

La culpabilidad penal frente al desafío de las Neurociencias. El nudo gordiano de la dogmática penal

Nicolás G. Stegmayer¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Antecedentes; III.- Aclaración metodológica; IV.- Variantes conceptuales de la culpabilidad; V.- Sobre la falacia del error categorial; VI. - Conclusiones; VII.- Bibliografía.

RESUMEN: El trabajo aborda el desafío de integrar los avances en el campo de la neurociencia con el derecho penal, específicamente cuestionando la noción de culpabilidad y responsabilidad. La visión tradicional de la culpabilidad se ve desafiada por postulaciones científicas que sugieren una influencia determinista de los procesos cerebrales en el comportamiento humano. Aún con un debate que está lejos de resolverse, se plantean interrogantes respecto de cómo los hallazgos neurocientíficos pueden influir en algunas de las bases teóricas filosóficas del derecho penal. Se concluye estableciendo la necesidad de reflexionar sobre la adecuada incorporación de estos avances sin socavar los fundamentos jurídicos tradicionales de la culpabilidad y la responsabilidad moral.

¹ Especialista en Derecho Penal por la U. N. L. – F.C.J.S. Diplomado en Filosofía por la U.C.S.F. – Docente Universitario en la Cátedras de Derecho Penal II y Filosofía Jurídica en la UCSE – DAR. Juez Penal de 1ra instancia del Colegio de Jueces de la ciudad de Rafaela, Provincia de Santa Fe. Email: nicogstemayer@gmail.com

PALABRAS CLAVE: Neurociencias – Culpabilidad – Responsabilidad – Determinismo - Libertad.

I.- Introducción

En tiempos de lógica difusa y equipos interdisciplinarios, pretender mantener al derecho penal -en general- y a la culpabilidad -en particular-, cercados a las categorizaciones propias de las ciencias sociales, y completamente al margen de los resultados de investigaciones naturalísticas, se presenta como una ingenua empresa conservadora que ambiciona proteger un ámbito del conocimiento y su coherencia interior más allá de su posible ineficacia en el mundo cotidiano o falta de cohesión con el resto de las ciencias. Sin embargo, esta ha sido una actitud bastante habitual entre los autores del derecho penal frente a los específicos avances en materias de Neurociencias.

El intemporal debate determinismo-indeterminismo se ha visto revigorizado en virtud de los resultados arrojados en experimentos neurocientíficos que sugieren que el accionar consciente de un ser humano representa una ínfima parte de su actividad cerebral, por lo que, en consecuencia, todos estaríamos determinados por procesos cerebrales inconscientes. De ello se concluye -quizás apresuradamente- la ausencia de libre albedrío y la consecuente irresponsabilidad de los individuos respecto de sus conductas.

Neurocientíficos de prestigio liderados por Prinz, Singer y Roth concluyen - respecto de la posibilidad y admisibilidad de juicios morales y políticos- que, atento a los resultados observados en los laboratorios, los contenidos de las decisiones de una persona están determinados por las experiencias y modelos de decisión almacenados en el cerebro; específicamente en el sistema límbico. Por consiguiente, no es sostenible desde una perspectiva neurobiológica partir del concepto de libre albedrío, es decir, de la supuesta libertad de la persona para comportarse correctamente o de conformidad al derecho. No hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas formas. No actuamos racionalmente, sino que racionalizamos lo que nuestro inconsciente nos ha impulsado a hacer².

² “Cuando somos conscientes de que hemos tomado una decisión, el cerebro ya ha inducido ese proceso (...) Una cosa es preocuparse por los atenuantes de la responsabilidad a causa de una demencia senil o enfermedad

Más allá de posturas filosóficas o especulaciones teóricas; múltiples, diversas y reiteradas investigaciones empíricas arrojaron resultados que sugieren que la voluntad de comportarse de una determinada manera se forma previamente y ya existe al momento en el que la persona es consciente de haber tomado la decisión. Es decir, la tradicional postura determinista puede hoy –aparentemente– sustentarse en investigaciones empíricas. Sin perjuicio de lo discutible que fueran dichas investigaciones respecto de su rigurosidad o de sus conclusiones, estos resultados no deben ser sencillamente ignorados por no corresponderse con los fundamentos de la dogmática penal.

El presente trabajo, en virtud de sus objetivos y extensión, no puede pretender arrojar soluciones definitivas. Por el contrario, se trata de una breve guía del estado de debate de la cuestión que seguramente propondrá más interrogantes de los que resuelva. Concretamente, el objetivo del presente es reflexionar respecto de la medida en que los recientes aportes de las neurociencias pueden afectar las bases teóricas del Derecho Penal, es decir, la filosofía que estructura nuestro régimen penal.

Nuestros conceptos jurídicos están contruidos sobre concepciones tradicionales de la responsabilidad moral y la culpabilidad ¿Es entonces posible fundamentar la culpabilidad en forma compatible con el conocimiento neurocientífico existente en la actualidad?

II.- Antecedentes

Phineas Gage³ era un técnico de explosivos, «el trabajador más capaz y competente» de la compañía, según sería calificado más tarde. En septiembre de 1848, Gage sufrió un accidente laboral y una barra de hierro le atravesó la mejilla izquierda y el cerebro, le perforó la cabeza y volvió a salir por la cubierta del cráneo, cayendo a treinta metros de distancia, envuelta en sangre y tejido cerebral.

Pese al orificio en su cabeza Gage recuperó la conciencia, explicó el accidente a sus colegas y cuando llegó al médico le advirtió: “*Le espera un buen trabajo, doctor.*”

Phineas Gage tenía veinticinco años cuando sufrió el accidente, había perdido el ojo izquierdo, pero aún podía hablar, oír, ver, sentir y andar sin inconvenientes.

cerebral, y algo muy distinto es que la conducta de toda persona normal esté también determinada. ¿Debemos abandonar el concepto de responsabilidad personal?” Gazzaniga. “El cerebro ético.” (2015, Pág 74).

3 Cfr. Precht “¿Quién soy yo... y cuantos?: El caso Gage” (2017, Pág. 141).

Sin embargo, luego del accidente su conducta se volvió ambivalente e irregular. Acabó su vida entre sórdidos callejones estrechos y oscuros. Murió a los 38 años y lo enterraron junto con su barra de hierro.

Algunos periódicos de la época atestiguan que Gage había perdido consideración por las reglas de la vida en sociedad. Mentía sin reparos, engañaba, sufría ataques de cólera, se involucraba en peleas en forma continua, y no demostraba el menor rastro de sentimiento de responsabilidad.

Tras examinar el cerebro de Gage, los neurólogos Hannah y Damasio afirmaron que en el accidente fueron destruidas algunas partes del cerebro responsables de, por ejemplo, la capacidad de prever el futuro y hacer planes que se ajusten al contexto social.

...

Feijoo Sánchez refiere el caso de un profesor y padre de familia que desarrolla un creciente interés en pornografía infantil que termina por llevarle a acosar a su hijastra preadolescente y a sus alumnas. Durante el cumplimiento de dicha condena se le descubre un gran tumor cerebral en la parte derecha de la zona orbitofrontal. Luego de una exitosa operación es dejado en libertad debido a su manifiesta falta de peligrosidad. Para mayor corroboración de las hipótesis que vinculan dichos fenómenos, tres meses después retornan los dolores de cabeza, un nuevo diagnóstico que indicaba la presencia de un tumor cerebral y, al mismo tiempo, el apetito por la pornografía ilegal. Luego de una nueva intervención, sus tendencias sexuales anómalas volvieron a desaparecer⁴.

...

El neurólogo estadounidense Benjamin Libet publicó en 1983 los resultados de un experimento en el que cada uno de los participantes era colocado delante de un gran reloj. A continuación, se le solicitaba que pensase en un punto de la circunferencia del reloj y en los momentos en los que la aguja pase por allí, debía realizar un movimiento de muñeca y, a la vez, recordar en qué punto se encontraba la aguja al momento de tener la sensación de haber tomado la decisión de realizar el movimiento.

4 Feijoo Sánchez “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?” (2011, Pág. 3).

Como era de esperar, los participantes del estudio situaban la voluntad de movimiento antes del movimiento. Sin embargo, los datos referidos al potencial cerebral de preparación -obtenidos mediante equipos electroencefalográficos- aparecían antes de que el sujeto fuera consciente de que quería mover la muñeca. Lo que permite interpretar que el cerebro decide la acción a realizar con anterioridad a nuestro yo consciente

Asimismo, experimentos más recientes realizados con mayor tecnología y precisión⁵ (especialmente mediante técnicas avanzadas de neuroimagen) confirman que la decisión de una persona de hacer algo, ya ha sido tomada al momento que la persona cree haber tomado la decisión de acuerdo con su propia y libre voluntad.

Sirven como corolario de lo expuesto y de las pretensiones jurídicas de los neurocientíficos, las contundentes palabras de Francisco Rubia: "*si no existe libertad, no se concibe la culpabilidad ni la imputabilidad*"⁶.

Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos obviar el hecho de que las conclusiones e interpretaciones que resultan de estas investigaciones distan de ser unánimes. También son variadas las críticas a la postura neurocientífica ya sea respecto de la metodología, de los experimentos, como del alcance de las conclusiones. Asimismo, dichas críticas provienen tanto de especialistas de las llamadas ciencias duras como de autores propios de las ciencias sociales.

Al día de la fecha, no existe consenso doctrinal en el campo jurídico penal respecto de las implicancias, afectaciones o modificaciones que los avances neurocientíficos suponen para la dogmática penal. Mientras algunos no dudan en afirmar que "*el planteo de los neurocientíficos ha obligado a replantearse el fundamento de la*

5 En los últimos tiempos se ha adquirido un mejor conocimiento respecto de como aspectos neuroquímicos vinculados a sustancias como la serotonina o la dopamina interaccionan otros factores como el sexo, la edad, la educación, el ambiente familiar y social o las experiencias psicosociales en general. Un hombre joven con niveles bajos de serotonina y un deficiente desarrollo emocional en la infancia, representa una situación difícil de contener. El síndrome de déficit de atención con hiperactividad unido a factores desfavorables, suele convertirse en comportamientos antisociales y delictivos. El maltrato infantil deriva en violencia durante la adolescencia o la juventud de los niños maltratados. Cfr. Feijoo Sánchez "Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias" (2012, Pág. 80/81).

6 Rubia "El fantasma de la libertad" (2009, Pág 148).

*culpabilidad*⁷ otros optan por manifestarse por la negativa en forma rotunda asignándole el calificativo de “cantos de sirena”⁸.

En lo sucesivo, intentaremos dar cuenta del amplio espectro de opiniones que se abre frente a una supuesta “revolución neurocientífica”.

III.- Aclaración metodológica

Desde luego, son múltiples los enfoques o aproximaciones posibles que se abren alrededor de la temática a desarrollar. Más allá de lo estimulante que puedan resultar las teorías que sostienen que los avances científicos en materia de neurociencias son un soporte suficiente para volver a izar las banderas de un determinismo físico fatal; o lo pertinente que puedan resultar las discusiones respecto de la reconsideración de los fines de la pena (justificación social de la pena) a partir de los condicionamientos del cerebro, en este trabajo se abordará específicamente la perspectiva referida a la justificación individual de la pena. Es decir, la posible influencia de las neurociencias en la culpabilidad jurídico-penal.

IV.- Variantes conceptuales de la culpabilidad en el contexto de los avances neurocientíficos⁹

a) Culpabilidad Psicológica. (Beling - Von Liszt)

La corriente que sostiene una concepción psicológica de la culpabilidad requiere como condición sine qua non la existencia del libre albedrío, libre voluntad o libertad. Para esta doctrina, el elemento de la culpabilidad es donde se sitúa todo lo subjetivo, el nexo o relación psíquica -no material y avalorada- del autor con el hecho.

La diferente intensidad de ese nexo determinará las distintas formas de culpabilidad: Dolo o imprudencia. Por lo general, este tipo de concepciones suele asumir la figura del dolus malus compuesto por el conocimiento -no solo de los elementos típicos, sino también de la antijuridicidad- y la voluntad de realizar el hecho.

7 Feijoo Sánchez “Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias” (2012, Pág 15).-

8 Hassemmer “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal” (2011, Pág 3).

9 Adoptamos en lo estructural la clasificación que ofrece Luzón Peña (2012) en “Libertad, culpabilidad y neurociencias”.

Como se ha insinuado, es presupuesto de esta forma de culpabilidad la imputabilidad psicológica del hecho. A saber, la capacidad individual suficiente del autor que suponen su libertad y el poder actuar de otro modo.

La constatación de los extremos afirmados por las neurociencias dificultaría la posibilidad de sostener este concepto de culpabilidad.

