

Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha, España. Socio de la FICP

~¿Libertad *versus* determinismo en Derecho penal?* **~

I.

¿Se contraponen en realidad libertad y determinismo?, ¿lo hacen en el Derecho penal?, y, en último término, ¿se contraponen el determinismo, o más bien, una cierta concepción del determinismo, con el concepto de responsabilidad asociado a la libertad, o con más precisión, a una cierta concepción de la libertad? Aunque no se trata aquí tanto de exponer mi punto de vista, seguramente equivocado, y en todo caso, falsable, al menos si pretende aspirar al mínimo de consistencia científica en el sentido que POPPER¹ atribuyó a la lógica científica, sí quisiera esforzarme en distinguir dos o tres planos de la discusión que entiendo que se mezclan indebidamente con demasiada frecuencia.

El *primer plano* tiene que ver con la sempiterna discusión puramente filosófica sobre la libertad de voluntad, en la que ya se reconoce cada vez con más frecuencia que se halla en un verdadero punto muerto dialéctico, en el que no es posible avanzar en ningún sentido². Esto no es óbice, aunque resulte paradójico, para que la producción bibliográfica al respecto sea imparable y justamente se haya reavivado, entre otros motivos, a partir de los nuevos descubrimientos sobre el funcionamiento del cerebro³. El *segundo plano* es el que en realidad ha concitado el debate entre neurociencias y derecho penal, y éste es uno mucho más concreto y con repercusiones prácticas, pero que corre el riesgo de ser desenfocado desde múltiples perspectivas.

Se equivocan de raíz, creo, quienes piensen que los problemas prácticos del derecho penal se pueden resolver sin acudir a planteamientos filosóficos o con la sola

* Publicado en Revista de Derecho y Genoma Humano, Número extraordinario Jornadas XX Aniversario, 2014, pp. 111-124

** Trabajo elaborado dentro del proyecto de investigación “Neurociencia y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad” (MICINN / DER2009-09868) a partir de la conferencia pronunciada en el marco de los seminarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, 08.05.2013). El texto ha servido también como base, junto a las ideas desarrolladas en otros trabajos publicados con anterioridad, a la ponencia presentada en las XX Jornadas de Derecho y Genoma Humano organizadas por la Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano (Bilbao, 21.05.2013) y, últimamente, a la ponencia presentada en el I Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales “Retos actuales de la teoría del delito” (Barcelona, 30.05.2015).

¹ POPPER, K., La lógica de la investigación científica, 5ª reimp, Madrid: Tecnos, 1984

² CHIESA, L.E., Punishing without free will, Utah Law Review, 6, (2011), pp. 1-88, p. 51.

³ DEMETRIO CRESPO, E., Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal, InDret, 2/2011, pp.1-38, con múltiples referencias.

ayuda de la dogmática o reglas técnicas de la interpretación de los preceptos del código penal. La fundamentación metodológica última de esas reglas conducirá una y otra vez a preguntas ulteriores, que obligan al jurista a asomar la mirada un poco más allá. Si esto es claro para los juristas, también es aplicable, sin embargo, a los científicos que se valen de un método empírico basado en la experimentación, porque, como ya resaltó EINSTEIN, “la ciencia sin epistemología es, en la medida en que sea concebible, primitiva y confusa”⁴. De ahí que, en mi opinión, neurociencias y derecho penal estén obligados a entenderse, lo que significa sólo un punto de partida⁵.

En efecto, quienes piensan, o bien que es mejor abstenerse de introducir planteamientos filosóficos en el saber penal porque en último término nuestro “juego” (léase nuestras reglas de imputación) es uno que obedece de modo hermético a sus propias reglas⁶, lo que exime de hacerse ulteriores preguntas (y no se olvide que el pensamiento metodológico remite a cuestiones de fundamentación filosófica), o bien que sería mejor no establecer diálogo alguno con los planteamientos que provienen de las neurociencias porque éstas manejan métodos de investigación diferentes⁷, renuncian de antemano, me permito decir que de manera contraintuitiva desde el punto de vista del conocimiento, a ofrecer respuestas allí donde éstas son necesarias porque conciernen al principal problema penal desde siempre, el de la legitimación del castigo. Respuestas que, por otro lado, la ciencia penal está en posición de ofrecer por haber reflexionado durante largo tiempo sobre ellas y disponer a su vez de un instrumental conceptual y metodológico muy elaborado.

Es aquí, donde quisiera introducir el salto al segundo plano al que antes me refería. Establecido lo anterior, es claro que la opción adecuada no pasa por buscar una escapatoria en el plano metodológico porque el problema no reside en el método, sino en las consecuencias epistemológicas y, por tanto, filosóficas, que nos conciernen tanto

⁴ EINSTEIN, A., Remarks concerning the essays brought together in this cooperative volumen, en P.A. Schilpp (coord.), Albert Einstein, philosopher-scientist, Evanston: Library of living philosophers, 1949, pp. 665 y ss. (citado por RAMOS VÁZQUEZ, J.A., Ciencia, libertad y Derecho penal, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 181).

⁵ DEMETRIO CRESPO, E., Compatibilismo humanista. Una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho penal, en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 17-42, p. 18.

⁶ JAKOBS, G., Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica, en B. Burkhardt & K. Günther & G. Jakobs, El problema de la libertad de acción en el Derecho penal, Buenos Aires: Ad.Hoc, pp.131-157, 154.

⁷ HASSEMER, W., Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal, InDret, 2/2011, pp. 1-15, 6-7; IB., Grenzen des Wissens im Strafprozess, ZStW, n° 121, 2009, pp. 829-859, 846.

a juristas como neurocientíficos en torno a una determinada imagen del hombre⁸. El objeto de conocimiento es el mismo, pero difiere el modo de enfocarlo y la manera de llegar a conclusiones sobre el mismo, a partir, eso sí, de diferentes métodos. Si esta premisa fuera cierta, ciertamente, estamos a obligados a entendernos. Pero esto no significa que deban aterrizar los resultados que se obtienen a través de un experimento, o más exactamente, de una determinada interpretación del mismo, en el ámbito del derecho, en nuestro caso, del derecho penal, y de conceptos básicos en la configuración dogmática de la teoría del delito, como sin duda lo es la culpabilidad, y trastocarlo completamente sin contraponer la enorme fuerza discursiva que éste posee en el modelo del derecho penal del Estado de Derecho.

A pesar de todo, algunos prefieren desactivar el problema previamente, bien por considerarlo irrelevante al partir de una configuración del concepto jurídico-penal de la culpabilidad que atiende de modo primordial a la estabilización del sistema normativo, desatendiendo, por tanto, la cuestión subyacente relativa a su legitimación democrática, o bien por entender que la perspectiva científica en torno al determinismo, lo que incluye al neurodeterminismo, es una completamente equivocada ya en el plano epistemológico por estar lastrada por una suerte de cientifismo radical o confianza ciega en que los únicos conocimientos válidos son los que se adquieren mediante las ciencias positivas, conclusión que parecería poder demostrarse desde la lógica de los actos del habla, aquellos relativos a la perspectiva interna de la que deriva nuestro propio auto-entendimiento como seres humanos a partir del cual adquirimos identidad individual y social⁹.

Esta última es, de algún modo, una respuesta desde fuera, que no necesita invocar el concepto jurídico-penal de la culpabilidad, y que recaba su fuerza del enorme aporte que la filosofía de WITTGENSTEIN¹⁰ ha realizado a la filosofía de la mente, lo que conduce de manera más amplia a la defensa del concepto de libertad de acción como base del derecho penal, base que cabría deducir de las estructuras mismas del lenguaje. Sin embargo se trata de un aspecto muy debatido, lo que ha permitido que autores como SEARLE discutan la idea de que la conciencia no puede situarse en el cerebro ya que, en su opinión, “la exigencia de que el sistema, la persona en su totalidad, sea capaz de

⁸ DEMETRIO CRESPO, E., Identidad y responsabilidad penal, AFDUAM, nº17, 2013, pp. 237-254, con múltiples referencias.

⁹ RAMOS VÁZQUEZ, JA., Ciencia, libertad y Derecho penal, 2013, pp. 107 y ss.

