

Culpabilidad y libertad de voluntad (1)

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (2)

Catedrático de Derecho Penal
(Colombia)

Hoy, como hace cien años, «la esencia, fundamento y límites del poder punitivo del Estado (son) todavía temas candentes de discusión»

NÓDIER AGUDELO BETANCUR (3)

«Naturalmente, me gustaría poder decir que sabemos con seguridad la manera por la que el cerebro se mete en el asunto de la mente, pero no puedo, y siento decirlo, nadie puede»

ANTONIO DAMASIO (4)

SUMARIO: I. Homenaje, amistad y algo de pequeñas historias.–II. Teorías psicológica, normativa y funcional de la culpabilidad. Asiento de las dos primeras en la libertad de voluntad. Funcionalismo y positivismo.–III. Culpabilidad, pre-

(1) El tema de este escrito, que se elabora en honor del profesor Nódier AGUDELO BETANCUR, se corresponde en sentido general, pero no en los subtemas específicos ni en los detalles, con el sentido de la conferencia pronunciada por el autor en el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela el 15 de junio 2012, durante el Primer Seminario Internacional de Derecho Penal en el que también intervino el homenajeado. Quiero con este escrito también rendir tributo póstumo de reconocimiento a la doctora Ninoska ΚΕΙΡΟ, Presidenta de la Sala Penal del TSJ., una de las organizadoras de aquel evento, reciente y sorpresivamente fallecida

(2) Doctor h.c. en Derecho, Universidad de Medellín, 2011.

(3) Nódier AGUDELO BETANCUR, con ocasión de la celebración del primer centenario de la muerte de Francesco Carrara (*El pensamiento jurídico-político de Francesco Carrara*, edit. Temis, Bogotá, 1988, p. 3).

(4) Antonio DAMASIO, *El error de Descartes*. 3.^a ed., edit, Crítica, Barcelona, 2007, p. 2

vención y dogmática en Gimbernat y Roxin. Observaciones críticas.–IV. Concepto y evolución de la libertad de voluntad. Desconcertante agnosticismo de Roxin. Ni el determinismo ni el indeterminismo están demostrados o refutados empíricamente, pero el segundo posee apoyo experiencial y de sentido común y es el supuesto de todo concepto normativo.–V. Culpabilidad y Estado democrático de derecho. A pesar de todo, Roxin admite la culpabilidad y bajo otras etiquetas también la libertad de voluntad.–VI. Libertad y neurociencia. Estado de la cuestión.–VII. Conclusión lógica contra el determinismo rígido (=indeterminismo débil).

I. HOMENAJE, AMISTAD Y ALGO DE PEQUEÑAS HISTORIAS

Escribir en un libro homenaje a un académico destacado y a un profesor emérito es siempre una tarea grata y honrosa. Pero en mi caso personal, escribir en honor del profesor Nódier Agudelo Betancur es una misión mucho más especial porque no se trata de un profesor cualquiera ni de un amigo cualquiera. En nuestra común relación personal y académica de más de treinta años, Nódier Agudelo me ha brindado una amistad franca y firme que ha resistido todas las pruebas, incluso las de la maledicencia. Esta nuestra entrañable amistad está documentada desde antaño. Para probarlo bastaría de su parte exhibir el «Prólogo» enjundioso que escribió en Medellín en marzo de 1982 para la primera edición de mi *Derecho Penal Fundamental* (Temis, Bogotá, 1982), y de parte mía la muy sentida dedicatoria que le hice de mi último libro (5), recién en septiembre de 2011, que hoy le reitero de corazón: «A Nódier Agudelo Betancur, leal amigo de siempre y compañero de todas mis luchas jurídicas, infatigable constructor de vías para el pensamiento penal demoliberal colombiano e internacional».

Desde las primeras dos líneas de aquel «Prólogo» –en que su autor mostró con generosidad y claridad la estructura de la obra (pese a sus graves defectos de todo orden), puso de presente el que ha sido siempre una de las guías supremas de su pensamiento y de su acción –al lado, obviamente, de sus nítidas perspectivas demoliberales–, esto es, el principio, tomado de Ihering, de que «*La jurisprudencia, para ser práctica, no debe limitarse tan sólo a las cuestiones prácticas*» (6), o, como otro pensador lo expresara, y que es lo mismo, en toda ciencia «lo más práctico es una buena teoría».

(5) *Derecho Penal –Parte General– Principios y categorías dogmáticas*, edit. Ibáñez, Bogotá, 2011.

(6) *Ibidem*, p. IX.

Este apotegma lo hemos compartido ambos plenamente desde el comienzo como guía de lucha contra las resistencias y las críticas y lo mantuvimos a viento y marea frente a la necesidad del cambio de paradigma para comenzar a comprender correctamente las nuevas orientaciones de nuestra ciencia penal. Las nuevas ideas críticas sobre el derecho penal de culpabilidad, que tomamos en parte del neokantismo y del finalismo y en parte contra ellos, así como la necesidad –nunca bien acabada– de erradicar el peligrosismo, crearon un movimiento telúrico dentro del derecho penal colombiano que avanzó a la par con la reforma legislativa hasta la aparición del en ese sentido novedoso y modernista Código Penal de 1980 (7). Este Código fue el legado central que nos dejó la generación anterior de penalistas con el entusiasmo de perfilar no sólo los principios rectores del derecho penal demoliberal, sino incluso de llegar a definir, en el afán garantista de su Parte General, algunos de los elementos de la concepción dogmática del delito. Un Código, por tanto, tan «dogmático» que se metió a legislar sobre asuntos de la dogmática que no le correspondían.

Ese movimiento de renovación dogmática encontró voz, como veremos seguidamente, en la revista *Nuevo Foro Penal* y tomó impulso con el «Congreso Internacional de Criminología» que convocó la Universidad de Medellín en 1984, por cuyo medio el país tamizó las recias y alborozadas enseñanzas de la criminología crítica sin caer en los peligros del abandono del garantismo (8). Y así como Gaitán Mahecha, Reyes Echandía, Romero Soto, Estrada Vélez y Londoño Jiménez (que formaron, entre otros, la generación de los 50) pudieron abrir los caminos a la dogmática de orientación clásica y neokantiana antes de que en el país se derogara el positivista Código Penal de 1936 (que rigió hasta 1981) (9), la generación de los 70 –de la que Nódier y

(7) La orientación y la estructura de la Parte General del C.P./80 se mantiene en el vigente, Ley 599 de 2000, incluso con desarrollo de los principios rectores, establecimiento positivo de su prevalencia normativa (que ya era una conquista doctrinal) y consagración de la dignidad como principio supremo.

(8) Puede verse: Juan Guillermo SEPÚLVEDA (Coord.), *Criminología crítica – I Seminario*, Universidad de Medellín, 1984.

(9) Es dudoso, sin embargo, que la superación del peligrosismo haya sido real a mediano plazo. Las leyes procesales de la actualidad lo introducen de soslayo, como se evidencia de la simple lectura del nuevo artículo 310 del C. de P.P. (Ley 906 de 2004), proveniente de la Ley 1142 de 2007: «Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible...». Si semejante concepto «general-objetivo» de peligrosidad se adopta para las medidas provisionales sobre la libertad, es claro que los criterios no son mejores para las penas y desde luego para la administración de beneficios penales, procesales y penitenciarios, con cuya sistemática negación se han recondicionado las cárceles. Debo esta observación al colega Fidalgo Javier Estupiñán.

yo formamos parte— pudo hacer dogmática garantista y de principios mucho antes de que se redactara la carta de derechos de la Constitución de 1991, en plena ebullición de la escuela finalista, y mantenerla luego más allá de ésta, presentando críticamente su estructura mucho antes de que se conformaran los movimientos pos-finalistas y funcionalistas que hoy nos saturan. Frente a estos últimos puede quedar muy poco de liberalismo garantista porque de lo que se trata es de la protección de valores comunitarios y no de bienes jurídicos personales —es decir, otra vez, con nuevo nombre, la «defensa social»—, de la conversión de la pena retributiva en prevención (general) con olvido de los mecanismos sociales de prevención directa o primaria. No podíamos, en nuestro entusiasmo juvenil, anticipar que tras la criminología crítica y los procesos de descriminalización de aquellos años, el péndulo giraría hacia las más severas formas del expansivo punitivismo de nuestros días, cuyas puertas fueron abiertas por la flexibilización político-criminal de la dogmática, que obviamente da más fácil cabida y legitimación a los valores oficiales o dominantes que a los valores críticos o ideales.

Esos mismos nexos afectivos que mencioné me lanzan al otro aspecto de la cuestión, que es la muy lustrosa trayectoria académica del querido homenajeado. En primer lugar, él ha sido formador de varias generaciones de penalistas colombianos desde sus cátedras de la Universidad de Antioquia (Medellín) y de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). En segundo lugar, su obra escrita, por lo demás múltiple y extensa, se caracteriza no sólo por el rigor de las investigaciones, la honestidad de las exposiciones y la alta calidad de las producciones, sino también por su carácter didáctico y su firme asentamiento en los principios liberales de los grandes clásicos del pensamiento penal, que el ilustre profesor se ha dedicado a difundir y rescatar con éxito por y para toda América Latina. Estos trabajos de recuperación y re-elaboración actualizada del pensar de los clásicos penales y de la reestructuración interna de la teoría del delito son una obra suya tan conocida y meritoria como sus bien documentados y persistentes estudios sobre el esclarecimiento de conceptos tradicionales tan confusos y erráticos como los de imputabilidad e inimputabilidad, la defensa subjetiva o putativa, la influencia de la emoción violenta y de la embriaguez en la responsabilidad penal, el trastorno mental, la inculpabilidad y el error, temas que él ha tratado con singular maestría en sucesivas y re-editadas monografías, y también, como he dicho, con enorme claridad. Nadie como él maneja en el país los conocimientos psicológicos y psiquiátricos necesarios al derecho penal científico, ni conoce mejor el pensamiento ilustrado y clásico.

Pero, como si fuera poco, en la pluma de Nódier Agudelo los más espinosos problemas de la dogmática penal se tornan fáciles, pues él posee en la exposición oral y escrita esa «facilidad tan difícil» de que hablaba Ortega porque traduce al lenguaje sencillo y usual y a esquemas simples y didácticos los más arduos y abstractos temas de nuestra disciplina.

Entre muchas anécdotas del sobresaliente pero siempre sencillo y respetuoso profesor Agudelo recuerdo una en especial, que consigo porque describe su «genio y figura», una inteligencia aguda que nunca pierde el sentido de la realidad ni del humor. Algún bromista le salió al paso una vez, en los pasillos del Palacio Nacional de Medellín, que a la sazón fungía como palacio de la justicia regional de Antioquia, y le preguntó cuándo iba a cambiar el tema de la inimputabilidad, asunto sobre el cual el profesor Agudelo había publicado varias monografías, ciertamente esclarecedoras de la teoría y sobre todo de su incrustación al ordenamiento colombiano (para entonces, tras varios Proyectos, comenzaba a regir el Código Penal de 1980). Con su habitual sentido del humor y su característica agudeza mental, Nódier le respondió, sin arrogancia, que ya lo estaba haciendo y que precisamente iba a escribir en esos días sobre un tema de interés para el interpelante, que era el de «el error y la ignorancia» en derecho penal. Este chispazo desde luego concitó las sonrientes celebraciones de los contertulios. Pero era verdad que iba a escribir con tino sobre el intrincado tema del error en materia penal, como en verdad lo hizo.

Corrían los años 70 y para entonces Medellín era todavía típicamente una ciudad de provincia, relativamente aislada en lo cultural del resto del país, de suerte que resultaba bastante difícil desde allí para los jóvenes documentar y hacer conocer a escala nacional el pensamiento sobre las nuevas instituciones penales. La coyuntura la representó la discusión a escala nacional de los sucesivos proyectos y anteproyectos de códigos penales que remataron en el C.P. de 1980. Los jueces podían por entonces, sin embargo, publicar sus mejores providencias en la «*Crónica Judicial*», gaceta oficial del Tribunal Superior de Medellín que en la época se publicaba con cierta regularidad y era siempre esperada con ansiedad en los medios judiciales y universitarios, pero cuya circulación era muy limitada. Por esos mismos días habían salido a la luz pública varios números periódicos de la revista *Temas de derecho penal colombiano* (1966-1973) fundada por el profesor Federico Estrada Vélez y el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez y más tarde dirigida por el magistrado Edgar Tobón Uribe. *Tribuna Penal*, publicación periódica del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, también dio a la luz pública por entonces algunos números con contenidos de importancia (1984-1988) bajo la

dirección del profesor Hernando Londoño Jiménez. Las Universidades de Antioquia y de Medellín igualmente publicaban en la época sus revistas, no especializadas en derecho penal, pero sí con espacios para el mismo.

En todo caso, había ya en Medellín en ese momento todo un semillero de jóvenes juristas que venían estudiando con juicio y profundidad las novedades de los sucesivos proyectos de códigos penales, de los cuales fue especialmente impactante el de 1974 por su definido perfil dogmático y por las destacadas intervenciones de los más prestantes penalistas nacionales, como lo eran los profesores Alfonso Reyes Echandía (Universidad Externado de Colombia), Federico Estrada Vélez (Universidad de Medellín), Luis Enrique Romero Soto (Universidad Santiago de Cali), Luis Carlos Pérez (Universidad Nacional), Bernardo Gaitán Mahecha (Pontificia Universidad Javeriana), Luis Eduardo Mesa Velásquez (Universidad de Antioquia), Servio Tulio Ruiz (Bogotá), Pedro Pacheco Osorio (Cartagena), Jesús Bernal Pinzón (Bogotá), Ernesto Saa Velasco (Popayán) y el inolvidable maestro de varias generaciones Jorge Enrique Gutiérrez Anzola –para no citar a los positivistas que los precedieron y entre los cuales destacan Carlos Lozano y Lozano, Jorge Eliécer Gaitán, Rafael Escallón, Jorge Gutiérrez Gómez y Parmenio Cárdenas–, varios de los cuales tomaron parte también en la redacción definitiva del Código de 1980.

Entre aquellos jóvenes jugaba un papel muy destacado nuestro homenajeado, al lado de figuras como Fernando Meza Morales, Julio González Zapata, J. Guillermo Escobar Mejía, Carlos Jaramillo, Iván Gómez Osorio, Mario Salazar Marín, Álvaro Vargas, Hernando Londoño Berrío, y un poco después Jesús Albeiro Pulgarín, Fernando Velásquez, Juan Oberto Sotomayor, Hernán Darío Benítez y Néstor Raúl Posada Arboleda –quien me sucedió en la cátedra de la Universidad de Medellín–, entre muchos otros. En realidad aquí se encuentran reunidas –y así fue siempre– varias generaciones académicas de penalistas.

Pero enjambres de jóvenes estudiosos había también por entonces en Bogotá –en donde el maestro Reyes Echandía y sus discípulos, como Jaime Bernal Cuéllar, Luis Enrique Aldana Roza, Antonio José Cancino Moreno, Hernando Baquero Borda, Iván González Amado y un poco después Eduardo Montealegre Lynett, por citar sólo unos pocos, brillaban con luz propia desde su «escuela» de la Universidad Externado de Colombia–, y asimismo en ciudades como Cali y Popayán, en donde se destacaron juristas como Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia, Jesús Orlando Gómez López, Jesús Ignacio

García, Germán Pabón Gómez y muchos más. Después resonarían también los nombres de Carlos Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll y Álvaro Orlando Pérez Pinzón, desde antes y después de su paso por la Corte Suprema de Justicia. Y siguiendo esta tradición de jurisconsultos se sumarían igualmente en los últimos años los nombres sobresalientes de Yesid Reyes Alvarado y Manuel Salvador Grosso García, proclives ambos a la rigurosa exposición, más o menos crítica, de la doctrina penal de Jakobs. Entre tanto, el autor de este ensayo, sobre todo a partir de 1982 –pero ya desde antes en su cátedra de la Universidad de Medellín, en la que había remplazado desde 1971 a su maestro Federico Estrada Vélez–, postuló la necesidad de mirar críticamente las exacerbaciones subjetivistas de la teoría final de la acción de Welzel –que también Nódier Agudelo difundía a su modo y en su estilo– y de construir una dogmática axiológica de valores jurídicos positivos supraleales que luego empalmaría de modo muy cercano con las vertientes político-criminales liberales del gran maestro alemán Claus Roxin.

El llamado «grupo de Medellín» (que resulta un tanto exagerado llamar «escuela») no operó aislado (10) ni nació de la nada (11), ni se puede decir que fue «fundado» por nadie en particular, porque solo se trata de un nombre que evoca a un número amplio de jóvenes que emprendieron, cada cual por su propio camino y con mayor o menor proyección y recíproca influencia, labores de construcción de una dogmática penal crítica y democrática en el país y que dio a conocer en éste los aportes del finalismo; ninguno de ellos había tomado parte desde luego en la reforma legislativa que se gestó en los 70 del pasado siglo y que finalmente cristalizó en el Código de 1980, pero prácticamente todos fueron colaboradores asiduos de la revista *Nuevo Foro Penal* (12).

Desde la época abrieron los primeros juristas citados a todo el país el foro de la *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del*

(10) Movimientos similares y tal vez no menos exitosos hacían ebullición en otras ciudades del país, especialmente Bogotá, Cali y Popayán, como acaba de indicarse.

(11) Para 1970 ya Bernardo Gaitán Mahecha, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Federico Estrada Vélez, Luis Carlos Pérez, Servio Tulio Ruiz y Luis Eduardo Mesa Velásquez habían producido sus grandes obras de construcción o iniciación dogmática, y los maestros Luis Carlos Pérez, Jesús Bernal Pinzón y Pedro Pacheco Osorio habían dado a luz sus enjundiosas obras sobre la parte especial del Código Penal de 1936 (que estuvo en vigencia hasta el 1 de julio de 1981).

(12) Una temprana referencia parcial a este tema puede verse ya en mi *Derecho Penal Fundamental*, 1.ª ed., edit. Temis, Bogotá, 1982, pp. XVIII y XIX del «Proemio».

Cauca y mantuvieron los segundos la no menos importante revista *Derecho Penal y Criminología*, que bastantes servicios prestaron ambas también a esa juventud nacional que ingresaba a los estudios de la nueva dogmática penal desde todos los puntos cardinales del país –habíamos cambiado la influencia del positivismo italiano por los baremos más racionales de la dogmática alemana y española–. En los 80 eran ya célebres las anuales *Jornadas de Derecho Penal* convocadas por la Universidad Externado de Colombia, que todavía subsisten con gran éxito, y el maestro Reyes Echandía, que a la sazón las dirigía, no olvidaba invitar como ponentes a noveles juristas nacionales al lado de grandes figuras del derecho penal de habla hispana. Estaban, pues, en formación nuevas generaciones de penalistas, hoy ya en su madurez y esplendor, que bastante han producido para la dogmática nacional (13).

Lamentablemente, el impulso de los estudios dogmáticos de la teoría del delito recién se ha perdido un poco en Colombia por la fuerza que han cobrado los estudios procedimentales tras la instauración en 2004 del nuevo sistema penal acusatorio, aquejado de fuerte influencia del derecho penal norteamericano, ajeno a nuestras tradiciones e incluso en parte a nuestros principios, como lo ilustra, entre otros institutos, el fomento desmesurado de la «justicia negociada» (14). No se sabe a quién se le ocurrió sostener aquí al respecto la equivocada y difundida tesis de que si se conoce la mecánica del procedimiento acusatorio no se necesita la dogmática del derecho penal material y desde luego esto ha influido en la decadencia del rigor de coherencia y racionalidad en nuestro discurso judicial a casi todos los niveles (15). A menos dogmática en las decisiones

(13) Algunos de esos ensayos, a veces sepultados tras la desaparición de muchas publicaciones periódicas, o en todo caso de difícil consecución, he tratado de recuperarlos bibliográficamente para la historia y la crítica de nuestra dogmática penal –que no es tan pobre como dicen algunos iconoclastas– en mi última obra, *Derecho Penal –Parte General– Teoría del delito y de la pena*, edit. Ibáñez, Bogotá, 2012.

(14) Sobre ello, muy críticamente, ROXIN, Claus, «De la dictadura a la democracia. Tendencias del desarrollo en el derecho penal y procesal alemán», en Diego ARAQUE (Coord.), *Estudios de derecho penal –LH a Juan Fernández Carrasquilla–*, Universidad de Medellín, 2012, pp. 634-636; también SCHÜNEMANN Bernd, *El derecho penal contemporáneo –Sistema y desarrollo– Peligro y límites*, edit. Hammurabi, Bs. Aires, 2010, trad. e Introducción por Carlos Julio Lascano (h) y José Milton Peralta, tesis 7 a 11 y 17, pp. 40-44 y 47.

(15) Bacigalupo nos ha transmitido la singular recordación –que es de suyo una gran enseñanza en los no muy buenos tiempos que corren para el derecho penal de garantías (Cfr. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, «El “viejo y buen” Derecho penal liberal. ¿Una alternativa posible para el derecho penal de nuestro tiempo?», en ARAQUE, Diego, *Estudios...*, cit., pp. 337 ss., concretamente p. 337 *ab initio*)–, de que el proceso penal no figuraba entre los instrumentos de la política criminal de V. Liszt,

judiciales, menos independencia de los jueces y menos posibilidad de realización de una justicia segura e igualitaria (Gimbertat Ordeig). El procesalismo asegura el cumplimiento de las formas garantistas, pero nada aporta a la seriedad y coherencia de los razonamientos con que se formulan imputaciones o cargos de naturaleza penal. La dogmática no es sólo un camino para llegar a una aplicación racional e igualitaria de las leyes penales, sino el único camino que conocemos para ello.

Fuera de la publicación de las múltiples y meritorias monografías a que he aludido y antes de ellas, Nódier Agudelo Betancur fundó a finales de los años 70 y dirigió personalmente con acierto hasta finales de los 80 la revista *Nuevo Foro Penal*, que fue insustituible y permanente fuente de formación e información dogmática para las nuevas generaciones y que abrió para muchos los foros penales del país y del extranjero. Bajo direcciones distintas, la revista ha perdurado hasta la fecha.

Una labor de difusión, actualización y modernización posterior comparable, pero con un sentido distinto, concretado en el conocimiento de nuevos ensayos de avance en la dogmática contemporánea –con marcado énfasis en las corrientes normativistas– sólo se ha visto en el despliegue extraordinario de publicaciones dirigido por el profesor Eduardo Montealegre Lynett –destacado penalista y procesalista– desde la Universidad Externado de Colombia, cuya revista *Derecho Penal y Criminología*, no menos importante, ha visto la luz pública con regularidad por varias décadas y continúa hoy esparciendo el conocimiento penal más actualizado internacionalmente, como también lo sigue haciendo *Nuevo Foro Penal* desde la Universidad EAFIT de Medellín, bajo la luciente dirección de uno de los jóvenes penalistas de quienes hablo, el hoy profesor Juan Oberto Sotomayor.

