

NEUROCIENCIAS Y DERECHO PENAL

*Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y
tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*

EDUARDO DEMETRIO CRESPO
Director

MANUEL MAROTO CALATAYUD
Coordinador

Obra realizada en ejecución del Proyecto de investigación DER2009-09868
"Neurociencia y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la
culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad", financiado por el
Ministerio de Innovación y Ciencia de España.



2013

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

- PAUEN, M., "Autocomprensión humana, neurociencia y libre albedrío: ¿se anticipa una revolución?", en Rubia (ed.), *El cerebro: avances en neurociencia*, Complutense, Madrid, 2009, pp. 135-152.
- PAUEN, M.; ROTH, G., *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008.
- PÉREZ MANZANO, M., "Fundamento y fines del derecho penal: una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia", *Revista de Occidente* (356), 2011, pp. 41-64, [*InDret* (2), pp. 1-40 (www.indret.com)].
- PORTILLA CONTRERAS, G., "La legalización de la violencia fundadora del Derecho: la exclusión del Derecho al amparo del propio Derecho", en Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 227-239.
- PRINZ, W., "Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution", *Psychologische Rundschau* (55/4), 2004, pp. 198-206.
- RAMOS VAZQUEZ, J. A., *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- ROMEO CASABONA, C., *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*, Ibáñez & Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.
- ROTH, G., *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2003.
- ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Reus, Madrid, 1981.
- RUBIA, F. J., *El cerebro nos engaña*, Temas de Hoy, Madrid, 2007.
- *El fantasma de la libertad*, Crítica, Barcelona, 2009a.
- "Comentarios introductorios", en Rubia (ed.), *El cerebro: avances en neurociencia*, Complutense, Madrid, 2009b, pp. 97-102.
- "El controvertido tema de la libertad", *Revista de Occidente* (356), 2011, pp. 5-17.
- RYLE, G., *El concepto de lo mental*, Paidós, Barcelona, 2005.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., "El principio de culpabilidad como mandato de optimización", *InDret* (4), 2011, pp. 1-26 (www.indret.com).
- SCHLEIM, S., *Die Neurogesellschaft. Wie die Hirnforschung Recht und Moral herausfordert*, Heise, Hannover, 2011.
- SEARLE, J., "Situación de nuevo la conciencia en el cerebro", en Bennett / Dennett / Hacker / Searle, *La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje*, Paidós, Nueva York, 2008, pp. 121-155.
- SERRANO PIEDECASAS, J. R.; DEMETRIO CRESPO, E. (2009), "Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal", en Carbonell Mateu et al. (dir.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1771-1792.
- SINGER, W., "Veranschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören von Freiheit zu sprechen", en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, pp. 30-65.
- SINNOTT-ARMSTRONG, W.; NADEL, L. (eds.), *Conscious Will And Responsibility. A Tribute to Benjamin Libet*, University Press, Oxford, 2010.
- SLABY, J., "Steps towards a Critical Neuroscience", en *Phenom Cogn Sci* (9), 2010, pp. 397-416 (www.janslab.com).
- VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- WITTEGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed (4ª ed. castellana), traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

ACERCA DE LA ACTUAL DISCUSIÓN ALEMANA SOBRE LIBERTAD DE VOLUNTAD Y DERECHO PENAL*

HANS JOACHIM HIRSCH (†)
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Colonia

SUMARIO: 1. Las más recientes tomas de postura de los investigadores del cerebro. 2. Ni un tema nuevo ni sólo jurídico-penal. 3. ¿Han cambiado algo los nuevos resultados de la investigación del cerebro en el estado del problema? 4. El auténtico objeto de referencia de una solución científica. 5. Consecuencias para el Derecho Penal.

1. LAS MÁS RECIENTES TOMAS DE POSTURA DE LOS INVESTIGADORES DEL CEREBRO

La discusión sobre libertad de voluntad y Derecho Penal se ha reavivado recientemente en Alemania a través de autores médicos. En el horizonte se sitúan los posicionamientos de tres renombrados investigadores del cerebro: Wolf Singer, Wolfgang Prinz y Gerhard Roth¹(...). En su opinión, los resultados de la moderna investigación sobre el cerebro muestran que son precisos profundos cambios en nuestra autocomprensión y que el principio de la culpabilidad personal carece de fundamento.

Singer² escribe que él "no ha encontrado en ningún sitio un agente mental como la libertad de voluntad o la propia responsabilidad en la investigación de cerebros". "La suposición de que somos plenamente responsables por aquello que hacemos, dado que podríamos haber actuado de otro modo, no es sostenible desde la perspectiva neurobiológica": "nadie puede (ser) diferente de lo que es". Deberíamos dejar de hablar de libertad.

* Texto original: "Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht", *ZIS* 2 (2010), pp. 59-65. Traducción de Eduardo Demetrio Crespo (catedrático de Derecho penal, UCLM).

¹ Singer, Director del Max-Planck-Institut für Hirnforschung en Frankfurt a.M.; Prinz, Director del Max-Planck-Institut für psychologische Forschung en Munich; Roth, Profesor de Psicología del comportamiento en la Universidad de Bremen y Rector del Hanse-Wissenschaftskolleg en Delmenhorst.

² SINGER, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, 2003, pp. 12, 20, 42, 58 y s.

