

EN DEFENSA DE LA CULPABILIDAD.
ANÁLISIS EN RELACIÓN A LAS CRÍTICAS
DE LAS NEUROCIENCIAS*

IN DEFENSE OF GUILT. ANALYSIS IN RELATION TO THE
CRITICS OF THE NEUROSCIENCE
EN DÉFENSE DE LA CULPABILITÉ. ANALYSE PAR RAPPORT AUX
CRITIQUES DES NEUROSCIENCES

JOSÉ FRANCISCO LEYTON JIMÉNEZ**

RESUMEN

El presente artículo presenta los postulados que han desarrollado en los últimos treinta años las neurociencias para negar un concepto fundamental del Derecho Penal moderno, esto es, la idea de que en el hombre existe libertad para actuar y optar por el comportamiento ilícito. Bajo su esquema, no existiría la referida libertad, la que sería una ilusión, en tanto el cerebro determinaría previamente nuestro comportamiento.

A través de la defensa del concepto de culpabilidad se esboza una respuesta al planteamiento de las neurociencias, desde las bases que fundan nuestro sistema de reproche.

PALABRAS CLAVE: Culpabilidad – Imputabilidad – Reprochabilidad – Neurociencias

ABSTRACT

This paper develops the principles that it has developed in the last thirty years the neurosciences to deny a fundamental concept of modern Criminal Law, that is, the idea that in man there is freedom to act and choose the wrongful behavior. Under his scheme, freedom would not exist, which it would be an illusion, since the brain previously determine our behavior.

Through upholding the concept of guilt, a response is given to the approach of neuroscience, from the structure of our criminal system.

KEY WORDS: Guilt – Culpability – Blameworthiness – Neurosciences.

* Artículo recibido el 30 de septiembre de 2013 y aceptado para su publicación el 14 de abril de 2014.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Procesal Penal de la Universidad de Valparaíso; Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Talca - Universitat Pompeu Fabra; Magíster en Derecho, mención Derecho Público de la Universidad de Chile.

Abogado Asistente de Fiscal del Ministerio Público de Chile, Fiscalía Regional Centro Norte. Avenida Pedro Montt 1606, 8º Piso, Santiago de Chile.

Correo electrónico: jleyton@minpublico.cl - joseleytonj@yahoo.es

El autor agradece a la psicóloga María Constanza Leyton Jiménez, por la revisión del texto y las sugerencias entregadas en torno a la visión psicoanalítica como precursora de los estudios del inconsciente y a los abogados Rodrigo Álvarez Quevedo y Rubicel Guerrero Lillo, por los importantes comentarios efectuados al borrador final.

RÉSUMÉ

Cette chronique s'occupe des considérations qui ont été développés depuis les dernières trente années les neurosciences pour refuser une notion fondamentale du Droit Pénal moderne, c'est-à-dire, l'idée qu'on trouve chez l'être humain une liberté pour agir et choisir pour le comportement licite. Sous ce schema, il n'y aurait point la dite liberté, il ne serait qu'une illusion, car le cerveau determine auparavant notre comportement.

Par le biais de la défense de la notion de culpabilité on peut esquisser une réponse à l'approche des neurosciences, depuis les supports qui ont fondés notre système d'imputabilité.

MOTS CLÉS: Culpabilité – imputabilité – neurosciences.

INTRODUCCIÓN

A comienzos de los años noventa, un caso remeció al sistema judicial norteamericano. Herbert Weinstein, de 65 años de edad, fue acusado de estrangular a su esposa Bárbara hasta la muerte y luego, en un esfuerzo por tratar de hacer parecer el hecho como un suicidio, arrojó su cuerpo a través de la ventana, un decimosegundo piso del apartamento en que residían de una calle de Manhattan, Nueva York. Poco antes de comenzar el juicio, el abogado del acusado planteó que su cliente no podría ser responsable de los hechos materia de la acusación en tanto mantenía un quiste alojado en la membrana aracnoidea de su estructura cerebral que habría generado en él un actuar violento más allá de su propia voluntad. Luego de una serie de controversias procesales en torno a la legitimidad de la admisión de las imágenes cerebrales en el contradictorio, el persecutor penal público, asumiendo el impacto que éstas podrían tener en el jurado, ofreció una considerable reducción de pena, la que el acusado aceptó, admitiendo responsabilidad¹. Esta situación, conocida luego ampliamente en el mundo judicial del país, significó la entrada a una nueva forma de enfrentar en juicio –tanto por parte de la fiscalía como de la defensa– al acusado: incorporar o no evidencia médica de los problemas orgánico-cerebrales que serían determinantes en el comportamiento violento que habría antecedido al delito.

Si bien el sistema continental que seguimos en nuestro país para establecer sanciones penales es diferente al que sigue la tradición del precedente, en tanto manejamos una estructura dogmática que descansa en la Teoría del Delito con más de ciento treinta años de desarrollo doctrinario, no es menos cierto que, tal como sucede en el Derecho anglosajón, nuevos desarrollos de las ciencias empíricas paulatinamente intentan erosionar las bases del sistema penal, suponiendo que el antecedente basal del reproche –la idea de libertad del delincuente al momento del hecho– sería un concepto falaz. Volvería así la clásica discusión entre determinismo y libre albedrío.

¹ ROSEN, Jeffrey (2007). “The Brain on the Stand”. *The New York Times*, Nueva York, edición de 11 de marzo. Disponible en: http://www.nytimes.com/2007/03/11/magazine/11Neurolaw.t.html?pagewanted=all&_r=0. [Consulta: 15 junio 2014].

Estos incompatibles esquemas han tenido centurias de avances, retrocesos y estancamientos. La conceptualización del hombre como un ser determinado de antemano por su especial fisonomía orgánica, en que la estructura cerebral le pre-dispone a actuar de una forma establecida *versus* la libertad plena con que gozaría para actuar, eligiendo libremente, por ejemplo, el comportamiento a demérito o el acto socialmente bueno, ha tenido una literatura vasta a lo largo de los años, acuñada por autores de conocida experiencia y tradición científica.

La neurociencia ha entregado un componente nuevo a este antiguo debate que no ha sido del todo recibido en nuestro medio, aunque sí con intensa cobertura en España, Alemania y Estados Unidos, aportando un esencial dato que a los penalistas puede causarles recelo: en el hombre no hay libertad –nunca la hubo–, elemento fundante tradicional de la culpabilidad, requisito inequívoco para aplicar pena en un Estado Democrático de Derecho, sino más bien, estaríamos determinados en nuestros comportamientos por procesos que no podemos controlar y de los que, por tanto, no se nos debería hacer responsables². Así, el profesor español Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ señala con acierto que, bajo estos parámetros científicos, “*no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras*”³.

Estimamos que la mejor manera de presentar esta discusión no puede serlo realizando una refutación con antecedentes fundados en la biología o la anatomía⁴, sino que debemos tratar de dilucidar desde las Ciencias Jurídicas, con sus métodos, doctrinas e historia, si los componentes tradicionales de la culpabilidad pueden servir de auxilio para la supervivencia del concepto, que hoy fundamenta la aplicación de la privación más clara y comunicativamente más brutal de que se vale el Estado para el resguardo del orden social y el restablecimiento normativo: la pena⁵. Por ende, este no es un trabajo de neurociencias, sino que uno de Derecho Penal, que busca reflexionar si la pretendida erosión sufrida es profunda o más

² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2011). “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, p. 3. Disponible en: <<http://www.indret.com/pdf/806.pdf>> [Consulta: 13 mayo 2014].

³ *Idem*.

⁴ Ilustrativas a este respecto resultan las palabras de Winfried HASSEMER: “Vedado me queda un recuento del estado de la biología humana, aunque sólo se limitara a lo que genera consecuencias para la concepción jurídico penal de la culpabilidad. Para hacer esto, la orquesta de la biología humana es demasiado polifónica, y mi capacidad para analizar de modo confiable su interpretación, demasiado limitada; no podría asumir la responsabilidad de tal análisis –y mucho menos de un pronóstico–. También está cerrado el camino de reflexionar conjuntamente sobre las hipótesis fundamentales de la biología humana y el Derecho Penal, y concretarlas y desarrollarlas en un procedimiento integrador”. *Vid.*, HASSEMER, Winfried (2011). “Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, p. 5. Disponible en: <<http://www.indret.com/pdf/821.pdf>> [Consulta: 15 mayo 2014].

⁵ Entenderemos a la pena no separada con la ejecución de la misma, ya que ésta, no obstante el eufemismo de hablar de *métodos alternativos a la pena privativa de libertad*, por su faz comunicativa es, a fin de cuentas, pena. Mas, la Ley N° 18.216 que “*establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad*”.

bien obedece a una nueva versión del clásico determinismo⁶. Los puntos serán tratados desde el enfoque del Derecho, a efectos de no caer en el error categorial:

“El error categorial deriva de la vulneración de un principio de la teoría del conocimiento y de la ciencia. Este principio es el siguiente: toda ciencia sólo ve aquello a lo que sus instrumentos le permiten el acceso, y encuentra una respuesta únicamente allí en donde su instrumento le permite una pregunta que corresponda a la respuesta en el plano categorial. Qué es lo que pertenece al instrumentario de una ciencia queda determinado en función de su objeto formal. Si una ciencia actúa fuera del ámbito que le resulta accesible, confunde las cosas y las categorías y crea caos; en todo caso, esto último sucederá cuando esa ciencia tenga suficiente prestigio y poder, es decir, cuando se la escucha y se entabla un diálogo con ella, en vez de ponerla en su sitio a tiempo”⁷.

La reflexión final de HASSEMER a estos respectos es inequívoca y guiará nuestro trabajo:

“En el momento actual, las ciencias naturales gozan de prestigio y tienen poder. Su metodología de la observación domina hoy nuestra cultura cotidiana por completo y sin competencia alguna, y, como es natural, también la obtención de conocimientos en el proceso penal; quien no puede apoyar sus argumentos en la observación, es un loco a nuestros ojos. Mientras que la teología hace tiempo que ha pagado en la cultura occidental su error categorial de pretender poder explicar la génesis de la Tierra –con excepción de algunos relictos creacionistas–, **no son pocos entre nosotros los que gustan de la maldad del patólogo de que no ha descubierto alma alguna al abrir el cadáver, por lo que ésta, en consecuencia, no existiría**”⁸ [negrita es nuestra].