Pero es más con respecto a nuestro homenajeado: En el núm. 1 de su revista, aparecida en 1978, publicó Nódier un ensayo titulado «*Diversos contenidos de la estructura del delito*» –que más tarde convirtió en monografía como «*Esquemas del delito*»–, que hasta hoy sigue siendo texto obligado de estudio para los estudiantes que se inician en nuestras disciplinas, escrito brillante y didáctico en el que dio a conocer la clasificación entonces aceptada internacionalmente de los esquemas dogmáticos del delito (clásico, neoclásico y finalista) y destacó de modo muy creativo y didáctico sus características y dife-

pues no es un medio de lucha contra la criminalidad sino de realización de la justicia y de satisfacción de las garantías en el desarrollo de imputaciones penales (Enrique BACIGALUPO, *El debido proceso penal*, edit. Hammurabi, BS. Aires, reimpresión de 2007, pp. 20-21).

rencias. Ese fue un ensayo pionero y orientador en el cambio de las caducas estructuras peligrosistas de que se nutría la ciencia del derecho penal colombiana hasta esos días entusiastas del cambio a la nueva metodología dogmática, años que eran todavía al mismo tiempo de furor del finalismo en el panorama internacional. Estábamos consolidando el nuevo lenguaje de la comunidad científica internacional del derecho penal contemporáneo –tal vez un poco tarde con respecto a otros países, como Argentina, que había iniciado la renovación en los años 40 con Ricardo C. Núñez y Sebastián Soler, bajo el magisterio de don Luis Jiménez de Asúa (16)–. Europa comenzaba apenas a ver, en estos comienzos de los 80 del pasado siglo, la necesidad de relacionar la dogmática penal –ya casi exhausta con los excesos panlogicistas y conceptualistas– con las ciencias sociales (17), sin que las intuiciones político-criminales de Roxin se desarrollaran todavía (18), o no lo hicieran todavía a gran escala por lo menos en idioma español.

Toda esa obra, inspirada e inspiradora, hizo internacionalmente conocido y respetado el nombre de Nódier Agudelo Betancur, que a pesar de su grandeza o justo por ella nunca cambió su personal talante de sencillez, modestia y apertura al diálogo que sólo lucen los grandes maestros. Hoy sigue siendo un catedrático de amplia influencia en

(16) Cfr. sobre el tema, ensayo de Enrique Bacigalupo citado más adelante.

(17) Al respecto es demostrativo el volumen publicado bajo la dirección de Santiago MIR PUIG, *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma, Barcelona, 1982, tercer seminario hispano-germánico de Derecho Penal, en donde intervienen grandes expertos de Alemania y España que hablan de posibles tendencias sociales y hasta teleológico-valorativas en derecho penal, sin citar más que tangencialmente a Roxin en dos o tres notas a pie de página. Para la época eran Hassemmer, Naucke, Callies, Esser, Lüdersen, Sack, Tiedemann y desde luego los finalistas (Welzel, Maurach y Stratenwerth y Jescheck) los penalistas más citados por los académicos alemanes y españoles. NAUCKE concluía su trabajo de ese volumen con la advertencia premonitoria de que «*Lo único que hará la filosofía social de un derecho penal científico-socialmente orientado será abrir la puerta a un Derecho penal de la eficacia, oscuro y vacilante*» (p. 95). Y allí mismo remataba Luzón Peña su intervención con la luminosa precisión de que ante el fracaso manifiesto de la retribución y de todos los fines de la pena preventiva hay que pensar, más que en la reforma del Derecho penal, en «*modificar lo más intensa y radicalmente posible el sistema social*», algo que no se puede hacer con los recursos del primero ni de la política criminal (p. 157).

(18) Una toma de conciencia de este desarrollo cobra forma en Alemania apenas sí en 1984 con la publicación de SCHÜNEMANN sobre *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales– LH a Claus Roxin*, aparecido en alemán en 1984 y en español en 1991 (Editorial Tecnos, Madrid). El desarrollo del normativismo penal es un poco más tardío porque su funcionalidad reza con la «*sociedad del riesgo*», cuyo concepto sólo aparece con Beck dentro de la sociología en 1986. El sociologismo de Jakobs, tomado de Luhmann, florece también a partir de los 80 del pasado siglo y llega a su apogeo muy entrados los 90.

Colombia, Venezuela, Ecuador y Perú, especialmente, pero su obra es conocida en toda América Latina.

II. TEORÍAS PSICOLÓGICA, NORMATIVA Y FUNCIONAL DE LA CULPABILIDAD. ASIENTO DE LAS DOS PRIMERAS EN LA LIBERTAD DE VOLUNTAD. FUNCIONALISMO Y POSITIVISMO

En el curso de este escrito, «culpabilidad» se emplea como responsabilidad personal o subjetiva y se parte de la base de que, no siendo juicio de reproche moral o personalizado, exige internamente libertad de decisión del agente (imputabilidad y ausencia de constreñimiento moral invencible) y externamente evitabilidad de la conducta antijurídica, o lo que es jurídicamente igual, exigibilidad de la conducta debida (ausencia de causas legales de inculpabilidad o exculpación). En este sentido culpabilidad exige un agente responsable de sus propios actos y que es tratado en proporción merecida y razonable al daño antijurídico ocasionado con ellos.

El tema de la culpabilidad y su núcleo existencial y antropológico –y no sólo valorativo– como «poder actuar de otra manera» es, para decirlo en palabras de Welzel, uno de los temas permanentes de la ciencia del derecho penal (19). Ella implica «libertad de decisión» como posibilidad de elegir entre diversas opciones valorativas que se ofrecen como motivos o razones para la acción, y «libertad de acción» como ausencia de constreñimientos externos (la acción es vista como obra personal de ese agente y no de otro factor) para realizar una determinada acción externa posible entre varias opciones (20). Es, pues, un tema siempre actual y siempre recurrente, que cada generación de penalistas debe reelaborar y contrastar, entre otras cosas, con el estado de las ciencias naturales de la conducta, especialmente hoy

(19) WELZEL, Hans, «Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal», en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*. México, 1978, pp. 203 ss. La idea de este título ha sido retomada recientemente por SCHÜNEMANN, según obra que se reseña más adelante.

(20) «... un agente *pudo* realizar una acción que no realizó siempre que sea cierto que pudo hacerla *si* lo hubiera elegido», reza la célebre definición de G. E. MOORE sobre el «*poder actuar de otra manera*» (cit. por MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad –Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 135); y la voluntad es libre, como más adelante se señala, cuando su contenido corresponde al que el agente quería darle.

en día con la neurobiología o neurociencia. En la última década el tema se ha vuelto a plantear a raíz de que las ciencias experimentales de la actividad cerebral –con resultados visibles en los «experimentos de Libet» de 1983 y 2004–, según sostienen algunos, han establecido que toda la actividad consciente, reflexiva o racional del hombre está determinada causalmente porque por el cerebro no pasa nada que no esté unido a la cadena de causas y efectos. Y esto, que es en cierta medida cierto y también muy kantiano en el concepto de causalidad (pero obviamente no en el de liberad), no decide nada acerca de si algunos estímulos cerebrales no se originan precisamente en un impulso de autonomía producido por el sujeto mismo y que, por decirlo de algún modo, no proviene causalmente de estímulos exteriores ni de impulsos inconscientes (emanados del sistema límbico o subcortical), sino que se origina en lo que llamamos conciencia o reflexión y por tanto en las capas superiores del cerebro. Aunque sin duda toda actividad humana está influida por factores de emoción o sentimiento emanados del inconsciente, esto no excluye la posibilidad –todavía no descartada– de que en algún momento el yo tome conciencia de ellos y los redirija, reimpulse, reconfigure o inhiba. Bien expresa el filósofo Paul Ricoeur que «el hombre no es libre por antonomasia, sino que está sometido a ciertas condiciones, impuestas por su cuerpo, de las cuales no puede disponer» (21). La libertad es, pues, siempre limitada y sólo puede ejercerse por cauces corporales y transformar el mundo por medio de la acción externa.

En algo más de ciento cincuenta años de elaboración, la dogmática jurídico-penal, hasta épocas muy recientes, se han planteado –al lado de múltiples conceptos de acción y de injusto– solamente dos grandes concepciones de culpabilidad: la psicológica y la normativa. Ambas tienen en común el percibir tras la culpabilidad un sustentáculo psicológico real que se traduce en una cierta relación del autor con el hecho típicamente antijurídico, esto es, del autor con la conducta que se califica como culpable y por medio de ésta también con sus resultados. La diferencia entre ambos grandes conceptos reside en que la teoría psicológica estima que esa relación se agota en su consistencia psíquica y concretamente asume las formas de dolo o imprudencia, en tanto que la teoría normativa hace más énfasis en el grado de libertad con que el sujeto actuó –denominado generalmente «exigibilidad» del deber jurídico dependiente de la imputabilidad y de la normalidad de las circunstancias externas– y en la calificación normativa que de ello se deriva y que se conoce desde Frank como «reprochabilidad»; pero

(21) Paul RICOEUR, *Lo voluntario y lo involuntario*, en Franco VOLPI, *Enciclopedia de obras de filosofía*, t. II, edit. Herder, 2.^a ed., Barcelona, 2006, p. 1818.

de todas maneras la «culpabilidad normativa» implica también entre sus elementos dolo y culpa de raíces psicológicas en un contexto de normalidad de las circunstancias internas (imputabilidad) y externas (ausencia de causas de inculpabilidad o exculpación) del actuar. Lo «normal» refiere aquí a lo que un hombre medio o común (cualquiera como nosotros) puede controlar, dominar o evitar al actuar de un modo determinado, en tanto concurren individualmente en el autor al momento en que despliega o debe desplegar su conducta; por cierto, no un hombre medio en general, sino un hombre medio del grupo social y cultural a que pertenece el autor.

Según expone Bacigalupo, «En realidad, *Frank* sólo sostenía que la culpabilidad no podía «agotar su contenido en una relación psíquica respecto de algo determinado», ni ser limitada a la parte interna del acto (...), sino que las «circunstancias acompañantes» –se refería a los elementos de las causas que excluyen la culpabilidad– eran también de significación para la valoración jurídica de una acción como culpable (...) ..., lo que en verdad se dice es que el juicio jurídico de la culpabilidad no se limita a la comprobación de una relación psicológica, sino que debe considerar también si en las circunstancias en las que el autor actuó su acción podía ser disculpada o no» (22).

Esto revela que para ser responsable por culpabilidad, a tono con la teoría normativa, se requiere que el sujeto sea imputable, actúe con dolo o imprudencia y posea en el momento libertad de decisión al estar ausentes en su actuar circunstancias legales de exclusión de la imputabilidad y de la culpabilidad, tales como la enajenación mental, la coacción y el miedo insuperables y el error invencible.

Durante toda la evolución dogmática, la culpabilidad ha tenido como presupuesto o componente la imputabilidad, genéricamente entendida como capacidad de culpabilidad, cuyo contenido material está dado por la capacidad individual de comprender la ilicitud del propio comportamiento y de orientar éste por los valores sociales propuestos por el ordenamiento jurídico (23). Así lo entiende también el artículo 33 de nuestro C.P. Esta capacidad siempre se ha entendido como susceptible de demostración empírica; se presume en las perso-

(22) BACIGALUPO, Enrique, *El positivismo jurídico de la generación del 40 y la recepción de la dogmática penal alemana en Argentina*, conferencia pronunciada en la Universidad de Buenos Aires el 4 de septiembre de 2009, versión electrónica, p. 21; paréntesis no son texto, pero refieren a notas de pie de página.

(23) Este contenido del concepto se mantiene invariable hasta hoy, incluso en las obras de los más grandes críticos de la libertad de voluntad y de los conceptos tradicionales de culpabilidad, como Roxin (cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal-Parte General I*, edit. Civitas, Madrid, 1997, pp. 798-813 y 819 ss.).

nas mayores de edad, pero en cada caso se puede demostrar por diagnóstico psicológico-psiquiátrico que el sujeto en concreto no pudo comprender la ilicitud de sus acciones o no pudo determinarse con arreglo a esa comprensión (capacidad de comprensión y autocontrol o autogobierno) por trastorno mental, inmadurez psicológica o diversidad socio-cultural.

Lo que ha sido variable –y mucho– en la dogmática penal es la ubicación sistemática de la imputabilidad en la teoría del delito, que ha girado desde la capacidad de acción hasta la capacidad de culpabilidad (y aún de pena). Esta última ha sido su tranquila sede desde la teoría normativa, si bien en ésta como «elemento» (sólo hay culpabilidad para los imputables) y a partir del finalismo como «presupuesto» (para ser culpable es menester primero ser imputable, pero entre la imputabilidad y la culpabilidad se interpone la fundamentación de las medidas de seguridad para inimputables, mantenidas en el derecho penal con el establecimiento, después de los clásicos, del carácter binario del derecho penal, para cuya sistematización introdujo Maurach la categoría de la «atribuibilidad» o «responsabilidad por el hecho antijurídico») (24) (aceptada asimismo por Amelung y Bacigalupo para el funcionalismo (25)).

De cualquier manera, para ser declarado culpable ha sido siempre necesario –y sigue siéndolo, incluso para críticos funcionalistas o prevencionistas como Roxin (26)– que el sujeto al momento de actuar posea, empíricamente demostrada, la capacidad individual de comprender la ilicitud de sus actos y de autogobernar su conducta de acuerdo al plexo de valores propuesto por el derecho positivo en cuanto ordenamiento, en concreto el ofrecido sobre la conducta respectiva por el tipo penal en su función de motivación.

Ambas concepciones de la culpabilidad parecían combatir por asuntos meramente sistemáticos –que hoy les parecen a muchos secundarios (27)–, pero en verdad ello sucedía porque compartían pacíficamente el común fundamento del sistema teórico del delito y de la pena en el concepto universal de persona, al que desde luego se aparejan los de dignidad, autonomía, libertad, igualdad de trato y los demás derechos fundamentales del imputado. Estos fundamentos, que todavía el finalismo no abandonó –aunque abrió las puertas para su

(24) MAURACH, Reinhart, *Derecho penal-Parte General*, edit. Ariel, Barcelona, 1962, t. II, cap. VIII, pp. 11 ss., trad. y notas de Juan Córdoba Roda.

(25) SCHÜNEMANN, B., *El derecho penal contemporáneo...*, p. 128.

(26) ROXIN, *ob. cit.*, pp. 807-813 y 822-824.

(27) Puede verse, por todos, la dura crítica de ROXIN al pensamiento sistemático en su obra central (*ob. cit.*, Par. 7, IV, Nos. 30-49, pp. 206-216), en tanto que GIMBERNAT lo enaltece (*ob. cit.*, p. 27).

desmoronamiento con su prelación del desvalor de acto sobre el de resultado en la configuración del injusto típico—, hacían de la dogmática penal una actividad con pretensiones humanitarias y límites liberales o personalistas. El objetivo, de Binding y Liszt hasta Welzel, era encontrar límites al poder del estado para que la protección de los bienes jurídicos (de la víctima y de la comunidad) tuviera lugar dentro de los marcos seguros de la estricta legalidad y demás garantías del Estado democrático de derecho.

Como ese objetivo hacía indispensable mantener la separación entre moral y Derecho, prontamente la crítica denunció ciertos peligros moralizantes en la teoría normativa, elementos enfatizados desde Welzel (la culpabilidad puramente normativa como reproche moral de los motivos de formación de la voluntad criminal). Llegó a advertirse, creo que con acierto, que por esa vía la culpabilidad normativa podía convertirse en una «policía del espíritu»; y luego por lo menos la opinión disidente de importantes penalistas vio la necesidad —de estirpe democrática— de construir un concepto de culpabilidad sin reproche moral a fin de no incurrir en autoritarismo (por ejemplo, Hassemmer (28), Stratenwerth (29) y Mir Puig (30)). En todo caso, con la teoría normativa de la culpabilidad y pese a la aportación de los conceptos de exigibilidad/reprochabilidad derivados de la normalidad de las circunstancias internas y externas del autor al momento de realizar el hecho, el cuerpo de la culpabilidad continuaba conformándose ontológicamente porque allí se mantenían como elementos centrales el dolo y la culpa (e incluso un concepto mixto de imputabilidad)

(28) «Alternativas al principio de culpabilidad?» (1981), en *Persona, mundo y responsabilidad*, edit. Temis, Bogotá, 1999, trad. de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Pilar DÍAZ PITA, pp. 51 ss., especialmente «Resumen» de la p. 62. También MIR PUIG ha renunciado hace tiempo a la culpabilidad como reproche y ahora la define claramente como imputación personal por el quebrantamiento del imperativo derivado de la norma de determinación tras la comisión del hecho típicamente antijurídico (MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal-Parte General*, 8.ª ed., edit. Reppertor, Barcelona, 2009, L 20/1 y 28-38, pp. 528 y 538 ss.). Adhiere, sin embargo, a la doctrina de que la libertad de voluntad es de imposible demostración científica, ya que la entiende como «desvinculación de la voluntad humana de la ley de causalidad» y cree en la posibilidad de una determinación causal con arreglo a sentido normativo (*ibidem*, núm. 40, p. 538).

(29) STRATENWERTH, Günther, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, trad. e Introducción por Francisco Muñoz Conde.

(30) Síntesis de estos pensamientos puede verse en Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, «Dogmática penal sin culpabilidad en la hora actual», en Yesid REYES ALVARADO (Coord.), *Dogmática y criminología-LH a Alfonso Reyes Echandía*, edit. Legis, Bogotá, 2005. La primera versión de este ensayo, bajo el rubro de «Hacia una dogmática penal sin culpabilidad», se había publicado en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, 1982, pp. 954 ss. Puede verse, sobre el estado de la cuestión, por todos, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal-Parte General*, 7.ª ed., edit. B. de F., Montevideo/Bs. Aires, 2007, Lcción 20, pp. 519 ss., y CV. ROXIN, *Derecho penal...*, par. 19, núms. 43-45, pp. 812-813.

en sentidos más psicológicos que normativos. Lo que poco se cuestionaba era el contenido de ese «juicio de reproche», o sea el concepto material de culpabilidad, que desde Welzel se hizo consistir en el reproche de los motivos de la formación de voluntad.

El verdadero cambio sistemático traído al sistema teórico del delito al influjo de la teoría normativa de la culpabilidad lo introduciría en realidad el finalismo al trasladar –con antecedentes en Dohna y Weber– dolo e imprudencia hacia el tipo, construyendo el tipo subjetivo, pero lamentablemente escindiendo el concepto milenario del dolo en «dolo natural» o «dolo de tipo», descendido hacia el tipo como voluntad final de realización del hecho, y «conocimiento de la antijuridicidad» conservado en el estrato del reproche de culpabilidad, pero obviamente normativizado bajo la forma de «potencial conocimiento del injusto» (cuyo papel central es dar cabida a la posible relevancia del error de prohibición)(31).

El siguiente cambio de trascendencia se surtiría con la innovación, sistematizada por Roxin a partir de 1970 (32), de la imputación objetiva, que mutó el contenido del tipo objetivo, que era un hecho voluntario, por la creación y realización de un riesgo (de lesión del bien jurídico). Con esto el acento se pone ya en una acción cuyo aspecto principal es el peligro (creación de un riesgo no permitido y realización del mismo en el resultado típico). Este giro contiene a su vez el peligro político-criminal de que el concepto, todavía sustancial, de «creación y realización de un riesgo» mediante la acción personal, se convierta en una entelequia puramente normativa como «imputación» de esa creación (o de su no evitación). En este paso, sin embargo, la realidad resulta sustituida por el lenguaje simbólico funcional de su significado jurídico penal, algo que se aprecia del modo más pronunciado en Jakobs al sustituir la realidad social por la comunicación (33).

(31) La discusión en torno a la ubicación de la «conciencia de la antijuridicidad» sigue siendo hoy todavía discutida porque los conceptos de dolo, error, tipo subjetivo y culpabilidad/responsabilidad continúan en revisión por la ciencia penal. En mi obra la he situado siempre en el dolo y el dolo en el tipo subjetivo, pero con funciones al mismo tiempo en la responsabilidad personal (culpabilidad en sentido estricto, sin reproche moral). Con esto se ha mostrado de acuerdo, recientemente y desde el normativismo –exceptuando la doble posición– el profesor Yesid REYES ALVARADO, «La configuración del dolo y la teoría del error», en Diego ARAQUE (Coord.), *Estudios...*, ob. cit., pp. 1011 ss., especialmente p. 1032 *in fine*. En España, con suficiencia, De la CUESTA AGUADO, P. M., *El conocimiento de la ilicitud*, edit. Dykinson, Madrid, 2007.

(32) Véase C. ROXIN, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en derecho penal», en *Problemas básicos del derecho penal*, edit. Reus, Madrid, 1976, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, pp. 128 ss.

(33) Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Derecho penal contemporáneo...*, tesis 21 a 24, pp. 51-54.

Empero, cada avance dogmático trae también sus peligros con respecto al nivel de garantías alcanzado en la estructura sistemática precedente. Para la imputación objetiva de Roxin, que pretende aportar mayor nivel de seguridad jurídica al reafirmar la estricta legalidad en el tipo objetivo con criterios «objetivos» (pero no ontológicos sino normativos), el riesgo consiste en que generalmente se olvida que al tipo pertenece en primer lugar, antes de la imputación objetiva del riesgo prohibido y su realización en el resultado, el concepto de autor, que es nada menos que la persona a quien se imputa o puede imputarse como agente la producción y realización de tal riesgo. Y este concepto de autor precisamente en Roxin se torna incierto porque se lo hace depender del concepto gaseoso de «dominio del hecho», que él mismo define como un criterio valorativo «abierto» que se ha de determinar caso por caso porque no es posible suministrar de él una noción general precisa y clara (34).

Para ambas corrientes del pensamiento penal fueron también claros los límites de la responsabilidad culpabilista, de un lado por lo *previsible* y del otro por lo *evitable* para el hombre (medio); en torno a ello se construyen los conceptos de dolo e imprudencia, pero también el de exigibilidad e incluso el propio concepto de injusto objetivo (fundado en una evitabilidad general). El proceso de normativización teleológica de las categorías dogmáticas sigue avanzando a pasos agigantados que a veces no se interpretan correctamente y en todas sus consecuencias en los tiempos iniciales.

Por lo demás es claro todavía que para todos la *culpabilidad* se contrapone a la *inocencia*, como de modo explícito lo dispone el artículo 29 constitucional, y requiere por ende como factor real, de alcance tanto en el derecho penal material como en el procesal, un cierto grado de participación interna y externa del sujeto imputado en la realización del acontecimiento delictivo. Esa participación no es normativa sino real y no es la imputación sino lo que se imputa, tanto en la imputación objetiva al tipo cuanto en la imputación subjetiva a la responsabilidad personal.

En la época más reciente y gracias a la pluma siempre magistral e inquietante del profesor Jakobs (35), ha aparecido la discusión acerca de un tercer concepto de culpabilidad, que él mismo ha denominado «concepto funcional de culpabilidad». Según este tercer concepto, la culpabilidad no es ya algo que ontológicamente se dé en la persona

(34) ROXIN, Claus, *Autoría...*, pp. 143 ss.