En el caso de Prinz³, significa que nosotros “no hacemos lo que queremos (y en absoluto, porque lo queremos), sino que queremos lo que hacemos”, las “decisiones de actuar se fabrican en procesos subpersonales (esto es, de modo completamente ajeno a la conciencia del ser humano) y entonces, una vez que ya existen, se interpretan como resultado de procesos personales de decisión”.

Para Roth⁴(...) “el yo no es el Señor de la casa”. La concepción tradicional de que la voluntad se traslada a la realidad mediante una acción voluntaria dirigida por un yo consciente sería una “ilusión”. “Como consecuencia de la concatenación de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, la memoria emocional de la experiencia (que trabaja de modo inconsciente) tiene la primera y la última palabra en lo que concierne a la aparición de deseos e intenciones. La primera palabra la tiene en la aparición de deseos e intenciones, la última en la toma de decisiones, que acontece uno o dos segundos antes que la percibamos de modo consciente y tengamos la voluntad de ejecutar la acción. Ésta recae en los ganglios basales y se determina por el sistema límbico.

El sistema límbico se extiende a través de diferentes áreas cerebrales, acumula todas las influencias y experiencias y constituye también el centro de estados afectivos congénitos y modos de comportamiento⁵.

Los mencionados investigadores del cerebro son de la opinión de que el sistema límbico es un “aparato organizado de poder”⁶, frente al cual el ser humano, debido a un autoengaño, se sitúa sólo aparentemente como libre.

Singer, Prinz y Roth exigen consecuentemente la renuncia a un Derecho Penal que alza frente al autor el reproche de ser culpable debido a que hubiera podido decantarse por no llevar a cabo una acción ilícita⁷. Prinz ve al investigador del cerebro ilustrado como el aguafiestas del “juego social del Derecho y la Moral”⁸.

³ PRINZ, en Cranach/Foppa (Hrsg.), *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996, p. 86 (98).

⁴ ROTH, *Das Magazin* 3/2001, 32-34; *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, p. 553; en Dölling (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, p. 43 (p. 52).

⁵ Con más detalle sobre él HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (314).

⁶ Cfr. la caracterización en HILLENKAMP, *JZ* cit..

⁷ SINGER (nota 2), pp. 33 y ss., 50 y s., 65 y s.; PRINZ (nota 3), p. 100; ROTH (nota 4), *Fühlen, Denken, Handeln*, p. 536 y ss. (p. 554); en Dölling (nota 4), pp. 56 y s.

⁸ PRINZ (nota 3), p. 100. Las manifestaciones de los autores mencionados más arriba se recopilan con detalle en la profunda contribución de HILLENKAMP, *JZ* 2005, p. 313.

2. NI UN TEMA NUEVO NI SÓLO JURÍDICO-PENAL

La discusión sobre la libertad de voluntad, como es sabido, se lleva a cabo desde hace mucho tiempo. Filósofos, juristas, médicos, especialistas en ciencias de la naturaleza y teólogos han dedicado una y otra vez atención al tema⁹. Penalistas y representantes de la psiquiatría forense son quienes –por razón de la proximidad de la materia– más intensamente se han ocupado de la problemática. Con frecuencia, por cierto, sólo se tiene a la vista al Derecho Penal con su cuestión sobre la culpabilidad. Sin embargo, este último sólo representa un fragmento –bien que especialmente obvio y de gran trascendencia en la práctica– de un ámbito total mucho mayor. A este pertenecen también el sistema de normas del Derecho Civil y la cuestión que allí se plantea de la capacidad de obrar, así como las libertades públicas del Derecho Público, más allá, la interacción de una sociedad en su conjunto, y en último lugar, pero no menos, el ideal general de libertad.

El resultado de la discusión sobre indeterminismo o determinismo está todavía científicamente abierto. Con mucha profundidad analizó Karl Engisch los argumentos en su monografía aparecida en 1963 “La teoría de la libertad de voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho Penal”¹⁰, llegando a la conclusión de que no se ha aportado para ninguna de las dos partes una prueba concluyente y que hay pocas probabilidades de que se pueda proporcionar jamás. Este es también el punto de vista mayoritario hoy día¹¹.

⁹ Cfr. sobre ello las numerosas referencias en ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963, así como los más recientes datos bibliográficos en LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26ª ed., 2007, Vor § 13 marg. 26 y s. Dentro de la actual discusión alemana hay que mencionar especialmente BURKHARDT, *Das Magazin* 2/2003, 21; en Arnold u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, pp. 77 y s.; HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313; HIRSCH, en Dannecker et al. (ed.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, 2007, pp. 307, 321 y s.; LÜDERSSEN, *FAZ* de 4/11/03, p. 33; SCHREIBER, en SCHREIBER et al. (ed.), *Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik*, 2005; DETLEFSEN, *Grenzen der Freiheit – Perspektiven des Schulprinzips*, 2006.

¹⁰ ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963, pp. 37, 38, 65 y s.

¹¹ Cfr. BOCKELMANN, *ZStW* 75 (1963), 372 (388, 392); BURKHARDT, *Das Magazin* 2/2003, 21 y ss.; HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (319); HIRSCH, *ZStW* 106 (1994), 746 (763); LACKNER/KÜHL (Fn. 9), Vor § 13 marg. 26; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Aufl. 2004, § 1 marg. 7; SCHREIBER (nota 9), pp. 179 y ss., el cual parte de un “espacio de juego de una libertad de voluntad entendida de modo indeterminista”, habla de la “indemostrabilidad de la medida de la libertad de voluntad”.