1. EL DESARROLLO DE LA IDEA DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL

Siguiendo al profesor FEIJOO SÁNCHEZ, denominamos culpabilidad al conjunto de criterios normativos que permiten justificar la imposición de una pena concreta por parte de un órgano de justicia a una persona a la que se le ha imputado previamente un injusto de relevancia jurídico-penal⁹. Se trata de un proceso de imputación, de reproche de una conducta que se estima atentatoria contra el orden social democráticamente establecido por los ciudadanos en un proceso deliberativo previo, conforme a normas racionales de corte comunicativo¹⁰ que obedecen a un tiempo y contexto histórico determinado. Por lo anterior es que cada pueblo y época

⁶ HASSEMER (2011), p. 3 “en algún momento se acaban los grandes temas y se desmigajan en paradigmas, por lo que se buscan otros y se discute entonces sobre ellos. Esto está bien, es la libertad de la ciencia; pero para nosotros no es tan sencillo; a nosotros nos generan problemas en nuestra ciencia, en la *praxis* judicial (...)”.

⁷ HASSEMER (2011), p. 6.

⁸ HASSEMER (2011), p. 7.

⁹ FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 17.

¹⁰ *Idem*.

poseen sus propios lineamientos de imputabilidad, de acuerdo a sus particulares circunstancias. La dogmática estudia estos criterios de adscripción, a efectos de verificar su correspondencia con el sistema imputativo y las nuevas aristas científicas que pudieran irse presentando, obteniendo para ello el auxilio de ciencias como la psiquiatría, criminología, psicología y medicina¹¹⁻¹².

Desde el siglo XIX, el elemento culpabilidad ha sufrido importantes variaciones, partiendo desde una concepción psicológica propia del causalismo naturalista a variantes de corte normativo, en la idea difundida de entenderla como reprochabilidad.

En este sentido, VON LISZT y BELING desarrollaron un concepto psicológico de culpabilidad, el cual se detenía fuertemente en el estado mental del autor del delito sobre la base de aquellos hechos que fueran reconocibles por medio de la observación y accesibles a una descripción¹³. En el concepto es donde radica todo lo subjetivo del hechor y en cuya sede sólo se aprecian elementos de corte fáctico, descriptivo, estableciéndose allí una conexión psíquica del sujeto activo con el hecho dañoso, generando formas dolosas (dolo malo¹⁴) o culposas, verificables en que el sujeto

¹¹ Siguiendo a Fernando SÁNCHEZ LÁZARO, la culpabilidad sería un mandato de optimización, pues, como todo principio, se trata de normas que sólo permitirían una realización gradual y relativa en el caso concreto a través de la debida ponderación de las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes, no poseyendo una estructura alterna excluyente (se cumple o no). *Vid.*, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (2011). “El principio de culpabilidad como mandato de optimización”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 4, pp. 6-7. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/848.pdf> [Consulta: 13 junio 2014]. Por su parte, el profesor Hans-Heinrich JESCHECK, también enunciando a la culpabilidad como principio, expone que ésta tiene dos fines: el primero, servir como fundamento para responsabilizar personalmente al autor por la acción típica y antijurídica que ha cometido mediante una pena estatal y, por otro lado, establecerse como un requisito de la punibilidad y un criterio para la determinación de la pena. *Vid.*, JESCHECK, Hans-Heinrich (2003). “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 5, p. 01:1. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>. En nuestro sistema, su reconocimiento como principio constitucional puede derivarse de la consagración del Estado de Derecho. A este respecto, SOTO PIÑEIRO, Miguel (1999). “Una jurisprudencia histórica hacia el reconocimiento del ‘principio de culpabilidad’ en el Derecho Penal”. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 3, pp. 233-253.

¹² Como bien enuncia Bernd SCHÜNEMANN, el valor de la sistemática jurídico-penal (...) radica en “que conduce, sin rodeos, a un correcto planteamiento de la cuestión, muestra las consecuencias de las soluciones pertinentes y garantiza, así, una ordenación, precisión y canalización de los argumentos y posibilidades de solución relevantes”. Agrega: “Aquí sólo se trata de probar que el Derecho Penal no puede ordenarse en un sistema cerrado ni tampoco dejarse a merced de un pensamiento tópico, que opere completamente al margen del sistema, sino que, en lugar de todo ello, es obligada la construcción de un sistema abierto, en el que cada nuevo problema se discuta con conocimiento del sistema disponible y se resuelva de un modo que pueda integrarse en dicho sistema o fuerce su modificación”. SCHÜNEMANN, Bernd (2012). “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”. En: *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 40.

¹³ JESCHECK (2003), p. 01:3.

¹⁴ Dolo conociendo no solamente los elementos del tipo, sino que también la antijuridicidad o prohibición de la conducta.

conoce y quiere el hecho¹⁵. Su presupuesto está dado por la idea de imputabilidad, concebida como la capacidad individual por condiciones de madurez y normalidad psíquica¹⁶, que, estando plena, es un presupuesto de que el hechor ha actuado de manera *libre*, habiendo podido hacerlo en un modo diverso. Culpa y dolo, bajo esta conceptualización se encuentran presentes en el elemento culpabilidad.

A su turno, alejándose del positivismo científico y realizando un viraje hacia el Neokantismo y abandonado los métodos imperantes de conocimiento, reducidos a observar y describir, Reinhard FRANK desarrolló en el año 1907 la idea de que este es un elemento fundamental para la teoría del delito, pero basado en una idea trascendente, con un método propio de las ciencias humanas consistente en comprender y valorar: la culpabilidad es reprochabilidad por el injusto¹⁷, realizada por el juzgador al actor en razón de que es posible establecer en éste un reproche individual por su acción desde valoraciones y criterios normativos¹⁸, como un juicio de valor basado en el mandato de la norma sobre la parte interna del hecho¹⁹. Lo anterior significó un punto de inflexión con la concepción psicológica del causalismo, toda vez que podrían presentarse casos de pleno nexos psíquico de unión con el hecho y faltar la culpabilidad. Unido a lo anterior, la falta de respuesta a la fórmula propuesta por VON LISZT en torno a, por ejemplo, la imprudencia inconsciente, en que no hay nexos psicológicos y, sin embargo, la conducta es culpable ya que es reprochable, reforzaron el abandono de la teoría en comento²⁰.

Esta idea de reprochabilidad ha sido núcleo duro en la dogmática penal del siglo XX. GOLDSCHMIDT, tomando la conceptualización de FRANK, la desarrolló en plenitud, señalando que su caracterización más importante a la hora de establecer

¹⁵ Ello, no obstante los problemas que el esquema genera a nivel de imprudencia.

¹⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2012). "Libertad, culpabilidad y neurociencias". *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 3, p. 6. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/904a.pdf> [Consulta: 13 junio 2014].

¹⁷ A juicio de FRANK, el reproche es uno de los elementos centrales de la idea de culpabilidad: "Para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, hay un triple presupuesto: 1° una aptitud espiritual normal del autor, a lo que nosotros denominamos imputabilidad. Si ella existe en alguna persona, entonces está dicho que su comportamiento antijurídico puede ser convertido, en general, en reproche, pero todavía no se puede afirmar que le corresponda un reproche en el caso particular. Para ello se necesita además: 2° una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta, conforme lo cual aquél discierne sus alcances (dolo), o bien los podría discernir (imprudencia). En la existencia de esta exigencia, el reproche no estaría fundado. Para ello es necesario que, además, concurra: 3° la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa. Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto, en general, de un reproche, según la interpretación del legislador". FRANK, Reinhard (2004). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad [Über den Aufbau des Schuldbegriffes]*. ABOSO, Gustavo y LÖW, Tea (Trad.), Buenos Aires: Editorial B de F, 1ª edición, p. 40.

¹⁸ LUZÓN PEÑA (2012), p. 6.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

o no el elemento en un caso en concreto, viene dado por la *idea de libertad*: la premisa básica para penar una conducta radica en que el actor ha podido actuar de otro modo, destacándose en lo sucesivo que más que el juicio de reproche, lo central será el análisis en torno a la disposición defectuosa de la voluntad de acción, la que, a su turno, posibilita el juicio de reproche²¹, el que descansa en la contrariedad a un deber –infracción de una implícita norma de deber para la conducta interna– y en la exigibilidad –capacidad, bajo el esquema causalista–²². Años más tarde, profundizando este desarrollo teórico, será FREUDENTHAL quien ampliará el concepto de inexigibilidad, a efectos de explicitar que no será merecedora de pena la persona que según las circunstancias del hecho no podía evitar su comisión.

Por su parte, Hans WELZEL establece en su tesis finalista de la acción, con gran impacto en la doctrina penal chilena de los años sesenta y setenta, que la culpabilidad es un juicio comunicativo basado en que la sociedad esperaba un comportamiento diverso de aquel realizado por el hechor, quien podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho²³.

Con mayores o menores variaciones es ésta la formulación que ha sido dominante en la doctrina penal de la pasada centuria, siendo las diversas vertientes de su seno recogidas por nuestro sistema nacional²⁴.

No obstante, desde diversas ramas del saber se han desarrollado respuestas para intentar negar la pretendida libertad de actuar del hombre y desde allí volver al determinismo. No siendo posible probar científicamente la existencia de la libertad del sujeto al momento de desarrollar actos ilícitos, su defensa –se arguye– sería insostenible lógicamente. Consecuencia obvia de esta visión es el abandono de la pena como reacción estatal frente al delito y la entrada de medidas de seguridad de corte preventivo especial. La culpabilidad pasa a ser, en consecuencia, una ilusión.

2. LAS NEUROCIENCIAS: EL CEREBRO Y LA ACTUACIÓN *DE TODAS MANERAS*. LA PRESUNTA CRISIS DEL SISTEMA BASADO EN LA IDEA DE CULPABILIDAD

Entre los años 1885 a 1886 le es solicitado a Sigmund FREUD, neurólogo austriaco, realizar un estudio comparativo de las parálisis motrices (orgánicas) e

²¹ LUZÓN PEÑA (2012), p. 7.

²² *Idem*.

²³ WELZEL, Hans (2011). *Derecho Penal Alemán* [Das Deutsche Strafrecht]. BUSTOS, Juan y YÁÑEZ, Sergio (Trad.), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, p. 182. Por su parte, el profesor JESCHECK señala que WELZEL no llega a explicar cómo puede fundamentarse la responsabilidad del culpable por su decisión de cometer el hecho, lo que dejaría abierto el problema que él denomina como el “misterio” del libre albedrío. *Vid.*, JESCHECK (2003), pp. 5-6.

²⁴ Si bien, la mayoría de la doctrina estima que el dolo y la culpabilidad descansan en el tipo, son significativos los trabajos clásicos de los profesores Alfredo ETCHEBERRY y Sergio POLITOFF para ubicarlos en la culpabilidad. Véase, ETCHEBERRY, Alfredo (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición; y, POLITOFF, Sergio *et al.* (2011). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición.

históricas, a modo de comprender la naturaleza de la histeria. Las escasas evidencias científicas de la época proponían la idea de entender a ésta con fuente orgánica, determinándose qué lugares de la corteza eran los que provocaban dicha enfermedad. Luego de mucho estudiar, FREUD señala que:

“La lesión de las parálisis histéricas debe ser completamente independiente de la anatomía del sistema nervioso, puesto que la histeria se comporta en sus parálisis y demás manifestaciones como si la anatomía no existiese o como si no tuviese ningún conocimiento de ella”²⁵.