(35) G. JAKOBS, «El principio de culpabilidad», en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 50, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, pp. 125 ss.; del mismo, *Derecho Penal-Parte General*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 575 ss.

del autor o pre-exista a la imposición de la pena, sino algo que se le imputa normativamente, como el delito mismo y la pena, y que justamente se imputa de acuerdo con las mismas necesidades de prevención general (positiva) de la pena, dentro de la misión del derecho penal de mantener y reforzar la estabilidad normativa de cada sociedad en su configuración concreta y/o reforzar la fidelidad al derecho. En efecto, sostiene Jakobs, *la imputación por culpabilidad significa la imputación de un «defecto volitivo» y este existe siempre que el autor hubiese podido evitar la infracción, procurándose motivos para ser fiel al Derecho*; se trata, pues, de un déficit de voluntad consistente únicamente en «déficit de motivación fiel al Derecho» (36), en no haber hallado motivos para cumplir la norma o simplemente en haber tenido el concreto deber de conocerla y cumplirla y no haberlo hecho.

De esta manera se ha concretado el riesgo, previsto desde el comienzo por los críticos de la teoría normativa, de que la culpabilidad se convierta en algo que no está en la conducta ni en la persona del culpable sino en la cabeza del juez, esto es, del poder punitivo estatal que el juez encarna y representa. Se trata por tanto de algo construido por el derecho positivo, disponible para el poder e instrumentado por las necesidades preventivo generales, un concepto que ya no posee raigambre «ontológica» sino funcional, pero que según Jakobs sustituye al libre albedrío en una sociedad secular y desmitificada. Ante la objeción, dirigida por Roxin, de que un concepto de tal naturaleza instrumentaliza por completo al ser humano (37), en contra de los principios kantianos de dignidad y autonomía («obra de tal manera que el fin de tu actuar y el hombre mismo sean siempre un fin, nunca un medio»), Jakobs ha respondido de manera enfática que su concepto funcional de culpabilidad no instrumentaliza al ser humano, sino que simplemente describe instrumentalizaciones existentes hace mucho tiempo (38).

En la imposición de la pena criminal es inevitable, según esto, que el individuo sea en cierta medida utilizado como instrumento para los fines colectivos de la prevención general (39); es decir, se impone la pena a unos para que otros no delincan o delincan menos y de esta manera se fortalezca la seguridad común o se refuercen los valores jurídicos en la conciencia colectiva. Lo que, empero, según Roxin,

(36) JAKOBS, Günther, «El principio de culpabilidad», trad. de Manuel CANCIO MELIÁ, en *Derecho Penal y criminología*, núm. 50, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, mayo-agosto de 1993, p. 144.

(37) ROXIN, *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pp. 805-807, paráf. 19, núms. 31-33.

(38) JAKOBS, *El principio...*, p. 149.

(39) Así de claro en ROXIN, *ob. cit.*, paráf. 3, núm. 51, p. 102.

justifica esta inevitable mediatización en la aplicación de la pena dentro del marco de la culpabilidad por el hecho, esto es, al cobijo de la idea de justicia retributiva (40) y por tanto dentro de los límites de lo «merecido» personalmente por el sujeto. Y en todo caso es hoy incuestionable que la persecución por el Estado de fines sociales utilitarios por medio de la pena criminal –y de las medidas de seguridad para inimputables, que en algunos países se aplican también a sujetos culpables muy peligrosos, como sucede en Alemania con la custodia de seguridad– exige que la misma no sólo sea útil en el caso concreto, sino que en todo caso se acoja a las exigencias constitucionales que rigen para toda intervención estatal de derechos fundamentales, esto es, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad e idoneidad en el contexto de la aspiración nunca soslayable a la construcción de un «orden justo». Lo difícil en la práctica es que estas justificaciones sean algo más que discursos legitimadores. «Las partes escogen los principios (de la justicia y del sistema social) como si fueran para una sociedad en la que ellos mismos fueran a vivir, como si hicieran planes por adelantado» (41). El «velo de ignorancia» (Rawls) puede que funcione en la filosofía estricta, pero en la teoría y en la práctica política es más que dudoso que lo haga porque están de por medio muchos intereses terrenales que son de difícil supresión (incluso sólo mental).

Toda la tradición del derecho penal liberal y su esforzada construcción de la culpabilidad como pilar de la responsabilidad personal es una lucha sin tregua por evitar o minimizar esa instrumentalización, pero la verdad es que siempre en el fondo ha quedado el amargo sabor histórico de que ello es imposible, al menos en términos absolutos. Esto es reconocido explícitamente por el propio Roxin (42), y no podía ser de otra manera porque va ínsito en cualquier concepción preventiva y por tanto socialmente utilitaria de la pena, que de todas maneras es un «mal» que, aunque se quisiera, no retorna las cosas al

(40) Con todo y lo que necesitamos de ella, la idea de justicia dista mucho de ser clara. Se trata, en primer lugar, de un «valor absoluto» o «valor final» y es sabido que sobre éstos no existe posibilidad de planteamiento y conclusión de un diálogo racional (Hume, Kelsen, Popper, Rawls), salvo en hipótesis ideales. La justicia social y política es otra cosa, pues ni siquiera es una idea, sino una práctica que varía con los pueblos y las épocas, las estructuras sociales y los prejuicios, y que contiene todavía y por doquier demasiadas reglas de exclusión, por no hablar de sus falencias en cuanto falta de equidad como uno de los problemas de la actual estructura del mundo, pese a lo mucho que han aportado las ideas contractualistas para la construcción de la moderna sociedad democrática (cfr. NUSSBAUM, Martha, *La fronteras de la justicia-Consideraciones sobre la exclusión*, edit. Paidós, Bs. Aires, 2007, cap. I, trad. de Ramón Vilá Vernis y Albino Santos Mosquera).

(41) NUSSBAUM, *ob. cit.*, p. 37, p.n.

(42) *Ob. cit.*, p. 102.

«bien». Hasta las más estrictas concepciones retributivas de la pena muestran que históricamente la pena criminal siempre se conminó y ejecutó con baremos preventivos, algo que se puede aprehender tanto en la expiación cuanto en la corrección y con mayor claridad en el espectáculo ejemplarizante y atemorizante de la ejecución penal que acompañaba a los antiguos y medievales ritos de la ejecución penal (43). Hoy sigue siendo igual, aunque ha disminuido la crueldad corporal de penas y ejecuciones, pues el rigor de las penas privativas de libertad sigue en aumento en el tiempo y en la disciplina de seguridad de su cumplimiento. La estructura y funcionamiento de las más modernas «cárceles de alta seguridad», talladas al mejor estilo norteamericano, no es por cierto un modo claramente humanitario y resocializador. Las cárceles pueden mirarse como producto de la visión utilitaria de la pena en cuanto prevención por medio de la segregación o incluso de la inocuización cuando se trata de prisión perpetua. Esta visión utilitarista de la pena viene de Beccaria y por esto algún sector de la dogmática alemana se muestra un poco crítico con su obra (44). Hemos sustituido las penas corporales por las cárceles, pero no estamos en condiciones de afirmar de modo tajante que la privación de libertad en las cárceles de hoy es una pena menos cruel, dadas las condiciones de hacinamiento y deshumanización que imperan en casi todas ellas y en casi todos los países.

En este último contexto es importante resaltar que para Jakobs el concepto de culpabilidad funcional al sistema normativo vigente presupone siempre normas legítimas (45), esto es, la instalación del orden jurídico sobre una verdadera sociedad civil porque de otra manera no puede darse el Estado democrático de derecho. El problema es la identificación de los criterios de legitimación de esas normas y su disponibilidad por el propio derecho positivo. Y esto es

(43) Por todos, FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Cap. I.

(44) Cfr. Kai AMBOS, «Cesare Beccaria y la tortura: comentarios críticos desde una perspectiva actual», en Jean Pierre MATUS (Dir), *Beccaria-250 años después*, edit. B. de F., Montevideo/Bs. Aires, 2010, pp. 155 ss.

(45) JAKOBS, *El principio...*, pp. 145-149. Si el orden social es ilegítimo, el sujeto seguirá siendo siempre culpable de la infracción normativa, pero con una culpabilidad meramente formal (que, sin embargo, es la única que manejan los jueces en todo el mundo porque siempre están sometidos al imperio de la ley y sólo de ella) (*ibidem*, p. 145). De cualquier manera es suficiente con la culpabilidad formal –algo muy característicamente positivista– y la material existirá también en cuanto la sociedad estatal no posea medio distinto a la pena para resolver el conflicto a favor de la estabilidad normativa. La culpabilidad se surte por «defecto volitivo» y de éste responde todo el que infringe la norma en cuanto la sociedad la haya tratado en esto como una persona igual a las otras: todas deben ser fieles al derecho y auto-administrarse motivos para preferir el cumplimiento de la norma a cualquier otra cosa.

inobjetable: si el derecho penal de todas maneras obra como puntal de sostenimiento del orden establecido, su legitimidad depende de que funcione con relación a un orden relativamente justo desde el punto de vista social, algo que parece todavía lejano para la gran mayoría de países en el mundo actual.

Pero hay que tener en cuenta que en el funcionalismo penal la relación del autor ordinario con la norma no se toma mirando en aquel un individuo –que es un ente físico al que sólo se puede responder, en cuanto sea peligroso, con medidas de seguridad y no con penas–, sino una «persona social» que como tal tiene unos roles y deberes igualitarios que bastan para imputarle culpabilidad de una defraudación normativa si, por ejemplo, teniendo el deber, incumple la norma por no atender el deber de informarse correctamente sobre ella y encontrar motivos para acatarla. Como la misión es asegurar el orden social, no se trata de si el autor poseía «una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado» (46). El autor tenía que procurarse él mismo los motivos de esa alternativa para no tener que responder por la infracción normativa. El motivo del conflicto es que el autor no ha escogido para su conducta la motivación conforme a Derecho; y para imputar esto basta con que el autor haya tenido la posibilidad de reconocer la norma y no lo haya hecho (47).

Problemático es que, como el sistema funcionalista de Jakobs se pretende puramente descriptivo, es difícil con él discernir socialmente entre facticidad, validez y legitimación del Derecho –como sí puede hacerlo, con un discurso de presupuestos distintos que parte del «sistema de los derechos», por ejemplo, Habermas (48)– porque las meras descripciones no son idóneas para cuestionar un sistema de normas; mejor dicho, no son aptas para discutir cuestiones de legitimidad de ningún sistema social cuyo ordenamiento jurídico se expone en términos de dogmática funcional. Según Kant, en cuanto heterónomo el Derecho se dirige únicamente a la regulación de lo externo y deja librado a la autonomía personal del destinatario el procurarse motivos para cumplirlo, de modo que el Estado no puede reprocharle sus actitudes internas. También para Jakobs cada persona es libre de procurarse los motivos para ser fiel al Derecho, pero la diferencia está en que según este autor el ciudadano no solo es libre para obtener tales motivos, sino que además soporta la carga social de encontrarlos o proveerlos, ya que de lo contrario incurre en responsabilidad penal por su infracción (49).

Para Jakobs ciertamente el ciudadano está bajo el poder de la norma y obligado a cumplirla, de modo que tiene asimismo el deber de

(46) JAKOBS, *Derecho Penal...*, p. 185.

(47) *Ibidem*, pp. 581-582.

(48) J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, edit. Trotta, Madrid, 1998.

(49) G. JAKOBS, *El principio...*, p. 145.

procurarse los motivos para ello y si incumple esta obligación es culpable (= responsable) de la infracción normativa (50). Es decir, violar el deber de procurarse (= obtener como sea) motivos para ser fiel a la norma es ya ser culpable y justo aquí resalta que la culpabilidad es funcional para el mantenimiento de la vigencia de la norma, que para Jakobs es sobre todo vigencia interna o internalizada en cuanto deber de fidelidad al ordenamiento. Es decir, por medio de la imputación de culpabilidad y de pena el Estado consigue el fin de prevención general positiva (=conseguir que todos se provean de motivos o razones para ser fieles al Derecho como primer deber de todo ciudadano o «persona social») de dirigir a voluntad la configuración de un orden social determinado (51). De modo que ROXIN tiene razón: una mediatización de la persona en aras de intereses colectivo-estatales no podría ser más manifiesta y por tanto tampoco más intolerable desde el punto de vista del principio kantiano de dignidad humana (52), ni más contrario a la idea contemporánea de Estado democrático de derecho.

Hay aquí un cierto y relevante punto de toque del funcionalismo penal con el positivismo formalista de la teoría pura del derecho y desde luego con el relativismo valorativo de los neokantianos (Kelsen mismo es neokantiano) (53). Dado que de este modo la legitimidad es un presupuesto de la dogmática descriptiva o funcional, todo orden normativo «es» legítimo para los planteamientos del funcionalismo, al menos en su vertiente radical o sistémica (54). Y, en efecto, nada puede ser «funcional» a un sistema que se suponga reconocidamente «ilegítimo» porque la funcionalidad de los conceptos dogmáticos reza con el mantenimiento y reforzamiento de la estabilidad normativa del mismo (identidad normativa de la sociedad) y lo que sin duda se puede suponer es que ningún sistema social de normas se identifica con un orden que se reconozca a sí mismo como injusto –así sea siquiera parcialmente, en tanto hablemos de injusticias graves–. El asunto no es muy distinto para el funcionalismo «moderado» de Roxin; sólo que para éste se añade que la Constitución «lo diga» (positivismo constitucional en lugar del legal).

(50) JAKOBS, *El principio...*, p. 143: «Si el sujeto está sometido a la norma con este su cometido (de procurarse obligatoriamente motivos para que el cumplimiento de la norma le sea preferible), ello se le imputa como culpabilidad, y esta imputación se evidencia en la pena... La finalidad de la culpabilidad es la estabilización de la norma débil (cuya debilidad precisamente consiste en que no puede demostrarse que para el individuo sea preferible cumplir la norma)...» (los paréntesis son explicativos del texto, conforme a su propio tenor, pero no hacen parte de la cita).

(51) *Ibidem*, pp. 143-144 *in passim*.

(52) ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 805-807.

(53) Pero es claro que la posición que se comenta, desde el punto de vista de la ética liberal de Kant ya no sólo no es neokantiana, sino que se encuentra del otro lado de la línea.

(54) En realidad este defecto es propio de toda «dogmática pura», que no es otra cosa que sistematización lógico-formal del derecho positivo vigente, con independencia de sus contenidos axiológicos y del sistema social que éste apoya.

Innegable resulta, por otra parte, que la dogmática funcional es, como cualquier dogmática sin postulados valorativos de estirpe personalista, usada de modo «neutral» para traducir la funcionalidad de cualquier sistema punitivo legal con cualquier orden social que lo sustente. El problema funcionalista es que la persona (social), al estar bajo el marco de un ordenamiento jurídico, tiene el deber de hallar los motivos para cumplirlo o de verse expuesta, si no lo hace, a responder penalmente por el defecto volitivo que lo lleve a la infracción de sus normas. Aquí, sin duda, según Jakobs, la culpabilidad funcional no se comporta socialmente de manera distinta a como hacía o haría el principio de responsabilidad por el resultado en tanto que éste también quisiera mantener la estabilidad de un cierto orden normativo. La cuestión no es de relación de la persona individual con la norma, sino que el rol de ciudadano en cuanto persona social obliga a conseguir la motivación para cumplir con el deber normativo e impone responsabilidad en caso contrario. El «déficit volitivo» —que además no ha de entenderse en términos psicológicos— que hace culpable al agente lo responsabiliza siempre que no está ahí, en el puesto indicado por el rol, a pesar de que debía estarlo según la organización social de las competencias. El principio que rige es: *quien puede conocer la ley* —y esto es posible siempre en cuanto exista comunicación y se trate de sujetos imputables— *tiene el deber de respetarla y responde sin más por su infracción* (55), a título de culpabilidad, por no haber encontrado motivos para cumplir la norma.

También es verdad que para la mayoría de expositores —por ejemplo, Roxin (56), Mir Puig (57)— parecen ser suficientes los presupuestos normativo-constitucionales del Estado democrático de derecho. Pero esto sólo es acertado en parte porque, aunque la teoría del Estado democrático de derecho contiene unos presupuestos axiológicos bastante bien establecidos —como ser la persona y su dignidad, los derechos fundamentales de libertad personal y libertades conciencia, culto y expresión, la regla formal de igualdad de trato, la división de poderes, etc.—, no todas las constituciones los configuran de la misma manera y con igual extensión de contenidos valorativos y, sobre todo, el sistema social que subyace a la constitución positiva y es por ésta protegido no posee en todas partes el mismo grado de justicia social y de igualdad real de oportunidades. Por esto son insuficientes los criterios de justicia formal para apreciar en su debido contexto la justicia de la pena, siempre relativa al grado de justicia material desarrollado por cada sistema social. Por otra parte, las constituciones también pueden ser reformadas y sustituidas y esto no siempre sucede para el bien común.

(55) Jakobs. *El principio...*, p. 149.

(56) C. ROXIN, *Derecho Penal...*, paráf. 2, pp. 51 ss.

(57) MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal-Parte General*, 8.^a ed., 2.^a reimpresión, edit. Reppertor, Barcelona, 2009, pp. 109 ss., L 4/59-78; del mismo, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2.^a ed., edit. Bosch, Barcelona, 1982.

III. CULPABILIDAD, PREVENCIÓN Y DOGMÁTICA EN GIMBERNAT Y ROXIN. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Hacia 1970 –y más o menos al mismo tiempo que Roxin (aunque los presupuestos de ambos son en parte distintos)– Gimbernat Ordeig (58) puso de presente la imposibilidad conceptual de un derecho penal de culpabilidad porque, según él, la culpabilidad se funda en el concepto de libertad de voluntad (libre arbitrio) y esta precisamente no se puede demostrar de manera científica o empírica en cada caso concreto. La libertad de voluntad es indemostrable, como «poder actuar de otra manera» en cada caso concreto y por tanto de ella se puede decir que no existe (pues esto es lo mismo que sostener que no se puede probar). Y es en verdad claro que si la libertad de voluntad no existe o no puede probarse, una pena fundada en la culpabilidad reposa sobre un incomprensible fundamento fáctico que no se puede demostrar en el proceso penal democrático y que por tanto el juez puede imputar a cualquiera «a su libre arbitrio». Por esto hemos sostenido la necesidad de una dogmática no sólo lógica y de correctos presupuestos valorativos, sino también «practicable», porque lo que no se puede probar tampoco se puede refutar y no resulta por tanto compatible con las exigencias de un proceso penal democrático.

El argumento de que el «poder actuar de otra manera» no se puede demostrar en cada caso concreto (salvo como fenómeno «forense» por las causas de ocurrencia de exclusión de la culpabilidad), esto es, que nunca es verificable empíricamente que el autor individual de una determinada conducta podía proceder de manera distinta a como lo hizo, viene ventilándose en la dogmática penal desde los años 60 del siglo anterior, cuando fue brillantemente planteado por Engisch (59), si bien tenía importantes precursores desde por lo menos una década atrás con las obras de Nowakowski (1950-1957) y Bockelmann (1963) (60). El argumento ha servido desde entonces para sostener dogmáticamente la construcción de un concepto dogmático de culpabilidad sin reproche

(58) E. GIMBERNAT ORDEIG, *Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* (1970), Editorial Temis, Bogotá, 1983. Las citas ulteriores de este autor remiten a esa edición.

(59) K. ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal* (1965), trad. de Luis Guzmán Dalbora, edit. B. de F., Bs. Aires/Montevideo, 2006.

(60) *Ibidem*, «Presentación» a cargo del Prof. Dr. Gonzalo D. Fernández, p. 46; C. ROXIN, *Derecho Penal...*, p. 799, No. 19 y nota 34.

moral (61)-(62), esto es, construido con un enfoque distinto al de reproche de los motivos de formación de voluntad que tuvo desde Frank y se consolidó en Welzel (63), pero también para fundar el rechazo del propio principio de culpabilidad y edificar un derecho penal puramente preventivo, como el propuesto, cada cual a su modo, por Gimbernat y Roxin. Es que, en efecto, las doctrinas de la culpabilidad y de la pena retributiva estuvieron unidas desde el origen de la primera. Una culpabilidad sin reproche moral se encuentra, por ejemplo, tanto en Hassemer (64)-(65) y

(61) Los que, pese a admitir la indemostrabilidad de la libertad concreta, siguen argumentando con la culpabilidad como reproche moral, tienen que acudir a la «culpabilidad social» o de término medio (lo que algunos han llamado mal y muchas veces «determinismo débil», sin determinismo en absoluto porque este solo se puede remitir a lo individual y concreto), o sea, no a lo que el sujeto hubiera podido hacer personalmente en su determinada situación, sino a lo que cualquiera otro –o un vaporoso «hombre medio»– habría hecho en su lugar en tal situación (Mir Puig, Muñoz Conde, Jescheck, Jescheck/Weigend). Y esto ya no es culpabilista porque pretende fundar la culpabilidad de un hombre en la hipótesis de lo que otro probablemente habría hecho en su misma situación. Pero, si como también se ha destacado, la «capacidad de obrar de otra manera» no podría probarse como «causa psíquica» en el individuo concreto que actúa, mucho menos puede esto hacerse con los baremos de un homúnculo medio en similares circunstancias conocidas de acción. La «culpabilidad social» –y este es un argumento muy fuerte pocas veces esgrimido– pulveriza o difumina el principio básico de que la responsabilidad penal es estrictamente personal o individual y por tanto solo puede fundarse en una culpabilidad enteramente personalizada, debido que él no responsabiliza al sujeto por lo que él mismo hizo, sino por lo que otros pudieron haber hecho.

(62) ROXIN, *Derecho penal...*, paráf. 19, núm. 20, p. 800.

(63) Cfr. J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, «Hacia una dogmática penal sin culpabilidad», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, Medellín, 1982; *del mismo*, «Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual», Yesid Reyes Alvarado (Coord.), *Dogmática penal y criminología-LH a Alfonso Reyes Echandía*, edit. Legis, Bogotá, 2005. También, S. MIR PUIG, *Derecho Penal-Parte General*, 7.^a ed., edit. B. de F., Bs. Aires/Montevidéo, 2007, pp. 519 ss., y 8.^a ed., cit., pp. 525 ss.

(64) HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, edit. Bosch, Barcelona, 1984, p. 299.

(65) La posición de Hassemer es al respecto a la vez clara y peculiar: de un lado, porque sostiene que –por razones distintas a las de la op. dom.– está bien que el derecho penal judicial se desvincule de los problemas de la libertad de voluntad y del reproche de culpabilidad; de otra parte, porque considera con razón que la cuestión de culpabilidad en el proceso penal democrático se reduce legalmente a que el juez no tiene que demostrar positivamente la existencia de libertad en la situación concreta del autor –incluso presume parte de ella en el establecimiento de la imputabilidad–, sino que ha de atenerse a su configuración «forense» demostrando únicamente la no ocurrencia de una causa de inculpabilidad. Hay quienes sostienen, sin embargo, que no está claro (o está claro que no) si es «libertad de voluntad» lo que queda después de descartar las causas de exclusión de la culpabilidad, que algunos distinguen entre «inculpabilidad», que elimina la libertad, y «exculpación», que simplemente reduce su ámbito en forma grave– es o no libertad de voluntad. (cfr. HASSEMER; Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 58). Lo cierto al respecto es que la exculpación elimina la culpabilidad relevante para el derecho penal de la imputación subjetiva.

Stratenwerth (66) como en Roxin (67) y asimismo en la obra del autor de este escrito (68).