3. ¿HAN CAMBIADO ALGO LOS NUEVOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DEL CEREBRO EN EL ESTADO DEL PROBLEMA?

1. A los resultados de la investigación a los que se refieren los neurocientíficos mencionados al principio se les objeta que sus investigaciones y experimentos son poco significativos¹²(...). En el trasfondo se halla un experimento de Benjamin Libet del año 1979¹³. En este se trataba de que las personas sometidas a la prueba dentro de un espacio de tiempo previamente determinado tenían que adoptar espontáneamente la decisión de o bien mover un dedo de la mano derecha, o bien la mano entera. Para ello tenían que fijar el momento de dicha decisión según un tipo de reloj-osciloscopio. Así se ponía de relieve que el potencial de disposición siempre precedía a la determinación de la voluntad y concluía antes que el acto voluntario comenzara. Roth extrae de ello en general: "El acto voluntario aparece después de que el cerebro ya ha decidido qué movimiento llevará a cabo"¹⁴. A lo que los críticos le han objetado de modo plausible que difícilmente se pueden trasladar los resultados de un experimento de laboratorio pensado para alguien que lleva a cabo movimientos mínimos previamente ensayados y determinados, para los cuales sin duda el sujeto sometido a la prueba se prepara tras las instrucciones del ensayo, a acciones complejas no entrenadas¹⁵.

La aportación de Singer, según la cual en la investigación de cerebros nunca ha podido encontrar un agente mental como la libertad de voluntad o la propia responsabilidad, recuerda al punto de vista expresado por los anatomistas de finales del siglo XIX, de que no era posible hablar del alma humana, ya que no se podía encontrar el órgano correspondiente¹⁶.

¹² Cfr. HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (319); LÜDERSSEN, *SZ-Forum Wissen, Wie frei ist der Mensch?*, p. 2; Schreiber (nota 9), pp. 177 y s.; VOSSENKUHL, *SZ-Forum Wissen, Wie frei ist der Mensch?*, p. 2. Véanse también fuera del mundo jurídico las objeciones de KRÖBER, H.-L., "Das limbische System – Ein moralischer Limbus", *FAZ* de 11/11/03, S. 37; HELMRICH, H., "Das verbiete ich mir", *FAZ* de 30/12/03, S. 33; HABERMAS, J., *Freiheit und Determinismus, Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 2004, S. 871 ff.; PAUEN, M., *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*, 2004, pp. 229 y ss. De un "fallo categorial" de los investigadores del cerebro mencionados al principio habla el teólogo de la moral SCHOCKENHOFF, E., "Wir Phantomwesen", *FAZ* de 17/11/03, p. 31, y el investigador del cerebro G. Kempermann, *Infektion des Geistes*, *FAZ* de 2/3/04, p. 37.

¹³ Descrito con más detalle en HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (318 y s.) y SCHREIBER (nota 9), p. 176.

¹⁴ ROTH (nota 4), *Fühlen, Denken, Handeln*, p. 523

¹⁵ HELMRICH, H., "Das verbiete ich mir", *FAZ* de 30/12/03, p. 33; HABERMAS (nota 12), p. 871 y ss.; HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (319); LÜDERSSEN, *SZ-Forum Wissen, Wie frei ist der Mensch?*, p. 2; SCHREIBER (Fn. 9), pp. 176 y ss. así como ulteriores autores *supra* nota 12.

¹⁶ Ya he empleado esta comparación en el *Festschrift für Otto* (nota 9), p. 322.

Con razón se puede decir con Hillenkamp: "Cabe preguntarse si en el marco de una investigación atalayada según correlatos y vínculos neuronales, que busca las causas y oculta las razones del comportamiento humano, se puede en modo alguno "dar en el blanco" de un fenómeno como la libertad de voluntad. Hay razones para pensar que mediante un reduccionismo naturalista de este tipo se aportan pruebas acerca de que las decisiones están vinculadas a procesos neuronales, pero no de que estos últimos determinen las primeras"¹⁷.

Si en el ocaso del siglo XIX el naturalismo constituía el trasfondo de la mencionada inferencia, hoy en día la especialización reinante en todas las disciplinas científicas y la estrechez del horizonte vinculada a la misma parece estar en la base de las actuales conclusiones, de amplio espectro, pero apoyadas en angostos fundamentos.

2. La crítica anterior a la significatividad de los resultados de la investigación neurológica existentes no es óbice para que con frecuencia las razones aportadas en apoyo de la perspectiva tradicional sean científicamente poco precisas. Se invoca justamente la experiencia y las consecuencias que resultarían en otro caso¹⁸.

Algún que otro jurista pretende conformarse con el empleo del término culpabilidad en la legislación y con declaraciones del Tribunal Federal alemán y del Tribunal Constitucional alemán acerca de la exigencia de la culpabilidad. En el Código Penal alemán sólo se habla expresamente de inexistencia de culpabilidad en la inimputabilidad, el error de prohibición y el estado de necesidad exculpante¹⁹. Además, en los principios de la individualización judicial de la pena, se dice que la culpabilidad del autor constituye el fundamento de su medición²⁰. Asimismo, el Tribunal Federal alemán, en su famoso acuerdo plenario de 1952²¹, ha expuesto sobre la culpabilidad básicamente lo siguiente:

"La pena presupone culpabilidad. La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al autor que se haya decidido por lo antijurídico pudiendo haberse comportado

¹⁷ HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (319).

¹⁸ Véase DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, pp. 383 y ss.; BOCKELMANN, *ZStW* 75 (1963), 372 (386 ss.); LACKNER, en Gössel (ed.), *Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985*, 1985, pp. 245, 266; LÜDERSSEN, *FAZ* de 4/11/03, p. 33. SCHÖNEMANN, en SCHÖNEMANN (ed.), *Grundlagen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 153 (pp. 163 y ss.) remite al lenguaje del ser humano como su medio comunicativo de expresión; sobre ello, HIRSCH, *ZStW* 106 (1994), 746 (761) (sólo una parte limitada).

¹⁹ Cfr. §§ 17, 20 y 35 StGB.

²⁰ § 46 Apt. 2 inc. 1 StGB

²¹ BGHSt (GrS) 2, 194 (200).

conforme al Derecho, pudiendo optar por este último. El fundamento profundo del reproche de culpabilidad radica en que el hombre está dispuesto sobre su libre, responsable y moral autodeterminación y, por lo tanto, está capacitado para decidirse por el Derecho y en contra de lo injusto, dirigir su comportamiento según las normas del deber jurídico y evitar lo jurídicamente prohibido”.

A su vez, el *Tribunal Constitucional alemán*²² ve fundamentado el principio de la culpabilidad en el principio del Estado de Derecho. Éste se enraíza en los Arts. 1 y 2 GG, los cuales protegen la dignidad y la responsabilidad propia del ser humano y por tanto hay que observarlos y respetarlos en la conformación del Derecho penal.

Estas manifestaciones sobre la situación jurídica vigente dejan por supuesto intacta la problemática *científica*, que es objeto de este artículo. Aquí se trata de conocimiento científico, no de decretos legales.

Por lo que concierne a la apelación a la experiencia humana, se corresponde con la observación general de que el ser humano en el caso normal parte de que es él mismo quien decide su comportamiento. Pero este autoentendimiento podría ser engañoso. También hay que conceder que la predisposición y el desarrollo del individuo así como los factores medioambientales externos, juegan en cualquier caso un papel importante como factores causales en muchas decisiones²³. Varios representantes del punto de vista tradicional, según el cual el ser humano puede ser culpable por su actuación, remiten a los márgenes de acción libres que le quedan²⁴. Sin embargo, nadie ha podido marcar cómo deben ser delimitados estos últimos²⁵. ¿Cómo se ha de probar que los casos relevantes penalmente se corresponden justamente con esos márgenes?

²² BVerfGE 25, 269 (285); 50, 205 (215); 86, 288 (313). Ya también BVerfGE 20, 323 (331).

²³ Según Welzel, *Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, p. 149, “el delito es de hecho de principio a fin el producto de factores causales”. Si bien afirma la libertad de voluntad, lo hace con la argumentación de que “el ser humano como criatura llamada a la autorresponsabilidad se encuentra existencialmente en posición de configurar la dependencia causal de los impulsos de acuerdo a sentido”. “La culpabilidad es la falta de la determinación conforme a sentido en un sujeto autorresponsable”. En contra, hay que oponer, sin embargo, que con ello el problema queda simplemente desplazado al plano omisivo, ya que el hecho de que el ser humano esté en posición de modelar la dependencia causal depende a su vez de que sea libre de lograr dicha configuración. En particular la argumentación de Welzel contrae el problema de la libertad de voluntad a la problemática jurídico-penal de la culpabilidad.

²⁴ Cfr. SCHREIBER (nota 9), pp. 181 y s.; así también el filósofo Adorno (citado por LÜDERSSEN, *FAZ* de 4/11/03, p. 33).

²⁵ También Schreiber admite que “el respectivo espacio de juego de libertad de voluntad entendida de modo indeterminado que se da no puede ser comprobado en

Pero, sobre todo, las consecuencias en general, y particularmente las de carácter penal, que resultarían de un enfoque puramente determinista son críticas. Los deterministas, a decir verdad, creen alcanzar una liberación del ser humano de una represión presuntamente irracional con el sacrificio del principio de culpabilidad y del reproche personal vinculado al mismo. La culpabilidad y la pena deben reemplazarse exclusivamente por la prevención. Los autores que esto propagan se consideran a sí mismos como defensores del progreso penal. La gran mayoría de aquellos que han tomado partido en la polémica sobre el indeterminismo, lo ven, sin embargo, de otro modo. Se advierte que para los “modernistas” surgen problemas político-criminalmente irresolubles. Por un lado, el de la reacción desproporcionada frente a delincuentes reincidentes que cometen hechos leves, y por otro, el de aquellos que cometen uno o incluso varios hechos de la mayor gravedad, pero que han abandonado el camino del crimen y desde entonces llevan una vida plenamente ordenada y conforme a derecho. Un derecho preventivo consecuente se vería forzado simplemente a dejar marchar a estos últimos ya que no precisan en absoluto un tratamiento resocializador, y a castigar a los primeros con sanciones que no guardarían proporción alguna con la gravedad de los hechos cometidos²⁶. Si no se quiere extraer estas consecuencias erradas a efectos prácticos, entonces a un enfoque determinista del Derecho penal sólo le quedaría la vuelta a un Derecho penal de resultado. Entonces sólo se castigaría según la medida del resultado objetivamente ocasionado –un retroceso a la justicia penal previa al principio de la era moderna.