¹⁰ WITTGENSTEIN, L., Investigaciones filosóficas, Crítica: Barcelona, 1988.

manifestar una conducta no implica que no pueda haber un elemento del sistema, el cerebro, que sea el lugar de los procesos conscientes”¹¹. Detrás se situaría la falacia de confundir las reglas de uso de las palabras con la ontología aplicando una suerte de “conductismo lógico wittgenstiano”. Lo que BENNETT y HACKER¹² llaman “falacia mereológica” sería para SEARLE más bien un “error categorial” en el sentido de RYLE¹³, error en el que incurriría el cartesianismo al colocar en conjunción términos pertenecientes de dos categorías distintas¹⁴. Ciertamente se trata en gran medida de un problema de uso del lenguaje, hasta el punto de que cualquier posicionamiento en tan intrincado asunto dependerá en buena parte del significado que otorguemos a los distintos conceptos en juego, en nuestro caso, determinismo y libertad. Pero esto no quiere decir, en mi opinión, que la solución resida en el lenguaje. Decir que fuera del lenguaje no hay nada, o que nada tiene sentido más allá de nuestros juegos del lenguaje, es tan poco falsable como decir que no hay sentido alguno ni posibilidad de conocimiento de ninguna clase fuera del campo experimental.

II.

Dicho esto, me temo que la mejor manera de afrontar el problema para un penalista no encerrado en ninguna torre de marfil, es abordar el problema desde dentro, o bien, desde dentro y desde fuera a la vez.

Una primera forma de hacerlo, no sólo responde desde el interior del sistema penal, sino que, además, lo hace desde el punto de vista que proporciona la primera persona. A partir de aquí una idea general es la afirmación de que nuestro sistema constitucional de organización política parte del *ideal de la libertad*, así como también nuestro propio auto-entendimiento, lo que se traduce resumidamente en la posibilidad de entender la culpabilidad como un reproche ético-jurídico que se formula al individuo por el mal uso de su libertad¹⁵. Una reformulación de la misma apunta en el sentido de

¹¹ SEARLE, J., Situar de nuevo la conciencia en el cerebro, en M.R. Bennett & D. Dennett & P. Hacker & J. Searle, La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje, Nueva York: Paidós, pp. 121-155, 130.

¹² BENNETT, M. & HACKER, P., Philosophical foundations of neuroscience, Oxford: Blackwell, 2003

¹³ RYLE, G., The concept of mind, London & New York: Routledge, 2009, p. 6 [„It represents the facts of mental life as if they belonged to one logical type or category (or range of types or categories) when they actually belong to another“].

¹⁴ SEARLE, J., en M.R. Bennett & D. Dennett & P. Hacker & J. Searle, La naturaleza de la conciencia, p. 130.

¹⁵ HIRSCH, H.J., Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y Derecho penal (traducción de E. Demetrio Crespo), en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 43-56, 54.

que lo realmente importante no es si somos realmente libres, sino que, lo seamos o no, creemos en todo caso que lo somos. BURKHARDT lo explica diciendo que ante el dilema a que conduce asumir la libertad contra-causal como requisito previo de la culpabilidad personal y, al mismo tiempo, que el procedimiento penal es incapaz de probarla retrospectivamente, es decir, ante la alternativa de entender, o bien que esa prueba no es necesaria, o bien que hay que operar sin el principio de culpabilidad, lo decisivo es si se actuó en la creencia de que se tenía esa alternativa (la posibilidad de actuar de otro modo)¹⁶. Es decir, para él lo decisivo no es la libertad objetiva, sino la libertad subjetiva o la *experiencia de libertad*.