Con estas investigaciones FREUD viene a cambiar la hipnosis por la asociación libre y la interpretación de los sueños. Se da cuenta que son la “vía regia”²⁶ a un espacio no delimitado, invisible, que entrega mucha información conductual y que enferma o sana, según sea el caso y la relación con el terapeuta. Nace así el psicoanálisis, que transformaría diversas áreas del saber humano a lo largo del siglo XX.

A efectos de su trabajo, estudió manifestaciones somáticas tan propias de la época, mayormente en mujeres, cuyos cuadros de parálisis o histeria se debían a represiones inconscientes que generaban cambios a nivel psíquico y físico. Describir los sueños, y con esos símbolos realizar asociación libre, señalaba el médico vienés, sería la vía para desentrañar lo que esconde la mente humana²⁷.

Estudios como el desarrollado por Freud posibilitaron una mayor comprensión de las enfermedades y trastornos mentales, encontrando, por ejemplo, en lo oculto del inconsciente una forma moderna de determinismo en el siglo XX. Ello abrió la puerta a diversas ramas, con el rápido avance científico de la pasada centuria, a adentrarse más en el cerebro y la conducta del hombre. Pero, no sería sino con el advenimiento de las neurociencias que se haría nuevamente la llamada a esta antigua concepción: negación de la culpabilidad y predeterminación *de todas maneras, bajo todos los respectos*²⁸, sobre la base de una presunta falsa creencia de que el libre albedrío existiría y sería comprobable:

“(…) el libre albedrío sería ese centro estructural que fundamenta la estructura y lógica interna del discurso del Derecho Penal hegemónico. Es el presupuesto fundamental que determina la responsabilidad penal del individuo, que presupone su existencia; en este

²⁵ FREUD, Sigmund (2011). *Obras Completas*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo, 4ª edición, p. 19.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*.

²⁸ El enlace de las nuevas orientaciones jurídicas que nacerían por el influjo de las neurociencias es, bajo el Derecho anglosajón conceptualizado como *Neurolaw*: un campo emergente de trabajo interdisciplinario que explora los efectos de los descubrimientos de las neurociencias en las reglas legales y sus estándares. *Vid.*, SYMINGTON, George (2012). “Neurolaw: De la defensa judicial hacia un Derecho Penal del enemigo”. *Revista Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia*, N° 9, p. 71. En línea: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/4-REV.UNIVERSITAS-SYMINGTON-NEUROLAW.pdf [Consulta: 17 junio 2014].

sentido siempre está presente. Pero cuando se trata de examinar su existencia empírica, no se encuentra de (*sic*) esté sustentada en los resultados de las investigaciones; de ese modo dicha presencia se vuelve ausencia. Se convierte así el libre albedrío en una construcción social que forma parte de una epitome occidental mayor; es simplemente otra metafísica de la presencia, necesaria para fundamentar el discurso penal hegemónico, dándole lógica y consistencia. En otras palabras, el libre albedrío sería una causa sin causa, que presupone la existencia de todo un sistema de pensamiento, tal como lo fue la idea de Dios durante la hegemonía de la Iglesia católica²⁹.

Siguiendo a GARCÍA, la neurociencia es la ciencia del encéfalo, esto es, una sabia amalgama de conocimiento relacionado con el estudio del vínculo entre cerebro y conducta, siendo tarea de esta ciencia interdisciplinar el aportar explicaciones de la conducta en términos de actividades del encéfalo, investigando cómo actúan millones de células nerviosas individuales allí para producir la conducta y luego, si la intervención ambiental y social puede influir en ese resultado³⁰.

Por lo mismo es que las neurociencias entregan un nuevo componente a la tradicional discusión en torno a la eventual libertad de que estaría dotado el hombre, presupuesto inequívoco de la imputabilidad como reproche. Amparadas por las perspectivas que entregan los métodos de investigación y las neuroimágenes³¹ como la tomografía por emisión de positrones³², resonancias magnéticas funcional³³ o nuclear, abren caminos en el estudio del comportamiento humano, analizándolo desde una perspectiva orgánica más que ambiental.

FEIJOO SÁNCHEZ, tomando ejemplos desde el derecho anglosajón, propone a este respecto un importante caso: un hombre de cuarenta años, profesor y padre de familia, desarrolla un creciente interés en pornografía infantil que le lleva a acosar a su hijastra preadolescente y a sus alumnas. Como consecuencia de sus comportamientos es sentenciado en un primer momento a una terapia que in-

²⁹ SYMINGTON (2012), p. 82.

³⁰ GARCÍA, Eric (2007). "Neurociencia, conducta e imputabilidad". *Revista Quark*, N° 39-40, p. 89. Disponible en: <http://quark.prbb.org/39-40/039088.pdf> [Consulta: 17 junio 2014].

³¹ NARVÁEZ MORA desarrolla una importante descripción de la importancia que las neuroimágenes han tenido en el avance científico, desde el descubrimiento accidental de los rayos X en 1895 por Wilhelm Conrad Roentgen. *Vid.*, NARVÁEZ MORA, Maribel (2012). "El impacto de la neurociencia sobre el derecho: el caso de la responsabilidad subjetiva". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 15, p. 202. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero15/07-15.pdf>.

³² La PET detecta los rayos gamma que emiten ciertas zonas del cerebro cuando se ha colocado en el torrente sanguíneo material radioactivo, el que incluye oxígeno, carbono o nitrógeno. Estas sustancias, circulando en la sangre se depositan en los lugares en actividad que las requieren. En ese momento, por su carácter radioactivo generan neutrones y positrones. Cuando el positrón se une a un electrón ambos son destruidos emitiendo rayos gamma. *Vid.*, NARVÁEZ MORA (2012), p. 203.

³³ Esta técnica posibilita la obtención de imágenes, detectando los cambios en el flujo sanguíneo que se producen en diversas zonas del cerebro, ofreciendo una visión no sólo anatómica de éste, sino que también funcional, ya que se obtiene información de lo que ocurre "mientras está ocurriendo". *Vid.*, NARVÁEZ MORA (2012), p. 203.

cluye tratamiento con hormonas, la que no tiene éxito, por lo que es ingresado en prisión. Durante el cumplimiento de dicha condena se le descubre un gran tumor cerebral en la parte derecha de la zona orbitofrontal como consecuencia de unos crecientes dolores de cabeza. Siete meses después de una exitosa operación, debido a su falta de peligrosidad, se le deja en libertad. Lo curioso, acota el penalista español, es que tres meses después vuelve el sujeto con dolores de cabeza y, al mismo tiempo, a coleccionar pornografía ilegal. Una revisión médica demuestra un nuevo crecimiento del tumor, lo que conduce a que sea operado nuevamente y, a raíz de la intervención, vuelvan a desaparecer sus tendencias sexuales anómalas. Un dato importante final, explicita el profesor, es que la persona retratada comprendía lo ilícito de su actuar, actuando con la convicción de sus acciones estaban indeterminadas³⁴.

Lo reseñado evoca el punto crucial que estas investigaciones pretenden dilucidar: ¿es el comportamiento caracterizado como delictual una opción del hechor, o más bien, es dirigido inevitablemente por su actividad cerebral?, si esta respuesta es positiva, ¿tiene sentido mantener un Derecho Penal bajo los parámetros clásicos, en que se exige culpabilidad en el sujeto para establecer pena? Y, finalmente, estando clara la predeterminación, ¿tiene sentido la pena?

Estas interrogantes generan enormes campos de discusión, en que ciencias con métodos tan disímiles de investigación, como las sociales y las experimentales, abren paso a una mejora en la comprensión de lo que es el cerebro y las repercusiones sociales que el comportamiento a demérito plantea. En el caso que planteaba el profesor FEIJOO, ¿tiene sentido la aplicación de pena o es más correcto hablar de intervención preventivo especial? La inoquización y la intervención quirúrgica están, bajo esos esquemas, a la vuelta de la mano, pero nos evocan tanto a totalitarismo y a negación de la dignidad del ser humano que entrar en la discusión es de suyo difícil³⁵.

Pero, no es posible negar que cada sociedad avanza conforme el conocimiento científico entrega nuevas posibilidades y establece criterios conforme a su tiempo:

“Hace cuarenta años este hombre habría quedado etiquetado como un ‘malvado’, es decir, como un sujeto culpable. Las nuevas técnicas de neuroimagen permitieron ver que su ‘maldad’ no era más que una ‘enfermedad’ de la que no se le podía hacer responsable. La misma pregunta, un tanto provocativa, que hay que hacerse es, ¿significa esto que la sociedad ha venido condenando injustamente a un cierto número de

³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 3.

³⁵ “Si Ferri identificaba al proletariado como sector peligroso, la Unión Soviética seleccionaba a los disidentes con el régimen estalinista, y la legislación española –Ley de Vagos y Maleantes de 1933– distinguía como peligrosos y necesitados de tratamiento a mendigos, vagabundos y homosexuales, entre otros”. *Vid.*, PÉREZ MANZANO, Mercedes (2011). “Fundamento y fines del Derecho Penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, p. 24. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/818.pdf> [Consulta: 8 junio 2014].

personas en virtud de nuestros desconocimientos? La única respuesta razonable que encuentro a esta pregunta que vengo formulándome hace tiempo es que aquellos que han sido condenados debido a que no disponíamos de conocimientos para encontrar una alternativa a su responsabilidad no han sido tratados injustamente por la sociedad. El ordenamiento jurídico, como obra humana, sólo puede garantizar a los ciudadanos que su culpabilidad será valorada de acuerdo con los mejores conocimientos disponibles. Más no se puede hacer, pero ellos nos debería (*sic*) hacer asumir o ser conscientes de que nuestra falta de conocimientos nos pueden hacer –y nos han hecho hacerlo con toda seguridad– declarar la culpabilidad de alguien que en el futuro sólo sería tratado como una persona que ha tenido la mala suerte de padecer una enfermedad que le ha llevado a cometer un hecho delictivo”³⁶.

Este razonamiento permite entender el amplio abanico de métodos crueles de tortura que el proceso penal conoció a lo largo de su historia, ya que era lo estimado *ajustado a derecho* en un contexto histórico que es lejano al mundo de hoy; pero, por otra parte, contiene una aseveración importante que no podemos sino compartir: el juzgador aplica la norma que conoce conforme a su convicción jurídica y en coherencia con el avance en el conocimiento de la conducta humana que le provee su tiempo y espacio. La comprensión tradicional del siglo XX, fiel a este avance, entendió al hombre como libre, un ser inteligente que opta cuando está dotado para ello de la capacidad necesaria.