Asimismo, se ha llamado la atención sobre lo siguiente: cuando se niega una responsabilidad personal y se promueve por ello un Derecho penal puramente preventivo, la responsabilidad deficiente tendría que regir también para el juez que enjuicia y para el legislador, de modo que la irresponsabilidad se encontraría a su vez con la irresponsabilidad²⁷. Con ello se muestran también las consecuencias para el ordenamiento jurídico en su conjunto. Y esto no sería todo: la totalidad del orden ético-social tambalearía, porque nadie sería responsable por sus actuaciones. También se privaría de base a los derechos de libertad y al ideal de la libertad.

el caso particular” (nota 9), p. 181. Véase también STRATENWERTH/KUHLEN (nota 11), § 1 marg. 8, y STRENG, en Joecks/Miebach (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2003, vol. 1, § 20, marg. 55.

²⁶ Cfr. BOCKELMANN, *ZStW* 75 (1963), 372 (389 y ss.); HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (317); LACKNER (nota 18), p. 255; LENCKNER/EISELE, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ª ed., 2006, Vor §§ 13 y ss. marg. 109a s.; FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 56ª ed., 2009, Vor § 13 marg. 8 y ss. con ulteriores referencias.

²⁷ Con más detalle sobre ello BOCKELMANN, *ZStW* 75 (1963), 372 (386 y ss.).

Por impresionante que resulte revelar las consecuencias, esto no ofrece sin embargo una fundamentación científica de la corrección de una visión del mundo indeterminista. Las representaciones valorativas que se encuentran tras la crítica podrían descansar tan sólo en puntos de vista tradicionales sobre el comportamiento humano²⁸.

Las consecuencias descritas conducen fácilmente al punto de vista de que la problemática del determinismo o indeterminismo, especialmente el problema de la culpabilidad, debe ser resuelto *normativamente*²⁹. Pero el orden social, y aquí especialmente el Derecho penal, no pueden contentarse en una cuestión tan elemental con la vinculación a un diagnóstico posiblemente ficticio. Que esto no es factible queda claro adicionalmente si se observa que el sistema normativo de la sociedad en su totalidad se ve afectado³⁰. El siguiente argumento parcialmente esgrimido tampoco constituye por tanto una fundamentación viable: dado que ni la libertad ni la falta de libertad pueden ser probadas, hay que partir jurídicamente del indeterminismo debido a las diferenciaciones individuales que posibilita preguntarse por la culpabilidad y con ello del enfoque en muchos sentidos más benigno³¹. Y esto aún menos cuando por parte de los partidarios del determinismo justamente se afirman en sentido contrario que su concepto, esto es, que el autor equivale a un enfermo, es lo humano. Y los límites de la búsqueda de conocimientos científicos reflejan el argumento de que del actual estado de opinión resulta que la *carga de la prueba* cae del lado del determinismo y que, por tanto, hay que partir del indeterminismo mientras no se aporte una prueba de la pura determinación. Tampoco es suficiente cuando se aclara llanamente que cualquier disciplina científica –aquí la ciencia del Derecho penal por un lado y las ciencias de la naturaleza por otro– pueden determinar sus

²⁸ Como se afirma por los investigadores del cerebro mencionados más arriba, que hablan de una “ilusión” (véase nota 4).

²⁹ En esta dirección ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4ª ed., 2006, § 19 marg. 40 y ss. (“proposición normativa”); LÜDERSSEN, *FAZ* de 4/11/03, p. 33; HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (316 y s., 319); entre otros; KOHLRAUSCH, en Königsberger Juristen-Fakultät (Ed.), *Festgabe für Karl Güterbock*, 1910, p. 3 (pp. 23 y ss.) hablaba incluso de una “ficción necesaria para el Estado”.

³⁰ Que el postulado ético del respeto a la dignidad humana no es capaz de proporcionar ninguna respuesta científica a la problemática sometida a debate, sino que adquiere importancia sólo en un segundo plano, tendría que ser evidente. Por lo que respecta al punto de vista de Habermas (nota 12) de que la diferencia entre el suceso observado neurológicamente y el plano mental es un dualismo epistémico que sólo tiene un referente metódico pero no ontológico, véase la crítica de SCHREIBER (nota 9), p. 180.

³¹ Así antes HIRSCH, en Eser/Perron (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, 1991, p. 38, siguiendo a v. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge II*, 1905, p. 25 (pp. 42 y ss.) y ROXIN, *MschKrim*, 1973, 314 (320 y s.).

conceptos de modo autónomo, de modo que la libertad de voluntad pudiera definirse específicamente de modo diferente según la disciplina³². A decir verdad de aquí resulta una aproximación al auténtico planteamiento del problema: justamente el de la desigualdad de los objetos tomados en consideración. Mientras se tenga en el punto de mira el mismo objeto, esto es, la libertad de voluntad, tanto la unidad del conocimiento científico como también la referencia a la realidad del Derecho penal exigen respuestas unitarias. Se trata del correspondiente objeto de conocimiento científico y no de mera diversificación según las disciplinas.