Este punto de vista, que está detrás del concepto tradicional de la culpabilidad retribucionista basada en el poder actuar de otro modo choca frontalmente con las afirmaciones de los neurocientíficos de que una cosa es asumir la experiencia de voluntad consciente y otra muy distinta la causación de las acciones por dicha voluntad consciente¹⁷. Ante este dilema algunos se han adentrado por la complicada senda de tratar de refutar la validez de los experimentos científicos como los llevados a cabo por el neurólogo BENJAMIN LIBET¹⁸ en California y más recientemente por otros científicos en el Reino Unido y en Alemania, que parecen demostrar la existencia de un potencial de preparación en virtud del cual el cerebro se activa unos instantes antes de que el sujeto tenga la impresión subjetiva de libertad. En particular se discute con intensidad y buenas razones si realmente es lógico extraer consecuencias de alcance general sobre estos resultados, y muy especialmente, acerca de otro resultado que también habría alcanzado el propio LIBET en experimentos posteriores, según el cual entre el momento en el que el sujeto cree tener consciencia de querer hacer algo y el momento de ejecución del acto voluntario todavía hay una fracción de tiempo de unos 100 ms, medida en términos de actividad cerebral, durante la cual el sujeto sometido al experimento podría vetar el acto voluntario¹⁹.

¹⁶ BURKHARDT, B., La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal, en B. Burkhardt & K. Günther & G. Jakobs, El problema de la libertad de acción en el Derecho penal, Buenos Aires: Ad.Hoc, pp.29-93, 40.

¹⁷ RUBIA, F.J., Neurociencia y libertad, en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 185-190, 187.

¹⁸ LIBET, B., Do we have Free Will?, en W. Sinnott-Armstrong & L. Nadel, Conscious Will and Responsibility, Oxford: University Press, 2011, pp. 1-10 (Vid., además, las referencias bibliográficas citadas en este artículo, así como las otras contribuciones del mismo volumen).

¹⁹ PÉREZ MANZANO, M., El tiempo de la consciencia y de la libertad de voluntad, en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito

FRANCISCO RUBIA hace alusión al problema advirtiendo que a este argumento se le contestó por otros científicos que ese “libre no querer” tendría que utilizar el mismo tiempo que el “querer” y para eso no habría tiempo suficiente²⁰. Estas reflexiones se sitúan en línea con otras como la frase acuñada por WOLFGANG PRINZ según la cual “no hacemos lo que queremos, sino que queremos lo que hacemos”²¹ y, en último término, con una idea más amplia que se remonta a SPINOZA (1632-1677) según la cual no existe una mente absoluta entendida como voluntad libre, sino que la mente está determinada para querer una cosa u otra por alguna causa, que estaría determinada de nuevo por otra causa y así sucesivamente. Como se advierte, un determinismo fuerte o mecanicista de este tipo se apoya de un modo decisivo en el pensamiento causal, lo que parece situarse en contradicción con algunos desarrollos que provienen p.e de la teoría del caos o de la física cuántica, que afirman más bien la existencia de una multiplicidad de factores que, en un momento determinado, producen ese resultado en el contexto de sistemas dinámicos²². Estos intentos tampoco convencen a científicos como PRINZ, que los etiquetan como formulaciones de “determinación indeterminada” científicamente inaceptables por renunciar a una explicación ulterior²³. Sin embargo, la discusión es muy antigua y en ella han intervenido importantísimos filósofos como DAVID HUME (1711-1766), quien ya apuntó que la separación de la idea de una causa de la del comienzo de la existencia (de algo) es perfectamente imaginable, lo que no implica contradicción ni sinsentido alguno²⁴.

En una atrayente contribución JOSÉ M^a DELGADO recuerda, por ejemplo, “que el diseño de los cerebros no es el de una estructura biológica que funciona bajo el paradigma de a un estímulo una respuesta, sino que lo hace desde el principio de un mundo interno/interior capaz de tomar iniciativas no contingentes con el entorno, fruto

de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 105-135, 116-117.

²⁰ RUBIA, F., en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013, p. 185.

²¹ PRINZ, W., Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution, en Psychologische Rundschau, n° 55/4, pp.198-206; IB., Willensfreiheit als soziale Institution, en T. Hillenkamp (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, Baden-Baden: Nomos, 2006, pp.51-62.

²² SMITH, L., A very short Introduction, Oxford: University Press, 2007, pp. 33 y ss; MERKEL, R., Willensfreiheit und rechtliche Schuld, Baden-Baden: Nomos, 2008, pp. 26-30.

²³ PRINZ, W., Psychologische Rundschau, n° 55/4, p. 201.

²⁴ HUME, D., A treatise of human nature, Harmondsworth: Penguin Books, 1969, p. 127 [«The separation, therefore, of the idea of a cause from that of a beginning of existence, is plainly possible for the imagination; and consequently the actual separation of these objects is so far possible, that it implies no contradiction nor absurdity; and is therefore incapable of being refuted by any reasoning from mere ideas; without which ‘tis impossible to demonstrate the necessity of a cause»].

muchas veces de una elaboración anterior al momento en el que se realiza el comportamiento” y que “la información sensorial que percibimos no ha de reproducirnos el mundo animado o inanimado tal como es, sino que basta con que sea de utilidad para la supervivencia”²⁵, al tiempo que se esfuerza en destacar que, como consecuencia del principio de incertidumbre, para tener un sistema estable que genere actividades constantes y reconocibles hace falta que esté compuesto por un elevado número de elementos²⁶ y que, aunque la neurociencia contemporánea ha alcanzado algunas conclusiones sobre los centros neuronales relacionados con los procesos electivos, todavía se sabe muy poco sobre los mecanismos neuronales que intervienen en los mismos. Este autor advierte que una cosa es la pregunta acerca de *cómo* el cerebro produce comportamientos, emociones, sentimientos y pensamientos, y otra *dónde*, siendo mucho más difícil de contestar la primera, mientras que otras como el *por qué* o el *para qué* se saldrían del ámbito experimental²⁷. Particularmente claro en este terreno es el neuropsicólogo WOLFGANG PRINZ, que considera que se pueden analizar las prestaciones del cerebro desde tres perspectivas: el comportamiento, la representación y la subjetividad. Mientras que en los dos primeros aspectos ya se sabe bastante, aunque todavía se esté lejos de entender los principios básicos, la ciencia se siente desvalida, afirma, en el último campo mencionado²⁸. Esto se debería a que no puede explicar cómo funcionan los procesos cerebrales que producen la conciencia. En opinión del mencionado autor la naturaleza de la subjetividad y la conciencia no puede llegar a explicarse y entenderse sólo con el “arsenal” de la investigación sobre el cerebro, sino que se precisa una teoría marco completa que comprenda y tenga en cuenta no sólo los fundamentos biológicos o naturales, sino también los sociales y culturales sobre los que ambas se asientan²⁹. Por su lado, MANUEL DE JUAN destaca que aquello que llamamos conciencia no es sino el conjunto de respuestas emocionales que, una vez adquiridas, operan de forma automatizada, ya sea causándonos temor antes de cometer el delito o remordimiento una vez cometido, disminuyendo así la posibilidad de volver a

²⁵ DELGADO GARCÍA, J. M^a., Hacia una Neurofisiología de la libertad, en E. Demetrio Crespo (Dir.) & M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 3-15, 5.

²⁶ *Ibíd.*, p. 9.

²⁷ *Ibíd.*, p. 10.

²⁸ PRINZ, W., “Was wissen und können Hirnforscher in zehn Jahren?“, en *Gehirn&Geist*, nº 6, 2004, p. 35.

²⁹ *Ibidem*

delinquir³⁰. Vista así, dice DE JUAN, la conciencia es un mecanismo de aprendizaje muy superior al castigo por tratarse de una reacción autónoma que opera de manera inmediata, inevitable y nada azarosa³¹.

Me gustaría utilizar las siguientes reflexiones de JOSÉ M^a DELGADO para abonar la tesis que me proponía defender al principio: (a) nadie ha demostrado que los entes inmatriciales puedan hacer lo que les venga en gana, por ejemplo, elegir sin tener en cuenta la larga lista de condiciones previas que preceden (y pueden causar) la elección; (b) ninguna de las fuerzas que existen en la naturaleza (gravitatoria, nuclear fuerte, nuclear débil y electromagnética) explica cómo un ente inmaterial podría actuar sobre la materia, esto es, cómo la mente daría órdenes al cerebro para que éste pusiese en marcha los actos motores que nos llevan de un lado a otro y que nos permiten hablar y escribir; (c) este debate entre lo material y lo inmaterial suele incluir un concepto de lo material muy alejado de cómo se interpreta desde la física contemporánea³².

III.

Pues bien, de la misma manera que sería equivocado probablemente pasar por alto los avances producidos en el ámbito de la física contemporánea, lo mismo sería predicable respecto a la filosofía de la mente, y al propio derecho penal. Visto así, podría considerarse como un retroceso significativo “volver” a un concepto de culpabilidad basado en el “poder actuar de otro modo” cuando parecía ampliamente superado, o “regresar” a conceptos de “culpabilidad de autor”, que también parecían abandonados, en el primer caso a partir de una cierta reacción defensiva frente a los postulados deterministas, y en el segundo, como consecuencia de los mismos.

La vía adecuada en la resolución del problema penal se aleja, en mi opinión, de dos opciones metodológicas extremas, que vienen representadas por el indeterminismo y el determinismo fuertes.

Un *indeterminismo puro* conduce a un vacío que, como hemos visto, es muy difícil de llenar, y que además, a diferencia de lo que sostienen algunos de sus partidarios, no sólo se sitúa enfrente de los conocimientos científicos sobre la

³⁰ DE JUAN ESPINOSA, M., Psicopatía antisocial y neuropsicología, en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 575-600, 581.

³¹ *Ibíd.*, 582.

³² DELGADO GARCÍA, J. M^a., en E. Demetrio Crespo (Dir.) & M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal., 2013, p. 11.

multiplicidad de factores que condicionan, y a veces, determinan, el comportamiento del ser humano, sino que se sitúan muy lejos de este último. Trataré de explicar con algo más de detalle en qué me baso para decir esto. Entiendo que no es tarea fácil porque muchos penalistas argumentan de manera enfática que existe una conexión tal entre la idea de libertad de la que parte nuestro sistema de organización política y el modo de configuración del derecho penal asociado al mismo a partir de nuestro propio auto-entendimiento, que aquélla implicaría de modo casi imprescindible un concepto de derecho penal y de la culpabilidad jurídico-penal basados en la libertad de voluntad, y ello con independencia de que exista o deje de existir, o afirmando en todo caso, que sí existe aunque no podamos probarlo empíricamente. Tanto es así, que estos autores, acaban advirtiéndome generalmente de que, de otro modo, estaríamos abocados a un derecho penal de medidas de fatales consecuencias³³.

Quienes se dejen seducir por esta idea, no caerán ciertamente en el “canto de sirenas” de la neurociencia, pero sí lo harán en el del “retribucionismo”, al coste de tirar por la borda una larga evolución en el desarrollo de un derecho penal algo menos metafísico, o si se prefiere, como ha subrayado BERNARDO FEIJOO³⁴, postmetafísico. La defensa del concepto jurídico-penal de culpabilidad debe hacerse, en mi opinión, desde otro ángulo, que ha sido, por cierto, bastante fructífero en el necesario diálogo establecido hasta la fecha entre algunos penalistas y algunos neurocientíficos. El blanco de los ataques de estos últimos ha ido dirigido sobre todo a concepciones de la culpabilidad basadas en el poder actuar de otro modo³⁵, y aunque es innegable que ciertos componentes de la capacidad de culpabilidad, como los que giran en torno a la posibilidad de guiar el comportamiento de acuerdo a la previa comprensión, tienen difícil separarse de esa idea, la fundamentación última del concepto jurídico-penal de la culpabilidad hace tiempo que ha procurado encontrar vías alternativas, a la vez que el propio Derecho penal encontraba explicaciones más plausibles en el terreno de la legitimación del castigo que las meramente retribucionistas.

De hecho, las fundamentaciones de carácter preventivo que buscan el sentido del castigo en la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intolerables con la

³³ HIRSCH, H. J., en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal*, 2013, p. 49.

³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, *InDret*, 2/2011, pp.1-58, 44.

³⁵ MERKEL, G & ROTH, G., *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, en K.J. Grün & M. Friedman & G. Roth (eds.), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, pp. 54-95.

finalidad última de hacer posible la convivencia se han considerado más acordes al auténtico espíritu de un derecho penal democrático³⁶. Desde esta perspectiva los aportes de las neurociencias, incluso los resultados de los experimentos, sólo vienen a corroborar algo que se viene defendiendo desde hace tiempo por un sector de la ciencia penal, que el concepto jurídico-penal de la culpabilidad no es ni puede ser, en esencia, un juicio de reproche moral por el mal uso de la libertad, sino que representa, más bien, la verificación de una serie de condiciones que establece el ordenamiento jurídico para la *imputación personal de lo injusto a su autor*, condiciones que ciertamente presuponen una autodeterminación de la voluntad, o dicho de otro modo, una margen de libertad que hay que entender en sentido intersubjetivo y que, por lo tanto, no se hace depender de un indemostrable juicio biofísico acerca del poder actuar de otro modo. Esto ya fue visto por WELZEL, quien consideraba el indeterminismo un punto de partida equivocado y no defendía un concepto de culpabilidad basado en la libre determinación de la voluntad o como una decisión a favor de lo malo, sino, en sentido negativo, como “la falta de determinación conforme a sentido en un sujeto capaz de ello”³⁷.

Los desarrollos actuales demuestran que es posible concebir un concepto de culpabilidad por el hecho propio del derecho penal del hecho en el Estado de Derecho algo más libre de connotaciones metafísicas a partir de una adecuada elaboración dogmática que tenga en cuenta las variables necesarias para poder convivir con los nuevos conocimientos que derivan hoy, y los que puedan surgir en el futuro, de las ciencias biológicas. Un concepto de este tipo se mueve por necesidad en un contexto compatibilista que asume, como también hacen los neurocientíficos, la necesidad del castigo para hacer posible la convivencia y la imprescindible carga de legitimación democrática asociada al concepto de responsabilidad individual. Aquí no es tan decisiva la etiqueta nominal, esto es, la palabra culpabilidad, sino el acuerdo alcanzado en el marco de la ciencia penal acerca del haz de garantías que este principio/concepto (o si se prefiere este principio que actúa como regla en diversos contextos) conlleva y que se utilizan a favor del autor.

Un concepto de este tipo no sólo no parte, desde luego, de una idea abstracta o, si se quiere, metafísica, de la libertad, sino que pretende ser más respetuoso con el ideal de

³⁶ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 51 y ss.

³⁷ WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed. (4ª ed. castellana), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 176.

libertad como principio de organización política y, a la vez, más próxima al ser humano que la visión indeterminista basada en el retribucionismo, y ello por dos razones principales: (a) se castiga para proteger bienes jurídicos (preventivamente) de acuerdo a un procedicimiento impugnabile de regla-excepción en virtud del cual *se supone la normalidad, pero no se parte de ella*; (b) segundo, porque pretende ser *coherente con el resto de las ciencias sociales* al entender claramente insuficiente el punto de vista introspectivo basado en la primera persona para un juicio de hetero-imputación jurídica³⁸.

De la combinación de ambos puntos de vista resultan al menos las siguientes consecuencias: (a) primero, la *disolución del “silogismo retribucionista”* en virtud del cual siempre que el sujeto es considerado culpable hay que castigar porque la culpabilidad se entiende, en cierto modo, como un mandato de tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias a pesar de los “costes” para el principio de la libertad; (b) segundo, *el reequilibrio de la carga de la prueba de la libertad*, que para el indeterminismo recae del lado del determinismo, de modo que en todos los casos difíciles conduciría igualmente a castigar; (c) tercero, *una mayor operatividad en el ámbito jurídico*, que no se vería afectada en modo alguno por las consecuencias extremas de la absoluta predeterminación inconsciente de los actos voluntarios. Esta última afirmación requiere alguna explicación ulterior ya que puede resultar irritante tanto para el indeterminista como para el determinista.

Acudiré para ello a algunas reflexiones de JÜRGEN HABERMAS. Este renombrado filósofo entiende que el lenguaje objetivador de la Neurobiología exige al cerebro el rol gramatical que hasta ahora había jugado el “yo”, pero sin encontrar correspondencia alguna en el lenguaje de la psicología cotidiana. Eso le hace preguntarse si en verdad la concepción determinista es una tesis fundamentada por el método científico natural, o sólo forma parte de una visión del mundo naturalista que obedece a una interpretación especulativa de los conocimientos científicos. Mientras que KANT habría tratado de reconciliar la causalidad que proviene de la libertad con la causalidad natural al precio de un dualismo entre los mundos de lo inteligible y de los fenómenos, los programas de investigación reduccionistas sólo podrían eludir la dificultad de un dualismo de perspectivas explicativas y juegos del lenguaje al precio del epifenomenalismo. Esto

³⁸ Con más detalle, DEMETRIO CRESPO, E., en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal, p. 29.

obedecería justamente a una razón fundamental que consiste en que “normalmente las acciones son el resultado de una compleja concatenación de intenciones y pensamientos, que ponderan los fines y medios alternativos a la luz de oportunidades, recursos y obstáculos”³⁹. En este sentido resulta decisivo el juego de *motivos, razones y causas* porque, como subraya HABERMAS, “el carácter condicionado de una decisión no me perturba sólo en tanto que pueda entender ese suceso retrospectivamente de manera implícita como la ejecución de un proceso de reflexión en el que estoy involucrado bien como participante en el discurso o como un sujeto pensante *in foro interno*. Sí lo haría, en cambio, la determinación de mi decisión a través de un suceso neuronal en la que no intervengo como persona que toma partido, justamente porque ya no sería “mi” decisión”⁴⁰.

Sin embargo, no es esto, hasta donde alcanzo, lo que afirman los neurocientíficos. Así, algún eminente neurocientífico como GERHARD ROTH, que ha participado activamente en el debate con los penalistas, se niega a asumir la consecuencia del epifenomenalismo: niega que los actos voluntarios sean realmente tal y como nos los representamos de acuerdo a los conceptos básicos de la psicología popular o del sentido común, debido al papel crucial que juega la memoria emocional de la experiencia en la aparición de deseos e intenciones, y niega también que haya una correlación fija entre un estado de voluntad y una determinada acción, pero aclarando acto seguido que esto no significa que todos los actos conscientes estén completamente predeterminados por procesos inconscientes, lo que los convertiría ciertamente en meros epifenómenos de estos últimos⁴¹.

Pero, volviendo a HABERMAS, todavía habría que dar un paso más. Dice este pensador que la *explicación racional de una acción* no refiere condiciones suficientes sobre la aparición fáctica del resultado de la acción como en una explicación causal habitual, dado que la fuerza que motiva las razones de la acción presupone que éstas son suficientes en las circunstancias dadas para vincular la voluntad de quien actúa. Esto significaría que una motivación mediante razones no sólo vendría a exigir un actor que toma posición de modo racional, sino además, uno que se deja determinar por su entendimiento. Como consecuencia, dice HABERMAS, lo que convierte a alguien en un autor responsable y artífice de su propio hecho no sería sólo la motivación mediante

³⁹ HABERMAS, J., Freiheit und Determinismus, en DZPhil, n° 52/6, 2004, pp. 871-890, 873.

⁴⁰ *Ib.*, 874.

⁴¹ MERKEL, G & ROTH, G., DZPhil, n° 52/6, 2004, pp. 62.

razones determinadas, lo que equivaldría a convertir la declaración de motivos razonables de la acción en una prognosis, sino la adopción razonada de una iniciativa que el agente se atribuye a sí mismo⁴². En este sentido, la solución a la pregunta planteada en el título, si es que tiene alguna, debe venir dada, como concluía FERNANDO MOLINA en un espléndido artículo al respecto, de la aceptación tanto de la perspectiva interna de quien conscientemente actúa en el mundo como de la externa de quien se examina a sí mismo y a los demás como parte de un mundo científicamente explicable⁴³. El Derecho penal “se juega” buena parte de su sentido y fundamento en la contraposición entre maldad y enfermedad, así como en la delimitación entre normalidad y anormalidad, y los parámetros que usamos para definir las. Me permito sugerir que una delimitación de este tipo no puede venir dada exclusivamente por las ciencias naturales sino que está histórica y culturalmente condicionada.

⁴² HABERMAS, J., DZPhil, n° 52/6, 2004, p. 877.

⁴³ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Presupuestos de la responsabilidad jurídica. Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad“, AFDUAM, n°4, 2000, pp. 57-137, 137.