Las neurociencias dicen que ello no es más que una ilusión; cuando el hombre cree estar eligiendo, el cerebro ya lo ha decidido de esa forma unos segundos antes siquiera que él piense que va a optar de una determinada manera³⁷. Las acciones, así, escapan a nuestro control, en un esquema que podría sintetizarse en los siguientes términos:

- Premisa 1: Todo acto está determinado.
- Premisa 2: Si todo acto está determinado, entonces el agente no es responsable por el acto.
- Conclusión: Por ende, ningún agente es responsable por ningún acto³⁸.

Para autores como ROTH, SINGER y RUBIA, la constatación científica de esta situación de determinismo conductual trae como corolario obvio un ataque frontal al Derecho Penal como se le concibe hoy, debiendo ser abandonado el concepto de libertad personal:

“La falta de libertad cambiará completamente la valoración que hacemos de nuestra propia conducta y de la conducta de los demás, especialmente si se trata de alabarla o castigarla. Sólo podemos castigar a personas que son responsables de sus actos, y el castigo está unido tanto a la culpa como la culpa a la libertad. De ahí que el alcance

³⁶ FEJOO SÁNCHEZ (2011), p. 3.

³⁷ FEJOO SÁNCHEZ (2011), p. 4.

³⁸ SYMINGTON (2012), p. 77.

no se limitaría a cambiar la imagen que tenemos de nosotros mismos y de los demás, sino que tendría consecuencias también a nivel penal, ya que las penas están ligadas a la imputabilidad y culpabilidad”³⁹.

RUBIA finaliza su texto señalando:

“Si no existe libertad, no se concibe la culpabilidad ni la imputabilidad, de manera que no se debe castigar a aquellos miembros de nuestra sociedad que transgreden las leyes que nosotros mismos hemos creado para permitir una convivencia pacífica. Cabe suponer que ningún conocimiento podrá cambiar este hecho, pero sí cambiará la imagen que nos hemos formado del criminal o transgresor de esas leyes, pues no será culpable pero, en beneficio de la sociedad, deberá ser aislado. En más de una ocasión, me he referido a ello con el nombre de ‘revolución neurocientífica’”⁴⁰.

Los trabajos pioneros a estos respectos fueron elaborados en la década de los ochenta y noventa del siglo pasado, analizando la relación entre los movimientos espontáneos de las extremidades y su correspondencia con las ondas eléctricas en la corteza cerebral, estableciendo que 0,8 segundos antes de que se moviera el pie o la mano, existía actividad neuronal registrable, cuestión que se denominó “*potencial de disposición*” o “*potencial motor preparatorio*”⁴¹. En el año 1999 el neuropsicólogo Benjamín LIBET de la Universidad de California, desarrollando más en detalle estas investigaciones, señaló que la decisión consciente, referida como “arranque de la voluntad”, está antecedida por un potencial de disposición preparatoria que no es posible de ser reconocido por el sujeto ejecutor, quedando su decisión de acción predeterminada por el potencial de disposición, ya enunciado⁴². Así, evidenciándose por los neurocientíficos actividad cerebral no consciente previa a las decisiones, la libertad para optar es, a lo menos, difusa. *Viviríamos con una ficción de autonomía de la voluntad*⁴³, cuestión que se materializaría con mucha más profundidad

³⁹ RUBIA, Francisco (2009). *El Cerebro: Avances recientes en neurociencia*. Madrid: Editorial Complutense, 1ª edición, p. 17.

⁴⁰ RUBIA (2009), p. 148.

⁴¹ FEJOO SÁNCHEZ (2011), p. 5.

⁴² Michael PARDO y Dennis PATTERSON ejemplifican un experimento tradicional de este neuropsicólogo: “Libet pide a los sujetos que muevan la mano cuando quieran mientras él mide la actividad eléctrica del cerebro. Con los registros de EEG, esto se consigue caso con una precisión de milisegundos. Así, Libet descubrió que los impulsos cerebrales de los sujetos asociados al movimiento empezaban unos 300 a 350 milisegundos –o un tercio de segundo aproximadamente– antes de que los sujetos fueran conscientes de su intención de hacer el movimiento. En esencia, las áreas motoras y de planificación de sus cerebros empiezan a funcionar un tercio de segundo antes de que los sujetos sean conscientes de que desean realizar tal acto. De acuerdo con Libet y otros, la decisión del sujeto de mover el dedo o la muñeca se origina inconscientemente y la persona lo percibe como un deseo consciente un tercio de segundo más tarde”. PARDO, Michael y PATTERSON, Dennis (2011). “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Nº 2, p. 10. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/819.pdf> [Consulta: 2 junio 2014].

⁴³ FEJOO SÁNCHEZ (2011), p. 5.

en las personas que cometen delitos especialmente violentos –contra la vida y la indemnidad sexual en los niños, por ejemplo– ya que se habría establecido la existencia de distorsiones en el funcionamiento de determinadas áreas cerebrales de estas personas que refutarían la idea de que han podido optar *libremente* por la acción dañosa⁴⁴⁻⁴⁵.

Estas investigaciones fueron tomando considerable fuerza. En el año 2004, en Alemania, once científicos publicaron un manifiesto en que daban cuenta de que los avances neurocientíficos cambiarían radicalmente la forma en que se entendería el mundo en los próximos años, señalando un reduccionismo importante: “todos los procesos psíquicos internos pueden ser descritos en términos de cambios físico-químicos”⁴⁶.

FEIJOO SÁNCHEZ, encausando la investigación neurocientífica al modelo penal, establece que estas críticas vuelven al punto de origen en torno al libre albedrío:

“Para evitar equívocos con respecto a las dimensiones del problema, los neurocientíficos (...) no discuten en absoluto que adoptemos decisiones, es decir, formulado en términos dogmáticos, que actuemos dolosa o imprudentemente. Lo que pretenden resaltar es que dichas decisiones no son en última instancia libres sino determinadas por multitud de condiciones que no se pueden controlar conscientemente. Por ello lo que se pone en cuestión no es si los seres humanos tenemos la capacidad para controlar instrumentalmente nuestras acciones, sino que lo que pretenden es que todo proceso mental es reconducible en última instancia a una explicación científica y, por tanto, causal. Formulado en términos dogmáticos, las críticas de los neurocientíficos no afectan tanto a la teoría del injusto (capacidad de acción) como a la teoría de la culpabilidad. Formulado en términos clásicos, se trata del viejo tema del ‘librealbedrío’ (*sic*). No se

⁴⁴ PÉREZ MANZANO (2011), p. 4.

⁴⁵ A este respecto, Eduardo Demetrio CRESPO anota que en diversos estudios se ha constatado empíricamente que los autores de delitos violentos presentan problemas mentales de relevancia, ya que padecerían con frecuencia diversos déficit cerebrales en el área prefrontal y del córtex órbita frontal y singular anterior, así como en el córtex temporal y en las regiones límbicas, que, todas ellas, afectarían el control de los estados afectivos y emocionales. Un dato importante al que el autor pone atención es al hecho de que no sólo los déficit cerebrales pueden apreciarse como antecedentes para un eventual impulso delictivo, sino que también un deficiente nivel de serotonina, la que juega un papel fundamental en el control de impulsos. Ahora bien, y en una apreciación relevante en el marco del tema que analizamos, “Si bien los déficit en el sistema de la serotonina están condicionados en buena medida genéticamente, también pueden resultar de influencias negativas del entorno de carácter muy variado desde la etapa previa al nacimiento (abandono, violencia, abusos, etc.). Causas de la agresividad desde esta perspectiva pueden ser, en primer lugar, un déficit afectivo-emocional primario, que conduce a una valoración errónea de los sucesos del entorno, y en segundo lugar, un sentimiento de amenaza e inseguridad como consecuencia del aislamiento social en la infancia”. CRESPO, Eduardo Demetrio (2011). “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Nº 2, p. 15. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/807.pdf> [Consulta: 2 junio 2014].

⁴⁶ KROSS, Matthias (2012). “¿Siente mi cerebro? *Humboldt*, Goethe-Institut. Disponible en: <http://www.goethe.de/wis/bib/prj/hmb/the/158/es10438327.htm> [Consulta: 8 junio 2014].

trata tanto de si las personas hacen lo que han decidido, sino más bien de porqué (*sic*) han decidido en un determinado sentido”⁴⁷.

Estos temas llegaron al área jurídica ya que los neurocientíficos han entrado de lleno al ámbito penal. Así, en términos de prevención, se ha expresado que la sociedad no castiga al sujeto porque éste podía actuar en modo diverso, sino más bien porque era el medio ambiental en el que éste se encontraba inserto el que no podía actuar de otra forma⁴⁸. Por lo mismo, una mejor reacción estatal sería obviar la pena y entrar derechamente al amplio catálogo de medidas de prevención especial, condicionadas por el sentenciador al caso concreto teniendo en cuenta las particularidades no sólo del hecho, sino que también del sujeto activo en cuanto a su actividad cerebral, la que determinaría su comportamiento ilícito. La idea de peligrosidad criminal pasaría desde el ámbito de la prisión preventiva, en que hoy la fundamenta, al de la sanción neta, surgiendo una reorientación preventivo-especial⁴⁹, en que se resguarda a las víctimas potenciales pero en caso alguno es posible ya hablar de imputabilidad. Los tratamientos neurológicos serían, conforme a estos trabajos, una nueva forma de realizar la sanción y establecer como forma previa, un control delictual⁵⁰.

Frente a estas temáticas, el Derecho Penal debe entregar respuestas que legitimen activamente el porqué todavía es correcto penar, con la autoridad del Estado y el uso de la fuerza, aquellos comportamientos más graves que afectan al todo social tomando como punto basal la culpabilidad, siendo labor de la dogmática generar respuestas que permitan darle racionalidad al castigo, haciéndose cargo de estas críticas. En palabras de HASSEMER, las sirenas están cantando a los penalistas –afirmando que no es que no se pueda probar la libertad, sino que se puede probar que no existe⁵¹–, pero no ofrecen nada mejor que un desolado Derecho de medidas de seguridad⁵². Es necesario establecer respuestas, o al menos, intentarlo.

⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 6.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 7.

⁵⁰ PÉREZ MANZANO (2011), p. 4.

⁵¹ CRESPO (2011), p. 5.