4. EL AUTÉNTICO OBJETO DE REFERENCIA DE UNA SOLUCIÓN CIENTÍFICA

El hecho de que la disputa indeterminista rebrote permanentemente y cause inseguridad en primer lugar en los penalistas guarda relación con el hecho de que no se precise con claridad el enfoque decisivo para el sistema normativo. Se fija la atención en el objeto de discusión de las ciencias de la naturaleza y no se separa de él aquel *objeto* del que dependen las ciencias sociales, incluido el Derecho. Si las normas deben alcanzar a sus destinatarios, deben tomar a los hombres como ellos se entienden a sí mismos. De lo contrario caerían en el vacío. Dado que el ser humano se percibe a sí mismo básicamente libre en sus actuaciones, ese *autoentendimiento* tiene que constituir al punto de referencia. Las normas sociales no pueden situarse en contradicción el autoentendimiento general que experimentan sus destinatarios. Más bien deben orientarse a su visión subjetiva del mundo y con ello partir de *la sensación de la libertad de voluntad, no de esta última en sí misma*, como fundamento general del comportamiento humano³³. Desde el punto de vista jurídico-penal se añade que con la amenaza penal y con la punición se conecta en una medida especial con este autoentendimiento del ser humano. Se trata justamente de llamadas a la formación de la voluntad, cuya libertad el hombre se adjudica a sí mismo, llamadas *ex ante* a través de la amenaza penal y *ex post* a través de la punición. Si

³² A la carga de la prueba se atenía incluso el filósofo HARTMANN, Nicolai, *Ethik*, 3. Aufl. 1949, p. 728 Apt. 2. Al respecto, en sentido crítico ENGISCH (nota 9), p. 39. Sobre la diferenciación específica según las disciplinas, HASSEMER, *ZStW* 121 (2009), 829 (846 y ss.).

³³ HIRSCH, *ZStW* 106 (1994), 746 (763 y s.) y (nota 9), p. 322; BURKHARDT, *Das Magazin* 2/2003, 21 (25 y ss.); *el mismo*, en Arnold (nota 9), pp. 97 ss.; SCHÖCH, “Willensfreiheit und Schuld aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht”, en J. Eisenburg (ed.), *Die Freiheit des Menschen*, 1998, p. 92; véase ahora también LACKNER/KOHL (nota 9), Vor § 13, marg. 26. En la bibliografía del siglo pasado cfr. PLANCK, Max, *Scheinprobleme der Wissenschaft*, 1947, pp. 20 ss. Referencias a autores anglosajones en BURKHARDT, *Das Magazin* 2/2003, 21 y ss, notas 4, 6 y 7.

se sustituyera la punición por medidas curativas, como resulta de un punto de vista puramente determinista, no se podrían excluir consecuentemente esterilizaciones y castraciones en delitos sexuales, tratamientos médicos desencadenantes de estados de debilidad duraderos en delincuentes violentos y ladrones, intervenciones quirúrgicas en el cerebro, etc. Daños de carácter físico y psíquico en agotadores campos de prisioneros, ampliamente practicados por las dictaduras del siglo XX, proporcionan además cierta idea. Para una resocialización en sentido humano y comunicativo apenas quedaría espacio, ya que ésta requiere despertar en el delincuente el *sentimiento* de la responsabilidad por su propio hecho. Bockelmann remite a los médicos de la práctica forense al escribir³⁴: aquel que “intente curar al autor de un delito, sin insistir en que la curación [...] debe consistir en la obtención de la capacidad de no resultar peligroso en el futuro, fracasará con toda seguridad. Aquel que “lo lleva a considerarse a sí mismo como un enfermo que observa con interés el progreso de su propio restablecimiento, para una vez que vuelve a delinquir lamentarse diciendo: ¡lástima, la cura no ha surtido efecto!, no lo ayuda, sino que lo vuelve un neurótico. La única alternativa a un tal tratamiento es aquel que despierta la interpelación de la conciencia, y éste presupone llegados a este punto que la terapia resocializadora haga consciente al autor de su responsabilidad, lo que significa que aquélla lo remita a la culpabilidad en la que ha incurrido y la posibilidad de la culpabilidad futura. Sólo de este modo puede aquélla justificar en realidad la necesidad del tratamiento, que la persona tratada, a diferencia del verdadero paciente, siempre percibe como una pena”.

Hasta ahora, en la discusión los autores se han remitido a la diferencia entre la imagen del mundo de los seres humanos referida a la perspectiva en primera persona por un lado, y el modo de descripción neurobiológico propio de las ciencias de la naturaleza por otro, al tiempo que han subrayado la relevancia práctica exclusiva de la primera. Ya Kant diferenció el “concepto práctico” de la libertad del “especulativo”. Él observa con la vista puesta en la “libertad práctica”: “De dónde provenga el estado en el cual debo actuar ahora puede serme completamente indiferente”³⁵ Al hilo de argumentaciones de carácter general a favor del indeterminismo total o parcial se menciona de cuando en cuando este autoentendimiento, sin llegar sin embargo al meollo de la cuestión³⁶.

³⁴ BOCKELMANN, *ZStW* 75 (1963), 372 (389).

³⁵ La cita se encuentra en la recensión a Johann Heinrich Schulz, 1783. Con más detalle sobre la diferenciación entre la perspectiva de la primera persona y la perspectiva de la tercera persona vid. *Max-Planck* (nota 33) y en la bibliografía actual BURKHARDT, *Das Magazin* 2/2003, 21 (23 y ss.).

³⁶ Por ejemplo, por BOCKELMANN, *ZStW* 75 (1963), 372 (389) y ENGISCH (nota 9), pp. 46 ss. Véase también HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (320, penúltimo párrafo) y SCHREIBER

Como ya se ha mencionado, los actuales neurocientíficos mencionados al principio explican este autoentendimiento como una ilusión transmitida que se ha conformado a lo largo de la historia de la evolución del ser humano³⁷. Pero, ¿se trata en realidad de un reliquia histórica? Una mirada más de cerca permite concluir que el ser humano está biológicamente constituido sobre el autoentendimiento de que puede actuar con libertad de voluntad. Tiene sentimientos de culpabilidad y remordimientos. También experimenta un afán de libertad espiritual y justicia individual. Además la perspectiva de la primera persona se puede observar ya en niños pequeños todavía abiertos a la educación, a los cuales aún no les fue transmitida visión tradicional del mundo alguna. Pero también en los primates se encuentran paralelismos. Quien, por ejemplo, contemple en un zoológico la vida en grupo de una colonia de babuinos comprobará que allí el comportamiento social erróneo (por ejemplo, el robo de comida a través de animales ordenados jerárquicamente) es visto como comportamiento reprobable y penado con sanciones. Las reglas existentes en el grupo motivan a comportarse del modo correspondiente y la sanción se entiende como una pena. Por lo demás, hay que hacer referencia con relación al autoentendimiento del ser humano a que todavía no se ha descubierto en el globo tribu alguna, aun cuando viva aislada en el interior de Nueva Guinea o en la región amazónica, que viva según un determinismo consecuente. Más bien se encuentra en todas partes en mayor o menor medida aquel autoentendimiento innato del que se trata aquí, incluso en sociedades con un trasfondo teñido de determinismo religioso o ritual.

No por casualidad algunos investigadores del cerebro caen en una contradicción: por un lado parten de una total determinación del ser humano, por otro, reconoce Roth que la sociedad “debe en realidad ser capaz de inculcar a sus miembros el *sentimiento de la responsabilidad* por la propia actuación, y justamente a partir de la comprensión de que sin un sentimiento tal de responsabilidad la convivencia social se daña de forma duradera”³⁸. Y en el caso de Singer se trata de programas educativos que

(*supra* nota 9), pp. 181, 182 (“Las normas deben poder influenciar el comportamiento humano”, “Nosotros vivimos en nuestro mundo de acuerdo a la libertad de acción y la responsabilidad”).

³⁷ Cfr. ROTH (nota 4), *Fühlen, Denken, Handeln*, p. 553 (“ilusión”); SINGER (nota 2), pp. 13, 59 (“constructo cultural que sólo existe en la imaginación”); PRINZ (nota 3), p. 98 (malentendidos enraizados en el “argot de la libertad de voluntad del lenguaje de la vida cotidiana”). También la libertad sería sólo un “constructo cultural” sin un sustrato demostrable y, en este sentido, alucinada (cfr. SINGER [nota 2], pp. 13, 59).

³⁸ ROTH (nota 4) *Fühlen, Denken, Handeln*, pp. 536 y ss., 554.

jugarían completamente el papel de las sanciones. “Nosotros haríamos agradable lo mismo que se hace ahora. Sólo cambia el enfoque”³⁹.

El punto de vista de que la auténtica cuestión se responde desde la perspectiva de la primera persona que corresponde al autoentendimiento del ser humano, y no desde la perspectiva de la tercera persona, puede ser seguido con mayor razón porque tanto la total determinación como la libertad de voluntad se consideran indemostrables⁴⁰.

Hillenkamp⁴¹ entiende, por cierto, que reparar en el convencimiento subjetivo del ser humano de poder actuar de otro modo explica justamente el sentimiento de cargar con la responsabilidad por lo injusto cometido, así como por la experimentación, la vivencia y aceptación de la culpabilidad. Pero él cree que es un error derivar de aquí un reproche de culpabilidad impuesto por el Estado que se une a una censura social y a una pena, ya que nuestro sentimiento bien podría engañarnos. Él añade, si bien negando las consecuencias extraídas por los investigadores del cerebro citados al principio: “El Derecho Penal no puede basarse en una ilusión”. Pero con esto deja fuera de consideración que el ser humano está constituido sobre la perspectiva de la primera persona y que el sistema de regulación y de valores tiene que partir de ahí⁴². Por ello, que el Estado imponga un reproche de culpabilidad vinculado a una censura ético-social ante una actuación del destinatario de la norma que viola la ley penal se corresponde con parámetros ético-sociales. No existe ninguna alternativa ético-social para ello.

Sólo hipotéticamente se plantea la cuestión de cómo habría que ver las cosas si un día, en contra de toda expectativa, pudiera demostrarse de modo concluyente que todo nuestro actuar está determinado. En tal caso teórico se trataría de si el ser humano podría reprogramarse con relación a su “diseño” innato y de si un orden social que funciona sería posible en modo alguno bajo semejante visión del mundo. Ya fue indicado que en sociedades cuya religión o culto ponen de relieve acentos deterministas, la perspectiva de la primera persona juega aun así un papel. No hay, destaque de nuevo, ninguna alternativa a la pena adecuada a la culpabilidad.

Tras todo lo dicho no existe motivo alguno para dejarnos confundir por los cambios de nuestra visión del mundo que profetizan los mencio-

³⁹ SINGER (nota 2), p. 34.

⁴⁰ Cfr. *supra* en nota 11.

⁴¹ HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (320).

⁴² Ya Kant ha subrayado expresamente que desde el punto de vista práctico el ser humano “no puede actuar bajo otra idea que no sea la de la libertad”, cfr. (nota 35). MAYER, M.E., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1915, S. 451, lo formuló del siguiente modo: “La humanidad está determinada al indeterminismo”.

nados investigadores del cerebro⁴³. El cambio de paradigma vaticinado no tendrá lugar. La controversia carece de importancia⁴⁴. Se puede aguardar tranquilamente a ver cómo evoluciona el debate ulterior acerca de la investigación sobre el cerebro y el determinismo. Los mecanismos de regulación social no se ven afectados.