Gimbernat entiende que el «principio de culpabilidad» (y la «culpabilidad» misma, ya que él no acentúa ninguna diferencia entre ambos) tiene en derecho penal dos sentidos correlativos y solo dos, o al menos uno de ellos: fundar la atribución del hecho antijurídico a su autor en la libre decisión de voluntad y/o prohibir la responsabilidad objetiva o por la mera causación del resultado (69).

Un examen cercano del tema muestra que existe por lo menos otro sentido posible de la culpabilidad penal, cual es el de la imputación subjetiva fundada en la imputabilidad y limitada al dolo o en su defecto a la culpa o imprudencia, con las eximentes conocidas como causas legales de inculpabilidad o exculpación. Es claro que Gimbernat no renuncia a la responsabilidad penal fundada en el dolo o la culpa del agente (70), y no he visto en su obra ningún argumento acerca de que la (real o supuesta) imposibilidad de probar la libertad de voluntad y de acción en cada caso concreto excluya también la de demostrar el dolo y la culpa y por tanto imputar subjetivamente con base en ellos. Desde luego algo así tampoco se encuentra en la obra de Roxin, ni de ningún otro penalista que yo conozca (71). Sería fácil mostrar, de la mano por ejemplo de Hassemer, Stratenwerth y Jescheck, que el principio de culpabilidad cumple en derecho penal también otras funciones sobresalientes, como determinar el grado de participación interna y externa del sujeto en el injusto típico, suministrar criterios subjetivo-normativos para el respeto del principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena y marcar el límite máximo de la misma, fundar la obligación de respeto absoluto e incondicional de la dignidad humana del penado (y en general del imputado), etc. (72)

Por esos caminos fue fácil para Gimbernat mostrar que la dogmática penal inspirada en la culpabilidad no tenía futuro. En lugar de ésta

Más allá de esto queda el ámbito de la libertad de voluntad en los campos de la moral, en donde precisamente el Derecho penal como tal nada tiene que decir.

(66) *El futuro del principio de culpabilidad*, Madrid, 1980.

(67) *Derecho Penal...*, p. 800.

(68) *Derecho Penal –Parte General– Teoría del delito y de la pena*, Cap. III, Par. 15, edit. Ibáñez, Bogotá, 2012.

(69) GIMBERNAT, *¿Tiene futuro...*, nota 12, pp. 33-34.

(70) *Ibidem*, p. 16.

(71) Tal vez la doctrina sobre el concepto des-psicologizado del dolo –dolo no es conocimiento sino «deber de conocer» impuesto por el rol social asumido por el agente–, originada probablemente en escritos de Jakobs posteriores a su «Manual», sea la más cercana a ello, pero solo en el mismo sentido indirecto en que el «potencial conocimiento del injusto» no es ya conocimiento de la antijuridicidad del hecho sino mera posibilidad (normativa) del mismo.

(72) Con más amplitud en mi *Derecho Penal –Parte General– Principios y categorías dogmáticas*, cit., pp. 302 ss. y 323 ss.

propuso, como se anticipó, un derecho penal preventivo en cuyo seno el Estado cumple con la pena una «racional» y además «razonable» misión preventiva y pedagógica consistente en la formación o reforzamiento de la conciencia moral colectiva mediante el apoyo punitivo de los valores fundamentales que pueden apreciarse en la conformación social de los bienes jurídico-penales (clara en esto la influencia de la teoría psicoanalítica de formación del «superyo», aunque transpolada al campo de la conciencia colectiva, donde el psicoanálisis es sin duda más débil que en el individual (73)).

Lo que en lugar de la dogmática penal de culpabilidad, que califica de metafísica, propone también el autor citado, es una dogmática estrictamente conceptualista y metódicamente sistematizada que, delimitando conceptualmente los tipos penales, muestre a todos los ciudadanos dónde comienza y dónde termina el comportamiento punible, suministrando a todos por esta vía seguridad jurídica al hacer posible una administración de la justicia penal segura y calculable. La dogmática se ve allí hermosamente como el único método racional de que hoy disponemos para el abordaje de la aplicación del derecho penal positivo, en un bosquejo tal vez demasiado racionalista o conceptualista que se agota en el uso de la lógica. Pero a la vez el famoso pasaje olvida que los tipos no son la única materia de elaboración de la dogmática del delito porque a su lado hay que edificar también los temas de los otros elementos constitutivos del delito, sus causas de exclusión y las condiciones de aplicación de las penas legalmente conminadas. Se trata, en todo caso, de uno de los pasajes más bellos y a la vez más ingenuos de la literatura penal (74), citada tanto por auto-

(73) Este terreno conceptual es más tarde explorado por Luzón Peña, Diego-Manuel, «Prevención general y psicoanálisis», en S. Mir Puig (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales...*, pp. 141 ss.

(74) «*Ingenuos*» porque el autor contempla una dogmática única, pura, ideal, racional y meramente lógico-sistemática que no se dará de hecho en el futuro, salvo hasta el finalismo –la que se da después, en efecto, está fuertemente permeada por criterios más o menos volátiles de política criminal que la tornan imprecisa e insegura–, pero también porque supone que la función de certeza que sin duda puede desprenderse del método dogmático depende solamente de la interpretación y sistematización de los tipos, olvidando los demás elementos del delito y prescindiendo del abrumador supuesto de que no todos –ni mucho menos– de los presupuestos de la dogmática penal provienen de la ley (los tipos penales), ya que también emanan de la jurisprudencia, de las opiniones de los doctrinantes, de la filosofía del derecho, de la interpretación de la constitución material de cada Estado, de los estándares creados por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, de la inclusión y el entendimiento de principios de política criminal, de la extensión que se le da al concepto de Estado social y democrático de derecho y el sentido que se le asigne a su relación con la teoría del contrato social, etc. etc. También olvida que no siempre los tipos legales están bien redactados y ante las vaguedades de las legislaciones de última generación ni

res de lengua castellana como de lengua germánica (que el propio Roxin trae a colación, aunque califica de que contienen declaraciones tal vez algo «enfáticas»)(75):

«... La dogmática juridicopenal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal... Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación... Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o la impunidad... (serán) una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo de una dogmática, más lotería...» (76).

Previamente había sentado el ilustre tratadista ibérico que sólo en un derecho penal de la prevención general (negativa) y de la prevención especial que fije la gravedad de las penas no por los fundamentos metafísicos del principio de culpabilidad sino por la protección de bienes jurídicos y por el establecimiento de un régimen de responsabilidad subjetiva que diferencie dolo e imprudencia, «la pena no es ya algo irracional (77), sino racional, es más: razonable. Existe un abismo entre pensar que la pena puede imponerse con “buena conciencia” porque es la justa retribución por el daño libremente causado... y concebir la pena como “una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son” (cita del Proyecto Alternativo Alemán de 1969, elaborado por Baumann, Roxin y otros)». Queda claro: sin buena dogmática no puede haber para los ciudadanos una buena, esto es, igualitaria y segura impartición de justicia penal. En días recientes (2006 y 2010), Schünemann ha vuelto a insistir sobre el particular, en lucha contra el sistema anglo-americano –que entremezcla cuestiones penales con las procesales– y contra el abandono de la realidad por parte del funcionalismo radical (78).

siquiera se puede seguir presumiendo que han sido elaborados de buena fe para generar un poder punitivo de claros perfiles. Buena parte de esos presupuestos y su carácter extra- o supra-legal fueron puestos de presente expresamente varios años más tarde por Enrique BACIGALUPO, en *Delito y punibilidad*, edit. Civitas, Madrid, 1983, y luego también por muchos otros juspenalistas.

(75) C. ROXIN, *Derecho penal...*, paráf. 7, núm. 31, p. 207.

(76) Gimbertat ORDEIG, *ob. cit.*, p. 27.

(77) Se refiere seguramente a la repetida formulación de que el mal del delito se compensa o anula por el mal delito, un pensamiento que es propio del pensamiento penal derivado de los filósofos del idealismo alemán (Kant y Hegel).

(78) SCHÜNEMANN, B., «El sistema de la teoría del delito», en *Derecho penal...*, pp. 32 ss.

A ello hay que formular varias glosas igualmente importantes. Pero ante todo la observación previa de que ciertamente Gimbernat contrapone «libre albedrío» y «determinismo», pero no señala la acepción precisa en que se vale de estos términos que, sin embargo, se usan en el bagaje de la ciencia y la filosofía en varias acepciones con matices y grados diferentes. Así, es preciso distinguir entre determinismo débil (que admite la posibilidad de intervención de la conciencia reflexiva no determinada causalmente en el proceso de decisión) y determinismo fuerte o rígido (nada pasa, tampoco por la mente, sino está causalmente determinados por factores materiales previos), y de modo paralelo entre libre albedrío absoluto (libertad sin causas) y relativo (la libertad se expresa por conductos causales y tiene limitaciones y condicionamientos). Las observaciones son las siguientes:

1. El derecho penal nunca es racional y razonable porque la ecuación delito-pena no es de igualdad ni de equivalencia (únicas ecuaciones filosóficamente calificables como racionales). Por el contrario, dado que esa relación es siempre desigual y valorativa, culturalmente variable, el derecho penal como tal es siempre irracional y por ello su limitación por medio del principio de estricta legalidad de delitos y penas es siempre racional. En efecto, como hace años lo señaló Carlos Cossio al elaborar ese argumento (79), es racional limitar la irracional, que es lo que hace el principio de estricta legalidad penal, y es irracional extenderlo y por esto es irracional en derecho penal la analogía desfavorable o *in malam partem* (80). Por otra parte, considerar la pena como un «bien» conducirá siempre al redentorismo penal o al versátil expansionismo, y con ello a la disminución de las garantías, pues no parecería razonable tratar de minimizar el «bien social» ni es claro que contra él los ciudadanos precisen garantías. Es para mí indudable que las teorías de la pena como prevención general positiva han propiciado o reforzado al menos los movimientos inflacionarios del punitivismo que hoy afectan al mundo.

2. Por otra parte, dado que la pena es necesariamente un mal, ningún derecho penal puede ser «bueno» de suyo. Por esto las doctrinas demoliberales, a fin de imprimirle cierta consistencia que lo tornen limitado y controlable, requieren la minimización de las penas y

(79) Cossio, Carlos, «El principio *nulla poena sine lege* en la axiología egológica», en *Teoría de la verdad jurídica*, edit. Losada, Bs, Aires, 1954, pp. 273 ss.

(80) Este pensamiento, seguido también por JIMÉNEZ DE ASÚA, lo hemos adoptado como «fundamento filosófico» del principio de estricta legalidad penal desde la primera edición de nuestro *Derecho Penal Fundamental*, edit. Temis, Bogotá, 1982, pp. 71 ss., y 2.^a ed., 1989, pp. 79 ss. Igual en *Derecho Penal Fundamental 1*, edit. Ibáñez, Bogotá, 2004, pp. 189 ss.

la contemporánea maximización de las garantías penales. Ejemplo brillante de construcción en estos sentidos lo representa por todos la obra de Ferrajoli (81). No hay ejemplo más claro del antagonismo dramático que hoy vivimos entre el derecho penal en acción –que transcurre en los recintos de legisladores y jueces penales– y la ciencia dogmática y la filosofía del derecho penal.

2. Una dogmática severamente racionalista o conceptualista sólo existió en los tiempos en que Gimbernat escribía la pequeña obra maestra citada y hasta unos años después mientras reinó el finalismo. En lugar de ella comenzó a entronizarse luego en el mundo entero, más o menos veinte años después, una dogmática de certeza reducida que combina lo dogmático o lógico-sistemático con los criterios abiertos de política criminal, tal como Roxin empezó a propugnarla en otra pequeña obra maestra de los años 70 del pasado siglo –que sin embargo tuvo claros precedentes en las doctrinas de Gallas sobre la prevención a finales de los 50(82) y en las funcionalistas de Callies de finales de los 60(83)–, dogmática político-criminal que sólo más tarde alcanzaría desarrollo en la teoría del delito hasta alcanzar el impulso avasallador que hoy ostenta. El único que ha mantenido una dogmática lógicamente rigurosa es Jakobs –y por vías distintas el propio Gimbernat en escritos ulteriores–, en una perspectiva neopositivista y conservadora, pero con una doctrina penal que parte del supuesto de un «Estado democrático de derecho» cuyo primer fundamento no es la persona y sus derechos sino la función de seguridad del sistema social, y en todo caso tampoco sin grandes lastres político-criminales derivados del fin de la pena (fidelidad al derecho, estabilización normativa, aflicción o dolor para el reo, aseguramiento por encima de resocialización, etc.).

Por cierto que estos desarrollos de la política criminal de la prevención, como era de esperarse, no han contribuido a la seguridad jurídica en el sentido tradicional de servir de dique para los ciudadanos frente al poder punitivo estatal, sino, por el contrario y pese de seguro al deseo explícito de su gran forjador (Roxin), al desmoronamiento en la dogmática penal internacional del principio de estricta legalidad penal. Porque una dogmática permeada por categorías abier-

(81) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón-Teoría del garantismo penal*, edit. Trotta, Valladolid, 1995.

(82) Ya entre 1950 y 1959 había predicho Gallas que después del finalismo el derecho penal desembocaría en una estructura nueva dominada por «un pensamiento valorativo y teleológico» (GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Seminario de Derecho Penal, Universidad de Barcelona, 1959, p. 64 *in fine*).

(83) A respecto, por todos, SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, edit. Bosch, Barcelona, 1976.

tas de la política criminal no puede contribuir a mostrar los límites del tenor literal de los tipos penales y tal vez no es posible reducirla a que limite la interpretación teleológica al tenor literal de los mismos. Si la función central del tipo legal es la seguridad normativa de la colectividad y no la de los derechos fundamentales del imputado, su interpretación está legitimada para acudir a métodos diferentes que por vía rápida conducen a la expansión de su sentido, muy a pesar de su tenor literal (o gracias a un tenor literal confeccionado intencionalmente con vaguedad).

Lo propio de una renormativización teleológico-valorativa «abierta» de los conceptos dogmáticos, aunque se lo haga con inspiración en los principios y valores (también «abiertos») de la Constitución positiva es precisamente la tendencia inevitable a interpretar los tipos y las demás categorías de la teoría dogmática del delito con base en criterios de valor que buscan la acomodación de los conceptos, los textos legales y los precedentes judiciales a las conveniencias argumentativas de la llamada necesidad de prevención general (positiva o negativa), la primera de las cuales representa el fin general de las penas en el sistema de Roxin (84), así se insista en que la función esencial del derecho penal es proteger, mediante la pena preventiva, los bienes jurídicos (funcionalizados). Un ejemplo espectacular lo muestra la combinación de los conceptos roxinianos de imputación objetiva y autoría, pues queriendo con la primera perfilar con mayor nitidez que las doctrinas ontologicistas (causalismo y finalismo) el tipo objetivo, terminó por difuminar los límites y por tanto las funciones garantistas de este último al permearlo con el criterio valorativo «abierto» y por tanto impreciso y subjetivo de «dominio del hecho».

Otro tanto ocurre con su triunfal doctrina de la autoría mediata por dominio de organización o de aparatos organizados de poder, que amplía la categoría tradicional de la autoría mediata a casos en que el autor material también es responsable por transmitir la orden de eje-

(84) En realidad, Roxin sostiene para la construcción del injusto típico el principio político criminal de la «protección subsidiaria de bienes jurídicos», que él considera satisfecho cuando con la conducta se crea un riesgo no permitido que se concreta en el resultado y no está por fuera del fin de protección del tipo, y asimismo un principio político criminal para la construcción de su concepto de «responsabilidad», combinación que es de culpabilidad –como «asequibilidad normativa» y capacidad de autogobierno de la conducta–, principio este último que estriba en las necesidades sociales de la prevención general y especial. Un resumen muy claro de estas doctrinas puede verse en ROXIN, *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, conferencia pronunciada en la Universidad de Córdoba, Argentina, en abril de 2008, versión electrónica, Sección V.

cución con cierta autonomía, en tanto que los ejecutores son dominados por el «hombre de atrás» por medio de su fungibilidad entre los múltiples ejecutores potenciales disponibles, pero son también penalmente responsables como autores (la jurisprudencia dominante en Alemania consideró a los jefes por mucho tiempo simplemente cómplices, aunque en verdad para el suscrito son ciertamente coautores, pero a título de ideólogos y dirigentes de la banda y de la empresa criminal, esto es, en su papel real de autores intelectuales que no se desvinculan totalmente de la ejecución).

Ciertamente esto último demuestra, con preocupante claridad, que en el sistema de Roxin, conocido e influyente en la teoría y la práctica del mundo entero, el supremo principio de la política criminal –por lo menos de la que él sostiene, pero no de la política criminal demoliberal– no es el de legalidad ni el de dignidad, sino el de la prevención general (positiva) con esbozos de justicia material; y esto parece bien en principio, pero sucede que la justicia material se puede llenar, como valor abierto de política criminal, con los más variados y variables contenidos y en la escogencia de estos contenidos juega un papel muy destacado la ideología personal del operador jurídico, algo que no es en verdad lo óptimo para la función de garantía del principio de estricta legalidad penal. Esto es particularmente claro frente a la prevención general positiva que Roxin postula, pues nadie puede precisar los contenidos valorativos en que habría de afinarse, con respecto a la cual hay que destacar que no es, ni de lejos, el principal contenido de justicia social material y que apareja por su propio concepto un fin muy «funcional» pero escasamente democrático, como es el de imponer por el poder de la pena los valores hegemónicos del ordenamiento jurídico positivo a la conciencia de los ciudadanos.

Es necesario, en cambio, en sede de interpretación de los tipos penales y a la vista de su función esencial de seguridad jurídica, combinar el «valor de verdad» con el «valor de justicia» de las proposiciones jurídicas, echando mano, en los inevitables juicios de valor que implica esa operación, de los principios y valores personalistas de la Constitución y su reconocimiento del carácter trascendente de los derechos inalienables del hombre (Const. Pol., art. 5), los tratados y declaraciones de derechos humanos, las normas rectoras de la ley penal y fuentes de derecho positivo de similar rango, pero no como valores «abiertos» o indeterminados, sino en su mayor determinación o precisión conceptual y liberal posible y con una nítida función personalista. Y hay que tener en cuenta que en contra del ciudadano nunca se puede esgrimir, por razones teleológicas, un sentido del tenor

literal de los tipos más amplio que el sentido natural de sus palabras en su mayor significación para el hombre común, esto es, para el lenguaje usual. Como tampoco es de recibo que una garantía individual del imputado o del reo se invierta de sentido y se invoque contra él como «derecho fundamental» de la colectividad. O sea que, en suma, en materia de interpretación de los tipos penales el «valor de justicia» de las proposiciones sólo puede servir a la función de limitar el poder punitivo que con ellos se inaugura, evitando sobre todo las graves injusticias de toda forma de analogía *in malam partem* e incluso de interpretaciones teleológicas expansivas.

4. Desechada en modo total la culpabilidad –y salvo la vía de construir en la teoría del delito una categoría final de «responsabilidad», cuyos contenidos hay que precisar– no queda sino el derecho penal de la prevención, algo que sin duda estrecha más las ya harto confusas barreras que separaban los conceptos y las realidades de las penas y de las medidas de seguridad en el derecho penal. Pero aquí prevención no juega en el sentido primario y fuerte de Beccaria («es mejor prevenir los delitos que castigarlos»), sino en el sentido de la pena misma que se amenaza, aplica y ejecuta con criterios de utilidad preventiva. Por cierto que la fórmula roxiniana de una «responsabilidad» que se edifica con la suma de prevención general y culpabilidad flota en el vacío porque previamente se han rechazado por él mismo todos los conceptos conocidos de culpabilidad y suprimido de tajo la retribución y, sobre todo, porque a renglón seguido se añade que *la necesidad preventivo general de la pena no requiere de una especial fundamentación porque se parte del supuesto de que cuando la ley amenaza con pena una conducta es porque considera necesaria su prevención*. Esto significa, sin rodeos, que el juez no tiene que motivar racionalmente en cada caso concreto la necesidad preventivo general de la pena porque simplemente ha de atenerse a su previsión en el tipo legal y trabajar, como en los viejos tiempos del positivismo, con el postulado de que «el legislador es sabio».

5. Y, a su turno, desechada la libertad de voluntad y de acción («poder actuar de otra manera») junto con el concepto de culpabilidad, no queda para la prevención un panorama distinto al de una concepción determinista del ser humano y por tanto del delito y de la pena. Dado que la serie causal es indefinida hacia el pasado –todo efecto proviene de una causa anterior–, la imposibilidad de retrotraer los casos penales hasta el infinito no deja otra alternativa –hasta ahora no confesada por los preventivistas– que ampararse en la «responsabilidad legal» del viejo positivismo criminológico. Por estos senderos la pena preventiva se convierte, como se dijo,

en medida de seguridad –reacción de defensa social contra objetos peligrosos– y la «peligrosidad» retorna a la dogmática penal por la puerta de atrás.

Por otra parte, una concepción determinista de la pena ve en ésta la interposición no de un motivo sino de un factor causal –no racional– para actuar de modo no delictivo. Pero como de hecho muchos delitos se cometen, esa concepción resulta de antemano un fracaso: la pena como causa para no delinquir es un fracaso porque de hecho muchos hombres delinquen a pesar de ella y a pesar de conocerla previamente, en tanto que es propio de las causas actuar sin excepciones ni sorpresas. Ese mismo carácter frustráneo no puede predicarse frente a una responsabilidad fundada en criterios no deterministas porque para éstos la pena es un motivo que las leyes proponen a los asociados para que no delincan, una razón que le ofrecen a su razón para que se aparten de la criminalidad, no una contra-causa de los impulsos delictivos, y como tal motivo puede ser aceptado o no por sus destinatarios en el ámbito de su libertad de querer y de actuación.

En lo que sin duda tienen razón los preventivistas contemporáneos es en que una sociedad democrática no puede limitarse a un ejercicio meramente retributivo de la pena, ni a la sanción de la culpabilidad por la mera exigencia de una idea metafísica de justicia retributiva. La retribución es esencial para determinar la justicia de la pena por merecimiento personal (culpabilidad jurídica por el injusto típico) y controlar tanto su proporcionalidad cuanto su concreta utilidad social de prevención general intimidatoria, pero no puede ya acudir a ella como mero castigo o aflicción, expiación o cosa por el estilo. La justicia retributiva es esencial para apreciar la razón por la cual las leyes y los jueces aplican las penas criminales con fundamento y medida en los criterios de gravedad de injusto y culpabilidad (bien jurídico lesionado y grado de su afectación, de una parte, y grado de libertad interna y externa al momento de actuar, de otro, apreciada esta última en términos «forenses», según Hassemer (85), por los indicadores negativos que la ley demarca para la exclusión de la responsabilidad personal o culpabilidad jurídica por el hecho). Es necesario que la pena posea, entonces, tanto un «valor de justicia» como un «valor de utilidad» social.

Debe resaltarse que, sobre todo a partir de 1980 y por obra hoy muy llamativa de la «escuela de Frankfurt» [E.A.Wolff,

(85) *Ob. cit.*, p. 299.

Hassemer (86), Köhler (87), Kahlo (88), Zaczyk (89)] –una de las pocas propuestas alternativas que se han formulado al derecho penal funcionalista y no hegeliano (o sea independiente de Jakobs y Roxin) sino más bien neo-kantiano a los fundamentos de la pena retributiva por culpabilidad (90)- (91), por reputar que es esta visión la que mejor preserva la dignidad humana del reo al fundar la responsabilidad penal en el demérito personal que puede imputarse con base en la culpabilidad por el hecho y por ende con el presupuesto de la libertad de voluntad como capacidad concreta y real del individuo de actuar de modo distinto en la situación en que optó por la conducta criminal.

La pena retributiva se aplica porque es justa, pero en un mundo secularizado como el que viene de la Ilustración, según Roxin y Schünemann, tiene que ser también socialmente necesaria y útil para la prevención de nuevos delitos –protección de bienes jurídicos hacia el futuro–, y esta necesidad preventiva tiene que ser fundamentada racionalmente por el juez en cada caso dentro del marco del respectivo tipo legal, que se supone respetuoso de los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad.

(86) W. HASSEMER, *Fundamentos...*, p. 397.

(87) KÖHLER, Michael, «La imputación subjetiva; estado de la cuestión», en FRISCH/KÖHKER/SCHÜNEMANN/JAKOBS/ROXIN/SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de la teoría del delito*, edit. Civitas, Madrid, 2000, pp. 69 ss.

(88) KAHLO, Michael, «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico, fundamento legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 53 ss.

(89) Ver también: FRISCH/KÖHLER/SCHÜNEMANN/JAKOBS/ROXIN/SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de la teoría del delito*, edit. Civitas, Madrid, 2000.

(90) ZACZYK, Reiner, «Sobre la justicia de la imposición de penas a los seres humanos», en MONTEALEGRE LYNETT/BAUTISTA PIZARRO/CARO JOHN/POLAINO-ORTS (Comps.), *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 57 ss.

(91) De esta renovación habla también, críticamente –si mal no lo entiendo, siguiendo los pasos de Lüdersen (1995) y desde el LH a éste–, SCHÜNEMANN, *ob. cit.*, pp. 169 ss. Pero ha de destacarse que de estas perspectivas de concepción «neo-absoluta» de la pena, que Jakobs funda en Hegel (dejando de lado Luhmann) y los demás partidarios en Kant (escuela de Frankfurt), se apartan de modo parcial Schünemann y el autor de este escrito, que no aprecian libertad de voluntad en los términos ideales de Kant sino en una reactualización del pensamiento renacentista y aristotélicotomista de la libertad de voluntad como capacidad real psicológico-social de decisión práctica, y de veras no en una vuelta a la idea del puro libre albedrío (poder de voluntad para decidir sin apoyo causal alguno), sino en una concepción realista psicológico-normativa de la libertad de decisión limitada por la realidad, que impone y legitima el principio social de la responsabilidad por los propios actos en el marco del merecimiento personal por el concreto hecho antijurídico realizado.

En ello hay sin duda una simbiosis actual de Kant (o Hegel) con los utilitaristas liberales, si bien Schünemann –en oposición a los nuevos neokantianos de la «escuela de Frankfurt»– ha puesto de relieve que la pena culpabilista-prevencionista de hoy no posee tinte kantiano porque se funda en una libertad de voluntad real psicológico-social que para Kant no contaba y en verdad no podía existir porque el mundo real causal en que se mueve el delincuente carece de comunicación y paralelismo con el mundo ideal en que imperan las ideas de la razón pura (para el conocimiento) y de la razón pura práctica (para la voluntad «metafísica» (92)), y tanto el sujeto que delinque cuanto el delito que comete pertenecen al primero de ellos, esto es, al mundo causal o sensual.

La justicia retributiva es el fundamento de la pena criminal para la inmensa mayoría de los retribucionistas y neo-retribucionistas; sólo para Roxin dicha idea no es fundamentadora sino sólo limitadora de la pena preventiva. Como es sabido, para Roxin prima en el momento de la conminación la prevención de integración o prevención general positiva, en tanto que para Schünemann, según sus escritos más recientes, de lo que se trata es de la prevención general intimidatoria o «amenazadora» fundada en y limitada por la culpabilidad inspirada en la libertad real psicológica del individuo en la situación concreta. Y ciertamente en un Estado social y democrático de derecho la pena no puede dejar de ser justa –y la única idea de justicia aplicable en este contexto es la de justicia retributiva–; pero también tiene que ser socialmente útil porque tal estructura política no tolera intervenciones inútiles (desproporcionadas e innecesarias) en los derechos fundamentales y porque en su seno la pena retributivo-preventiva no puede ya mirarse –o no exclusivamente– como anulación de la malvada voluntad manifestada por el delincuente, sino como medio de control social de la criminalidad mirada como fenómeno también social (casi de salud pública, pero en todo caso de

(92) En efecto, para Kant el imperativo categórico y la retribución talional son contradictorias en el seno del derecho penal contemporáneo porque la libertad kantiana es «metafísica», mejor dicho se mueve en la dimensión ideal de la razón pura práctica o voluntad trascendental pura a que pertenece el *homo noumenon* (el hombre en sí, adscrito al mundo «inteligible»), en tanto que el delito es producido causalmente en el mundo sensual o empírico por el *homo phaenomenon* o individuo real concreto que mora en el mundo físico o sensual. De modo que la libertad kantiana es «de otro mundo», en tanto que delito y pena –pena retributiva que implica aflicción, dolor y aseguramiento social preventivo– incumben al mundo ideal de las «cosas en sí» que nada tienen que ver con el reino del ser en que se mueve el delincuente y en el que sólo rige el principio estricto y total de causalidad. La libertad kantiana es, pues, una aporía –algo metafísico perteneciente al reino de la metafísica confutada por el propio Kant–. Ver, sobre esto, SCHÜNEMANN, Bernd, *Derecho penal contemporáneo...*, cit., pp. 171-184; y, por ejemplo, GARCÍA MORENTE, Manuel, *La filosofía de Kant—Una introducción a la filosofía*, edit. Espasa-Calpe, Madrid, 1982, cap. V.

seguridad ciudadana e instrumento para la construcción de una comunidad pacífica de personas convivientes).

El legislador no conmina pena para ciertas conductas simplemente porque son injustas en el sentido de contrarias a la idea ética de justicia –eso conduciría al paternalismo moral–, sino porque agravan bienes jurídicos y desestabilizan las bases del orden social y precisamente son necesarias como importante medio de control social de conductas indeseables por su nocividad y, sobre todo, para que permanezcan incólumes las esferas de libertad y derechos de todos, al margen de las perturbaciones que puedan derivarse de los abusos de las libertades ajenas [«sólo somos libres de hacer y el Estado sólo puede prohibir lo que no perjudique la libertad o derechos de los otros» (93)]. A su vez, el juez no las sanciona simplemente porque la pena esté prevista en la ley, sino porque es justo hacerlo (94) y porque en el caso se aprecia la convergencia empírica de necesidad y utilidad sociales, por ejemplo, disminuir el impacto atemorizador del delito en la colectividad y en las víctimas, protegerlas a ambas e incluso al propio delincuente, propiciar a éste una oportunidad de reparar el daño y retornar a la vida pacífica de la comunidad, reforzar la confianza de todos en la vigencia protectora del orden jurídico, restablecer la paz social perturbada por el delito, garantizar el general y pacífico disfrute de los bienes jurídicos...

IV. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA LIBERTAD DE VOLUNTAD. DESCONCERTANTE AGNOSTICISMO DE ROXIN. NI EL DETERMINISMO NI EL INDETERMINISMO ESTÁN DEMOSTRADOS O REFUTADOS EMPÍRICAMENTE, PERO EL SEGUNDO POSEE APOYO EXPERIENCIAL Y DE SENTIDO COMÚN Y ES EL SUPUESTO DE TODO CONCEPTO NORMATIVO

Pero podemos preguntar si está justificado: 1) abandonar el concepto dogmático –cuando no el propio principio político criminal– de

(93) J. S. MILL, *Sobre la libertad*, Cap. I. Sobre el tema de las libertades civiles y políticas han escrito casi todos los filósofos y pensadores de la ciencia política. El liberalismo contemporáneo parte desde luego de la famosa obra de Mill que acaba de citarse y los no menos fundamentales escritos de David HUME sobre *la libertad* y de John LOCKE sobre *El gobierno civil*, siempre contrapuesto al *Leviatán* de Thomas Hobbes. En la modernidad, después de los escritos de Kant, merecen especial mención al respecto las monografías de Schopenhauer, Schelling y Max Scheller y más recientemente las de Erick Fromm, John Rawls, Karl Popper y Martha Nussbaum.

(94) «Justo» significa aquí equitativo, igualitario y razonable, en el marco de la ley.

culpabilidad con base en la supuesta indemostrabilidad del «libre albedrío» en cada caso concreto?, 2) darle la espalda al sistema de la dogmática en aras de una dogmática teleológico-valorativa manipulada al vaivén de confusos o difusos criterios «abiertos» de valoración fundados en una política criminal cualquiera y en el método de problemas, o incluso abandonar los rigores de la estricta legalidad penal en aras de la política criminal real o supuestamente contenida en determinadas interpretaciones de la constitución positiva?, 3) prescindir del criterio sustancial de la libertad de voluntad en aras de un determinismo incierto que, en el mejor de los casos, tampoco se puede demostrar y es políticamente inviable? Ejemplo: podríamos entender que el «debido proceso» es el contenido en cualquier ley, con independencia de que se respeten o no, a tono con el contexto del Estado democrático de derecho en que se inscribe el artículo 29 constitucional, contenidos valorativos tales como el juez independiente e imparcial, el enjuiciamiento no sumario, el establecimiento de un efectivo derecho de defensa técnica y material, la consagración del principio de contradicción probatoria, la doble instancia, etc.?

La primera pregunta se responde negativamente con facilidad de la mano del propio profesor Roxin. Siendo como es un crítico de las ideas de retribución y culpabilidad –que no de otra manera podría adscribirse a las líneas funcionalistas del prevencionismo–, él mismo concluye por introducir las en su sistema, si bien con el escamoteo de que no se trata del «fundamento» sino del límite del máximo de la pena, en su categoría de la «responsabilidad», como es mostrado en varios pasajes de este ensayo. Él mismo admite llanamente que no se conoce hasta hoy un concepto mejor que el de culpabilidad –sin necesidad de reproche moral– para demarcar límites materiales al poder punitivo estatal (95).

Para responder, también negativamente, a los otros interrogantes, sentemos previamente que la libertad posee (a) una estructura psicológica en la voluntad como capacidad reflexiva de decisión por encima de los impulsos y en cierta medida como resistencia de las presiones provenientes del mundo externo, y (b) una estructura social como capacidad de optar por varias conductas posibles en cada situación en tanto no concurren circunstancias externas y extremas de constreñimiento (que en el campo del derecho penal conocemos como causas de inculpabilidad). La «libertad negativa» consiste con claridad en la ausencia de coacciones, no de condicionamientos, y la «positiva» en lo que a partir de allí podemos hacer en el mundo para configurar

(95) ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 100 y 812.

nuestras decisiones concretas, construir nuestra personalidad y labrarnos nuestro propio destino (96). Siempre, claro, dentro de límites y condicionamientos porque no existimos aislados sino al tiempo en el mundo físico y social.

Desde el punto de vista antropológico parece claro que la libertad se exhibe como una adquisición evolutiva de la especie que le ha conferido al hombre el predominio evidente sobre los demás animales y al tiempo el señorío relativo sobre sí mismo. Y desde la perspectiva cultural se trata de una capacidad que le permite al hombre, como individuo, como especie y como pueblo o grupo y en términos generales que no se pueden absolutizar, para, como decía Pico della Mirandola a finales del siglo xv, al despuntar el Renacimiento italiano (97), forjarse su propio destino, hacerse dueño del mismo, supliendo las deficiencias del instinto y de la fuerza física de que no lo dotó la naturaleza. Y ya en nuestros días, Popper ha expresado con tino (citando a Waddington, 1941) que el motor de la evolución humana «es la “libertad de ser singular y distinto del vecino”, “de estar en desacuerdo con la mayoría y seguir el propio camino”» (98). Sin entrar aquí en consideraciones sobre sus implicaciones en el derecho penal personalista y de culpabilidad, el notable penalista y filósofo del derecho portugués Figueiredo Dias propone, fundado primariamente en Schopenhauer (99) y Bergson (100), una visión de la libertad como «ser libre» que se ancla en la «personalidad» y que hace al hombre responsable por lo que es por cuanto es libre de hacerse a sí mismo y por extensión también de fabricar sus actos y omisiones; libertad que es sobre todo existencial y caracterológica, pero que no responde a una concepción determinista o indeterminista (101), sin desconocer, claro, la igualdad fundamental de todos sustentada en libertad y dignidad.

(96) Por todos, BERLIN, Isaiah, «Dos conceptos de libertad», en *Sobre la libertad*, Edición de Henry Hardy, Alianza Editorial, primera reimpresión, Madrid, 2008, pp. 208 ss. y 217 ss.

(97) PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni, *Oración por la dignidad humana* (1497).

(98) POPPER, Karl R., *La miseria del historicismo*, edit. Alianza/Taurus, Madrid, 2002, p. 178.

(99) SCHOPENHAUER, Arthur, *La libertad*, edit. Premia, México D.F., 1978.

(100) BERGSON, Henri, *Ensayo sobre los datos inmediatos de la conciencia*, edit. Francisco Beltrán, Madrid, 1927, trad. de Domingo Barnés.

(101) FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Liberdade – Culpa – Direito Penal*, Coímbra Editora, 3ª. ed., 1995. Sobre la obra, su concepto de libertad y sus alcances para el derecho penal, AMBOS, Kai, «La libertad de ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal – Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias», en *ADPCP*. Vol. LXIII, 2010, trad. de María Cecilia Dómine.

Es una hipótesis plausible la de que la inteligencia humana se haya desarrollado como mecanismo de defensa y supervivencia precisamente para compensar otras debilidades de la especie. De esta manera el hombre habría convertido sus debilidades en su mayor fortaleza. La capacidad de «tomar decisiones inteligentes» es justamente la de poder adaptarse al medio con respuestas impredecibles en circunstancias variables, crear conscientemente respuestas que no se someten sin más al encadenamiento de causas y efectos previsibles. Sobre este fondo destaca la actualidad de un pensamiento como el de Spinoza, que ya en el siglo XVII pregono el determinismo incluso en las decisiones conscientes, pero jamás negó la capacidad del hombre para tomar decisiones y adoptar el comportamiento correcto, por más «ilusoria» que sea la libertad con que lo hace (102). Creo que Freud no pensaba diferente (103) y ambos andaban tras certera intuición al predicar que la actividad consciente va siempre precedida de la inconsciente, lo psíquico instalado en la fisiología cerebral (que, sin embargo, para Freud era, de acuerdo con su momento histórico, todavía fuertemente mecanicista, pero sostenía al propio tiempo la antinomia psicoterapéutica de que la curación en última instancia solo podía producirse por decisión propia o autónoma del paciente).

En tiempos más recientes, Schünemann ha sostenido (104) –apartándose de su maestro Roxin– que la libertad de voluntad hace parte de la estructura del lenguaje y de los procesos de construcción social de la realidad, la función motivadora de la conminación penal y la vivencia subjetiva de libertad por parte del individuo, entre otras consideraciones de importancia. Su evidencia es inmediata, copiosa y cotidiana.

También Fried ha mostrado que la «libertad de la mente» está unida a la construcción social de la realidad y consiste –dicho en tér-

(102) DAMASIO, Antonio, *En busca de Spinoza-Neurología de la emoción y los sentimientos*, edit. Crítica, sexta impresión, Barcelona, 2009, p. 169.

(103) *Ibidem*, página.

(104) SCHÜNEMANN, Bernd, «Libertad de voluntad y culpabilidad en derecho penal», en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del Milenio*, edit. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 24 ss. Del mismo, «La culpabilidad: estado actual de la cuestión», en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Universidad Pompeu Fabra, edit. Civitas, Madrid, 2000, pp. 93 ss.; del mismo, «La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización», en Jaime BERNAL CUÉLLAR (Coord.), *Memorias-XVI Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 215 ss.; conclusivo, «la concepción clásica del principio de culpabilidad es aún actual, si se renuncia sólo a la idea de retribución unida a ella... el principio de culpabilidad resistirá a esta moda (que intenta dejarlo de lado) y además dará el fundamento del derecho penal después del fin del milenio» (p. 243, p.n.).

minos muy propios de los liberales norteamericanos— en «la propiedad sobre uno mismo», si bien muestra que su amplitud y efectividad dependen íntimamente de los espacios de libertad que dejen las regulaciones legales en general y desde luego de las condiciones económicas de cada sociedad y de cada persona (105). En todo caso, esa «libertad de la mente» no se confunde con las correspondientes libertades civiles de conciencia, expresión, culto y desarrollo de la personalidad (autonomía para que cada cual escoja lo que es «bueno» para sí mismo y en buena parte también para sus hijos menores, sin que el Estado se lo pueda imponer u objetar, sin atentar contra los derechos y libertades de otros). Libertades civiles como esa reconocen y garantizan la «libertad de la mente» y brindan el espacio social, económico y político para desarrollarlas, pero no se confunden con aquella, ni la crean, aunque sí contribuyen a conformarla. A configurar ese espacio de libertad mental contribuyen también derechos como el de la objeción de conciencia.

Queda sin embargo un problema no resuelto: sea la mente un proceso social adelantado por los individuos en la tarea de construcción, reconstrucción o interpretación creadora de la realidad (que parece ser la tesis ontologicista o realista sostenida al tiempo por los individualistas, personalistas y liberales), o que, al revés, sean los procesos sociales de construcción de la realidad por medio del lenguaje y los patronos de la interacción cotidiana (propia de los comunitaristas, transpersonalistas y funcionalistas en general) los que crean la mente, la diferencia entre mundo interior y exterior, individual y social no aparece nítida y tajante. De modo que el mejor o el único camino metódico que queda para andar estos senderos es el de un cierto eclecticismo que supere ambos planteamientos aislados (subjetivismo y objetivismo puros). Así, no podría predicarse la existencia de relaciones funcionales que no relacionan nada porque no reconocen sustratos ontológicos, sino que todo lo quieren reducir a fenómenos normativo-funcionales y autorreferentes, y tampoco se podría sostener en las ciencias penales (y sociales en general) la existencia de fenómenos ontológicos que puedan explicarse sin teleología de fines y funciones, o que operen sin un cierto nivel de normativización.

Sería entonces inexacta la premisa metodológica contemporánea, tan pronunciada en el funcionalismo radical de Jakobs, que pretende la total renormativización, esto es, des-ontologización y des-psicologización de todos y cada uno de los conceptos jurídico-penales, que pasan a ser así materia disponible para los poderes estatales. «Pues las

(105) FRIED, Charles, *La libertad moderna y los límites del gobierno*, edit. LibertyFund, Madrid, 2009, cap. 4, especialmente pp. 101 ss. y 130 ss.

instituciones no tienen «esencia» alguna independiente de sus fines» (106); de ello, pues, no está lejos tampoco el pensamiento de Roxin con su tan exitosa como hoy poco clara pretensión de permear las categorías dogmáticas por las categorías político criminales –sin ningún esclarecimiento de lo que ello desdibuja o flexibiliza las categorías dogmáticas con que la secular tradición científica quería brindarnos seguridad jurídica e igualdad por medio del establecimiento de un método racional de interpretación de las leyes y de solución final de conflictos penales–.

Por el contrario, los derechos y libertades de las personas en el Estado democrático de derecho son tanto sustratos reales cuanto valoraciones normativas de los mismos por el ordenamiento. Y las consecuencias que de esto se derivan no están aún claras en la ciencia penal actual y se puede aseverar que las disputas al respecto apenas sí han comenzado a abrirse. Ello es, como se verá, de la máxima relevancia para los conceptos de libertad de voluntad/culpabilidad que en este escrito se ventilan.

Estos son, pues, los presupuestos fácticos y axiológicos de la libertad de voluntad como núcleo de la culpabilidad en derecho penal –que vamos a desbrozar un poco más–, ninguno de ellos contraprobado por las ciencias empíricas, aunque tampoco se puedan considerar demostrados completamente de ese modo. Muchas cosas importantes sólo las conocemos de este modo vacilante y aproximativo, por ejemplo, el origen de la vida, y no por esto ponemos en duda que la vida tuvo un origen determinado.

Si la libertad de decisión no se puede demostrar directamente por procesos empíricos –como lo sostienen Gimbernat y Roxin–, tampoco el determinismo psíquico está demostrado de ese modo con una cobertura total. Es racionalmente admisible hasta el momento que, no obstante pasar de modo necesario por las complejas redes neuronales del cerebro, la conciencia tiene posiblemente la última oportunidad, al menos inhibitoria, frente a las pulsiones inconscientes a la acción y la orden motora final. Ninguna demostración científico-natural impide hoy seguir sosteniendo que, funcionando en los marcos inevitables de la fisiología cerebral, la conciencia aporta normalmente el control final de la conducta molar que llamamos «libre». Aunque no hay conciencia sin cerebro, no todo cerebro genera conciencia tal como la sabemos instalada en la especie humana. Y así como el psiquismo es un principio biológico que se desarrolla poco a poco y paso a paso en la escala zoológica, no es descartable en términos absolutos que junto con él despunte una cierta capaci-

(106) ROXIN, *Derecho Penal...*, pp. 98-99, *in passim*.

dad de escogencia y decisión que va en aumento a medida que se asciende en esa escala y en la evolución (107). Es completamente claro, en el estado actual de las ciencias, que todo movimiento responde a una causa antecedente que lo impulsa. De modo que si lo que llamamos conciencia o pensamiento es producto de movimiento neuronales o eléctricos de las capas superiores del cerebro –apoyadas por las inferiores–, estos movimientos generadores de conciencia tienen que responder a una causa o impulso motor. Pero precisamente, en una visión filogenética, la evolución puede haber creado la conciencia precisamente con cierta capacidad de «autonomía» para tales impulsos, pues de otra manera no se ve para qué podría servir o qué ventaja podría representar en el mundo de la lucha por la vida y la reproducción. En efecto, de qué serviría que la conciencia pueda ver o prever la necesidad o conveniencia de ciertas reacciones si tiene que esperar un movimiento causal aleatorio que las produzca desde afuera? Solo seríamos conscientes entonces de nuestra propia impotencia e inutilidad, algo que no corresponde al campo de nuestra milenaria experiencia cotidiana.

Esta mi concepción de la libertad humana –que es personal, obviamente y no contiene nada de novedoso–, con poseer una sobresaliente estructura normativa en cuanto a su contenido y ámbito de ejercicio, no puede dejar de lado sus sustratos antropológicos y psicológicos, viene de lejos. Ya en 1968 (tesis de grado), con reiteración en 1979 (108), aunque más desde el punto de vista de la antropología

(107) Sin embargo, en lo relativo al origen y la naturaleza del conocimiento sigue abierta la polémica entre innatistas y evolucionistas, en el mismo sentido en que polemizan todavía y sin fin racionalistas y empiristas, idealistas y materialistas. En los Estados Unidos de América aún persiste la división entre las escuelas que enseñan como verdad el creacionismo y las que prefieren como tal el evolucionismo. Ello se debe sobre todo a que el estado actual de la ciencia sobre esos temas es apenas sí embrionario, e incluso hay muchos que piensan que una solución definitiva a los problemas que plantean «no va a ocurrir en el futuro previsible ni con las herramientas de que disponemos actualmente» (FODOR, Jerry, *La mente no funciona así-Alcance y límites de la psicología computacional*, edit. Siglo XXI, 2003, trad. de José Luis Gil Aristu, p. 7). *Es por tanto bastante osada la tesis determinista fuerte que niega por «improbable» la libertad de voluntad, sin poder demostrar la suya propia*, en tanto lo es mucho menos la indeterminista porque la libertad cuenta con respaldo empírico, si no de la ciencia (que tampoco la desmiente), al menos sí de la experiencia general de la vida y el sentido común, las percepciones subjetivas de la mayoría de los seres humanos, las estructuras del lenguaje usadas en la comunicación cotidiana, la existencia de normas en la vida social, la necesidad de libertades civiles y políticas (que han de poseer un sustrato real), etc. Cuando se sostiene algo contrario al sentido común hay que ser de todas maneras muy exigente con la prueba.

(108) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Antropología de la libertad*, Universidades Simón Bolívar y de Medellín, t. II, ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1979, pp. 157.

filosófica que de la teoría del derecho penal o de la neurociencia, dejé sentado que la libertad es de la esencia del hombre y, por serlo, puede este ente en su ser ganarse y también perderse, o no ganarse nunca, o tan sólo parecer que se gana. En este planteo inicial soy sin duda tributario de la interpretación filosófica que en 1929 hizo Heidegger en torno al ser del hombre como libertario «ser-ahí» (109), habiendo dejado ya de lado desde luego la idea central del «determinismo histórico» de Marx, aunque no sus ideas juveniles sobre el «hombre total» y la alienación, por ejemplo. La libertad psicológica –siquiera parcial o relativa– del individuo es palmariamente incompatible con el determinismo histórico y con cualquier forma de «historicismo» (en el sentido de Popper: cualquier teoría que considera causalmente determinado y por ende predecible el futuro histórico de las sociedades). El hombre es el ser por el cual las libertades de decisión y de acción llegan al mundo, aunque obviamente no de la nada sino del devenir filogenético. Esto hace que en gran medida la conducta futura ante situaciones hipotéticas sea indeterminada e impredecible, mientras podemos al tiempo prever en modo muy aproximado el comportamiento de casi cualquier otro ente en el mundo exterior.

Esto lo expresa hoy Damasio con claridad al señalar que «es evidente que a medida que las sociedades humanas se hicieron más complejas..., su supervivencia y bienestar dependieron de un tipo adicional de gestión no automática en un espacio social y cultural... (es) lo que generalmente asociamos con razonamiento y libertad de decisión» (110).

Esta doctrina se ha tornado dramática para el mundo de las ciencias penales de hoy porque en su «Manual» (1994, tomo I publicado en español en 1997), el profesor Roxin, último gran paladín alemán de las ideas liberales y democráticas en el derecho penal y cuyas obras son sabidamente de resonancia mundial, ha manifestado que se declara «agnóstico» acerca de la cuestión fáctica de la libertad de voluntad como libre albedrío (111), que ésta en realidad es indemostrable empíricamente en cada situación concreta (112) y que su construcción de la categoría dogmática de «responsabilidad» –fundada en la necesidad de prevención general y limitada por la culpabilidad y la idea de justicia implícita en la secular doctrina de la retribución– es utilizable igualmente por deterministas, indeterministas y agnósticos porque es independiente del libre arbitrio (113). No es verdad que las

(109) MARTIN HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, edit. FCE, México, 1951, trad. de José Gaos, p. 54.

(110) A. DAMASIO, *En busca...*, p. 162.

(111) ROXIN, Claus, *Derecho Penal-Parte General I*, edit.. Civitas, Madrid, 1997, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, p. 808, Sección 5.ª, paráf. 19, núm. 35.

(112) *Ibidem*, p. 799, núm. 19.

(113) *Ibidem*, p. 808, núm. 37.

tesis agnósticas le sirvan a todos, pues los deterministas e indeterministas precisamente no son agnósticos porque esta posición no consiste en sostener lo que a uno le apetezca, sino en que no hay razones plausibles para mantener ninguna de las posiciones opuestas sobre un tema hipotético cualquiera. Si realmente la libertad humana no es empíricamente demostrable, ni hoy ni nunca, entonces lo que esto significa que es no puede ser abordada con el método científico porque éste consiste en aportar pruebas empíricas de la existencia de un fenómeno o de una relación. En este sentido habría tenido razón Kant al sostener que la libertad humana es un problema «metafísico».

Este último concepto, el de libertad como componente de la responsabilidad penal, sin embargo y sin admitirlo expresamente, lo sustituye Roxin por conceptos como «*asequibilidad normativa*» (114) y «*capacidad de autocontrol*» de la conducta (115), que sí considera demostrables empíricamente por dictámenes psiquiátricos (116), pero que de modo manifiesto son conceptos normativos con el mismo sustrato psicológico que tradicionalmente se asigna a las categorías dogmáticas de imputabilidad y culpabilidad. Para Roxin, en efecto, la libertad que resulta de las anteriores premisas empíricas es una «*aserción normativa*», una «*suposición de libertad*» que exige que el derecho penal trate al sujeto imputable «*como libre*» (esto es, *como si* fuese libre) (117). Se trata, pues, no sólo de una mera hipótesis –hipótesis que no es para él de naturaleza empírica, sino de simpatía política y preferencia ideológica– y de un ente completamente normativo que no es propio del hombre en cuanto tal sino del Derecho en cuanto orden democrático (118), un constructo jurídico que nos depara la

(114) Entiende Roxin que esta denominación, que él toma de Noll (1966), coincide conceptualmente con la de «*motivabilidad normal*» que, viniendo de V. Liszt, es sostenida en España por GIMBERNAT, MIR PUIG y MUÑOZ CONDE (*ob. cit.*, p. 807, núm. 34, nota 69).

(115) *Ibidem*.

(116) *Ibidem*, p. 810, núm. 39, y 824, núm. 2, entre otras.

(117) *Ibidem*, p. 808, núm. 35, y paráf. 3, núm. 39, p. 101. Es posible leer en este punto la tesis de Roxin sobre la libertad como una específica aplicación de la «*filosofía del como si*» (Hans Vaihinger, 1911, que mucho toma del concepto nietzscheano del valor de verdad como valor de utilidad para la vida y se convierte por tanto en pragmatismo), según la cual toda filosofía y toda ciencia –en este caso todo conocimiento sobre la libertad humana– es una ficción inteligente, un «*como si*» que debemos suponer verdadero porque es útil para la vida, pero no tenemos modo de confrontarla con la nuda realidad. El problema es que una tesis así no es científica porque no es «*falsable*» (en el sentido de Popper), de modo que anuda o impide el progreso científico.

(118) Ello no obstante, autorizada doctrinante española se expide en el sentido de que los conceptos roxinianos de imputabilidad y culpabilidad son «*mixtos*», esto es, conceptos normativos con sustrato ontológico, algo que nosotros no vemos claro

idea del Estado social y democrático de derecho, pero que no está arraigado en la imagen del hombre mismo ni en el concepto supraconstitucional de persona (119). Con todo, la autorizada opinión de Pérez Manzano que acaba de invocarse, interpreta de modo distinto el pensamiento de Roxin como «mixto» –es decir, ontológico y normativo– en la estructura de los conceptos de imputabilidad y culpabilidad (y por tanto también, supongo, en lo relativo a la libertad humana). Si esta interpretación fuese correcta, entonces la parte «ontológica» de la estructura de la libertad sería demostrable empíricamente en cuanto perteneciente al mundo del ser y por tanto de alguna manera alcanzable por el conocimiento científico; con ello, el agnosticismo autoproclamado por Roxin en esta materia quedaría también autodestruido.

A pesar de todas sus manifestaciones contra las doctrinas tradicionales de la culpabilidad –críticas en las que muchas veces lo asiste la razón, por ejemplo, al rechazar el reproche moral (120)– y de la retribución, Roxin remata el tema con esta conclusión:

«No obstante, a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar

(Mercedes Pérez Manzano, *ob. cit.*, más adelante, pp. 571-572, nota 14). Ver también nota siguiente.

(119) Nótese que la tesis de ROXIN no es, como la doctrina que él mismo cita como dominante (*ob. cit.*, pp. 808-809, núms. 37 y 38), que ante la indemostrabilidad del libre albedrío y dado que el determinismo neurobiológico de la decisión volitiva tampoco está probado empíricamente, hay que partir en el derecho penal de la hipótesis realista del libre albedrío (en el sentido preciso del «poder obrar de otra manera» que se excluye por la inimputabilidad y las causales de inculpabilidad), posición que él no considera «posible ni necesaria» (*ibidem*, p. 809 *in fine*. Núm. 38). En contra de la doctrina de ROXIN sobresalen en la dogmática penal las opiniones de Schünemann, Dreher, Lackner y Arthur Kaufmann, según el mismo lo señala (*ibidem*, pp. 808-809, núm. 37). Sin embargo, de modo literal es cierto que el propio Roxin apunta que su concepto de «culpabilidad» –que mantiene dentro de la categoría de «responsabilidad» y pese a haber rechazado previamente todo concepto anterior de culpabilidad y retribución– es un «dato mixto empírico-normativo»: sus bases son las demostrables «capacidad de autocontrol y la asequibilidad normativa», a partir de cuya demostración «forense» se imputa o «atribuye normativamente –en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición indeterminista– la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho» (*ibidem*, p. 810, núm. 39). Esto lo reitera con respecto a la imputabilidad (*ibidem*, paráf. 20, núm. 2, pp. 823-824). Pero obsérvese que ello no sólo delata cierta inconsistencia con las opiniones citadas con anterioridad, sino que deja en claro que lo que se presume e imputa normativamente es precisamente la libertad de voluntad para la acción. Y ello es lo que aquí se cuestiona porque el Derecho como orden normativo no puede crear nada en el ser del hombre y la libertad de voluntad justamente posee una estructura psicológica real que es independiente de las normas jurídicas.

(120) ROXIN, *ob. cit.*, paráf. 19, núm. 39, p. 810.

parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena» (121).

Principio que además declara insustituible a la hora actual como límite del poder punitivo estatal (122). En otro pasaje de su monumental «Manual» llega incluso a sostener que en el estado de necesidad disculpante «el autor no sólo actúa antijurídicamente, sino que *también puede (sic) actuar de otro modo y se comporta por ello culpablemente*» (123) (lo que comporta la admisión de la libertad que en otros párrafos rechaza como fundamental componente de la culpabilidad). También al definir el concepto de bien jurídico implica Roxin que se trata de fines útiles para el «libre» desarrollo del individuo o para el funcionamiento del sistema social (124). Qué significa «libre» en este texto roxiniano?

Como espectadores del mundo contemporáneo, no podremos borrar de nosotros la imagen histórica del Comandante Neil Armstrong (125) en los últimos minutos del alunizaje del Apolo XI el 20 de julio de 1969, cuando tuvo que decidir conscientemente, control en mano y sin más tiempo por agotamiento del combustible, con la ayuda de su piloto Edwinaldrin, bajo sus órdenes, si escogía de inmediato un lugar para posar el módulo lunar o abortaba la misión para no perecer. Tomó sin duda la decisión correcta, cambiando el rumbo de la historia, pero la tomó él a propio riesgo y es difícil pensar que estaba determinado causalmente para obrar de esa manera y seleccionar ese punto preciso –dentro de lo que tenía a su alcance y más allá de lo programado por los computadores– desde el comienzo de los tiempos. Unas horas después desciende paso a paso y a su propio ritmo las escalerillas del módulo, se devuelve un poco al final y decide luego por sí, ante sí y para el mundo cómo e incluso con qué pie tocar por vez primera la superficie de la Luna por parte del hombre. ¿Quién o qué lo empujó en ese «pequeño paso» que, sin embargo, tampoco estaba dando por casualidad? Existencialmente es difícil hallar una demostración más bella y dramática de lo que llamamos libertad como capacidad de decidir entre varias opciones posibles, aunque desde luego muchas individualidades humanas se han visto en todos los tiempos y se ven diariamente ante predicamentos semejantes, y en

(121) *Ibidem*, paráf. 3, núm. 46, p. 99, p.n.

(122) *Ob. cit.*, pp. 100 y 812.

(123) *Ibidem*, par. 7, núm. 64, p. 222.

(124) ROXIN, *Derecho penal...*, p. 58.

(125) Falleció el 25 de agosto de 2012, mientras se llevaba a cabo la revisión final de este ensayo.

escalas menos trascendentales todos los seres humanos lo vivimos a diario, prácticamente a cada instante de la vida consciente.

No debemos asustarnos con la hipótesis de que el «poder actuar de otra manera» no se puede probar empíricamente, porque de ser cierta podemos objetar que tampoco se puede demostrar de ese modo el «no poder actuar de otra manera» y ante esta recíproca anulación o inutilización de cada una de las tesis por su opuesta habríamos de optar forzosamente por otras pruebas, tales como las vivencias subjetivas, la experiencia cotidiana y los contenidos del lenguaje y de las normas sobre la libertad, el sentido del aprendizaje –que apunta siempre a la adquisición o reforzamiento de controles por entrenamiento en conductas y en patronos valorativos–, la autoevidencia de nuestra racionalidad y en última instancia hasta el indeterminismo cuántico –de cuyo carácter elemental y primario se derivan para la física todos los procesos deterministas y la existencia de normas en el mundo social (126)–. Todos estos argumentos obran a favor de la hipótesis de una libertad humana que consiste en que el hombre individual posee en realidad, en la mayoría de los casos, el control de sus actos y de su destino. La libertad de que hablamos no consiste solamente en que *de hecho no somos siempre controlados por el pasado ni por el ambiente*, aunque recibimos de ellos claras influencias, sino que somos agentes con cierta capacidad de innovación en nuestras reacciones. En el dilema de causalidad y deliberación, sólo tenemos que discernir las deliberaciones que conducen a alguna parte o que abren caminos y horizontes y las que son irrelevantes porque no cambian nada [Dennet (127)].

(126) No pretendo con esto sugerir que la «indeterminación» que la teoría cuántica aporta a la física tenga algo que ver con la noción de libertad humana para actuar, sino mostrar que un cierto grado de indeterminación es posible en el mundo, tanto físico como humano, y es compatible con el determinismo (que con razón suele diferenciarse del fatalismo). El sociólogo y filósofo noruego Jon Elster (1989) intentó cimentar, contra el funcionalismo, esta relativa indeterminación de los fenómenos sociales con su tesis de una causalidad social (si A, algunas veces B) distinta de la física (si A, siempre B), con base en los microfundamentos de la conciencia individual (las creencias, sentimientos, intenciones y opiniones, siempre variables, influyen en el desarrollo de la historia) (cfr. Jon ELSTER, *El cemento de la sociedad: las paradojas del orden social*, edit. Gedisa, Barcelona, 1997); del mismo, *La explicación del comportamiento social-Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales*, edit. Gedisa, Barcelona, 2010: a pesar de su posición determinista («toda explicación es causal», dice), sostiene que las ciencias sociales disponen poco o nada de explicaciones basadas en leyes generales, que son las propias de las ciencias naturales (pp. 23-24).

(127) Citas del autor más adelante, en el acápite VI.

A hechos así se suma, por lo demás, que es para los deterministas en general y hasta hoy hartamente difícil explicar causalmente la creación humana de la cultura. Hay esbozos de pruebas y experimentos conductistas, claro está (128), y también diseños y ensayos de «ingeniería social», pero no cubren por ahora –ni remotamente– todo el campo de la experiencia consciente. Sin que por ello se niegue que con sus técnicas se puedan manipular comportamientos e incluso pensamientos de muchas personas. No hay en el mundo un poder que no intente manipular a las personas y es cierto que en muchas ocasiones lo consigue tanto en lo social como en lo político. Pero hasta hoy la historia sigue siendo, que se sepa, un terreno de predominio de la libertad humana, que obviamente no es ni ha sido nunca absoluta y probablemente no va a serlo jamás; del mismo modo, el motor de la vida es la evolución y el de la naturaleza el cambio. Sólo porque el efecto sobrepasa o modifica la causa en calidad o cantidad hay movimiento y cambio en el mundo real. No todo está determinado de antemano ni todo es pura improvisación en la vida social; y en la evolución los cambios se improvisan como ensayos cuya utilidad posterior confirma la conveniencia adaptativa de mantenerlos.

El determinismo estricto o duro ofrece, por lo demás, una falla lógica difícil de salvar. Según él todo lo existente es un efecto de causas anteriores. Pero la causa no puede dar más de lo que ella es en sí misma, ni generar algo distinto. De este modo, tiene que haber igualdad entre causa y efecto, pues lo que este último tenga de más o de distinto no sería producido por la causa. Por consiguiente, no habría cambios en la realidad, sino a lo sumo movimientos en círculos viciosos o en series indefinidas, o meros cambios de forma. Quedarían entonces sin explicar las mutaciones reales de los objetos de la naturaleza, la evolución en la biología y el progreso en las sociedades, ya que lo que en el «efecto b» exceda de la «causa a» no es causado por ésta.

V. CULPABILIDAD Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. A PESAR DE TODO, ROXIN ADMITE LA CULPABILIDAD Y BAJO OTRAS ETIQUETAS TAMBIÉN LA LIBERTAD DE VOLUNTAD

De todas maneras, la culpabilidad es y sigue siendo, incluso para las variantes extremas del normativismo penal contemporáneo, un supuesto necesario de la responsabilidad penal, esto es, de la aplica-

(128) SKINNER es un ejemplo muy representativo al respecto. Cfr. B.F. SKINNER, *Más allá de la libertad y la dignidad*, edit. Martínez Roca, Barcelona, 1986.

ción y ejecución de una pena criminal justa como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo. Y como la pena es siempre pena estatal, culpabilidad y pena presuponen la existencia del Estado y su derecho positivo (*nulla culpa nulla poena sine Ius*). A pesar de que ya no se la puede mantener como juicio de reproche moralizante contra los motivos de la formación de voluntad, o contra el carácter o la conducción de vida del autor o de su actitud interna frente al Derecho, sí puede y debe hacérselo como participación de la libre decisión del sujeto mayor y sano en la comisión de la conducta punible, pues sólo ella puede fundar racionalmente para un Estado social y democrático de derecho la asignación de responsabilidad penal a una persona. El delincuente es siempre persona y no hay delito alguno que lo despersonalice total o parcialmente; y esto es si se quiere más valedero para las simples imputaciones procesales.

Para el momento actual de la cultura jurídica y política de Occidente, el Estado que impone penas legítimas sólo puede ser un Estado democrático de derecho, constitucionalmente establecido; pero esto no decide que todo lo que actúa dicho Estado es legítimo por el hecho de atenerse a sus formas. De suerte que para la cuestión de la legitimidad de un juicio de culpabilidad que a su vez legitime la imposición de una pena criminal, lo decisivo es que tal culpabilidad se construya de tal manera que resulte compatible con los principios y valores del Estado democrático de derecho (Mir Puig) (129), de los cuales el primero es la persona y de él se derivan obligatoriamente los de dignidad, culpabilidad, legalidad y humanitarismo en el establecimiento y funcionamiento de un sistema legal o judicial de sanciones penales.

Según la doctrina del Tribunal Supremo alemán, acogida por amplios sectores de la ciencia penal, el principio constitucional de dignidad obliga a la construcción de un derecho penal de culpabilidad y por tanto al reconocimiento de que no hay pena sin culpabilidad ni por encima del límite de la culpabilidad (lo que supone, sin embargo, que ésta es medible, pese a que en la práctica no se sabe bien cómo medirla, salvo por los baremos negativos establecidos en la ley como eximentes de la culpabilidad, como son la coacción y el miedo insuperables y el error esencial e invencible de tipo prohibitivo o permisivo).

Lo curioso y dramático en la evolución de la teoría del delito contemporánea es que un paladín de sus cambios y a la vez de las predi-

(129) S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2.ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1982; del mismo, «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena», en *El poder penal del Estado – LH a HildeKaufmann*, Editorial Depalma, Bs. Aires, 1985.

cas de protección de las libertades de la persona, como lo es Roxin, se afilia, como se ha dejado expuesto, a la tesis de que la libertad de voluntad como libre albedrío es indemostrable y expresamente se declara agnóstico del libre albedrío. Un ejemplo ilustra este contrasentido: una persona no puede ser agnóstica de Dios y salir los domingos como cura o pastor a predicar el Evangelio.

Al mismo tiempo que eso y luego de refutar toda posibilidad de retribución legítima y de rechazar por diversos motivos de fondo los diversos conceptos materiales de culpabilidad que la dogmática penal ha construido, declara Roxin tajantemente, de manera contradictoria:

«La punibilidad del autor que se ha conducido de forma contraria a derecho no procederá cuando no sea culpable. Según entiendo la culpabilidad esto se traduce en lo siguiente: no será culpable quien no pueda comprender o no pueda ser influenciado por la norma prohibitiva, es decir, quien no es «motivado por la norma». Este sería el caso de una persona demente o de quien se encuentra en completo estado de ebriedad, de tal forma que no comprenden el sentido de la norma o que ya no pueden dirigir su forma de actuar. Para determinar si efectivamente se trata de un caso así, puede realizarse, en principio, una investigación con la ayuda de un psiquiatra, de tal manera que mi concepto de culpabilidad no depende de la eterna disputa acerca del libre albedrío del ser humano» (130).

Salta a la vista que lo que aquí denomina Roxin «motivabilidad por la norma» (131) y en otros pasajes llama «asequibilidad normativa y capacidad de autocontrol», son exactamente lo mismo que la doctrina tradicional conoce como imputabilidad en su relación concreta con el hecho antijurídico, en otras palabras, la libertad de decisión y actuación del autor evidenciada en su capacidad de comprensión de los valores normativos, su capacidad de autogobierno de sus actos conforme a estos valores y su concreta posibilidad psicológico-existencial de optar por esa conducta en vez de otra u otras. Ello sin duda es igual a la libertad misma como «poder actuar de otra manera», que, como se ve, sí se puede demostrar empíricamente con dictamen de psiquiatría forense y psicología judicial, exactamente como ha sucedido siempre con los componentes psico-biológicos de la imputabilidad y como se puede sin duda proceder con la normalidad de las circunstancias externas del actuar (ausencia de causas de exclusión de

(130) ROXIN, «Evolución...», p. 19.

(131) Que es la misma «motivabilidad normal» que en este contexto utilizan expositores españoles como Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde y Mir Puig, que en definitiva es una entidad psiconormativa que se remite a la capacidad de motivarse por los valores de la norma (algo que, creo, sólo puede hacer quien puede elegir entre dejarse motivar o no por ellos).

la culpabilidad). Porque, en síntesis, en este punto la doctrina de Roxin es un simple trueque de etiquetas o nomenclaturas. Pero ni él es determinista, ni es claro el sentido de su confesado agnosticismo sobre la libertad de la persona cuando una y otra vez se declara paladín de la democracia y de las libertades civiles y además acude a la culpabilidad y a la retribución para confundar la responsabilidad en cuanto categoría a la vez culpabilista y preventivista: ninguna pena sin culpabilidad ni por encima de ésta y a la vez ninguna pena sin necesidad preventivo general. No lo sigue en ello su destacado discípulo español Luzón Peña, quien aclara que el determinismo de la conducta humana racional desconoce el aporte de la filosofía neokantiana acerca de las diferencias entre las ciencias naturales y las del espíritu, y declara que la libertad de voluntad o capacidad de libre decisión y acción es un asunto real del individuo concreto y hace parte esencial de la vida social y normativa que inspira la culpabilidad como reprochabilidad penal individual (132). Por otra parte, el «poder actuar de otra manera» no es el único componente del delito circunscrito procesal y empíricamente a pruebas indirectas o meramente indiciarias. Todos los componentes subjetivos, y entre ellos en primer lugar nada menos que el dolo, están sometidos por necesidad a la misma limitación.

VI. LIBERTAD Y NEUROCIENCIA. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En obra más reciente he asumido que la libertad de voluntad no ha sido confutada en la neurobiología por los ya muy conocidos «experimentos de Libet» (1983-2004), justo los que han reavivado la polémica entre los penalistas en especial a partir de la interpretación contraria de Roth (2003). Al tenor de esos experimentos –de suyo simples–, la corteza cerebral toma conciencia de la necesidad de la decisión para la acción concreta –que tarda unos 500 milisegundos– unos 200 a 400 ms después de que los factores basales o inferiores han prefigurado ya de manera inconsciente la decisión. Pero Libet no niega que, pese a esta preformación límbica de la decisión, la conciencia carezca de influjo en la conducta molar: «la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes» (133).

(132) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-Parte General*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2012, pp. 500-506.

(133) Cit. por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», en *inDret3/2012*, p. 34.

En otras palabras, según tales experimentos, la conciencia entra en liza después de que el inconsciente ha tomado ya la decisión para actuar, pero sin que la orden final se haya impartido todavía. Pero cuando esos datos llegan a la conciencia faltan todavía entre 100 y 200 milisegundos para que el cerebro imparta la orden motora. La interpretación que he brindado –de la mano sobre todo del neurocientífico Damasio, que resume en su momento el estado de la cuestión por fuera del derecho penal– es que ese último lapso de tiempo es suficiente para que la conciencia, radicada según parece en la corteza cerebral, suministre su apoyo final o definitivo al «siga» o «pare» de la decisión prefigurada por los centros subcorticales. Es posible que esta terminología no sea ya suficientemente actualizada, pero lo que hoy parece más probable es que la racionalidad es un producto del cerebro humano que depende de la interacción recíproca y unitaria de las áreas subcorticales y corticales y no de una de estas solamente; en otras palabras, *no somos racionalmente solo emociones ni solo genoma, pero tampoco pura reflexión de la corteza cerebral*.

Lo que sostiene entonces (2011) se contiene en los cuatro o cinco párrafos siguientes (134), a los cuales le he añadido alguna consideración nueva sobre el «compatibilismo».

Que todo el proceso de la toma de decisiones personales y su motivación se asiente en o pase por procesos neurobiológicos que cuentan con la relación cerebro-cuerpo-mente, que apareaja asimismo la de lo consciente y lo inconsciente (el yo, el ello y el superyó de Freud), es algo evidente porque el hombre es un habitante del mundo físico-causal y no puede operar por fuera de él. Pero ese asiento psicobiológico o neuronal no niega la capacidad de tomar decisiones personales y de ponerlas en práctica, sino que las explica y no es de ninguna manera incompatible con la libertad como capacidad de agitar o inhibir el impulso a la acción.

Que lo que llamamos «libertad de la voluntad» se ejerza por actos corporales y no pueda desplegarse en la nada es algo que no parece haber sido seriamente sostenido por nadie, al menos en los tiempos modernos (135). Pero existe en realidad un problema: recientes estudios neurobiológicos sostienen que el acto voluntario se inicia en el cerebro unos 300 o 400 milisegundos antes de que el sujeto (el cerebro mismo) pueda tomar conciencia de la decisión en curso (*experi-*

(134) Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal –Parte General– Principios y categorías dogmáticas*, edit. Ibáñez, Bogotá, 2011, pp. 312 ss.

(135) Al respecto, muy claro y perspicaz en la doctrina de la fundamentación determinista de la conducta racional, con apoyo en recientes investigaciones psicológicas y neurobiológicas, P. M. de la Cuesta Aguado, *El conocimiento...*, cit., cap. III.

mentos de Libet), porque la decisión se inicia por impulsos automáticos que dependen del aprendizaje, el sentimiento y la intuición y una previsión o representación mental anticipada del curso de la acción. Esto limita la racionalidad de la decisión, pero no la elimina, porque si todo el proceso hasta la realización del acto toma al menos medio segundo, el sujeto tiene tiempo para tomar consciencia de la decisión en curso e interponerle las valoraciones que puede aportar su conocimiento actual y por tanto su previsión de los efectos fácticos y normativos de la actuación para su futuro personal y social (136).

Desde 1998 se define que hay libertad de voluntad, filosóficamente hablando, si y sólo si una *persona* posee la capacidad de tener o formar la voluntad que ella quiere tener, según la tesis «compatibilista» (137) de Harry Frankfurt (138). Es posible ser determinista –no ponerse de espaldas a los resultados de la ciencia empírica– y admitir la libertad (de voluntad y de acción) porque la causalidad no se entiende ya como antes, como lo hacía Kant, por ejemplo, cuyo concepto de libertad moral es metafísico (pese a su renuncia a la metafísica) y el de causalidad aparece como una fuerza mecánica y fatal o inexorable. Hoy sabemos que en el reino de la causalidad hay inmensos campos de azar –la causalidad es un entramado tan complejo de factores que sus redes pueden no conducir a ninguna parte porque en el mundo físico-causal no hay metas ni premeditaciones y por tanto la naturaleza y la evolución no van hacia ninguna parte determinada de antemano (139).

En sentido contrario, el ejemplo más ilustre de compatibilidad entre determinismo rígido e imputación normativa de la moral o del derecho es posiblemente el de Kelsen. Él piensa que la libertad de voluntad no es posible en el mundo determinista o natural de que el hombre hace parte y la ficción de libertad es innecesaria porque la conminación de una sanción supone la capacidad de la norma para convertirse en «motivo determinante» (en sentido causal) de la con-

(136) *Ibidem*, pp. 92-93.

(137) Según esta interpretación del estado actual de la existencia o no de libertad de decisión o libertad volitiva, la libertad de voluntad es compatible con el determinismo de la fisiología del cerebro. Más aún, entendemos nosotros, como ha quedado expuesto, que la conciencia tiene base y funcionamiento nervioso en la complejísima red neuronal del cerebro –que no se conoce del todo todavía y que probablemente en ese tema concreto puede no llegar a conocerse nunca, como piensan algunos científicos.

(138) MAÑALICH, Juan Pablo, «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad*, edit. B de F., Montevideo/Bs. Aires, 2011, pp. 190-193 ss.

(139) Cfr. DENNET, Daniel C., *La libertad de acción*, edit. Gedisa, Barcelona, 2000, trad. de Gabriela Ventureira, pp. 78 ss.

ducta permitida. La libertad de que se habla en el Derecho, según el mismo pensador, es la «libertad jurídica», consistente en la potestad del hombre de hacer lo que las normas no prohíben (libertad negativa y meramente formal) (140). También interpreta a Kant en el sentido de que la libertad de voluntad de que habla el filósofo es metafísica y que trasladada por él mismo al mundo físico o sensible del «hombre fenómeno» es una simple *ficción*, porque como realidad se opone a la ley de causalidad que rige sin excepción en todo el reino natural (141). Sin embargo, Kelsen no resuelve aquí el problema que tenía que resolver –y con ello incurre en petición de principio– a saber, que depende del hombre mismo permitir o no que las prescripciones de la norma jurídica se conviertan en «motivos determinantes» de su conducta concreta, o sea que esta motivación no obra sin la voluntad sino en virtud suya y de hecho puede ocurrir o no, según la decisión del agente.

También en lo psíquico se puede seguir hablando con propiedad de una cierta –aunque parezca mínima– capacidad de interposición de impulsos conscientes que provienen de la autonomía interna de la persona y se incrustan en el total proceso cerebral inconsciente y consciente (subcortical y cortical), al final del mismo, con poder para ordenar que culminen o se aborten las pulsiones de acción que llegan a la conciencia preformadas por los niveles inferiores inconscientes (142). Es claro que se puede sostener, desde el punto de vista del *determinismo rígido*, que también ese «impulso final» estaría determinado causalmente. Y así puede aceptarse como hipótesis, sin afectar el *indeterminismo débil*, porque la serie causal puede venir de muy atrás pero nunca es unidireccional sino que avanza como en zigzag, tomando a cada paso uno de múltiples caminos posibles, más o menos al azar. Para que haya libertad en el sentido indicado basta con que el hombre posea la capacidad de dirigir la causalidad –que viene de atrás– por una de esas vías conclusivas, a su amaño, desechando las otras, y que llegue así al resultado previsto y deseado por el agente. Parece poco, pero es suficiente porque también así la causalidad aparece finalmente en manos del hombre y este continúa siendo el amo de sus acciones y dueño de su destino particular.

La mejor síntesis sobre el concepto de compatibilismo la he encontrado precisamente en Dennet: «*Podemos tener libre albedrío y tam-*

(140) HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, edit. Universidad Autónoma de México, México D.F., 1982, pp. 55-57 y 105-112.

(141) *Ibidem*, p. 109, nota 73.

(142) «Aún en un mundo completamente determinista existen suficientes razones para distinguir las deliberaciones que contribuyen substancialmente a la causación de un acontecimiento de las que no conducen a resultados relevantes» (DENNET, ob. cit., p. 122).

bién ciencia» (143). Él mismo lo explica: «Dispositivos deterministas más complejos (que un robot en Marte) no solamente se controlan a sí mismos, sino que evitan cualquier intento de ser controlados. Si somos dispositivos deterministas, nos controlamos y controlamos nuestros destinos; por lo tanto, no hay nada que temer al respecto» (144).

En otras palabras, el determinismo personal sólo podría funcionar como autocontrol en el marco de ciertos impulsos causales. No estamos, reitera Dennet, controlados por nuestro pasado –por tanto, ni por los genes ni por la evolución– porque precisamente la herencia nos ha construido como «seres que se controlan a sí mismos (afortunadamente)» (145), capaces sin duda de improvisar reacciones adaptativas; tampoco lo estamos por el entorno porque éste demanda nuestra respuesta, pero no la predetermina ni nos controla (146). Si el control no está en la herencia –genes, instinto– ni en el entorno, entonces el control está en nosotros mismos y depende de nosotros –de lo que llamamos «yo» en cuanto persona total– si lo activamos o no y en qué medida.

Todo organismo viviente es una respuesta en cierta forma creativa al entorno porque éste no predetermina la respuesta. Dennet ilustra sus explicaciones con el ejemplo de una máquina sin tripulación humana que llega a Marte (147): para adaptarse a un entorno cambiante sin riesgo de ser destruida por las circunstancias, y dado que las señales de control no tendrían tiempo de ir y volver desde la Tierra, la NASA tuvo que diseñar robots auto-controlados. Los humanos somos algo más complejos, pero tenemos que hacer lo propio –y con mucha más inteligencia– para sobrevivir y prosperar en nuestro travesío y a veces áspero mundo. De consiguiente, no importaría mucho si fuera verdadera la tesis de que la libertad de voluntad no se puede demostrar o no existe porque hasta ahora nadie ha podido aportar una construcción determinista coherente y completa de la responsabilidad penal, es decir, ni del delito ni de la pena. Si esta posibilidad fuera visible, entonces de verdad los indeterministas estaríamos preocupados o tristes.

La tesis indeterminista débil de la voluntad como agente final de impulso o contención no ha sido desvirtuada por la ciencia, aunque se

(143) *Ibidem*, p. 33.

(144) *Ibidem*, p. 89, p.n.

(145) *Ibidem*.

(146) *Ibidem*, p. 75.

(147) Curiosamente, mientras se escribía este ensayo, en agosto de 2012, un robot de tales características se ha posado con éxito sobre la superficie marciana, por cuenta de la NASA, y desde allí envía, en modo automático o semi-automático, fotografías y resultados de análisis diversos del suelo, del subsuelo y de la atmósfera, cuyos resultados, dos meses después, son alentadores.

insiste en que tampoco está demostrada empíricamente (como tampoco lo está su antítesis determinista). A tono con ella, «culpabilidad» y «responsabilidad penal» no son nociones viables, en la práctica cotidiana del derecho penal ni de la vida, con criterios estrictamente deterministas, porque se interpone la evidencia experiencial de que no pueden ser reducidas a meras atribuciones sociales normativas. El argumento, claro, no está libre de objeciones porque en esta materia nada es claro y definitivo. Pero considero que sigue siendo válida la observación de Hassemer (1981) en el sentido de que la tesis de que se puede prescindir del libre albedrío y conservar en plenitud de funciones el concepto de culpabilidad es solo una doctrina «tranquilizadora» que ha deteriorado gravemente los alcances garantistas del principio de culpabilidad (148). La culpabilidad se funda en una cierta libertad de la voluntad o simplemente no existe, y en su lugar se entroniza una responsabilidad social o legal. Así de claro.

La conciencia siempre está ahí disponible para rectificar el rumbo de la conducta automática e impulsiva y luego para seleccionar entre la enorme y compleja red de opciones, y estas facultades de corrección y selección reflexiva pueden entenderse hoy como su consistencia y la razón de su origen en la evolución animal (Kosslyn/Dennett). «El animal se inclinará hacia aquella conducta que «pesa más», pero es el animal el que valora qué posibilidad tiene más «peso» de acuerdo con el sistema de «valores» que ya ha construido en su cerebro, dentro de la programación de la especie», escribe Javier Monserrat (149). Este proceso de ponderación es en el hombre mucho más complejo que en el animal porque en él entran en juego los valores creados por la cultura e incorporados a su conocimiento, y no sólo los relacionados con los instintos y la supervivencia. En él también entran en juego complejas consideraciones en el comportamiento altruista, que poco se aprecia entre los animales y que exige en el hombre decisiones supra-instintivas que van más allá de los intereses del «yo».

Podemos, pues, renunciar al sujeto puramente racional y reflexivo del libre albedrío clásico, pero todavía quedará espacio, según la neurobiología actual, para la culpabilidad (responsabilidad subjetiva), aunque desde luego en términos algo más reducidos, que es lo que De la Cuesta Aguado –basado en investigaciones filosóficas y psicológi-

(148) W. HASSEMER, *Alternativas al principio...*, *ob. cit.*, p. 52.

(149) Disponible en Internet, 7 de febrero de 2010. Sobre el tema también MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad...*, *ob. cit.* Este autor, me parece, da por establecido el determinismo psicológico en un grado mucho mayor del que puede considerarse científicamente establecido, en un sentido laxo que equipara determinación causal con razón suficiente.

cas de actual fundamento científico, por ejemplo las realizadas a partir de 1994, entre otros, por Libet y Damasio— ha denominado con acierto y coraje «racionalidad limitada»: la decisión racional o reflexión se funda en las emociones y estas son despertadas en todo el organismo por los «marcadores somáticos» (señales corporales de advertencia aprendidas por el organismo y que se traducen en sensaciones, emociones y sentimientos con los cuales comienza el proceso decisorio de la acción a nivel preconsciente, encaminado a la supervivencia y adaptación al futuro del individuo con respecto al medio natural y social).

Una toma de decisión (informada) en estas condiciones supone que el sujeto conoce o siente 1) la situación que exige decidir sobre la acción, 2) la gama de distintas opciones de respuesta útiles que se le ofrecen y sus consecuencias inmediatas y futuras, y 3) (el sujeto) dispone de una «estrategia lógica» para seleccionar la opción apropiada tanto a la situación como al futuro del sujeto (150).

A ello se agrega desde luego que el cerebro humano como totalidad, no por sí sólo sino unido al cuerpo y en relación con el ambiente—que el individuo humano contribuye a formar y a cambiar— desarrolla el fenómeno que llamamos conciencia o mente, que es la que toma conocimiento de los procesos impulsivos y emocionales y puede someterlos—si hay capacidad del sujeto y tiempo en la reacción, que generalmente los hay— a la criba controladora de las valoraciones aprendidas en el largo proceso de socialización (con algunas cosas sin duda heredadas de la evolución de la especie, pues el hombre no nace completamente en blanco), pudiendo decidir sobre la opción adecuada antes de que el impulso preconsciente termine su curso.

Es para mí motivo de honor y satisfacción espiritual que una penalista tan decantada y sobresaliente como Mercedes Pérez Manzano, en reciente y erudito ensayo (151), llegue a conclusiones similares a las precedentes, sin haber desde luego conocido la obra contentiva de los párrafos precedentes (ni yo la de ella en tales puntos) (152). Ella ciertamente había sostenido la tesis de una libertad de voluntad real psicológica ya en su conocida obra *Culpabilidad y prevención*

(150) A. DAMASIO, *El error de Descartes*, edit. Crítica, Madrid, 2007, pp. 196-197.

(151) Mercedes PÉREZ MANZANO, «El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal», en *Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2012, pp. 567 ss.

(152) Cita únicamente, al comienzo de su enjundioso artículo, un pasaje esencial del *Derecho Penal Fundamental*, vol. II, edit. Temis, 1989; este pasaje ya aparecía en la edición de 1982, pp. 360-361. Aclaremos que esa opción fue por una libertad interna de autonomía (indeterminismo: mientras éste no se contrapruebe empíricamente, sigue en pie por muchas otras razones ya esbozadas).

(Madrid, 1990), pero la reitera y desarrolla ahora técnicamente, en homenaje (inmerecido) al suscrito, disertando sobre el tema metódica y racionalmente para llegar, tras extensa y sólida argumentación y con la validación de una rica bibliografía jurídico-penal y neurocientífica en varios idiomas, a una conclusión similar: *definitivamente no está científica y positivamente contraprobada la tesis de la existencia de una libre decisión de voluntad de raíz psicológica y neurobiológica*. El propio Libet reconoció en 1999, según cita de la mencionada tratadista, que en la psicobiología de la toma de decisiones «*hay margen temporal para la libertad*» (de al menos 100-200 milisegundos antes de que el cerebro transmita la orden motora) y en ese tiempo residiría la libertad de voluntad, que bien podría «permitir ejecutar la decisión o bien vetarla». Este es ciertamente un «papel estelar» para la voluntad porque bien puede impedir o inhibir el impulso a la acción que viene del proceso límbico. Neurocientíficos como Haggard (2008) sostienen «haber localizado el sector cerebral en el que dicha actividad de veto tendría lugar durante esos 100 ms» (153).

Es por tanto perfectamente plausible la conclusión final de Pérez Manzano: No se ha cerrado la posibilidad de defender, al menos como probable o no refutable, la tesis de que «el último viaje –la última palabra en la terminología de Roth (cita)– desde la corteza cerebral hasta los ganglios basales que forman parte del sistema límbico tiene el sentido de grabar en la memoria... la decisión tal y como ha sido finalmente adoptada –esto es, modificada y filtrada por el segmento de actividad neuronal consciente–, antes de enviar la orden de ejecución a los músculos (154).

De todas maneras, y esto es demasiado importante, los experimentos de Libet versaron solamente sobre acciones muy simples consistentes en movimientos físicos de los dedos que el sujeto (preadvertido) debía decidir a su amaño después de que un cronómetro a su vista llegara a cero. Se trata, pues, de acciones preparadas y preavisadas, sin motivación compleja ni textura valorativa. Por fuera quedaba, pues, toda exploración de actividades complejas y en especial relacionadas con la toma de decisiones normativas, y esto le resta mucha validez frente a la comprensión de las acciones con sentido jurídico-penal (155). Es también digno de reiterar que el propio Libet reconoció que en realidad existe un margen temporal de por lo menos 100 ms. entre la toma de conciencia de la decisión y la orden motora, «de modo que en ese tiempo la mente consciente podría bien permitir eje-

(153) PÉREZ MANZANO, *ob. cit.*, p. 582.

(154) *Ibidem*, p. 595.

(155) *Ibidem*, pp. 591 ss.

cutar la decisión o bien vetarla» y en este poder de veto residiría el específico poder de la libertad de voluntad, que así resulta desempeñando en la ejecución del acto el «papel estelar» que ya mentamos (agrega Pérez Manzano) (156). Lo que Libet no hizo fue repetir los experimentos y demostrar que en un nuevo tiempo el mismo sujeto, ante iguales estímulos, producía exactamente la misma secuencia de respuestas. Y solo en el caso que los resultados hubieran sido positivos, se podría hablar de determinación causal completa de los respectivos movimientos –no de otros–, pues es claro que según el principio causal los experimentos susceptibles de repetición deben arrojar siempre los mismos resultados.

El experimento de LIBET aporta prueba de la intervención de pulsiones o actividades eléctricas del cerebro inconscientes y previas a la decisión, pero no descarta en absoluto la intervención del área cerebral superior de la conciencia (157). Lo que según el experimento sucedería es que a las capas superiores del cerebro, portadoras de la conciencia, sólo llega la información, según se indicó, cuando ya la decisión está pretomada por las capas inferiores (inconscientes), restando un pequeño pero importante lapso de tiempo para la acción misma (lapso durante el cual la conciencia dispone de la información y de tiempo para ponderar consecuencias de fines y de normas). En la realidad, podría decirse, ello puede corresponder a algo así como a un retrato simple y esquemático del comportamiento animal, desde las abejas y las hormigas hasta los hombres: el instinto, el aprendizaje y la experiencia imprimen en las capas inferiores «marcadores somáticos» que se disparan emocionalmente ante la inminencia o percepción global de la necesidad o urgencia de la acción. Sólo al final intervienen selectivamente las capas superiores del cerebro, en el hombre los filtros de la conciencia y la reflexión. Ello sucede así, apunta Damasio, porque el diseño del cerebro sólo permite una cantidad muy limitada de información consciente (158) y el cerebro como control de mando no debe ser sobrecargado. Pero la reacción total y final no la produce el cerebro como tal, aisladamente, sino la coordinada unión de *cuerpo-cerebro-mente* (159) en intercambio dinámico con su medio circundante.

(156) PÉREZ MANZANO, *ob. cit.*, p. 582.

(157) *Ibidem*, p. 587.

(158) DAMASIO, *El error...*, p. 233.

(159) *Ibidem*, p. 288. Tan unitarios son los conceptos que un pensador español expresó que no es correcto hablar de «mi cuerpo y yo», sino de «mi cuerpo: yo»; mejor dicho, mi cuerpo-y-mi cerebro porque, hasta ahora, el «yo» sigue siendo una hipótesis explicativa de la personalidad que como concepto sustantivo no pasa de lo metafísico (cfr. DENNET, *ob. cit.*, capítulo 4).

Entre los filósofos, que no pocas veces se anticipan a la ciencia, Merleau-Ponty (160) escribió de modo visionario en los años 60 del pasado siglo que la conciencia no existe aislada, sino que está incrustada en un yo de carne y hueso que habita en el mundo, que es «una conciencia encarnada en un cuerpo sexuado» que existe siempre como ser-en-situación. «Probablemente la racionalidad está modelada y modulada por señales corporales, incluso cuando realiza las distinciones más sublimes y actúa en consecuencia» (161). Esto incluso es bueno porque, al lado de la intuición, permite actuar rápido en situaciones en que no hay mucho tiempo para pensar ni mucho qué pensar, pues hay situaciones en que pensar demasiado para reaccionar resulta malo para la defensa o adaptación del organismo. A diferencia de las emociones, agrega el mismo científico, «La razón (solamente) nos brinda la ocasión de pensar con inteligencia (reflexión que mide, calcula y sopesa) antes de reaccionar de manera inteligente» (162).

Más que estar determinado en cada mili-paso del complejo proceso de la conducta voluntaria o consciente, de lo que se trata es de que la mente no puede obrar sin cerebro ni éste sin cuerpo y ninguno de ellos sin relación concreta y permanente con el entorno (163). «Que el proceso (del organismo hacia la acción) continúa más allá de las razones del corazón, de esto no hay ninguna duda» (164). No actuamos sólo por la razón y por la lógica, sino también por preferencias (emocionales e instintivas) y por intuiciones (operaciones lógicas muy rápidas de base emocional). Y esta es desde luego la tarea difícil: desplazar el espíritu de su pedestal en ninguna parte hasta un lugar concreto (del cerebro y de sus funciones), al tiempo que se conserva su dignidad e importancia; reconocer su origen humilde (en el largo y penoso camino de la evolución) y su (inmensa) vulnerabilidad (y fallibilidad), pero seguir dirigiendo una llamada a su gobierno» (165). En ello estamos lejos, pero lo estaríamos aún más sin conjurar el error de Descartes consistente en separar y aislar como sustancias el cuerpo y el alma y extraer a ésta totalmente del campo causal y al primero nada menos que del terreno del pensamiento. Según quedó visto, este dualismo persiste, con otras denominaciones y matices, en Kant (mundo sensible/mundo inteligible, fenómeno/nómeno). Lo que la mente

(160) MERLEAU PONTY, Maurice, *La estructura del comportamiento*, edit. Hachette, Bs. Aires, 1957, y *Fenomenología de la percepción*, F.C.E., México, 1957.

(161) DAMASIO, *El error...*, p. 235.

(162) *Ibidem*, p. 3, p.n.

(163) *Ibidem*, p. 297, p.n.

(164) *Ibidem*.

(165) *Ibidem*, p.288, *in fine*.

aporta son las reflexiones; y si estas no sirven para nada en la conducta futura de los hombres porque se limitan a estar determinadas, entonces no sirven para nada. El determinismo antropológico y social es sorprendente porque según él la razón no aporta nada a la conservación de la especie, a la evolución del hombre ni al desarrollo de la historia. Esto linda con un materialismo pedestre que podría creerse que estaba superado!

Sería grandioso poder sostener cómo exactamente funciona el cerebro en el proceso de producir la mente o surtir la reacción psíquica consciente, pero no puede afirmarse, nadie puede hasta hoy hacerlo, como lo anunciamos en cita que encabeza el ensayo. Quizás, como se ha dicho, conocemos hoy mucho del cerebro, casi todo, pero lo poco o mucho que nos falta es esencial y parece ser infranqueable en el sentido de que no es por ahora esperable que lo podamos saber alguna vez (166). La idea de Damasio no se aparta de las que forja Pérez Manzano en guerra justa con la interpretación en exceso determinista de Roth (167) y otros: «poseer una mente significa que un organismo forma representaciones neuronales que pueden convertirse en imágenes, ser manipuladas en un proceso denominado pensamiento y eventualmente influir en el comportamiento al ayudar a predecir el futuro y por tanto a formarlo» (168). La mente –producto de la activi-

(166) *Ibidem*, p. 294.

(167) Pese a sus esforzados y agudos argumentos contra la libertad de voluntad –el proceso de la razón también estaría causalmente determinado, como todos los demás–, Roth «sólo afirma prudentemente que no hay decisiones *puramente* racionales si por ellas se entiende las decisiones tomadas sin ninguna intervención del sistema emocional no-consciente, de modo que la decisión sería, en su opinión, siempre el fruto de la interacción entre lo consciente y lo inconsciente» (PÉREZ MANZANO, *ob. cit.*, p. 594). Pero definitivamente ello no es prueba de que la consciencia esté en su integridad determinada físico-causalmente por lo inconsciente, sino que ambas instancias toman parte en el total proceso de la decisión y en ningún caso puede alguna de ellas obrar por fuera de la fisiología cerebral, como tampoco puede la acción voluntaria cambiar el mundo externo sin valerse de procesos causales. Excepcionalmente pueden las instancias o capas inferiores, por impulsos extremos provenientes del sistema límbico, forzar el paso por la puerta de la conciencia sin contar con ella, como si se tratara de un gol olímpico (casos de corto circuito, sideración emotiva, sobresalto defensivo en situación de gran sorpresa, trastorno mental transitorio, embriaguez plena, automatismos aprendidos, etc.). Estos casos precisamente son «excepcionales» –salvo los últimos– porque en ellos no hay para la conciencia tiempo de interponer filtro alguno, o es demasiado alta la fuerza con que el impulso empuja desde atrás y ella no consigue frenarlo. Estos casos son, por cierto, supuestos de ausencia de libertad de voluntad (falta la acción en sentido jurídico-penal o en todo caso la culpabilidad). Es, en suma, del mayor interés destacar que el propio ROTH ha admitido (2009) que *el estado actual de las ciencias del cerebro «no es incompatible con un concepto débil de libre albedrío»* (*b.*, p. 601, en nota 84).

(168) *Ibidem*, p. 112.

dad cerebral, pero no mero «epifenómeno» suyo— aporta el hecho nuevo del comportamiento con base en la argumentación lógica y, ni qué decirlo, con fundamento en valoraciones. Sin duda esto le ha representado al hombre inmensas posibilidades de adaptación dinámica por medio de las redes sociales de comunicación e imputación.

En conclusión, la conciencia no es menos por el hecho de que necesariamente haya de pasar por las redes neuronales del cerebro, las subcorticales o límbicas primero y las corticales o racionales propiamente dichas después. El papel penetrante de los sentimientos nos da la oportunidad de aumentar efectos positivos y reducir peligros potenciales. Ninguna obra humana puede escapar a sus soportes en el estrato físico-causal del mundo y ningún pensamiento se puede surtir por fuera de las redes neuronales del cerebro. Pero sería, sea dicho contra el determinismo cognitivo, bastante grave que estuviéramos gobernados exclusivamente por el sistema límbico (subcortical), que solo maneja emociones y que es sustancialmente idéntico con el de los animales, ya que es el desarrollo de la corteza cerebral lo que más nos diferencia de éstos y nos depara la capacidad de conocimiento reflexivo. En tales condiciones, el conocimiento racional serviría de poco, si es que todavía sirve para algo al no poder dominar ni trascender las pulsiones emocionales provenientes del inconsciente límbico.

En cualquier caso, agregamos, la opinión inicial de Roth acerca de que también la racionalidad estaría estrictamente determinada —aunque creamos lo contrario y no conozcamos de momento los mecanismos exactos, que podrían ser, por ejemplo, automatismos lógicos o computacionales— choca con una objeción lógica insalvable: si los contenidos de la razón y la razón misma sólo responden, como cualquier otra cosa, a determinaciones causales, entonces resulta indiferente el contenido de verdad o falsedad de las ideas, percepciones y proposiciones y por tanto habría que cambiar toda la teoría del conocimiento porque careceríamos de criterios para decidirlo e incluso de posibilidad para preferir la verdad (169). Es, empero, incuestionable que *nuestro entendimiento, caso de estar determinado en ese sentido riguroso, no está invariablemente determinado a la verdad porque entonces el error en el conocimiento y en la ciencia, verdad de a puño, quedaría sin explicación. Otra cosa es que el pensamiento sólo pueda*

(169) El argumento viene del filósofo y psicoanalista ROLLO MAY, *Amor y voluntad-Contra la violencia y la apatía en la sociedad actual*, edit. Gedisa, 3.ª ed., Barcelona, 2011, trad. de Alfredo Báez, p. 182, quien ofrece una interesante versión que funda la libre voluntad en la intencionalidad que permea todos los actos de la conciencia, con apoyo en los conceptos que Brentano, Husserl y Heidegger tomaron de los antiguos, en especial de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino.

curar por los cauces cerebrales y por tanto de manera psicobiológica o neuronal. No hay mente sin cuerpo, pero tampoco sin trascendencia de lo meramente corporal o sensorial.

Los experimentos de Libet demuestran que hay actividad cerebral preconciente anterior a la toma de decisiones, pero no demuestran que la corteza cerebral no participe en esa actividad previa, ni esclarecen el papel que la corteza cerebral juega en la decisión misma (170). Posiblemente, como se desprende de los experimentos posteriores de Trevena/Miller –que introducen variaciones de interés a los de Libet–, esa actividad preconciente previa no puede considerarse «causa de la decisión misma» y sólo significa que «el cerebro se pone en alerta para la realización del experimento» (171). *De ninguna manera se ha demostrado que la corteza cerebral no participe en la toma de decisiones* (172) *y mientras esto no suceda no se puede afirmar que la neurociencia actual descarta la toma de decisiones conscientes, voluntarias o libres.* Hace varias décadas, concretamente en 1944, en un contexto literario, el escritor alemán Alfred Andersch, expresó bellamente sobre ese pequeño espacio «vacío» que aún queda entre la reflexión y la decisión: «En esa pequeñísima fracción de segundo, que precede al de la decisión misma, se concreta la posibilidad de libertad absoluta que el hombre posee. El hombre no es libre en el momento del acto mismo, porque al ejecutarlo se restablece la vieja tensión en cuya corriente circula su naturaleza. Ese momento solamente está conservado en el fino aliento fugaz entre el pensar y el querer. Somos libres solamente en algunos momentos, en momentos que son preciosos...». Y anota con razón el comentarista que ello tiene qué ver también con la concepción de la acción en Hannah Arendt, por cuanto en ella es claro que la acción, siempre impredecible, «está íntimamente ligada a la reflexión, a los momentos de pensar y juzgar» (173).

Que lo inconsciente influye en las actividades conscientes estaba claro al menos desde FREUD –quien con un concepto determinista del psiquismo se vale de un método de psicoterapia que no puede ser sino indeterminista porque requiere del paciente la toma de decisiones propias–, pero nada revela que esas influencias sean determinantes y en todo caso nadie les asigna el control total de la conducta (174). La actual fisiología cerebral no está en condiciones de desmentir la

(170) PÉREZ MANZANO, ob. cit., pp. 586-587.

(171) *Ibidem*, pp. 584-585.

(172) *Ibidem*, p. 587.

(173) WOLFGANG HEUER, «Política y coraje cívico», en Laura QUINTANA/Julio VARGAS (Compiladores), *Hannah Arendt-Política, violencia, memoria*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2012, pp. 21-22.

(174) *Ibidem*.

noción milenaria del hombre como «ser racional», al menos en el sentido limitado actual de que la razón existe y sigue poseyendo el predominio (tiene en cierta medida el control).

En cualquier caso no hay motivos para el pesimismo en la contemplación retrospectiva de nuestra evolución animal y en lo que de momento conocemos de la actividad cerebral. El comportamiento de lobos, delfines, cuervos, vampiros y desde luego monos, entre otras especies –para no mencionar a los elefantes y a los perros– sugiere (ya) una estructura ética elemental (175), y el comportamiento inteligente se ofrece en estructuras psíquico-emocionales de animales que nos parecen muy lejanos y no lo son tanto. Al fin de cuentas la separación en el mapa del genoma y de las configuraciones genéticas consta hoy que es muchísimo más reducida o estrecha de lo que pudiéramos haber pensado hasta hace poco más de diez años; lo sorprendente es que diferencias genéticas tan pequeñas comporten innovaciones tan extraordinarias en el modo de ser y comportarse del ser humano.

Empero, en esas pequeñas diferencias cifra el hombre la superioridad de la especie mediante la construcción del trabajo productivo y cooperativo, la creación de la ciencia y la cultura y la puesta en marcha de procesos tecnológicos que nos separan cada vez más y más rápidamente de otras especies animales. Posiblemente tampoco estuvimos solos todo el tiempo, pues neandertales y otras especies humanas, provenientes de otras ramas del árbol de la vida, se extinguieron en edades no tan antiguas. El psiquismo, en suma, parece ser un principio evolutivo de la vida toda y no una peculiaridad tardía de la especie humana. La libertad de elección, si no hablamos desde el comienzo de proporciones enormes, podría no ser una singularidad de nuestra privilegiada especie, cuya adquisición habría sido propiciada por necesidades crecientes de adaptación y supervivencia, formada gradualmente durante millones de años por incontables ensayos de error/aproximación o de inutilidad/beneficio para la supervivencia. Y como todo en la evolución, algunos pasos habrían tenido que contar con momentos favorables en los complejos y desde luego azarosos entrecruzamientos de series causales, como también tuvo que hacerlo la Tierra durante la formación de nuestro sistema solar. La suerte parece contar en los destinos de la vida y sin duda también de la conciencia reflexiva, cuya lenta irrupción en los lentos procesos de la evolución sigue siendo un prodigio que no acabamos de comprender. Lo que sí parece específico del *homo sapiens* es la inteligencia reflexiva, la auto-conciencia.

(175) DAMASIO, *En busca...*, p. 156.

Pese a la existencia de antecedentes, límites y condicionamientos en los procesos cognitivos y volitivos, sostenía (el determinista) Spinoza, como ya lo anunciamos, «todavía podemos decir un no categórico, de manera tan libre e imperativa como lo haría Inmanuel Kant, por ilusoria que sea la libertad de dicho no», pues de todas maneras es algo que el no-yo no hubiera hecho. Pese a sus disputas con el libre albedrío, nunca negó Spinoza que los hombres pudieran tomar decisiones y controlar voluntariamente su comportamiento. Por eso pensaba que podemos tomar decisiones libres y responsables, equivocadas y correctas (176). Lo que entonces se disputaba era —y creo que sigue siéndolo—, el concepto puro de simple libre albedrío, la absoluta «libertad de» (negativa): obrar sin impulsos ni condicionamientos y por fuera de la causalidad, en lugar de obrar, dentro de ciertos límites de normalidad de actuación humana en la vida social común, con ellos pero con capacidad también relativa de domeñarlos, de frenarlos o de impulsarlos («libertad positiva»). Esta última ya admite la operante presencia de factores condicionantes y desencadenantes, pero los enfrenta a las barreras ordinarias y superiores del yo consciente, con capacidad de interponerles reflexivamente el freno volitivo de la inhibición, de reconfigurarlos, de redirigir los impulsos, aplazarlos o ampliarlos y también de reducir o variar las tendencias, para bien o para mal. Todo esto sin duda lo hará, ya no tanto por impulsos y estímulos, sino por motivos de ponderación, sentido y valor, utilidad y conveniencia.

Con razón pensaba también Spinoza, quien «no era precisamente un liberal», que el punto crucial de la filosofía política es que (por fortuna) resulta imposible saber y por tanto controlar lo que piensan y pueden expresar las demás personas; y agrega Popper, de quien he tomado la referencia, que «el factor humano es, en última instancia, el elemento incierto y voluble por excelencia de la vida social y en todas las instituciones sociales» y que de su incontrollabilidad depende precisamente la libertad de pensamiento y expresión (177).

Popper es incluso de la opinión radical, que comparto, de que «la búsqueda de una ley que determine el “orden invariable” de la evolución no puede de ninguna forma caer dentro del campo del método científico, ya sea en biología, ya en sociología (y desde luego tampoco en psicología)» (178). Y así como no podemos, por la enorme complejidad de factores involucrados y, como aquí destacamos, sobre todo en virtud del «factor x» que interviene en la determinación de toda conducta molar concreta, prever la conducta futura del individuo, o predecir con exactitud cuál será su reacción específica frente a una situación hipotética cualquiera, tampoco es posible predecir el

(176) DAMASIO, *En busca...*, p. 169.

(177) POPPER, *La miseria...*, p. 106, en concordancia con p. 177.

(178) *Ibidem*, p. 124, p.n. Por esto también opina Popper que la «ingeniería social», si llegara a alcanzar su objetivo de «transformar al hombre», destruiría *eo ipso* la objetividad del conocimiento y la ciencia misma, dado que «ambas están basadas en la libre competencia de pensamiento, es decir, en la libertad» (*ob. cit.*, p. 177).

futuro de la historia, cuyo curso, según el autor en cita, depende del desarrollo del conocimiento y no se puede predecir qué tanto crecerá el conocimiento humano en un tiempo dado (179). Como muchas veces ha sido mostrado, ni siquiera podemos predecir con exactitud la frase siguiente de un discurso, por coherente que éste sea.

Pero hay algo más, digno de ser sopesado: Ni la conciencia de la libertad prueba la libertad –podría ser una ilusión–, ni la falta de conciencia de la causalidad de un acto prueba la ausencia de determinación causal del mismo. Ello porque, en general, la «conciencia de» algo (o «creencia en» algo) no prueba la existencia real de su objeto, ni su falta demuestra su inexistencia. En todo caso, lo máximo que puede hacer la libertad de la voluntad es escoger entre causalidades o motivos, no producir acciones *ex nihilo*, y de aquí que esta potencia psíquica sea distinta del libre albedrío de la tradición filosófica.

VII. CONCLUSIÓN LÓGICA CONTRA EL DETERMINISMO RÍGIDO

En conclusión, el *indeterminismo débil* no está confutado por la ciencia natural, ni el determinismo total de la conducta humana reflexiva está probado a cabalidad y en toda la extensión necesaria. Pero si el determinismo (sobre todo en sentido fuerte y completo) estuviera probado o se partiera de él para regular la vida social, el Derecho penal sería impracticable porque entonces el reo siempre diría que no tiene nada de qué responder porque él no hizo lo que se le imputa, sino que el suceso criminal se produjo por virtud de fuerzas extrañas e incontrolables, llámense destino o causalidad inevitable, como se ven discurrir las obras humanas en la tragedia griega. Esta es la reversión del argumento roxiniano de que si la responsabilidad se fundara en la libertad de voluntad habría que absolver por *in dubio pro reo* a todos los imputados porque no habría manera de probarla (180).

Por el contrario, contra el determinismo completo o rígido de la conducta personal se ha aducido por lo menos un argumento lógico que su propio autor, el filósofo y psicoanalista Rollo May, califica con razón de irrefutable: *Si, en concreto, se argumenta que la conducta personal y sobre todo los actos de conocimiento están completamente determinados, se puede replicar que no es posible demostrar que esa argumentación sea verdadera porque prescinde de criterios para*

(179) *Ibidem*, p. 12.

(180) ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 799-800 *in passim*.

determinar su verdad o falsedad (181). A menos, claro está, que se sostuviera, contra toda evidencia, que no sólo estamos determinados al conocimiento, sino también a la verdad. La ciencia sería entonces innecesaria porque todo cuanto podamos pensar sería verdadero por el hecho causalmente determinado de que lo pensamos. Estaríamos entonces de antemano y de principio a fin salvados de los desastrosos efectos del error. El determinismo, si fuera verdadero, sería además maravilloso para el ser humano y no se podría definir de otra forma que como *adquisición de autocontrol limitado*, con lo que se destruiría a sí mismo porque el autocontrol es lo opuesto del determinismo ciego. Si el pensamiento, en su forma y en su contenido, estuviera causalmente determinado de manera estricta, lo estaría igualmente para todos y por lo tanto todos pensaríamos más o menos lo mismo y en caso alguno serían posibles el engaño y la mentira. No sé si esto sería o no demasiado bello, pero ya no sería humano y el mundo no podría ser como es. Metafísicamente, incluso el mal desaparecería de la vida del hombre.

Una asunción determinista total del ser humano obligaría a incluirlo en los casos penales como simple objeto de peligro que debe ser tratado siempre con medidas de seguridad de diverso alcance, desde inocuidador hasta protector y resocializador. Esta sería una configuración del derecho penal como protección de la comunidad contra despersonalizados sujetos peligrosos que no se comportan socialmente como ciudadanos sino que tienen que ser enfrentados como «objetos peligrosos» o como «enemigos», medidas que previenen el delito del modo más eficaz, aunque sea al precio del peor terror penal, p.ej., medidas de reclusión y tratamiento forzado de duración indeterminada. Es decir, todo lo que conocemos hoy como derecho penal del Estado democrático de derecho, al menos en el específico terreno de las penas, habría de retornar a las peores épocas de la barbarie punitiva para que la sociedad y las víctimas pudieran encontrar protección o satisfacción adecuadas. Quizás habría allí provisoriamente orden, pero no un orden de justicia y paz sino de temor y fuerza. Y, por otra parte, toda la criminología tendría que postrarse se nuevo ante las reducciones lombrosianas del delincuente nato e instintivo.

Para decirlo con Zaffaroni, no quedaría tras ello nada del Estado democrático de derecho y en lugar suyo se entronizaría el más cruel, sanguinario, invasivo y arbitrario Estado de policía (182), cercano en

(181) MAY, Rollo, *Amor y voluntad-Contra la violencia y la apatía en la sociedad actual*, edit. Gedisa, Barcelona, 2011, trad. de Alfredo Báez, p. 182.

(182) ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal-Parte General*, edit. Ediar, Bs. Aires, 2000, pp. 38-41.

su régimen de terror a la guerra de todos contra todos. No hay normas que cumplir, porque sin libertad para hacerlo sencillamente no hay normas. Y como no hay normas tampoco hay límites a las reacciones estatales (si se mantiene un Estado) y cualquier persona puede ser tratada por sus actos o su modo de ser de cualquier manera por cualquier autoridad. La cultura jurídica acumulada a lo largo de los siglos se perdería en el más denso despotismo y en la sumisión. Porque si no hay normas tampoco hay quien defina las causas y efectos del delito y de la pena y cómo afrontarlas en la configuración de la vida social y en la medida del poder punitivo estatal.

Por todo esto, como Nódier Agudelo Betancur nos ha enseñado magistralmente a asumirlo con su palabra y con su ejemplo durante toda su vida académica y docente, hay que sostener a toda costa – mientras la ciencia lo permita y en la medida en que lo haga, que en esto consiste una posición de «*indeterminismo débil*» como el que hemos sostenido– la visión del hombre como ser (relativamente) libre y por esto (limitadamente) responsable de sus actos, dentro de ciertos límites que son tanto empíricos como razonables; pero no como mera hipótesis normativa, disponible por el derecho positivo, sino como imagen del hombre real que el Derecho tiene que reconocer y proteger. La libertad es del ser del hombre «como las nubes son las nubes del cielo». Si las nubes nos estorban es peor para nosotros, no para el cielo, pero en la realidad tendremos que contar siempre con ellas. Un derecho penal severamente determinista, por el contrario, como la causalidad ciega y total en que se inspira, carece de límites y de motivos racionales para establecerlos y por esto salta a la vista su incompatibilidad con el personalismo y con el Estado democrático de derecho, ya que en el peor de los casos nos conduciría de regreso al sistema peligrosista de la escuela positiva italiana, y en el mejor al utopismo de la «pena médico-protectora» de Dorado Montero, incursas ambas en la negación de la persona como ser consciente con cierto poder de autocontrol o autodirección de sus actos.