

Estudios de Derecho Penal II



Coordinadores académicos:
Carlos Andrés Gómez González
Carlos Alberto Suárez López



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO

Estudios de Derecho Penal II



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

PROGRAMA DE DERECHO

Estudios de derecho penal II / coordinadores académicos

Carlos Andrés Gómez González, Carlos Alberto Suárez

López – Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo

Lozano. Facultad de Ciencias Sociales, 2012.

576 p.; 24 cm.

ISBN: 978-958-725-111-1

1. DERECHO PENAL. 2. CULPABILIDAD. 3. RESPONSABILIDAD PENAL. 4. DELITOS POR OMISIÓN. 5. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. 6. LAVADO DE DINERO. 7. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.
I. Gómez González, Carlos Andrés, coord. II. Suárez López, Carlos Alberto, coord.

CDD345"E826"

Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

Carrera 4 N° 22-61 - pbx: 242 7030 - www.utadeo.edu.co

Estudios de Derecho Penal II

ISBN: 978-958-725-111-1

Primera edición: 2012

Rectora: Cecilia María Vélez White

Vicerrector académico: Diógenes Campos Romero

Decano de la Facultad de Ciencias Sociales: Jorge Orlando Melo González

Decano del Programa de Derecho: Carlos Andrés Gómez González

Director del Área de Derecho Penal: Carlos Alberto Suárez López

Director editorial (E): Jaime Melo Castiblanco

Coordinación editorial: Henry Colmenares Melgarejo

Revisión de textos: Camilo Andres Gamboa y Henry Colmenares

Diseño de portada: Oscar Joan Rodríguez

Diseño y diagramación: Oscar Joan Rodríguez

Impresión:

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin
autorización escrita de la Universidad.

IMPRESO EN COLOMBIA - PRINTED IN COLOMBIA

Estudios de Derecho Penal II

STEPHAN STÜBINGER

PAMELA ALARCÓN ARIAS

ANDREA NATALY BERMÚDEZ SÁNCHEZ

CAROLINA MACHADO CYRILLO DA SILVA

DAVID LEAL DA SILVA

DIEGO A. DOLABJIAN

JOSÉ CARLOS MACEDO DE PINTO FERREIRA JÚNIOR

LÓREN FORMIGA DE PINTO FERREIRA

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

JUAN PABLO MAÑALICH R.

JUANITA MARÍA OSPINA PERDOMO

ÁLVARO ROLANDO PÉREZ

RICARDO POSADA MAYA

BEATRIZ EUGENIA SUÁREZ LÓPEZ

CARLOS ALBERTO SUÁREZ LÓPEZ

ANDREA TOURINHO PACHECO DE MIRANDA



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

PROGRAMA DE DERECHO

CONTENIDO

PENAL GENERAL

¿PERSONA O PACIENTE? COMENTARIOS ACERCA DEL “PUNTO DE VISTA DE LAS INVESTIGACIONES CEREBRALES” EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD JURÍDICO PENAL.....19

STEPHAN STÜBINGER

I.	INTRODUCCIÓN	20
II.	EL DETERMINISMO NEUROCIENTÍFICO	22
III.	CRÍTICA A LA VIVENCIA SUBJETIVA DE LIBERTAD	24
	A. Reducción del concepto de voluntad	24
	B. Necesaria ampliación del concepto de libertad.....	27
	C. Libertad y experimentos neurocientíficos.....	29
IV.	¿DE UNA INCAPACIDAD DE CULPABILIDAD EXCEPCIONAL A UNA GENERAL? 32	
	A. Exclusión de culpabilidad ejemplificada en actos violentos	32
	B. Generalizaciones inadmisibles y consecuencias para el sistema de sanciones.....	37
V.	SEMPITERNOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN	39
VI.	ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y LIBERTAD	42
VII.	OBSERVACIONES FINALES.....	45

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....47

PAMELA ALARCÓN ARIAS Y JUANITA MARÍA OSPINA PERDOMO

	INTRODUCCIÓN	48
I.	CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA.....	51
II.	SISTEMAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS	53
III.	CRÍTICAS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	57
IV.	ARGUMENTOS A FAVOR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	66
V.	LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO	70

CONCLUSIÓN 82
 BIBLIOGRAFÍA..... 82

LA DESPROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO.....85

LÓREN FORMIGA DE PINTO FERREIRA

INTRODUCCIÓN 86
 I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS PENAS..... 87
 II. PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO 91
 A. Proporcionalidad legislativa o en abstracto..... 93
 1. Concepto 93
 2. Ejemplos de tipos penales con ofensa al principio de la proporcionalidad en abstracto 95
 B. Proporcionalidad en concreto 100
 CONCLUSIONES..... 102
 BIBLIOGRAFÍA..... 104

LA ESTRUCTURA DE LA AUTORÍA MEDIATA.....107

JUAN PABLO MAÑALICH R.