El punto de conexión con el autoentendimiento del ser humano evidenciado como crucial para las ciencias sociales, y con ello, con la culpabilidad y las concepciones sobre la justicia, no excluye que en aquellos casos que se quedan por debajo del umbral del estado psíquico normal se niegue o disminuya la culpabilidad. La libertad de la decisión también encuentra límites en una visión del mundo indeterminista, una vez que el individuo, como consecuencia de considerables perturbaciones psíquicas, ya no sea capaz de cumplir total o parcialmente las normas del orden social. Cuando es éste el caso, se determina según los déficit respecto al estado psíquico normal, que se marcan en conexión con la ciencia médica⁴⁵.

5. CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO PENAL

Si se vuelve a la resolución plenaria del Tribunal Federal alemán de 1952⁴⁶, se observa que su creencia sobre el concepto de culpabilidad no es una reliquia cuestionable, sino que únicamente precisa una formulación más exacta. Sobre esto ya ha advertido Burkhardt⁴⁷. La formulación tiene que rezar de manera más precisa. “Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor no haberse comportado conforme al derecho..., a pesar de que según el autoentendimiento del ser humano le fue posible decidirse por el derecho. La razón profunda del reproche de

⁴³ Se manifiesta, en cambio, preocupado HILLENKAMP, *JZ* 2005, 313 (320); véase también FRISCH en Eidam/Gaede, *ZStW* 121 (2009), 985 (986).

⁴⁴ Max Planck (nota 33) y EBBINGHAUS, J., *Stud. Generale* 7, 1954, p. 520, como ya lo hiciera Kant (nota 35), han evidenciado que las normas del comportamiento social no dependen de la discusión sobre la libertad de voluntad. Véase también HIRSCH, *ZStW* 106 (1994), 746 (747 y ss.). Cuando Singer en la entrevista publicada en *Geht und Geist*, 4 (2002), expresa su asombro sobre “qué poco se han impresionado los círculos jurídicos” acerca de los conocimientos de la investigación sobre el cerebro, ello se debe a una sobrevaloración de la relevancia de estos resultados para el Derecho y la ciencia del Derecho.

⁴⁵ Sobre la necesidad de hacer una relación de los casos de déficit y no de describir positivamente el estado normal, véase SCHREIBER (nota 9), p. 181.

⁴⁶ El texto de las frases pertinentes *supra* y la cita en nota 21.

⁴⁷ BURKHARDT, *Das Magazin* 2/2003, 21 (27). La formulación que sigue difiere un poco respecto a la elección de las palabras, pero no en el significado de la redacción literal dada por Burkhardt.

culpabilidad radica en que el ser humano *está constituido para actuar en conciencia de su libertad*⁴⁸.

Entretanto, los programas televisivos de entretenimiento, las conferencias para profanos y los suplementos culturales de los periódicos han tomado interés en el tema. No pocas veces se agolpan en primer plano personas hambrientas de publicidad sin los conocimientos especializados pertinentes. Tendríamos que ser claros con respecto a la cuestión de la que se trata.

LIBRE DETERMINACIÓN DE LA VOLUNTAD,
CAUSALIDAD Y DETERMINACIÓN,
A LA LUZ DE LA MODERNA INVESTIGACIÓN DEL CEREBRO

CHRISTIAN JÄGER
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Bayreuth*

SUMARIO: 1. Libre determinación de la voluntad como condición necesaria para la culpa personal. 2. Formación de la voluntad como curso causal más allá del determinismo. 3. Libertad de actuación y determinismo. 4. Consecuencias de la ausencia total de libre voluntad. 5. Resumen. Bibliografía.

En Derecho penal se distingue desde siempre entre causalidad transmitida físicamente y causalidad transmitida psíquicamente (Frank 1897). En este punto se tiene que ser consciente de que la utilización de esta pareja de conceptos solamente puede tener sentido cuando se parte de la base de que es imposible una completa explicación de la determinación de la voluntad humana a través de las leyes de la naturaleza.

La respuesta a esta cuestión viene determinada decisivamente por la cuestión previa sobre si la moderna investigación del cerebro parte de un posible completo control neuronal del comportamiento humano a través del cerebro. De hecho, las investigaciones más recientes van en esa dirección y concluyen que el sistema límbico controla completamente el comportamiento humano (Prinz 1996, p. 51; 2006, p. 86; Roth 2003, p. 494; Singer 2004, p. 30; Schiemann 2004, p. 2056; Spigles 2007, p. 43; Merkel 2008, p. 3).

Según estas investigaciones, no obstante, no se debe cuestionar la experiencia subjetiva de la propia determinación del comportamiento. Esta experiencia es sin embargo un puro autoengaño, ya que la persona

⁴⁸ Con más detalle sobre el conjunto del problema de la culpabilidad: HIRSCH, *ZStW* 106 (1994), 746 y (nota 9), pp. 307 y ss. Allí también críticamente sobre la concepción de la culpabilidad de Jakobs (pp. 752 y ss. y pp. 322 y ss. respectivamente).

Me gustaría agradecer efusivamente el que se me haya permitido tomar parte en este interesante proyecto de investigación. Mi agradecimiento en este sentido se dirige sobre todo a mi amigo Eduardo Demetrio Crespo, impulsor del proyecto y responsable de su excelente organización.