⁵² HASSEMER lo enuncia novelescamente: “Los penalistas no añoraban las Sirenas; de hecho, la mayoría de nosotros no anhelamos sus canciones, pero su canto ha aumentado en los últimos tiempos tanto su volumen que ya no podemos cerrar nuestros oídos ante él. En cuanto a contenido, estrategia y retórica, este canto me recuerda a las dos olas que alcanzaron al Derecho Penal, y, sobre todo, a su ciencia, en el pasado aún visible: los agrimensores de seres humanos como *Lombroso* y *Ferri*, quienes dotados de la soberbia y la fuerza de penetración de las jóvenes ciencias exactas apuntaron al corazón del Derecho Penal de la culpabilidad, al identificar y exhibir al ‘criminal nato’, y psicólogos y humanistas como *Arno Plack*, quienes, cabalgando sobre la ola de la crítica intelectual de las instituciones y la demolición del sistema de los años setenta, abogaron por la abolición del Derecho Penal, aunque no tuvieran nada mejor que ofrecer como alternativa que un desolado –y decididamente menos amable– Derecho de medidas de seguridad”. *Vid.*, HASSEMER (2011), p. 2.

3. LA REORIENTACIÓN DEL SISTEMA Y EL SENTIDO DE LA CULPABILIDAD HOY

Con acertada ironía el profesor Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ señala que las neurociencias están generando un nuevo capítulo en un folletín que empezó hace mucho tiempo⁵³, en que se ofrece una nueva base científica para este antiguo debate entre determinismo y libre albedrío, pero en el que las cuestiones de fondo siguen siendo las de siempre:

“Este tipo de debate o ‘irritaciones’ externas nunca han conseguido modificar sustancialmente los procesos sociales de imputación de penas. Tras los mismos la consecuencia ha acabado siendo que la prevención especial ha pasado a adquirir en todo caso una mayor relevancia en aspectos puntuales, pero sin que ello llegue a afectar a la arquitectura básica del sistema punitivo”⁵⁴.

Como se expresaba *supra*, las respuestas al debate desde el Derecho Penal no pueden recurrir a antecedentes de corte fisiológico u orgánico, cuestión que no es propia a los penalistas. Bajo las ciencias humanas, los argumentos no se establecen bajo el binomio verdad o falsedad⁵⁵, sino más bien, en la racionalidad del planteamiento y en como éste se plasma en el resultado concreto. Hay consecuencias en la vida social que no pueden ser obviadas –o desterradas de plano– por la mera constatación del movimiento eléctrico en las ondas cerebrales, habiéndose erigido un sistema que, desde la racionalidad, entrega garantías a los ciudadanos y preserva el bien común, legitimando el uso de la fuerza sólo a la represión de los atentados más graves al contrato social creador del Estado Democrático de Derecho. Hay, así, muchos aspectos en el debate que deben ser analizados a fondo y negar ello no puede sino ser reduccionista.

3.1. Necesidad del concepto

Siguiendo a los códigos de factura liberal continental, la legislación chilena no ofrece un concepto explícito de culpabilidad o imputabilidad, ya que parte de la base de que ésta es la regla general, limitándose el artículo 10 del Código Penal a establecer las causales que eximen de la responsabilidad penal. Así, constatado el injusto, para establecer reproche será necesario verificar como estado previo que

⁵³ FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 9.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Como se expresa tradicionalmente, la justicia es el paradigma del Derecho Penal material, mientras que la verdad lo es del Derecho procesal penal. Pero, se trata de una verdad de tipo formal, no histórica, cuya regulación tiene como límite las garantías constitucionales. Por lo anterior, no todo puede ser probado de cualquier forma, sino que sólo en las formas en que las probanzas sean obtenidas lícitamente. Es claro así que el conocimiento en el ámbito del Derecho procesal penal debe estar regulado por normas superiores que descansan en la idea de la dignidad humana (respeto a los Derechos Fundamentales). Cuestión distinta sucede en las ciencias naturales, en que la búsqueda de la verdad debe ser minuciosa, completa y apegada lo más estrictamente posible a la realidad. CRESPO (2011), p. 17.

el sujeto no era *loco* o *demente* o menor de catorce años, por mencionar algunos supuestos previstos en la norma⁵⁶. Como bien acota el profesor FEIJOO SÁNCHEZ, las explicaciones del sujeto de por qué actuó de tal manera, no verificada alguna causal de las nombradas, o del impulso que repentinamente tuvo para el resultado, en nada afectan a la forma en que la sociedad hoy resuelve el problema, aplicando sanción prevista en la ley⁵⁷. Las razones del acusado son insumo para cierta *prensa* pero no para el adjudicador (o, al menos, no debieran serlo).

Bajo el esquema de las neurociencias, más que motivaciones existirían procesos químicos que se desarrollan en la estructura cerebral, capaces de determinar el comportamiento futuro. Cuando el sujeto imputable intenta explicar aquello que lo condujo a actuar, podría valerse de exámenes clínicos para explicar dicha situación y eludir la pena como la entendemos tradicionalmente. En ese esquema, las razones del sujeto importarían, y mucho.

El derecho, como toda construcción social, toma los elementos del mundo natural –la realidad del hombre– para elaborar un entramado institucional con sentido normativo. Así, conceptos como culpabilidad, imputación, atribuidad o retribución no tienen una existencia *natural*, ya que son creaciones que buscan fundamentar racionalmente un daño, un mal que es necesario aplicar a una persona que ha optado por el comportamiento estimado negativo al todo social. Hablar en este ámbito científico –ciencias jurídicas, o más bien, jurídico-penales– de determinismo es ingresar al mundo descriptivo, propio de una conceptualización del mundo natural y que es del todo ajena al derecho (norma/sanción), en que se estudia lo adscriptivo⁵⁸:

“Si bien las neurociencias nos ponen ante los ojos nuestra naturaleza determinada o, mejor dicho, nos alejan más de una hipótesis indeterminada en la medida en la que nos muestra nuestros cerebros como ‘mecanismos determinados’, la idea de responsabilidad no se tiene que (*sic*) ser necesariamente modificada porque es de naturaleza adscriptiva de acuerdo con reglas que tienen que ver con la configuración

⁵⁶ El profesor Klaus GÜNTHER señala que la falta de una definición positiva de la culpabilidad en los textos legales se debe a una preferencia en que se le entrega a la defensa la impugnación, no siendo carga del Estado su prueba. Existiría una cierta “presunción de normalidad” en las personas, quienes, no padeciendo alguno de los déficit establecidos en la ley, se encontrarían como capaces de acatar el derecho y de omitir la vulneración de bienes jurídicos. Así, la mayoría eleva sus capacidades promedio como parámetro general, con el cual es medido el delincuente en particular, cuestión que concierne tanto a las capacidades cognitivas como a las volitivas generales: “Si el inculgado se ajusta al parámetro, es culpable, si no se ajusta, entonces, no existe culpabilidad y tampoco puede ser sancionado”. *Vid.*, GÜNTHER, Klaus (2008). “El desafío naturalista para el Derecho Penal de la culpabilidad” [Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts]. CHAN MORA, Gustavo (Trad.), *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, Nº 25, p. 5.

⁵⁷ Salvo, por ejemplo, la constatación de colaboración efectiva, conforme al artículo 11, numeral 9º de nuestro Código Penal, que podría establecer una atenuante al momento de determinar la pena a aplicar, conforme a los artículos 67 y ss.

⁵⁸ Como atribución de responsabilidad –criterios normativos de imputación– en oposición a una mera descripción del mundo físico.

valorativa o normativa de la sociedad, es decir, conforme a criterios estrictamente normativos de imputación”⁵⁹.

Con acierto, FEIJOO SÁNCHEZ concluye el argumento:

“Los neurocientíficos no han tenido suficientemente en cuenta que la responsabilidad no es un hecho natural, sino un fenómeno social”⁶⁰.

Es un error, por tanto, confundir libertad con indeterminación. El primero, es un concepto social; el segundo, una búsqueda científico-empírica⁶¹.

Intentaremos en las páginas siguientes generar respuestas desde las bases estructurales que definen a la culpabilidad en la doctrina contemporánea, basándola en dos apartados fundamentales: el rechazo a la idea de establecer como regla general –sustitutiva de la pena– a la prevención especial y la reafirmación del concepto de libertad, como punto clave para conceptualizar el Derecho Penal moderno.

3.1.1. Reafirmación de la prevención especial

El primer llamado de atención que genera la crítica neurocientífica a la categoría tradicional de culpabilidad guarda relación con el abandono de la idea de prevención general –hoy mayoritaria en la literatura de la disciplina como fundamento de la pena⁶²– por una suerte de vuelta al conocido Programa de Marburgo de VON LISZT, en que se habla de delinquentes peligrosos, corrección e incluso inocuización de los incorregibles⁶³, propias de fórmulas para categorizar a las personas que no se condicen con un Estado que reconoce la dignidad del ser humano y que son más bien propias de un Derecho Penal de autor –la antigua escuela de Kiel⁶⁴–, cuestión ya negada por los códigos continentales que orientan su articulado sancionador en torno a la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado con la acción jurídico-penal relevante y el grado de participación del sujeto en el hecho mismo⁶⁵. Las características personales del imputado evocan a otro momento histórico, con bases científicas que hoy no son sostenibles empíricamente.

⁵⁹ FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 21.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Cf., MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2007). “La pena como retribución”. *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 108, pp. 117-205. Disponible en: <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4059_2167/r108_manalich_lapena.pdf>.

⁶³ FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 10.

⁶⁴ Época con perspectiva totalizadora posterior al Neokantismo que, conforme lo afirma acertadamente SCHÜNEMANN, significó la autosupresión de la ciencia del Derecho Penal. *Vid.*, SCHÜNEMANN (2012), p. 54.

⁶⁵ Esquema que se ha denominado como Derecho Penal hegemónico, esto es, el preponderante en el mundo occidental, con base ontológica en la estructura tripartita del delito, dividido en actividad, tipicidad, antijuridicidad de la conducta y culpabilidad. *Vid.*, SYMINGTON (2012), p. 78.

Como sabemos, las teorías de prevención general admiten dos líneas claras: la primera, negativa, establece que las penas tienen por finalidad lograr un efecto intimidatorio o disuasión en los ciudadanos; mientras que la variante positiva, como bien enuncia la profesora PÉREZ MANZANO, no está enfocada sólo en la idea del temor al castigo –la intimidación– sino más bien en que las personas consideren justo el contenido de las normas, sintiéndose motivadas valorativamente a su respecto, o de que, con independencia del juicio que les merezca el contenido de la regla de conducta impuesta, el Derecho Penal funcione como mecanismo generador y estabilizador de expectativas de conducta, de manera que la imposición de la pena constituya un acto de reafirmación del ordenamiento jurídico⁶⁶.

El esquema de retribución en la prevención general con el efecto de intimidación es compatible con un esquema determinista de la conducta, en tanto hay un claro fin conductista en el actuar futuro de las personas, a quienes no se les concibe como agentes morales⁶⁷. Los conocidos experimentos de PAVLOV pusieron foco en que los animales pueden ser guiados en sus acciones a partir de ciertos patrones a seguir, por lo que no es extraño señalar que las personas podrían *aprender* a no delinquir a partir del miedo a la asociación conducta ilícita con pena.

Mas, la idea de prevención general positiva no es del todo relacionable teóricamente con un postulado determinista de la conducta. La idea central de esta variante es analizar al hombre desde una perspectiva de sujeto libre; ya sea desde la formulación de JAKOBS, en que la pena se impone para lograr la estabilización normativa como regla de conducta socialmente vigente de modo que cualquier ciudadano pueda generar y mantener expectativas sobre su cumplimiento⁶⁸; o en ROXIN, quien es partidario de una prevención de corte integrador generando incluso un concepto de responsabilidad anexo al de culpabilidad, ambos asumen una concepción del hombre como un sujeto detentador de derechos y deberes⁶⁹. La profesora PÉREZ MANZANO lo analiza en los siguientes términos, siguiendo a los autores en comentario:

“La reafirmación del ordenamiento jurídico, la fidelidad al Derecho, la integración social derivada de la sanción penal justa, no son efectos alcanzables en meros entes biológicos; no constituyen efectos físicos en un mundo físico, sino efectos sociales en un mundo de comunicación entre agentes morales, que dirigen su conducta conforme a reglas”⁷⁰.

⁶⁶ PÉREZ MANZANO (2011), p. 13.

⁶⁷ El agente en un sentido de verificar el sentimiento de obligación del mismo hacia el campo de lo permitido o prohibido. *Vid.*, SLACHEVSKY, Andrea *et al.* (2009). “La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral”. *Revista Médica de Chile*, N° 137, p. 420.

⁶⁸ PÉREZ MANZANO (2011), p. 14.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Idem.*

Las neurociencias inevitablemente al establecer un determinismo en la conducta humana, nos alejan de la prevención general y establecen una vuelta a los modelos de principios del siglo pasado, en que el tratamiento preventivo especial de corte terapéutico parecía ser la forma más idónea de enfrentar el fenómeno delictual. La alternativa al tratamiento médico con los denominados “delincuentes ocasionales” o aquellos “corregibles” era ya un planteamiento que la obra de VON LISZT proponía en el año 1883, que dio paso a un esquema de medidas contra la peligrosidad criminal paralelo a las penas –propio de un sistema penal de culpabilidad–, que ha sido desarrollado en nuestra codificación continental con el influjo de las ideas causalistas. La idea de que existen medidas de seguridad aplicables a los sujetos peligrosos para sí o terceros⁷¹ –peligrosidad criminal– y penas proporcionales al hecho para las personas imputables por razones de prevención general positiva, es la evolución de lo anterior⁷² constatable en diversos instrumentos normativos continentales, como el chileno, pero con límites claros que descansan en la idea de dignidad humana. Por lo mismo, a mayores sanciones basadas sólo en la peligrosidad, no se cumple el mandato de que el Derecho Penal debe actuar reprimiendo el hecho pero afectando sólo lo estrictamente necesario las garantías constitucionales del condenado, ya que el utilitarismo no puede fundamentar por sí solo la aplicación de la sanción, siendo necesarias también perspectivas éticas y de justicia, que deben estar presentes en el debate; esto es, el Estado que aplica penas a un solo ciudadano debe legitimarse distributivamente, justificando el porqué los costes han de pagarlos una sola persona⁷³.

Es frente a esta última importante interrogante el que la mantención del concepto de culpabilidad, como manifestación esencial del Estado de Derecho, se torna una necesidad, ya que legitima la sanción a aplicar, en tanto los referidos costes han de ser asumidos no de manera arbitraria por un sujeto, sin más, sino que han de ser sufridos por éste en razón de que ha contribuido por su conducta culpable a alterar la paz social:

“Por ello es justa la sanción (la restricción de bienes o derechos) impuesta a quien voluntariamente, en condiciones normales de comprensión de la norma y de auto-dominio de la propia conducta, realiza el delito. La culpabilidad, entonces, aporta la legitimación interna (frente al sancionado) que necesita el Derecho Penal. Por esta razón, la renuncia a la culpabilidad, o lo que es equivalente en este contexto, a una cierta dosis de retribución, tiene costes especiales para la legitimación del Derecho Penal”⁷⁴.

⁷¹ Ver, artículos 455 y siguientes del Código Procesal Penal vigente en Chile.

⁷² FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 12.

⁷³ PÉREZ MANZANO (2011), p. 19. “Un Derecho Penal legítimo es el que está en condiciones de explicar a la sociedad y al sujeto al que le impone la pena la razón de dicha imposición”.

⁷⁴ *Idem*.

A lo anterior HASSEMER añade un dato de significación, expresando que la imputación subjetiva sólo es posible con un sistema que contenga al principio de culpabilidad como determinante en su estructura, ya que permite la imputación del hecho malo a aquel en cuya conducta se ha manifestado, en tanto las personas “producen y pueden dirigir resultados en el mundo externo”⁷⁵. La negativa al concepto entronca con renunciar a establecer las categorías de dirección causal y de causación⁷⁶, o peor aún, de responsabilidad, no sólo clave de nuestro ordenamiento jurídico, sino que del mundo como lo concebimos hoy⁷⁷, ya que estos conceptos reseñados descansan no en datos que provienen de la biología, sino que se fundamentan en razones sociales que han marcado la evolución por conocimiento y experiencia, no siendo en caso alguno una ficción para la supervivencia del sistema que nos hemos construido, sino más bien, instrumentos “que están a la altura de los tiempos y se corresponden con el objeto formal del Derecho Penal”⁷⁸.

Es por lo expresado que abandonar la pena como reacción estatal frente al delito es un planteamiento que creemos no posible en el mundo occidental hoy:

“(…) mientras exista un orden social que tenga como principio la libertad y reconozca estructuras de responsabilidad esas medidas alternativas no podrán suplantar la función social de la pena como instrumento de estabilidad normativa que tiene necesariamente como presupuesto la culpabilidad por el hecho”⁷⁹.

Como bien acota Mercedes PÉREZ MANZANO, las aportaciones de las neurociencias son un avance científico en sí mismo, pero poco relevante para destrabar el sistema creado por el Derecho Penal como lo conocemos hoy, en tanto su real contribución viene dada sólo por la explicación neurológica para hacer eficaz el cumplimiento normativo, ya que no tendría sentido entregarle racionalidad al hecho de establecer penas si es que científicamente no es constatable que los dichos fines jamás se cumplirán. La configuración general del sistema que nos hemos dado de regulación normativa necesariamente tiene límites que descansan en la dignidad humana:

“(…) se trata de una decisión valorativa que depende del propio modelo constitucional de configuración social: si, por muy eficaz que pudiera ser la tortura, hemos decidido que la tortura no es una opción a considerar por ser ilegítima en el Estado Constitucional de Derecho, por muy eficaces que sean ciertos tratamientos neurológicos, tampoco podrán constituir opciones razonables si chocan con valores constitucionales”⁸⁰.

⁷⁵ PÉREZ MANZANO (2011), p. 3.

⁷⁶ PÉREZ MANZANO (2011), p. 4.

⁷⁷ PÉREZ MANZANO (2011), p. 9.

⁷⁸ PÉREZ MANZANO (2011), p. 10.

⁷⁹ FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 13.

⁸⁰ PÉREZ MANZANO (2011), p. 6.

Hablar de tratamientos neurológicos en razón de basarnos más en el sujeto y sus particularidades que en el hecho dañoso, implica dejar un arbitrio importante al adjudicante (asesorado en su función jurisdiccional por un importante grupo de expertos en ciencias médicas), quien no podría, en su catálogo sancionatorio establecido por el legislador, contar con alternativas restringidas, ya que el tratamiento adecuado a cada caso correspondería a las características del sujeto; a más alta peligrosidad de la persona, mayor tratamiento, con independencia de la gravedad del hecho. Esto último genera importantes críticas por lo expresado: las ideas de dignidad del ser humano, su autonomía personal, el libre desarrollo de su personalidad y la igualdad de trato, deben prevalecer por sobre cualquier concepción que se mantenga sobre la política criminal y sus instrumentos⁸¹.

Lo anterior tiene relevancia, no obstante los numerosos avances que en el amplio campo de las posibles alternativas a la pena como sanción principal, se han establecido en el mundo para enfrentar de una forma distinta el fenómeno delictual. Así, las clases de habilidades parentales, de control de ira o de impulsos sexuales⁸², son manifestaciones de las posibilidades de lograr, dentro del respeto a las garantías constitucionales, fines socialmente rentables de alternativas a la pena tradicional, con un enfoque personalizado en quien deberá aplicarse la terapia. Las adicciones, la impulsividad o la agresividad son tratables con éxito, ya que obedecerían a un esquema conductual dañoso que el mismo sujeto es capaz de reconocer⁸³, pero su utilización en contra de la voluntad del imputado nos sigue pareciendo dudosa por las razones ya esgrimidas.

3.1.2. *La libertad, concepto social*

La doctrina tradicional ha establecido en la idea de libertad la base de estructuración del sistema de imputación penal que conocemos:

⁸¹ Lo anterior, en palabras de WELZEL, “Así como en la pena, de los principios de utilidad u oportunidad no se infiere justificación alguna de la intervención sobre el individuo. La erradicación (eliminación o inocuización) de seres lesivos para la sociedad (delincuentes, enfermos mentales, enfermos infecciosos, indeseables políticos) pudiera ser altamente útil y eficiente para la protección de la sociedad, pero cómo y hasta qué punto puede justificarse la intervención frente al afectado no se deriva de la mera utilidad para la comunidad, sino de su admisibilidad ética frente al afectado. Puesto que la persona jamás puede ser utilizada como medio para cualquier tipo de fin, no basta para la admisibilidad de la intervención en la esfera de la persona, que tal intervención sea útil o necesaria para cualquier tipo de finalidad general (...) Sólo el entendimiento claro de que jamás la mera utilidad social puede justificar la aplicación de un medio, sino únicamente su admisibilidad ética, y sólo el reconocimiento claro de una limitación moral del poder del Estado nos lleva más allá del utilitarismo y nos resguarda de un poder totalitario del Estado”. WELZEL (2011), p. 21.

⁸² Estos programas son realizados con éxito en nuestro país por el Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile. Más, *vid.*, <http://www.policia.cl/jenafam/cavas/downloads/Libro_CAVAS.pdf> [Consulta: 29 mayo 2014].

⁸³ CAPÓ, Miguel *et al.* (2006). “Neuroética, Derecho y Neurociencia”. *Revista Ludus Vitalis*, Vol. XIV, Nº 25, p. 164.