No obstante, una incorporación moderada, parcial y gradual de sus conceptos podría verse reflejada en una ampliación de la base de sujetos considerados inculpables. Ello en tanto se constate mediante los instrumentos que fueran necesarios y en el caso concreto, el debilitamiento de dicho nexo psicológico por haberse encontrado el autor previamente determinado por condicionantes de tal intensidad que imposibilitaron su actuación de otro modo.

b) Culpabilidad Normativa. (Frank - Goldschmidt)

De momento es dominante la concepción que entiende a la culpabilidad como reprochabilidad. La posibilidad de hacerle al autor un reproche individual por su acción desde valoraciones y criterios normativos. Se sostiene que por mucho conocimiento y voluntad que exista respecto del hecho y sus consecuencias, no debe ser reprochable si el autor se encuentra en el contexto de un estado de necesidad o si se trata de un inimputable. Es decir, no es relevante el juicio respecto de la cualidad subjetiva del hecho, sino criterios como la contrariedad a deber y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

Por otro lado, es evidente que la reprochabilidad incluye a modo de premisa la posibilidad de actuar de otro modo. Bajo esta inteligencia, le caben idénticas críticas y posibilidades que a la concepción psicológica. A saber, si bien la contrariedad a deber puede verificarse sin inconvenientes de modo formal, la exigibilidad de una conducta y su reproche en caso de no constatarse, requiere de la posibilidad de haber actuado de otro modo.

c) Posturas negacionistas y algunos de sus inconvenientes

Las posturas negadoras del concepto de culpabilidad fundamentan su posición en la tesis filosófica determinista, es decir, entienden que el libre albedrío no existe o -al menos- no puede comprobarse. Para quienes sostienen el concepto de un delito sin culpabilidad lo fundamental es la atribuibilidad del hecho respecto del autor, o una personalidad peligrosa o preocupante, o la responsabilidad por

necesidades de prevención. Nos explayaremos respecto de algunos de sus exponentes, sus teorías y variantes a continuación.

i. Teorías que refieren a la normalidad, motivabilidad o determinabilidad.

Buena parte de la doctrina ha pretendido acuñar conceptos que otorguen un contenido –material o normativo- al elemento culpabilidad¹⁰ que no se sirva necesariamente del postulado de la libertad o libre albedrío. Asimismo, estas formulaciones suelen ir acompañadas de una fundamentación adicional referida a la posibilidad de prevención. Es decir, en caso de determinación, motivabilidad o normalidad del sujeto, la pena es -a priori¹¹- necesaria para la prevención, mientras que no es necesaria si no existió posibilidad de determinación o motivabilidad normal.

A modo de antecedente y partiendo desde una perspectiva determinista, Von Liszt sostuvo la noción de “determinabilidad o posibilidad de determinación normal por motivos”¹². Este concepto se supone empírico, contrastable sociológicamente en sujetos normales y sin desvaloración normativa.

Con mayor actualidad, Roxin conserva en un segundo plano el término culpabilidad¹³ y defiende el criterio de accesibilidad o “asequibilidad normativa”¹⁴ como empíricamente contrastable. No obstante, dicha asequibilidad puede identificarse también con la motivabilidad.

Por su lado, Gimbernat propone renunciar a la culpabilidad y reemplazarla por criterios preventivos por resultar indemostrable el libre albedrío. Sostiene que la antijuridicidad responde a la pregunta respecto de lo que el legislador *quiere*

10 No en todas las ocasiones los autores escogen este vocable.

11 Pueden existir otras variables -además de la culpabilidad- en el juicio respecto de las necesidades preventivas.

12 Así citado por Luzón Peña (2012). En la traducción de Escudero García-Calderón al artículo de Roxin “Normative Ansprechbarkeit als Schuldskriterium” o “La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad” (2017) se habla de «normal determinabilidad conforme a motivos».

13 Incluye el concepto de culpabilidad dentro del elemento responsabilidad, y le asigna una función de principio “limitativo” de los criterios preventivos en favor del imputado. Schünemann comparte esta solución.

14 Roxin “La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad”. (2017) Traducción por Escudero García-Calderón.

prohibir; mientras que en elemento culpabilidad corresponde el análisis referido a lo que el legislador *puede* prohibir¹⁵. Respecto de esto último, considera que sobre quien no puede motivarse la pena sería ineficaz tanto para la prevención general como para la prevención especial.

Mir Puig adopta también una postura determinista, y considera que la imputación personal¹⁶ es atribuibilidad del hecho al sujeto por la normalidad del proceso de motivación.

Estos autores pretenden no basar la culpabilidad en la libertad de decisión por considerarla un postulado metafísico o –al menos- indemostrable, pero las teorías que refieren a conceptos como la normal motivabilidad o determinabilidad del agente individual por la norma, en tanto refiere al sujeto concreto en el momento del hecho concreto, no evidencia diferencia alguna con la idea de “poder actuar de otro modo”. De hecho, Armin Kaufmann también entiende la culpabilidad -desde una perspectiva finalista e indeterminista- como la capacidad del sujeto para motivarse de acuerdo con la norma.

En este punto, coincidimos con la apreciación de Luzón Peña (2012) según la cual la motivabilidad o determinabilidad normativa no sería sino otra formulación del libre albedrío con variantes terminológicas que no terminan de evitar los inconvenientes que implican asumir los postulados de las neurociencias en la dogmática penal. Ello considerando que –obviamente- si el individuo no podía actuar de otro modo del que lo hizo por encontrarse ya determinado, no se entiende la razón por la cual se le atribuya responsabilidad subjetiva:

“Tout comprendre c'est tout pardonner.”

d) La culpabilidad como construcción social

Algunas de las doctrinas menos tradicionalistas del derecho penal, entienden que la culpabilidad es una adscripción que se hace exclusivamente desde la perspectiva del orden social. Resulta indiferente la sensación que tenga el sujeto sobre su hecho o responsabilidad; y por tanto no sería relevante si individualmente

15 Cfr. Gimbernat Ordeig “El estado de necesidad: Un problema de antijuridicidad” (1974).

16 “La imputación personal requiere no sólo alguna posibilidad de acceso a la norma, sino también que dicho acceso se produzca en determinadas condiciones de normalidad, lo que no ocurre cuando el sujeto es un niño (...), padece una oligofrenia grave (...), o actúa bajo el efecto de una enfermedad mental plena o de un trastorno mental pleno que no le impide saber que su hecho está prohibido.” Mir Puig “Límites del normativismo en el derecho penal” (2005, Pág 23).

se encuentra en uso del libre albedrío o, por el contrario, se trata de una conducta previamente determinada por condicionantes neurológicos inconscientes.

i. La culpabilidad sobre las bases de la teoría del discurso

Frisch parte de la idea de que las personas se tienen a sí mismas como razonables, y quienes participan del discurso ideal sobre el derecho, adscriben a esa razón. En dicho discurso se debe decidir una forma razonable de resolver los conflictos penales. Luego, en caso de incumplimiento de la norma pactada por sujetos racionales, si existe la capacidad para adoptar una decisión de acuerdo con la norma que se adscriben a sí mismos y recíprocamente los participantes del discurso jurídico, debe bastar para atribuir culpabilidad.

A nuestro modesto entender, se trata de una teoría social del fundamento del injusto o del derecho en general. En lo concerniente específicamente al elemento culpabilidad continúa refiriendo a una capacidad -a priori atribuida- que puede no existir en caso de “determinados déficits comprobables”¹⁷. Frisch no se cuestiona el hecho de que una conducta determinada pueda considerarse a estos efectos un déficit comprobable.

ii. La teoría funcional de la culpabilidad

Jakobs considera que el juicio de culpabilidad no depende de las características naturalísticas de la acción (conocimientos, motivaciones, etc.) sino de la relevancia comunicativa que una determinada sociedad otorgue a esas características de la acción. La culpabilidad cumple una función para el mantenimiento del sistema social. Existe culpabilidad allí donde la sociedad no encuentra alternativas o equivalentes funcionales a la pena. La culpabilidad implicaría la suma de los presupuestos bajo los cuales no resulta posible la ausencia de una reacción formal. Existe culpabilidad allí donde exista necesidad de estabilizar la vigencia de la norma¹⁸.

En Jakobs, la culpabilidad material es la pura falta de fidelidad frente la norma; es decir, “la competencia por la lesión de la vigencia de la norma”¹⁹; lo cual puede constatarse objetivamente.

17 Frisch “Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad” Traducción de Feijoo Sánchez (2012, Pág 67).

18 Cfr. Jakobs y otros. “Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias” (2012).

19 Jakobs “El principio de culpabilidad” (ADPCP, Tomo XLV Fascículo III, 1992, pp. 1051).

iii. La teoría comunicativa de la culpabilidad. ¿Una alternativa a las insuficiencias de la teoría funcional?

Afirma Feijoo Sánchez que la teoría de Jakobs es una descripción observadora de la función social de la culpabilidad, pero es “ciego a los criterios normativos decisivos para legitimar la pena”²⁰.

Feijoo considera que la culpabilidad se podría definir materialmente como “la comunicación de la falta de reconocimiento de la validez de la norma mediante su infracción”. Si esa falta de reconocimiento y consecuente infracción de la norma, “socialmente no tiene otra explicación que la ausencia de una disposición jurídica mínima” existe culpabilidad.

El autor español postula sus ideas como la alternativa superadora a la tesis funcional. Entiende que esta última cumple con describir el fenómeno punitivo, pero no termina de delimitar materialmente los criterios normativos de la culpabilidad.

Quien suscribe entiende que esa crítica es tan acertada como -hasta el momento- insalvable. Prueba de ello es que el mismo Feijoo, con el objeto de dar respuesta al interrogante recurre a la idea de disposición jurídica mínima. Cabe la pregunta respecto de que sucedería con quien se encuentra determinado a no tener esa disposición jurídica mínima; sin poder actuar de otro modo. En este caso, deberíamos asumir que la culpabilidad es un elemento esencialmente social. Con las precariedades e inseguridades ontológico-dogmáticas que ello implique.

V.- Sobre la falacia del error categorial

Si bien -como se ha anticipado- no existe una posición unánime a la hora de responder frente a los desafíos que la neurociencia le propone al derecho penal, sí debemos admitir que el argumento del error categorial es bastante popular en la dogmática penal.

“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 instrumental le

20 Feijoo Sánchez. “Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?” (2012, Pág 30).

*permite una pregunta que corresponda a la respuesta en el plano categorial. (...) Si una ciencia actúa fuera del ámbito que le resulta accesible, confunde las cosas y las categorías y crea caos*²¹.

Sin que sea provechoso enumerar la cantidad de autores que sostienen o refieren a este argumento, probablemente se trate de Winfried Hassemer uno de los más significativos y enfáticos opositores al ingreso de las neurociencias al derecho penal. Es por ello que hemos decidido evaluar específicamente su aporte académico al respecto²².

Por empezar, Hassemer acude rápidamente en su artículo a la habitualmente denominada “falacia del espantapájaros” al insinuar que el planteo que vienen a formular las neurociencias es similar al que pudieran haber efectuado Ferri y Lombroso. La comparación no parece feliz, ni ingenua. Nadie en su sano juicio propone el regreso de categorías como la del “delincuente nato”. Y en su caso, los errores del pasado forman parte de la cultura de los actuales científicos y penalistas, por lo cual en modo alguno podemos permitirnos clausurar sectores del conocimiento en función de un pretense parecido con doctrinas equivocadas y sus nefastas consecuencias. No hay razón alguna para dar finiquito de plano a la conversación, lo cual pareciera ser la opinión del autor. Indagar sobre los fundamentos de las ciencias es un ejercicio sano, aconsejable y necesario.

Por otro lado -el de la praxis- no necesariamente una incursión en conceptos neurocientíficos debe ser perjudicial para los imputados. De hecho, buena parte de la doctrina pronostica una ampliación de la cantidad de sujetos inimputables.

Puntualmente, en lo que refiere a la doctrina del error categorial, si decidimos incorporarla, debemos aceptar que queremos un derecho penal independiente de la física más elemental. Lamentablemente, el árbol de las ciencias no es todo lo prolijo que uno pudiera desear a los fines pedagógicos. El derecho es -a lo sumo- una ciencia social, pero no puede pretender independizarse de la lógica, de la matemática, de la biología, etc. No tendría sentido pensar el concepto de causa sin acudir a otras ciencias, ni el de acción final, ni tampoco sería efectivo en términos preventivos un derecho que funcione al margen de toda ciencia fundamental.

Al final del día, creemos que el derecho penal no es un reducto cerrado con su propia razonabilidad, prohibitivo para todo especialista no jurista y con reglas completamente específicas que lo vuelven un unicornio entre las ciencias. Al final

21 Hassemer “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal” (2011, pág 7)

22 Op. Cit.

del día, pretendemos que el derecho penal funcione en y para el mundo. Por ello acudimos a peritos médicos, psicólogos, contadores, etc. que con sus ciencias dictaminen respecto daños en la salud, imputabilidad, emoción violenta, etc. ¿Aceptaríamos la prueba empírico-neurocientífica que indica que un individuo no pudo dirigir sus acciones bajo ciertas circunstancias? Si lo aceptamos en un individuo, pero no en la generalidad -siempre considerando el caso hipotético de que puedan comprobarse estos extremos- es por simple apego a nuestros conceptos técnico-dogmáticos.

Interpretar un homicidio en términos teológicos -por ejemplo, como un sacrificio sagrado- sería un indudable error categorial. Pero nadie afirmaría que incluir la teoría de la gravedad en el análisis de los casos penales es un error categorial. Lo mismo sucede con los fenómenos que indica la neurociencia, son tan fundamentales que no pueden ligeramente ser ignorados.

El error categorial es una doctrina válida cuando no existen interrelaciones necesarias entre dos campos del conocimiento. Pero si ambos están refiriéndose a la misma cosa, el argumento del error categorial hace las veces de caballo de troya para ingresar a la discusión el medieval recurso de los averroístas latinos de la doble verdad.

Con un tufillo a comodidad a académica, la doctrina del error categorial se sirve del perspectivismo postmoderno, pero sin fundamentos claros.

Desde una visión consecuencialista, la teoría del error categorial aceptada sin reparos terminaría por implicar la absoluta independencia de cada uno de los campos de conocimientos. Aceptando inclusive resultados contradictorios.

Sólo en la medida de que se defienda la idea que la mente es algo completamente diferente del cuerpo, y que su entidad es absolutamente independiente de los procesos físico-químicos -en contra de todas las investigaciones empíricas actuales-, entonces, y sólo entonces, el error categorial tendría la potencialidad de clausurar la discusión.

VI.- Conclusiones

El cuestionamiento más radical que al día de la fecha recibe el concepto de culpabilidad proviene del hecho de que no está en absoluto demostrado - y es aparentemente indemostrable- que el autor de un delito tuviera la capacidad de

actuar de otro modo. Si se carece de dicha capacidad, su conducta se encuentra determinada por fuerzas de la naturaleza.

Los experimentos científicos aún no lucen idóneos. Lo observado no demuestra necesariamente que la decisión consciente derivara de la actividad orgánica del cerebro. No obstante, el contexto actual amerita para algunos autores una necesaria reconsideración respecto de los fundamentos del derecho penal. De hecho, Frish²³ afirma que la renuncia al derecho penal de la culpabilidad no se ha concretado por diversas razones: I) Se encuentra extendida la posición del libre albedrío. II) Ambas posiciones son indemostrables. III) Para algunos deterministas resulta aceptable un derecho penal de la culpabilidad moderado. Como puede apreciarse, ninguno de los fundamentos parece responder a razones científicas o técnicas. En similar sentido, Schünemann manifiesta que el principio de culpabilidad, “luego de haber necesitado de siglos para su propia realización y aceptación como principio jurídico-penal fundamental, en muy poco tiempo vuelve a abandonarse y a estimarse superfluo e incluso nocivo”²⁴.

Shopenhauer denomina el problema mente-cuerpo como “el nudo del mundo”. Si alguna conclusión cabe respecto de este tema, es que no debe ser enfrentado del modo que Alejandro resolvió el nudo gordiano. Como hemos mencionado, la temática merece ser abordada y discutida criteriosa y desprejuiciadamente. Especialmente en consideración a lo fundamental de sus postulados para las ciencias en general y el derecho penal en particular.

En este sentido, parecen más adecuada en términos gnoseológicos la actitud adoptada por Feijoo Sánchez que la de Hassemer, sólo por citar a dos exponentes antagónicos en cuanto a sus tesis respecto de las neurociencias.

Por otro lado, el corto repaso que hemos realizado sobre las concepciones de la culpabilidad nos deja en claro que un derecho penal preventivo parece ser menos afectado por los postulados de los neurocientíficos que un derecho penal que se fundamente en la culpabilidad²⁵. Ciertamente es que los autores que promueven un derecho penal preventivo no suelen abandonar definitivamente el elemento

23 Frisch “Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad”. (2012, Pág. 24).

24 Schünemann “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”. (1991, Pág 147)

25 “La noción de culpabilidad constituye en sí un cuerpo extraño en el seno de un moderno derecho penal preventivo”. Schünemann “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo” (1991, Pág 152).

culpabilidad, y seguramente ello puede deberse a que definitivamente un derecho penal sin algún grado de culpabilidad en términos tradicionales carecería de legitimación. Y, paradójicamente, esta carencia redundaría en un menor efecto preventivo.

En este contexto, la teoría funcional de Jakobs sortea con éxito las objeciones deterministas de las neurociencias, pero se limita a la descripción de un fenómeno social. Bajo esta perspectiva, la culpabilidad sólo se puede justificar en necesidades preventivas²⁶.

Así las cosas, en lo que hace a lo estrictamente analítico, asumimos el trabajo de Jakobs como la formulación más aséptica y la menos expuesta a contradicciones. En tanto, las concepciones de Roxin y de Schünemann parecerían ser más aconsejables políticamente.

Pero entonces, ¿Qué lugar deben ocupar hoy las neurociencias en el Derecho Penal? Consideramos que los avances científicos actuales invitan a adoptar una actitud de humildad gnoseológica. Ello atento a nuestras limitaciones respecto de lo que se puede conocer y, a su vez, dicha humildad refuerza la necesidad de la prudencia propia de un derecho penal mínimo.

El presente trabajo ambiciona ser un llamado al estudio y al análisis profundo de la temática, mucho más que pregonar una postura firme referida al fondo del asunto. No obstante, para el caso de considerarse necesario, entendemos aconsejable -y acaso pueda leerse también a modo de pronóstico- un ingreso progresivo de las neurociencias a la dogmática penal. A saber, como modo de condicionamiento del sujeto que redundará en una ampliación de los parámetros de inculpabilidad, una decisión más informada a la hora de graduar la pena e inclusive al momento de establecer la necesidad o no de la sanción según criterios preventivos. Es decir, un mejor conocimiento de los procesos neurológicos puede -potencialmente- ampliar el espectro de conflictos que no deben ser resueltos con una pena, o indicar de qué modo y en qué cantidad ella debe ser impuesta.

Afirmamos entonces que, en esta ocasión, no da lo mismo cortar que desatar.

VII.- Bibliografía

- Cancio Meliá, M. (2012) Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias.

26 Cfr. Feijoo Sánchez. Op. Cit. Pág 123-124.

- Crespo, E. D. (2013) Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. (1ra edición) Ed. Euros Editores.
- Crespo, E. D. (2013) “compatibilismo humanista”: Una propuesta de conciliación
 - entre Neurociencias y Derecho Penal.
- Feijoo Sánchez, B. (2012) Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias. (1ra edición) Ed. Thomson Reuters.
- Feijoo Sánchez, B. (2012) Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?
- Frisch, W. (2012) Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad.
- Gazzaniga, M. (2005) El cerebro ético. (1ra edición) Ed. Paidós.
- Gimbernat Ordeig, E. (1974) El estado de necesidad: Un problema de antijuridicidad.
- Hassemer, W. (2011) Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal.
- Jakobs, G. (2012) Culpabilidad jurídico-penal y «libre albedrío».
- Jakobs, G. (1992) El principio de culpabilidad.
- Jakobs, G. (2012) Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica.
- Jescheck, H.H. (2003) Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria.
- Luzón Peña, D. M. (2012) Libertad, culpabilidad y neurociencias.
- Mir Puig, S. (2005) Límites del normativismo en el derecho penal.
- Nino, C. S. (1980) Los límites de la responsabilidad penal. Capítulo V. La articulación de la teoría. Presupuestos y aplicaciones. Ed. Astrea.
- Precht, R. (2017) ¿Quién soy yo... y cuántos? (1ra edición) Ed. Ariel.
- Roxin, C. (1981) Culpabilidad, prevención y responsabilidad en el derecho penal.
- Roxin, C. (2017) La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad.
- Rubia, F. (2009) El fantasma de la libertad (1ra edición) Ed. Crítica.
- Sanchez-Ostiz, P. (2014) La libertad del derecho penal: de que hablamos cuando decimos libertad.
- Suarez Llanos L. (2018) El posmodernismo jurídico y la filosofía del derecho. (1ra edición) Ed. Tirant lo blanch.
- Schünemann, B. (2000) La culpabilidad: estado de la cuestión.
- Schünemann, B. (1991) La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo.