*.

³²⁴ *Íbid.*, p. 33.

determina una circunstancia externa. Sin embargo, el agente racional se identifica a sí mismo –mediante una volición de segundo orden- con uno de sus deseos conflictivos. Sólo en este sentido, el agente racional puede declarar de manera significativa, que una determinada fuerza distinta de la propia, lo llevó a realizar una determinada acción, en contra de su libre albedrío³²⁵. En resumen, “cuando una persona actúa, el deseo por el cual es inducido a la acción es o bien la voluntad que quiere, o bien una voluntad que no quiere tener. Cuando un agente inconsciente actúa, no se trata de ninguna de las dos”³²⁶.

Ahora bien, sólo para una persona, la libertad de voluntad puede representar un problema. En efecto, sólo las personas son capaces de disfrutar de su voluntad, de gozar de ella, no así los demás agentes infrahumanos. Pero, ¿qué es ésta libertad de la que goza tanto el ser humano? Tradicionalmente, la libertad se ha definido como hacer lo que uno quiere hacer. Esta noción no es particularmente distintiva del ser humano. Sería más propio decir que es libre quien tiene libertad para desear lo que quiere desear, o de tener el deseo que quiera. Por tanto, una persona ejercita su voluntad asegurando la conformidad entre su voluntad y sus voliciones de segundo orden³²⁷.

Por estas y otras razones, no todas las teorías sobre la libertad de la voluntad satisfarían condiciones elementales básicas: entender por qué deseamos ésta libertad. Así, es errónea la concepción de Chisholm, según el cual “la libertad

³²⁵ *Íbid.*, p. 35.

³²⁶ *Íbid.*, p. 36.

³²⁷ *Íbid.*, pp. 37-38.

humana implica ausencia de determinación causal³²⁸. Este autor distingue entre una causalidad *transitoria* y una causalidad *inmanente*. Cuando un evento o situación es causado a su vez por otro evento o situación, estamos ante un caso de causalidad transitoria. Pero cuando un agente, a diferencia de un estado o situación, causa un evento o situación, nosotros deberíamos hablar de causalidad *inmanente*³²⁹. Al respecto, el autor explica que si el hombre es responsable por sus acciones, tenemos un sin número de instancias de causalidad, la mayoría de las cuales es trascendente, pero al menos de una es inmanente³³⁰. Así, la fisiología nos explica que existe una serie de eventos que provocan el movimiento de una mano. Pero al menos uno de estos eventos, y presumiblemente, uno que tuvo lugar en el cerebro, fue causado por el agente y no por otro evento³³¹. Según este autor, si el agente es responsable, y lo que él plantea es cierto, el agente libre tiene una prerrogativa que algunos sólo le atribuyen a Dios: ser la principal fuerza motriz impassible (*the prime mover unmoved*)³³².

Frankfurt critica esta idea, señalando que no explica qué nos diferencia de otras especies, qué nos hace personas. “Por qué le debería importar a alguien la posibilidad de interrumpir el orden natural de las causas de la manera que describe Chisholm?”. Éste autor no daría razones para creer que existe una

³²⁸ CHISHOLM, R. 1964. *Human Freedom and the Self*. Kansas, University of Kansas

³²⁹ *Íbid.*, p. 7.

³³⁰ El autor alude a una expresión utilizada por Aristóteles “Entonces, una cosa mueve una piedra, que es movida por una mano, la cual es movida por un hombre.” Véase *íbid.*, p. 8 (traducido).

³³¹ *Íbid.*, p. 8.

³³² *Íbid.*

diferencia discernible entre la experiencia de un hombre que mueve la mano y un hombre que mueve la mano sin violar la secuencia causal³³³.

Ahora bien, para Frankfurt, no es cierto que una persona sea responsable moralmente cuando su voluntad era libre para hacer una acción. Según él, es posible responder moralmente *incluso* si la voluntad no era libre. Para esto, el autor propone el ejemplo de una persona adicta, cuya adicción es altamente irresistible pero que está encantado con su condición. Se trata de un adicto por voluntad propia, que no quiere que las cosas sean distintas. “Su deseo para consumir la droga será efectivo independientemente de si quiere o no que éste deseo constituya su voluntad. Pero cuando consume la droga, lo hace libremente y por propio libre albedrío”³³⁴. Su deseo de primer orden es su deseo efectivo, porque fisiológicamente es adicto. Sin embargo, debido a su deseo de segundo orden, de que la droga sea su deseo efectivo, ha convertido a esta voluntad en propia. Por consiguiente, dado que su deseo no solamente es efectivo por su adicción, sino también por su aceptación, es moralmente responsable por consumirla³³⁵.

El que una persona sea moralmente responsable por lo que hizo no implica que esta estuviera en posición de tener la voluntad que quería. Sería un error creer que actúa libremente solo quien es libre de hacer lo que quiere, puesto que puede ocurrir que aun pudiendo hacer otra cosa, no habría querido hacer otra cosa. Incluso en el supuesto de que pudiera haber tenido una voluntad diferente,

³³³ FRANKFURT, H. 2006. *Op. Cit.*, p 41.

³³⁴ *Ibid*, p. 44.

³³⁵ *Ibid*.

no habría querido que su voluntad difiriera de la que es. Y si fue su voluntad la que lo indujo a actuar, no puede alegar que fue obligado a tener esa voluntad, ni que asistió pasivamente a su constitución³³⁶. Es decir, “es bastante irrelevante para la evaluación de la responsabilidad moral preguntar si realmente tenía a su disposición la alternativa que descartó”³³⁷.

Si una persona es libre de querer lo que quiere querer, esto también podría estar causalmente determinado. Si esto es así, el hecho de que una persona tuviera libre albedrío también podría estar determinado causalmente. Es por esto que Frankfurt postula que su idea sobre la libertad de voluntad “es, en apariencia, neutral respecto del problema del determinismo”³³⁸. Así, libertad para realizar otra acción, responsabilidad moral y determinismo son conceptos autónomos e independientes.

ii. ¿Reconciliación entre la posición optimista y pesimista respecto al libre albedrío?

La posición que vimos anteriormente podríamos denominarla como *optimista* respecto al problema del determinismo. Es decir, se trata de una posición que, partiendo de la premisa que el determinismo puede ser verdadero, y si es que éste fuera el caso, los conceptos de obligación y responsabilidad penal no pierden su razón de ser, y prácticas como las de castigar y culpar estarían debidamente justificadas³³⁹. Frente a ésta posición podemos ubicar la de los denominados

³³⁶ *Íbid.*, p. 43.

³³⁷ *Íbid.*

³³⁸ *Íbid.*, p. 44.

³³⁹ STRAWSON, P. 1995. Libertad y resentimiento: Y otros ensayos. Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, p. 37.

pesimistas, esto es, quienes afirman que si la tesis del determinismo es verdadera, “entonces los conceptos de obligación y responsabilidad moral carecen de aplicación y que las prácticas de castigar y culpar, de expresar condena y aprobación moral están realmente injustificadas”³⁴⁰.

Frente a estas posiciones antagónicas podemos señalar otras que abordan de diversa manera el problema del determinismo y el libre albedrío, enriqueciendo el debate mediante diversas aproximaciones. Están los *escépticos morales*, para quienes las nociones de culpa moral, censura y responsabilidad moral son confusas en sí mismas, ya sea considerando la verdad o falsedad de la tesis del determinismo. Quienes postulan esta posición concurren con los pesimistas al señalar que estas nociones carecen de aplicación en el caso que el determinismo sea verdadero. Por último, están los que se declaran incompetentes *para comprender* la tesis del determinismo. Dentro de ellos se encuentra Strawson, quien si bien reconoce esta incompreensión, propone una posibilidad de reconciliación entre las posiciones de los pesimistas y los optimistas. Esta reconciliación se alcanzaría mediante concesiones sustanciales de una parte a otra³⁴¹.

Para determinar si es posible una reconciliación entre estas dos concepciones, es necesario señalar cuál es el elemento determinante, que impide el entendimiento entre las dos posturas. Para parte de los optimistas, la eficacia de prácticas como el castigo, la condena y la aprobación moral, se debe a que

³⁴⁰ *Íbid.*

³⁴¹ *Íbid.*

regulan el comportamiento de formas socialmente deseables, y para ello la libertad es un presupuesto. Pero, para este sector, la libertad no necesariamente se debe corresponder con el indeterminismo, sino con la ausencia de condiciones cuya presencia harían inapropiadas la condena y el castigo moral. Por lo tanto, las prácticas en cuestión sólo serán medios eficaces de regulación del comportamiento cuando éstos factores se encuentren presentes. El *pesimista*, frente a esto, puede admitir que la existencia de libertad en este sentido es compatible con el determinismo, pero aun así echar falta a un concepto superior: *el merecimiento del castigo*.

“Así, puede decir –lo que resulta muy familiar- que el hombre a quien se castigue, culpe o condene moralmente debe realmente merecerlo; y quizá añadida a continuación que, al menos cuando se le culpa por una acción positiva en vez de por una omisión, la condición de que realmente merezca ser reprochado es a lo que va más allá de las libertades negativas que el optimista reconoce”³⁴².

Una propuesta que busca determinar la compatibilidad entre el determinismo y la libertad, en el sentido de reprochabilidad, debe examinar las bases que subyacen estos juicios de aprobación y censura moral, y que involucran relaciones *no distanciadas* entre los agentes y sus acciones. Con relaciones *no distanciadas* nos referimos las relaciones de resentimiento, gratitud y perdón que se generan en las relaciones interpersonales cotidianas. Es decir, nos centraremos en “la gran importancia que les damos a las actitudes e intenciones que adoptan hacia nosotros otros seres humanos y la gran medida en que nuestros sentimientos y reacciones personales depende de, o involucran, nuestras

³⁴² STRAWSON, P. Op. Cit., pp 39-40.

creencias acerca de éstas actitudes e intenciones”³⁴³ Y en cómo nuestros sentimientos y reacciones personales dependen en mayor o menor medida de nuestras creencias acerca de éstas actitudes e intenciones. Estas simplificaciones “nos resultan útiles sólo en la medida que ayudan a subrayar cuánto valoramos, cuánto nos importa, que las acciones de las otras personas y- y en particular de algunas- reflejan hacia nosotros actitudes de buena voluntad, afecto, estima, o especialmente, de resentimiento³⁴⁴.

Frente a la reacción de resentimiento que tenemos frente a una determinada conducta, pueden surgir consideraciones especiales que modifiquen, disminuyan o eliminen este sentimiento. A grandes rasgos, estas consideraciones las podemos clasificar en dos. En primer lugar, aquellas que podrían a dar lugar al empleo de expresiones como “No pretendía”, “No se había dado cuenta”, “No sabía”, “No pudo evitarlo”, “No tenía otra alternativa”. Este primer grupo de consideraciones no invita a que suspendamos nuestras actitudes reactivas hacia el agente, ni en el momento de su acción, ni en general. “Invitan a considerar la ofensa como algo ante lo cual una de estas actitudes en particular resultaría inapropiada. No invitan a que veamos al agente más que como agente plenamente responsable.”³⁴⁵. En otras palabras, comprendemos su acción, más no la perdonamos.

Existe una segunda clase de consideraciones que difiere sustancialmente de la primera. En ella podemos encontrar expresiones como “No era él mismo”,

³⁴³ *Íbid.*, pp. 41-42.

³⁴⁴ *Íbid.*, p. 42.

³⁴⁵ *Íbid.*, p. 44.

“Últimamente se ha encontrado bajo una gran presión” o bien, “Sólo era un niño” “es un esquizofrénico” “Su mente ha sido pervertida” o “Eso fue un comportamiento compulsivo de su parte”. Este tipo de excusas, a diferencia del otro, invitan a suspender nuestras reacciones habituales hacia el agente. Es decir, nos presente a un agente psicológicamente anormal o moralmente inmaduro. Cuando nos enfrentamos a alguien así, todas nuestras actitudes se modifican profundamente. Esto es lo que Strawson denomina una reacción *objetiva*, en oposición a una reacción *participativa*³⁴⁶. “La adopción de la actitud objetiva hacia otro ser humano consiste en verle, quizás como un objeto de táctica social, como sujeto a lo que en un sentido muy amplio cabría llamar tratamiento”³⁴⁷

Pues bien, la pregunta que cabe hacerse es ¿Qué efecto tendría, o habría de tener, sobre estas actitudes reactivas la aceptación de la verdad de una tesis general del determinismo? “Más específicamente, ¿conduciría, o tendría que conducir, la aceptación de la verdad e la tesis al debilitamiento o rechazo de tales actitudes? ¿Significaría, o tendría que significar el fin de la gratitud, el resentimiento y el perdón”³⁴⁸. Strawson responde que no. Y la razón es la siguiente: no puede ser consecuencia de ninguna tesis el que la anormalidad sea una condición universal. Aún si aceptamos la posibilidad de ver el mundo de esa manera, sería prácticamente inconcebible suspender nuestras reacciones de forma universal.

“El compromiso humano de participación en las relaciones interpersonales ordinarias resulta, creo, demasiado abarcador y sus raíces son demasiado

³⁴⁶ *Íbid.*, p. 46.

³⁴⁷ *Íbid.*

³⁴⁸ *Íbid.*, p. 48.

profundas como para que nos tomemos en serio el pensamiento de que una convicción teórica general pueda cambiar tanto nuestro mundo que ya no haya en él más relaciones interpersonales conforme las entendemos corrientemente³⁴⁹.

Este sería un primer argumento para compatibilizar la tesis determinista con las prácticas morales. El segundo es que, cuando adoptamos una actitud *objetiva* en un caso particular, el que hagamos tal cosa, no es una consecuencia de una convicción “determinista del caso concreto”, sino una consecuencia de que, por razones diferentes, abandonamos nuestras actitudes interpersonales ordinarias. Cuando actuamos así, no lo hacemos bajo la creencia de que esa persona está determinada, lo hacemos porque no es *sino* racional adoptar esta actitud³⁵⁰.

Esta conclusión, de acuerdo al autor, la podemos extender a las formas generalizadas de las actitudes reactivas personales: las reacciones *generalizadas* o *vicarias*. Estas reacciones “descansan sobre, y reflejan, la demanda de que se manifieste un grado razonable de buena voluntad o de interés, por parte de los demás, no simplemente hacia uno mismo, sino hacia todos aquellos en cuyo nombre puede sentirse indignación personal³⁵¹. Es decir, se trata de los análogos de las reacciones personales, pero de una forma generalizada. Así, de la misma forma que en ciertos casos suspendemos nuestras acciones personales ordinarias, de la misma forma lo hacemos respecto a nuestra indignación moral frente a determinados agentes. Pues en la medida que un agente es visto como un ser que carece de sentido moral, no aparece como alguien a quien podamos

³⁴⁹ *Íbid.*, p. 50.

³⁵⁰ *Íbid.*, p. 51.

³⁵¹ *Íbid.*, p. 54.

dirigir nuestras demandas o expectativas, y por lo tanto, no podemos verlo como un agente moralmente responsable, integrante de la comunidad moral³⁵².

Por lo tanto, frente a las reacciones generalizadas o vicarias de indignación moral cabe responder de la misma forma que para sus análogos interpersonales: si el determinismo fuera cierto, no cabe preguntarse la posibilidad de cambiar nuestro mundo de tal manera que deban suspenderse las reacciones. “Quien insista en esta pregunta ha dejado completamente de captar el significado de la respuesta precedente, la naturaleza del compromiso que se haya aquí involucrado”³⁵³.

Así es como llegamos finalmente a la superación de la contradicción entre optimistas y pesimistas. Lo que el optimista esgrime para defender las prácticas morales es su utilidad social. Pero la utilidad de éstas prácticas no es lo que está en cuestión, pues el pesimista está en posición de aceptar esta premisa. Lo que está en cuestión es que, para el pesimista, el centrarse en la utilidad social de prácticas como la condena y el castigo dejan fuera algo vital en nuestra concepción de éstas prácticas: “la complicada red de actitudes y sentimientos que forman parte esencial de la vida moral”³⁵⁴. Y son precisamente estas actitudes, las que impiden, al mismo tiempo, que se asuma totalmente la tesis pesimista. Es un error olvidar que éstas prácticas, y el modo en que las recibimos, son realmente expresiones de nuestras actitudes morales y no meramente mecanismo que empleamos de forma calculada con fines regulativos. En ausencia de estas

³⁵² *Íbid.*, p. 59.

³⁵³ *Íbid.*, p. 59.

³⁵⁴ *Íbid.*, p. 64.

actitudes, es dudoso que pueda existir algo inteligible como sistema de relaciones humanas, como sociedad humana. Es decir, esta complicada red de sentimientos morales nos permite recuperar de los hechos, tal y como los apreciamos, el sentido de lo que queremos decir, cuando empleamos términos morales como responsabilidad, culpa, condena y justicia³⁵⁵.

En filosofía, deben tenerse en cuenta los hechos en todas sus implicaciones. No es correcto suponer, por tanto, que el filósofo deba considerarnos a nosotros mismos separados de las actitudes que como científicos estudiamos con distanciamiento. Esto no significa negar la posibilidad y deseabilidad de que se confiera una nueva dirección o de que se modifiquen nuestras actitudes humanas a la luz de éstos estudios. “Pero podemos razonablemente considerar improbable que una progresivamente mayor comprensión de ciertos aspectos de nosotros mismos conduzca a la desaparición total de esos aspectos”³⁵⁶

³⁵⁵ Íbid.

³⁵⁶ Íbid., p. 67.

3. TENDENCIAS CLÁSICAS Y MODERNAS SOBRE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD JURÍDICO-PENAL

a. Evolución del concepto de culpabilidad

La culpabilidad ha experimentado una notable evolución desde el siglo XIX, en su concepto contenido y caracterización, y “actualmente hay una divergencia de concepciones, coexistiendo una concepción mayoritaria de la culpabilidad, la normativa, con otras concepciones muy distintas”³⁵⁷. Todas ellas pueden vincularse al problema de la libertad humana. A su vez, el contenido dogmático de la culpabilidad se encuentra íntimamente relacionado con la concepción *material* que se tenga de la culpabilidad. Esa influencia, en opinión de Bacigalupo, no suele afectar los elementos que configuran el concepto de culpabilidad, pues prácticamente todos los sostenidos en la ciencia penal actual son los mismos: capacidad de culpabilidad, consciencia de antijuricidad y exigibilidad. “Sin embargo, el concepto material de culpabilidad determina el contenido de cada uno de esos elementos y su caracterización”³⁵⁸.

La concepción inicial de la culpabilidad, denominada “*concepción psicológica de la culpabilidad*” es propia del pensamiento analítico de las ciencias naturales, en su aproximación a la teoría del delito. De acuerdo con esta teoría, la culpabilidad implica un juicio sobre tres diversos aspectos: a) relación causal entre

³⁵⁷ LUZÓN P., D. *Op. Cit.*, p. 5.

³⁵⁸ BACIGALUPO, E. *Op. Cit.*, p. 420.

la voluntad de una persona y un suceso; b) Desaprobación del hecho (su carácter indeseable o dañoso); c) Conciencia de la contrariedad al deber en el autor³⁵⁹. Así, para esta concepción la culpabilidad es un vínculo de naturaleza psicológica que enlaza al autor con su acto³⁶⁰, sin el cual es imposible afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito³⁶¹. El dolo y la culpa son los dos modos de presentación de esta relación psicológica, de la cual la imputabilidad es sólo el presupuesto³⁶², pues esta última no podía integrar el concepto de culpabilidad, al quedar fuera de la relación psicológica³⁶³. En el caso del dolo, el nexo psíquico que une al autor con el hecho es la voluntad o intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho. En la imprudencia, en cambio, el nexo psíquico es más débil, ya que el sujeto no quiere realizar el hecho típico ni su resultado. Sin embargo, el sujeto, o bien quiere la acción en sí, o bien conoce o puede conocer la posibilidad de producción del hecho típico, lo que se vincula con la previsibilidad, cognoscibilidad o previsión³⁶⁴.

Esta concepción naturalista se funda, de acuerdo a Cury³⁶⁵, en una visión determinista del ser humano, predominante en la segunda mitad del siglo XIX. Así, donde no es posible anudar un reproche al acto que libremente infringe la norma, la culpabilidad se reduce a una pura relación psicológica, aunque con ello pierda

³⁵⁹ BACIGALUPO, E. *Op. Cit.*, p. 420.

³⁶⁰ CURY, E. *Op. cit.*, II, pp. 14-15.

³⁶¹ BACIGALUPO, E. *Op. Cit.*, p. 420

³⁶² CURY, E. *Op. cit.*, II, pp. 14-15.

³⁶³ DONNA, E. *Op. Cit.*, p. 183.

³⁶⁴ LUZÓN P., D. *Op. Cit.*, p. 6.

³⁶⁵ CURY, E. *Op. cit.*, II, pp. 15.

gran parte de su significación, limitándose a excluir la punibilidad por el caso fortuito, y por consiguiente, la responsabilidad por el resultado.

El concepto psicológico de culpabilidad fue reemplazado por *el concepto normativo de culpabilidad*, hoy predominante. Se considera pionero a Frank³⁶⁶, quien se preocupó de analizar las deficiencias de la concepción psicológica. Un primer grupo de críticas tiene que ver con las limitaciones propias de una teoría fundada solamente en el dolo y la culpa como presupuestos de la culpabilidad. La culpabilidad estructurada en base a estos elementos no puede medirse, ni graduarse, pues una vez que el sujeto actúa con dolo directo o con culpa, esto definitivamente ya no admite magnitudes: o existe o simplemente no³⁶⁷.

Un segundo grupo de críticas, se asocia a la imposibilidad que tiene esta teoría de explicar ciertos casos en los cuales el sujeto actúa con dolo o culpa y sin embargo, no es culpable. Esto se demuestra en la concepción de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad. En efecto, también un enfermo mental puede querer la acción y representarse los elementos que lo convierten en delito pero no es culpable. Por lo tanto, la imputabilidad antes que ser un presupuesto de la culpabilidad, sería más bien un elemento de la misma. Así también, el estado de necesidad disculpante no es explicable mediante el concepto psicológico de la culpabilidad, puesto que también quien actúa en este tipo de situaciones sabe lo que hace y busca la producción de un resultado, y aun así debe ser exculpado. Es

³⁶⁶ FRANK, R. 2002. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Buenos Aires, Euros. 71p.

³⁶⁷ CURY, E. *Op. Cit.*, p. 15.

por eso que podemos decir que tanto un inimputable, como quien obra por coacción o impulsado por un miedo insuperable, actúan indudablemente con dolo, o al menos, con imprudencia, y no obstante, la generalidad de la doctrina niega culpabilidad en aquellos casos. Por último, se critica la imposibilidad que tiene la teoría psicológica de poder explicar la culpa inconsciente: en ella no es constatable una relación psíquica del sujeto con el resultado³⁶⁸.

En base a todas estas críticas, nace la que posteriormente será conocida como *doctrina normativa compleja de la culpabilidad*, que concibe a ésta como sinónimo de *reprochabilidad* del hecho al sujeto desde valoraciones y criterios normativos (la denominación de “*compleja*”, dada por Maurach y Zipf se debe a su incorporación de los elementos psíquicos, conjuntamente con la reprochabilidad de la acción)³⁶⁹. Así, la culpabilidad no estaba integrada sólo por la relación psíquica del sujeto con el resultado, sino por tres elementos de igual rango: 1) La imputabilidad o normalidad mental del sujeto 2) Una concreta relación psíquica del sujeto con el hecho (dolo e imprudencia) 3) Por la normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto (la existencia de una situación que habilite al sujeto para obrar conforme a Derecho, del cual depende en último caso la existencia y magnitud del reproche). El vínculo o lazo que une y sintetiza estos tres elementos, es el de la reprochabilidad³⁷⁰.

³⁶⁸ ROXIN, C. 1997. *Op. Cit.*, p. 794.

³⁶⁹ *Ibid*, p. 797.

³⁷⁰ CURY, E. *Op. Cit.*, p. 15; ROXIN, C. 1997. *Op. Cit.*, p. 795.

Goldschmidt propone modificar esta noción a través de la idea de la infracción de una norma de deber. Según él, al lado de cada norma de derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior³⁷¹. Es decir, existe implícitamente una norma de deber que impondría a cada cual disponer de su conducta interna de modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa. Esta norma de deber que manda al particular que se motive por las representaciones de valor jurídico no aspira a una “pureza interior” de los sentimientos, sino que se dirige a la voluntad de actuar. “Por esto ella reclama que el motivo de deber resulte eficaz a menos que el particular esté ya decidido por otras razones a una conducta conforme al derecho”³⁷². Esto nos conduce a la idea de inexigibilidad como idea directriz de las causas de exculpación, que delimita sobre esta base las causas de justificación y las causas de exclusión de punibilidad. Una posterior aproximación sobre el tema llegó a plantear la idea de una causal *supralegal* de exclusión de culpabilidad, la omisión, finalmente no ha podido imponerse en los delitos dolosos, debido a la inseguridad jurídica que conlleva³⁷³.

La *teoría normativa compleja* no está exenta de críticas. En primer lugar, si la culpabilidad es concebida como un juicio de reproche, ello significaría que ésta está en la cabeza del juez y no del autor del delito, por lo que la conducta no sería en sí rechazable. Sin embargo, de acuerdo a Cury, este argumento es erróneo,

³⁷¹ GOLDSCHMIDT, J. 2002. La concepción normativa de la culpabilidad. Buenos Aires, Euros, pp. 90-91.

³⁷² *Ibid*, p. 91.

³⁷³ ROXIN, C. 1997. Op. Cit., p. 796.

pues lo que constituye la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, siendo el juicio de reproche una comprobación axiológica de la conducta. No bastan las meras percepciones sensoriales para determinar si una persona es culpable. En segundo lugar, se señala que la normalidad de las circunstancias concomitantes no puede formar parte del contenido de la culpabilidad, pues estas son ajenas al delincuente. Frank responde a ésta crítica, reformulándola en torno a la idea de *motivación normal* o, también denominada por él³⁷⁴, *la normalidad de las circunstancias concomitantes*³⁷⁵. Esto es, una situación que en el caso concreto habilite al sujeto a obrar conforme a Derecho, de modo que, si no lo hace, pueda dirigírsele un reproche por haber escogido esa alternativa³⁷⁶. Por último, y proveniente del finalismo, surge la crítica que dará origen a la *teoría pura de la culpabilidad*. De acuerdo a ella, el verdadero problema de la *teoría normativa compleja* está en que confunde el juicio de valoración con el objeto valorado: dolo y culpa son elementos fácticos sobre los que se pronuncia el juicio de reproche, y no elementos del mismo³⁷⁷.

Así es como surge la *teoría normativa pura* y que concibe una idea de culpabilidad exenta de impurezas naturalistas, permaneciendo únicamente como

³⁷⁴ FRANK, R. *Op. Cit.*, p. 41. Las circunstancias concomitantes, en las ediciones 8° a 10° de su comentario sobre el Código Penal Imperial, son reconvertidas en “motivación normal”, para luego abandonar ésta idea en motivaciones posteriores. Véase FERNÁNDEZ, G. 2002. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. En: FRANK, R. *Op. Cit.*, p. 18

³⁷⁵ Según el autor, a la culpabilidad de le corresponde la naturaleza de las circunstancias bajo las cuales se realiza la acción. Anormales serían las circunstancias concomitantes que para el autor (o a veces también para un tercero) significan un peligro. “El que en estado de necesidad, para salvarse de un peligro, realiza una acción normalmente punible, no actúa culpablemente, así como tampoco quien actúa en forma idéntica en una situación de defensa necesaria. Aquí falta la culpabilidad, porque no se le puede reprochar al autor haber actuado bajo estas circunstancias”. FRANK, R. *Op. Cit.*, p. 51.

³⁷⁶ CURY, E. *Op. Cit.*, p. 17.

³⁷⁷ CURY, E. *Op. Cit.*, pp 18-20.

criterio determinante el de la *reprochabilidad*. Bajo la influencia de la teoría finalista de la acción, el dolo y la culpa ya no son considerados especies de culpabilidad, siendo desplazados estos conceptos fuera de ella³⁷⁸. Este cambio “fue introducido primariamente a partir de la teoría finalista de la acción y el injusto, pero se apoyó también en la tesis de que sólo de ésta manera se llevaría delante de modo realmente consecuente el concepto normativo de culpabilidad”³⁷⁹. Se reestructura nuevamente el juicio de reproche y se funda sobre la base de tres elementos: la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma. Para los finalistas, a diferencia de Frank y Goldshmitt, la reprochabilidad supone la capacidad de motivarse por la norma, es decir, si podía obrar de otra manera³⁸⁰. . Ahora bien, los tres elementos ya mencionados se formulan tradicionalmente como requisitos negativos (inimputabilidad, error de prohibición e inexigibilidad, respectivamente) debido a que el juez no es llamado a demostrar que el sujeto es sano de mente, que conocía de la ilicitud del hecho y de que actúa en condiciones normales. La ley presupone la libertad del individuo, por lo que el juez deberá darlos por supuestos si no se prueba lo contrario³⁸¹, sistema que ha sido acogido en los diversos ordenamientos jurídico-penales.

El concepto normativo, de acuerdo a Roxin, tiene razón y supone un gran avance respecto al concepto psicológico, en cuanto a que en él se exprese la idea

³⁷⁸ BACIGALUPO, E. *Op. Cit.*, p. 422.

³⁷⁹ ROXIN, C. 1997. *Op. Cit.*, p. 796.

³⁸⁰ *Íbid.*

³⁸¹ POLITOFF, S., MATUS, J. y RAMÍREZ, M. *Op. Cit.*, p. 246.

“de que en la categoría del delito que sigue al injusto se trata de una valoración del acontecer del hecho de otro tipo en comparación con la contrariedad a deber y no sólo de un puro estado de cosas psíquico”³⁸². Sin embargo, de acuerdo a este autor, la reprochabilidad sólo comprende de manera incompleta la valoración de la acción. El juicio de la conducta no sólo atañería a si es *posible* formular un reproche contra el sujeto, sino que también si, desde el punto de vista jurídico penal, *debe* hacérsele responsable de su conducta. En este sentido, la reprochabilidad sería condición necesaria pero no suficiente de la responsabilidad, debiendo añadirse la necesidad preventiva de la sanción³⁸³. Esto es lo que Roxin conoce como el *concepto normativo de responsabilidad*.

Roxin critica la idea de que la sola supresión del elemento psicológica de la culpabilidad permita que esta se convierta en un juicio de valor totalmente “puro”. Para él, se debe diferenciar nuevamente entre el supuesto de hecho de la responsabilidad y el juicio de responsabilidad. El supuesto de hecho estaría compuesto por todas las circunstancias que son determinantes para la responsabilidad, concurriendo elementos objetivos y subjetivos (el injusto y la culpabilidad). Así, la culpabilidad es el presupuesto decisivo, pero no el único para determinar la responsabilidad jurídico penal³⁸⁴: la culpabilidad es condición necesaria, pero no suficiente para responsabilizar a un sujeto.

b. El concepto material de culpabilidad.

³⁸² ROXIN, C. 1997. *Op. Cit*, p. 797.

³⁸³ *Íbid.*

³⁸⁴ *Íbid.*

El panorama actual de la ciencia jurídica muestra una posición abiertamente mayoritaria en torno a la idea de culpabilidad como reprochabilidad, esto es, la teoría normativa pura. Sin embargo, dentro de esta misma concepción conviven diversas fundamentaciones materiales de la reprochabilidad. Así, el apartado anterior tiene una naturaleza completamente formal y no responde a la cuestión relativa a “de qué presupuestos materiales depende la culpabilidad”³⁸⁵ Es decir, frente al *cómo* debía ser la conducta culpable (concepto *formal* de culpabilidad), queda por determinar *por qué* una conducta es reprochable (*concepto material de culpabilidad*). Por lo tanto, aun cuando la mayoría concuerde en torno a la concepción normativa, existen diversas teorías sobre sus fundamentos y que responden a diversos argumentos fácticos o normativos, valorativos o teleológicos.

i. Culpabilidad fundada en el “poder actuar de otro modo” o libertad de decisión.

Esta posición, fruto de una larga tradición jurídica y filosófica³⁸⁶, ve a la culpabilidad como el *poder actuar de otro modo* (*das anders-Handeln-Können*, según la formulación alemana), esto es, el haber cometido un injusto pese a poder haber cumplido y respetado la norma. Significa *el poder para ello* o *el “poder evitar”* y consiguiente responsabilidad por haber formado antijurídicamente su voluntad³⁸⁷. Así, si el sujeto podría haber decidido libremente el actuar, y aun así, actúa, su actuar es reprochable. En cambio, si por alguna razón interna (permanente u ocasional) o externa, se excluye su libertad, no se le podrá

³⁸⁵ *Ibid.*, p 798.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 799.

³⁸⁷ *Ibid.*

reprochar individualmente esa actuación. Según esto, la base interna de la culpabilidad radica en que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el Derecho y por el injusto³⁸⁸.

De acuerdo a Luzón Peña³⁸⁹, la doctrina penal dominante mantiene esta postura, sea que se asuma o no la tesis a favor del libre albedrío. Y esto se debe a que, o bien, se asume la tesis del indeterminismo-libre albedrío desde una perspectiva filosófica y jurídica, y se asume que el sujeto es libre para delinquir, o bien, sin pronunciarse sobre el debate determinista-indeterminista, se considera que la libertad humana es una premisa normativa de la que parten todos los ordenamientos jurídicos. Esto último, siempre y cuando no existan circunstancias excepcionales que demuestren o pongan seriamente en tela de juicio la anulación o exclusión de la libertad.

Desde diversas aproximaciones se han hecho críticas a la utilización de la libertad como base de la reprochabilidad. En primer lugar están los *deterministas*, quienes rechazan la libertad humana y creen que el hombre siempre está determinado por motivos o pasiones que no puede controlar. Es precisamente ésta la postura de los neurocientíficos que han abordado el problema del libre albedrío: según ellos nosotros no tomamos nuestras decisiones, ellas ya están tomadas para nosotros³⁹⁰. Los experimentos de Libet, famosos por sus descubrimientos sobre la voluntad humana, muestran que la consciencia de la

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ LUZÓN P., D. Op. Cit., p. 19.

³⁹⁰ "If turns out that we do not make our decisions; they are made for us. But if we cannot control what we decide to do, then we cannot be responsible for our decision" .LEVY, N. *Op. cit.*, p 227.

toma de decisiones está precedida por la del potencial de disposición (*readiness potential*), de manera que no tomamos nuestras decisiones, sino que nuestra consciencia es informada posteriormente de la decisión unos milisegundos después³⁹¹. Pero si no podemos controlar lo que decidimos, no podemos ser responsables por nuestras decisiones³⁹².

La crítica también surge por parte de la denominada *posición agnóstica* sobre el libre albedrío, que señala que *el poder actuar de otro modo* de un sujeto concreto en un hecho concreto es empíricamente, y científicamente indemostrable³⁹³. Según estos autores, ni siquiera bajo el presupuesto de la libertad de decisión es posible constatar que un individuo pudiera actuar de otro modo. Esto llevaría, en los extremos de esta postura, a declarar siempre la absolución del individuo, en virtud del principio *In dubio pro reo*, destruyendo por completo el principio de culpabilidad³⁹⁴. Los defensores de ésta teoría intentan hacer frente a las críticas, fijándose no en el poder del sujeto individual, sino en “el poder de la persona media que existe conforme a esa experiencia”³⁹⁵. Así, el sujeto habría podido actuar de otro modo, si conforme a la experiencia en casos análogos otro en su lugar habría actuado posiblemente de otro modo en las circunstancias concretas, empleando la fuerza de voluntad de la que el sujeto carecía. Esto, llevaría a una crítica aún mayor, pues “desde una perspectiva indeterminista es imposible basar un reproche moral contra una persona individual en capacidades que quizás otras personas tengan, pero que precisamente le

³⁹¹ *Íbid.*

³⁹² *Íbid.*

³⁹³ LUZÓN P., D. *Op. Cit.*, p. 20.

³⁹⁴ ROXIN, C. 1997. *Op. Cit.*, p. 800.

³⁹⁵ *Íbid.*

faltan al sujeto”³⁹⁶. Y esto, sería inconcebible, precisamente en virtud del principio de culpabilidad.

ii. Culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada.

Según esta concepción, la culpabilidad es reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta en él, por lo que la diferencia ente injusto y culpabilidad sería la diferencia entre desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna del hecho. Constituye, por tanto, una contemplación generalizadora orientada por parámetros valorativos ético-sociales, un juicio de desvalor sobre la actitud global del sujeto frente a las exigencias del Derecho³⁹⁷.

La crítica a esta idea se centra en que no puede superar sustancialmente el concepto formal de reprochabilidad, no pudiendo incorporar ningún criterio que sirva para desaprobado jurídicamente la actitud interna del sujeto. La actitud interna jurídicamente desaprobada se produce justamente cuando el legislador formula un reproche y afirma la punibilidad. Quienes señalan que el desvalor de la acción falta cuando, pese a la comisión dolosa, el sujeto carecía de poder, están identificando éste criterio con el de poder actuar de otro modo. Adicionalmente, la actitud interna desaprobada no siempre explicará la existencia o no de culpabilidad. Esto, porque en la imprudencia inconsciente, no existe una disposición interna contraria

³⁹⁶ *Íbid.*, p. 800.

³⁹⁷ *Íbid.*

al valor, mientras que un agresor sexual, si bien tiene una actitud interna abyecta, podría en algún caso ser absuelto por falta de capacidad de inhibición³⁹⁸.

iii. Culpabilidad como deber de responder por el carácter propio.

Esta concepción, se encuentra fundada sobre una base determinista, según la cual cada uno es responsable de las características o propiedades que le han inducido a ser como es. Según esta posición, todo sujeto sabe que su acción hubiera sido distinta si él fuera otra persona. Sin embargo, al sujeto no le es posible otra acción, porque este es él y no otro, por lo que la responsabilidad se debe, en el fondo a su carácter, por el que el sujeto se siente responsable y es responsable frente a los demás³⁹⁹.

Esta doctrina ha sido seguida por un gran número de autores en la doctrina penal –entre ellos Donna, Henitz y Engisch - quienes comparten el criterio, según cada cual en la vida responde por lo que es, sin tener en cuenta las múltiples razones por las que se ha llegado a ello. Esto obedece a la denominada “culpabilidad por el carácter”, sostenida por Schopenhauer⁴⁰⁰, según la cual se responde por la personalidad, en la que tiene su fundamento la comisión de un injusto determinado⁴⁰¹.

³⁹⁸ *Íbid*, p. 801.

³⁹⁹ *Íbid.*, p. 802.

⁴⁰⁰ Véase SCHOPENHAUER, A. 1993. Los dos problemas fundamentales de la ética. 3° ed. Madrid, Siglo XXI de España Editores. 325p.

⁴⁰¹ “Aquí el hombre no constituye ninguna excepción con respecto al resto de la naturaleza: también él tiene su índole constante, su carácter invariable que, sin embargo, es totalmente individual y diferente en cada uno. Esto es justamente empírico para nuestra comprensión pero, precisamente por eso, solo /fenómeno: lo que, en cambio, puede ser según su ser en sí mismo se llama el carácter inteligible. La totalidad de sus acciones, determinada en su índole externa por los motivos, no pueden nunca resultar de otra manera más que de acuerdo con ese invariable carácter individual: tal y como uno es, así tiene que obrar. Por eso a cada

Roxin nos expresa algunas de las críticas que se dirigen en contra de esta teoría⁴⁰². Una de ellas es la paradoja a la que conlleva: Si alguien no es responsable por su disposición caracterológica, nada pudo hacer para poder evitarla. Para sortear esta dificultad, los autores hicieron diversas construcciones metafísicas, como la que señala que el ser humano se decide a sí mismo, y con ello crea su propio ser. Sin embargo esta hipótesis es tan demostrable como el poder actuar de otro modo, y no puede servir de base para una concepción empírico-racional del Derecho Penal. En segundo lugar, se critica a quienes postulan para salvaguardar este criterio, la reducción del Derecho Penal a finalidades preventivas, entendiendo así a la culpabilidad en el sentido de responsabilidad social. Sin embargo, surgen reparos, ya que según esto no es posible determinar por qué un enfermo mental u otro inimputable no actúa culpablemente. Es decir, no permite establecer límites claros a la prevención.

iv. Culpabilidad como atribución según necesidades preventivo generales

Jakobs⁴⁰³ ha desarrollado un concepto funcional de culpabilidad, que él entiende como culpabilidad *funcional* con una atribución preventivo general. Según esto, la prevención general no debe entenderse en el sentido de intimidación, sino

individuo dado, en cada caso individual dado, no le es posible más que *una* acción: «*operari sequitur esse*». La libertad no pertenece al carácter *empírico* sino solo al *inteligible*. El *operari* de un hombre dado está determinado necesariamente: desde fuera, por los motivos; desde dentro, por su carácter; de ahí que todo lo que hace se produzca necesariamente. Pero en su *esse*, ahí se encuentra la libertad. El habría podido *ser* otro: y en aquello que *es* radica la culpa y el mérito. Pues todo lo que él hace resulta de ahí por sí mismo, como un mero corolario. (...) Por eso, aunque la responsabilidad moral del hombre se refiere primaria y ostensiblemente a aquello que hace, en el fondo atañe a aquello que *es*” SCHOPENHAUER, A. 1993. Los dos problemas fundamentales de la ética. 3° ed. Madrid, Siglo XXI de España Editores, p. 220.

⁴⁰² ROXIN, C. 1997. *Op. Cit.*, pp. 803-804.

⁴⁰³ JAKOBS, G. 1997. *Op. Cit.*

del ejercicio de la fidelidad al Derecho⁴⁰⁴. Así, el fin de la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva. Sólo cuando existe la oportunidad de asimilar el conflicto de otra manera, puede entrar a discutirse la exculpación.

La principal crítica que le reprocha Roxin a esta teoría es que abandona la función restrictiva de la punibilidad en atención a la prevención general⁴⁰⁵. La punibilidad ya no depende de las circunstancias que radican en su persona, sino que de las circunstancias necesarias para la estabilización de la fidelidad al Derecho. Esta instrumentalización del individuo, en función de los intereses sociales ya había sido criticada por Kant⁴⁰⁶, quien lo consideraba una violación de la dignidad humana. Es decir, esta teoría vulnera ciertos principios constitucionales, y deja al arbitrio del legislador o el juez la determinación de la estabilización de la consciencia normativa. Y esto a su vez, contradiría el principio mismo que postula esta doctrina, pues no puede decirse que exista confianza en el ordenamiento por parte de los ciudadanos, cuando la afirmación o negación de

⁴⁰⁴ De acuerdo al autor, “la finalidad de la culpabilidad es la estabilización de la norma débil”. La vinculación que existe entre la culpabilidad y las normas sociales está dada por las normas débiles de un ordenamiento jurídico, y sólo entonces tiene sentido un sistema de imputación culpabilista en un ordenamiento que reconoce sus puntos débiles. Pues si el ordenamiento se ha autoconstituido como absoluto, no ve a quien no ha acatado las normas sociales a un culpable, sino a un sujeto que ha perdido el juicio y debe ser educado, como lo sería, si en nuestra sociedad, alguien decide no acatar las normas de la naturaleza, las que sí tienen el carácter de absoluta. Véase JAKOBS, G. 1996. *Op. Cit.*, pp. 48-49.

⁴⁰⁵ ROXIN, C. 1997. *Op. Cit.*, p. 806.

⁴⁰⁶ “Los seres racionales llámense *personas* porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto de respeto). Éstos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor *para nosotros*, sino que son *fines objetivos*, esto es, cosas cuya existencia es en sí mismo un fin, y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de medios, porque sin esto no hubiera posibilidad de hallar en parte alguna nada *con valor absoluto*” KANT, M. *Op. Cit.*, p. 42.

su culpabilidad no depende de ellos mismos sino de circunstancias que nada tienen que ver con él⁴⁰⁷.

v. Culpabilidad como actuación justa pese a la existencia de asequibilidad normativa.

Esta última teoría postula que la culpabilidad es una actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Defendida por Roxin⁴⁰⁸, postula que la culpabilidad es necesaria siempre cuando aún le son psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma. Esta asequibilidad estaría ayudada por la psicología y la psiquiatría, las que permitirían constatar empíricamente cuando existe una restricción de la capacidad de autocontrol del sujeto. De acuerdo al autor “No se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico”⁴⁰⁹

Esta concepción parte de la idea de Roxin de desarrollar una nueva categorización sistemática de la culpabilidad -*la responsabilidad*, compuesta por la culpabilidad y los fines de la pena- que incorpore como criterios determinantes la prevención general o especial, cuya necesidad se excluye cuando existen situaciones de inculpabilidad. Para este autor, la idea de una culpabilidad basada en un poder actuar de otro modo debe abandonarse, y no considerarse como un criterio decisivo, ya que aun cuando se asuma que se pudo actuar de otro modo, siempre se podrá negar la necesidad jurídica de sancionar⁴¹⁰. Estos criterios preventivos se pueden apreciar con fuerza en las causales de exclusión de

⁴⁰⁷ ROXIN, C. 1997. *Op. Cit.*, p. 806.

⁴⁰⁸ *Íbid.*, p. 807.

⁴⁰⁹ *Íbid.*

⁴¹⁰ LUZÓN P., D., *Op. Cit.*, p. 28.

culpabilidad, como la imputabilidad o el error de prohibición invencible. Sin embargo, esto no quiere decir que la responsabilidad quede a merced de la inseguridad jurídica, sino que el criterio busca determinar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley⁴¹¹.

Así también, el autor niega la idea de que la categorización propuesta debilite los efectos protectores del Estado de Derecho que proporciona la culpabilidad. Según él la pena siempre presupone culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de justificación puede contradecir el principio de culpabilidad⁴¹².

De acuerdo a Luzón Peña⁴¹³, lo valorable de ésta teoría sería que permite admitir con claridad la culpabilidad, con base en la libertad de voluntad como categoría socialmente aceptada y como aserción normativa, que considera a la culpabilidad no sólo como un límite, sino que también como fundamento de la pena. Pero también podría criticársele el reducir la culpabilidad a esa accesibilidad y no considerar que se pueda seguir hablando de exclusión de culpabilidad en las eximentes que él trata como excluyentes de responsabilidad. En todo caso, según el autor, ésta más bien sería una crítica a su nueva categorización de la “responsabilidad”.

4. CULPABILIDAD Y PENA

a. El principio de culpabilidad.

⁴¹¹ ROXIN, C. 1997. *Op. Cit.*, pp. 793-795.

⁴¹² *Ibid.*, p. 794.

⁴¹³ LUZÓN P., D., *Op. Cit.*, p. 31.

El derecho penal moderno se caracteriza por estar asociado indisolublemente al *principio de la culpabilidad*. La culpabilidad ocupa un lugar central en la teoría del delito, pues frente al carácter objetivo del injusto (tipo más antijuricidad), sólo la culpabilidad puede resolver la cuestión de cómo reprochar o atribuir una determinada conducta a su autor, a con vistas a exigirle una responsabilidad personal⁴¹⁴.

La culpabilidad puede ser entendida como contenido del principio de legalidad, con una clara función garantista en cuanto a su exigencia de *nullum crimen sine culpa*⁴¹⁵. Este principio significa que no es posible condenar a un sujeto por el solo hecho de haberse causado un daño o haber destruido un bien jurídico, sino cuando esto es resultado de una acción injusta realizada culpablemente.

El principio de la culpabilidad tiene como fundamento directo, entonces, la *dignidad humana*, que involucra el respeto por los derechos esenciales del hombre, dotados de superioridad y elevación por sobre los demás seres vivos. El principio inviolable de toda pena es que ésta presupone la culpabilidad, constituyendo así, uno de los principios fundamentales de derecho moderno. Como señala Cousiño Mac Iver, “¿qué razón de justicia, ética, equidad o ecuanimidad podría invocarse para cohonestar el castigo de un inocente? ¿Dónde estarán los fundamentos morales y dónde los jurídicos?”⁴¹⁶

La esencia de éste principio puede formularse en dos proposiciones: “No hay pena sin culpabilidad” y “la pena no puede sobrepasar la medida de la

⁴¹⁴ Latamente sobre el tema, véase: COBOS, M. *Op. cit.*, pp. 251-266.; CEREZO M., J. *Op. Cit.*

⁴¹⁵ COBOS, M. *Op. cit.*, p. 255.

⁴¹⁶ COUSIÑO M., L., pp. 6-7.

culpabilidad". Junto con esto, el principio de culpabilidad implica la idea de que la pena ha de ser proporcional a la medida de la culpabilidad. Sin embargo, no puede pretenderse que ésta noción tenga una vigencia positiva, determinando el quantum de la pena, sino meramente negativa, excluyendo a aquellas que exceden el límite del reproche⁴¹⁷.

Afirmar la culpabilidad como un principio básico del Derecho Penal representa adoptar una actitud llena de consecuencias materiales. Un *Derecho penal de la culpabilidad* es incompatible con un *Derecho Penal del resultado*. Esto quiere decir que en el ámbito del Derecho penal la simple producción de un resultado antijurídico no implica la responsabilidad por el mismo. Sólo se es responsable por aquello que se hubiera podido y debido evitar, y no por todas las consecuencias de la acción⁴¹⁸.

Un Derecho penal de culpabilidad entra también en contradicción con un Derecho penal basado en la peligrosidad del autor. La culpabilidad hace referencia exclusivamente al pasado, al hecho cometido, mientras que la peligrosidad apunta hacia el futuro, hacia las posibilidades de ulterior comisión de hechos punibles⁴¹⁹. A este principio lo podemos denominar *culpabilidad por el hecho singular*. Es un principio que se desprende de la estructura de casi todos los Códigos Penales que rigen en los países de civilización occidental, en el que los tipos penales de la parte especial se elaboran sobre la base de hechos, y no personalidades. Esto no significa que la culpabilidad por el hecho presuponga un determinado contenido

⁴¹⁷ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. *Op. Cit.*, pp. 491-492.

⁴¹⁸ *Íbid.*

⁴¹⁹ *Íbid.*, p. 492.

respecto al fundamento material de la culpabilidad: el juicio de reproche refleja la personalidad del autor, pero no es ésta la que fundamenta su existencia, sino exclusivamente el hecho imputado. El derecho penal liberal occidental se funda por tanto en el hecho, y en la ausencia de éste hecho, el hombre queda marginado de la imputación punible⁴²⁰.

El principio de culpabilidad responde a una problemática que no es exclusiva del Derecho Penal sino que pertenece también pertenece al Derecho constitucional, ya que se refiere a los derechos fundamentales del hombre, como sujeto de la organización jurídica y política de la Nación. Así, la seguridad jurídica y la debida protección de los derechos humanos requieren del amparo de los ciudadanos ante la coacción de una pena impuesta sin que se haya cometido delito. Todos los elementos del delito -tipicidad, antijuricidad y culpabilidad- se comprenden dentro de la concepción constitucional que se reduce al adagio jurídico *nulla poena sine culpa*.

La idea de *culpabilidad del hecho* ha sido tergiversada en diversas ocasiones, acercándola peligrosamente a la idea de un derecho penal de autor. Así, Mezger⁴²¹ planteó la idea de una unión o conexión entre la culpabilidad por el hecho y la culpabilidad de autor, representada por *la conducción de su vida* (un cambio en su doctrina que se atribuye a presiones del régimen alemán imperante). En ésta línea, existen diversas doctrinas como las de la concepción sintomática del delito, la culpabilidad del carácter y la culpabilidad de la personalidad que

⁴²⁰ COUSIÑO M., L *Op. cit.*, pp. 14-17.

⁴²¹ Véase MEZGER, E. 1957. Tratado de Derecho Penal. Madrid, Editorial de Revista de Derecho Privado. 401p.

constituyen una amenaza latente en contra de la garantía que asegura un derecho penal liberal del hecho y la prohibición de juzgar a alguien exclusivamente en virtud de sus sentimientos, de su ideología personal o de su carácter⁴²².

b. Culpabilidad y retribución: la justificación jurídica y moral de la pena

La principal concepción que caracteriza, hoy en día, al principio de culpabilidad, la asocia a la idea de la imputación reprobatoria. El ordenamiento jurídico desaprueba determinadas acciones humanas y las concibe como una defraudación motivada por la voluntad defectuosa de una persona, formulación que se asocia a la noción de reprochabilidad: el tener la culpa por lo que se hace⁴²³. Como señala Bacigalupo⁴²⁴, la lesión del ordenamiento jurídico cometida libremente supone un abuso de la libertad que es reprochable, y por lo tanto, culpable.

La circunstancia de que la ley penal, fuera conforme a Kant, un *imperativo categórico* presuponía naturalmente una fundamentación moral del Derecho Penal, noción que era compartida por Hegel, quien trató el delito dentro del “sistema de lo moral”. Esta base ética del Derecho Penal, y la especial significación asignada a la libertad de voluntad, fueron subrayadas con fuerza por el idealismo alemán, otorgándole a la culpabilidad una importancia fundamental dentro de la teoría de la pena⁴²⁵.

⁴²² COUSIÑO M., L Op. cit., pp. 16-17.

⁴²³ JAKOBS, G. 1997. Op. Cit., p. 15.

⁴²⁴ BACIGALUPO, E. Op. Cit., p. 31.

⁴²⁵ *Íbid.*, p. 80-84.

Pero ¿cuál es la razón de fondo detrás de la vinculación entre reproche y legitimidad de la pena? La razón que está detrás del principio de culpabilidad es evitar la instrumentalización de la persona al imponer una pena.

“Quien impone una pena a una persona, sin que ésta merezca el reproche, o en todo caso, mereciendo un reproche menor que el que correspondería a la medida de la pena, incluye a aquella persona- a diferencia de lo que ocurre en el caso de la pena merecida- entre los objetos del Derecho de cosas”⁴²⁶.

Entendido así, el principio de culpabilidad no sólo se derivaría de los principios generales del Estado de Derecho, sino específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana. En otras palabras, la prohibición de vulnerar la dignidad humana debería limitar la optimización de la utilidad de la pena⁴²⁷.

Ahora bien, si la pena es el resultado de una imputación reprobatoria, que al aplicarse compensa la culpabilidad por lo que se ha hecho, surge una nueva pregunta: ¿qué es aquello de lo que hay que responder que ha de ser compensado? La respuesta evidente, formulada por Kant, sería que la pena compensa el daño causado por el autor. En sus palabras, si alguien ha cometido un asesinato, debe morir, ya que:

“No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia. No existe equivalencia entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, por tanto, tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia, si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque ciertamente con una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad en la persona que la sufre”⁴²⁸.

Pero si esto es así, nos señala Kindhäuser, no se entiende porqué la pena no puede atender a otros criterios de atribución de responsabilidad, como las

⁴²⁶ JAKOBS, G. *Op. Cit.*, p. 16.

⁴²⁷ *Íbid.*

⁴²⁸ KANT, I. 1989. *La metafísica de las costumbres*. 4º ed. Madrid, Tecnos, p. 168.

dificultades que debió sortear el sujeto para evitar la acción. “Queda fuera de consideración si el autor podía evitar el daño sin dificultades o bien si solamente podía evitarlo- a causa de una capacidad de acción restringida- realizando un gran esfuerzo personal”⁴²⁹. Tampoco se entiende la punición de la tentativa y la tipificación de los delitos de peligro, en los cuales no existiría daño alguno. “La pena tendría que determinarse exclusivamente en atención a la medida del daño (objetivo), sin atender a los criterios de atribución de responsabilidad por ese daño, los cuales admiten gradaciones”⁴³⁰. Por último, no permite entender por qué la compensación del daño no puede satisfacerse solamente con las reglas de la indemnización de perjuicios, debiendo adicionalmente el sujeto “tolerar, junto a la restitución o indemnización, además un daño en una cosa propia”⁴³¹

De acuerdo con Kindhauser, “sólo es posible establecer un vínculo de contenido entre la pena y la culpabilidad, si el mismo hecho delictivo ofrece el fundamento y los límites de la pena”⁴³². Y es condición necesaria de todo hecho delictivo la realización del injusto, de modo que es la negación del deber-ser jurídico, lo que puede considerarse como punto de referencia de la pena. Esto reconduce a la tesis Hegeliana, de que la *lesión del Derecho como derecho* que ha tenido lugar a través del hecho punible, se orienta *contra* una exigencia del Derecho. En tanto *lesión del Derecho como derecho*, el delito tiene una existencia que es en sí misma nula, y la manifestación de esa nulidad tiene lugar con la eliminación del delito mediante la lesión de la voluntad del delincuente. Sólo de

⁴²⁹ KINDHÄUSER, U. 2009. Retribución de culpabilidad y pena. . En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho. Lima, Ara Editores, pp. 148.

⁴³⁰ *Íbid.*

⁴³¹ *Íbid.*, p. 149.

⁴³² *Íbid.*, p. 151.

esta forma se pone en evidencia la invalidez del delito como movimiento aparente o nulo de la voluntad y se autoafirma en su validez como realización de la voluntad⁴³³. Así, mediante la pena, se puede negar a su vez la negación del Derecho, y así mostrar la vigencia del Derecho auténtico.

Sin embargo a esto Kindhauser responde lo siguiente: una norma jurídica, establecida de conformidad a la Constitución, es *normativamente* válida con independencia de que en el caso concreto sea seguida por su destinatario. Lo que sí puede lesionar el hecho es la validez *fáctica* de una determinada norma⁴³⁴. Una norma es válida fácticamente cuando es seguida en la medida suficiente para servir como pauta de orientación en una sociedad. La validez fáctica es, en otras palabras, “la expectativa cognitivamente fundada de que una norma sea reconocida, de tal modo que incida sobre las conductas en un grado tan alto que, a la hora de planificar el propio comportamiento, pueda confiarse en el correspondiente comportamiento de los demás”⁴³⁵. Entendido de esta forma, el daño a la validez fáctica de la norma es un daño que no puede ser compensado con las medidas del derecho civil. El Derecho Penal funciona así reaccionando retrospectivamente en contra del daño, a través del castigo, y al mismo tiempo, cumpliendo un fin preventivo, pues quien ha confiado en la validez de la norma ve que el quebrantamiento de la norma no vale, y de este modo se fortalece su disposición a continuar siguiendo la norma⁴³⁶.

⁴³³ BASCUÑÁN R., A. 1997. Delito y pena en la Filosofía del Derecho de Hegel. Valparaíso, Anuario de Filosofía Jurídica y Social 15: 297.

⁴³⁴ KINDHÄUSER, U. 2009. “Retribución...” *Op. Cit.*, p. 152.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 153.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 153-155.

Ahora, si bien es cierto que la inestabilidad de las normas puede ser un buen argumento para legitimar la imposición de una pena, esto no explica por qué la pena, como respuesta a la culpabilidad, es más que mera coacción. Puesto que si el autor es visto exclusivamente como un *free rider*⁴³⁷, se le puede reprochar el no haber sido lo suficientemente inteligente al cometer el hecho. Pero no se le podría reprochar el fallar como persona de derecho y comportarse de modo censurable. No sería eso lo que está en juego. Es por esta razón es que Kindhauser⁴³⁸ apoya la idea de una culpabilidad material fundada en un déficit de la suficiente *fidelidad al Derecho*.

La expectativa de fidelidad al Derecho se funda en el doble rol que tiene toda persona en una sociedad democrática: por una parte, es un destinatario de la norma, y por otra, un ciudadano del Estado. Si esto es así, el fundamento de la responsabilidad penal debe encontrarse en la estructura jurídica de una sociedad. A quien se le reconoce la posibilidad de tomar una posición crítica acerca de las coordinaciones de intereses reguladas mediante normas, ha de procurar imponer sus intereses en el discurso, y no en la violencia. Esto sólo se cumple en una sociedad democrática, donde todo individuo puede participar, en igualdad de condiciones, en el proceso público de formación de opinión y voluntad. Si la pena

⁴³⁷ Esto nos remite al conocido *dilema del prisionero*, para explicar que la mera regulación mediante normas de una coordinación de intereses beneficiosas para todos no basta, debido a su inestabilidad para su realización bajo la condición universal de incertidumbre. El dilema se puede resumir de la siguiente forma: dos presos, de quienes se sospecha que han cometido un delito capital, son interrogados separadamente. Ambos tienen claro que, en caso de que ninguno de ellos confiese, solamente pueden ser condenados, por un delito de vagancia, a una pena de privación de libertad de un mes. En caso que uno confiese, y con ello, de pruebas de la culpabilidad del otro, sale libre y el otro será castigado con diez años de privación de libertad. En cambio, si ambos declaran, la pena será reducida a cinco años. Véase: KINDHÄUSER, U. 2009. "Retribución..." Op. Cit., p. 154.

⁴³⁸ *Íbid.*, p. 157.

ha de contribuir a la tarea del Derecho de lograr una integración social, no solo tiene que estar orientada al individuo en su rol de destinatario de la norma, sino también en su rol de ciudadano del Estado⁴³⁹.

Esta idea de fidelidad al Derecho puede también ser reformulada como un déficit de *lealtad comunicativa* del sujeto. Es decir, la validez de la pretensión de fidelidad al Derecho puede resultar de la reconducción de la norma de comportamiento a la libertad comunicativa del sujeto. En este sentido, la pena adquiere una función *expresiva*, que es incompatible con una justificación preventiva de la pena⁴⁴⁰. Recurriendo a la ya mencionada distinción que hace Strawson⁴⁴¹, entre actitudes reactivas y objetivas, si el reproche de culpabilidad se corresponde con la adopción de una actitud *reactiva*, esto es incompatible con la mantención de una actitud *objetivante* respecto del sujeto a quien se le reprocha el hecho punible. La incompatibilidad entre el reproche fundado en una actitud *reactiva* y otro fundado en una actitud *objetivamente* radica que este último implica ver al sujeto como “objeto de una táctica social”, como un individuo que ha de ser sujeto a tratamiento, respecto al cual hay que adoptar medidas preventivas. En este sentido, es la capacidad de culpabilidad o imputabilidad la que determina el margen a partir del cual un sujeto es reconocido como posible destinatario de un reproche por falta de lealtad comunicativa⁴⁴².

⁴³⁹ *Íbid.*, p. 158-166.

⁴⁴⁰ MAÑALICH, J. 2009. Pena y ciudadanía. En: KINDHAUSER, U. y MAÑALICH, J. *Op. cit.*, pp. 121-131.

⁴⁴¹ STRAWSON, P. *Op. Cit.*, p. 37-39.

⁴⁴² MAÑALICH, J. *Op. Cit.*, p. 128-131.

c. Culpabilidad y prevención: la reducción de la culpabilidad al fin preventivo de la pena.

Si bien ciertos autores rechazan el concepto tradicional de culpabilidad, ello no significa necesariamente que renuncien a la culpabilidad como categoría general aun cuando algunos autores, como Gimbernat⁴⁴³, sí lo postulen. Lo que varios autores⁴⁴⁴ proponen es abandonar la culpabilidad como un fenómeno aislado que sólo afecta al autor de un hecho típico y antijurídico. En base a esto, señalan que no existe una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. Es decir, la culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social: no es una cualidad de la acción sino una característica que se atribuye para poder imputar a alguien como autor y hacerle responsable de ella. Es, por tanto, la sociedad quien define los límites de lo culpable y no culpable, de la libertad y la no libertad. No es una categoría abstracta o histórica al margen de las finalidades preventivas del Derecho Penal, sino “la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio”⁴⁴⁵.

Autores que como Gimbernat⁴⁴⁶ proponen derechamente renunciar a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, postulan que esto no implica

⁴⁴³ GIMBERNAT O., E. 1970 ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? En: Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Bueno Aires, Pannedlle, p. 495 y ss.

⁴⁴⁴ Véase, entre otros: SCHÜNEMANN, B. 2008. Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. IndDret 2.[en línea] <http://www.indret.com/pdf/531.pdf> [consulta: 13 de septiembre de 2015]; ROXIN, C. 1981. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Madrid, Reus. 200p; JAKOBS, G. 1997. Op. Cit., , pp. 8-15; JAKOBS, G. 1996. Op. Cit., pp. 15-69.

⁴⁴⁵ MUÑOZ C, F. y GARCÍA ARÁN, M. 1998. Derecho Penal: Parte General. Valencia, Tirant Lo Blanch., p. 394.

⁴⁴⁶ GIMBERNAT O., E. *Op. Cit.*

renunciar necesariamente a la exclusión de la responsabilidad objetiva. De acuerdo a ésta posición, se debe renunciar la vinculación entre culpabilidad y pena, derivándose como contrapartida una obligación de racionalización del Derecho Penal en base a un criterio preventivo⁴⁴⁷. Para autores como Roxin, por otro lado, las finalidades preventivas no forman parte del concepto de culpabilidad, sino que lo complementan. Según él, debe determinarse si desde el punto de vista preventivo es necesaria la pena, es decir, si se puede y debe hacer responsable al sujeto por el hecho. Para este autor es errónea la concepción retributiva, por ser “científicamente insostenible y desde un punto de vista político-criminal es perjudicial”⁴⁴⁸ y llevar a una discusión insoluble, y porque la idea de una compensación y anulación del mal producido mediante la pena “es irracional y es incompatible con las bases teóricas de una democracia”⁴⁴⁹. Adicionalmente, sería insostenible desde un punto de vista de política criminal, al no poder justificarse modernamente cuáles los efectos positivos de una medida que justamente se define a sí misma como la “imposición de un mal”⁴⁵⁰. De ahí que el autor sustituya el término culpabilidad, por el de responsabilidad⁴⁵¹, categoría que daría cuenta de manera sistemática de las exigencias preventivas de la pena

⁴⁴⁷ CEREZO M. J. Op. Cit., pp. 348-349

⁴⁴⁸ ROXIN, C. 1981. Op. Cit., p. 43.

⁴⁴⁹ *Íbid.*, p. 43.

⁴⁵⁰ *Íbid.*, p. 44.

⁴⁵¹ De acuerdo a ésta teoría, la responsabilidad estaría compuesta por la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad y la normalidad de las situaciones en que se actúa, además de las disposiciones de la Parte Especial y las casos de exclusión de responsabilidad suprallegal. La responsabilidad estaría así fundada en la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de la sanción penal. Actúa así culpablemente quien “realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho” Véase ROXIN, C. 1997. Op. Cit., pp. 791-794.

Para Roxin⁴⁵², la culpabilidad puede ser el límite, pero no el fundamento de la pena. El fundamento de la pena es necesariamente preventivo. Reconoce que las razones de prevención general pueden exacerbarse y ser malentendidas, mas ello obliga a criticar la teoría y praxis legislativa y judicial. En un Estado Democrático de Derecho, el Estado debe estar en condiciones de demostrar por qué hace uso de la pena y a qué personas la aplica. Si estos presupuestos no se dan, no se puede hablar de culpabilidad. Por esto, la culpabilidad es un fundamento material, basado en una idea democrática.

La culminación de esta corriente doctrinaria que adhiere a la teoría preventiva, concibiendo a la culpabilidad en función de la pena, consiste en la *teoría funcionalista sistémica* de Jakobs. Nos detendremos en esta posición, debido a la propuesta que ofrece y su visión sobre la idea de *fidelidad al Derecho*, ahora desde un punto de vista preventivo. Jakobs nos señala que un ordenamiento jurídico no puede partir de la premisa de una pena inútil, ya que la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social, de lo contrario, la pena no sería sólo un mal sino que además, será un mal inútil. Esto nos llevaría, según él, al siguiente dilema: si no se respeta el principio de culpabilidad, la pena es ilegítima, ya que “trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella”⁴⁵³; pero si el principio de culpabilidad limita excesivamente la funcionalidad social de la pena, ésta queda desprovista de significado y deviene también en ilegítima. La respuesta a este dilema puede estructurarse de la siguiente manera: o bien, la culpabilidad tiene una función para la pena, que a su vez justifica la limitación de la

⁴⁵² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Op. Cit.*, pp. 394-396.

⁴⁵³ JAKOBS, G. 1996. *Op. Cit.*, p. 17.

utilidad social, o bien, la culpabilidad es una condición de subsistencia del orden social de cuya estabilización se trata⁴⁵⁴.

Jakobs plantea la solución a través de la diferenciación entre defectos *cognitivos* y *volitivos*. Para determinar cuáles son las condiciones psíquicas que deben estar cumplidas para que una norma sea respetada se requiere la siguiente conjunción: “por un lado, un motivo para respetarla, y la capacidad psíquica de encontrar y acatar la norma en cuestión”⁴⁵⁵. Es decir, se debe querer y conocer, el lado volitivo y cognitivo del comportamiento. La concurrencia de un defecto volitivo agrava la responsabilidad, mientras que el defecto cognitivo la exonera. Esta diferenciación está ya asentada en nuestro razonamiento moral: cuando un niño se excusa señalando que “no podía saber”, eso es una excusa válida; cuándo la excusa es “no tenía ganas”, ésta pierde validez. Así también, la medida de defecto volitivo y cognitivo determinará, según sea el caso, una mayor o menor responsabilidad, puesto mientras “mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma, más grave será su culpabilidad” mientras que mientras “mayor sea la distancia que separa a un sujeto de los conocimientos necesarios, menor será su culpabilidad, y cuanto mayor sea la posibilidad de superar el desconocimiento, mayor será su culpabilidad”⁴⁵⁶

La imputación *culpabilista*, es por tanto, la imputación de un defecto volitivo a quien no tiene defectos cognitivos. Esto no significa que la voluntad defectuosa debe ser consciente de su defecto. Lo decisivo no será lo que el sujeto perciba

⁴⁵⁴ *Íbid.*, pp 17-18.

⁴⁵⁵ *Íbid.*, p. 19.

⁴⁵⁶ *Íbid.*, pp. 20-21.

conscientemente en su mente, sino que el defecto se encuentre en su mente, y eso ocurre siempre que el autor hubiese evitado una infracción al derecho, de haber concurrido una motivación determinante. Dolo y conciencia de la antijuricidad, pueden concurrir en un enajenado mental, y aun así no ser culpable, puesto que lo que determina su irresponsabilidad es la capacidad es la falta de capacidad de motivarse de manera determinante hacia la fidelidad al Derecho⁴⁵⁷.

Ahora bien, Jakobs nos señala que esta noción de la culpabilidad sólo es posible en el mundo actual, donde la responsabilidad por el resultado debe excluirse, puesto que la concepción del mundo es desmitificada. Esto quiere decir, que no existen fuerzas misteriosas e incalculables que incidan en las condiciones de vida a las que el sujeto está sometido, sino que, todas las cosas pueden dominarse a través de cálculos. En un mundo mitificado, nadie podía escapar de su destino, pues el cosmos está regido por fuerzas misteriosas incalculables, indisponibles para el ser humano.

En la responsabilidad por el resultado, por tanto, el fundamento de la responsabilidad no está en el control que el sujeto tiene de su actuar, sino en un aspecto externo a éste. Pero no radica *per se* en el resultado mismo, ni en las reglas de la física, la biología, la psicología – o las neurociencias, ya que estamos en esto-, sino en la perturbación social que tiene como raíz la causación de un resultado que vulnera una determinada norma⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ *Íbid.*, pp 50-51.

⁴⁵⁸ *Íbid.*, pp 20-26.

Ahora bien, la relación que surge entre la desmitificación del mundo y la diferenciación entre defectos volitivos y cognitivos explica el efecto de éstos en términos de responsabilidad jurídico penal. El efecto exonerador de los defectos cognitivos aparece cuando constatamos que una persona que desconoce los efectos que generan sus acciones, no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad de manera racional. El que una persona incurra en un error inevitable, y por consiguiente, desconozca los efectos de sus acciones, sólo adquiere relevancia cuando la sociedad asume que las personas pueden modificar la realidad, y por tanto, planificar sus acciones. En un mundo mitificado, en cambio, es irrelevante que una persona incurra en un error, puesto que la vulneración de la norma igualmente ya se ha producido. Por tanto, la concepción actual de nuestra realidad sólo es compatible con una responsabilidad *culpabilista* y no por el resultado. Es decir, en una sociedad desmitificada, el principio de culpabilidad sí tiene una función⁴⁵⁹. Así, “la razón interna del reproche de culpabilidad está en que el ser humano es capaz de desarrollar una autodeterminación libre, responsable, moral, y por ello tiene la capacidad de decidirse a favor del derecho y en contra del injusto⁴⁶⁰”.

Queda por determinar la relación entre los defectos volitivos y el principio de culpabilidad. Respecto a estos defectos, no funciona la línea de argumentación ya señalada sobre los defectos cognitivos. No puede probarse que desde el punto de vista individual sea preferible cumplir con las normas sociales, y especialmente con las normas jurídicas, como sí ocurría con las normas de la naturaleza.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, pp 28-31.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 33.

Precisamente para compensar ésta debilidad que conlleva la fidelidad al Derecho, se establece que es deber de cada persona el procurarse las razones para cumplir una determinada norma. En este sentido, el Derecho Penal incorpora un símil jurídico al de la idea del libre albedrío propio de la metafísica. Si el sujeto sometido a una norma, no cumple con ésta, ello se le imputa como culpabilidad, y se evidencia en la imposición de una pena. La finalidad de la culpabilidad es, por tanto, la estabilización de la norma débil, y por norma débil entendemos a las normas sociales, puesto que las normas de la naturaleza no requieren estabilización⁴⁶¹.

d. Crítica a la concepción preventiva de la culpabilidad

Si bien estos diversos modelos de argumentación preventiva se encuentran generalizados en nuestra doctrina actual, es preciso señalar que ellas no pueden dar cuenta de la incompatibilidad entre la teoría de la prevención y un Derecho Penal de la culpabilidad. Es por esto que analizaremos los tres modelos paradigmáticos ya esbozados sobre vinculación entre culpabilidad, prevención y pena, y las principales críticas que se pueden estructurar en su contra.

i. Crítica a la concepción funcionalista-sistémica de Jakobs.

Desde diversos sectores se ha criticado la propuesta funcionalista sistémica de Jakobs⁴⁶². Se ha señalado que la teoría funcionalista sistémica, cuya inspiración

⁴⁶¹ *Íbid.*, p. 39.

⁴⁶² RAFECAS, D. Crítica a los conceptos funcionalista-sistémicos de pena y culpabilidad [en línea] http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=5#_ftn22. [consulta: 17 de febrero de 2015]

proviene fuertemente de las ideas de Luhmann y la concepción *autopoyética*⁴⁶³ de la sociedad, partiría de una premisa conflictiva. Puesto que en la visión de Jakobs, los individuos mantienen plena capacidad para poner en peligro el subsistema legal mediante la desestabilización normativa, es necesario entonces, para la normal reproducción del sistema y su estabilización, la adecuación de los individuos a este sistema. Esto se logra mediante el afianzamiento de la confianza en el sistema y en el equilibrio mediante la absorción de expectativas de los subsistemas ciudadanos. Sin embargo, esto traería tres problemas: (1) En primer lugar, en el pensamiento de Luhmann, que se pretende trasladar al Derecho penal, la reacción de la sociedad es exclusivamente comunicativa. La Pena en cambio, produce innegables consecuencias negativas, constituyendo la imposición de un mal, y una manifestación de un poder puro y simple, el de encerrar a un sujeto por buena parte de su vida a decisión de otro ser humano. (2) Luego, la propuesta de Jakobs parece provenir de una concepción idealista, que concibe al Estado como un fin en sí mismo, propio de los sistemas autoritarios⁴⁶⁴. Como señala Ferrajoli: “las concepciones *autopoyéticas* ven al estado como un fin, como un conjunto de valores ético políticos supraindividuales respecto a los cuales los derechos deben ser instrumentalizados”⁴⁶⁵. Así, de acuerdo a Rafecas, la pena adquiere un valor

⁴⁶³ La idea de la *autopoyesis* es propia del funcionalismo sistémico de Luhmann, quien señala que cada sistema-sociedad funciona de forma auto-regulada, y subsiste gracias a un sistema de *autopoyesis* o autoreproducción, que le permite al sistema reproducirse con prescindencia de los sujetos mismos. Uno de los subsistemas que funcionan sobre la reproducción de expectativas sería el subsistema-legal. Véase: LUHMANN, N. 1988. La teoría general de la sociología. Conversación con un público norteamericano. En: Anuario De Filosofía Jurídica y social. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 187-2002.

⁴⁶⁴ RAFECAS, D. *Loc. Cit.*

⁴⁶⁵ FERRAJOLI, L. 1994. Derecho y razón. 5° ed. Madrid, Trotta, p. 881.

apriorísticamente positivo, marginando cualquier contraproyecto de sociedad con el único fin de garantizar su estabilidad⁴⁶⁶.

Desde el punto de vista de la justificación de esta teoría, esto es, de su coherencia lógica y su caracterización axiológica, también pueden esgrimirse una serie de argumentos en contra. (1) En primer lugar no puede hablarse de la sociedad como un ente cohesionado, homogéneo y orgánico. Hoy en día, la sociología del castigo ve a la sociedad marcada por el pluralismo y la diversidad moral, y el conflicto constante de ideologías contrarias⁴⁶⁷. Desde este punto de vista, el sometimiento a pautas generales de comportamiento no puede resumirse en la sola ecuación delito-réplica-estabilización, requiriendo un modelo de enfrentamiento más complejo. (2) No es posible asegurar que la pena restablezca la confianza en el sistema. Aun cuando todo sistema tenga una pretensión de respeto respecto a sus normas prescriptivas, esta idea lleva a una tautología, pues se trata de una idea imposible de verificar empíricamente. Incluso si asumiéramos la doctrina funcionalista, sería más apropiado ocultar los actos de desestabilización de las normas, favoreciendo la “cifra negra”, ya que de éste modo la comunidad no perdería confianza en la norma, pues no tendría consciencia de su desestabilización. Por otro lado, señala Roxin, si la comunidad se entera que la culpabilidad depende de las necesidades de estabilización de la confianza en el Derecho, difícilmente se podrá lograr este fin. Los individuos sabrían que la condena no depende de su individualidad, no depende de lo que

⁴⁶⁶ RAFECAS, D. *Loc. Cit*

⁴⁶⁷ GARLAND, D. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna: Un estudio de teoría social*. México D.F., Siglo XXI Editores, p. 307.

hagan, sino de circunstancias externas, convirtiéndolo en un mero objeto de las circunstancias sociales. (3) Dado que se prescinde de consideraciones subjetivas, y se obliga al ciudadano el procurarse de adquirir la suficiente fidelidad al Derecho, los defectos de socialización individual de cada una de las personas no son considerados, y la culpabilidad se convierte en la sola distribución de responsabilidad entre subsistemas sociales. Con esto se pierde la función garantista de la culpabilidad y se desdibuja el límite de la culpabilidad por el acto, vulnerándose el principio Kantiano de no cosificación de hombre. Desaparece, por tanto, el punto ético-social de la pena y se confunde prevención y culpabilidad, los que deben funcionar en diversos niveles. Por último, pondría en peligro la protección del principio de culpabilidad en sociedades inestables que requieren de una mayor estabilización.

Jakobs ha intentado defenderse señalando que sus críticos no perciben que sólo se trata de la descripción de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo⁴⁶⁸. Sin embargo, a esto puede responderse que si se asume la perspectiva funcionalista-sistémica del delito, se asume una dudosa neutralidad valorativa y se fomenta, por tanto, la aceptación irrestricta de todo sistema social⁴⁶⁹.

Ahora bien, la doctrina general que adhiere a vinculación entre culpabilidad y prevención también ha sido criticada en base a una serie de argumentos que

⁴⁶⁸ JAKOBS, G. Op. cit., p. 37.

⁴⁶⁹ RAFECAS, D. Loc. Cit.

expondremos sintéticamente a continuación. Estos argumentos pueden estructurarse en dos grupos: aquellos que critican la posición que prescinde de la culpabilidad y los sustituyen por los fines preventivos de la pena- como la de Gimbernat- ; aquellos que critican la idea de una culpabilidad como límite de la pena, y no como su fundamento –como la de Roxin. Abordaremos sintéticamente cada uno de los argumentos a continuación.

ii. Crítica a la teoría preventiva de Gimbernat

Son tres las principales nociones que se verían alteradas por la teoría preventiva “Gimbernatiana”, y que requieren de una teoría retributiva para existir: (1) La exclusión de la responsabilidad por el resultado, (2) la relevancia del error de prohibición y (3) la exclusión de la pena para los inimputables⁴⁷⁰.

Respecto a lo primero, precisamente los argumentos preventivos pueden justificar la existencia de *delitos calificados por el resultado*. La aplicación de una pena más gravosa para quien, en la comisión de un acto doloso, genera un resultado más grave, de manera dolosa o fortuita, puede ser preventivamente eficaz tanto para el sujeto como para los terceros. El efecto ejemplarizador de este tipo de delitos, en sacrificio del fin retributivo, ha sido uno de los argumentos que se han dado para explicarlos⁴⁷¹. Solo una teoría que vea a la pena como el fundamento y límite de una pena justa, puede excluir la responsabilidad por el resultado.

⁴⁷⁰ CEREZO, J. Op. Cit., pp. 349-354.

⁴⁷¹ Íbid, p. 350.

Respecto a lo segundo, Gimbernat argumenta que aún desde la óptica preventiva podría justificarse la relevancia del error de prohibición, debido a que no podría existir efecto intimidatorio para quien no conoce la antijuricidad de una conducta⁴⁷². Sin embargo, el principio *error iuris nocet* (el error sobre una norma no exime de su cumplimiento) podría justificarse en base a la prevención general, pudiendo argumentarse que la no punición de estas conductas constituye “un acicate para examinar en cada caso, con mayor cuidado, la licitud o ilicitud de la conducta”⁴⁷³. Así, podría decirse que la supresión del error de prohibición (como causal de exclusión de responsabilidad por falta de culpabilidad) permite asegurar límites indubitados a la pena, que no puedan ser cuestionados mediante pruebas específicas, de manera de evitar la reiteración de conductas que busquen perseguir el beneficio de la no responsabilidad penal⁴⁷⁴. Es decir, los ciudadanos tendrían siempre la esperanza de ser absueltos en virtud de una causal, cuya existencia siempre podría ser invocada.

En tercer lugar, y con respecto a los inimputables, Gimbernat argumenta que su irresponsabilidad se debe a la ineficacia inhibitoria de la pena respecto a estos sujetos, así como también respecto a la colectividad, la que difícilmente se identificaría con ellos, al saberse distinta⁴⁷⁵. Más podría argumentarse que “estas personas pueden ser en algún caso y alguna medida susceptibles de intimidación y con mayor razón puede serlo el resto de la colectividad”⁴⁷⁶. Así también la

⁴⁷² GIMBERNAT O., E. 1971. El sistema de Derecho Penal en la actualidad. Anuario de Ciencia Jurídica: 283 y ss.

⁴⁷³ CEREZO, J. *Op. Cit.*, p. 351.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ GIMBERNAT O., E. 1971. *Op. Cit.*, pp. 282-283.

⁴⁷⁶ CEREZO, J. *Op. Cit.*, p. 352.

aplicación de una pena a quienes padezcan de un trastorno mental transitorio podría fundarse en exigencias de prevención especial. La reducción del límite de la mayoría de edad para la comisión de un delito, por señalar otro caso, también podría fundarse en exigencias de prevención general y especial, “por estimar insuficientes o ineficaces las medidas de seguridad de carácter educativo o protector”⁴⁷⁷.

iii. Crítica a la categoría de la responsabilidad de Roxin

Respecto a Roxin, éste ha señalado que el principio de culpabilidad cumple dos funciones que deben ser analizados separadamente. Una primera función - *culpabilidad como fundamento de la pena*- sería para “justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución. Una tal retribución, entendida como imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, supone lógicamente la existencia de una culpabilidad que puede ser compensada («anulada», «expiada»)⁴⁷⁸, la que tendría a su vez una base metafísica. La segunda función (*culpabilidad como límite de la pena*), actúa en sentido contrario “limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena”⁴⁷⁹, impidiendo una restricción de la libertad del sujeto, por razones preventivas, que exceda la medida de la culpabilidad⁴⁸⁰. Pues bien, el auto defiende una teoría que se restrinja únicamente a ésta segunda función, separando así “el concepto de culpabilidad del principio retributivo, con el cual s

⁴⁷⁷ Íbid.

⁴⁷⁸ ROXIN, C. 1981. Op. Cit., p. 42.

⁴⁷⁹ Íbid., p. 43.

⁴⁸⁰ CEREZO, J. Culpabilidad y pena, Revista Dialnet, pp. 355-365.

considera muchas vez está indisolublemente unido, y emplearlo únicamente en tanto sirva para limitar el poder de intervención estatal”⁴⁸¹

Esa segunda función, para Roxin, no sería contradictoria con la idea de la imposibilidad de probar que el delincuente pudo obrar de otro modo. Al contrario, el legislador al establecer esto no estaría pronunciando un juicio sobre la libertad humana, sino un postulado de política criminal, un principio regulador normativo que no debe enjuiciarse conforme a los criterios de “bueno” o “malo”, sino con los de “fecundidad social o dañosidad”. La culpabilidad, según Roxin solo resulta imprescindible como límite para la medida de la pena. En cambio, la culpabilidad no tendría trascendencia para la exclusión de responsabilidad, la que se funda exclusivamente en base a criterios preventivos. Así, la culpabilidad sería una condición necesaria, mas no suficiente de la pena⁴⁸².

A estos argumentos, Cerezo Mir evidencia una contradicción:

“si la existencia de la culpabilidad, es decir, la capacidad individual de obrar de otro modo en la situación concreta no puede ser demostrada, ¿Cómo puede servir luego la culpabilidad de límite a la medida de la pena? Aunque se trate únicamente, como dice Roxin, de un principio regulativo, de carácter normativo y no de una afirmación del ser, ¿cómo puede medirse la culpabilidad, algo cuya existencia sólo se presume, para que sirva luego de límite a la medida de la pena? (...) No es posible, en el fondo establecer un límite tajante entre estas dos funciones⁴⁸³.

Si la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente de la pena, es justamente un fundamento de la misma. Para Cerezo Mir⁴⁸⁴, la culpabilidad puede, y debe ser un fundamento de la pena. El que no sea posible que el sujeto

⁴⁸¹ ROXIN, C. 1981. Op. Cit., p. 47.

⁴⁸² *Íbid*

⁴⁸³ CEREZO, J. Op. Cit., p. 358.

⁴⁸⁴ *Íbid.*, pp. 355-365.

podiera obrar de otro modo, no es un argumento decidor. Primero, algunos elementos relevantes para el juicio de autodeterminación pueden ser susceptibles de comprobación empírica (si el autor pudo o no prever las consecuencias de su acción, o si pudo comprender el desvalor de su acción o lo injusto de su conducta, por ejemplo). Existen, sin embargo, limitaciones a la comprobación empírica global de la culpabilidad. Más estas limitaciones no demuestran sino que la culpabilidad jurídica no coincide con la culpabilidad moral. Es preciso, atenerse a la capacidad de autodeterminación del sujeto en el caso específico, siempre y cuando esto sea susceptible de comprobación. No es posible, por tanto, soslayar la influencia de las teorías preventivas en la autodeterminación del sujeto, en tanto no sea posible de comprobar. Ahora bien, para este autor la pena constituye retribución, más no la sola expiación del mal causado, la que es ajena al Derecho Penal. La pena constituye una reafirmación del ordenamiento jurídico, y en este sentido, constituye retribución

Así, podemos ver que la argumentación que vincula la culpabilidad al reproche tiene una serie de puntos fuertes que ameritan la subsistencia de esta doctrina en la actualidad. Ahora bien, los recientes estudios provenientes de las Neurociencias parecen desafiar todas estas aseveraciones, y resolver, mediante la comprobación científica, el objeto de discusión más profundo del debate entre deterministas e indeterministas: el libre albedrío. Veremos en el siguiente capítulo cuáles serán las consecuencias de la aparición de las Neurociencias en el debate penal.

CAPÍTULO III

LA RELACIÓN ENTRE NEUROCIENCIAS Y CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL

Libertad de voluntad desde la perspectiva de las Neurociencias, la Neuroética y la

Doctrina penal.

1. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la culpabilidad jurídica, cuyos principales lineamientos hemos expuesto en el capítulo anterior, ha visto en este nuevo siglo, cómo nuevos y sorprendentes actores se suman a la discusión, esta vez provenientes de otras ciencias del conocimiento. La “revolución neurocientífica” parece haber alcanzado a prácticamente todos los sectores del conocimiento, y en ese contexto se sitúa la irrupción del llamado *Neurolaw*⁴⁸⁵. Los neurocientíficos y neurobiólogos en general han atacado directamente la sostenibilidad del Derecho Penal en su concepción actual, la que como sabemos tiene presupuesto necesario de la pena a la *culpabilidad por el hecho*⁴⁸⁶. Es por esto que el propósito de este trabajo es analizar cuáles son los resultados del enfrentamiento entre estas dos disciplinas del conocimiento, teniendo como campo de batalla la teoría de la culpabilidad jurídico-penal.

A partir de los conocimientos científicos provenientes de las Neurociencias, se han tratado de erosionar las bases mismas del Derecho Penal, estableciéndose que el fundamento del reproche penal – la libertad para actuar de otro modo- es *falso o ilusorio*⁴⁸⁷. Según estos planteamientos, en el hombre no hay y nunca hubo libertad, sino que estaríamos determinados en nuestros comportamientos por

⁴⁸⁵ DEMETRIO C., E. Presentación. En: DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.) *Op. Cit.* XVI.

⁴⁸⁶ FEIJOO S., B (Ed.) *Op. cit.*, pp. 13-14.

⁴⁸⁷ LEYTON J., J. 2014. En defensa de la culpabilidad: Análisis en relación a las críticas de las neurociencias. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* (5): 56-57.

procesos que no podemos controlar y de los que por tanto, no seríamos responsables. Se retrocederían así los años de discusión – aparentemente ya superados- en torno al debate entre determinismo y libre albedrío⁴⁸⁸. Y es que la conceptualización del hombre como un ser determinado de antemano por su especial fisonomía orgánica, en contra de la idea de un ser libre que puede elegir entre el bien y el mal, ha tenido una literatura frondosa a lo largo de los años. Sin embargo, con estos conocimientos se incorporaría un nuevo componente empírico, que parecería zanjar definitivamente el debate a favor de ésta idea.

Muchos penalistas⁴⁸⁹ han visto en las neurociencias (y en los neurocientíficos especialmente) una intromisión perturbadora, y han reaccionado de diversas formas. Hay quienes se distancian en el plano de la teoría de la ciencia, quienes quieren establecer un cortafuego entre estas dos disciplinas de manera de salvaguardar la culpabilidad, y quienes lo ven como una oportunidad para repensar la atribución de responsabilidad.

Feijoo Sánchez, en la presentación del libro *Derecho Penal de la culpabilidad y las neurociencias* remarca lo llamativo que resulta el hecho de que incluso autores que en alguna época de su producción fueron críticos del concepto de culpabilidad, hoy en día hayan acudido en su defensa⁴⁹⁰, como si existiese una convocatoria tácita a limar las asperezas y defenderse frente al ataque desbocado de los representantes del mundo científico. Esto, según el autor, parecería demostrar quizá que existe un mayor acuerdo que el que se creía en relación a la

⁴⁸⁸ *Íbid.*

⁴⁸⁹ HASSEMER, W. *Op. Cit.*, p. 4.

⁴⁹⁰ FEIJOO S., B (Ed.). *Op. cit.*, p 15.

culpabilidad como categoría dogmática, y que los grandes debates sobre sus presupuestos constituyen matices en torno al énfasis que debería dársele a determinados aspectos de la teoría⁴⁹¹.

Hassemer ha señalado poéticamente que ha “seguido el canto de las Sirenas” y que si bien “los penalistas no añoraban las Sirenas” –y de hecho- no añoraban sus canciones, “su canto ha aumentado en los últimos tiempos tanto su volumen que ya no podemos cerrar nuestros oídos ante él”⁴⁹². Asevera que la discusión terminará tal como Thomas Kuhn y otros nihilistas de la metodología predicen: en algún momento se cambiará de paradigma, y la discusión comenzará a centrarse en éste último. Esto, según Hassemer, estaría bien para las ciencias empíricas, “pero para nosotros no es tan sencillo; a nosotros nos generan problemas en nuestra ciencia, en la praxis judicial, y, además”- añade irónicamente- “a mí”⁴⁹³. Demetrio Crespo reflexiona, en cambio, que es improbable que la *revolución neurocientífica* lleve consigo un cambio de paradigma cultural en el sentido del pensamiento *kuhniano* sobre el desarrollo científico, que haga tambalear los principios jurídicos fundamentales. Sin embargo, esto no significa que no haya que estar alertas ante la evolución que puede producirse, “porque los eventuales efectos positivos pueden también convertirse en enormemente perniciosos si no aprendemos las lecciones del pasado”⁴⁹⁴.

¿Tiene razón la sociedad, y en su caso el Derecho que consideran que ciertos sujetos deciden y actúan libremente, y como consecuencia de ello pueden

⁴⁹¹ *Íbid.*

⁴⁹² HASSEMER, W. *Op. cit.*, p. 2.

⁴⁹³ *Íbid.*

⁴⁹⁴ DEMETRIO C,E. *Op. Cit.*, p. 19.

merecer un reproche jurídico penal? ¿O está equivocada la sociedad y el Derecho, pues la libertad es un espejismo o fantasía social, y todos estamos determinados por factores externos e impulsos inconscientes que no podemos controlar? ¿Son dignas de alabanza o reproche las acciones humanas o somos títeres en manos del destino o el azar? ¿Es empíricamente demostrable la libertad?⁴⁹⁵.

El objeto de este capítulo es, por tanto, analizar desde una perspectiva multidisciplinar la influencia que pueden tener los estudios de las Neurociencias en el Derecho Penal de la culpabilidad. El capítulo se centrará en el fundamento antropológico de la culpabilidad, para determinar si desde una perspectiva científica, ética y penal es posible reprochar a un individuo por la conducta realizada.

2. LIBERTAD DE VOLUNTAD Y NEUROCIENCIAS

En la dogmática penal reciente, la referencia a los hallazgos de la investigación neurobiológica se ha convertido en las últimas décadas en un *auténtico lugar común*. La conclusión, hecha explícita por algunos neurocientíficos, y que ha perseverado en estudios posteriores, es que el estudio del cerebro demostraría que la libertad de voluntad es una ilusión, lo que privaría al juicio de culpabilidad jurídico penal de su fundamento principal. Si las Neurociencias permiten sostener una imagen determinista del hombre, podría llegar a postularse el abandono de un

⁴⁹⁵ LUZÓN P., D. *Op. Cit.*, pp. 4-5.

modelo de justicia punitiva fundado en el principio de culpabilidad, el que requeriría que la persona pudo actuar de un modo diferente⁴⁹⁶.

Es esencial, por tanto, determinar si efectivamente las Neurociencias cuestionan o ponen en peligro nuestra concepción de la libertad y nuestro modelo de Derecho Penal. En principio, para el jurista no es posible determinar si la imagen del hombre se corresponde realmente con la configuración o diseño biológico del cerebro⁴⁹⁷, pues carece de los conocimientos necesarios para hacerlo. Así, podemos vernos enfrentados a un primer obstáculo, ya que la ciencia del Derecho Penal se ve sometida por la discusión biológica a una específica presión y a una relación asimétrica. Como denuncia Hassemer, los penalistas no participan de los avances y retrocesos de los trabajos de investigación, a ellos sólo le llegan, de vez en cuando, sus conclusiones⁴⁹⁸.

Es por tanto necesario analizar si desde una perspectiva científica, ética y jurídica es posible determinar si el ser humano es libre. En esta línea, son tres las cuestiones actuales que interesan en la relación entre libertad de voluntad y

⁴⁹⁶ MAÑALICH R., J. 2009. Determinismo, autonomía y responsabilidad penal. En: KINDHAUSER, U. y MAÑALICH, J. *Op. Cit.*, pp. 181-182.

⁴⁹⁷ DEMETRIO C., E. 2013. Identidad y responsabilidad penal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 17: 245.

⁴⁹⁸ HASSEMER, W. *Op. Cit.*, p. 4. "Como en la elección del Papa, los penalistas observan desde fuera el humo que emana de las ollas y los crisoles de los biólogos, e intentan interpretarlo en cuanto a las consecuencias para su disciplina. Aquello que los penalistas casi lograron respecto de las ciencias sociales a fines del siglo pasado, es decir: una disputa en términos de igualdad, una adaptación e integración de piezas sistémicas diversas, un desarrollo conjunto de ambas ciencias, en fin – eso está fuera de alcance en el caso de la biología humana". El autor tiene una consideración bastante crítica de la recepción de los conocimientos provenientes de las Neurociencias. Por esto, quizás, el autor propone una visión pesimista del escenario, para así, partiendo del *worst case scenario*, fundamentar su rechazo a la negación de la culpabilidad. Sin embargo, éste planteamiento parece partir de una concesión que, en nuestro criterio, no debería ser utilizada para comenzar el análisis de la relación entre Neurociencias y culpabilidad jurídico-penal. En efecto, existen argumentos neurológicos, pero también éticos, que parecerían plantear una conclusión a favor de la mantención de la culpabilidad jurídico penal como categoría dogmática.

culpabilidad. *Primero*, uno de carácter filosófico, en orden de fundamentar de la mejor manera el concepto de libertad de voluntad. *Segundo*, el cómo se comporta el concepto jurídico penal de culpabilidad frente a los conocimientos empíricos de carácter experimental sobre la voluntad de libertad, la psicología y el cerebro. *Tercero*, la concreta posibilidad de poder obrar de otro modo en el proceso penal⁴⁹⁹.

Naturalmente la doctrina penal tiene la última palabra, y es por ello que una solución podría ser, como propone Hassemer, asumir el *peor escenario científico* y a partir de ello, defender la existencia de un Derecho Penal de la culpabilidad⁵⁰⁰. Sin embargo, consideramos que esa es sólo una forma de enfrentar el problema. El análisis de la relación entre Neurociencias y culpabilidad debe considerar todas las implicancias, y para ello es necesario determinar cuáles son las conclusiones que se pueden obtener de los estudios sobre la materia, enfrentando cada argumentación por separado, para luego evaluar cuáles son las soluciones que puede proveer la doctrina penal.

a. Análisis de la libertad de voluntad desde la perspectiva de las Neurociencias

i. El experimento de Libet y otros

¿Pueden las neurociencias resolver uno de los problemas filosóficos más antiguos, como lo es el de la libertad de voluntad y la responsabilidad moral?

⁴⁹⁹ DEMETRIO CRESPO, E. 2011. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. [en línea] InDret (2): < <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/241339/323930> > [consulta: 10 septiembre 2015] p. 7.

⁵⁰⁰ HASSEMER, W. Op. cit., p. 5.

Existen científicos que así lo creen. Para ellos las Neurociencias demuestran que nuestros pensamientos, intenciones y acciones están determinadas previamente: teníamos que actuar como finalmente lo hicimos. Levy nos señala que de todas las afirmaciones hechas por los científicos, ésta es la que más molestia genera. No porque no sea cierta, sino porque borraría cientos de años de debate filosófico en torno a la pregunta del libre albedrío⁵⁰¹. Si esto es así, todas las consideraciones sobre el libre albedrío caen, sean compatibilistas o incompatibilistas⁵⁰².

Según estos estudios, nosotros no causamos conscientemente nuestras intenciones, deseos o voliciones. Es más, la consciencia no juega rol alguno en la toma de decisiones, sólo adquiere relevancia cuando ya es demasiado tarde, y el mecanismo causal de la acción se ha puesto en movimiento. Esta idea ha intentado ser demostrada por dos autores: el neurocientífico Benjamin Libet y el psicólogo Daniel Wegner⁵⁰³.

El experimento de Libet⁵⁰⁴, realizado en 1979 en California y publicado en 1983, es uno de los más famosos estudios de la Neurociencia. Irónicamente, lo que Libet quería demostrar, en base a los conocimientos científicos y nuevas técnicas de medición, era precisamente lo que se cuestiona hoy en día en base a sus mismos estudios: el *libre albedrío*⁵⁰⁵. Partió de la base que el potencial de disposición cerebral para ejecutar una acción (*readiness potential*, también

⁵⁰¹ LEVY, N. *Op. cit.*, p. 222.

⁵⁰² *Íbid.*, p. 226.

⁵⁰³ *Íbid.*

⁵⁰⁴ LIBET, B. 1985. Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in Voluntary Action. En: Behavioral and Brain Sciences 8: 529-539.

⁵⁰⁵ FRISH, W. *Op. cit.*, pp. 27-28.

traducido como *potencial motor preparatorio*) era susceptible de ser medido en el cerebro⁵⁰⁶. En el experimento se les pidió a un grupo de sujetos que movieran su mano cuando ellos quisieran, mientras se les medía la actividad eléctrica del cerebro. Los neurocientíficos determinarían el momento en que se generaría el denominado potencial de preparación. También se les pidió que observaran especialmente en qué lugar se encontraba la aguja de un reloj (un osciloscopio giratorio con rallas en sus costados) cada vez que se percataban del deseo de mover la muñeca. Los resultados fueron sorprendentes y contrarios a lo esperado⁵⁰⁷.

El experimento mostró que el potencial de disposición precedía la consciencia del deseo en unos 400 milisegundos⁵⁰⁸. Es decir, los impulsos cerebrales asociados al movimiento empezaban aproximadamente un tercio de segundo antes que lo sujetos fueran conscientes de su intención de hacer el movimiento⁵⁰⁹. Libet repitió el experimento varias veces y el resultado fue siempre el mismo. Los resultados del experimentos fueron repetidos posteriormente con variaciones, aprovechando mejores condiciones de experimentación y otros procedimientos de medición. Todos estos estudios confirmaron lo mismo: la decisión de una persona de hacer algo ya ha sido tomada en el momento que creía haberla tomado⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ *Íbid.*

⁵⁰⁷ LIBET, B. *Op. Cit.*, pp. 531-532.

⁵⁰⁸ LEVY, N. *Op. cit.*, p. 226.

⁵⁰⁹ DEMETRIO C., E. 2013. "Identidad...", *Op. Cit.*, p. 242.

⁵¹⁰ FRISH W. *Op. cit.*, pp. 27-28.

Pero Libet no es el único que ha cuestionado el rol de la consciencia en las decisiones. En su libro, *The Illusion of Conscious Will*⁵¹¹, Wegner presenta evidencia de la misma conclusión a la que llegó Libet. El autor distingue entre lo que él denomina la voluntad fenoménica (*phenomenal will*) y la voluntad empírica (*empirical will*), la que es la verdadera causa de la conducta. La ilusión del libre albedrío surge cuando confundimos la voluntad fenoménica con la voluntad empírica, y creemos que causamos nuestras acciones. Así, según Wegner, “la gente experimenta la voluntad consciente cuando interpretan sus propios pensamientos como causa de sus acciones”⁵¹², mientras que la verdadera causa de nuestras acciones está en mecanismos *subpersonales* –y por tanto inconscientes. Estos mecanismos lo que harían sería generar una especie de *adelanto* de la acción, que al ser experimentada por el sujeto es interpretada como la causa de su acción. Esto es lo que Wegner denomina *causación mental aparente*, lo que el autor intentaría comprobar a través de diversos experimentos⁵¹³.

Así también, Francisco Rubia⁵¹⁴ da cuenta de otros experimentos que, utilizando la estimulación magnética transcraneal, influenciaba a los sujetos para

⁵¹¹ WEGNER, D. 2002. *The illusion of conscious will*. Cambridge, The Mit Press. 419p.

⁵¹² *Ibid.*, p. 64 (Traducción del autor).

⁵¹³ Para defender estas ideas, Wegner recurre a la noción de disociación: o bien, la consciencia no es una guía infalible para la agencia, o bien, la falta de consciencia no es una guía infalible para nuestra pasividad. Piénsese en situaciones paranormales, como el movimiento del apuntador en el juego de la Ouija: las personas creen que éste se mueve por sí solo, cuando son ellos quienes realmente los mueven. La pregunta es por qué las personas niegan sinceramente su propia actuación. Otro ejemplo es el del experimento “Yo – espía” (I- Spy) de Wegner: En aquellos casos en que el grado de contribución causal a una acción es incierto, debido a la presencia de un experimentador confabulado con los científicos, los sujetos se auto-atribuían acciones creyendo que ellas la habían causado. Véase WEGNER, D. *Op. cit.*, pp. 195-201.

⁵¹⁴ RUBIA, F. 2013. Neurociencia y libertad. En: DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.) *Op. Cit.*, p. 186.

mover la mano derecha la izquierda. Individuos diestros utilizaron por regla general la mano derecha un 60% de veces, pero la estimulación de la corteza motora del hemisferio derecho hizo que utilizaran la mano izquierda un 80% de las veces, aunque los sujetos seguían diciendo que la utilización de una u otra mano había sido voluntaria.

Los descubrimientos de Libet y Wegner nos llevarían, aparentemente, a la conclusión de que tenemos una ficción de autonomía de la voluntad. La idea del *neurodeterminismo*, por tanto, ha cobrado fuerza progresivamente. El año 2004 un grupo de once científicos publicaron un manifiesto señalando que los avances en las Neurociencias iban a cambiar nuestra concepción del mundo, pues *“todos los procesos psíquicos internos pueden ser descritos en términos de cambios físico-químicos”*⁵¹⁵.

Según Demetrio, no podemos decir que el *neurodeterminismo* es una corriente unitaria, sino que sus representantes han ido dibujando una imagen del ser humano a partir de características biológicas que contradirían la idea de la libertad, sin extraer idénticas consecuencias en términos de responsabilidad penal⁵¹⁶. No todos extrajeron tampoco las mismas conclusiones de los experimentos de Libet y Wegner⁵¹⁷, existiendo quienes se limitaron con describir

⁵¹⁵ KROSS, M. 2012. ¿Siente mi cerebro?. Citado en: LEYTON J., J. *Op. Cit.*, 67.

⁵¹⁶ DEMETRIO C., 2013. “Identidad...”, p. 240.

⁵¹⁷ Para un análisis de las conclusiones de los diversos experimentos que se han realizado en el marco de las Neurociencias, y sus implicancias para la interpretación determinista del ser humano, véase: HALLET, M. 2007. Volitional Control of Movement: The Physiology of Free Will. *Clinical Neurophysiology : Official Journal of the International Federation of Clinical Neurophysiology* 118(6): 1179–1192; TANCREDI, L. 2007. The neuroscience of “free will”. *Behavioral Sciences & the Law* 25(2): 295-308; BURNS, K. y BECHARA, A. 2007. Decision making and free will: a neuroscience perspective. *Behavioral Sciences & the Law* 25(2): 263-280.

este decurso temporal de los procesos orgánicos, como también quienes realizaron una interpretación extensiva de estos estudios⁵¹⁸.

Recientemente, un grupo de neurobiólogos alemanes- Wolfgang Prinz, Wolf Singer y Gerhard Roth⁵¹⁹- , han planteado, a partir de los experimentos de las Neurociencias, un gran desafío para la idea del libre albedrío y para la culpabilidad penal. Para ellos, la aceptación indeterminista del ser humano es incompatible con la idea de la investigación neurobiológica, la que plantea una idea radical: el contenido de las decisiones adoptadas por una persona están determinados por las experiencias y modelos de decisión almacenados en el cerebro, específicamente en el sistema límbico. Este sistema, determinado por causas y circunstancias diversas sería el verdadero causante de la decisión⁵²⁰. Por lo tanto la idea de libertad personal y responsabilidad penal debe ser abandonada⁵²¹

Para Gerhard Roth, la representación tradicional de la voluntad es una mera ilusión. Los deseos, las intenciones y las acciones son el resultado de una concatenación entre la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, de modo que la memoria emocional de la experiencia, que trabaja de modo inconsciente, es la verdadera causa de las intenciones. El sistema límbico aparecería así como un

⁵¹⁸ FRISH W. *Op. Cit.*, pp 28-29.

⁵¹⁹ SINGER, W.. 2005. Determinismus oder Freiheit. En: KIESOW, R.M, OGOREK, R. y SIMITIS, S (ed.), Summa - Dieter Simon zum 70. Geburtstag, pp. 529 y ss.; ROTH, G. 2004. "Worüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?", en: GEYER, (ed.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2, pp. 66 y ss.; PRINZ, W. 1996. «Freiheit oder Wissenschaft», en CRANACH, FOPPA (ed.), Freiheit des Entscheidens und Handelns, , pp. 86-103. Las conclusiones extraídas por estos neurocientíficos se pueden leer en el análisis de FRISH W. *Op. Cit.*, DEMETRIO C., E. 2011. "Libertad..." *Op. Cit.*, pp. 5-7.

⁵²⁰ FRISH W. *Op. Cit.*, pp 29-30,

⁵²¹ LEYTON J., J. *Op. Cit.*, p. 65.

aparato organizado, frente al cual el ser humano se ve a través de un autoengaño, como una persona libre⁵²².

Para Wolfgang Prinz, la libertad de voluntad es una institución social que no se corresponde con la realidad científicamente demostrable en el plano psíquico. Para él, hablar de la libertad en el contexto de las ciencias neurológicas es tan erróneo como hablar de los unicornios en el contexto de la zoología. La explicación de porqué la gente cree ser libre –cuando realmente no lo es-, bajo que premisas surge la ilusión de la libertad, y cuáles son sus consecuencias sociales, le corresponde principalmente a la psicología social, la psicología evolutiva o a la psico-historia⁵²³. No puede hablarse de libertad en el plano empírico, más si en el teórico.

Wolf Singer no señala que las percepciones que nosotros experimentamos como objetivas no son más que el resultado de *procesos constructivos*. Así como podemos aceptar perfectamente que el comportamiento animal está determinado, deberíamos hacerlo igualmente con los humanos. La verdad es que cada acción humana viene dada por la combinación entre un estímulo actual y un estado cerebral. Estos estados cerebrales se determinan, a su vez, por la organización genética previamente dada por el sistema nervioso, así como por una multitud de factores epigenéticos y procesos educacionales que modifican las estructuras de

⁵²² DEMETRIO, E. 2011 “Libertad...” *Op. Cit.*, p. 6.

⁵²³ DEMETRIO, E. 2012. “Compatibilismo...” *Op. Cit.*, p. 23.

las cadenas nerviosas, y finalmente, por la historia previa inmediata, que resuena en la dinámica de la interacción neuronal⁵²⁴.

También el español Francisco Rubia⁵²⁵ ha sido un férreo defensor del *neurodeterminismo*, señalando que ésta es la cuarta gran humillación que aguarda a la humanidad, tras el geocentrismo de Copérnico, el evolucionismo de Darwin, y el inconsciente de Freud. El libre albedrío sería una ilusión propia del “orgullo humano”, sólo explicable a partir de un erróneo dualismo *cartesiano*. Según él no existe ningún ente inmaterial que esté libre de las leyes deterministas. Lo contrario violaría las leyes de la termodinámica, así como la unidad causal del mundo material, pues desde el punto de vista científico natural, la causa de un fenómeno físico es siempre otro fenómeno físico. Se atentaría así contra las bases de nuestra civilización: como la responsabilidad, imputabilidad, el pecado y la culpa⁵²⁶.

Por lo tanto, este grupo de neurocientíficos no discuten en absoluto que tomemos decisiones, es decir, que actuemos dolosa e imprudentemente, Lo que pretenden destacar es que nuestras decisiones no son en última instancia libres sino determinadas por una multiplicidad de condiciones que no podemos controlar conscientemente. Es decir, que todo proceso mental sea reconducible en última instancia a una explicación científica. No se trata tanto de si han decidido o no, sino de por qué han decidido⁵²⁷.

⁵²⁴ *Íbid.*

⁵²⁵ RUBIA, F. 2011. El controvertido tema de la libertad. *Revista de Occidente* 356: 5-17

⁵²⁶ DEMETRIO, E. 2012. “*Compatibilismo...*” *Op. Cit.*, p. 23.

⁵²⁷ FEIJOO, S. *Op. cit.*, pp 78-79.

- ii. Respuesta a estos planteamientos: el reduccionismo neurobiológico y la visión holística del ser humano fundada en un proceso de autoevaluación reflexiva

Críticas metodológicas.

Las respuestas a estos planteamientos por parte de los científicos cognitivos y otros expertos no han tardado en llegar. Flanagan⁵²⁸ argumenta que nosotros iniciamos conscientemente las grandes decisiones, dejando solamente los detalles de su implementación al proceso sub-personal de decisión. Así, en el experimento de Libet las personas han decidido conscientemente cumplir con las instrucciones, dejando los detalles a mecanismos inconscientes. En esta línea, Richard Double⁵²⁹ ha señalado que existe un espacio para una visión de la responsabilidad moral con una causa lejana o una influencia lejana. Alfred Mele⁵³⁰, por otra parte señala que existe la duda razonable sobre si Libet está en lo correcto al identificar experimentos subjetivos con la *intención o decisión* de mover la mano, en vez de con la *urgencia o deseo* de mover la mano. Haggard⁵³¹ ha argumentado que, si bien Libet puede estar en lo correcto al decir que no iniciamos conscientemente nuestras acciones, nuestra consciencia si interviene en la *especificación* de esa decisión. Es decir, nuestra decisión sobre si actuar o no puede no ser consciente, pero sí la de *cómo* actuar (si mover la mano a la derecha o a la izquierda, por

⁵²⁸ FLANAGAN, O. (1996. Citado por LEVY, N. *Op. cit.*, p. 227).

⁵²⁹ DOUBLE, O. (2004. Citado por: LEVY, N. *Op. cit.*, p. 227.)

⁵³⁰ MELE, A. (1997. Citado por LEVY, N. *Op. cit.*, p. 227.)

⁵³¹ HAGGARD, P. y LIBET, B. (2001. Citado por Levy, N. *Op. Cit.*, p. 228).

ejemplo). Por último, Dennet⁵³² analiza lo problemático que puede resultar basarse en juicios subjetivos de simultaneidad. El creer que existe un momento preciso en el cual algo “ingresa” a la consciencia, es fruto de la errada noción de la mente como un “*Teatro Cartesiano*”, dentro del cual todo adquiere sentido y es visto por el yo⁵³³.

En esta línea, Habermas critica los experimentos de Libet por considerar que no son generalizables. “Su diseño parece admitir la posibilidad de que las personas del ensayo instruidas sobre el curso del experimento, ya se hayan concentrado sobre el plan de acción antes de decidirse por la ejecución de la acción que se mide en ellas”⁵³⁴. Además de éstos problemas metodológicos “también aquí surge la pregunta sobre qué es lo que se mide, además de la cuestión filosófica de entrada concerniente a qué cosas pueden ser sometidas a medición”⁵³⁵.

De manera similar, el penalista Ramos Vásquez destaca los problemas metodológicos que presentan los experimentos de Libet, resaltando, en primer lugar, que “el propio Libet no era determinista y siempre renegó de las visiones antilibertarias de sus descubrimientos”⁵³⁶. Así también, el autor plantea que “no existe un conflicto entre las conclusiones de ambas disciplinas, sino dos lógicas de investigación distintas, en que la filosofía establece, de algún modo, las reglas del

⁵³² DENNET, D. (1996, 2001, citado en LEVY, N. Op. Cit., p. 228.)

⁵³³ LEVY, N. Op. cit., p. 229-231.

⁵³⁴ HABERMAS, J. 2006. Libertad y determinismo. En: Entre naturalismo y religión. Barcelona, Paidós, pp. 159 y ss.

⁵³⁵ *Íbid.*

⁵³⁶ RAMOS, J. 2013. La pregunta por la libertad de acción (y una respuesta desde la filosofía del lenguaje). En: DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.) Op. Cit., p. 138.

juego de la científica⁵³⁷. Esto significa que las preguntas sobre la libertad de voluntad corresponden a un plano distinto del terreno científico. Los experimentos de Libet no nos dan criterios para determinar si somos libres, pues a unos impulsos neuronales no se les puede llamar “inteligiblemente” decisión⁵³⁸.

De acuerdo a ésta idea, el problema conceptual que plantea la visión del ser humano que nos ofrecen los neurocientíficos, consiste en adscribir atributos psicológicos al cerebro en sí mismo, en vez de al ser humano. Es decir, muchos neurocientíficos predicen del cerebro, o incluso, de sus partes, cualidades que usualmente atribuimos al ser humano. Y esta visión, se traduciría en el problema de la *falacia mereológica* que denuncia Ramos Vásquez, esto es, la adscripción a las partes de cualidades que son privativas del todo⁵³⁹. De ahí que sea posible señalar que

“una gran cantidad de expresiones entre las que destacan los términos psicológicos, son predicables *strictu sensu* solo de seres humanos y ello por la sencilla razón de que los criterios de aplicación de tales expresiones son, como veremos, ciertos comportamientos en contextos específicos analizados desde la óptica de un complejo y ramificado *background* manifestado en el comportamiento⁵⁴⁰”.

Por esto, podemos compartir el criterio del autor, quien señala que sería peligroso el “considerar al cerebro como una especie de ente que reúna una serie de capacidades que *no tiene*”⁵⁴¹. Y no las tiene, “no porque yo tenga un descubrimiento empírico que revelarles en este momento, sino porque no es

⁵³⁷ *Íbid.*, p. 139.

⁵³⁸ *Íbid.*, p. 140.

⁵³⁹ *Íbid.*, p. 141.

⁵⁴⁰ *Íbid.*,

⁵⁴¹ *Íbid.*, p. 143.

conceptualmente afirmar tal cosa”⁵⁴². Nada de lo que se pueda decir inteligiblemente que realiza un cerebro puede constituir un criterio sobre lo que el ser humano. Así, podemos concluir que:

“No son los cerebros los que sienten dolor o toman decisiones, sino las personas. Y nuestros criterios para decir que una persona siente dolor o está reflexionando están basados en su conducta y en el complejísimo entramado de acciones, juegos de lenguaje y formas de vida de que nos hablaba Wittgenstein, no en el examen de su córtex cerebral”⁵⁴³

■ *El Reduccionismo neurocientífico*

El análisis de los críticas metodológicas al experimento de Libet, nos lleva a un tema de especial importancia: la problemática del reduccionismo científico. Murphy y Brown⁵⁴⁴ defienden una visión no reduccionista del ser humano, en virtud del cual los seres humanos son los autores de sus propias decisiones y pensamientos. Estos autores argumentan desde una perspectiva, tanto filosófica como científica, que el verdadero obstáculo al libre albedrío no es el determinismo neurobiológico, sino el *reduccionismo neurobiológico*. ¿Cuál es el verdadero reto que plantea el determinismo? La verdadera pregunta que hay que plantearse, de acuerdo a Murphy y Brown, no es si el *neurodeterminismo* es cierto, sino si el *reduccionismo neurocientífico* es cierto.

⁵⁴² *Íbid.*

⁵⁴³ Este tipo de argumentos es latamente expuesto por Wittgenstein, quien señala que sólo lo que se comporta como un humano se puede decir que tiene sensaciones, ve, están ciegos, oye, está sordos, es consciente o inconsciente. No podemos mirar una piedra e imaginar que tiene sensaciones, ya que es inconcebible atribuirle sensaciones a una cosa. Sólo cuando miramos a una mosca retorcerse, podemos atribuirle estados, y decir que siente dolor. Al respect véase WITTGENSTEIN, L. 1988. Investigaciones filosóficas. Barcelona, Crítica, párr. 281-284.; RAMOS, J. *Op. cit.*, p. 144.

⁵⁴⁴ MURPHY, N. y BROWN, W. 2007. Did my neurons make me do it? Philosophical and neurobiological perspectives on moral responsibility and free will. Oxford, Oxford University Press. 352p.

Vives Antón⁵⁴⁵ distingue entre el *determinismo* (la concepción de que todo lo que acontece en el mundo está sometido a leyes absolutamente precisas y exactas) con el *reduccionismo* (que toma como punto de partida la idea de que todo lo que hay en el mundo es material e infiere de ella que lo mental es sólo una ilusión). Las relaciones entre uno y otro concepto son complejas. Una de las formas que puede tomar esta relación es el denominado *monismo anómalo*, que se parece al materialismo en su afirmación de que todos los sucesos son físicos, pero rechaza la tesis de que todos los fenómenos mentales permitan explicaciones exclusivamente físicas. Tal forma de monismo, no parece merecer el término de *reduccionismo*⁵⁴⁶.

La tesis de que la identidad entre estados mentales y estados físicos se traduzca en la determinación de estos últimos, proviene del *principio de clausura causal del mundo físico*. Ahora bien, como señala Mañalich⁵⁴⁷, el hecho de que el diseño evolutivo de las personas, como agentes capaces de evitar intencionalmente una acción, pueda reconducirse a propiedades biológicas y psicológicas, no quiere decir que toda explicación de estas propiedades deba ser descrita como una propiedad física. Es decir, que las propiedades de una persona dependan de una explicación física, no quiere decir que puedan explicarse exclusivamente en estos términos. Por lo tanto, “ser monistas en cuanto al problema mente-cuerpo no equivale a ser reduccionista”⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ VIVES A., T. 2013. Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica. *En*: DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.) *Op. Cit.*, p. 219-220.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 219-220.

⁵⁴⁷ MAÑALICH, J. 2009. “Determinismo...” *Op. Cit.*, pp. 184-185.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

La pregunta planteada aquí es, entonces, si podemos hablar de un genuino *determinismo neurofisiológico*, que se apoyase en los experimentos de Libet y otros semejantes. A esto, Vives Antón responde que eso sería inviable, ya que significaría asumir la tesis de lo que Dennet denomina *Teatro Cartesiano*. Como señala este autor, no puedo sentarme a contemplar lo que sucede en mi propia mente “como quien contempla un partido de fútbol, porque la mente no se pone ante mí de ese modo: sus procesos forman parte de mi modo de actuar y de vivir, y por eso los conozco; pero carecen de toda realidad sensible que yo pueda observar”. Por esto sería erróneo intentar una comprobación empírica del proceso de toma de decisiones, pues

“la determinación acerca de cuanto tomé una decisión ocurre en una secuencia temporal reflexiva, no en la secuencia empírica en la que tienen lugar los hechos neurofisiológicos observable. Por eso no resulta legítimo colocarlos en una especie de línea temporal absoluta ordenándolos en ella según un antes y un después”⁵⁴⁹

Ahora, si lo pensamos, este reduccionismo neurocientífico no es más que un efecto de una pulsión según la cual “la ciencia algún día descubrirá que *todo* comportamiento humano es *tan* inteligible (y predecible) como el de cualquier otro hecho humano, (pues el comportamiento humano, desde esta perspectiva no deja de ser un hecho natural más)”⁵⁵⁰. Y eso significa que el determinismo neurocientífico nos ve “como relojes o, más exactamente, como nubes que podrían llegar a ser conocidas en todos sus extremos en cuanto alcancemos un grado óptimo de conocimiento científico”⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ *Íbid.*, p. 225.

⁵⁵⁰ RAMOS, J. Op. cit., p. 144

⁵⁵¹ *Íbid.*, p. 148. v

El problema de la premisa anterior está en que quienes asumen que se puede plantear una tesis determinista como consecuencia de los conocimientos científicos, está desconociendo el progreso mismo de los paradigmas científicos. Pues, si analizamos el tema desde una perspectiva científica, nos damos cuenta que las Neurociencias “parten de los postulados newtonianos, y con ello, caen en su propia paradoja científica, pues la física clásica ha sido desplazada, parece que definitivamente por la física cuántica”⁵⁵². Por tanto, cuando se debaten éstos temas se parte de una premisa superada. Es decir, el problema radica en asimilar *determinismo* con *ciencia*, cuando verdaderamente existen una serie de corrientes científicas que conviven, incluso, dentro de la misma física cuántica.

Mañalich recurre a la tesis de *anomalismo o anomia*, según la cual no existen leyes estrictas que conecten propiedades mentales con propiedades físicas o propiedades mentales entre sí. Es decir, no existen leyes estrictas psicofísicas o psicológicas, por lo que la inexistencia de estas leyes impediría la reducción de conceptos mentales a conceptos físicos. Esta tesis contribuye, por tanto, a una defensa del lenguaje intencional y psicológico frente al lenguaje de las ciencias físicas. Su principal elemento, para defender esta postura es que la aplicación de predicados mentales a un sujeto, a diferencia de sus predicados físicos, tiene un carácter *holista* y está sujeto al principio constitutivo de su racional. Es decir, el agente debe ser considerado como un sistema entero de motivos y creencias. Estas condiciones no se corresponden con la teoría física,

⁵⁵² *Íbid.*, p. 150.

por lo que el carácter normativo y holista da cuenta de la inexistencia de leyes psicológicas estrictas⁵⁵³.

■ *El rol del lenguaje y la visión holista del ser humano.*

Murphy y Brown, a su vez, recurren al concepto de *causalidad descendiente*⁵⁵⁴, para explicar el proceso de toma de decisiones. Esta noción proviene de la denominada filosofía *emergente*. Según esta disciplina las propiedades o procesos de un sistema no son reconducibles a las propiedades o procesos de sus partes. Un ejemplo de situaciones que se explican por la filosofía *emergente*, es el surgimiento de la vida a partir de lo inanimado, y de la mente a partir del sistema nervioso. En efecto, ni la vida ni la mente podrían reconducirse a los elementos que las componen. Aunque no es este el lugar para analizar los méritos de esta teoría, si podemos señalar que una de las aplicaciones que puede tener esta filosofía *emergente*, es la idea de la *causalidad descendiente*, según el cual las propiedades de un nivel emergente (dotado de un sistema de *autoorganización* y superveniencia) tienen efectos causales sobre las propiedades de un nivel inferior. Precisamente, la *causalidad descendiente* la podríamos ver en el poder causal de las propiedades mentales. Lo importante de esta concepción para nuestra discusión, es que si aceptamos la *causalidad descendiente* respecto a los procesos mentales, no hay una gran diferencia en el hecho de que los *niveles inferiores* – el comportamiento- estén determinados. Los *niveles superiores*

⁵⁵³ MOYA, C. 2004. Filosofía de la mente. Universitat de Valencia, p 201.