“La libertad de la que hablamos los juristas como fundamento de un Derecho Penal (*sic*) de la culpabilidad no es la mera posibilidad fáctica de actuar de otra manera en un momento concreto, sino una **creación social con la que resulta imposible trabajar en un laboratorio**. Las propuestas más radicales provenientes de los neurocientíficos no han tenido suficientemente en cuenta el sinalagma existente en nuestras sociedades entre libertad y responsabilidad. Quien aspira frente a los otros a un ámbito de libertad debe asumir una serie de contraprestaciones cuyo incumplimiento denominamos responsabilidad”⁸⁴ [negrita es nuestra].

Pues bien, la libertad no es más que un concepto que emana de las Ciencias Sociales, no comprobable empíricamente, puesto que no existe en el mundo físico. Entendida como bien jurídico protegido, categoría económica, discrecionalidad judicial o elemento estructural de la Teoría del Delito, su utilización es cosa común en el vocablo no lego y en la academia, pero ha sido de poco análisis en torno a su fundamento último.

¿Qué decimos de alguien cuando señalamos que esa persona es *libre*?, es una interrogante que con acierto asume el profesor Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ⁸⁵, adelantando desde ya lo común del uso de la frase –clave en la civilización occidental–, pero lo difícil de su conceptualización, evitando el riesgo de su excesiva axiomatización⁸⁶ y falta de desarrollo material, que aporte sus diversas facetas –política, económica, jurídica, por mencionar algunas–, entregando su idea esencial.

Así, entendemos que la libertad en tanto acción se define a partir del agente que actúa (no hay libertad en lo que no se puede cambiar y sí en lo que no es necesario y puede variar)⁸⁷, es decir, accionar conforme a finalidades, pautas a seguir, ya sea hacia lo futuro (en la triada mandatos, prohibiciones y permisiones) o en lo pasado, que el profesor SÁNCHEZ-OSTIZ define como lo ya realizado como mandado, lo cometido a pesar de prohibido o permitido⁸⁸. Por lo mismo es que “hablar de libertad es hablar de conducta, tanto la que está por realizarse, como la ya realizada cuando imputamos responsabilidad”⁸⁹: Acción en prospectiva y acción en retrospectiva, con un carácter de adquisición cuando la entendemos como atribución que establecemos las personas, unos con otros, en las relaciones humanas cotidianas, ya sea en lo jurídico como en lo social:

⁸⁴ FEJOO SÁNCHEZ (2011), pp. 13-14.

⁸⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2014). “La libertad del Derecho Penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad? *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, pp. 1-33. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1026.pdf> [Consulta: 5 junio 2014].

⁸⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), p. 5.

⁸⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), p. 8.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Idem*.

“En dicha atribución de libertad se da una operación de mutuo reconocimiento basado en la propia experiencia, el respeto de datos biológicos y psicológicos, así como la anticipación de posibles consecuencias de considerar o no libre una acción u otra. Se trata por tanto de operaciones de atribución con mayor o menor grado de vinculación a datos empíricos, pero sobre todo basada en operaciones sociales de atribución de significado a los procesos en los que interactuamos”⁹⁰.

Pero las acciones humanas a que hacemos mención no se desarrollan aisladas, sino que lo hacen en un entramado social compuesto por las normas diversas que las mismas personas hemos desarrollado para el logro de los más variados fines, ya sean propios o colectivos, lo que permite constatar que se obra conforme a pautas:

“(…) esta normatividad presupone que se puede imputar el proceso en el que alguien se ve inmerso, no como mero suceso, sino como un hecho, pues la presencia de una pauta en el momento de actuar permite afirmar que se ha obrado conforme, o contra, o más allá de la norma en cuestión: lo cual exige poder afirmar al menos *que se ha obrado*. Por tanto, la libertad del agente apela a la existencia de pautas (normas) y estas presuponen la imputación (de algo como hecho y de ese hecho, una vez valorado conforme a la norma, como reprochable, o como meritorio, en su caso). De donde deriva que obrar es emplear pautas, y las pautas suponen opciones. **Por lo que el actuar no es algo determinado**”⁹¹ [negrita es nuestra].

Así, en otros términos, la persona hace suyas las pautas o dispone los medios conforme al fin, por ello es posible establecer que el hecho ha sido suyo. Es una libertad de corte antropológico, en tanto ha sido orientada conforme al conocimiento y a su desarrollo:

“(…) el ser humano es tal entre otros motivos por estar dotado de libertad entitativa. Se trata de la apertura básica y nativa al bien a través del conocimiento y la inclinación a este. Es un ser abierto, inacabado, pero a la vez sujeto de su propio desarrollo personal. Su ser personal es libertad. No tanto la libertad kantiana, que es en definitiva la autonomía, y que podría fundar su acaso la dignidad; sino más bien la libertad en cuanto apertura del ser humano al futuro y al presente, a su fin y a su medio. Esta libertad innata, básica, se encuentra en la base de todo actuar, el del Derecho como el de los juegos o el deporte, la ortografía como también el de cualquier otro orden de conducta”⁹².

Y en cuanto a una perspectiva prospectiva, la libertad también es posible de ser conceptualizada en torno a la adopción de pautas para el logro del dominio del hecho, cuestión propia del actuar humano. Esta formulación se opone a cualquier teorización de corte determinista, naturalista, o neurocientífica (a efectos de

⁹⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), p. 9.

⁹¹ SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), p. 10.

⁹² SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), p. 11.

seguir el trazado histórico de la misma idea), ya que el estudio sobre la libertad *es esencialmente práxico*, cuestión de suyo obviada por las visiones recién enunciadas que reducen el problema a uno de torno orgánico cerebral. Por lo expresado es que negar la libertad implicaría, por sus antecedentes antropológicos y filosóficos, negar también una serie de concepciones que están insitas en la estructuración normativa de la vida social creada en los últimos siglos desde la racionalidad:

“La vida social parte del presupuesto de que somos libres, de que nuestro existir no se halla regido por un destino inexorable. Esto es lo que permite reconocer el obrar humano; porque se rige por pautas que posibilitan después la imputación de algo a alguien y su inmediata valoración. Esa normatividad del actuar humano posibilita la vida social misma, y hace que tenga sentido proyectar el futuro. Libertad y pauta de conducta se implican mutuamente, en el sentido de que un obrar libre es aquel que se basa en pautas del agente, el cual, a su vez, se rige por reglas de conducta, es decir, tiene la opción de una u otra posibilidad. Recordemos que la libertad en este sentido es de carácter innato y orientado a la prospectiva. En esa medida, constituye al sujeto y hace posible el actuar. Esta libertad en sentido antropológico es la básica, y la que más genuinamente me parece merecer la denominación de *libertad*. Si dicha concepción de la libertad es rechazada por ser trascendental, convendría atender al sentido que se da a esta expresión y a la legitimidad y viabilidad de concepciones filosóficas (antropología, psicología) para nuestras construcciones jurídicas”⁹³.

Esta libertad antropológica es innata al hombre. Pero, en cuanto a una dotación de contenido de la acción que el ser humano *libre* realiza –la volición básica– aquella que presupone el conocimiento del objeto para la elección, es necesario realizar un agregado mayor, constituido por las ideas de *saber* y *voluntariedad*⁹⁴, que se constatan cuando es posible establecer una elección moral, adscribiendo al comportamiento un tono meritorio o reprochable:

“En efecto, la libertad no se predica de igual manera cuando se opta en el primer caso (mera volición) que cuando se quiere en el segundo (con voluntariedad). Es ahora cuando adquiere sentido pleno: cuando el agente no sólo *conoce* lo que hace, sino además, cuando *sabe* lo que hace: cuando actúa y cuando percibe lo que su actuar significa”⁹⁵.

Esta es la base del juicio tradicional de culpabilidad para continuar defendiendo la idea de libertad como fundamento de la imputación: volición (existencia de un suceso fáctico) y voluntariedad (hecho como meritorio o reprochable) basan el juicio de reproche⁹⁶. Esta última no se comprueba científicamente ni se constata;

⁹³ SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), p. 14.

⁹⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), p. 15.

⁹⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), p. 18.

⁹⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), p. 20.

más bien, se atribuye⁹⁷, en tanto el hecho de actuar voluntariamente no se traduce en si hubo o no actividad cerebral que precedió a un sentimiento o proceso interno; los actos son voluntarios cuando están bajo el control del agente⁹⁸.

La libertad es un concepto propio de las Ciencias Humanas, ya que el cuerpo social busca su preservación a través de normas que regulen la convivencia en un proceso deliberativo democrático, de ciudadanos dotados de derechos para ante el Estado. Así, siguiendo a FEIJOO SÁNCHEZ, es claro que la concepción que mantenemos hoy del ordenamiento penal no es más que un reflejo de la autocomprensión normativa y valorativa de la sociedad, por lo que las ciencias empíricas difícilmente pueden, bajo estos parámetros, decidir si existe o no lo que entendemos como libertad, ya que la vida en sociedad se construye a raíz de un trato comunicativo entre personas⁹⁹. Los avances en torno a movimientos de las extremidades con un antecedente previo en la corteza cerebral son todavía muy leves como para reedificar esta construcción teórica, que se entronca fuertemente con los Derechos Humanos. Para abandonar la culpabilidad por el hecho y la prevención general, antes, debe desecharse la idea de libertad, y ello, es de suyo pretencioso todavía.

3.2. Legitimidad democrática, la deuda pendiente

El concepto de culpabilidad, no obstante sus variaciones a lo largo de los últimos ciento treinta años en que pasa desde el causalismo naturalista al normativismo, mantiene así sus particularidades, resultando inequívoca su aplicación para constatar que las penas aplicadas por el Estado resultan legítimas, en tanto la conducta típica ha provenido de una persona que ha optado por el comportamiento a demérito siendo capaz y libre para ello en sentido jurídico penal.

Pero, si bien las líneas precedentes defienden la mantención del concepto, todavía necesitan de un requisito inequívoco que probablemente no podía ser considerado por la doctrina penal a finales del siglo XIX con los estudios de VON LISZT, a principios de la centuria siguiente con los trabajos de FRANK y menos, en los años cuarenta, con la categoría de la acción final de WELZEL. Una concepción moderna de la culpabilidad, para señalar que las personas optan libremente por el comportamiento a demérito y que así, entrega legitimidad a la sanción, implica una comprensión del hombre en la vida social en que éste no sólo es depositario de mandatos de conducta –deberes–, sino que también mantiene derechos para ante el Estado que le prohíbe la realización del comportamiento típico.

Esto resulta necesario para analizar si es que el Estado soberano que aplica la sanción está para ello legitimado frente al todo social. La conceptualización del

⁹⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), p. 26.

⁹⁸ PARDO y PATTERSON (2011), p. 25.

⁹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 14.

hombre en una sociedad democráticamente construida es por lejos diferente a la vivenciada por la Europa en la década de los ochenta y noventa del siglo XIX o en la Alemania de los años treinta. La aplicación acérrima de la culpabilidad en situaciones de privación, o derechamente de negación de los Derechos Humanos, es imposible de ser defendida en el mundo occidental de hoy ya que parte de premisas diferentes, como la defensa de una idea no democrática de Estado.

Hoy, en el Estado Democrático de Derecho el individuo tiene dos roles inequívocos: por un lado es sometido a proposiciones jurídicas de deber y en ese ámbito es destinatario potencial de normas jurídicas. Pero, en otra cara, en tanto ciudadano del mismo, está habilitado para intervenir públicamente en la creación y reforma legislativa a través de la preponderancia que el sistema establezca a sus opiniones y el ejercicio pleno del sufragio¹⁰⁰.

Lo anterior es propio de una sociedad pluralista y democrática, en que las normas de conducta son vinculantes ya que representan la coordinación máxima de los intereses ciudadanos creadas bajo el procedimiento constitucional, norma fundamental que ha sido previamente articulada conforme al interés mayoritario en que necesariamente los ciudadanos han tenido participación activa y vinculante. Así, siguiendo al profesor KINDHÄUSER, “el ciudadano individual no sólo es destinatario de tales y cuales normas, sino precisamente alguien que está facultado para tomar posición crítica frente a la coordinación de intereses expresada en la norma y dado el caso también para abogar por su modificación o cancelación”¹⁰¹. La democracia, siguiendo al autor en comento, no sólo es soberanía popular, sino que también, dominio del derecho¹⁰².

Un sistema penal moderno debe basar su aplicación al caso concreto en que las normas de que está ínsito provienen de un procedimiento deliberativo democrático y participativo. Desde allí, la teoría de la pena por la que se opta de acuerdo a la política criminal del Estado se valida. En la medida en que el sistema no esté legitimado estructuralmente, la salvaguarda social que intenta realizar el Derecho Penal con la amenaza de una sanción provisto de la exigencia de establecer la culpabilidad del agente delictivo seguirá siendo foco de críticas. El planteamiento teórico que realizamos en estas líneas, de defensa en la mantención del concepto, negación de la generalización de la terapia neurológica como método de sanción y de reafirmación del concepto de libertad exige que el sistema defendido sea legítimo en tanto ha provenido de un proceso democrático de construcción.

De lo contrario, sí resulta una ilusión.

¹⁰⁰ KINDHÄUSER, URS y MAÑALICH, Juan Pablo (2011). *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Editorial B de F, p. 213.

¹⁰¹ KINDHÄUSER y MAÑALICH (2011), p. 215.

¹⁰² KINDHÄUSER y MAÑALICH (2011), p. 98.

CONCLUSIONES

El concepto de culpabilidad, clave en la literatura penal de los últimos ciento treinta años para analizar la Teoría del Delito en la doctrina penal occidental continental, está sufriendo nuevas críticas, en una reedición de la clásica discusión entre determinismo *versus el* libre albedrío. La caracterización del hombre como un ser libre, que opta por el comportamiento a demérito teniendo claras las consecuencias de su obrar ilícito, dotado de capacidad, estaría siendo negada por los avances científicos de las últimas décadas, en que se establecería que esto no sería más que una ilusión ya que el cerebro predeterminaría nuestro actuar incluso antes de que tengamos conciencia de lo que queremos realizar.

La culpabilidad, desde la variante de corte normativa, es entendida como un juicio de reproche que se aplica a una persona en tanto el hecho le es imputable como suyo. De seguirse el planteamiento neurocientífico en lo que respecta al determinismo conductual, la pena, como la entendemos tradicionalmente, fundada en el juicio de culpabilidad, debería ceder paso a un sistema de terapias neurológicas, de corte preventivo especial, en que se podría resguardar a las víctimas potenciales y neutralizar a los condenados. La política criminal del Estado estaría plenamente vinculada a neurólogos y psiquiatras.

Esta cuestión no puede hacernos perder el foco central de que, en pleno siglo XXI, todavía necesitamos del juicio de culpabilidad para privar de algunas de las garantías constitucionales más importantes a una persona que ha realizado un comportamiento típico que resulta dañoso para el todo social. Así, la idea de prevención especial con contenido terapéutico en contra de la voluntad del condenado satisface un estándar mínimo de respeto a la dignidad del ser humano, ya que no se ajusta a una intervención que pueda ser racional y legítimamente justificada.

Por su parte, negar el concepto de libertad porque no podría ser comprobable empíricamente, es una idea que, como expresa HASSEMER, adolece de error categorial, es decir, intenta señalarse una conclusión en las Ciencias Humanas con métodos propios de ramas científicas diversas. La libertad es un entramado antropológico, necesario para la cohesión social, en que existe un reconocimiento de la vida en sociedad en que las personas son entendidas como dotadas de posibilidades de acción, eligiendo el comportamiento a mérito o el reprochable jurídicamente. Esta idea es basal para entender la vida social.

Ahora bien, esta cuestión tampoco puede hacernos obviar lo que el conocimiento neurocientífico puede ofrecer de cara a mostrar particularidades del comportamiento humano, con un interesante diálogo interdisciplinario que desde el Derecho Penal es posible realizar. Si acusamos a los neurocientíficos de ingresar a un área de las ciencias jurídicas, planteando la eliminación de un concepto, no comprendiendo la realidad de la que es parte y que está llamada a regular, no es posible realizar lo mismo desde las Ciencias Penales, negando el aporte que es

posible recabar desde el estudio del cerebro y su función en la regulación del comportamiento humano. El referido diálogo interdisciplinario debe ser fructífero y colaboracionista, ya que, al final, se trata de resolver y entregar racionalidad máxima a un tema de importancia: aplicar sanciones con la fuerza del Estado:

“Si socialmente necesitamos una institución como la pena, queda pendiente cómo justificar que una persona concreta debe sufrir un determinado castigo a partir de los conocimientos científicos disponibles actualmente. Mediante la referencia a la culpabilidad, la llamemos como la llamemos, no pretendemos legitimar o justificar el fenómeno punitivo en su conjunto, sino cada pena concreta”¹⁰³.

Pero, la legitimidad última del sistema penal necesita de ciudadanos partícipes en la creación normativa del Estado –el mismo que aplica la pena– y eso sigue siendo, al menos en nuestro sistema, un tema pendiente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CAPÓ, Miguel *et al.* (2006). “Neuroética, Derecho y Neurociencia”. *Revista Ludus Vitalis*, Vol. XIV, N° 25, pp. 163-176.
- CRESPO, Eduardo Demetrio (2011). “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, pp. 1-38. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/807.pdf> [Consulta: 2 junio 2014].
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2011). “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, pp. 1-57. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/806.pdf> [Consulta: 13 mayo 2014].
- FRANK, Reinhard (2004). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad* [Über den Aufbau des Schuldbegriffes]. ABOSO, Gustavo y LÖW, Tea (Trad.), Buenos Aires: Editorial B de F, 1ª edición.
- FREUD, Sigmund (2011). *Obras Completas*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo, 4ª edición.
- GARCÍA, Eric (2007). “Neurociencia, conducta e imputabilidad”. *Revista Quark*, N° 39-40, pp. 88-92. Disponible en: <http://quark.prbb.org/39-40/039088.pdf> [Consulta: 17 junio 2014].
- GÜNTHER, Klaus (2008). “El desafío naturalista para el Derecho Penal de la culpabilidad” [Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts]. CHAN MORA, Gustavo (Trad.), *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, N° 25.

¹⁰³ FEIJOO SÁNCHEZ (2011), p. 24.

- HASSEMER, Winfried (2011). “Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, pp. 1-14. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/821.pdf> [Consulta: 15 mayo 2014].
- JESCHECK, Hans-Heinrich (2003). “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 5, pp. 01:1-01:19. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>.
- KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo (2011). *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- KROSS, Matthias (2012). “¿Siente mi cerebro? *Humboldt*, Goethe-Institut. Disponible en: <http://www.goethe.de/wis/bib/prj/hmb/the/158/es10438327.htm> [Consulta: 8 junio 2014].
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2012). “Libertad, culpabilidad y neurociencias”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 3, pp. 1-59. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/904a.pdf> [Consulta: 13 junio 2014].
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2007). “La pena como retribución”. *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 108, pp. 117-205. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4059_2167/r108_manalich_lapena.pdf.
- NARVÁEZ MORA, Maribel (2012). “El impacto de la neurociencia sobre el derecho: el caso de la responsabilidad subjetiva”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 15, pp. 195-230. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero15/07-15.pdf>.
- PARDO, Michael y PATTERSON, Dennis (2011). “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, pp. 1-51. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/819.pdf> [Consulta: 2 junio 2014].
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (2011). “Fundamento y fines del Derecho Penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, pp. 1-39. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/818.pdf> [Consulta: 8 junio 2014].
- POLITOFF, Sergio *et al.* (2011). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición.
- ROSEN, Jeffrey (2007). “The Brain on the Stand”. *The New York Times*, Nueva York, edición de 11 de marzo. Disponible en: http://www.nytimes.com/2007/03/11/magazine/11Neurolaw.t.html?pagewanted=all&_r=0 [Consulta: 15 junio 2014].
- RUBIA, Francisco (2009). *El Cerebro: Avances recientes en neurociencia*. Madrid: Editorial Complutense, 1ª edición.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (2011). “El principio de culpabilidad como mandato de optimización”. *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 4, pp. 1-20. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/848.pdf> [Consulta: 13 junio 2014].

- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2014). “La libertad del Derecho Penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad? *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, pp. 1-33. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1026.pdf> [Consulta: 5 junio 2014].
- SCHÜNEMANN, Bernd (2012). “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”. En: *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario*, Madrid: Editorial Tecnos.
- SLACHEVSKY, Andrea *et al.* (2009). “La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral”. *Revista Médica de Chile*, N° 137, pp. 419-425.
- SOTO PIÑEIRO, Miguel (1999). “Una jurisprudencia histórica hacia el reconocimiento del ‘principio de culpabilidad’ en el Derecho Penal”. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 3, pp. 233-253.
- SYMINGTON, George (2012). “Neurolaw: De la defensa judicial hacia un Derecho Penal del enemigo”. *Revista Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia*, N° 9, pp. 67-99. En línea: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/4-REV.UNIVERSITAS-SYMINGTON-NEUROLAW.pdf. [Consulta: 17 junio 2014].
- WELZEL, Hans (2011). *Derecho Penal Alemán [Das Deutsche Strafrecht]*. BUSTOS, Juan y YÁÑEZ, Sergio (Trad.), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición.