

# **NUEVAS PERSPECTIVAS EN DERECHO PENAL**

*Seminario organizado  
por el Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses  
de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires  
el 19 de octubre de 2010*



## **PARTICIPANTES**

**Coordinador:**

**Dr. MARIANO N. CASTEX**

**Director del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses**

**Lic. LAURA DEANESI**

*Introducción a la psicología del testimonio: Nuevas perspectivas*..... 5

**Dr. DANIEL R. PASTOR**

*La discusión actual en torno de la culpabilidad* ..... 15



## **INTRODUCCIÓN A LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO: NUEVAS PERSPECTIVAS\***

Lic. LAURA DEANESI

Este trabajo fue presentado en el marco de la Jornada “*Nuevas perspectivas en derecho penal*”, realizada en el Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, y tuvo por objeto brindar una introducción a la psicología del testimonio a un público conformado fundamentalmente por juristas, profesionales del derecho y operadores judiciales.

La finalidad de esta exposición fue y sigue siendo principalmente informativa. Sin embargo, como enseguida se verá, incluye también una serie de observaciones dirigidas fundamentalmente a demostrar la importancia de conocer el funcionamiento de la memoria para poder valorar un testimonio desde un punto de vista lo más objetivo posible y poder entender por qué un testigo recuerda determinados hechos o aspectos de esos hechos, mientras olvida o distorsiona otros.

En lo que sigue, me referiré al modo en que los jueces valoran habitualmente los testimonios (I). Luego me ocuparé de la definición de la psicología del testimonio y efectuaré algunas consideraciones acerca de ciertas creencias erróneas sobre la materia (II), para finalmente abordar los diversos aspectos estudiados por la disciplina (III).

– I –

El punto de partida para comprender el tema pasa por recordar que, en el elenco de pruebas del proceso penal, el testimonio sigue

\* Parte del presente trabajo fue presentado como *poster* en el XVI Congreso Internacional de Psiquiatría, Buenos Aires, Asociación Argentina de Psiquiatras, septiembre 2009.

ocupando un papel relevante, a veces, decisivo; y, a pesar de eso, los jueces apelan a un criterio bastante impreciso como es la sana crítica racional para valorarlo.

Se basan en impresiones, en casos ya resueltos en ocasiones anteriores intentando encontrar posibles analogías con el caso actual, es decir, en procesos de razonamiento y deducciones que muchas veces pueden llevarlos a cometer grandes errores. Se parte, generalmente sin saberlo, de ciertos *presupuestos erróneos*, basados en la intuición, al momento de valorar un testimonio:

- a) Que el testigo puede poner al juez en contacto directo con los hechos.
- b) Que la percepción de los hechos a través de los sentidos, es decir, la adquisición de información y su posterior retención y recuperación son procesos lineales, no susceptibles de ulteriores modificaciones.
- c) Que la memoria funciona cual si fuera una cámara de video, reproduciendo en forma literal, al momento de recordar, imágenes o escenas en los sujetos.
- d) Que la persona que miente se comporta de modo tal que revela que está mintiendo (por ejemplo: se muerde las uñas, está nervioso, dubitativo, desvía la mirada).

Pues bien, frente a este panorama, la psicología del testimonio viene a tender un puente entre el Derecho y la Psicología; viene a ofrecer conocimientos y técnicas que permitan al juez y a los demás operadores judiciales valorar la prueba testimonial de manera fiable, con ayuda de criterios basados en el método científico y, ya no, tan sólo en la experiencia e intuición individuales.

– II –

Como primer punto entonces, lo primero que nos podemos preguntar es dónde se ubica la psicología del testimonio en el mapa de las disciplinas científicas. Es una aplicación directa de la psicología experimental y de la psicología cognitiva, es decir, del estudio de los procesos cognitivos tales como percepción, memoria, atención o lenguaje. Basada en los resultados de las investigaciones de estos campos, intenta determinar la calidad, es decir, la exactitud y la credibilidad de los testimonios.

Si definimos al **testigo** como un “...*sujeto-fuente de información de relevancia procesal...*”<sup>1</sup> y al **testimonio** como un relato de memoria que realiza el testigo sobre hechos que previamente ha presenciado, resulta fácil comprender que el testimonio de los testigos se basa fundamentalmente en su capacidad de memoria.

A menudo se nos pide a los psicólogos que evaluemos si las declaraciones testimoniales son verdaderas o falsas, es decir, si el testigo miente o no. Pero ¿podemos decir que un testimonio se corresponde punto por punto con el hecho ocurrido? Si dijéramos que es posible estaríamos hablando de un *testimonio ideal* que lamentablemente no existe en la realidad. Un testimonio *nunca* coincide *totalmente* con los datos fácticos a los que dice referirse, y ello es así fundamentalmente por el modo en que funciona nuestra memoria.

Por otra parte, pese a los sucesivos intentos a lo largo de la historia por responder a la necesidad de poder discriminar entre verdad y mentira, a través de métodos como las drogas de la verdad, el polígrafo, los análisis de las respuestas fisiológicas, ninguno de ellos ha resultado ser un “detector de mentiras válido”. Una de las razones es que no miden realmente la exactitud o la mentira en sí, sino una multiplicidad de variables como el estrés, el miedo o la ansiedad. Tampoco está comprobado, hasta el momento, que existan gestos o mímicas típicas de alguien que está mintiendo.

A su vez, la mentira es una cuestión de intención (de engañar) y sólo podemos especular acerca de las posibles motivaciones del testigo para ocultar lo ocurrido. La ciencia actual no permite valorar los testimonios partiendo de esas categorías porque no existen aún técnicas válidas de detección de mentiras.

Muchas veces sucede, debido al funcionamiento de la memoria, que las inexactitudes que podríamos detectar en las declaraciones son más bien producto de errores que comete el testigo y NO de falta de honestidad del testigo.

A todo esto se suma que los hechos no se incorporan al proceso judicial en su verdad material. En general ya ocurrieron, pertenecen al pasado y, por ende, sólo pueden ser reconstruidos por el juez “...*tomando como base los medios de prueba disponibles...*”<sup>2</sup>. De manera tal que su reproducción exacta sería imposible y sólo podemos aspirar a una reconstrucción mental de lo sucedido.

<sup>1</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 104.

<sup>2</sup> Taruffo, Michele, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, p. 19.

A su vez, la información que aporta el testigo debe ser cruzada con las demás. En palabras de Andrés Ibáñez: “...corroborar es probar...”<sup>3</sup>(...) y “un dato corrobora si versando sobre hechos distintos del principal pero relacionados con él, al ser cruzado con la información inicial relativa al mismo, produce el efecto de conectar también –aunque indirectamente– al imputado con la acción delictiva que se le atribuye”<sup>4</sup>.

La memoria, contrariamente a las creencias que, por sentido común, tienen las personas, incluidos los jueces, no es una reproducción literal del pasado sino un proceso dinámico en constante reelaboración y como tal, susceptible de errores y distorsiones.

– III –

Como contrapartida a ello, ¿qué puede aportar la psicología del testimonio?

La psicología del testimonio estudia principalmente dos grandes ejes: la **EXACTITUD** del testimonio y la **CREDIBILIDAD** del testigo.

Por **credibilidad** entendemos la correspondencia entre lo *sucedido y lo relatado*.

En tanto que la **exactitud** de la memoria podemos definirla como la correspondencia entre lo *sucedido y lo representado en la memoria*, esto es, entre lo que ocurrió y lo que el testigo recuerda.

Así, ambos conceptos están estrechamente relacionados porque la credibilidad depende en primer lugar de la exactitud del recuerdo, pero la credibilidad tiene autonomía como categoría porque además de la exactitud, depende de otros factores adicionales que pueden hacer que un testimonio a pesar de ser exacto, de todos modos, no sea creíble.

–A–

Con relación al primer aspecto, el de la **exactitud** del recuerdo, la psicología del testimonio enseña que existen distintos factores que pueden alterarla.

En primer lugar, tenemos que tener en cuenta el **proceso de percepción**. Se entiende que memoria y percepción son procesos cognitivos que están relacionados porque para poder recordar algo,

<sup>3</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, *op. cit.*, p. 125.

<sup>4</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, *op. cit.*, p. 126.

<sup>5</sup> Manzanero, Antonio L., *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*, Pirámide, Madrid, 2008, p. 32.



un evento, un objeto o cualquier otra cosa, primero tenemos que percibirlo. Sin percepción no hay recuerdo.

La **percepción** es “...el proceso mediante el cual dotamos de significado a las sensaciones”<sup>5</sup>. A su vez, sobre la percepción se monta la memoria, que procesa y almacena esa información significativa que hemos recibido.

Así, pues, el recuerdo no es una fotocopia del evento porque el ser humano no percibe pasivamente las informaciones que recibe sino que tiende espontáneamente a interpretarlas, de manera tal que lo que queda grabado en la memoria dependerá, entre otros factores, de la manera en que el suceso sea interpretado, lo que, a su vez, está influenciado por los esquemas de conocimiento previos que posee la persona, en función de los cuales interpreta los hechos. “*Por tanto, lo que se retiene en la memoria es una versión esquematizada y, generalmente, distorsionada del material original que, en el momento del recuerdo, se utilizará para reconstruir la experiencia vivida*”<sup>6</sup>.

Otro proceso cognitivo a tener en cuenta en el momento en el que se codifica la información es el **proceso de atención**, que determina qué información se toma en cuenta y cuál se descarta de forma parcial o absoluta, siendo esta última imposible de recuperar porque no quedó representada en la memoria. Se recuerda preferentemente aquello a lo que se le presta atención, voluntaria o involuntariamente.

El proceso de atención involuntaria es el que explica, por ejemplo, el llamado **weapon effect**, de suma relevancia para los testimonios. Según este fenómeno, una persona que se vea amenazada por un arma de fuego tendrá un recuerdo muy preciso en relación al arma; focalizará toda su atención en el arma. En cambio recordará de manera vaga e imprecisa los demás elementos del evento, como, por ejemplo, a la persona que le apuntaba con el arma. Así, el testimonio referente al arma de fuego será completamente fiable mientras que el testimonio relativo al episodio en general será casi nulo y de escasa fiabilidad.

En cuanto al **proceso de memoria**, la psicología cognitiva enseña que, cuando hablamos de memoria, hay que tener en cuenta que no existe LA memoria como algo unitario sino que existen distintos tipos.

En primer lugar la llamada **MEMORIA SENSORIAL**, en la cual los estímulos provenientes de los sentidos persisten por un período muy breve de tiempo (milésimas de segundos), que son, sin embargo, suficientes para posibilitar su procesamiento.

<sup>6</sup> Ruiz-Vargas, José M., *Memoria y Olvido. Perspectivas evolucionistas, cognitiva y neurocognitiva*, Trotta, Madrid, 2002, p. 188.

Luego de ello, la información registrada en la memoria sensorial se almacena en la **MEMORIA A CORTO PLAZO**<sup>7</sup>, donde la información también se mantiene por un período muy breve mientras se transfiere a un sistema más estable y permanente, la **MEMORIA A LARGO PLAZO**.

Específicamente, para el análisis de los testigos y sus testimonios, nos interesa principalmente este tipo de memoria, porque en ella es donde se retiene una cantidad ilimitada de información por un período ilimitado de tiempo, y es la que nos va a permitir recuperar la información en el momento del recuerdo durante el testimonio.

En este sistema de memoria la información se conserva con un formato especial, bajo la forma de representaciones abstractas. Estas representaciones se conservan, esencialmente, bajo dos modalidades de memoria, la **memoria episódica** y **memoria semántica**.

En el caso de los testigos adquiere especial relevancia la memoria episódica porque es el tipo de memoria más utilizada durante las declaraciones. *“Es la memoria para los sucesos vividos personalmente”*<sup>8</sup>. Allí se conservan los *“...recuerdos de sucesos y elementos de los que se conoce su posición en el espacio y el tiempo...”*<sup>9</sup>. Se podría decir que es la memoria del testigo.

La memoria semántica, en cambio, es más tangencial a los efectos del testimonio, porque en ella están presentes los hechos o conocimientos generales bajo la forma de conceptos, es decir, de representaciones abstractas.

Veamos la diferencia entre memoria episódica y memoria semántica con un ejemplo. En la memoria episódica podemos recordar un árbol teniendo en la memoria un árbol específico que vimos la semana pasada (tiempo) en un jardín (espacio). En cambio, en la memoria semántica, tenemos el concepto de árbol pero ya no como uno específico que vimos la semana pasada en un jardín, sino como la representación abstracta que incluye las características generales que hacen de un objeto un árbol.

El contenido de la memoria semántica también puede influir sobre el de la memoria episódica, incluso modificándolo. Esta interacción ocurre durante las tres fases del proceso de memorización: la

<sup>7</sup> Información más detallada sobre los distintos tipos de memoria se puede encontrar en Ruiz-Vargas, José M., *Memoria y Olvido: Perspectivas evolucionista, cognitiva y neurocognitiva*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 1 y *passim*; y Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Trotta, Madrid, 2010, ps. 1 y *passim*.

<sup>8</sup> Ruiz-Vargas, José M., *op. cit.*, p. 307.

<sup>9</sup> Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Trotta, Madrid, 2010, traducción de José Manuel Revuelta, p. 30.

fase de codificación, es decir, de adquisición de la información; la fase de retención y la fase de recuperación.

En las tres fases existen múltiples factores distorsionantes del recuerdo.

Ya mencionamos la importancia que tiene la interpretación de los hechos en la fase de **adquisición** de la información como factor distorsionante.

Durante la fase de **retención**, es de suma importancia el paso del tiempo como factor que altera el recuerdo, influyendo de manera negativa. *“Cuanto mayor es el período de retención mayor será el deterioro de las huellas de memoria”*<sup>10</sup>.

Por último, la fase de **recuperación** es de suma trascendencia para el caso de los testimonios, porque es la fase de los interrogatorios, es decir, del recuerdo del evento. Hay que insistir en que tiene que quedar claro que el proceso de recuperación es fundamentalmente de tipo reconstructivo y no reproductivo.

En el momento de la recuperación, a los factores distorsionantes propios de la memoria, se agrega otro factor que puede alterar gravemente el recuerdo: la información pos-suceso que recibe el testigo. Esta información puede modificar tanto el relato que hace el testigo respecto del hecho como el recuerdo del mismo. Es el llamado *“efecto de información engañosa ofrecida pos-suceso”*, estudiado principalmente por Elizabeth Loftus, una psicóloga estadounidense muy reconocida en el ámbito de la psicología del testimonio, que se dedicó a realizar investigaciones empíricas para comprobar el efecto que tienen algunos factores, entre ellos los “pos-suceso”, en la exactitud del recuerdo.

Por último, no se puede dejar de mencionar el modo en que se lleva a cabo los interrogatorios como otro factor que altera el recuerdo. Muchas veces los testigos se someten a sucesivas declaraciones en las diferentes etapas del proceso y si las comparamos, podemos encontrarnos con falta de concordancia o contradicciones entre ellas. Podemos explicar estas discordancias por los errores de memoria pero también por el modo en que se realizan las preguntas, a veces de tipo cerradas, sugestivas o capciosas que también propician no sólo un relato inexacto sino una verdadera modificación del recuerdo original.

Por esta razón, es aconsejable la utilización de los *protocolos estandarizados* que indican el modo de proceder en los interrogatorios, como por ejemplo, el que confeccionó el Ministerio del Interior

<sup>10</sup> Manzanero, Antonio L., *op. cit.*, p. 38.

de Inglaterra, en el año 1992, a partir de comprobar graves irregularidades en la forma en que la policía interrogaba a los testigos.

–B–

Hasta aquí se hizo referencia a la exactitud de los testimonios. En cuanto al segundo aspecto estudiado por la psicología del testimonio, el de la credibilidad del testigo, lo que hay que preguntarse es: ¿en qué nos basamos para establecer los juicios de credibilidad? La respuesta es que, en general, nos basamos en nuestras propias intuiciones y en procesos de razonamiento y deducciones.

Como dice Andrés-Ibáñez “...se presupone, sin ningún fundamento racional, la aptitud del juez en régimen de inmediatez para alcanzar la verdad de los hechos con sólo escrutar al testigo cuando declara”<sup>11</sup>. Se habla de la credibilidad como algo que el juez le concede al declarante, según le crea o no le crea.

El primer error con el que nos encontramos es la confusión entre credibilidad y veracidad. Como ya se anticipó al principio, no podemos evaluar los testimonios en términos de verdad o mentira.

Hoy se sabe científicamente que al momento de evaluar la credibilidad de los testigos, el 50 % de las decisiones que se toman, están basadas en la confianza que muestran los testigos en el momento de la declaración.

La psicología del testimonio aporta técnicas de análisis de credibilidad de las declaraciones probadas empíricamente, especialmente para valorar la credibilidad de los testimonios de niños en casos de supuesto abuso sexual.

El análisis de la credibilidad se ocupa de evaluar el *grado de realidad* del testimonio, pero un resultado negativo, es decir, si la credibilidad es baja, no indica necesariamente falsedad del testimonio, esto es, no es un análisis de detección de mentiras. Se trata de analizar si la declaración cumple con algunos criterios, establecidos por la investigación psicológica, cuya presencia indica una probabilidad alta de corresponder a un hecho real, es decir, de que la información sea fiable.

Con esto llego al final de la exposición. Como adelanté en la introducción, el trabajo pretendió ser una introducción al campo de la psicología del testimonio. De la exposición precedente se desprende que si queremos valorar los testimonios de manera adecuada, resulta necesario conocer el funcionamiento de la memoria y el de los proce-

<sup>11</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, *op. cit.*, p. 101.

sos cognitivos asociados, teniendo en cuenta, al momento de establecer la exactitud y credibilidad de las declaraciones, los innumerables factores que pueden distorsionar el recuerdo, influyendo sobremodera en la versión de los hechos que presenta el testigo.

## Referencias bibliográficas

1. Álvarez, Héctor R., Sarmiento, Alfredo. (1997). *Sobre Psicología del testimonio y los juicios por jurados*, Buenos Aires, Ediciones del eclipse.
2. Andrés Ibáñez, Perfecto. (2009). *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi.
3. Bond, Charles F., DePaulo, Jr. and Bella M. (2006). "Accuracy of Deception Judgments", *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 10, n° 3, 214-234. Disponible en <http://psr.sagepub.com/cgi/content/abstract/10/3/214>
4. Cafferata Nores, José I., Hairabedián, Maximiliano. (2008). *La prueba en el proceso penal: con especial referencia a los Códigos PPN y de la Prov. de Córdoba*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina.
5. Dalla Barba, Gianfranco. (2005). *Neuropsicología de la Falsa Memoria*, París, Institut National de la Santé et la Recherche Médicale. *Revista Argentina de Neuropsicología*, 5, 2-14.
6. Garrido, Eugenio, Masip, Jaume. (2004). "La evaluación del abuso sexual infantil". Ponencia presentada en el I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red. Disponible en <http://www.copmadrid.org/congresoredforense/>.
7. Godoy-Cervera, Verónica, Higuera, Lorenzo. (2005). *El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio*, Granada, Universidad de Granada, *Papeles del Psicólogo*, n° 92, ISSN 0214-7823.
8. Gonsalves, Brian, Paller, Ken, A. (2002). "Mistaken Memories: Remembering Events that never happened". *The Neuroscientist* [en línea], Vol. 8, n° 5, 391. Disponible en <http://nro.sagepub.com/cgi/content/abstract/8/5/391>.
9. Manzanero, Antonio L. (2008). *Psicología del testimonio: Una aplicación de los estudios sobre la memoria*, Madrid, Pirámide Ediciones.
10. Manzanero, Antonio L., Diges, Margarita (1993). *Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad*, Madrid, España, Universidad Autónoma de Madrid, Departamento de Psicología Básica. *Anuarios de Psicología Jurídica*, 3, 7-27.
11. Mazzoni, Giuliana. (2010) *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Madrid, Trotta.
12. Migueles, Malen, García-Bajos, Elvira. (2001). *Confianza y exactitud en la memoria de testigos vs. Conocimientos generales*, San Sebastián,

Universidad del País Vasco, Facultad de Psicología, *Estudios de Psicología*, 22 (3), 259-271.

13. Mira Solves, José J. (1984). Estudios sobre psicología del testimonio, *Papeles del psicólogo*, 15, 1-5.
14. Mira, José J., Diges, Margarita. (1991). *Psicología del testimonio: concepto, áreas de investigación y aplicabilidad de sus resultados*, Madrid y Alicante, Universidad de Alicante y Universidad Autónoma de Madrid, *Papeles del Psicólogo*, n° 48, ISSN 0214-7823.
15. Neal, Tess M. S., Brodsky, Stanley L. (2008). "Expert Witness Credibility as a Function of Eye Contact Behavior and Gender, *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 35, n°12, 1515-1526. Disponible en <http://cjb.sagepub.com/cgi/content/abstract/35/12/1515>.
16. Prieto, Ángel, Sobral, Jorge. (2003). *Impacto persuasivo del testimonio seguro e inseguro: ¿dos caras de un mismo fenómeno*, Murcia, Universidad de Murcia, *Psicothema*, Vol. 15, n° 2, 167-171.
17. Ruiz-Vargas, José María. (2002). *Memoria y Olvido: Perspectivas evolucionista, cognitiva y neurocognitiva*, Madrid, Trotta.
18. Taruffo, Michele. (2008). *La prueba*, Madrid, Marcial Pons.
19. Wells, Gary, Olson, Elizabeth, A. (2003). "Eyewitness Testimony", *Annuary Reviews Psychology*, 54, 277-95.
20. Wells, Gary, Small, Mark, Penrod, Steven, Malpass, Roy S., Fulero, Solomon M, Brimacombe, C. A. E. (1998). "Eyewitness Identification Procedures: Recommendations for Lineups and Photospreads", *Law and Human Behavior*, Vol. 22, n° 6.

# LA DISCUSIÓN ACTUAL EN TORNO DE LA CULPABILIDAD

Dr. DANIEL R. PASTOR

## § 1. Introducción

La culpabilidad, como categoría de la estructura de análisis dogmático del delito, constituye ante todo una garantía material de la persona según la cual ésta sólo puede ser penalmente responsable sobre la base de su *culpabilidad por el hecho*<sup>1</sup>. Es por ello que el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) es uno de los pilares del sistema penal del Estado constitucional y democrático de derecho.

Como es sabido, la cuestión de la culpabilidad no es un problema exclusivo del derecho penal. Se trata, por el contrario, de una vieja preocupación de la filosofía, de la ética y de la teología, como asimismo, más recientemente, también de ciencias empíricas como la psicología y la neurología<sup>2</sup>. Por lo demás, hay varias nociones de culpabilidad incluso en el campo del sistema penal. Así tenemos, por un lado, la culpabilidad entendida como afirmación de que se ha comprobado de un modo procesalmente adecuado la hipótesis de que una persona ha tenido un comportamiento ilícito del cual merece responder penalmente: “el acusado es culpable”. Por otro lado, tenemos igualmente el significado más sustantivo de culpabilidad que involucra, en sentido estricto, a toda una categoría de la teoría del delito –cuya existencia, sin embargo, es puesta parcial o totalmente en duda por algunos autores– y al denominado principio de culpabilidad, ya mencionado, como un criterio rector amplio de todo el derecho penal.

<sup>1</sup> Vid. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, 1ª ed., Barcelona, 1984, p. 356.

<sup>2</sup> Vid. Hirsch, *El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal*, trad. de Pastor, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1996/A, p. 25.

Con ese marco, el derecho penal actual entiende por culpabilidad un reproche al autor fundado en que éste “en el momento del hecho tuvo la posibilidad de determinarse de otro modo, a saber, conforme a lo debido jurídicamente”<sup>3</sup>. Esto supone dos elementos: conocimiento de la prohibición penal y exigibilidad de la conducta debida.

Detrás de toda esta construcción está omnipresente la idea de la posibilidad de elección del autor (libertad de la voluntad) aunque las exposiciones del derecho penal más en boga, de una u otra manera, han intentando siempre, para evitar enredarse en polémicas espinosas, eludir el problema de la libertad de decisión<sup>4</sup>. Pero en cuanto se observa que una culpabilidad desprovista de su fundamento de libertad sólo puede ser explicada negativamente (no habrá reproche si al autor no le era exigida la conducta debida por desconocimiento de la prohibición o inimputabilidad), se entiende también que la cuestión del llamado “libre albedrío” únicamente ha sido escondida debajo de la alfombra. Por muy normativa que sea la construcción de la culpabilidad, la diferencia entre quienes padecen la exigencia de conformarse al derecho penal y quienes no (los inimputables, p. ej.) se explica exclusivamente, en la base, por la existencia –implícita, instintiva o inconsciente– de la idea de libertad de elección. Por ello entre las cosas y los animales no encontramos inimputables.

Con otras palabras, sin base en la libertad de voluntad no tiene sentido hablar de inimputabilidad ni de error, hechos de la vida que se definen justamente por la incapacidad de optar en un situación concreta o en todas. Por tanto, si no hay libertad, cosa tal vez posible, es seguro que tampoco debería haber responsabilidad penal como hoy la entendemos, ni distinción entre penas y medidas ni, por cierto, derecho penal alguno.

A continuación hemos de exponer la evolución de la categoría de la culpabilidad y de sus fundamentos en la historia de la dogmática (§ 2), la aparición de las conclusiones de las investigaciones neurobiológicas sobre la formación de la consciencia del actuar (§ 3) y la repercusión de esos descubrimientos en la literatura penal (§ 4), todo

<sup>3</sup> Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte General I*, trad. de Cancio Meliá/Sancinetti, Buenos Aires, 2005, p. 272.

<sup>4</sup> Es conocida la teoría que resuelve el punto sosteniendo que, ya sea libre o no el hombre en su decisiones, el derecho penal le exige de todos modos a la persona sana que conoce la prohibición acomodarse a ella (así, p. ej. Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de Luzón Peña *et al.*, Madrid, 1997, t. I, pp. 807 y ss.; Jakobs, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de Cuello Contreras/Serrano González de Murrillo, Madrid, 1995, pp. 566 y ss.).



ello como presupuesto de nuestras conclusiones acerca del significado jurídico de la autonomía de la voluntad para el derecho penal (§ 5).

## § 2. La evolución de la culpabilidad

La categoría dogmática de la culpabilidad estuvo sometida, por supuesto, a variaciones en la historia de la teoría del delito moderna, de modo que para entender el estado actual de los presupuestos de la culpabilidad es preciso desarrollar un breve análisis evolutivo. La discusión acerca de esta categoría es casi tan antigua como la dogmática moderna y su tratamiento, por tanto, sufrió las mismas vicisitudes que experimentó el desarrollo de la teoría del derecho penal.

La culpabilidad aparece en la sistemática de la teoría del delito como tercer peldaño de la estructura tripartita de Liszt y Beling<sup>5</sup> y con una configuración puramente psicológica que excluye la responsabilidad objetiva<sup>6</sup>. Este concepto, muy influido por las teorías retributivas de la pena y por la consideración moral de la persona como sujeto con plena libertad de elegir entre hacer el bien o el mal, se limitaba a ver en la culpabilidad, junto a la inimputabilidad, sólo la relación subjetiva del autor con el hecho: únicamente era culpable quien había actuado con dolo o imprudencia.

A partir de un trabajo de Frank de 1907<sup>7</sup> esta noción fue superada con la introducción del concepto normativo de culpabilidad, defendido desde entonces y configurado sobre todo como reprochabilidad<sup>8</sup>. La obra de Frank postuló que la relación psíquica del autor con el hecho no agota la culpabilidad, pues en el estado de necesidad disculpante, no obstante que es innegable el dolo, el autor, sin embargo, no es culpable, de modo que en la culpabilidad hay ya algo más, a saber, la valoración acerca de si el ilícito puede serle reprochado al autor.

Kohlrausch, en 1910, introduce la idea del poder actuar de otra manera<sup>9</sup>. No se sabe si el autor actuó con libertad de voluntad, pero

<sup>5</sup> Vid. Tavares, *Teorías del delito*, trad. de Pessoa, Buenos Aires, 1983, pp. 24 y ss.

<sup>6</sup> Sigo aquí en general la exposición de Pastor en *Estudio introductorio a Günther/Burkhardt/Jakobs, El problema de la acción voluntaria en el derecho penal*, Buenos Aires, 2006.

<sup>7</sup> Vid. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907.

<sup>8</sup> Vid. Lenckner, en Schönke/Schröder, previo al § 13, núms. margs. 103 y ss.

<sup>9</sup> Vid. Kohlrausch, *Die Schuld*, en Aschrott/Liszt, *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs*, Berlin, 1910, t. I, pp. 179 y ss.

si no existen razones para excluir su capacidad de culpabilidad, ni para que no pudiera conocer la prohibición, entonces el reproche se funda en que el autor de la lesión de la norma debía haberse comportado de otra manera si en el caso concreto el ciudadano medio hubiera podido actuar de esa otra manera. Aquí se afirma la culpabilidad en un deber. El ciudadano medio debe poder acatar las normas penales, si no lo hace es culpable.

La culpabilidad constituye desde entonces un *concepto normativo* en tanto que reprochabilidad del hecho al autor por no haberse comportado de otra manera pudiendo hacerlo<sup>10</sup>.

Cuando Welzel trasladó el tratamiento de dolo e imprudencia a la tipicidad en lo fundamental (teoría final de la acción), la culpabilidad fue restringida a la comprobación de aquel reproche. Este juicio individual de reprochabilidad no resulta problemático en los casos de exclusión respecto de inimputables (menores o quienes sufren enfermedades que impiden reconocer el significado de los actos)<sup>11</sup>. Tampoco resultan conflictivos los supuestos en que la reprochabilidad es excluida porque el autor del injusto no pudo actuar de otra manera o no supo que tenía el deber de actuar de otra manera (error de prohibición invencible, estado de necesidad exculpante, etc.). Pero si en verdad es preciso saber, más allá de las circunstancias negativas mencionadas, si realmente el autor, al momento del hecho, podía comportarse de otra manera el juicio individual ya no es posible: “La libertad de acción no es demostrable, mucho menos en las formas y con los instrumentos del proceso penal. Antes bien, cualquier juicio sobre la culpabilidad de otro ya contiene un elemento de generalización, en la medida en que el presupuesto de que él también podría haber actuado de otro modo siempre es una suposición”<sup>12</sup>. Por tanto, el concepto normativo de culpabilidad supone de modo decisivo que responde penalmente, por no seguir el efecto de llamada de la norma, aquél que “poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho”<sup>13</sup>. Así pues, si no hay circunstancias exclu-

<sup>10</sup> Se trata de la célebre y multicitada tesis de la sentencia del BGHSt. 2, 200: “La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al sujeto que no se haya comportado conforme a derecho, que se haya decidido por el injusto aunque habría podido comportarse conforme a derecho, decidirse por el derecho” (seguimos la traducción de la cita hecha por Luzón Peña *et al.* en Roxin, *op. cit.*, p. 799).

<sup>11</sup> *Vid.*, acerca de todo este aspecto de la exposición, Pastor, *op. et loc. cit.*

<sup>12</sup> Stratenwerth, *op. cit.*, p. 274.

<sup>13</sup> Roxin, *op. cit.*, p. 792.

yentes, se presupone normativamente el poder actuar de otra manera de un modo generalizante y con independencia del autor concreto<sup>14</sup>.

Con esta visión normativa la culpabilidad ha quedado constituida hasta hoy con dos requisitos: el intelectual, según el cual el autor debe poder reconocer la ilicitud de su hecho; y el volitivo, a saber, que el autor pueda motivarse conforme ese conocimiento<sup>15</sup>.

Llegados a este punto podemos apreciar que toda esta construcción sólo puede sostenerse recurriendo a una argumentación externa al sistema. Mientras que en la antijuricidad las causas de justificación están legitimadas de forma inmanente al sistema, pues su presencia excluye la ilicitud, en el estrato de la culpabilidad, donde la ilicitud ya está presupuesta, la capacidad de culpabilidad, de conocer la prohibición y de motivarse son afirmadas, en principio y dicho esto aquí con todo cuidado, en razón de un “hecho natural”, por tanto externo al sistema. Ese hecho es la posibilidad humana de determinar su voluntad conforme a sentido<sup>16</sup>.

En la práctica, la constatación de estos dos presupuestos de la culpabilidad se lleva a cabo de modo negativo. Mientras que en la tipicidad la subsunción es positiva, el hecho tiene que cumplir con la exigencias del tipo, en la culpabilidad, y al igual que en la antijuricidad, la constatación, en cambio, opera negativamente: en principio el ilícito típico se presupone culpable. Dicha afirmación inicial es removida si el autor no tenía capacidad de culpabilidad, como en el caso de la minoría de edad o de la enfermedad mental relevante, que son los supuestos de inimputabilidad. Además, el error inevitable de prohibición, si bien supone que el autor es imputable, excluye la culpabilidad frente al desconocimiento de la ilicitud del hecho concreto. Por último, los casos de no exigibilidad de la conducta requerida por la norma presuponen que el autor es capaz de culpabilidad y que pudo conocer la prohibición, pero por circunstancias excepcionales (estado de necesidad disculpante, miedo insuperable) no queda obligado a acatar el deber jurídico, de modo que su lesión de la norma no es culpable.

Asimismo, la culpabilidad puede no estar ausente pero si estar disminuida, p. ej., por una enfermedad mental, transitoria o perma-

<sup>14</sup> Stratenwerth, *op. cit.*, p. 275.

<sup>15</sup> *Vid.* Hirsch, en *LK*, previo al § 32, núm. marg. 187.

<sup>16</sup> *Vid.*, críticamente al respecto, Córdoba, *La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad*, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), 2001, p. 176.

nente, que, sin llegar a la inimputabilidad excluye de todos modos la capacidad plena, de modo que la pena correspondiente a esa culpabilidad va a ser proporcionalmente disminuida. Lo mismo sucede en el caso del error de prohibición vencible, que no excluye la culpabilidad del autor, pero la atenúa. Estas son manifestaciones lógicas de la función de garantía del principio de culpabilidad.

En lo tratado hasta aquí teóricamente en cuanto a los presupuestos actuales de la culpabilidad hay coincidencia en todos los textos. Los complejos y conflictivos problemas de la culpabilidad empiezan a presentarse, sin embargo, cuando se trata de resolver la cuestión en el caso concreto. Por un lado, sí hay claridad, precisión y seguridad respecto al menos de una de las causas de inimputabilidad: la minoría de edad. Aquí tenemos una presunción *iuris et de iure* del legislador según la cual las personas menores de una determinada edad no son consideradas por el derecho capaces de culpabilidad, con independencia de sus capacidades reales de motivación. Del mismo modo, la inimputabilidad a causa de enfermedades mentales no es tampoco en principio problemática. Si bien es una materia extraordinariamente dependiente de los avances y de las novedades de la psiquiatría y la psicología, que hacen variar las consideraciones jurídicas al respecto, hay consenso en la mayoría de los casos en los cuales es indiscutible que la enfermedad del autor excluye su capacidad de culpabilidad y en cuales la disminuye y en qué medida, para lo cual, además, la jurisdicción cuenta con el asesoramiento de los expertos. En estos casos, aunque no se lo diga, se considera que el autor de la conducta típica y antijurídica no tuvo, en el caso concreto, ocasión de escoger otro camino.

Pero allí terminan las siempre provisionales seguridades. Tenemos ahora que preguntarnos todavía cómo frente a personas imputables se debe llevar a cabo el análisis para determinar si en la situación concreta el autor pudo y, por tanto, debió motivarse por la norma, seguir su función de llamada, evitar su transgresión. La teoría actual en este punto ha recurrido a la siguiente construcción, no libre de dificultades. Hoy se parte de la base de que la atribución de responsabilidad presupone cierta libertad de acción, el poder actuar de otra manera (en el caso, de acuerdo con la norma). Pero como ello es indemostrable en el caso concreto, pues aunque se pudiera medir no fue medido en el momento del hecho, se recurre a un juicio comparativo: el juicio de culpabilidad es remitido a lo que hubiera hecho una persona promedio en la situación del autor. Y esto nos lleva a un problema advertido por Stratenwerth: aquí se aplican parámetros

generales y no individuales, pues no importa lo que pudo o no pudo el autor concreto en el caso concreto (en tanto que no se conoce ni se puede conocer), sino lo que se supone que el autor pudo o debió poder en comparación con los poderes promedios de la generalidad para acatar ese deber.

Ahora bien, siendo que la teoría ha sentenciado desde hace tiempo que dicha libertad o falta de libertad es indemostrable, no sólo en el caso concreto, ya pasado, sino en general y abstracto desde un comienzo, entonces apareció en la doctrina lo que podríamos llamar la fundamentación por la prevención.

Se desarrolló así el concepto funcional de culpabilidad de Jakobs y Roxin que, por vía de los fines preventivos de la pena, pretende superar las incertidumbres un concepto puramente normativo que podría ser llevado a cualquier sitio. Ahora el autor sólo va a ser hecho responsable de su injusto si ello es necesario en vista de los posibles fines preventivos de la pena<sup>17</sup> y con independencia de si el no haberse autocontrolado se debe o no a una libertad de voluntad del autor efectivamente comprobable. Como ya se mencionó, la cuestión se dirime negativamente: la reprochabilidad es excluida por las razones habituales, salvo que motivos político-criminales obliguen al autor concreto a seguir la llamada del derecho a pesar de una situación generalmente exculpante (caso del funcionario público [policía, bombero] que no puede ampararse como un particular en un estado de necesidad exculpante)<sup>18</sup>. Pero este concepto también fue criticado pues exige unos requisitos para la culpabilidad que limitan la aplicación de pena por razones preventivas pero que no fundamentan esas exigencias<sup>19</sup>. Se ha dicho, además, que el concepto funcional no puede brindar una justificación empírica que permita demostrar y medir unos efectos preventivos que son meramente supuestos y se ha sostenido que incluso partiendo de criterios preventivos generales, dado que estos no pueden ser el único fundamento de la culpabilidad –pues vaciarían de su contenido garantista al principio de culpabilidad– queda en pie el concepto tradicional para sostenerla, de modo que sólo se habría producido un cambio terminológico<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Vid. Stratenwerth, *op. cit.*, pp. 275 y s.

<sup>18</sup> Vid. Alcácer Pastor, *op. et loc. cit.*

<sup>19</sup> Vid., acerca del problema de culpabilidad-prevención y fines del derecho penal, Alcácer Guirao, *Prevención y garantías: conflicto y síntesis*, en Doxa n.º 25, pp. 139 y ss.

<sup>20</sup> Vid. Stratenwerth, *op. cit.*, p. 276.

Incluso se llegó a cuestionar la propia categoría de la culpabilidad. La mera compensación de la culpabilidad del autor con motivo de su decisión por el hecho es objetada por metafísica, tanto por su adscripción a las teorías retributivas de la pena como por su reconocimiento de un indeterminismo absoluto<sup>21</sup>. Surgió por ello un concepto social de culpabilidad, según el cuál ésta es afirmada en reglas prepositivas de la imputación moral y luego se la somete a ciertas concesiones referidas a necesidades, reales o supuestas, de política criminal<sup>22</sup>. Pero esto tampoco ha sido aceptado sin cuestionamientos y se ha sostenido, por consiguiente, que “el punto de vista rector para el juicio de culpabilidad *sigue siendo* la cuestión de la responsabilidad del autor”<sup>23</sup>.

Pero la comprobación de esa reprochabilidad, si no pasa de ser supuesta negativamente porque se descartan las circunstancias excluyentes, introduce un déficit en el sistema de análisis actual, según el cual, en verdad, la capacidad de culpabilidad y la capacidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del acto funcionan como presunciones *iuris tantum*, pues ellas pueden ser desvirtuadas por la inimputabilidad, la primera, y por el error de prohibición, la segunda. Ahora bien, si ninguna de ellas dos ha sido negada, entonces la motivabilidad se presume *iuris et de iure*, pues como ya se vio las causas de inexigibilidad tampoco afectan en nada a la capacidad de motivación, sólo se limitan a no requerir que la motivación sea seguida, a no reclamar héroes y mártires en lugar de personas normales.

Así pues, la *exigibilidad*, cuestión cuyo tratamiento es hasta hoy deficitario en la dogmática, se convierte en la categoría a explorar. Si se afirma que las personas, dispongan o no de un libre albedrío, pueden sin embargo configurar conforme a cierto sentido su propio futuro (núcleo de las tesis normativistas) se está reconociendo una capacidad de elegir que sólo puede explicarse por la libertad de la voluntad, que es lo que explica y legitima el sometimiento a pena de los capaces y la no punibilidad de los inimputables.

Ante esta situación nos debería surgir cierta insatisfacción argumental. Ello debido a que, entonces, la culpabilidad no se determina de una forma tan individual y personal como lo exige el principio de culpabilidad, ni se escapa así del todo al problema del libre albedrío y a su perturbadora historia de concepto moral y re-

<sup>21</sup> Así, p. ej., Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, en *id.*, *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1<sup>a</sup> ed., 1976, pp. 60 y ss.

<sup>22</sup> *Vid.* Stratenwerth, *op. cit.*, pp. 276 y s.

<sup>23</sup> *Ib.*, p. 277.

ligioso emparentado con la retribución e imposible de afirmar o negar. En verdad, sólo se cambia la denominación, porque aunque se hable de evitabilidad del comportamiento o de la capacidad de actuar de otra manera, lo cierto es que siempre se está presuponiendo que se puede elegir entre responder a unos estímulos e impulsos y no a otros, con lo cual volvemos a la cuestión de la libertad de la voluntad.

Esto nos devuelve al problema de establecer si existe esa libertad de la voluntad y, antes que ello, incluso si debemos discutir acerca de su existencia o sólo suponerla, pues pese a todos los esfuerzos por eludir esta discusión no es posible edificar una teoría de la responsabilidad penal apta para un Estado democrático y constitucional de derecho si no está previamente resuelta la cuestión acerca de si ese modelo tratará con personas consideradas con aptitud para elegir. No es admisible, por incontrolable en sus decisiones, un modelo montado en la idea de que se puede prescindir de dar respuesta a dicho problema. La aceptabilidad y persistencia de la corrección de las decisiones técnicas del derecho penal dependen, en realidad, de cómo se resuelva esta difícil cuestión.

### § 3. La visión de la neurobiología

En la actualidad, investigaciones recientes en el campo de la neurobiología han vuelto a poner en cuestión la posibilidad de la acción voluntaria<sup>24</sup>. Según estos experimentos las decisiones humanas responderían, en primer lugar, a un impulso causal que no es controlado de modo consciente, aunque inmediatamente después, en segundo lugar, el agente perciba una sensación de “acompañamiento” de lo hecho que le hace creer que lo quiso, de forma tal que, como se dice en la literatura especializada a modo de resumen de estas experiencias empíricas, *no hacemos lo que queremos, sino que queremos lo que hacemos*.

Benjamin Libet, un neurobiólogo norteamericano, ha publicado *Mind Time*, es decir, “tiempo mental”, obra que lleva por subtítulo “De qué manera el cerebro produce consciencia”<sup>25</sup>. El libro de Libet

<sup>24</sup> Vid. Pastor, *op. et. loc. cit.*

<sup>25</sup> Se trata de las conclusiones acerca de experimentos sobre la secuencia de la formación de consciencia en el cerebro: Libet, *Mind Time* (citado por medio de la versión alemana de Schröder: Libet, *Mind Time. Wie das Gehirn Bewusstsein produziert*, Frankfurt am Main, 2005).

contiene la descripción de sus experimentos en materia de medición de reacciones cerebrales y, sobre todo, unas conclusiones inquietantes. Basado en comprobaciones experimentales anteriores Libet se dedicó a medir en voluntarios –natural y paradójicamente– dos tipos de reacciones de la corteza cerebral que pueden ser captadas por medio de sensores electromagnéticos externos. El punto de partida consiste en el conocimiento de que, respecto de una misma mano, por ejemplo, su movimiento puede resultar de una decisión consciente de hacerlo o de una predisposición a hacerlo sin consciencia expresa de querer hacerlo. La decisión consciente de mover la mano derecha provoca actividad medible en un sector determinado de la corteza cerebral. El movimiento de la mano desatado por la predisposición de hacerlo sin consciencia de la voluntariedad genera actividad en otro sector de dicha corteza. El experimento de Libet consistió en ordenar a los voluntarios sometidos a medición que una y otra vez movieran la mano derecha. Las mediciones indicaron que en todos los casos se había registrado actividad en ambos sectores de la corteza cerebral, pero que, aunque por diferencia de unos pocos milisegundos, la secuencia frente a la orden era primero actividad en la zona motora predispuesta, movimiento de la mano, y luego actividad en la zona de formación de la voluntad consciente de cumplir con la orden y mover la mano. En conclusión, la orden era cumplida sin que se haya formado la voluntad consciente de cumplirla.

Si bien los experimentos de Libet y sus conclusiones están hoy en el ojo de un huracán de controversias que trascienden las ciencias empíricas, en realidad esta investigación esta brindándonos un punto de apoyo para salir del *non liquet* en la cuestión de la acción voluntaria, en la medida que eso fuera lo que deberíamos estar esperando. Es decir, si huimos hacia el futuro dejando abierta la cuestión de la libertad de la voluntad, el futuro ha llegado. El experimento de Libet muestra que un actuar humano no es fruto de la voluntad consciente de llevarlo a cabo, sino de un mecanismo causal que se desata por una previa predisposición motriz a actuar ante dicho estímulo. Estas recientes investigaciones acerca del funcionamiento del cerebro, llevadas a cabo a partir del descubrimiento de leyes bioquímicas que rigen el desarrollo ontogenético del ser humano, han llevado, tal como lo menciona Günther, a que “algunos científicos sostengan que no pueden encontrar nada parecido a la acción voluntaria y a la responsabilidad en sus laboratorios de investigación cerebral”<sup>26</sup>. El libre

<sup>26</sup> En Günther/Burkhardt/Jakobs, *cit.*



albedrío, patentado como marca registrada por San Agustín, habría llegado al ocaso de sus días.

#### § 4. Las repercusiones en el derecho penal

Las comprobaciones de Libet tocaron rápidamente tierra en el mundo de lo penal. Roth se encargó de difundir las conclusiones de tales experimentos y en decretar que la libertad de voluntad, presu- puesta como fundamento de la culpabilidad, había muerto<sup>27</sup>. Ello provocó encendidas disputaciones y la aparición de estudios sobre el tema que, por diferentes razones, se pueden calificar en definitiva de compatibilistas en alguna manera en la cuestión de la libertad de voluntad pero superadores tanto de la discusión acerca de la prueba de la libertad como de los resultados empíricos de Libet.

Así, Klaus Günther<sup>28</sup> plantea como punto de partida que, a pe- sar de la larga discusión sobre la libertad o no de la voluntad y de las dudas que siembran las investigaciones recientes, el sistema penal continúa activo y es percibido en general como algo valioso. Se acepta un sistema de responsabilidad que requiere libertad de voluntad, aunque esta última esté tan cuestionada y puesta en duda (la acción voluntaria del derecho penal “es, en el mejor de los casos, una cues- tión abierta”). Según este autor, hoy la responsabilidad penal está justificada más por sus consecuencias como medio para alcanzar los fines de la pena que por la supuesta realización libre de un acto que se podía haber evitado<sup>29</sup>.

Günther indaga si las causas de exculpación requieren una in- vestigación acerca de una libertad de la voluntad excluida en el caso, pero llega a la conclusión de que, por vía de un análisis negativo, sim- plemente se supone su ausencia si se dan ciertas circunstancias: el autor responde si *no* tenía una enfermedad mental, si *no* actuó en virtud de un error inevitable, si *no* pudo ser exculpado (estado de necesidad disculpante). Esto no ofrece un argumento en favor de la

<sup>27</sup> La introducción de los descubrimientos sobre el funcionamiento del cerebro en el ámbito de la responsabilidad penal fue llevada a cabo por Roth, *Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung*, en *Festschrift für Lampe*, Berlín, 2003, pp. 43 y ss. (*vid.* más detallada- mente Pastor, *op. cit.*).

<sup>28</sup> En su trabajo titulado *Acción voluntaria y responsabilidad criminal*, trad. de Alcácer Guirao, en Günther/Burkhardt/Jakobs, *op. cit.*

<sup>29</sup> Sigo en la exposición el relato formulado en Pastor, *op. cit.*

existencia de la libertad de voluntad y vuelve a dejar la cuestión abierta<sup>30</sup>.

Ante esta situación, y a pesar de los resultados actuales de las investigaciones sobre el cerebro, Günther, antes de preguntarse si la acción voluntaria es posible y resolver qué consecuencias tienen para el derecho penal las diferentes respuestas, prefiere comenzar por el tratamiento de la facticidad de un sistema penal en funcionamiento para el cual la noción de responsabilidad, y por tanto la de acción voluntaria, es empleada cotidianamente y sin mayores problemas. En este sentido el autor pasa revista a la responsabilidad como atribución social: una persona es hecha responsable, puede hacerse a sí misma responsable y puede hacer responsables a otros. Para esta operación se recurre a todo un universo simbólico y extraordinariamente cambiante de reglas, normas de conducta, capacidades, ideas, teorías sobre el mundo referidas a la causalidad y a la imputación<sup>31</sup>.

Así el autor nos explica que en la antigüedad se atribuía responsabilidad penal (objetiva) por la mera causación de un resultado, que en los años sesentas y setentas del siglo pasado predominó la idea de una responsabilidad social en las acciones delictivas y que actualmente se ha vuelto a considerar al delincuente, especialmente en los *mass media*, en la política y en la opinión pública, como alguien individualmente responsable por violar la ley penal e incluso son reclamadas penas más severas. Al respecto Günther es elocuente en resaltar el poco espacio que tiene actualmente en la cuestión de la responsabilidad penal la libertad supuesta o no del agente, pues se exige una sociedad más punitiva y más dura con el delincuente justo en el momento en el que para algunos científicos que estudian el cerebro el descubrimiento de las leyes bioquímicas que rigen el desarrollo ontogenético de las personas les ha llevado a afirmar, como ya lo mencionamos, que no es posible “encontrar nada parecido a la acción voluntaria y la responsabilidad en sus laboratorios de investigación cerebral”<sup>32</sup>.

La atribución de responsabilidad es para Günther, por tanto, una construcción cultural y social que es realizada por quienes deciden la cuestión y es realizada desde una determinada percepción de uno mismo y de los demás. No interesa el libre albedrío, sino “una autocomprensión profundamente arraigada que posee la gente con-

<sup>30</sup> *Vid. ib.*

<sup>31</sup> *Vid. ib.*

<sup>32</sup> *Vid. ib.*

viviendo en una sociedad moderna”. Hay en ello una tan innegable como inevitable presunción de que la acción es voluntaria, que trasciende el campo penal y que se manifiesta tanto en el funcionamiento del mercado como en la idea de democracia. Si las personas no son tratadas como seres libres quedan expuestas a ser manipuladas sin más. Y ello “no significa que tengamos un argumento a favor de la realidad de la acción voluntaria”, sólo que se espera de las personas consideradas “normales” que, en circunstancias normales, se auto-controlen “en orden a evitar la vulneración de la ley”<sup>33</sup>.

Este autor, en definitiva, se inclina, dejando abierta la cuestión de la acción voluntaria, por basar “el concepto de responsabilidad penal en la noción de persona como ciudadano con derecho a participar en los procedimientos de legitimación democrática”, un concepto que “viene determinado por la autocomprensión propia de una república democrática de ciudadanos libres e iguales”<sup>34</sup>.

Björn Burkhardt<sup>35</sup>, por su parte, pone de relieve, para tratar este peculiar asunto, la cuestión de la doble perspectiva, la de la primera y la de la tercera persona (aunque también se habla en la literatura especializada, según nos informa, de interna y externa, personal e impersonal, práctica y teórica, intencional y determinista, reactiva y deliberativa y, en fin, objetiva y subjetiva). Siendo que la perspectiva de la primera persona supone un hacer inteligible motivado en una razón aprensible y que para la perspectiva de la tercera persona se trata de un acto que puede ser entendido como parte de una cadena causal y sin referencia a las motivaciones del agente, el autor se plantea los problemas de relación entre ambas perspectivas y sostiene que si bien son *excluyentes* (no pueden aplicarse ambas al mismo tiempo) resultan *complementarias* (pues ambas son indispensables para comprender la conducta humana). Pero los problemas siguen en pie y Burkhardt analiza en su trabajo (1) hasta dónde llega la auto-observación introspectiva propia de la perspectiva de la primera persona; (2) cómo se relacionan ambas perspectivas con más detalle; y (3) qué perspectiva es la más adecuada para cada contexto, especialmente cuál es la apropiada para el derecho penal<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> *Vid. ib.*

<sup>34</sup> *Vid. ib.*

<sup>35</sup> *Vid. La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en derecho penal*, trad. de Alcácer Guirao, en Günther/Burkhardt/Jakobs, *op. cit.* También para la exposición de las ideas de este trabajo sigo el relato efectuado en Pastor, *op. cit.*

<sup>36</sup> *Vid. ib.*

La perspectiva de la primera persona constituye la visión tradicional del derecho penal en tanto que la definición normativa del principio de culpabilidad contiene un principio de creencia según el cual “la responsabilidad penal de una persona debe enjuiciarse sobre los hechos tal como ella creía que eran”. Para el derecho penal la perspectiva de la primera persona es su verdadero objeto de evaluación. Los experimentos de Benjamin Libet, en cambio, ponen en cuestión esta visión y prefieren la perspectiva de la tercera persona. Frente a esas comprobaciones el trabajo de Burkhardt está destinado a defender la perspectiva de la primera persona y el principio de responsabilidad personal que se deriva de ella<sup>37</sup>.

Este autor recurre a una construcción de la responsabilidad individual que reconoce como propia de la psicología popular que se funda, en tanto que perspectiva de la primera persona, en la experiencia del comportamiento corporal y de la libertad, en el sentido de autodeterminación que permite optar entre alternativas genuinas y, con ello, poder actuar de otro modo. En resumen, “la libertad de la voluntad, como tal experimentada, forma parte de toda acción normal consciente”. Estas ideas son las que han sido puestas en jaque por las recientes investigaciones del cerebro. Las conclusiones de las investigaciones de Libet muestran que “no hacemos lo que queremos, sino que queremos lo que hacemos”. El autor nos explica que para Roth, que se ha ocupado detenidamente de la repercusión de los experimentos de Libet para el campo de la moral y el derecho, “la decisión de actuar no es la causa real de la acción, sino una *sensación acompañante* que emerge después de que procesos corticales hayan comenzado”<sup>38</sup>.

Contra estas concepciones modernas el autor replica defendiendo los postulados de la libertad de voluntad supuesta con cuatro argumentos: (1) la perspectiva de la primera persona no es metafísica ni contraria a la epistemología; (2) la afirmación de que somos libres de elegir es verdadera desde la perspectiva de la primera persona; (3) al derecho penal interesa no tanto el mundo tal cual es, sino tal cual se cree que es en la perspectiva de la primera persona; y (4) los descubrimientos de Libet no afectan la teoría del derecho penal que trabaja con un criterio normativo de responsabilidad fundado en la perspectiva de la primera persona acerca de la libertad, real o no, del actuar<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> *Vid. ib.*

<sup>38</sup> *Vid. ib.*

<sup>39</sup> *Vid. ib.*

En el desarrollo de sus argumentos Burkhardt explica, ante todo, que el principio de culpabilidad, que supone una libertad de voluntad reconocida según el principio de creencia, tiene naturaleza normativa. Y si por imperio de la norma “no hay pena sin culpabilidad” se debe investigar la situación del autor en el caso concreto ello no puede ser realizado más que desde la perspectiva de la primera persona (si elimináramos la perspectiva subjetiva del autor se alteraría el fundamento del principio de culpabilidad individual). Por tanto, se acepta la idea de una libertad de actuar de otro modo porque así lo cree el mismo autor (y todas las personas normales). Ello explica el contenido del principio de culpabilidad, que es inderogable para el orden jurídico, y muestra también que este principio de creencia no está en contradicción con los descubrimientos acerca del funcionamiento del cerebro<sup>40</sup>.

En cuanto a la libertad subjetiva Burkhardt sostiene que si bien, en tanto que creencia, se trata de un suerte de ilusión, ello no es algo que pueda ser utilizado para desacreditarla, puesto que también otras nociones jurídicas, como la propiedad, el honor, etc., son en su base artificiales. La idea de la libertad subjetiva cuenta, a pesar de las críticas, con una sorprendente estabilidad. No es una ilusión, sino simplemente la experiencia de que en condiciones normales se debe optar entre varias alternativas como si uno fuera libre y en relación con lo que uno sabe o puede saber. Para el autor “la consciencia de la libertad es un estado intencional cuyo contenido puede expresarse (principalmente) en una proposición completa y tiene una doble dirección de ajuste: ‘mundo-a-mente’ y ‘mente-a-mundo’”. Así, la experiencia de la libertad percibe algo, en su primera dirección de ajuste, y ejecuta intencionalmente algo en la segunda dirección<sup>41</sup>.

Finalmente, concluye en que esa experiencia es la base de la reprochabilidad penal de un agente concreto en un caso concreto en virtud de su propia consciencia de la libertad. Burkhardt reformula el precedente sobre culpabilidad, ya citado, del BGH para que la responsabilidad por la realización del injusto se funde en que el autor se ha “decidido a favor de la conducta ilícita aunque podría haber respetado la legalidad y haber actuado siguiendo la ley *desde su propia perspectiva*. La razón interna de este veredicto es que el ser humano está destinado a actuar *desde la consciencia de la libertad*”. En resumen, para este autor, el derecho penal trata a las

<sup>40</sup> Vid. *ib.*

<sup>41</sup> Vid. *ib.*

personas según ellas se perciben normalmente a sí mismas (principio de creencia). En este contexto los menores y los inimputables no dejan de ser penados por no haber tenido libertad de voluntad, sino por razones de igualdad: no tenían con sus semejantes imputables igualdad en la *razón* y sin ella no podían percibir la situación en la que debían y podían optar entre acciones alternativas. Burkhardt sostiene que esta consciencia de la libertad, con todas sus implicaciones, sobrevivirá también a la nueva visión neurocientífica de la humanidad propia de las recientes investigaciones sobre el cerebro, pues “un sistema de derecho que ignorara globalmente (no localmente) la representación del sujeto agente es literalmente inconcebible”<sup>42</sup>.

Günther Jakobs, a su vez, fundamenta el principio de culpabilidad exclusivamente como derivación de la prevención general positiva. Para él culpable es la acción que manifiesta un defecto del autor en su fidelidad al derecho que debe ser neutralizada con la pena para que contrafácticamente se afirme la vigencia de la norma lesionada, lográndose así su estabilización. Estos fines cognitivos no se pueden alcanzar si el autor era inimputable, si no conocía la contrariedad al derecho de su acción o si no se pudo motivar conforme a ella en el hecho concreto, por comparación con la actitud que se hubiera esperado en el caso por parte del ciudadano fiel al derecho<sup>43</sup>.

Para Jakobs los experimentos de Libet no han hecho más que comprobar su tesis sobre el principio de culpabilidad, pues los individuos no son libres físicamente ni respecto de los impulsos psíquicos que los inclinan al deleite o a la aversión. En esto la teoría jurídico-penal no parte de algo distinto que las recientes investigaciones neurológicas. Una sociedad normativamente estructurada no vincula a individuos, sino a personas. Personas son los destinatarios comunicativamente contruidos de derechos y obligaciones. El orden normativo, el derecho, es socialmente real si puede orientar efectivamente a las personas. Esta comprobación queda totalmente a resguardo de las investigaciones del cerebro, dado que ellas estudian individuos y no sociedades<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> *Vid. ib.*

<sup>43</sup> *Vid. Jakobs, Derecho Penal, cit.*, pp. 565 y ss.

<sup>44</sup> *Vid. id., Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*, en ZStW 117 (2005), pp. 265 y s. (hay trad. de Feijoo Sánchez bajo el título *Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*, en Günther/Burkhardt/Jakobs, *op. cit.*).

Según este autor, “el comportamiento normativamente adecuado no es nunca establecido individualmente, por eso las personas son competentes para conseguir una motivación de fidelidad al derecho; como contrapartida las personas reciben libertad de autoadministración en el sentido de una libertad de conducirse sin obstáculos en el ejercicio de los derechos propios [...]. El reconocimiento de que la comprensión de los alcances de la propia personalidad sucede en un proceso de aprendizaje socialmente condicionado es algo compatible con los resultados de la investigación neurológica [...]. Por tanto, corresponde hablar de autonomía y responsabilidad y no de libertad de voluntad y responsabilidad”<sup>45</sup>.

Esta posición normativista, como se ve, también puede ser considerada compatibilista respecto de la cuestión del libre albedrío, pues aunque se decide por no recurrir, por naturalista, a una noción como la libertad de voluntad, en verdad sólo la reemplaza por un concepto de autonomía que, si bien está construido (social y normativamente en este caso), no puede evitar que ello coincida en un cien por ciento con la llamada libertad de la voluntad.

Claus Roxin, en la 4<sup>a</sup> edición del tomo I de su tratado de Derecho Penal, ha confrontado su teoría de construir la culpabilidad desde una autonomía supuesta y no probada con los resultados que para el derecho penal han sido extraídos de las investigaciones neurobiológicas sobre el funcionamiento del cerebro, que creen haber demostrado la ausencia de todo ámbito de decisión libre, de modo que para el derecho penal el principio de culpabilidad sería algo obsoleto<sup>46</sup>.

Este autor, tras sostener que el propio Libet no descarta toda voluntariedad, sino que pretende, con el resultado de su experimento, mostrar que al menos en ese caso la formación de la voluntad no es consciente, con lo cual determinismo e indeterminismo continuarían sin poder ser probados, se inclina expresamente, ratificando su visión agnóstica acerca del libre albedrío y siguiendo la tendencia actual de la filosofía (Pauen), por el compatibilismo: “Una acción es libre en tanto que es autónoma, es decir, si no es fruto de la coacción o de la casualidad y corresponde a las preferencias personales (deseos, convicciones y posibilidades) de quien actúa”<sup>47</sup>.

Para Roxin, esta explicación está perfectamente en sintonía con su propia explicación científica del problema<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> *Ib.*, p. 266.

<sup>46</sup> *Vid.* Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4<sup>o</sup>2006, p. 871.

<sup>47</sup> *Ib.*, p. 872.

<sup>48</sup> *Vid. ib.*

## § 5. Conclusiones

Más allá de que las comprobaciones empíricas acerca de la inexistencia de un querer consciente se consoliden o resulten refutadas, ellas sirven para abandonar definitivamente en el derecho penal la idea de que la libertad de voluntad es únicamente un hecho del mundo del ser que puede llegar a ser probado o negado con certeza algún día.

La solución del problema del fundamento de la culpabilidad penal consiste, en un Estado constitucional y democrático de derecho, en asumir que la libertad de voluntad es un valor aceptado como *axioma* político externo al derecho penal que debe mantenerse en vigor no sólo ante la incertidumbre de su existencia real, sino incluso ante la comprobación empírica rotunda de su inexistencia. Nuestra disciplina depende de los hechos del mundo real, pero no es una ciencia natural, por lo cual está mucho más vinculada, como tal, a los datos del mundo político, especialmente respecto de las referencias axiológicas positivizadas en el derecho. Este mundo político es, en realidad, un artificio. El Estado que organiza y comanda el orden político es, como lo destaca el pensamiento racional desde Hobbes a Ferrajoli, una persona artificial cuya existencia se justifica en la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Esos individuos, a su vez, se entienden a sí mismos, desde el punto de vista político, como seres libres y con capacidad autónoma de opción y decisión, sea ello real u otro artificio. Si el hombre se siente libre en su vida política, el derecho, que es su regulación, debe reconocer esta vivencia, pues de lo contrario sus normas caerían en el vacío. Más allá de las coacciones que por supuesto existen y tienen su repercusión, queda en pie, como lo ha destacado Hirsch, una *idea* general de que existe la libertad de optar. Y es esa idea política, y no la libertad de voluntad misma, la que lleva al derecho penal a proceder con el hombre, para respetar su dignidad, tal como él se entiende, esto es, como *zoon politikon* diferente de los demás animales y de los objetos porque se considera con capacidad de discernir y elegir, de atribuir responsabilidad por el comportamiento de otros y ser responsable por el comportamiento propio. Su lucha proverbial por la libertad política, históricamente plena de costosos sacrificios, muestra hasta qué punto el orden jurídico está obligado a respetar esta concepción política que el hombre tiene de sí mismo. Si los hombres crean el derecho para la protección de sus bienes e intereses fundamentales,



entonces resultaría inconcebible que el derecho por ellos creado entrara en contradicción con la imagen que el ser humano tiene de sí mismo. Por ello, el derecho debe aceptar esta visión y orientar en ellas sus decisiones. Esto es lo que fundamenta la amenaza de penar y la imposición de la pena, es decir, el hecho de que los hombres, frente al mandato de respetar el derecho, deben conformar su libertad de decisión a ese valor o hacerse acreedores a la pena que corresponda a la culpabilidad por el hecho.

Sólo sobre esa base política previa al derecho penal se puede entender al principio de culpabilidad por el hecho como concepto central de un sistema punitivo compatible con el principio del Estado constitucional de derecho. Únicamente sobre este pilar tiene sentido edificar una culpabilidad penal entendida como juicio de reprochabilidad formulado al autor del ilícito porque otra conducta le era exigible, en tanto que su comportamiento cuestionado era evitable. Así puede ser tratado, únicamente, quien tenía capacidad de opción. Por consiguiente, toda exposición de derecho penal que tenga como presupuesto de la responsabilidad penal la reprochabilidad de un actuar evitable, lo mismo que toda construcción que todavía distinga entre penas y medidas y entre derecho y azar, supone un concepto de autor dotado de un libertad política de elección. En todo el esfuerzo por mantener la estructura usual de la culpabilidad (exclusión de la punibilidad en caso de inexigibilidad) se ve el fantasma de la libertad de la voluntad por todas partes, aunque en el papel se niegue su existencia o se cuestione su improbable verosimilitud.

La libertad de la voluntad ha sido condenada en el derecho penal hasta hoy en día, en realidad, sólo porque tenía “mala prensa”. En efecto, la retribución como explicación de la pena encontraba un aliado perfecto en el indeterminismo tajante. La pena no sólo era un mal necesario para retribuir otro mal, sino que se imponía ese mal al autor también como reproche porque él, sin impedimento alguno que nublara o excluyera su capacidad de determinación, se había decantado por hacer voluntaria y conscientemente el mal pudiendo hacer el bien. Lamentablemente, el esfuerzo por superar esta visión, tildada de metafísica en ocasiones, se llevó también al indeterminismo político —externo al derecho penal— sin advertir que se trataba de problemas independientes. En cierta medida, todas estas instituciones (retribución, culpabilidad psicológica, indeterminismo) perdieron peso a consecuencia de una misma evolución, más orientada a fines racionales, del derecho penal. Quizás el temor a que la afirmación real del libre albedrío supusiera un vínculo con la retribución llevó

a quienes defienden explicaciones preventivas de la pena a poner a la libertad de acción entre paréntesis para poder desterrar la retribución como fundamento de la pena y sustituirla por la prevención.

Por ello, entonces, se debe tomar en consideración, como punto de partida para la reflexión acerca de este problema, la importancia que ha tenido y tiene para el derecho penal un principio como el de culpabilidad que se funda en la idea de la libertad política de la voluntad para limitar el ámbito de actuación del poder penal público<sup>49</sup>. El principio de culpabilidad requiere ante todo, para afirmar una conexión necesaria entre pena e ilícito típico, que el autor del hecho fuera capaz de culpabilidad, capaz de conocer la prohibición (aspecto intelectual) y capaz de motivarse conforme a la norma (aspecto volitivo). Esto se comprueba partiendo de un axioma. Ese axioma no dice, solamente, que se presume que el hombre, salvo prueba en contrario, es capaz de culpabilidad (de conocer la prohibición y motivarse conforme a ese conocimiento), sino que dice ya que es políticamente libre de optar y por eso se configura el juicio de reproche penal de determinada manera.

El principio de culpabilidad sólo se puede explicar en un ámbito de libertad de acción. Este principio, que supone la libertad de la persona por ser un axioma, no está sometido a ratificación ni refutación empírica y esa inmunidad probatoria se extiende a la capacidad política de optar que es su presupuesto. Como bien dice Ferrajoli, los axiomas “no expresan proposiciones asertivas, sino preposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa”<sup>50</sup>. Esto permite la adopción de un modelo de derecho penal en lugar de otros, siendo que la elección se basa en “una opción ético-política en favor de los valores normativamente tutelados”<sup>51</sup> por el modelo escogido. Por tanto, la opción por el sistema axiológico del Estado de derecho supone necesariamente la adopción de un derecho penal regido, entre otros principios, por el de culpabilidad entendido como axioma que parte del reconocimiento de la libertad política de elección de las personas con independencia de la demostración de tal presupuesto.

<sup>49</sup> *Vid.* Pastor, *op. cit.* Éste es el sentido clásico y hasta hoy irrenunciable del principio de culpabilidad (*vid.* Roxin, *Derecho Penal, cit.*, p. 798).

<sup>50</sup> Ferrajoli, *Derecho y Razón*, trad. de Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, 1995, p. 92.

<sup>51</sup> *Ib.*

El sistema de derecho penal con el que trabajamos supone como destinatarios de los mensajes de sus normas, como se ha dicho, a seres considerados políticamente autónomos y capaces de motivarse de acuerdo con los mensajes jurídicos. La libertad de voluntad (o de administrar responsablemente la autonomía política), que en definitiva el principio de culpabilidad tiene como presupuesto (cualquiera sea la fórmula con la cual se la enmascare o eluda), es un axioma prejurídico que no se discute ni se prueba y que, por tanto, hasta resulta compatible con los resultados de la investigación neurobiológica. Es, en todo caso un artificio más de ese artificio de artificios que es el derecho, que da por ciertas, como punto de partida extrasistémico, situaciones que están controvertidas en el campo de la ciencia natural o de la filosofía<sup>52</sup>. Aunque no sepamos qué es la verdad o siquiera si existe algo verdadero, el derecho procesal penal tiene por finalidad central, para resolver la aplicación o no del derecho material a un caso dado, comprobar la verdad de lo sucedido. Si uno fuera también en esto incrédulo o agnóstico todos los casos terminarían sin condena por aplicación del principio *in dubio*<sup>53</sup>. La igualdad de todos los seres parece estar categóricamente desmentida por los hechos y sin embargo el ordenamiento jurídico no podría funcionar legítimamente sin tratar a todos los sujetos, artificialmente, como si fueran iguales<sup>54</sup>; la dignidad de la persona humana está en la base de la mayoría de las decisiones del sistema penal que preservan al individuo del abuso del poder público<sup>55</sup>. Pero en realidad tales construcciones no son más que fantasmas sin cuerpo, invocaciones más propias del derecho natural (o sobrenatural) que constataciones de una realidad comprobable, no obstante lo cual no estamos dispuestos a renunciar a ellas<sup>56</sup>. Lo mismo sucede con un principio según el cual “no hay pena sin culpa”, que supone siempre que culpa, base de la responsabilidad penal, es opción personal, de modo que cierta idea, alguna idea, de libertad de voluntad está siempre detrás de todas las construcciones de responsabilidad penal, aunque con la terminología se pretenda encubrir esta circunstancia<sup>57</sup>. Por

<sup>52</sup> *Vid. ib.*

<sup>53</sup> *Vid. Roxin, Derecho Penal, cit.*, pp. 799 y s.

<sup>54</sup> *Vid. ib.*, p. 808.

<sup>55</sup> *Vid. Ib.*, p. 809; Pastor, *op. cit.*

<sup>56</sup> *Vid. ib.*

<sup>57</sup> Incluso aunque el dolo sea liberado del elemento volitivo, al conocer el autor los elementos del tipo conoce también necesariamente lo que no está en el tipo, de modo que esos conocimientos son siempre la base para una alternativa que, en todo caso, puede o no ser seguida. Conocer “A” implica conocer “no A” y tomar postura por “A” o por “no A” (*vid.*, en sentido similar, Roxin, *Derecho Penal, cit.*, p. 802).

lo demás, sin la consideración de la libertad de voluntad como elemento político previo pero ineludible del sistema penal de un Estado de derecho, tampoco la pena privativa de libertad tendría sentido, pues únicamente representa una limitación de bienes la consciencia de que uno ha sido privado de todas las alternativas a estar encerrado en una cárcel<sup>58</sup>. Tomar como axiomas previos del sistema jurídico estos postulados políticos no es en sí irracional, sólo se trata de que las instituciones jurídicas parten de una configuración política ideal de ciertas cuestiones básicas (mundo del deber ser), configuración que es independiente de la realidad efectiva de las cosas (mundo del ser)<sup>59</sup>.

Esta concepción tiene como punto de partida una noción ideal o construida de la libertad humana permanentemente vinculada a cierta representación política de un sociedad democrática y a cierta imagen de la primera persona, como asimismo a la experiencia y a la consciencia de la libertad política de elección, también entendida, si se quiere, como posibilidad de autocontrol, como construcción social (política) que se aprende y se domina<sup>60</sup>. La idea sigue siendo la misma: las personas y la sociedad funcionan políticamente organizadas, en un Estado constitucional de derecho, sobre una noción de responsabilidad que supone alguna clase de “libertad”, motivo por el cual el derecho penal reconoce la “realidad” supuesta por todos de esa libertad o autonomía, expresada en la capacidad de optar por el autocontrol, y establece un sistema de responsabilidad fundado en el valor de axioma político que tiene tal postulado.

La interpretación del principio de culpabilidad como axioma basado en la libertad política de la voluntad deja a los fundamentos del derecho penal fuera del alcance de las conclusiones de los experimentos de la neurobiología presentes y futuros<sup>61</sup>. Tanto seguirá habiendo igualdad ante la ley (axioma político) si las ciencias naturales demuestran que dos personas iguales no han existido ni existirán jamás, como seguirá siendo la idea de la libertad del individuo (natural o políticamente construida) la base de la responsabilidad penal a pesar de los resultados de la investigación acerca del funcionamiento del cerebro<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> *Vid. Pastor, op. cit.*

<sup>59</sup> *Vid. ib.*

<sup>60</sup> En los procesos de intercambio social los participantes son capaces de organizar un ámbito de libertad, propio de una comunicación personal, y, por ello, ser responsables acerca del uso de esa libertad (*vid. Alcácer Guirao, op. cit.*, p. 172).

<sup>61</sup> *Vid. Hirsch, op. cit.*, p. 43.

<sup>62</sup> *Vid. Pastor, op. cit.*

El trabajo futuro en esta materia consistirá en someter a prueba no a la libertad de la voluntad, sino a los diferentes modelos de derecho penal que surgen de aceptar la existencia de la capacidad de optar voluntariamente, de negarla o de evitar controvertirla. Este trabajo, que no puede dejar esa tarea más que abierta al desarrollo venidero, ha pretendido insinuar que únicamente un modelo de derecho penal cuyos principios normativos internos –entre ellos muy especialmente el de culpabilidad– se basen en una justificación externa que reconozca la libertad de decisión humana puede resultar compatible con las opciones éticas, políticas y valorativas del Estado constitucional y democrático de derecho, de modo que los demás modelos fundados de otra manera podrían conducir a conclusiones insatisfactorias y posiblemente intolerables para este punto de vista (en otras palabras, podrían conducir “a cualquier parte”). De lo que se trata entonces, como misión del porvenir del derecho penal, es de someter a prueba esos distintos modelos de culpabilidad para saber si son también distintos modelos políticos y axiológicos de derecho penal, en lugar de poner a prueba si el querer humano es libre o si no lo es.