⁵⁵⁴ CAMPBELL, D. 1974. Downward Causation. En: AYALA, F. J. & DOBZHANSKY, T. (eds.) Hierarchically Organised Biological Systems. Studies in the Philosophy of Biology. Berkeley, Los Angeles. University of California Press: 179-186.

–los procesos mentales– pueden, igualmente, funcionar bien a un nivel en un rango de posibilidades que son producidos, ya sea determinada, o ya sea indeterminadamente. Es decir, si los estímulos nerviosos están causalmente determinados, ello no quiere decir que el organismo se deba comportar como si estuviera causalmente determinado⁵⁵⁵.

El problema surge cuando nuestro sentido común nos hace creer que un organismo puede encontrarse en algo así como una *posición por defecto* de inactividad. La verdad es que dicha posición no existe. Los organismos vivos (incluyendo el humano) están en constante actividad. La pregunta que debe hacerse no es qué es lo que inicio la acción, sino qué es lo que están modificando el comportamiento actual. Así, la acción de un organismo simple es el resultado de la emisión de una variedad de componentes que son continuados o alterados sobre la base de una retroalimentación entre el ambiente y la evaluación del organismo en base a sus metas⁵⁵⁶. En efecto, el diseño del cerebro no es el de una estructura que funciona bajo el paradigma *estímulo-respuesta*, sino que lo hace desde el principio de un mundo interno/interior “capaz de tomar iniciativas no contingentes con el entorno”⁵⁵⁷.

Si tomamos en consideración lo anterior, y asumimos que las nociones de *indeterminismo* y *determinismo* como categorías exhaustivas, podemos concluir lo siguiente: el *indeterminismo* se aplica en los niveles inferiores, el *determinismo*, en los procesos mecánicos, y por último, respecto al comportamiento de los

⁵⁵⁵ *Íbid.*, 272-275.

⁵⁵⁶ MURPHY, N. y BROWN, W. *Op. cit.*, 274-275.

⁵⁵⁷ DELGADO, J. *Op. Cit.*, p. 5.

organismos –niveles superiores-, no nos queda más que hablar de *inclinación o propensión (propensity)*. No podemos describir el comportamiento de una persona como *probabilístico*, pero sí como “*propenso a*”. En efecto, si bien los niños llegan al mundo con una serie de *inclinaciones* inherentes a su biología, el espectro de *inclinaciones* va constantemente cambiando como producto de la interacción entre niño y ambiente⁵⁵⁸.

Por tanto, cuando la evaluación de comportamientos que se realiza en el *nivel inferior* es el determinante de un gran espectro de la actividad del organismo, no es relevante si en los *niveles superiores* las variables de comportamiento son *deterministas, indeterministas o probabilísticas*. Así, con esta conclusión se puede destruir una de los principales argumentos del determinismo en contra del libre albedrío.⁵⁵⁹ La causa primaria de la acción no es ni el cerebro humano, ni la mecánica cuántica. La causa primaria de la acción es la selección que hace el sistema complejo de supervisión del ser humano, que funciona en el nivel más elevado del organismo, de una serie de vías neuronales que impulsan a actuar. El sujeto determina si existe una coincidencia entre dichas vías neuronales y los objetivos y motivaciones del individuo, y solo así los califica como una buena razón para actuar o una mala razón para actuar. Por esta razón, las acciones siempre se forman a sí mismas, y el sujeto mismo es la causa de la acción⁵⁶⁰. En este sentido, Delgado García señala que “el comportamiento es el resultado motor de complejos procesos neuronales que no siempre son respuestas a estímulos

⁵⁵⁸ MURPHY, N. y BROWN, W. *Op. cit.*, p. 275-276.

⁵⁵⁹ *Íbid.*, p. 276-277.

⁵⁶⁰ *Íbid.*, p. 283-284.

presentes en el entorno, sino resultan de la actividad cerebral, es decir del mundo interior del individuo”⁵⁶¹

Pero, si nuestras acciones no están determinadas ¿qué es lo que diferencia a humano del animal? Murphy y Brown recurren al criterio utilizado por MacIntyre⁵⁶², quien argumenta que la posibilidad de actuar voluntariamente y de manera racional depende de la capacidad de evaluar nuestras propias razones. La capacidad de evaluar las razones propias dependería a su vez del lenguaje, y especialmente, de un sistema elevado de competencia sintáctica⁵⁶³. Esta especie de *meta-nivel de juicio* requiere de un lenguaje provisto de los elementos necesarios para la construcción de oraciones que constituyan representaciones de *juicios de primer orden* (Véase *supra* II. 2. C. i.). La habilidad para evaluar las acciones a la luz de nuestros fines depende, a su vez, de factores emocionales - orgullo, vergüenza, culpa- que se generan en estados tempranos de desarrollo del

⁵⁶¹ DELGADO, J.Op. cit., p. 5.

⁵⁶² MacIntyre, *Dependent Rational Animals*, p. 24. Citado en: MURPHY, N. y BROWN, W. 2007. Op. Cit., p. 242.

⁵⁶³ De acuerdo a esta teoría, son seis los principales requisitos cognitivos para cumplir con esta capacidad auto-reflexiva del agente. Primero, un sentido simbólico del “yo”. Sólo un cerebro como el humano puede comprender las intenciones de los otros a través de la atribución de resultados a sus acciones. Segundo, un sentido de unidad narrativa de la vida. Se habla así de memoria autobiográfica, ya que la complejidad del cerebro humano y la economía de información que proporciona el lenguaje, nos permite imaginar un espacio de tiempo más allá del presente, y posicionarse en el futuro, lo que es esencial para un razonamiento moral. Tercero, la habilidad para imaginar diferentes escenarios de comportamiento y predecir sus resultados. Esto se conoce como conciencia cognitiva subjetiva, para referirse a una forma elevada de conciencia presente en organismos complejos comprometerse en la generación de estructuras representacionales independientes de la actual situación. *Cuarto*, la habilidad para evaluar estos resultados a la luz de nuestros fines. En los humanos esta evaluación depende principalmente de factores emocionales -orgullo, vergüenza, culpa- que se generan en estados tempranos de desarrollo del niño. Sólo, mediante un lenguaje sofisticado, los seres humanos pueden, generar evaluaciones de segundo orden de sus propios procesos evaluativos (véase *supra*, II.2.E.i). *Quinto*, la habilidad de evaluar las motivaciones mismas a la luz de conceptos abstractos. Lo que define a los seres humanos es la capacidad de evaluar nuestros fines y motivaciones a la luz de un concepto abstracto de bien. Esto se logra gracias a la capacidad de describir moralmente nuestras propias acciones mediante el lenguaje. Finalmente, *sexto*, la habilidad de actuar a la luz de los elementos señalados precedentemente. Véase MURPHY, N. y BROWN, W. Op. cit., 228-265.

niño. Sólo, mediante un lenguaje sofisticado, los seres humanos pueden, generar evaluaciones de *segundo orden* de sus propios proceso evaluativos. Por lo tanto, lo que define a los seres humanos es la capacidad de evaluar nuestros fines y motivaciones a la luz de un concepto abstracto de *bien*. Esto se logra gracias a la capacidad de describir moralmente nuestras propias acciones mediante el lenguaje⁵⁶⁴. En palabras de Vives Antón

“La aparición del lenguaje y singularmente, del lenguaje argumentativo (la aparición de razones) en el proceso de desarrollo de la evolución natural nos libera de tener que aceptar el dualismo de sustancias (según el cual el alma, o no podía influir en el cuerpo, al pertenecer a otra región del ser, o lo hacía solo muy recatadamente a través de una glándula vacía e insignificante: y también de la salida de un mundo regido por leyes deterministas ciegas para entrar en el ámbito, aún más ciego, de otro regido por el azar”.

Con esto no estamos diciendo que los seres humanos son enteramente responsables de su personalidad. Como señalamos anteriormente, llegamos al mundo con algún grado de predeterminación biológica. Pero modificamos nuestras acciones, y por lo tanto, nuestras tendencias mediante la retroalimentación de nuestro comportamiento. Como señala Murphy y Brown, a diferencia del solitario *protozoo*, nosotros no sólo tenemos dos posibilidades de acción (seguir derecho o girar) sino que tenemos un extremadamente amplio espectro de posibilidades de comportamiento. La libertad de voluntad debe tomarse entonces como la causa primaria de nuestra acción, según una visión holística de los seres humanos como

⁵⁶⁴ MURPHY, N. y BROWN, W. 2007.Op. cit., , 228-265.

organismos complejos capaces de madurar y de reflexionar sobre sí mismos en un contexto social⁵⁶⁵.

Las reglas de imputación del Derecho Penal se encuentran referidas siempre a capacidades *intencionales* de un sujeto: la capacidad de seguir una norma de comportamiento. Trasladando la distinción efectuada por Frankfurt, al Derecho Penal podemos señalar que para que haya responsabilidad penal debe primero tenerse la capacidad de hacer o no hacer algo (*capacidad de acción*) y luego la capacidad de formarse tal intención de conformidad con la norma que ordena o prohíbe hacerlo (*capacidad de motivación*). Es decir, se trata de un juicio que se despliega en dos niveles. Esto es lo que Frankfurt propone en su teoría de la libertad de voluntad (véase *supra* II.2.E). De acuerdo a él, la libertad de voluntad es querer tener la voluntad que se quiere tener. Para ello, es necesario tener *voliciones de segundo orden*. La capacidad de preocuparse reflexivamente de su propia voluntad es lo que define la libertad de la persona⁵⁶⁶.

Mañalich se pregunta si tiene algún problema esa forma de entender la libertad de voluntad. Podría decirse que la referencia a voliciones superior implica un regreso al infinito: para poder afirmar autodeterminación es necesario poseer voliciones de tercer orden, y así sucesivamente. Sin embargo, de acuerdo al autor, esto no da cuenta de lo siguiente: la verdadera distinción que debe hacerse no es entre determinación e indeterminación, sino entre *autonomía* y *heteronomía*. No es necesario que detrás de cada agente haya una causa. La idea misma de

⁵⁶⁵ *Íbid.*, p. 300-304.

⁵⁶⁶ MAÑALICH R., J. 2009. "Determinismo..." *Op. Cit.*, pp. 189-191.

una agencia última, deviene en un absurdo, pues una voluntad desaprendida e indeterminada es una voluntad de nadie, y por lo tanto no es voluntad en absoluto⁵⁶⁷.

La voluntad solo adquiere sentido como voluntad autónoma, esto es, determinada por el yo. Lo que determina a su vez a una persona son sus preferencias personales, que son constitutivas de su identidad, de modo que la decisión eficaz de ejecutar o no una acción corresponde a la expresión de la identidad del agente. La demarcación de las preferencias, a su vez, no se determina de manera *estática*; sino *dinámica*: dime qué has hecho y te diré quién eres. En otras palabras, la subjetividad de un sujeto, lo que lo constituye como tal, no es otra cosa que la totalidad de sus acciones. No existe así una “entidad misteriosa” que pueda corresponderse con la esencia de una persona en cuestión. La identidad se construye a través del juego recíproco de las propiedades que ofrecen una respuesta, en un determinado instante, a quien soy. Es decir, el “Yo” es esencialmente contingente⁵⁶⁸. Por esta razón, la idea de una persona siendo libre de las características que constituyen su identidad no tiene sentido. Solo se puede atribuir una acción a una persona en tanto esas acciones están determinadas, pues solo así sus acciones pueden interpretarse como obras suyas.

Es por esto que es errónea la pretensión de ciertos juristas alemanes, de interrumpir la cadena causal de acción, intentando identificar una causa singular en el ser humano, que carezca a su vez de causa. Esta interrupción de la cadena

⁵⁶⁷ *Íbid.*

⁵⁶⁸ *Íbid.*, pp. 200-201.

causal estaría condenada al fracaso. Pues interrumpirla, implica una negación de la relevancia causal de la propia historia del agente (es decir, de su biografía), con la cual sus acciones serían fortuitas, sin estar condicionadas por su identidad. Por todas estas razones, lo que constituye la libertad de voluntad es la acción intencional, de conformidad a razones que expresan preferencias personales, que permiten la atribución de responsabilidad personal⁵⁶⁹.

En este sentido, Demetrio Crespo señala que los programas de investigación reduccionista no harían más que eludir la dificultad de un dualismo de perspectivas explicativas, sustituyéndolo por un *epifenomenalismo*. Lo fundamental es que las acciones son normalmente el resultado de una compleja concatenación de intenciones y pensamientos, que ponderan los fines y medios a la luz de oportunidades, recursos y obstáculos. En este sentido, el carácter condicionado de una decisión no constituye un problema cuando entendemos a ésta como un suceso retrospectivo, como un proceso de reflexión, en el que estoy involucrado como participante en el discurso o como sujeto pensante en el foro interno. Si mi decisión es fruto de un suceso neuronal en que no intervengo como persona, no sería mi decisión.

b. Neurociencias y responsabilidad moral: las consecuencias de la aceptación de las conclusiones de las Neurociencias.

La mayoría de los filósofos son, hoy en día *compatibilistas*, es decir, creen que el libre albedrío es compatible con el determinismo. Uno de los argumentos que sostienen los *compatibilistas* consiste en que quienes dicen que el determinismo

⁵⁶⁹ *Íbid.*, pp. 202-203.

es contrario a la libertad confunden *causalidad* con *coerción* o *control*. Si alguien me manipula o me amenaza con una pistola, no soy responsable por mis acciones. Pero, como señala Levy, el *determinismo neurocientífico* no dice que nuestras acciones están controladas o sean ejecutadas bajo coerción. En otras palabras, si yo quiero hacer algo, lo hago porque quiero, aun cuando esté determinado a hacerlo⁵⁷⁰. Por lo tanto –según este argumento de los *compatibilistas*- estar *determinado* a hacer algo no es lo mismo que estar *forzado* a hacerlo. “La coerción funciona *a pesar* de mis deseos e intenciones, mientras que el determinismo (si es cierto) funciona *a través* de mis deseos e intenciones”⁵⁷¹.

Levy nos explica que los *incompatibilistas* generalmente aceptan esta crítica de confundir el determinismo con la coerción o el control. Sin embargo tienen otras razones para creer que el determinismo es incompatible con el libre albedrío. Señalan que podemos no ser libres incluso cuando hacemos lo que queremos: por ejemplo, si otro manipula nuestros deseos. Los *compatibilistas* responden que existen diferencias importantes entre los casos en que otro manipula nuestros deseos con aquellos en que éstos son solamente causados. En un caso somos una especie de “marioneta”; mientras que en el otro no. A partir de esto, existen diversas formas de incompatibilismo según sus creencias sobre la estructura causal del mundo. Algunos *incompatibilistas* son deterministas, y creen por lo

⁵⁷⁰ When I go get myself a cheese sándwich, I do so because I want to and this remains true even if I am determined to want a cheese sándwich. LEVY, N.. Op. cit., pp 222-224

⁵⁷¹ *Ibid.*, pp 222-224.

tanto, que no existe libertad. Otros *incompatibilistas* niegan la verdad de determinismo, por lo que creen que sus acciones son libres⁵⁷².

Levy concluye que críticas al determinismo neurocientífico, como las esbozadas en el apartado anterior, logran eficazmente dar cuenta de algunos problemas de sus argumentos. Sin embargo, señala que “a pesar de que éstos filósofos han ganado la batalla, sospecho perderán la guerra: la consciencia no juega el rol en la toma de decisiones que Libet y Wegner creían que era requerido para que fuéramos moralmente responsables”⁵⁷³. La pregunta que surge, entonces, es si la responsabilidad moral puede, desde un punto de vista filosófico, ser compatible con el determinismo⁵⁷⁴.

En principio, la consciencia constituye un requisito esencial para la responsabilidad moral. La idea de que los agentes deben ser conscientes de sus propias decisiones parece estar inserta en nuestro ordenamiento jurídico, y determinar nuestras intuiciones sobre la culpa y el reconocimiento. Un ejemplo de ello serían las actuaciones dolosas (en el derecho anglosajón representado por la idea del *mens rea*). Para alcanzar el máximo grado de responsabilidad penal es necesario actuar con conocimiento e intención, esto es dolosamente. La consciencia es, por tanto, un aspecto central de nuestro Derecho Penal⁵⁷⁵.

⁵⁷² *Ibid.*, pp. 224-225.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 231.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, pp. 230-231.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, pp 232-233. Ahora bien, para Rubia, que el cerebro genere una consciencia de libertad, aún que no sea cierta, no es de extrañar, sabiendo que también genera la impresión subjetiva de un yo que permanece inalterable toda la vida. La misma realidad exterior, no es más que una creación del cerebro que consideramos existente fuera de .Véase RUBIA, F. *Op. Cit.*, p. 189.

Pero ¿por qué la consciencia es necesaria para la responsabilidad moral? Es importante determinar esto, pues para los neurocientíficos incompatibilistas, la comprobación de la falta de consciencia en la toma de decisiones es la piedra angular del argumento contra la libertad. El argumento parecería resumirse de la siguiente manera:

“no somos conscientes de nuestras decisiones en el preciso momento en que las tomamos, (...) entonces no las controlamos plenamente. Son causadas por nuestros deseos y creencias, eso es seguro, pero no tenemos ninguna elección respecto a *si* nuestras acciones son controladas por nuestras creencias y deseos”⁵⁷⁶.

Si podemos ser conscientes de nuestras decisiones en el preciso momento en que las creamos, de acuerdo a esta opinión, entonces no podemos controlarlas de manera absoluta. Si verdaderamente tuviéramos el control, requeriríamos de un *poder causal activo* para intervenir en el proceso de toma de decisiones, de manera de cambiar el curso de nuestra acción en el último microsegundo antes de que ésta se produjera. A este poder lo podríamos denominar “constreñimiento de la decisión” (*decisión constraint*)⁵⁷⁷. Mientras que los científicos neurodeterministas creen que el “constreñimiento de la decisión” no se da en los seres humanos, la mayoría de los filósofos se esfuerzan en argumentar que si se da⁵⁷⁸. Sin embargo

⁵⁷⁶ LEVY, N.. *Op. Cit*, p. 233 (Traducción del autor).

⁵⁷⁷ O en la terminología de Chisholm la fuerza moral impasible (*the prime movers unmoved*)

⁵⁷⁸ Recuérdese la crítica formulada por Frankfurt a Chisholm en *supra* II.2.C.i. : Para Chisholm, al menos uno de los eventos involucrados en el acto fue causado, no por otros eventos, pero por alguien más. Y ese alguien más sólo puede ser el agente. Para esto Chisholm recurría a una distinción entre causalidad *transitoria* y causalidad *inmanente*. La causalidad *transitoria*, que encontramos en los objetos naturales inanimados, es una relación entre determinados eventos o situaciones. La causalidad inmanente, en cambio, se genera cuando un agente, en oposición a un evento, causa un evento o situación. Si una mano mueve una roca, podemos decir que el movimiento de la mano fue causado por el movimiento de ciertos músculos, y el movimiento de los músculos fue a su vez causado por eventos que tuvieron lugar dentro del cerebro. Pero alguno de estos eventos, y presumiblemente uno que tuvo lugar en el cerebro, fue causado por el agente y no por otro evento. A esto, Frankfurt esgrimía la siguiente crítica: Nada de lo que dice Chisholm nos permite considerar menos probable el carácter milagroso de la acción de un conejo al mover la pata que el de la

Levy cree que éste es un gasto de tiempo innecesario. Según este autor, nosotros no queremos un poder causal activo de esa naturaleza, capaz de jugar el rol que los neurocientíficos hipotéticamente le asignan. Y no lo queremos, porque un poder de ese tipo, reduciría nuestra libertad, no la aumentaría.

Para llegar a esta conclusión debemos reflexionar sobre el proceso de toma de decisiones. Levy⁵⁷⁹ efectúa una distinción entre *ponderación* y *pesaje* (*weigh and weight*). Cuando nos comprometemos en una deliberación, nos vemos a nosotros mismos como seres que *ponderan* razones, en vez de vernos como seres que *pesan* razones. *Ponderar* razones significa descubrir qué tan importantes son esas razones para nosotros, en razón de nuestras creencias, valores, planes, metas y deseos. Cuando *pesamos* razones, en cambio, solamente le asignamos un determinado peso, y su importancia, ignorando cualquier peso anterior que pudo haber tenido⁵⁸⁰. *Pesar* una razón, es entonces, asignarle un valor a una razón, sin razón alguna⁵⁸¹.

Pues bien, quienes señalan que el determinismo es cierto, y que por tanto no somos libres, no reparan en el hecho de que nuestras decisiones están determinadas por nuestros valores y creencias, es decir, mediante la *ponderación*. Si verdaderamente tomáramos decisiones asignándole pesos a nuestras razones,

acción de un hombre al mover la mano. Pero, en todo caso “¿Por qué le debería importar a alguien la posibilidad de interrumpir el orden natural de las causas?. Véase: FRANKFURT, H. Op. cit, pp 36-40.

⁵⁷⁹ LEVY, N.. *Op. Cit*, p. 234.

⁵⁸⁰ Levy da el ejemplo de una persona que debe decidir entre dos ofertas de trabajo. Normalmente esta persona intentará descubrir cuál de los dos trabajos tiene más importancia para ella, en relación a sus motivaciones y metas en la vida (como por ejemplo, la importancia que le da a la familia) y por lo tanto, será un *ponderador*. Si en cambio, decidiéramos darle más importancia a una que otra oferta, sin considerar nuestras motivaciones y metas que más nos importan, sino seleccionando cualquiera de ellas, esa persona será un *pesador*. Véase: LEVY, N.. *Op. Cit*, pp.. 233-234

⁵⁸¹ *Íbid.*, p. 234-235.

tomaríamos la decisión de manera arbitraria. Por lo tanto, el poder para variar el peso que las razones tienen para nosotros, como sería el *constreñimiento de la decisión*, introduce un elemento de azar en nuestras decisiones. Y es que la decisión libre puede, perfectamente, ser un proceso pasivo. Pues si nuestras decisiones son hechas racionalmente, mediante un proceso de *ponderación*, el hecho de que nuestra consciencia no intervenga no importa mucho⁵⁸². Lo problemático sería que sí lo hiciera⁵⁸³.

En conclusión, no podemos controlar nuestro proceso de decisiones por una razón muy sencilla: el proceso de toma de decisiones es nuestro sistema de control. Si pudiéramos ser capaces de controlar nuestro sistema de control, requeriríamos a su vez un nivel superior de control que pudiera ejercerlo. Y si tuviéramos este nivel de control, se generaría el mismo problema. Por lo tanto, la idea de que tenemos consciencia de nuestras decisiones parece ser la idea de que “controlemos nuestro control”. Y esa demanda no puede ser satisfecha⁵⁸⁴.

¿Significa que la consciencia no tiene importancia alguna para la responsabilidad moral? Para Levy la consciencia cumple un rol relevante: refleja

⁵⁸² *Íbid.*, p. 236-237.

⁵⁸³ Existen dos posibles objeciones en contra de este argumento que son analizadas por el mismo Levy. Primero, se podría decir que frecuentemente las personas deciden desafiando sus propias razones, cuando padecen de “debilidad de voluntad”. Segundo, podría decirse que aun cuando decidimos teniendo en consideración nuestras razones, podemos tomarlas como meras guías antes que determinantes de nuestro actuar. Respecto a la primero: por “razones” entendemos algo mucho más amplio que el sentido que se le quiere dar con esta crítica. En los casos de “debilidad de voluntad”, no es que actuemos en contra de nuestras razones, sino que permitimos ser movidos por consideraciones que no defendemos reflexivamente. Tal vez no apoyo de manera explícita la violencia contra las mujeres, y sin embargo, soy capaz de golpear a mi esposa. Este tipo de accionar demuestra la atracción que ciertas razones ejercen en mi comportamiento. Respecto a lo segundo: si mi decisión puede apartarse de las razones que más importancia tienen para mí, mi decisión pasaría a ser arbitraria. Pues si la consciencia tiene el poder de variar el peso de nuestras decisiones, nuestras decisiones son menos racionales de lo que esperamos, y tenemos por tanto un menor poder de decisión. Véase: LEVY, N. Op. Cit., pp. 237-238.

⁵⁸⁴ *Íbid.*, pp. 238-239.

quienes somos y cuáles son nuestros fines. En efecto, en los últimos años, se ha generado una convergencia en cuanto al rol de la consciencia mediante la elaboración de la teoría de la consciencia como un espacio de trabajo global (*global workspace theory of consciousness*). Según esta teoría, la función de la consciencia es permitir que diversas partes del cerebro aisladas unas de otras puedan entrar en contacto. Así, todo el contenido de la consciencia está globalmente disponible para el control del comportamiento, esto es, está disponible para los mecanismos *subpersonales* que son la causa del comportamiento. Cuando tomamos una decisión, todas las consideraciones que son relevantes para nuestra decisión son puestas en contacto, permitiendo que información respecto a nuestros valores, nuestros estándares morales, sobre el mundo y sobre las otras personas sea etiquetada, clasificada y priorizada, de manera que la información que más nos importe sea transmitida a los mecanismos correctos⁵⁸⁵.

Una mejor calidad de decisión se traducirá en una acción que refleje mejor lo que somos. Por esta razón, el asesinato “a sangre fría” es más grave que el homicidio no premeditado: una acción planeada refleja mejor nuestras convicciones. Por la misma razón, la teoría del espacio de trabajo global explica porque los sujetos que actúan en estado de automatismo no responden por sus acciones. Sus acciones no refleja su Yo más profundo. Por lo tanto, dado que la

⁵⁸⁵ *Íbid.*, pp. 240-241.

consciencia permite que los mecanismos del “Yo” trabajen de manera conjunta, la consciencia sí es necesaria para la responsabilidad moral⁵⁸⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos convenir en que todavía resulta desconocido, lo que acontece en el nivel intermedio de conocimiento relativo a los sistemas neuronales, a diferencia de lo que ocurre con los niveles superiores de las áreas cerebrales, y los inferiores sobre el funcionamiento de las células nerviosas. Resulta completamente desconocido como las células nerviosas “hablan” entre sí. No sabemos qué condiciones trabaja el cerebro, cómo se representa el mundo ni como experimenta las ocupaciones interiores de su actividad, o como planea el futuro. Es decir, aun cuando el cerebro funcionare de manera determinista resultaría imposible describirlo y entenderlo en toda su complejidad⁵⁸⁷.

Por éstas y otras razones Demetrio Crespo postula que las Neurociencias no están en posición de abordar el problema de la libertad en su conjunto, puesto que sus métodos empíricos no son suficientes. Debe entonces tenderse un puente con ciertas premisas filosóficas, culturales y sociales. No existe una probeta que demuestre *negro sobre blanco* que la libertad existe o deje de existir. Sólo desde una consideración profundamente humanista puede tener cabida el discurso científico en materia penal. El Estado sólo puede exigir cuentas de sus actos a

⁵⁸⁶ Íbid., pp. 242-243.

⁵⁸⁷ DEMETRIO C., E. “ Identidad...” Op. Cit., p. 246.

personas, y las personas son algo más que sus cerebros, aunque éstos tengan mucho que ver con la explicación y las claves de su comportamiento⁵⁸⁸.

3. La reacción de la doctrina penal ante el debate planteado por las Neurociencias.

¿Es el comportamiento delictual una opción del hechor, o más bien, es dirigido inevitablemente por su actividad cerebral? ¿Tiene sentido mantener un Derecho Penal bajo los parámetros clásicos, en que se exige culpabilidad en el sujeto para establecer la pena? ¿Tiene sentido la pena?⁵⁸⁹ A lo largo de este capítulo hemos intentado responder parte de esas preguntas bajo postulados científicos y filosóficos. De lo expuesto podemos entender que existen poderosos argumentos para sostener que la libertad de voluntad del ser humano debe seguir afirmándose como un postulado básico de nuestra auto-concepción como personas y seres sociales. De esta forma, la amenaza que significaban las conclusiones extraídas por ciertos neurocientíficos ha disminuido su volumen. Sin embargo, esto no significa que los penalistas no deban hacerse cargo de ésta problemática, que atañe, ni más ni menos, al sistema en el que se basa todo su trabajo dogmático.

En este sentido, Frish observa que las declaraciones formuladas por los neurocientíficos parecen ser mucho más conflictivas para el Derecho Penal que las críticas vertidas en otras épocas contra el Derecho Penal de la culpabilidad (y el

⁵⁸⁸ *Íbid.*, p. 251.

⁵⁸⁹ LEYTON J., J. *Op. Cit.*, pp. 56-57.

libre albedrío)⁵⁹⁰. No se remiten sólo a otra forma de ver las cosas, sino que al resultado de las investigaciones empíricas. Estas declaraciones no pueden ser simplemente ignoradas “en la medida en la que se correspondan con la realidad y deben ser relevantes”⁵⁹¹. Por esta razón, la Ciencia del Derecho Penal tiene que ocuparse de esta crítica contra el fundamento del Derecho Penal de la culpabilidad y rebatirla o debilitar su solidez o relevancia si quiere seguir aferrada al Derecho Penal de la culpabilidad de forma coherente. Como señala Leyton,

“el Derecho Penal debe entregar respuestas que legitimen activamente porqué todavía es correcto, con la autoridad del Estado y el uso de la fuerza, aquellos comportamientos más graves que afectan al todo social tomando como punto basal la culpabilidad, siendo labor de la dogmática generar respuestas que permitan darle racionalidad al castigo, haciéndose cargo de estas críticas”⁵⁹².

i. Defensa del Derecho Penal de la culpabilidad mediante la crítica metodológica y epistemológica, fundada en la autonomía de las ciencias jurídico-sociales, el rechazo del reduccionismo metodológico y la debilidad probatoria de los experimentos

La mayor parte de la ciencia penal ha reaccionado a la defensiva, aunque también se observan matices en el tono de sus respuestas. Desde ya, podemos destacar que la principal crítica viene de quienes⁵⁹³ se aferran incansablemente al concepto clásico de libertad, como fundamento de la responsabilidad penal e imputación. Gran parte de los críticos señalan que las Neurociencias acabaría con distinciones morales básicas entre sujetos responsables y no responsables, o entre acciones responsables y patológicas, sobre las que parece estar construida

⁵⁹⁰ FRISH, *Op. Cit.*, p. 26.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 68.

⁵⁹³ Así, LUZÓN, D. “Libertad...” *Op. Cit.*, p. 35.

nuestra vida social. Es decir, si asumimos sus premisas, “no existirían diferencias entre un sujeto componiendo una obra de música genial y el comportamiento de un esquizofrénico en pleno brote paranoide”⁵⁹⁴.

Al final, los autores provenientes de esta línea de pensamiento imaginan un escenario apocalíptico en que las medidas curativas socioterapéuticas se aplicarían con fines puramente preventivos, dando lugar a esterilizaciones y castraciones, intervenciones en el cerebro y medicación generadora de estados de debilidad. No podría pensar en resocializar en sentido humanitario, ya que esto llevaría a una responsabilidad por su propio hecho⁵⁹⁵. En el fondo, lo que se concluye es que sería muy difícil para la organización social y el Derecho funcionar sin partir de la libertad de actuación de los hombres en circunstancias normales. La educación y los mecanismos de contención no funcionarían si las personas saben que no se les considerará libres y responsables⁵⁹⁶.

Los autores que argumentan desde el punto de vista tradicional, suelen remarcar las terribles consecuencias que se derivarían de llevar estas conclusiones hasta los últimos términos. Señalan así que habría que abandonar un Derecho Penal de la culpabilidad y volver a un Derecho Penal del resultado. Por otro lado, la irresponsabilidad tendría que valer igual para jueces y legisladores, anulándose la reacción del ordenamiento jurídico en su totalidad. El orden social se tambalearía, y nadie sería por tanto responsable por sus actos.

⁵⁹⁴ FEIJOO, S. 2011. *Op. Cit.*, p. 8.

⁵⁹⁵ *Íbid.*

⁵⁹⁶ LUZÓN, D. *Op. Cit.*, p. 27.

Como consecuencia de esto los derechos relacionados con la libertad y la idea de libertad quedarían privados de toda base⁵⁹⁷.

Dentro de los principales argumentos podemos encontrar, en primer lugar, la falta de novedad del conflicto. Así, la conclusión podría ser la siguiente: hay igual *indemostrabilidad* empírica de la libertad y el determinismo⁵⁹⁸. Un segundo argumento sería que la libertad de voluntad no está siendo refutada. Respecto a los experimentos de Libet, el hecho que las decisiones tengan que ver con procesos neuronales, no quiere decir que estemos nosotros determinados⁵⁹⁹. Conviene detenerse en este tipo de argumentos, ya que ellos debilitan de entrada la posibilidad de afectar los fundamentos de la culpabilidad, al atacar directamente los experimentos y sus conclusiones.

Parte de la doctrina penal crítica el *reduccionismo científico* de las propuestas de los neurocientíficos (véase *supra*). Es decir, se señala que las ciencias no tienen competencia para pronunciarse sobre aspectos éticos y filosóficos⁶⁰⁰. En esta línea, Hassemer señala que es equivocado creer que la ciencia tiene la última palabra en lo que se refiere a las peculiaridades del comportamiento humano y social. Así, critica el denominado *error categorial* en el que se estaría incurriendo. Este *error categorial* constituiría una vulneración de la teoría del conocimiento, según el cual toda ciencia ve sólo aquello a lo que sus instrumentos le permiten acceso. Es el objeto formal de la ciencia lo que determina qué pertenece al instrumentario. Por lo tanto, cuando la ciencia actúa fuera del

⁵⁹⁷ DEMETRIO, E. *Op. Cit.*, p. 24.

⁵⁹⁸ *Íbid.*, p. 35.

⁵⁹⁹ DEMETRIO C., E. "Libertad..." *Op. Cit.*, pp. 21-22.

⁶⁰⁰ *Íbid.*

ámbito que le resulta accesible, confunde categorías y genera un caos. Así como los teólogos han pagado su error categorial de tratar de explicar el origen de la génesis de la Tierra, los neurocientíficos no deberían intentar explicar la libertad con base en sus planteamientos⁶⁰¹. En el fondo, los neurocientíficos caerían en un vicio metodológico, al dar por sentado que las ciencias empíricas podrían decidir si las otras ciencias pueden o no desarrollar un concepto de libertad. Asumirían así una inexistente hegemonía entre las ciencias⁶⁰².

Hassemer destaca también la similitud de la propuesta de los neurocientíficos con las dos “olas” que afectaron la ciencia penal en el siglo pasado: los positivistas Lombroso y Ferri, y los psicólogos y humanistas abolicionistas como Arno Plack. Los primeros, “dotados de la soberbia y la fuerza de penetración de las jóvenes ciencias exactas apuntaron al corazón del Derecho penal de la culpabilidad, al identificar y exhibir al “criminal nato””⁶⁰³. Los segundos, mediante la crítica intelectual de las instituciones y la demolición del sistema de los años 70, promovieron la abolición del Derecho penal. Sin embargo, de acuerdo a este autor, no tuvieron más que ofrecer que un desolado y menos amable Derecho de las medidas de seguridad⁶⁰⁴.

Ahora bien, hay quienes expresan su desafección frente al argumento del “error categorial”⁶⁰⁵. Así, Demetrio señala que lo que se trata de determinar es cuál es el pertinente objeto de conocimiento científico, y no una mera

⁶⁰¹ HASSEMER, W. *Op. cit.*, p. 7.

⁶⁰² DEMETRIO C., E. “Libertad...”, *Óp. Cit.*, pp. 21-22.

⁶⁰³ HASSEMER, W. *Op. cit.*, p. 2.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ DEMETRIO, E. “Compatibilismo” *Op. Cit.*, pp. 36-37.

diversificación de disciplinas. Sería oportuno recordar que “el Derecho penal debe atender permanentemente a los fenómenos que están detrás de sus regulaciones y éstos no consisten sólo en la supuesta “convención” sobre la libertad de voluntad”⁶⁰⁶. En efecto, como señala Demetrio⁶⁰⁷, no se debe perder de vista que la carga de la justificación del castigo la tiene quien afirma su legitimidad. Por lo tanto, el punto de vista válido no puede consistir en preservar la buena consciencia, sino una consideración abierta a otras ciencias, dando posibilidades a oportunidades de cambio que mejoren y humanicen el Derecho Penal. Por ejemplo, que las causales de inimputabilidad dependan de una imputación normativa, no significa que se deba perder de vista que la investigación debe centrarse en la práctica forense. De la misma manera, el Derecho Penal debe preocuparse del fenómeno que está detrás de sus imputaciones, y que no consiste solo en la convención inicial sobre la libertad.

Lo que muchos autores concluyen, por otro lado, es que no se trata de negar interesantes aportaciones científicas, sino dejar en evidencia que algunos prestigiosos neurocientíficos como Singer, Roth y Prinz (véase *supra*) pierden de vista que lo decisivo no es la distinción *verdad/falsedad*, sino la *corrección* de los argumentos. Es decir, la vida social no se puede explicar por medio de la descripción de procesos neuronales, al igual que tampoco puede hacerse a partir de la química inorgánica presente en el cerebro⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ *Íbid.*, p. 37.

⁶⁰⁷ DEMETRIO C., E. “Libertad...” *Op. Cit.*, pp. 4-5.

⁶⁰⁸ FEIJOO S., B. *Op. cit.*, p. 10.

Se puede, señala Luzón Peña, prescindir de la demostración de la libertad mediante experimentos o comprobaciones físico-químicas-biológicas. Basta con volver a insistir, un siglo después, algo que ya se puso de relieve la concepción neoclásica del delito, junto con la filosofía de los valores de del neokantismo y la filosofía de valores: El método de las ciencias naturales no es adecuado para comprender las “ciencias del espíritu”, es decir, las ciencias humanas y sociales⁶⁰⁹. Debe, igualmente existir un “acoplamiento estructural” entre “el sistema jurídico y las ciencias empíricas” de modo que “las soluciones normativas nunca pueden ser incompatibles con las construcciones implantadas en las ciencias empíricas”. Así también, “las construcciones jurídicas se han de ver expuestas a otros discursos sociales como los de la neurología o la psicología, pero estos discursos también han de verse sometidos a los discursos jurídicos”⁶¹⁰.

De todas maneras, debe recordarse que decisiones basadas en fundamentos empíricos inseguros no serían algo fuera de lo normal para el jurista. Pues la solución para el legislador y para el jurista, en este tipo de casos, ha sido a menudo acudir a las reglas de la razón práctica. Es decir, la decisión se adopta desde una perspectiva jurídica, de acuerdo a criterios normativos (como lo demuestra la utilización del principio *in dubio pro reo*, ante la duda sobre si una persona acusada por un hecho lo ha realizado realmente). Esto es plenamente aplicable a lo que nos ocupa, ya que “un ordenamiento jurídico que pueda ser gravemente lesionado, sin que ello tenga consecuencias no sólo no puede mantener a largo tiempo su función de distribución de libertades y bienes, sino

⁶⁰⁹ LUZÓN P., D. *Op. cit.*, p. 37.

⁶¹⁰ FEIJOO S., B. *Op. cit.*, p. 20.

tampoco de garantizarlos”⁶¹¹. El ordenamiento jurídico no podría eludir, entonces, la decisión sobre uno de los modelos que han de tenerse en consideración.

Muchos penalistas desarrollan también la que hemos denominado *crítica metodológica* en contra de las Neurociencias. Se critica el hecho de que los experimentos realizados por científicos como Libet, no permiten llegar a la conclusión de que *no se pueda actuar de otro modo*. Existirían, de acuerdo a esta opinión, múltiples condicionantes: se trata de experimentos referidos a movimientos básicos como mover un dedo o una mano, que no reflejan la complejidad valorativa y moral de las decisiones. Las Neurociencias no demostrarían necesariamente que la decisión consciente derive de la actividad orgánica del cerebro⁶¹².

La principal crítica consiste en la imposibilidad de refutar la libertad por medio de estos experimentos –y específicamente, a través de *estos* experimentos. Así, la principal debilidad estaría en la imposibilidad de generalizar las conclusiones extraídas de estos estudios. En este sentido, Luzón Peña critica su relevancia, al señalar que “la comprobación segura de la hipótesis determinista exigiría tener la comprobación no en un sujeto concreto, o en unos cuantos, a modo de muestra sociológica, sino en la totalidad de los humanos y eso es imposible⁶¹³”. También critica la posibilidad de extraer conclusiones sobre la libertad humana de ellos: “No se puede admitir en absoluto una pretendida validez universal de parciales y aislados experimentos de las neurociencias sobre los

⁶¹¹ FRISH, W. *Op. Cit.*, pp. 54-55.

⁶¹² *Ibid.*, p. 50-51.

⁶¹³ LUZÓN P., D. *Op. cit.*, p. 34.

impulsos neuronales” y “menos la validez de las inferencias que de ellos se quieren extraer de que sólo las capas profundas neuronales determinan realmente el actuar humano y le imponen totalmente su decisión a la parte cerebral donde radican la conciencia y voluntad”⁶¹⁴. De esta manera, el determinismo se remitiría, como argumento de peso, a la ley universal de la causalidad. Esto implicaría una determinación del comportamiento humano en términos similares al animal, lo que “no se basa en pruebas irrefutables y comprobadas en todos los humanos en comparación con todos los animales”, lo que se basaría en un “pre-juicio firmemente asentado en muchos de estos científicos experimentales, el que nada en el mundo, ni las fuerzas de la naturaleza, ni los animales ni los humanos puede sustraerse a las leyes de la causalidad”⁶¹⁵

Luzón señala que no se tiene en cuenta que los fenómenos naturales y los movimientos animales *no tienen* voluntad racional. Para él, sería ésta y no otra, la causa decisiva y determinante del ser humano. La consciencia moral le permitiría al ser humano, a diferencia de los demás animales, “valorar el significado de los actos como bueno o malo”, desarrollar “la capacidad de sustraerse a la ley causal ciega de la naturaleza” pudiendo así “controlar la naturaleza y dominarla cada vez en mayor medida, de poder valorar tanto utilitaria como moralmente y de poder elegir y decidir entre posibles efectos, tanto en lo cotidiano y menos importante, como en lo más importante y trascendente”⁶¹⁶. En este sentido, Luzón ve en la

⁶¹⁴ *Íbid.*

⁶¹⁵ *Íbid.*, p. 35.

⁶¹⁶ *Íbid.*, p. 34-45.

libertad de voluntad, la clave para sustraerse de la causalidad natural, lo que parece remitirnos a una concepción clásica del concepto.

Una crítica que se le dirige a estos experimentos, especialmente el de Libet, es si verdaderamente ellos suponen la imposibilidad de controlar nuestras decisiones. Tomando en cuenta la brevedad –“¡Se trata de milésimas de segundo!”⁶¹⁷- de los lapsos de tiempo entre el *potencial de disposición* y la consciencia del deseo (véase *supra*), podría postularse que la *decisión consciente* se produce antes de la actividad orgánica del cerebro, y que es sólo la *autoobservación* consciente de esta actividad la que se produce posteriormente⁶¹⁸.

Por otra parte, no debe soslayarse que éstos experimentos no reflejarían las decisiones más importantes para el Derecho Penal. Así, todos los experimentos estarían referidos a decisiones breves, adoptadas en un corto espacio de tiempo. Parece dudoso, señala Frish, extraer conclusiones en relación a la posibilidad de una decisión correcta en caso de decisiones que tienen lugar después de ponderar diversos puntos de vista y argumentos opuestos. En las decisiones sometidas a experimentación no jugarían rol alguno aquellas decisiones que tiene significado central en las decisiones que interesan jurídico-penalmente (y moralmente), esto es, la desviación del deber derivado de una norma. Refutar por medio de tales experimentos, en los que el deber no aparece

⁶¹⁷ FRISH, W. *Op. cit.*, p. 49.

⁶¹⁸ *Íbid.*

conceptualmente de modo alguno, la capacidad del ser humano de decidirse a favor de lo debido, sería algo incomprensible⁶¹⁹.

Otro defecto de estas teorías sería que la deducción parte solamente de la observación de procesos cerebrales y de la *autoobservación* de la persona sobre el momento en que se ha tomado la decisión. A partir de esto se concluye que no existe capacidad para decidir una cosa, esto es, de decidirse de acuerdo a exigencias jurídicas o morales. Esto, para Frish, sería cualquier cosa, menos evidente. Pues de esos dos elementos no se puede desprender la causalidad de los procesos mentales. De hecho, el mismo Libet⁶²⁰ no habría interpretado sus experimentos como una refutación del libre albedrío. Así, se podría interpretar que la capacidad para decidir existe, sólo que no se ha puesto en marcha. Sobre ello, la reiterada sucesión de lo observado diría poco. Por lo tanto, conocimientos neurocientíficos no aportarían realmente una prueba convincente contra la capacidad de una persona para adoptar una decisión correcta. Su defecto metodológico y epistemológico se encontraría en que se busca refutar mediante los medios de la observación y demostrar la inexistencia de un estado de cosas que “quizás se sustrae totalmente a la observación, y posiblemente, en caso de no

⁶¹⁹ *Íbid.*, p. 50.

⁶²⁰ Libet constató que aún la consciencia puede afectar el proceso: ya sea, permitiendo que la iniciativa voluntaria pueda completarse, pudiendo constituir un gatillante para su terminación, o pudiendo bloquear o vetar el proceso y prevenir la generación del acto. Véase: LIBET, B. 2002. The timing of mental events: Libet's Experimental Findings and Their implications. *Consciousness and Cognition* 11: 292. Frish alude a ésta interpretación de sus experimentos para formular la crítica, al poder el sujeto contar con un “veto” libre de la persona contra su decisión condicionada neurológicamente. Véase FRISH, W. *Op. Cit.*, p. 51.

utilización no va dejando (más allá del autoanálisis sin más rastros medibles para terceros”⁶²¹.

Como podemos ver, los trabajos experimentales provenientes del ámbito de las neurociencias no tienen la fuerza probatoria suficiente para derribar presupuestos básicos sobre la libertad del ser humano. Se trata de trabajos empíricos que están en sus fases iniciales, tienen un carácter restringido y “todavía están muy lejos de poder reproducir en los experimentos cómo se configuran los procesos mentales dentro de la complejidad social”⁶²². Todavía no existiría, por tanto, un bagaje de conocimientos que ofrezca razones sólidas para tirar por la borda un sistema de libertades como el que nos hemos dado. Los experimentos se encuentran todavía en una fase demasiado inicial para poder revolucionar por completo nuestro sistema social⁶²³

A modo de conclusión, podemos señalar que las críticas a los experimentos desarrollados por neurocientíficos se estructuran en distintos niveles. Hay quienes se aproximan desde el argumento del *error categorial* para criticar el intento de los neurocientíficos de aproximarse a las discusiones desarrolladas en el seno de la dogmática jurídico-penal. Este planteamiento, si bien en principio podría zanjar definitivamente el debate, no permite constatar que los estudios se relacionan con elementos empíricos que subyacen a muchas de las teorías de fundamentación de la culpabilidad jurídico penal. Por otro lado, las críticas metodológicas nos permiten concluir que no se trata de experimentos definitivos, sino que se

⁶²¹ FRISH, W. *Op. cit.*, p. 52.

⁶²² FEIJOO, B. *Op. Cit.*, p. 15.

⁶²³ *Íbid.*

encuentran en etapas tempranas, principalmente referido a un reducido tipo de acciones humanas. Sus conclusiones aún no pueden generalizarse. Sin embargo, no se debe perder de vista que, si en algún momento, estos experimentos afectan sustancialmente la visión que tiene el ser humano sobre sí mismo, es preciso desarrollar una argumentación que permita determinar si es viable mantener un Derecho penal de la culpabilidad, e incluso, si es posible mantener el Derecho Penal como forma de solución de los conflictos sociales.

Si las Neurociencias no proveen respuestas certeras respecto a la verdad del determinismo, destaca Frish, tampoco lo hace para el libre albedrío, en el sentido de libertad para actuar de acuerdo a lo jurídicamente debido. La aceptación de la libertad puede parecer más simpática o más conforme a nuestras experiencias. Pero nos encontraríamos en verdad en una situación de *non liquet* en el plano empírico⁶²⁴.

ii. Libertad, indeterminismo y culpabilidad jurídico-penal

Vinculándolo a las actuales concepciones normativas presentes en el Derecho Penal, Feijoo señala que la asunción del yo como construcción cerebral, y la falta de escisión entre mente y cerebro, no conducen necesariamente a una modificación sustancial del ordenamiento jurídico. El denominado *error de Descartes*⁶²⁵ sólo sería relevante para aquellos que mantengan una teoría fuerte

⁶²⁴ FRISH, W. *Op. cit.*, p. 53.

⁶²⁵ Cuando se habla del “error de Descartes” se alude a la expresión con la que el neurólogo Antonio Damasio titula su libro, el que critica la concepción, defendida por el filósofo, de una mente separada del cuerpo, idea profundamente arraigada en la cultura occidental. Esta concepción demostraría ser errónea, ya que las emociones y los sentimientos no sólo tienen un papel relevante en la racionalidad humana, sino que

del libre albedrío, vinculado a la concepción dualista que lleva a negar que la consciencia sea propiedad del cerebro. De acuerdo al autor, hace mucho tiempo que tanto la doctrina como la filosofía sostienen que una teoría radicalmente indeterminista no puede explicar la imputación de culpabilidad. De lo contrario, el Derecho Penal no sería más que la consecuencia de la casualidad o el azar. No sería, por consiguiente, más que una lotería de mala suerte:

Una voluntad libre entendida como una voluntad absolutamente aleatoria, incondicionada y no determinada por nada, que en todo momento debiera semejarse a un motor no movido que inicia una cadena causal completamente nueva, se trataría de una voluntad sin control y sin propietario que no podría justificar ningún tipo de responsabilidad. El indeterminismo absoluto nos priva de control, y por tanto, de responsabilidad por nuestra(s) acciones”⁶²⁶

La cuestión determinante para la teoría del Derecho Penal, según Feijoo, no sería si estamos determinados, sino *cómo* lo estamos. Sería evidente que los pensamientos no son enigmas espirituales, sino procesos mecánicos que pueden ser estudiados, y que el cerebro determina a la mente, en tanto entidad física. El progresivo refinamiento de los métodos de investigación ha abierto posibilidades ilimitadas de analizar los mecanismos neuronales que subyacen al cerebro humano⁶²⁷. Ahora bien, la culpabilidad, como ya hemos esbozado, no es una característica natural del ser humano, sino *un proceso social de imputación*, con sus propias reglas y criterios. Depende, en gran medida de la función social del Derecho Penal. Por lo que determinismo e indeterminismo no serían decisivos

cualquier daño en la corteza prefrontal puede hacer que un individuo sea incapaz de generar emociones de manera efectiva. Véase: DAMASIO, A. 2006. El error de Descartes. Madrid, Crítica. 344p.

⁶²⁶ FEIJOO S., B. *Op. cit.*, p. 19.

⁶²⁷ *Íbid.*

para el fundamento de la culpabilidad jurídico penal. Y no lo serían porque “determinismo e indeterminismo son conceptos *descriptivos* que se refieren a una concepción sobre el funcionamiento del mundo natural”⁶²⁸. Es decir, la “idea de responsabilidad no se (sic) tiene porqué ser necesariamente modificada, porque es de naturaleza *adscriptiva*, de acuerdo con reglas que tienen que ver con la configuración valorativa o normativa de la sociedad”⁶²⁹. Las ciencias empíricas no determinan los procesos sociales de imputación, sino que estos son autónomos en su propia configuración de los parámetros normativos.

Feijoo afirma que existe un planteamiento erróneo de partida, consiste en confundir libertad con indeterminación, y de dicho error se deriva la idea de que el determinismo es incompatible con la libertad, y por consiguiente con la responsabilidad. La verdad sería otra: “el monismo anti-cartesiano no conmueve en absoluto las bases modernas de la culpabilidad, en su concepción tradicionalmente preventiva”⁶³⁰. Esto se debe a que la mayoría de los autores han desvinculado el fundamento último de la responsabilidad de la *capacidad de actuar de otro modo*. En algunos casos esto ha llevado a distorsiones del sistema de imputación, pero la mayoría de los autores ha partido de una posición agnóstica respecto a la disputa entre deterministas e indeterministas. O bien, han partido de una fundamentación de la culpabilidad compatible con posiciones deterministas o con ambas posiciones. La primera posición, ha sido defendida por

⁶²⁸ *Íbid.*, p. 21.

⁶²⁹ *Íbid.*

⁶³⁰ *Íbid.*, p. 22.

Mir Puig⁶³¹, mientras que la segunda por Roxin⁶³². Los fundamentos que ofrecen estos autores nada tienen que ver con los fundamentos de la culpabilidad provenientes de la filosofía moral como posibilidad hipotética de *actuar de otro modo*⁶³³.

En esta línea, Demetrio⁶³⁴ entiende que ni el *neurodeterminismo*, ni el indeterminismo *librearbitrista* son capaces de ofrecer una respuesta adecuada en el ámbito del Derecho penal, por lo que cree que el *compatibilismo* supone una *buena salida*. Por su propia naturaleza, el compatibilismo supondría un punto medio entre *determinismo fuerte* y *puro indeterminismo*. Respecto al primero –que *determinismo* puramente mecanicista- se podría concluir que ha sido relevado del plano de la filosofía de la ciencia y la física cuántica, por el “principio de la incertidumbre”⁶³⁵. El segundo –*indeterminismo librearbitrista*- conduciría a una “especie de vacío libre de motivos y condicionamientos, aserto que ha devenido falso”⁶³⁶. La posición *compatibilista*, así, estaría fundada sobre la idea de que nuestros actos, en efecto, están condicionados, o al menos, condicionados por muchos factores que lo determinan en gran parte. Sin embargo, frente a ellos, es posible reconocer un margen de libertad.

Frente al primer grupo de soluciones- la posición agnóstica, Feijoo la pone en cuestión⁶³⁷ por considerar que no resuelve adecuadamente el problema de

⁶³¹ MIR P., S. *Op. Cit.*, p. 80.

⁶³² ROXIN, C. “Derecho...”. *Op. Cit.*, p. 806.

⁶³³ FEIJOO, S. *Op. Cit.*, p. 23.

⁶³⁴ DEMETRIO, E. “Compatibilismo...” *Op. Cit.*, pp. 28-29.

⁶³⁵ *Íbid.*

⁶³⁶ *Íbid.*

⁶³⁷ FEIJOO, S. *Op. Cit.* p. 24

fondo. El autor señala que aun cuando el libre albedrío no sea demostrable, se debe partir de él para fundamentar el Derecho Penal. Cada pena debe también justificarse en concreto, por lo que no basta con legitimar el ordenamiento punitivo en su conjunto. Es decir, se debe explicar por qué el sujeto debe ser castigado, cuando no esté afecto a una causal de exclusión de culpabilidad. Ese fundamento debe tener en cuenta el contexto científico actual. Por esta razón, el planteamiento de Roxin sería erróneo, ya que la culpabilidad no sólo puede ser un límite, sino que también un presupuesto de la pena (véase, *supra*, II.4.D.iii). Si el fundamento de la culpabilidad termina desembocando en una ficción, las críticas de los neurocientíficos serían ciertas.

Pero y entonces ¿Qué debe entenderse por *libertad de voluntad*? Si se entiende la voluntad no como carecer de causas determinantes, sino ser uno mismo causa de la acción, en sentido jurídico la capacidad tiene que ver con la autodeterminación. Así, la libertad de decisión consiste en “la capacidad, que se va adquiriendo progresivamente en el proceso de maduración, educación y socialización, para ser dueño de los propios actos.”⁶³⁸ Naturalmente, esto se entiende así salvo que concurren condiciones o circunstancias anormales que impidan o perturben esta capacidad de voluntad⁶³⁹. “Este dominio de los propios actos y control de los impulsos y emociones profundas es algo que, como es sabido, se puede adquirir paulatinamente con el uso de medios como fármacos o sustancias, o de diversas técnicas de ayuda psico-fisiológica”⁶⁴⁰

⁶³⁸ LUZÓN P., D. *Op. Cit.*, p. 36.

⁶³⁹ *Íbid.*

⁶⁴⁰ *Íbid.*, p. 36.

Está capacidad para auto determinarse, para Feijoo, se relaciona íntimamente con *la responsabilidad personal por el respeto externo a las normas*. Es decir, por no erosionar las normas esenciales. Quien no está dispuesto a recibir un trato puramente instrumental, debe asumir que sus comportamientos tienen una dimensión comunicativa que puede generar responsabilidad. La alternativa a esta estrategia sería la aplicación de medidas de seguridad o preventivo especiales encaminadas a conseguir su personalidad. Si se asumiera esto, no solo los ciudadanos no tendrían responsabilidad, sino que tampoco libertad. Las Neurociencias sí pueden ayudar a vislumbrar ciertos supuestos de ausencia o disminución de capacidad. Pero una vez reconocida la competencia normativa, esta se guiaría por la prevención general.

Un argumento que se da frecuentemente para criticar el rechazo de la libertad, es que ésta no sólo tiene según algunos un fundamento empírico, según muchos tiene un *fundamento normativo*⁶⁴¹: así, se asume un concepto *normativo* de culpabilidad. La inmensa mayoría de las personas se ven, se sienten y se perciben a sí mismo y a los demás como capaces en circunstancias normales de decisión libre. Es decir, la reconstrucción social de la realidad pertenece a la sociedad. Estos argumentos se ven reforzados por investigaciones de la moderna

⁶⁴¹ Así, ROXIN. "Culpabilidad Op. Cit., pp. 48-49. Para él, la objeción de que en Derecho Penal no se puede partir de una hipótesis indemostrable como la existencia de libertad de voluntad o la posibilidad de culpabilidad humana sólo es convincente en tanto no se perjudique al delincuente, y así, no constituye un fundamento de la pena. Sin embargo, la libertad como límite al poder estatal, no constituye una afirmación de una declaración ontológica, sino de un postulado político criminal dirigido a los jueces: "Debes tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona capaz de una decisión autónoma y de responsabilidad, siempre que su capacidad de motivación normal no esté anulada por perturbaciones psíquicas" Tales reglas de juego sociales, que ayudan a una ordenación satisfactoria de la convivencia humana (y en general determinan toda la vida social e la persona, incluso fuera del ámbito jurídico), no deben considerarse como constataciones ontológicas pseudocientíficas; "son simplemente principios normativos reguladores que no deben enjuiciarse sobre los criterios "verdadero" o "falso"; sino según su utilidad o dañosidad sociales."

antropología y psicología, que señalan que el hombre es capaz de controlar sus impulsos e instintos mediante la inteligencia y la voluntad⁶⁴². Es por eso que estaríamos ante una premisa o aserción normativa de libertad. Ahora bien, como señala Luzón, constituye una aserción y no una ficción, pues la libertad tiene bases fácticas, empíricas, antropológicas y sociológicas. Se parte de la premisa de libertad en todos los hombres siempre que no hayan circunstancias excepcionales que no la anulen por completo⁶⁴³.

De acuerdo a Hassemer, forma parte de la estructura del Derecho Penal, la concepción fundamental de la responsabilidad, concepto que se encuentra profundamente fundamentado en la naturaleza de nuestra comunicación normativa cotidiana. Esta concepción se encuentra fundamentada en un concepto esencial dentro de nuestra cultura, como lo es la personalidad y la dignidad humana. La dignidad, atraviesa todo el espectro del ordenamiento jurídico, y se manifiesta en el Derecho Penal a través del principio de imputación. El principio de imputación recogería una orientación cotidiana y la incorporaría a la estructura del sistema penal. Sin esta idea, nada sería igual para el Derecho, por lo que para las ciencias empíricas esto sería inaccesible⁶⁴⁴.

El autor recurre a la distinción entre imputación objetiva y subjetiva para explicar la justificación de la responsabilidad. Así, la imputación objetiva busca establecer “la conexión entre la conducta humana y un acontecimiento. Trata la cuestión acerca de si el acontecimiento puede ser considerado como

⁶⁴² LUZÓN, D. *Op. Cit.*, pp. 23-34.

⁶⁴³ *Íbid.*, p. 27.

⁶⁴⁴ HASSEMER, W. *Op. cit.*, pp. 8-9.

consecuencia de un comportamiento”⁶⁴⁵. Sin ella no tendríamos nociones ciertas sobre la causalidad y estaríamos sujetos a sorpresas irritantes. Por otro lado, la imputación subjetiva establece la conexión entre el acontecimiento y la responsabilidad de la persona. Es decir, fundamenta la culpabilidad, determinando si la persona puede ser objeto de un reproche por su conducta, y si puede no ser responsabilizado por no haber podido evitarlo. Harsanyi concluye lo siguiente:

Quien –por las razones que fuere- niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hace, elimina pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción”⁶⁴⁶.

Por lo tanto, “cuando no hay indicios de lo contrario, atribuimos al otro la responsabilidad que vemos en nosotros mismos y que reivindicamos para nosotros”⁶⁴⁷ no porque así lo establezcan los estudios científicos, sino porque así es nuestro trato social. Es decir, tenemos una experiencia sobre la responsabilidad de los demás y sobre qué es lo que significa, aun cuando hemos sido corregidos en ella. Ello “no nos ha convencido de que nuestro mundo esté poblado de máquinas humanas”⁶⁴⁸. En el fondo, de acuerdo a esta posición, la responsabilidad y la imputación no descansan en razones empíricas, sino sociales. Funcionan a través de la racionalidad, y no de la ignorancia y pueden ser afectados por las ciencias empíricas en la medida que éstas estén abiertas a lo social⁶⁴⁹. No

⁶⁴⁵ *Íbid.*, p. 9.

⁶⁴⁶ *Íbid.*

⁶⁴⁷ *Íbid.*

⁶⁴⁸ *Íbid.*, pp 9 -10.

⁶⁴⁹ *Íbid.*

constituye una ficción necesaria, sino que se trata de instrumentos que “están abiertos a la altura de los tiempos y se corresponden con el objeto formal del Derecho penal”⁶⁵⁰. Naturalmente, reconoce Hassemer, la ciencia penal no puede quedar completamente al margen de los experimentos, a pesar de que sólo pueda asumir una posición pasiva. Sin embargo, el mismo respeto que el Derecho Penal tiene con la ciencia, debe ser exigido a las Neurociencias cuando se trata de las estructuras sociales de imputación. Un Derecho válido no puede construirse a partir de una concepción inadecuada de los procesos naturales, pero ello no quiere decir que los subsistemas Ciencia y Derecho no sean independientes. “Cada uno tiene sus propias reglas del juego”⁶⁵¹. Así, la libertad sería una creación social con la que resulta imposible trabajar en un laboratorio. Quien aspira frente a los otros a un ámbito de libertad debe asumir una serie de contraprestaciones cuyo incumplimiento se denomina responsabilidad.⁶⁵²

De acuerdo a Hassemer, si se reconstruye el principio de culpabilidad, la responsabilidad y la imputación subjetiva, no es posible establecer un límite inferior para el conocimiento humano. Pues el juez de la instancia está incapacitado para constatar que el condenado podría haber actuado de otro modo, como lo hizo en la concreta situación. Para esto, debería indagar en la libertad de acción en su modo más profundo, intentando llegar a la consciencia misma del agente. Teniendo en cuenta los conocimientos humanos y las condiciones estructurales, no puede simplemente un juez hacerse cargo de este tipo de juicios.

⁶⁵⁰ *Íbid.*

⁶⁵¹ FEIJOO, S. *Op. Cit.*, p. 20.

⁶⁵² *Íbid.*, p. 14.

Sería justamente este auto-engaño en el que incurren los penalistas, al creer que el juez puede acceder a este nivel de conocimientos, que habría llevado a los neurocientíficos a plantear su amenaza a la retórica jurídico-penal de la libertad⁶⁵³.

El argumento basado en la *concepción normativa* de la culpabilidad ha sido criticado por algunos, que consideran que es una verdadera “escapatoria” al problema real. Hirsh⁶⁵⁴, seguido por Feijoo⁶⁵⁵, postula que no se puede constituir una solución verdaderamente científica, pues no se trata aquí de meras diferencias según la disciplina, sino que justamente se está tratando con el objeto pertinente del conocimiento científico. Por esto, no se estaría resolviendo el problema al adjudicarle la carga de la prueba al determinismo, asumiendo que se debe partir *indeterminismo* mientras no se puede probar lo contrario⁶⁵⁶. Esto podrá bastar para el sujeto, pero no para el fundamento de una parte del ordenamiento jurídico. Por esto, para Hirsh, el motivo por el cual el indeterminismo rebrota constantemente, se relaciona con la falta de precisión de la cuestión decisiva para el sistema normativo. Esta consiste en el *autoentendimiento* como punto de referencia, ya que las normas sociales no pueden entrar en contradicción con el autoentendimiento de los destinatarios. Es decir, se partiría de la percepción de la libertad de libertad, no por sí mismo, sino como fundamento general del comportamiento humano⁶⁵⁷.

⁶⁵³ HASSEMER, W. *Op. Cit.*, pp 10-11.

⁶⁵⁴ HIRSH, H (2010, citado en DEMETRIO, E. *Op. Cit.* p. 24).

⁶⁵⁵ DEMETRIO, E. *Op. Cit.*, p. 24.

⁶⁵⁶ *Íbid.*

⁶⁵⁷ HIRSH, H (2010, citado en DEMETRIO, E. *Op. Cit.* p. 25).

Otro argumento, considerado erróneo por Luzón, postula que la libertad para actuar de otro modo es insuficiente para fundar la culpabilidad, pues en muchos casos no se declara la culpabilidad habiendo posibilidad de actuar de otro modo. Pero este argumento no tendría en cuenta que la libertad es el principal, pero no el único fundamento de la reprochabilidad⁶⁵⁸.

Existen también diferentes visiones de la culpabilidad y su relación con el ordenamiento jurídico. Gunther⁶⁵⁹, señala que el sistema legal no regula la culpabilidad de forma afirmativa, sino de forma negativa, haciendo uso del modelo regla-excepción. Según esto, la culpabilidad sería aquello que queda cuando no queda ninguna de las excepciones previamente determinadas por el Derecho. Eso lleva a Hart a interpretar la responsabilidad en el Derecho, como una imputación impugnabile. A partir de esto, Gunther señala que el Derecho Penal funciona a partir de suposiciones de normalidad, que se puede impugnar invocando excepciones. Estas excepciones no actuarían como un sistema cerrado, pues no conocemos todas las circunstancias necesarias para la suposición de la normalidad misma. La culpabilidad, se basaría en una regularidad estadística. También la culpabilidad tendría un sentido normativo. Este sentido estaría dado por la dimensión normativa del ejercicio del control social a través del modo en que se utilizan los conceptos normativos. Así, todo concepto normativo reflejaría el propio entendimiento de la sociedad que resulta de la crítica y justificación

⁶⁵⁸ LUZÓN P., D. *Op. Cit.*, p. 27.

⁶⁵⁹ GÜNTHER, K (2006, citado en DEMETRIO, E. "Libertad" *Op. Cit.*, p. 27.)

públicas. Según esto, la culpabilidad sólo se fundaría en un valor o funcionalidad social⁶⁶⁰.

- iii. La fundamentación de la culpabilidad frente a las conclusiones de los neurocientíficos: la autoconvicción social de la libertad, las teorías funcionales, la teoría comunicativa y la concepción normativa de la culpabilidad.

En el debate sobre la relación entre Neurociencias y culpabilidad jurídico-penal se puede vislumbrar una confusión en torno a diversas cuestiones básicas que deberían ser diferencias. Esta confusión, de acuerdo a Feijoo, se daría no sólo en los escritos de los neurocientíficos, sino que también de los juristas que se han puesto a la defensiva. Una cuestión, según él, es la necesidad de modificar la función social o la orientación preventiva del Derecho Penal vigente -la justificación social de la pena- y otra distinta sería la fundamentación de la culpabilidad como legitimación de las penas que se imponen en cada caso concreto. “En muchas respuestas a los neurocientíficos se puede observar que ciertos autores creen que con la respuesta a la primera cuestión –mucho más fácil de rebatir (...) se está respondiendo la segunda”⁶⁶¹.

Las Neurociencias nos obligarían a reflexionar sobre el *fundamento* de la culpabilidad. El papel de la dogmática, en efecto, no es otro que indagar una y otra vez sobre los criterios de adscripción social de acuerdo con las funciones propias del sistema de imputación correspondiente, especialmente ante los retos

⁶⁶⁰ *Íbid.*

⁶⁶¹ FEIJOO, B. Op. Cit., p. 9.

plantados por los avances científicos⁶⁶². Esto no se resuelve mediante recursos agnóstico-pragmáticos que pretenden desarrollar un concepto de culpabilidad abierto tanto a las hipótesis deterministas como indeterministas que parten de la proposición normativa de que los infractores tienen la capacidad de evitar el injusto.⁶⁶³ Existirían así diversas formas de fundamentación de la culpabilidad de cara al futuro, y que intentarían rehuir una naturaleza puramente ficticia del principio de culpabilidad: por una parte, la perspectiva de la primera persona y del sentimiento extendido del libre albedrío, tesis generalizada en la doctrina anglosajona; por otra, la culpabilidad como construcción social, tesis que está expandiéndose en Alemania.

La tesis de la primera persona ha sido defendida por autores⁶⁶⁴ que han intentado fundamentar la culpabilidad recurriendo a una consciencia, experiencia, o sensación generalizada de libre albedrío. En esta línea, Hirsch plantea que “si las normas deben alcanzar a sus destinatarios, deben tomar a los hombres como ellos se entienden a sí mismos. De lo contrario caerían en vacío”⁶⁶⁵. Se parte así de la idea de que no se puede constatar si en el caso concreto el autor tuvo la posibilidad de actuar de otra manera, por lo que se propone partir del reproche de culpabilidad desde la perspectiva interna. Dado que el ser humano se percibe a sí mismo libre, ese *autoentendimiento* tendría que constituir el punto de referencia. “Las normas penales no pueden situarse en contradicción (a)l autoentendimiento

⁶⁶² *Íbid.*, p. 17.

⁶⁶³ *Íbid.*, p. 24.

⁶⁶⁴ BURKHARDT, B(1998, citado por FEIJOO, B. Op. Cit, p. 24.); HIRSCH, H. 2013. Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y Derecho pena. En: DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M (Coord.). *Op. Cit.*, p. 51.

⁶⁶⁵ HIRSCH, H. *Op. Cit.*

social que experimentan sus destinatarios. Más bien deben orientarse a su visión subjetiva del mundo y con ello partir de la sensación de libertad de voluntad”⁶⁶⁶. Es decir, esta posición se funda en la perspectiva interna o subjetiva del autor. Lo decisivo, por tanto, sería si el autor presuponía o no la posibilidad de actuar de otra manera.

Frente a esta argumentación, se puede plantear lo siguiente: se debe demostrar, para que ésta idea pueda servir de fundamento de la culpabilidad, que la sensación o experiencia va acompañada de una *voluntad libre*⁶⁶⁷. Cómo lo demuestran los experimentos de estimulación eléctrica de una parte del cerebro donde los sujetos adquieren experiencias subjetivas *extracorporales*, la percepción no siempre va acompañada de una voluntad real. Uno puede verse a uno mismo fuera del cuerpo (fenómeno de la *autoscopia*), y por lo tanto, la percepción de un sujeto puede ser falsa. No siempre las cosas son lo que parecen. Los neurocientíficos tienen fuertes razones para adherir a esta crítica. Los autores que postulan esa doctrina penal, confundirían la imposibilidad de prever nuestros comportamientos con el hecho que estos se encuentren o no determinados. La ciencia es, justamente, la que puede explicar por qué tenemos una sensación subjetiva, aunque no se corresponde con la realidad⁶⁶⁸.

Si lo analizamos desde la perspectiva de una observación de *segundo orden* (véase, *supra*, II.2.E.i), podemos descubrir que los seres humanos pueden analizar sus procesos de determinación. Si bien la libertad, como fenómeno de la

⁶⁶⁶ *Íbid.*, p. 51.

⁶⁶⁷ FEIJOO, B. 2011. *Op. Cit.*, p. 25.

⁶⁶⁸ *Íbid.*, p. 26.

consciencia, sólo es accesible desde la perspectiva de primera persona, los seres humanos pueden acceder a ella mediante *observaciones de segundo orden*. Este proceso no sólo tiene por objeto las observaciones que el sujeto hace de sí mismo, sino que también las que hace en relación a sí mismo (*auto-observaciones*). Observación de segundo orden es una *heterobservación* que observa como tienen lugar las observaciones (incluyendo lo que éstos no pueden ver). La *observación de segundo orden* tiene acceso a las razones “que determinan por qué el sujeto observado ve lo que ve y, asimismo, cuáles son las razones por las cuales no puede ver lo que no ve”⁶⁶⁹. Así, los neurocientíficos nos han permitido realizar brillantes *observaciones de segundo orden* del funcionamiento cerebral y de los procesos mentales de los seres humanos explicando aspecto de nuestro propio comportamientos a los que somos ciegos desde la perspectiva introspectiva o de primera persona”⁶⁷⁰. Es decir, la percepción de libertad de los sujetos no niega que estos puedan comprender las razones de su percepción. De esa manera, la experiencia subjetiva de libertad no serviría de fundamento. Ella puede surgir de manera independiente a las fuerzas causales de la conducta (véase, *supra*, III.2.A.i). Y, lo que nos parece más importante, es evidente que para el sistema jurídico la declaración de culpabilidad es independiente a las percepciones subjetivas. Pues si se castiga a un esquizofrénico que tiene una visión delirante de la realidad, de nada sirve que esté absolutamente convencido de su libertad⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ *Íbid.*

⁶⁷⁰ *Íbid*, p. 27.

⁶⁷¹ FEIJOO, S. 2011. *Op. Cit.*, p. 27.

Frente a esto, Hirsch plantea que el ser humano está biológicamente constituido sobre el autoentendimiento de que puede actuar con libertad de voluntad: es por esto que tiene sentimientos de culpabilidad y remordimientos. Si la sensación de libertad es falsa, no se entiende cómo en los niños, en las tribus aisladas de la sociedad, y en los primates, se asumen ciertos comportamientos reprobables, y se siguen reglas que obligan a comportarse de modo correspondiente, y se sancionan mediante una pena. Para el autor, los neurocientíficos caen en una contradicción, ya que, si bien parten de una total determinación, admiten la necesidad de inculcar sentimientos de responsabilidad, así como programas educativos que cumplirían el papel de sancionens. .

La segunda forma posible de fundamentación de la culpabilidad, de cara a los avances de las neurociencias, la constituye la culpabilidad como *construcción social*. Esta concepción ha sido defendida por Jakobs⁶⁷², Gunther⁶⁷³ y Feijoo⁶⁷⁴, entre otros autores, tomando en consideración los aportes de las teorías sociales. Concibe a la culpabilidad como la infracción de la norma que socialmente no tiene otra explicación que la ausencia de una disposición jurídica mínima. Depende, en gran medida de cómo se encuentran definidos normativamente los vínculos entre individuo y sociedad. La crítica que le hace a las teorías tradicionales, es que dejan de lado la vinculación del individuo con el orden social y el sistema jurídico. Y sólo si se deja al descubierto esta vinculación, se podría comprender el

⁶⁷² JAKOBS, G. "Fundamentos" *Loc. Cit.*

⁶⁷³ GÜNTHER, K (2007. Citado por FEIJOO, S. *Op. Cit.*, p. 28).

⁶⁷⁴ FEIJOO, S. *Op. cit.*, p.27.

fundamento de la culpabilidad. Para esto se debería acudir a los argumentos de la filosofía social.

Feijoo ve en esta tesis una alternativa de superación de las deficiencias de la *teoría funcional* de Jakobs (véase, *supra*, II.4.D.i). El mérito de la teoría de Jakobs sería, de acuerdo a este autor, destacar como aspecto central la erosión de la vigencia de la norma, dándole importancia a la relevancia comunicativa que la sociedad le asigna a la acción. Con ello, se permite explicar las razones normativas que subyacen a las causas tradicionales de exculpación. Sin embargo, como ya vimos en el capítulo anterior, el problema de esta teoría sería asumir una visión descriptiva, ciega a los criterios normativos decisivos para legitimar una pena (véase *supra*). Es decir, el argumento de Jakobs permite conocer mejor el fenómeno punitivo, pero no explicar suficientemente cómo opera el sistema. Es por esto que Feijoo desarrolla su *teoría comunicativa de la culpabilidad*⁶⁷⁵.

Feijoo señala que la cuestión de fondo, es que en casos específicos la ciencia no ha identificado una alternativa a la responsabilidad individual que permite explicar satisfactoriamente el fenómeno. La teoría funcionalista acertaría en dejar en evidencia que el juicio de culpabilidad “no depende de las características naturalistas de la acción (conocimientos, motivaciones, etc) sino de la relevancia comunicativa que una determinada sociedad le otorgue a esas características de la acción”⁶⁷⁶. Lo que Jakobs no advertiría sería que el punto no es tratar de buscar alternativas a la pena como sanción, sino buscar alternativas a la explicación

⁶⁷⁵ *Íbid.*, p. 29.

⁶⁷⁶ *Íbid.*, p. 30.

basada en la responsabilidad social. En muchos casos pueden existir tratamientos alternativos o soluciones alternativas, sin embargo, igualmente se impone la pena. Por ejemplo, el tener un “mal carácter” o un “carácter violento”, puede ser tratado mediante medidas educativas, pero eso no altera la determinación de la culpabilidad. Pues no puede afectarse la culpabilidad de quien simplemente se deja llevar por tendencias violentas porque así le es más cómodo resolver los conflictos. Esto se advierte al observar los problemas de invencibilidad del error o con los de inexigibilidad. Sin referirse a la responsabilidad individual es imposible encontrar equivalentes funcionales. En otras palabras, no existe culpabilidad cuando en la explicación del injusto la responsabilidad individual tiene un papel irrelevante. A su vez, se declara la culpabilidad con respecto al injusto cuando no existe una explicación alternativa a la responsabilidad individual. En definitiva, la teoría funcional sólo da justificaciones sociales, igualando a la pena y la culpabilidad. Pero la función de la pena no resolvería por sí sola la cuestión de quién debe soportar la sanción y en qué medida debe soportarla⁶⁷⁷.

El sostener una culpabilidad fundada en una construcción social no implica sostener la incompatibilidad con los conocimientos empíricos. Lo que supone es que los datos empíricos son normativamente neutros, y sólo son el objeto de referencia de un proceso de imputación del que es responsable solo el Derecho Penal. No existiría así una vinculación rígida entre datos empíricos o psicológicos y consecuencias normativas⁶⁷⁸. En cambio, desde la teoría comunicativa, “los datos psicológicos y neurológicos deben ser tratados desde el prisma de lo

⁶⁷⁷ *Íbid.*, p. 31.

⁶⁷⁸ *Íbid.*, p. 32.

relevante a efectos de la normatividad, es decir, desde el prisma reconocimiento del orden jurídico”⁶⁷⁹. Para esta teoría, los datos empíricos no son normativamente neutros, ya que “la culpabilidad se construye social o normativamente tomando como elementos de juicio los datos individuales que resultan comunicativamente relevante con relación al reconocimiento de la norma.”⁶⁸⁰

La teoría de Jakobs tampoco daría cuenta del papel que juega la configuración política de una sociedad. Ha sido Günther ⁶⁸¹ quien ha puesto de manifiesto esto. De acuerdo a Feijoo, el mérito de Günther estaría en relacionar estas cuestiones con el fundamento legítimo de la culpabilidad en un sistema democrático de libertades, “es decir, airear la dimensión política del principio de culpabilidad”⁶⁸². Sin embargo, “a su teoría de la culpabilidad basada en la libertad comunicativa (un concepto no trascendente de culpabilidad) se le puede objetar todo lo contrario a la teoría funcional: acaba exagerando la dimensión política de la culpabilidad”⁶⁸³. Pues este autor considera que sólo puede hablarse de culpabilidad en un sistema democrático, en la medida en que los demás sistemas no es posible participar en el proceso de elaboración de normas. Lo que Feijoo sostiene que éste tipo de teorías tiene un problema genético, al no considerar que la culpabilidad “tiene una dimensión como estrategia de estabilidad del orden normativo que no se puede olvidar”⁶⁸⁴. Es decir, la culpabilidad no funcionaría solamente como

⁶⁷⁹ *Íbid.*, p. 32.

⁶⁸⁰ *Íbid.*, pp. 32-33.

⁶⁸¹ GÜNTHER, K. (2005. Citado en: FEIJOO, B. *Op. Cit.*, p. 33).

⁶⁸² FEIJOO, B. 2011. *Op. Cit.*, p. 34.

⁶⁸³ *Íbid.*

⁶⁸⁴ *Íbid.*, p. 34.

autocontradicción del ciudadano, a quien se le castiga como un *free rider*, sino esencialmente para contrarrestar la lesividad comunicativa que representa su hecho para la normatividad. Ahora bien, es evidente que la culpabilidad en un sistema de libertades es distinta que en un Estado totalitario. Pero la culpabilidad es una construcción de cada modelo de la sociedad. En un sistema democrático esta no tendría un sentido trascendente, sino que se debe fundamentar intersubjetivamente ante un ciudadano por qué se vulneran sus derechos fundamentales⁶⁸⁵.

Desde la vereda opuesta, se defiende un concepto *normativo* de la culpabilidad, para hacer frente a los avances de las Neurociencias. Autores como Luzón Peña⁶⁸⁶, plantean que la culpabilidad debe ser entendida como *reprochabilidad jurídico-penal individual* del hecho típico. De acuerdo a Luzón, éste concepto no está impregnado de una indeseable connotación moralizante, y menos metafísica o religiosa. Al contrario, se trata de reprochabilidad jurídico-penal individual, que “se basa en la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta”⁶⁸⁷.

La fundamentación de la libertad está basada en la interpretación de Luzón, ya explicada (véase *supra*), que entiende que todos los seres humanos tienen una capacidad, que se va adquiriendo progresivamente, de ser “dueño de los propios

⁶⁸⁵ *Íbid.*, pp. 35-37.

⁶⁸⁶ LUZÓN, D. *Op. cit.*, p. 32.

⁶⁸⁷ *Íbid.*

actos”⁶⁸⁸. Con accesibilidad normativa, por otra parte, se parte de la idea de la autoconvicción social de la libertad humana, que entiende que la norma jurídico-penal pueda acceder a la inteligencia y comprensión del sujeto para motivarle e influir en su comportamiento. Esto tendría un presupuesto cognitivo doble. Por una parte, “el conocimiento de las normas prohibitivas y la conciencia de la antijuricidad (y además de la prohibición penal) para la plena reprochabilidad y culpabilidad, o al menos la posibilidad de esa conciencia (...) lo que negativamente significa error de prohibición”⁶⁸⁹. Por otra parte, la culpabilidad requiere- y esto sería lo que más frecuente se pasa en alto- “la posibilidad subjetiva o individual de conocer los presupuestos de la prohibición o antijuricidad”⁶⁹⁰, pues si este conocimiento es imposible por circunstancias personales (inimputabilidad, imprevisibilidad subjetiva, o error subjetivamente invencible) el sujeto no es cognitivamente accesible a la prohibición de la norma.

Un último requisito de la reprochabilidad individual consiste en la exigibilidad penal e individual de la conducta ordenada. Esto no sería evidente, pues los creadores de esta idea dicen que en circunstancias difíciles o extremas el Derecho no puede exigir a nadie otra conducta, lo que sería falso, pues en ese caso se trataría de una causal de exclusión de antijuricidad. Lo que se trata es de una inexigibilidad individual, no frente a los partícipes. De esas circunstancias, unas estarían previstas legalmente como eximentes y otras se podrían alegar por analogía o causas supraleales. Sin embargo, dado que la inexigibilidad se mira

⁶⁸⁸ *Íbid.*, p. 36.

⁶⁸⁹ *Íbid.*, p. 42.

⁶⁹⁰ *Íbid.*

desde un punto de vista teleológico, causales de gran intensidad, pero con una valoración poco negativa (miedo o estados pasionales), deberán preferirse por sobre causales de igual intensidad pero con una valoración preocupante o negativa (estados pasionales violentos o delincuentes por convicción)⁶⁹¹.

Para concluir este apartado, podemos decir, junto a Feijoo, que al menos en el horizonte temporal cercano, *no van a cambiar sustancialmente las orientaciones político-criminales dominantes*⁶⁹². Lo único que han venido a hacer las Neurociencias es precisar el debate alrededor del determinismo, el que ha dejado de ser un concepto meramente filosófico o cosmológico. Es decir, no estaríamos más que ante un nuevo capítulo de un folletín que hace mucho tiempo empezó. Las neurociencias ofrecerían una nueva base para el debate, pero las cuestiones de fondo siguen siendo las mismas. La única consecuencia podría ser que la prevención especial adquiriría mayor relevancia, pero la arquitectura básica del sistema penal seguiría siendo la misma⁶⁹³.

De todo lo expuesto, según Günther⁶⁹⁴ podrían existir dos opciones de la ciencia penal ante las investigaciones sobre el cerebro. Uno sería dejar todo tal como está, y solo revisar los criterios para la concurrencia de una de las enfermedades mentales que excluyen la capacidad de comprender y guiar el comportamiento a la luz de los nuevos conocimientos de las Neurociencias. Esta opción no se apartará de la praxis diaria cotidiana, y por lo expuesto a lo largo de éste trabajo, consideramos que no puede constituir la única conclusión extraída de

⁶⁹¹ *Íbid.*, p. 43.

⁶⁹² FEIJOO, B. *Op. Cit.*, p. 9.

⁶⁹³ *Íbid.*, p. 9.

⁶⁹⁴ GÜNTHER, K. (2006. Citado en: DEMETRIO, E. "Libertad..." *Op. Cit.*, p. 29.)

los estudios científicos. Una segunda opción sería, embarcarse en las controversias científicas sobre Neurociencias y Filosofía para así mejorar el concepto de culpabilidad, cuestión que hemos intentado hacer a lo largo del análisis de la fundamentación de la culpabilidad. Frente a estas dos posturas extremas, existen algunas intermedias. Una sería la del *determinismo normal*, vinculando al Derecho Penal con su modelo de regla-excepción de imputación de culpabilidad. Otro sería la diferenciación de contextos, de manera de diferenciar los contextos empíricos y los discursivos, los que cumplirían distintas funciones. La última opción, menos esperable, sería la abolición del Derecho Penal y la sustitución por medidas de peligrosidad.

iv. Neurociencias, culpabilidad y pena

La principal posición de los penalistas ante la amenaza de las Neurociencias ha sido defender la subsistencia del Derecho Penal: es decir, *aún* si se asumiera la verdad del determinismo, este sistema no quedaría automáticamente invalidado. Y esto es así, porque el ordenamiento jurídico no puede dejar de reaccionar frente a lesiones graves a bienes y a la libertad de las personas. Simplemente el Estado no se lo puede permitir, y hace mucho tiempo que se ha concluido que no puede hacerlo⁶⁹⁵.

El efecto que *sí* podría tener la tesis *determinista* sería la adopción de un modelo de Derecho Penal orientado a la *determinación* de la acción humana. La fundamentación que serviría de apoyo a ésta postura, sería la de las teorías

⁶⁹⁵ FRISH, W. *Op. cit.*, pp 33-34.

preventivas de la culpabilidad⁶⁹⁶. Es decir, se adoptaría un modelo similar al de Defensa Social propuesto por Feuerbach y Von Liszt: el autor peligroso, como consecuencia de su sistema límbico, deberá ser correctamente “condicionado”⁶⁹⁷. Tal como ocurría con Alex DeLarge en la *Naranja Mecánica*. Se volvería entonces a la idea de corrección de los delincuentes capaces y necesitados de corrección (delincuentes peligrosos corregibles) y la inocuización de los delincuentes no capaces o no susceptibles de corrección⁶⁹⁸. La conclusión para estos autores es que nunca hemos castigado a un sujeto porque no pudiera actuar de otro modo, sino más bien porque la sociedad no podía actuar de otro modo⁶⁹⁹.

Según estos autores, el Derecho Penal nunca se ha basado en la posibilidad hipotética de una actuación conforme a Derecho. Lo que debería hacer el sistema, ante la comisión de delitos, es potenciar el tratamiento y la prevención especial. Así, la solución propuesta se apartaría derechamente del sistema *proporcionalista* orientado a la *prevención general*. Mejores conocimientos del ser humano deberían llevar a una reorientación *preventivo-especial* asociada a la idea de peligrosidad criminal. El ejemplo principal de sujeto idóneo para estas medidas sería el delincuente violento impulsivo reincidente, con anomalías o alteraciones estructurales (o similares). Como destaca Feijoo, “existen grupos de personas con conductas penales relevantes que presentan coincidencias en su estructura cerebral, lo cual podría dar lugar a una explicación como enfermedad o patología

⁶⁹⁶ FEIJOO, S. *Op. cit.*, p. 7.

⁶⁹⁷ FRISH W. *Op. Cit.*, pp 33-34.

⁶⁹⁸ FEIJOO, S. *Op. Cit.*, p. 10.

⁶⁹⁹ *Íbid.*, p. 6.

que llegara a hacer innecesaria la pena”⁷⁰⁰. Así también, se ha adquirido un mejor conocimiento en los últimos tiempos de la relación entre algunas sustancias neuroquímicas (serotonina, dopamina) con la edad, educación o el ambiente familiar y social del sujeto. Eso no significa que ellos vayan a delinquir con seguridad, pero si presentarían disposiciones o vulnerabilidades para delinquir. Igual conclusión se daría respecto a la relación entre maltrato infantil y la posterior violencia durante la adolescencia o juventud de los niños maltratados⁷⁰¹.

Ahora bien, la construcción de un Derecho Penal orientado a la corrección, requeriría también de una legitimación adicional. La sola aceptación del determinismo no implica automáticamente la legitimación de estos conceptos jurídico-penales⁷⁰². Sin perjuicio de esto, la fundamentación de un modelo de Derecho Penal *orientado a la prevención especial*, es para Frish, una tarea relativamente sencilla si se adopta la postura determinista. Quien ha mostrado con su hecho, que no puede solventar determinadas situaciones de forma no lesiva, solo tiene una libertad restringida. Es decir, tiene derecho a la libertad para acciones no lesivas, siempre y cuando se garantice que su determinación se encuentra neutralizada. Esto se puede lograr ya sea mediante una transformación real de su patrón de decisiones defectuosas, o bien, mediante el refuerzo de la motivación necesaria para llevar una vida libre de hechos delictivos⁷⁰³.

En cambio, según este autor, la legitimación de un Derecho Penal orientado a la *prevención general* se presenta difícil. Pues si se señala que al autor está

⁷⁰⁰ *Íbid.*, p. 7.

⁷⁰¹ *Íbid.*

⁷⁰² FRISH W. *Op. cit.*, pp 35-36.

⁷⁰³ *Íbid.*, pp 35-36.

determinado a hacer lo que hizo, no puede decirse que decidió a favor del injusto. Es decir, no se puede decir que ha asumido por añadidura la responsabilidad por las consecuencias que se le habían anunciado que son necesarias para anular el daño. Sin perjuicio de esto, Frish señala que existiría una posibilidad de legitimar un sistema de este tipo.

Se podría decir que la pena está justificada si es necesaria para mantener en interés de todos un influjo motivacional yacente. A este influjo, deseado por todos, también estaría obligada una conducta determinada socialmente. La amenaza contra determinadas conductas mediante la pena y su confirmación en caso de que el hecho se cometa, son un aspecto central de la determinación de las conductas. Quien decida actuar en sociedad, aunque tenga una determinación defectuosa, puede hacerlo bajo la condición de que su determinación no sea considerada como una eximente. De lo contrario, todos los autores podrían invocar esta alegación, con lo que se desmoronaría el Derecho Penal⁷⁰⁴. Es decir, la pena sería la moneda de cambio para poder actuar libremente en una sociedad determinada. La pena se justificaría así en una especie de responsabilidad por el riesgo provocado en el ejercicio de la libertad⁷⁰⁵.

En esta línea, Feijoo⁷⁰⁶ provee argumentos adiciones para defender *una teoría de la prevención general positiva*. Este autor destaca lo ilusorio de la distinción entre *racionalidad* y *emoción* que parece estar inserta dentro de nuestras convicciones más profundas. Esta idea sería tan falsa como la distinción

⁷⁰⁴ *Íbid.*, pp 37-38.

⁷⁰⁵ *Íbid.*

⁷⁰⁶ FEIJOO, B. Op. Cit., pp. 15-16.

cartesiana entre mente y cerebro. Todas nuestras decisiones están teñidas, en mayor o menor medida de emociones. Esto, coincidiendo con Feijoo, cuestiona abiertamente las teorías de la decisión racional basadas en el concepto de ser humano como *homo oeconomicus* y la teoría de la prevención general negativa o intimidatoria. Entendiendo así al ser humano, el modelo de elección racional (el egoísta racional) resulta incompatible con nuestros conocimientos. Lo anterior se debe a que nuestros comportamientos están influidos inconscientemente por procesos inconscientes, que son difícilmente modificables. En esta línea, podemos señalar que las neurociencias proveen desde ya, un argumento para rechazar las doctrinas fundadas en la prevención general negativa.

Estas emociones dependerían de valores imperantes en una sociedad. Por lo tanto, las normas penales no actuarían directamente sobre nuestros procesos neuronales, sino indirectamente y a largo plazo. Este proceso comenzaría en las etapas más tempranas de socialización. La pena, por tanto, no podría más que reforzar estos procesos de socialización, y por ello, “nada puede hacer con respecto a aquellos que por sus características personales (psicópatas primarios) o por su entorno social o familiar quedan al margen de los mismos”⁷⁰⁷. Es decir, estamos determinados por el Derecho, pero no de la forma que lo entiende la prevención general negativa. En el fondo, según esta teoría, “lo importante no es cuanto castigamos, sino simplemente ofrecer una respuesta comunicativamente relevante frente al delito”⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ *Íbid.*, p. 17.

⁷⁰⁸ *Íbid.*

Con esto hemos analizado las consecuencias de la recepción de los experimentos neurocientíficos para la asunción de un Derecho Penal orientado preventivamente. Según lo expuesto, las Neurociencias no privarían al Derecho Penal de fundamento. Cabe determinar ahora cuáles serían los efectos sobre un *Derecho Penal de la culpabilidad*, esto es, un Derecho Penal limitado por el principio de culpabilidad. ¿Puede este modelo hacer frente al *neurodeterminismo*? Es necesario hacer una precisión. Las conclusiones científicas esbozadas parecerían afectar una determinada concepción del Derecho Penal de la culpabilidad: aquella que parte de la *compensación* de la culpabilidad o la *expiación* de la misma como fin exclusivo de la pena. Una pena concebida así perdería legitimidad, pues carecería de sentido hablar de una *culpabilidad por el hecho* (véase *supra*, II.4.a).

Este modelo de Derecho Penal, que los neurocientíficos críticos tienen bajo la mirada, no estaría defendido en la práctica por nadie hoy en día. Se trata de una idea que permaneció tras los primeros veinte años de la segunda guerra mundial, y con posterioridad fue perdiendo adhesión muy rápido por la llegada de nuevas corrientes de pensamiento jurídico-penales. Es hoy en día una posición dominante en la ciencia Penal, principalmente representada por Roxin (véase *supra*, II.4.C) encuentra el fin de la pena no en la compensación de la culpabilidad sino en la confirmación de la vigencia fáctica y la fuerza preventiva del ordenamiento jurídico perturbada por el hecho y en la influencia del autor. De acuerdo a esto, la culpabilidad no tendría nada que ver con el fin de la pena. Más bien constituye un límite adicional en relación a la realización de sus verdaderos fines, y un límite que

toma en consideración la supuesta cualidad como persona del autor. Lo que puede reclamar el autor, es que las necesidades preventivas (la confirmación de la validez del ordenamiento jurídico), sean consideradas exclusivamente en el marco de la culpabilidad⁷⁰⁹.

La culpabilidad entraría así como una limitación adicional, que tiene en cuenta la cualidad como persona y la capacidad de decisión del autor con base en un reconocimiento recíproco, con independencia de su indemostrabilidad empírica. Es decir, según éstas teorías, el autor no sólo debe ser castigado de acuerdo a las necesidades preventivas, sino sólo en la medida en que es considerado como una esencia responsable que se determina a sí misma y que algo puede haber hecho en relación al hecho. Sólo así podría ser justo cargar con las necesidades preventivas. El Derecho Penal tendría en consideración debilidades reconocibles del autor en el marco de la pena limitada a la prevención. Esto no puede ser así en un Derecho Penal orientado exclusivamente a la prevención. Pues sólo gracias a un Derecho Penal de la culpabilidad se impide que el autor reciba una pena superior a la medida aceptada por nosotros, y se impide también que una pena se oriente exclusivamente a la actitud defectuosa del autor o al aseguramiento de la colectividad⁷¹⁰.

En el fondo, en comparación con los conocimientos empíricos de las Neurociencias, el ordenamiento trataría al autor de forma más moderada de la que deriva de esos conocimientos. Por lo tanto las aportaciones empíricas carecerían

⁷⁰⁹ FRISH W. *Op. Cit.*, pp 42-43.

⁷¹⁰ *Ibid*, p. 43.

de relevancia desde la perspectiva de los intereses en la libertad del autor. Ahora, esto no quiere decir que el Derecho Penal sea absolutamente indiferente ante la relevancia de las refutaciones empíricas. Sin embargo, la verdadera relevancia y potencialidad de esa refutación se encuentra en circunstancias donde la pena deja de cubrir intereses preventivos. Con esto, nos referiríamos a los casos de culpabilidad limitada, es decir, a la atenuación de las penas⁷¹¹.

Por lo tanto, el *Derecho Penal de la culpabilidad* arroja claras ventajas frente a un Derecho Penal preventivo de impronta determinista, propia de las ideas de Von Liszt y algunos neurocientíficos. Y estas ventajas, según Frish, las podemos estructurar en tres. El Derecho Penal de la culpabilidad: (1) Respeta de mejor forma las libertades del autor, (2) Es más eficiente desde una perspectiva preventivo-general (3) Es más compatible con las representaciones imperantes en la sociedad y con otras aportaciones del Derecho⁷¹². Respecto a (1), la idea de que el Derecho Penal de la culpabilidad es más riguroso que un modelo preventivo, es falsa. Pues el primer modelo permite contrarrestar la realización de los intereses preventivos, reconoce las limitaciones de la persona como una razón para la atenuación y ve al autor como una persona capaz de actuar conforme a lo debido. Adicionalmente, la racionalización del poder punitivo mediante la aplicación de multas, y los métodos de suspensión de pena, solo son compatibles con una imagen del ser humano capaz de actuar conforme a Derecho⁷¹³.

⁷¹¹ *Íbid*, p. 49.

⁷¹² *Íbid*, pp. 60-61.

⁷¹³ *Íbid.*, pp 56-58.

El argumento (2), afirma que es falso que un Derecho Penal humanista y respetuoso de la dignidad de las personas sólo incremente las cifras de delincuencia. Pues la amplitud de miras y la indulgencia del Derecho Penal no se han traducido en el incremento de las tasas de criminalidad. En el marco de la praxis penal, el modelo defendido por Frish resultaría superior al otro modelo. Esto, debido a que la praxis penal debe mantener y co-determinar la consciencia jurídica de la sociedad, mediante un mensaje claro y uniforme. Más las necesidades de prevención especial no pueden cumplir este estándar. Debido a la disparidad de las penas, no queda claro el significado del bien afectado, ni el desvalor del mismo. Sólo en aquellos casos en que la pena no es idónea para satisfacer necesidades preventivo-especiales -como la peligrosidad del sujeto-, la pena puede ser complementada con medidas especiales. Pero nunca ello significará renuncia de manera genérica a la pena⁷¹⁴.

En tercer lugar, (3) Frish argumenta que el Derecho Penal de la culpabilidad es más compatible con las representaciones imperantes en una sociedad. Este modelo tiene una mayor aceptación, ya que se condice con representaciones sobre la justicia en la sociedad. No trata al autor como una esencia defectuosa programada para cometer delito. Lo trata como una persona racional, capaz de tomar decisiones orientada a razones, como una persona capaz de *autodeterminarse*. Por esta razón, armoniza con las disposiciones constitucionales, que obligan al Estado a respetar la dignidad humano y el libre desarrollo de la personalidad. En conclusión, podemos señalar que el Derecho

⁷¹⁴ *Íbid.*, pp 58-59.

Penal de la culpabilidad supera al Derecho Penal de la prevención en múltiples perspectivas constitucionales, penales, de eficiencia y de humanidad⁷¹⁵.

Es por esto que, para Feijoo resulta en cierto sentido paradójico que el sistema o modelo punitivo del que han acabado huyendo los modernos Estados de Derechos sea tildado por los neurocientíficos como una opción más justa o más humana. Esto sólo demostraría que a los neurocientíficos mencionados les falta perspectiva, y sus formulaciones pecan de radicalidad. Tan pronto intentar intervenir en el ámbito de las ciencias sociales, sus aportaciones resultan ingenuas. Es decir, las neurociencias podrían representar sin mala voluntad en el camino hacia un infierno colectivo. Recurriendo al viejo refrán “el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones”⁷¹⁶.

Ahora bien, aún podrían los partidarios del modelo de la prevención, defender en base a otros argumentos que no hemos contemplado, la eficiencia del sistema que proponen. Especialmente en aquellos casos en que el modelo de la culpabilidad resulta insatisfactorio. Es por ello que éste modelo requiere una fundamentación ulterior. Esta fundamentación, según Frish se puede hacer conforme a la teoría del discurso: las personas se ven a sí mismas como

⁷¹⁵ *Íbid*, pp 64-65. Un enfoque humanista también es planteado por DEMETRIO, E. “Compatibilismo” Op. Cit., p. 33 y ss. Para el autor, quienes defienden la necesidad de una fundamentación liberearbitrista del castigo deberían, al mismo tiempo, creer que el castigo tiene una finalidad retributiva, toda vez que la libertad existe. A partir de ahí, el autor plantea que si se rechazare la libertad, entendida de ésta forma, el retribucionismo debería fundamentar el rechazo de la libertad y los derechos fundamentales derivados de ella. Esto sería un salto lógico difícil de fundamentación. Por tanto, sólo de una consideración humanista podría tener cabida en el discurso penal la recepción de conocimientos de las neurociencias. Todo conocimiento proveniente de ellas debería así pasar por el “filtro del humanismo”. Esta conclusión no la compartimos, si asumimos que el retribucionismo no sólo puede fundarse en ese concepto de libertad, sino que también desde la teoría del lenguaje es posible aducir argumentos a favor de una teoría retribucionista, en el contexto de las Neurociencias. Al respecto, véase MAÑALICH, J. “Determinismo...” *Loc. Cit.*

⁷¹⁶ FEIJOO, B. *Op. cit.*, p. 11.

razonables y actúan adscribiendo dicha razón a los que participan en un discurso. De lo contrario, no tendría sentido discutir sobre la configuración correcta de una sociedad. De esta manera, se puede afirmar con seguridad, que si se dejara el quebrantamiento de las normas sin consecuencias, ello quedaría como una decisión vinculante para cualquiera que quisiera lesionar la norma. Es decir, la norma pasaría a depender del antojo de cada individuo. Por la misma razón, son los mismos participantes los que deben decidir sobre los presupuestos personales que se deben cumplir para que entre a jugar el mal necesario. Y sería bastante irracional que se hiciera depender la imposición de esas consecuencias a presupuestos que no pueden comprobar en absoluto. Es decir, la capacidad para participar en el discurso no puede fundarse en el *libre albedrío* empíricamente acreditado, que algunos neurocientíficos se empeñan en combatir. La capacidad no debe ser otra que la capacidad atribuida con base en la *autoexperiencia*. Esto a su vez se corresponde con la razón del propio delincuente, que se ve a sí mismo como participante del discurso jurídico⁷¹⁷.

Por lo tanto, Frish concluye que no sería preciso modificar la orientación político-criminal de la pena. La mejor solución es complementar el tratamiento de la culpabilidad, con medidas orientadas a la peligrosidad, si son excepcionalmente necesarias. Esto se debe a que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se ha llegado a una respuesta combinada que tiene en cuenta tanto la culpabilidad como la peligrosidad del sujeto. La mejor respuesta que se ha encontrado, es

⁷¹⁷ FRISH W. *Op. cit.*, pp 68-69.

entonces, la pena proporcionada al hecho combinada con la orientación preventiva especial de los autores peligrosos⁷¹⁸.

En conclusión, no basta con mejorar nuestro conocimiento sobre la naturaleza humana, para modificar nuestras orientaciones punitivas. Es preciso también modificar nuestra concepción de ciudadano en una democracia deliberativa, cosa que todavía no ha ocurrido. Las evoluciones científicas no son sólo una consecuencia directa de los avances científicos, sino que son siempre fruto de una compleja interacción entre percepciones y convencimientos sociales y culturales. La concepción del ordenamiento penal no es más que un reflejo de nuestra autocomprensión normativa y valorativa de la sociedad⁷¹⁹.

Las reflexiones anteriores nos llevan a confirmar la vigencia del principio de culpabilidad en un Estado democrático de Derecho. Las Neurociencias han revitalizado así la discusión sobre la confirmación de éste principio, lo que ha permitido abandonar viejas ideas y mejorar otras. El abandono de un Derecho Penal prevencionista y la restricción –y excepcionalidad- de las medidas de seguridad no son sino algunas de las conclusiones a las que nos permite llevar la revisión de los fundamentos de éste principio. El progreso de los avances científicos ciertamente permitirá mejorar marginalmente algunas de las consecuencias de la aplicación del poder punitivo por parte del Estado, en relación al estudio de la conducta. Sin embargo, podemos señalar de manera satisfactoria

⁷¹⁸ FEIJOO, S. *Op. Cit.*, p. 12.

⁷¹⁹ *Íbid.*, p. 14.

que el núcleo central de la práctica punitiva se encuentra debidamente resguardado.

CONCLUSIONES

1. Las Neurociencias se han planteado a sí mismas como una amenaza latente frente a nuestro Derecho Penal y frente a las concepciones filosóficas profundamente arraigadas en nuestra sociedad. Desde diversas veredas se han planteado respuestas que han buscado refutar el principal postulado de los neurocientíficos: la negación de la libertad.
2. Los trabajos empíricos se encuentran en una fase inicial, y tienen todavía un carácter restringido. Sus conclusiones sin embargo no pueden soslayarse. Han introducido incipientes revelaciones respecto al funcionamiento de la consciencia, dando luces respecto al proceso de toma de decisiones. Sus resultados hoy en día deben evaluarse con interés, pues derribarían algunas ideas sobre nosotros mismos que forman parte de nuestro sentido común.
3. Desde el ámbito científico pueden buscarse desde ya planteamientos que intenten compatibilizar los resultados de estos estudios con nuestra comprensión como seres autodeterminados. En esta línea, existen poderosas razones para ver al ser humano como un organismo complejo y dinámico, fruto de una interrelación entre factores biológicos y ambientales. Las decisiones del ser humano serían el fruto de un proceso de retroalimentación que permite ver a la persona como causa primaria de su

decisión. Abandonar esta idea sería buscar un sistema de control de nuestra toma de decisiones, es decir, controlar nuestro sistema de control. Eso es una alegación que no puede satisfacerse.

4. Los penalistas han examinado con cuidado los avances de las Neurociencias y las conclusiones obtenidas por los científicos. La mayor parte de ellos ha coincidido en la necesidad de defensa del orden vigente, y en la defensa de un Derecho Penal de la Culpabilidad. Aún si se asume la verdad de la tesis del determinismo, esta debe ser tomada con cautela por el Derecho. Confundir el objeto de las ciencias con el objeto del Derecho Penal es, para muchos, incurrir en un error categorial. Esto no quiere decir que la fundamentación de la culpabilidad no pueda nutrirse de estos avances científicos, viendo una oportunidad para mejorar su fundamentación.
5. La discusión surgida a partir de los avances de las Neurociencias si nos permite rechazar una interpretación de la culpabilidad basada en la posibilidad de actuar de otro modo. Ahora bien, existen poderosos argumentos para defender una posición humanista, que sin perder de vista los avances científicos, se funde en la libertad como fundamento atropológico y social de nuestra convivencia. Negar la responsabilidad por nuestros actos sería negar la validez de nuestro discurso en el marco de una sociedad compleja como la nuestra. No existe un bagaje de conocimientos que ofrezca razones para echar por la borda un sistema de

libertades como el que tenemos hoy en día. Y ese es un presupuesto necesario para renunciar al principio de culpabilidad como principio de rango constitucional derivado de la idea de un Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Lista de autores

1. ALCÁCER, R. 1998. Los fines de Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 51(1-3): 365-588.
2. ARISTÓTELES. 2007. Ética Nicomaquea. Buenos Aires, Colihue. 484p.
3. AYALA, F. J. & DOBZHANSKY, T. (eds.) Hierarchically Organised Biological Systems. Studies in the Philosophy of Biology. Berkeley, Los Angeles. University of California Press: 179-186.
4. BACIGALUPO, E. 1999. Derecho Penal: Parte General. 2º ed. Buenos Aires, Hammurabi. 691p.
5. BASCUÑÁN R., A. 1997. Delito y pena en la Filosofía del Derecho de Hegel. Valparaíso, Anuario de Filosofía Jurídica y Social 15: 289-303.
6. BEORLEGUI, C. 2009. Ética y neurociencias. Una relación necesitada de clarificaciones. Revista Realidad (119): 37-75.
7. BERLANGA, A.C. 2013. Origen y desarrollo de la Neuroética : 2002-2012. Revista de Bioética y Derecho (28): 48–60.
8. Homicidal Somnambulism: A Case Report. Por BROUGHTON, R. et al. 1994.. Sleep 17 (3):253-264.

9. BURNS, J. y SWERDLOW, R. 2003. Right Orbitofrontal Tumor With Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign. Archives of Neurology 60(3): 437-440.
10. BUSTOS, J. 2004. Obras completas: Derecho Penal Parte General. Lima, Ara Editores.1211p.
11. BUZZI, A. Egas Moniz. Revista Argentina de Radiologia 74: 33-42.
12. CANABAL BERLANGA, A. 2013. Origen y desarrollo de la Neuroética : 2002-2012. Revista de Bioética y Derecho 28: 48–60.
13. Neuroética. Derecho y Neurociencia. 2006. Por CAPÓ, M. “et al”. Ludus Vitalis 14(25):164–176.
14. CERESO M. J. 1980. Culpabilidad y pena. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 34 (2): 348 – 365
15. CHISHOLM, R. 1964. Human Freedom and the Self. Kansas, University of Kansas. 15p.
16. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. 1996. Derecho Penal. Parte General. 4° ed. Valencia, Tirant Lo Blanch. 907 p.
17. COBOS, M. 2010. Derecho penal actual o el sistema culpabilístico. En: INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL Derecho Penal y Política criminal. Libro en homenaje al Maestro Álvaro Bunster. México D.F., Ubijus, p. 265 Derecho Penal y Política criminal. Libro en homenaje al Maestro Álvaro Bunster. México D.F., Ubijus. 762p.

18. CORTINA, A. 2013. Neuroética: ¿Ética fundamental o ética aplicada? En: Bioética, Neuroética, Libertad y Justicia. Por LÓPEZ F., F. et al. (Eds). Granada, Comares.
19. COUSIÑO M., L. 1975. Derecho Penal Chileno: Parte General.. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 291p.
20. CURY, E. Derecho Penal: Parte General (Tomo I-II). 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. 385p.
21. DAMASIO, A. 2006. El error de Descartes. Madrid, Crítica. 344p.
22. DA R., V. y MACERI, S. 2008. La antropología criminal de Lombroso como puente entre el reduccionismo biológico y el derecho penal (Primera Parte). Límite, Revista de Filosofía y Psicología (3) 17: 99-115.
23. DELGADO, J. 2013. Hacia una neurofisiología de la libertad. En: DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M (Coord.). Neurociencias y Derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Buenos Aires, BdeF & Edisofer.
24. DEMETRIO C., E. 2013. Identidad y responsabilidad penal. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: 237-254.
- Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal. En: DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M (Coord.). Neurociencias y Derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Buenos Aires, BdeF & Edisofer.

25. DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M (Coord.).2013. Neurociencias y Derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Buenos Aires, BdeF & Edisofer.
26. DONNA, E. 1995. Teoría del delito y de la pena: imputación delictiva. Buenos Aires, Astrea, 720p.
27. ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal: Parte General. Tomo I. 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 361p.
28. EVENS, K. 2010. Neuroética: Cuando la materia se despierta. Buenos Aires, Katz. 208p.
29. FEIJOO S., B (Ed.).2012. Derecho Penal de la culpabilidad y las neurociencias. Navarra, Civitas. 288p.
30. FERRAJOLI, L. 1994. Derecho y razón. 5° ed. Madrid, Trotta. 1019p.
31. "Cuatro perspectivas sobre la libertad" Por Fisher, J et al. 2013. Madrid, Marcial Pons. 270p.
32. FRANK, R. 2002. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Buenos Aires, Euros. 71p.
33. FRANKFURT, H. 2006. La importancia de lo que nos preocupa. Buenos Aires, Katz Editores. 274p.
34. FRISH. 2012. Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad. En: FEIJOO S., B (Ed.).2012. Derecho Penal de la culpabilidad y las neurociencias. Navarra, Civitas. 288p.
35. FUCHS, T. 2006. Ethical issues in neuroscience. Current Opinion in Psychiatry 19: 600-607.

36. GARLAND, D. 1990. Castigo y Sociedad Moderna: Un estudio de teoría social. México D.F., Siglo XXI Editores. 359p.
37. GARRIDO M., M. Derecho Penal: Parte General. Tomo II. 3° ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 358p.
38. GAZZANIGA, M. 2006. El cerebro ético. Barcelona, Paidós. 189p.
39. GIMBERNAT O., E. 1970 ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? En: Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Bueno Aires, Pannedlle. 805P.
40. GIRIDHARADAS, A. India's novel use of brains scans in courts is debated. [en línea] The New Yorks Times. 14 de septiembre, 2008. <http://www.nytimes.com/2008/09/15/world/asia/15brainscan.html?pagewanted=all> [consulta: 26 de abril de 2015]
41. GLANNON, W (ed). Defining right and wrong in brain science: Essential readings in Neuroethics. New York, Dana Press. 350p.
42. GOLDSCHMIDT, J. 2002. La concepción normativa de la culpabilidad. Buenos Aires, Euros.160p.
43. GREELY, H. Editorial: On neuroethics. Science 318: 533.
44. GREEN, J. y COHEN, J. 2004. For the law, neuroscience changes nothing and everything. Phil. Trans. R. Soc. Lond. B 359: 1775–1785
45. GROSJEAN, B. 2005. From Synapse to psychoterapy: the fascinating evolution of neuroscience. American Journal of Psychoterapy 59(3): 181-197.
46. HABERMAS, J. 2006. Entre Entre naturalismo y religión. Barcelona, Paidós. 363p.

47. HAUSER, M. 2008. La mente moral: cómo la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal. Barcelona, Paidós. 576p.
48. HIRSCH, H. 2013. Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y Derecho pena. En: DEMETRIO C., E. (Dir.) & MAROTO CALATAYUD, M (Coord.).2013. Neurociencias y Derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Buenos Aires, BdeF & Edisofer, pp. 43-56.
49. ILLES, J. y BIRD, S. 2006. Neuroethics: a modern context for ethics in neuroscience. Trends in Neuroscience 29(9):511-517.
50. ILLES, J. y RAFFIN, T. 2002. Neuroethics: An emerging new discipline in the study of brain and cognition. Brain and Cognition 50(3):341-344.
51. JAKOBS, G. 1996. Fundamentos del Derecho Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc. 240p.
52. JAKOBS, G. 1997. Derecho Penal: Parte General. 2º ed. Madrid, Marcial Pons. 1113p.
53. JESCHECK, H y WEIGEND, T. 2002. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5º ed. Granada, Conares. 1066p.
54. KANDEL, E. R. ; SCHWARTZ, J.H.; JESSEL, T.M..1997. Neurociencia y conducta. Madrid, Prentice-Hall. 832p.
55. KANT, I. 1989. La metafísica de las costumbres. 4º ed. Madrid, Tecnos. 472p.
56. KANT, I. 2007. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. San Juan, Puerto Rico, Pedro M. Rosario Barbosa. 83p.

57.-KINDHÄUSER, U. Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho. Lima, Ara Editores. 229p.

- Culpabilidad jurídico penal en el Estado Democrático de Derecho. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho. Lima, Ara Editores. 229p.

- Retribución de culpabilidad y pena. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho. Lima, Ara Editores. 229p.

58.KUHN, T. 2006. La estructura de las revoluciones científicas. Madrid, Fondo de Cultura Económica de España. 361p.

59.LEVY, N. 2007. Neuroethics: Challenges for the 21st Century. Cambridge University Press, New York. 346p.

60.LEYTON J., J. 2014. En defensa de la culpabilidad: Análisis en relación a las críticas de las neurociencias. Revista de Derecho Escuela de Postgrado (5): 55-84.

61.LIBET, B. 1985. Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in Voluntary Action. En: Behavioral and Brain Sciences 8: 529-539.

62.LIBET, B. 2002. The timing of mental events: Libet's Experimental Findings and Their implications. Consciousness and Cognition 11: 291-299.

63.LOMBROSO, C. (Sin fecha) Los criminales. Barcelona, Centro Editorial Presa. 126p.

64. LUHMANN, N. 1988. La teoría general de la sociología. Conversación con un público norteamericano. En: Anuario De Filosofía Jurídica y social. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 187-2002.
65. MAGGIORE, G . 1954. Derecho Penal: El Delito. Bogotá, Temis. 642p.
66. MARCUS, S. (Ed.). Neuroethics: Mapping the Field. New York, The Dana Press. 367p.
67. MAÑALICH, J. 2009. Pena y ciudadanía. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho. Lima, Ara Editores. 229p
- 2009. Determinismo, autonomía y responsabilidad penal. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho. Lima, Ara Editores, pp. 182-208.
68. MAURACH, R. 1962. Tratado de Derecho Penal: II. Barcelona, Ariel. 638p.
69. MENDEZ, M. 2009. The Neurobiology of Moral Behavior: Review and Neuropsychiatric Implications. CNS Spectrums 14(11): 608–620.
70. MEZGER, E. 1957. Tratado de Derecho Penal. Madrid, Editorial de Revista de Derecho Privado. 401p.
71. MEZGER, E. 1958. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina. 549p.
72. MIR P., S. 1994. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona, Ariel. 253p.
73. MOYA, C. 2004. Filosofía de la mente. Universitat de Valencia. 248p.
74. MUÑOZ, J. 2012. Hacia una sistematización de la relación entre determinismo y libertad. Daimon: Revista de Filosofía 56: 5-19.

75. MUÑOZ C, F. y GARCÍA ARÁN, M. 1998. Derecho Penal: Parte General. Valencia, Tirant Lo Blanch. 549p.
76. MURPHY, N. y BROWN, W. 2007. Did my neurons make me do it? Philosophical and neurobiological perspectives on moral responsibility and free will. Oxford, Oxford University Press. 352p.
77. PEREDA, J. 1949. El concepto normativo de culpabilidad. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2: 21-36.
78. PÉREZ D., C. 2004. La persona del derecho penal en la filosofía del derecho, 625-627. En: Dogmática y Ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. (Coord) Barja de Quiroga, J. y Zugaldía Espinar, J. Editorial Marcial Pons, Madrid. 1461p.
79. PRAMBS J., C. 2005. El tipo de culpabilidad en el Código Penal Chileno: una visión sistemática normativa y positiva. Santiago, Editorial Metropolitana. 280p.
80. PONTIUS A. 1973. Neuro-ethics of "walking" in the newborn. Perceptual and Motor Skills 37:235-245.
81. RIVIERE, A. 1989. Más a favor de la psicología popular. Cognitiva 2 (3): 261-265
82. ROSKIES, A. 2002. Neuroethics for the New Millenium. Neuron 35: 21-23.
83. ROSSEN, J. The brain on the Stand. [en línea] The New York Times Magazine. 11 de marzo de 2007. <http://www.nytimes.com/2007/03/11/magazine/11Neurolaw.t.html?pagewanted=all&_r=0> [consulta: 26 de abril de 2015]

84. ROZANES, M. 2009. Neuroética psiquiátrica: Una asignatura pendiente. *Salud Mental* 32(5):435–437.
85. ROXIN, C. 1997. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 1º ed. Madrid, Civitas. 1072p.
86. ROXIN, C. 1981. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Madrid, Reus. 200p.
87. RUBIA, F. 2011. El controvertido tema de la libertad. *Revista de Occidente* 356: 5-17
88. SCHOPENHAUER, A. 1993. Los dos problemas fundamentales de la ética. 3º ed. Madrid, Siglo XXI de España Editores. 325p.
89. La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: el caso de la moral. 2009. Por SLACHEVSKY, A. “et al”. *Revista Médica de Chile* 137: 419-425.
90. SLACHEVSKY, A. 2007. La neuroética: ¿Un neologismo infundado o una nueva disciplina? *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría* 45(1):12-15.
91. STRAWSON, P. 1995. Libertad y resentimiento: Y otros ensayos. Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México. 192p.
92. The future of mind control. 2002. *The Economist*. 23 de mayo de 2002. [en línea] <http://www.economist.com/node/1143583> [consulta: 7 de junio de 2015]
93. TIEU, M. 2007. Neuroethics: The law and The Person. *Bioethics Research Notes* 19(3): *Opinion* (Sin numeración de páginas)
94. VERGARA-HERNÁNDEZ, C., MEGÍA SANZ, M.J. y ESCRIG GIMÉNEZ, M. 2013. Salud mental y bioética desde el análisis métrico de la literatura

científica. En: Bioética, neuroética, libertad y justicia. Por LÓPEZ , F “et al”.
Granada, Comares. 1298p.

95. WEGNER, D. 2002. The illusion of conscious will. Cambridge, The Mit Press.
419p.
96. WELZEL, H. 1973. Reflexiones sobre el “libre albedrío”. Anuario de Derecho
Penal y Ciencias Penales 26(2):221-231.
97. WELZEL, H. 1956. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires, Roque
Depalma. 271p.
98. WESSELS, J. 1970. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires,
Depalma. 276p.
99. WITTGENSTEIN, L. 1988. Investigaciones filosóficas. Barcelona,
Crítica. 547p
100. ZAFARRONI, E. 1988. Manual de Derecho Penal: Parte General.
Tomo IV. México, Ediar. 820p.

PUBLICACIONES SERIADAS ELECTRÓNICAS

1. CORTINA, A. 2010. Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética
universal con relevancia política?. [en línea] Isegoría. Revista de Filosofía
Moral y Política 42: 129-148
<<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/687/689>>
[consulta: 3 mayo 2015]
2. CRESPO, E. 2011. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y
responsabilidad penal. InDret 2 [en línea] <
<http://www.indret.com/pdf/807.pdf>> [consulta: 23 de mayo de 2015].

3. DE VRIES, R. 2007. Who will guard the guardians of neuroscience? Firing the neuroethical imagination. [en línea] EMBO reports 8(1):65–69. < <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3327523/>> [consulta: 10 mayo 2015]
4. DEMETRIO CRESPO, E. 2011. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. [en línea] InDret (2): < <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/241339/323930>> [consulta: 10 mayo 2015]
5. ECHARTE, L. Neuroética: hacia una nueva filosofía de la neurociencia. En: GARCÍA, J. (dir.): Enciclopedia de Bioética [en línea] <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/192-neuroetica-hacia-una-nueva-filosofia-de-la-neurociencia> [consulta: 7 de junio de 2015]
6. FARAH, M. 2005. Neuroethics: the practical and the philosophical. [en línea] Trends in Cognitive Sciences 9(1):34-40 < <http://www.psych.upenn.edu/~mfarah/Neuroethics-Practical.pdf>> [consulta: 10 mayo 2015]
7. FARAH, M. 2002. Emerging ethical issues in neuroscience. [en línea] Nature Neuroscience 5(11) < http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=neuroethics_pubs> [consulta:10 mayo 2015]
8. FEIJOO S., B. 2011. Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa? [en línea] InDret (2). < <http://www.indret.com/pdf/806.pdf>> [consulta: 10 mayo 2015]

9. FIGUEROA, G. 2012. Neuroética: reflexiones sobre los principios latentes de la moral en medicina. [en línea] Revista médica de Chile 140(8): 1078-1084 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872012000800018> [consulta: 10 mayo 2015]
10. GARCÍA, E. 2007. Neurociencia, conducta e imputabilidad. [en línea] Quark (39-40). < <http://quark.prbb.org/39-40/039088.pdf>> [consulta:10 mayo 2015]
11. GARZÓN DÍAZ, F. 2011. La neuroética, una nueva línea de investigación para la bioética. [en línea] Revista Latinoamericana de Bioética 11(1): 6-9. <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-47022011000100001&lng=en&tlng=es. [consulta: 10 mayo 2015]
12. HASSEMER, W. 2011. Neurociencias y culpabilidad en el derecho penal. [en línea] InDret(2). <<http://www.indret.com/pdf/821.pdf> > [consulta: 11 mayo 2015]
13. LUZÓN, D. 2012. Libertad, culpabilidad y Neurociencias. [en línea] InDret(3). < <http://www.indret.com/pdf/904a.pdf>> [consulta: 11 mayo 2015]
14. RAFECAS, D. Crítica a los conceptos funcionalista-sistémicos de pena y culpabilidad [en línea] http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=5#_ftn22. [consulta: 17 de febrero de 2015]
15. SÁNCHEZ-MIGALLÓN, S. y GIMÉNEZ ARAYA, J. 2009. Neuroética. [en línea] Philosophica: Enciclopedia filosófica on line <http://www.philosophica.info/voces/neuroetica/Neuroetica.html> [consulta: 7 de junio de 2015]

16.SCHÜNEMANN, B. 2008. Aporías de la teoría de la pena en la filosofía.
IndDret 2.[en línea] <http://www.indret.com/pdf/531.pdf> [consulta: 13 de
septiembre de 2015]