RESUMEN..... 107
 I. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN COMO MODALIDADES DE INFRACCIÓN DE DEBER..... 108
 II. LA FUNCIÓN CONSTITUTIVA DE LA AUTORÍA MEDIATA..... 112
 III. LA RELATIVIDAD DE LAS ADSCRIPCIONES DE ACCIONES 117
 IV. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y LA CONTRA-FACTICIDAD DE LA IMPUTACIÓN 119
 V. DEFECTOS DE RESPONSABILIDAD: DEFECTOS DE IMPUTACIÓN 123
 VI. DEFECTOS DE RESPONSABILIDAD: DEFECTOS DE ANTINORMATIVIDAD 129
 A. Autoría mediata por actuación justificada del instrumento 130
 B. Autoría mediata por autolesión del instrumento 131
 C. Autoría mediata por actuación de un instrumento doloso no cualificado 133
 BIBLIOGRAFÍA..... 138

DELITOS DE PELIGRO Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....145

CARLOS ALBERTO SUÁREZ LÓPEZ

INTRODUCCIÓN 146
 I. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 7° (POSESIÓN

INJUSTIFICADA DE INSTRUMENTOS PARA ATENTAR CONTRA LA PROPIEDAD) Y 8° (PORTE DE SUSTANCIAS) DE LA LEY 228 DE 1995 (SENTENCIA C-430 DE 1996)	148
II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 1900 DE 2002 (“POR EL CUAL SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL CONTRA LAS ORGANIZACIONES DELINCUENCIALES Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”) (SENTENCIA C-939 DE 2002)	160
CONCLUSIONES.....	174
BIBLIOGRAFÍA.....	177

PENAL ESPECIAL

LAVADO DE ACTIVOS DESDE UNA PERSPECTIVA “CRÍTICA”	183
ÁLVARO ROLANDO PÉREZ	
INTRODUCCIÓN	183
I. HIPÓTESIS	187
II. OBJETIVOS	187
A. Objetivo general	187
B. Objetivo específico	187
III. MARCO DE REFERENCIA	188
A. Delimitación del tema	188
IV. MARCO TEÓRICO	188
A. Noción de bien jurídico tutelado	188
B. Lavado de activos a nivel nacional	192
C. Lavado de activos - análisis del tipo	199
D. Lavado de activos y narcotráfico	202
CONCLUSIONES.....	206
BIBLIOGRAFÍA.....	208
EL DELITO DE TRANSFERENCIA NO CONSENTIDA DE ACTIVOS.....	209
RICARDO POSADA MAYA	
RESUMEN.....	209
I. CONSIDERACIONES GENERALES	210
II. LAS ACCIONES INFORMÁTICAS DEFRAUDATORIAS Y EL BIEN JURÍDICO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN	213
A. El concepto de “ciberdelito”	213

B.	El bien jurídico protegido.....	215
III.	ASPECTOS DOGMÁTICOS DE LA TRANSFERENCIA NO CONSENTIDA DE ACTIVOS Y LA FABRICACIÓN, POSESIÓN, INTRODUCCIÓN Y FACILITACIÓN DE SOFTWARE DEFRAUDATORIO.....	218
A.	Transferencia no consentida de activos.....	218
1.	Sujeto activo	220
2.	Sujeto pasivo	222
3.	Bien jurídico	223
4.	Objeto jurídico	223
5.	Objeto sobre el cual recae la acción	223
6.	Verbo rector simple	225
7.	Resultado	230
8.	Nexo de causalidad e imputación objetiva	236
9.	Aspecto subjetivo	238
10.	Agravante particular	239
B.	Fabricación, posesión, introducción y facilitación de software defraudatorio.....	239
1.	Sujeto activo	240
2.	Sujeto pasivo	240
3.	Bien jurídico	240
4.	Objeto sobre el cual recae la acción	241
5.	Verbo rector	242
6.	Aspecto subjetivo: dolo	242
	CONCLUSIONES.....	243
	BIBLIOGRAFÍA.....	245

**COMENTARIOS SOBRE LOS MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE
RESPONSABILIDAD PENAL EN LA EMPRESA.....251**

BEATRIZ EUGENIA SUÁREZ LÓPEZ

	INTRODUCCIÓN	251
I.	BREVES COMENTARIOS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL ECONÓMICA	253
II.	LOS PRINCIPALES SUJETOS ACTIVOS EN DELITOS EMPRESARIALES	256
A.	La responsabilidad penal de la empresa.....	256
B.	La responsabilidad penal del empresario	259
1.	Atribución de responsabilidad por la vía activa	262
2.	Atribución de responsabilidad por la vía omisiva o comisión por omisión	269
	CONCLUSIONES.....	276
	BIBLIOGRAFÍA.....	277

PROCESAL PENAL

ACCIÓN DE REVISIÓN EN PROCESOS POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS O INFRACCIONES GRAVES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....283

ANDREA NATALY BERMÚDEZ SÁNCHEZ

INTRODUCCIÓN	284
I. ANTECEDENTES.....	286
II. PROCESOS POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS O INFRACCIONES GRAVES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	293
III. DECISIONES DE INSTANCIAS INTERNACIONALES DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE LAS CUALES EL ESTADO COLOMBIANO HA ACEPTADO FORMALMENTE COMPETENCIA	298
IV. INCUMPLIMIENTO PROTUBERANTE DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO DE INVESTIGAR SERIA E IMPARCIALMENTE.....	304
V. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL NUMERAL 4º, ARTÍCULO 192 DE LA LEY 906 DE 2004	313
VI. LEGITIMIDAD PARA INTERPONER LA ACCIÓN.....	315
CONCLUSIONES.....	319
BIBLIOGRAFÍA.....	321

LAS PRUEBAS ILÍCITAS Y EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO.....325

JOSÉ CARLOS MACEDO DE PINTO FERREIRA JÚNIOR

INTRODUCCIÓN	326
I. FINALIDAD Y ESTATUS CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO	328
II. LAS PRUEBAS ILÍCITAS Y EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD.....	334
CONCLUSIONES.....	339
BIBLIOGRAFÍA.....	342

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

SÉNECA: PRECURSOR DE LAS IDEAS PENALES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	347
CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU	
INTRODUCCIÓN	347
I. EL ESTOICISMO COMO SU ANTECEDENTE.....	350
II. EL PARTICULAR ESTOICISMO DE SÉNECA	358
A. La insistencia en lo práctico y lo útil socialmente.....	359
B. La causalidad es asunto del azar y la finalidad, como el entendimiento, gobierno de la razón	361
C. De la “regla de oro” a la “regla de platino”	361
D. Necesidad del control social.....	367
III. APORTES DEL ESTOICISMO AL CONCEPTO DE ESTADO MODERNO Y A LA NOCIÓN ACTUAL DE JURIDICIDAD.....	371
IV. SÉNECA Y SUS IDEAS SOCIALES EN MATERIA PENAL. UN DECÁLOGO DE ENSEÑANZAS Y LA ACTUALIDAD DE SU PENSAMIENTO.....	389
A. La concepción del Estado como necesidad	390
B. Límites verticales –al poder estatal– y horizontales –a los otros ciudadanos– impuestos por un derecho superior al positivo.....	397
C. Primeros atisbos del antropocentrismo. Dignidad humana como su consolidación	398
D. Libertad, igualdad, seguridad y solidaridad	406
E. Importancia de la pena humanizada, proporcional, razonable y preventiva	407
F. Un control fundado en criterios político-criminales	414
G. El control de la conducta como elemento mínimo de intervención estatal	418
H. Lo antijurídico como lo opuesto a la esfera de libertad de los valores humanos	420
I. El quebrantamiento de la juridicidad por omisión y el principio de solidaridad	425
J. La responsabilidad subjetiva. Principio de culpabilidad y eximentes de responsabilidad.....	426
1. La excusabilidad y la prueba de la culpabilidad a través de indicios.....	429
2. La prudencia como componente del comportamiento correcto	433
3. Culpabilidad y reproche	434
BIBLIOGRAFÍA.....	436

EL PENSAMIENTO PENAL DE JORGE ELIÉCER GAITÁN Y LA ESCUELA POSITIVISTA ITALIANA.....

CARLOS ALBERTO SUÁREZ LÓPEZ

INTRODUCCIÓN	444
I. LA ESCUELA POSITIVISTA ITALIANA Y SU CONTEXTO HISTÓRICO	450

A.	Reacción frente a la escuela clásica italiana dominante durante el siglo XIX.....	450
B.	Principales exponentes.....	452
C.	Factores que determinaron su surgimiento.....	454
D.	Principales postulados.....	456
II.	INFLUENCIA DE LA ESCUELA POSITIVISTA ITALIANA EN EL PENSAMIENTO PENAL DE JORGE ELIÉCER GAITÁN.....	464
A.	La defensa de Moisés García (o el autor intelectual en el homicidio).....	465
1.	La importancia del análisis de la personalidad del acusado y de los diversos actores del proceso como punto de partida.....	467
2.	La importancia del análisis de los factores psicológicos que llevan al delito.....	473
3.	El respeto por el método inductivo y el desprecio por el método deductivo.....	474
4.	La consideración de la defensa social como finalidad del derecho penal y la negación del libre albedrío.....	474
5.	La consideración de la prevención social como una de las funciones del Estado frente a la criminalidad.....	475
B.	La defensa del profesor José del Carmen Acosta (o la legítima defensa subjetiva).....	476
1.	La importancia del análisis de la personalidad del acusado como punto de partida.....	478
2.	La importancia del estudio del caso individual.....	480
C.	La defensa de Alfonso Castro (o el homicidio culposo).....	481
1.	La consideración de la peligrosidad social del actor como elemento integrante de la culpa.....	482
2.	La clasificación de los delincuentes culposos.....	484
3.	La consideración de la defensa social como finalidad del derecho penal y de la prevención especial como finalidad de la sanción penal.....	486
D.	Conclusiones parciales.....	487
1.	Importante influencia de la escuela positivista italiana, en general, y del pensamiento penal de Ferri, en particular, en el pensamiento penal de Gaitán.....	487
2.	Influencia de otras escuelas penales.....	488
3.	Enriquecimiento de las ideas de la escuela positivista italiana por parte de Jorge Eliécer Gaitán.....	489
III.	RESCATE DE LOS ASPECTOS POSITIVOS DE LA ESCUELA POSITIVISTA ITALIANA REPRESENTADA EN EL PENSAMIENTO PENAL DE JORGE ELIÉCER GAITÁN ...	492
A.	La preocupación por el estudio del hombre, en general, y del delincuente, en particular.....	492
B.	La puesta en evidencia de que los hombres no actúan con total libertad, sino que se ven determinados por toda una serie de factores endógenos y exógenos.....	493
C.	La consideración de la prevención especial del delito como finalidad de la sanción penal.....	494
D.	El estudio del caso concreto más allá de los conceptos jurídicos abstractos.....	494
E.	El desarrollo de puentes entre el derecho penal y otras ciencias sociales como la antropología, la psicología, la psiquiatría, el psicoanálisis, la sociología o la estadística criminal.....	495

F. La solución de la problemática social como medio eficaz para luchar contra la criminalidad	495
CONCLUSIONES.....	496
BIBLIOGRAFÍA.....	497

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

LA CONDENA DE BRASIL EN EL “CASO ARAGUAIA” Y LA RETROACTIVIDAD EN DERECHO PENAL. SOBRE LA LEGALIDAD.....503

CAROLINA MACHADO CYRILLO DA SILVA Y DAVID LEAL DA SILVA

RESUMEN.....	503
I. PUNTO DE PARTIDA: DECISIÓN JUDICIAL E INTERPRETACIÓN	504
II. RELATO Y PRESENTACIÓN DEL FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - “CASO ARAGUAIA”	505
III. DERECHO PENAL: LEGALIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES.....	511
IV. DERECHOS HUMANOS Y DISCURSO PUNITIVO	515
COCLUSIONES.....	523
BIBLIOGRAFÍA.....	524

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL.....527

DIEGO A. DOLABJIAN

INTRODUCCIÓN	528
I. <i>EXCURSUS</i> : PINCELADAS SOBRE EL SISTEMA CONSTITUCIONAL Y PENAL EN ESTADOS UNIDOS Y EN ARGENTINA.....	530
A. El sistema constitucional en Estados Unidos y en Argentina	530
1. Derechos y garantías.....	530
2. Poderes y controles.....	531
B. El sistema penal en Estados Unidos y en Argentina.....	532
1. Delitos y penas.....	532
2. Sujetos y procesos.....	533
II. ACERCA DE LOS VOTOS DE LOS MAGISTRADOS.....	535
A. El voto Lorenzetti y Petracchi (¿Tatting?).....	535
B. El voto de Highton (¿Keen?).....	537
C. El voto de Argibay (¿Truepenny?).....	539
D. El voto de Fayt y Zaffaroni (¿Foster?).....	543

E. El voto Maqueda (¿Handy?)	547
III. A MODO DE CIERRE	549

CRIMINOLOGÍA

LAS BASES TEÓRICAS DEL ABOLICIONISMO PENAL.....553

ANDREA TOURINHO PACHECO DE MIRANDA

INTRODUCCIÓN	554
I. EL SURGIMIENTO DEL ABOLICIONISMO PENAL – UN BREVE RECUENTO HISTÓRICO	556
II. LA DECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA PENAL: LOS CONCEPTOS DE LEGITIMIDAD, LEGALIDAD Y DESLEGITIMIDAD	560
III. EL MARXISMO COMO UN MARCO TEÓRICO DEL ABOLICIONISMO PENAL – LA CONTRIBUCIÓN DE EUGENY PASUKANIS, RICHARD QUINNEY, MASSIMO PAVARANI Y THOMAS MATHIESEN.....	562
IV. OTRAS CORRIENTES ABOLICIONISTAS PENALES.....	566
A. El abolicionismo minimalista de Alessandro Baratta	566
B. El realismo marginal de los países periféricos de Raúl Zaffaroni	567
C. El abolicionismo de la situación-problema de Louk Hulsman.....	570
D. EL abolicionismo fenomenológico historicista de Nils Christie.....	572
E. El abolicionismo penal estructuralista de Michel Foucault.....	573
V. EL ABOLICIONISMO PENAL EN LA PRÁCTICA. CRÍTICAS Y PERSPECTIVAS	573
CONCLUSIONES.....	576
BIBLIOGRAFÍA.....	577

PRÓLOGO

Para el Programa de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y, concretamente, para su Área de Derecho Penal, constituye un motivo de alegría y orgullo poder presentar a la comunidad académica el volumen II de la obra *Estudios de Derecho Penal*, que reúne diversos artículos de profesores de derecho penal, procesal penal y criminología nacionales y extranjeros. Al igual que en el volumen I, los escritos aquí compendiados tienen como común denominador el girar en torno a la “cuestión penal” o al “problema penal”. En esta ocasión, además de los artículos de los profesores colombianos, contamos con artículos de profesores procedentes de Alemania, Argentina, Brasil y Chile.

El hecho de que todos los textos aquí compilados tengan un resumen al inicio, nos exime de presentar en este prólogo la temática de los mismos. En cuanto a la estructura de la obra, se ha conservado la división de los artículos en acápites dedicados al penal general, al penal especial, al procesal penal y a la criminología y se han agregado dos apartados de historia del derecho penal y de fundamentos constitucionales del derecho penal.

Como quiera que varios de los autores de los textos aquí compilados son alumnos del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), modalidad intensiva, sea esta la oportunidad para expresar nuestro agradecimiento a los profesores de dicho doctorado que han hecho posible este muy interesante ejercicio de integración académica latinoamericana que ha tenido por epicentro dicha extraordinaria casa de estudios, en especial a los profesores Ricardo D. Rabinovich-Berkman (director de dicha modalidad de doctorado), Raúl Gustavo Ferreyra, Ignacio F. Tedesco y Enrique del Percio.

De igual manera, sea esta la oportunidad para rendirle un sencillo pero sentido homenaje al maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, inspirador de varias generaciones de penalistas y criminólogos latinoamericanos, cuyo iluminado pensamiento constituye el punto de partida y, muchas veces, de llegada de las modestas consideraciones de algunos de los autores que aquí escriben.

Finalmente, expresamos nuestro agradecimiento al señor Henry Colmenares y al equipo de publicaciones de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano por su paciente y valioso trabajo editorial.

Carlos Andrés Gómez González

Decano del Programa de Derecho
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

Carlos Alberto Suárez López

Director del Área de Derecho Penal
Director del Consultorio Jurídico
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

Coordinadores de la obra

Bogotá D.C., noviembre de 2012

PENAL GENERAL

**¿PERSONA O PACIENTE?
COMENTARIOS ACERCA DEL “PUNTO DE VISTA
DE LAS INVESTIGACIONES CEREBRALES” EN
RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD
JURÍDICO PENAL***

STEPHAN STÜBINGER**

RESUMEN

El principio de culpabilidad jurídico penal ha sido en los últimos años objeto de renovadas críticas por parte de la neurociencia, según la cual el concepto tradicional de culpabilidad, entendido como reprochabilidad fundada en el poder actuar de otro modo, no concordaría con el conocimiento empírico experimental de la psicología de la voluntad y de la acción, así como tampoco con el de las investigaciones cerebrales. De conformidad con el punto de vista neurocientífico, entonces, habría que reemplazar la punición del culpable por una terapia a un estado cerebral anómalo. Objeto del presente artículo es defender un concepto ampliado de libertad que anteponga la autonomía, en lugar del indeterminismo, como el concepto contrapuesto al determinismo y que permita, de esa forma, la imputación de libertad a un ser humano que, en virtud de dicha imputación, será considerado persona.

Palabras clave: libertad de voluntad; pena; principio de culpabilidad; neurociencia; determinismo neurocientífico; experimentos neurocientíficos;

* Traducción del alemán por Orlando Humberto De La Vega Martinis, Doctorando en Derecho de la Universidad de Bonn (Alemania).

** Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Bonn (Alemania).

indeterminismo; exclusión de culpabilidad por hechos violentos; autonomía; libertad; concepto de persona; relación entre el derecho y la libertad.

I. INTRODUCCIÓN

En el número 1/2010 del BRJ*** Grisca Merkel y Gerhard Roth expusieron bajo el título “¿Punición o terapia?”,¹ una vez más, la crítica neurocientífica –repetida con frecuencia en los últimos años– al principio de culpabilidad jurídico penal.² En el centro de interés está el “problema eterno de nuestra ciencia”:³ la pregunta por la libertad de voluntad como fundamento del concepto de culpabilidad –no solo jurídico-penal–, el cual, a su turno, sirve como base de legitimación de la pena. Ambos autores se han ocupado ya en detalle de este tema en múltiples escritos –algunas veces por separado, otras veces en conjunto, o con otros autores– y pueden con toda seguridad considerarse en justicia como acreditados expertos en este ramo.⁴ En el texto conjunto se trata incluso, en cierto modo, de una forma personalizada de interdisciplinariedad: Merkel es científica del derecho penal, Roth es un renombrado fisiólogo del comportamiento y neurobiólogo, quien, al lado de Wolf Singer, se cuenta

*** Bonner Rechtsjournal (N. del T.).

- 1 Merkel / Roth. *BRJ* 1/2010, pp. 47-56. En la medida en que no se diga lo contrario, los números de página que se citen en el presente texto se referirán a dicho artículo.
- 2 Un resumen de esta discusión puede verse en Stübinger. *Das idealisierte Strafrecht*, 2008, pp. 341-387, con una gran cantidad de referencias adicionales.
- 3 Así denominó antaño Hans Welzel la discusión sobre el contexto entre culpabilidad y libertad en un prólogo a un artículo de Graf zu Dohna. *ZStW* 66, (1954), p. 505.
- 4 Véase Merkel (aquí aún bajo su nombre de soltera Detlefsen). *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips*, 2006; Merkel. *FS-Herzberg*, 2008, pp. 3 y ss.; Merkel / Roth. En: Grün (coord.). *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, pp. 54 y ss.; Merkel / Roth. En: Stompe / Schanda (coord.). *Der freie Wille und die Schuldfähigkeit*, 2010, pp. 143 y ss.; Merkel / Roth. *Frankfurter Rundschau* del 26.06.2010 (disponible en línea bajo: http://www.fr-online.de/in_und_ausland/kultur_und_medien/themen/?em_cnt=2788472); Roth. En: *FS-Lampe*, 2003, pp. 43 y ss.; Roth. En: Roth / Grün (coord.). *Das Gehirn und seine Freiheit*, 2006, pp. 9 y ss.; Pauen / Roth. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*, 2008; Roth / Lück / Strüber. *DRiZ* 2005, pp. 356 y ss.; y en: Lampe (coord.). *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, pp. 126 y ss.

entre los más prominentes investigadores cerebrales en Alemania en la actualidad por haber ambos abierto eficazmente al público su disciplina. A pesar de la inequívoca influencia ejercida por su conocimiento jurídico penal, es el “punto de vista de las investigaciones cerebrales” –tal como ya el subtítulo del artículo de Merkel y Roth delata– el que debe adoptarse en primera línea, así como también es esta posición la que debe defenderse activamente en la pregunta por la libertad. La perspectiva de la neurociencia debe, finalmente, ofrecerse como alternativa al tradicional punto de vista sobre la culpabilidad jurídico-penal, pues –así se puede asumir después de la lectura del texto– con las investigaciones cerebrales se puede ver más que, o en todo caso diferente a, el derecho penal en lo que tiene que ver con la culpabilidad, a saber, la inculpabilidad del delincuente. La investigación cerebral juega así el conocido juego de niños “yo veo aquello que tú no ves” con la teoría jurídico penal. De cualquier manera no se trata solo de un “ver-mejor”, sino también de las consecuencias prácticas de ese punto de vista mejorado. Como reemplazo de la punición de un culpable se aconseja una terapia al estado cerebral anómalo. De esta forma se insinúa un ambicioso programa, en el cual lo importante sería la vinculación entre conocimientos neurocientíficos con una revisión de los fundamentos teórico-penales, dogmáticos y procesales, la cual debería llevar a un cambio de la práctica penal.

Con el fin de delimitar su propia posición frente a las concepciones tradicionales de la culpabilidad, el texto mencionado refiere primero las posiciones más conocidas del Tribunal Constitucional (BVerfGE 20, 323, especialmente 331) y del Tribunal Superior Federal (en especial BGHSt 2, 194, 200), según las cuales la culpabilidad consistiría en reprochabilidad, y esta, finalmente, presupondría una voluntad libre o un “poder-actuar-de-otro-modo” de parte de quien es hecho responsable jurídico penalmente. Estas tomas de postura del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior Federal son consideradas por el gremio de penalistas activos, tanto en lo teórico como en lo práctico,

como la opinión –todavía hoy– dominante. Y aunque esta versión del concepto de culpabilidad en ningún momento ha sido pacífica al interior de la teoría jurídico penal, tiene derecho a seguir siendo considerada como “opinión dominante” aquella según la cual una sanción jurídico penal exige en este sentido la libertad de decidir en contra del derecho.⁵ Pero este “concepto tradicional jurídico penal de la libertad de voluntad” no concuerda, según la opinión de Merkel y Roth, “con el conocimiento empírico experimental de la psicología de la voluntad y de la acción, así como tampoco con el de las investigaciones cerebrales”, los cuales habrían merecido más atención como la “ciencia pertinente” en esta materia (pág. 47). Los experimentos neurocientíficos, por el contrario, deben poder resolver la antigua disputa acerca de la libertad de voluntad, solo que ahora “de forma definitiva y en sentido negativo”.⁶

II. EL DETERMINISMO NEUROCIENTÍFICO

Las investigaciones cerebrales desean ubicarse en esta materia en la cumbre de la larga cadena conformada por aquellos escépticos de la libertad que, mayoritariamente bajo la denominación teórica “deterministas”,⁷ desean probar que la totalidad de los sucesos del mundo está causalmente determinada de inicio a fin y que en el marco de esta ininterrumpida causalidad natural no puede encontrarse lugar alguno para algo así como la libertad de voluntad humana, pues también las acciones humanas, así como la formación de voluntad y las decisiones que le preceden, estarían naturalmente condicionadas por la

5 Un resumen del estado de la cuestión puede verse en Paeffgen. *Nomos-Kommentar* (NK), *Strafgesetzbuch*, 3ª ed., 2010, Vor. §§ 32 y ss., Rn. 207 y ss., en especial 230a y ss., con ulteriores referencias acerca de la opinión dominante (230c, pie de página 692 y ss.) y de otras posiciones.

6 Así ya Roth, en: Roth / Grün (coord.). *Das Gehirn* (nota 4), p. 9.

7 Sobre la historia de esta discusión, la cual se extiende desde la antigua idea del destino hasta la moderna neurociencia, véase el resumen histórico de Rosenberger. *Determinismus und Freiheit*, 2006, pp. 11-223.

forma de ser de los determinantes precedentes. El punto de partida argumentativo es siempre el mismo: cualquier estado en el mundo se deja explicar teóricamente solo como el resultado de estados y acontecimientos previos. De la nada, nada viene, es decir, no puede pensarse en un suceso sin las causas que lo produzcan. Este principio causal vale sin excepción. Por ninguna parte se generan grietas de las que pudiera abrirse espacio para decisiones libres – indeterminadas–. También por esta razón la conducta humana está en todas sus fases completamente determinada y es científicamente determinable –de la libertad no hay rastro alguno–. En este sentido, Merkel y Roth describen su punto de partida también como “concepto de un determinismo actual: nuestra conducta está determinada paso a paso, porque en cada momento se entrecruzan nuevas líneas causales” (pág. 48). Una presunta representación puramente subjetiva de la voluntad libre solo puede formar parte de una combinación tal de sucesiones de causas cerradas en sí mismas, en el mejor de los casos, como una bella apariencia. De allí que la idea de la libertad de voluntad sea también frecuentemente denunciada como mera “ilusión”.⁸

A pesar de los ataques, ya seculares, contra la idea de la libertad de voluntad humana, esta se muestra, sin embargo, bastante resistente. Hasta ahora no ha sido posible, de ninguna manera, destruir totalmente la convicción de que es posible decidir libremente. Al fin y al cabo, de la misma forma como el escepticismo no ha podido acallar el discurso sobre la verdad, el determinismo no ha podido tampoco acallar el discurso sobre la libertad. Al final es el propio determinista convencido quien, en medio de la supuesta falta de libertad de los demás, cree por lo menos en su propia libertad,⁹ así como cada escéptico sabría contraponer la verdad de su propia afirmación frente a la falta de verdad de los otros. Es evidente que quien desee negar la posibilidad de una voluntad

8 Así ya Sully. *Mind* 6 (1881), especialmente p. 17; Réé. *Die Illusion der Willensfreiheit*, 1885; en tiempos recientes Wegner. *Illusion of Conscious Will*, 2002; Wegner. *Behavioral and Brain Science* 27 (2004), pp. 649 y ss.; al respecto véase también Pauen. *Illusion Freiheit?*, 2ª ed., 2005, pp. 209 y ss.

9 Véase al respecto la correspondiente confesión de Paul Réé. *Illusion* (nota 8), en especial pp. 26-35.

libre o de un conocimiento verdadero solo podrá hacerlo en la medida en que trate el querer, las acciones y el reconocimiento de los demás como un objeto de descripción cuyo sujeto debe ser él mismo y a cuya subjetividad, por lo menos, le reconoce las capacidades que le niega a los demás. Ni en la comunicación cotidiana, ni en el discurso disciplinado de las ciencias normativas –especialmente ni en el derecho ni en la ética– se ha podido hasta ahora renunciar al concepto de libertad. Incluso aquellos que aceptan que la suposición de una voluntad libre puede sonar ilusoria, o que por lo menos no es teóricamente demostrable, se remiten a la necesidad de dicha suposición. En este sentido, particularmente entre penalistas, se acude continuamente a la conocida cita de Eduard Kohlrausch, pronunciada ya hace un siglo, según la cual el “poder individual”, fundamento de las decisiones libres y de la capacidad de culpabilidad, se habría convertido en “una ficción estatal necesaria” sin la cual la comunidad no funcionaría.¹⁰

III. CRÍTICA A LA VIVENCIA SUBJETIVA DE LIBERTAD

A. Reducción del concepto de voluntad

Entre tanto, Merkel y Roth tienen lista una sencilla explicación de la resistencia que posee la idea de libertad. Para ellos es, principalmente, la vivencia individual de libertad la que nos simula la existencia de una voluntad libre, pues: “sin duda alguna, en la mayoría de acciones tenemos la sensación de que podríamos actuar diferente solo si así lo quisiéramos”. Pero la vivencia del poder de decisión interior de la propia voluntad sería engañoso y haría que nos olvidásemos de la impotencia de la voluntad dado que, por lo menos en términos de necesidad, no habría ninguna “conexión entre un estado volitivo y una acción concreta”. Después de todo, en virtud de automatismos muchas

10 Kohlrausch. *FG-Güterbock*, 1910, p. 26. Véase también Vaithinger. *Die Philosophie des Als Ob*, 9ª y 10ª ed., 1927, pp. 59 y ss., quien se remite a algunos autores previos que ya sostenían algo parecido en esta materia.

ejecuciones de acción serían, por un lado, independientes de la formación actual de una voluntad, con lo cual es evidente que no deben efectuarse distinciones adicionales entre acciones y otras formas de conducta –entre ellas, aquellas formas de conducta involuntarias– en las cuales la voluntad bien podría no tener lugar como instancia de decisión activa, pero sí podría al menos aparecer como una fuerza posible que eventualmente impidiese o regulase la conducta. Por otra parte, sería posible describir actos de voluntad a los que de ninguna manera seguiría una conducta que los concretara. Sin embargo, en este punto no es del todo claro si no se trata más bien de una confusión entre voluntad y deseo, pues una voluntad que no se realice en una ejecución práctica solo tendría derecho a ser calificada como un puro deseo o como una alternativa de acción que simplemente permanece como una representación. De esta forma, entonces, la voluntad es presentada como un estado aislable, el cual puede ser pensado con total independencia de una acción realmente querida. Es decir, el acto de voluntad es presentado, en su totalidad, simplemente como una ruedecita en un mecanismo comportamental, de forma tal que la voluntad misma es pensada como una acción arbitraria, la cual sencillamente no se muestra al exterior. De esta manera el acto de voluntad llega a ser un fenómeno visible (para el investigador cerebral), el cual se interpreta como un suceso aislable.¹¹ Así se introduce, casi que accesoriamente, un argumento de continua importancia para la forma posterior de fundamentación de los autores en comento, pues desde esta perspectiva la voluntad aparece solo como una causa para la acción, dentro de muchas posibles. La voluntad se convierte así en una aparición acompañante de la acción a la cual se puede renunciar. Al lado de otras innumerables condiciones que participan en una conducta, el sujeto de la voluntad de acción que se siente libre debe ser marginalizado,

11 Crítico de esta forma de hablar, la cual de cualquier manera no puede ser la del agente, se expresaba ya Wittgenstein. *Philosophische Untersuchungen*, §§ 611 y ss., Werkausgabe 1 (1984), pp. 464 y ss.; Wittgenstein. *Philosophische Grammatik*, § 97, Werkausgabe 4 (1984), p. 144; véase al respecto Quinterer. En: Lüttersfeld (coord.). *Das Sprachspiel der Freiheit*, 2008, pp. 95 y s. y 103 y ss.

reduciéndolo primero a una circunstancia cualquiera de la conducta hasta que, finalmente, desaparezca por completo en el horizonte del universo teórico determinista.

Sin embargo, el argumento más importante para la supuesta inadmisibilidad de una prueba de la libertad que se fundamente en una sensación lo ven Merkel y Roth en el hecho de que aquellos motivos que dirigen la conducta y que se encuentran en un ámbito insensible no son tenidos en cuenta, pues en tratándose del sentimiento de libertad no se apreciaría nunca el desconocido terreno de lo inconsciente en la medida en que “nosotros, *per definitionem*, no podemos experimentar la influencia inconsciente sobre nuestras decisiones, la cual existe en abundancia”. Ahora, justamente estos momentos preconscientes podrían ser los decisivos. Los neurocientíficos, completamente conscientes y con todo gusto, hablan en general de lo inconsciente como sucesor de la psicoterapia pues ellos reclaman para sí en este punto una ventaja cognitiva. En la medida en que las investigaciones cerebrales, con ayuda de su método visualizante, hacen visibles las actividades invisibles del cerebro, pueden, al mismo tiempo, llevar a lo consciente las “influencias inconscientes” y, así, pueden poner en tela de juicio la representatividad de la consciencia de libertad, la cual debe excluir todo lo no consciente. De esta forma, los autores en comento se dirigen principalmente en contra de una postura –la cual no es documentada en detalle por ellos en el texto que aquí se analiza¹²– que puede encontrarse parcialmente en la ciencia jurídico penal y según la cual “un concepto de libertad que solo recurra a la vivencia subjetiva bastaría para fundamentar la responsabilidad jurídico penal” (pág. 48). Es evidente, con ello, que se hace alusión al planteamiento –el cual transita en esa dirección– defendido entre otros por Björn Burkhardt, quien en múltiples artículos se ha expresado a favor del mismo y, de esta forma, entre otras cosas, también ha

12 Véase, sin embargo, la indicación en el siguiente artículo conjunto de ambos: Grün (coord.), *Entmoralisierung* (nota 4), p. 65; véase también Merkel, *FS-Herzberg*, 2008, p. 12, pie de página 30; Merkel (bajo el nombre Detlefsen), *Grenzen* (nota 4), pp. 39 y ss.

tomado distancia crítica del escepticismo neurocientífico frente al concepto de culpabilidad basado en la libertad.¹³

B. Necesaria ampliación del concepto de libertad

Ahora bien, es cierto que reducir de esta manera el problema de la libertad principalmente a un simple evento emocional se puede apreciar como algo insuficiente. Pero incluso con esta concesión no está perdida la libertad, pues la posibilidad de una decisión libre no es de ningún modo, ni principal ni exclusivamente, algo que se fundamente emocionalmente, sino algo que está mucho más cerca de fundamentarse racionalmente. Por esta razón, en muchas teorías de la libertad no se subraya especialmente, por ejemplo, la correlación entre una formación de voluntad consciente y el correspondiente sentimiento de libertad, sino que se resalta la conexión entre las fundamentaciones de la libertad y de la razón, en la medida en que se trate, sobre todo, de la posibilidad de decisión a favor o en contra del seguimiento de normas (legítimas). De esta forma, entonces, es justamente la orientación a reflexiones de corrección la que habla a favor de la suposición de una voluntad libre. En consecuencia, el concepto contrapuesto al determinismo no es el de indeterminismo, el cual, tomado literalmente, debería partir de una completa “in-determinabilidad” en la formación de la voluntad humana y podría, bien vistas las cosas, concebir la acción simplemente como una especie de producto azaroso. El concepto contrapuesto es, entonces, el de autonomía, es decir, la capacidad de autodeterminación del agente, quien puede orientar su conducta de conformidad con razones y reglas autoimpuestas e indicaciones de acción. La libertad no es, por esta razón, la ausencia de determinación sino la posibilidad práctica real de organizar la conducta según la propia representación –en todo caso dentro del marco de razones de determinación encontradas previamente–.

¹³ Burkhardt. *FS-Lenckner*, 1998, pp. 3 y ss.; Burkhardt. *Das Magazin* 2/2003, pp. 21 y ss.; Burkhardt. *FS-Eser*, 2005, pp. 77 y ss.; Burkhardt. *FS-Maiwald*, 2010, pp. 79 y ss.; parecido también, entre otros, Hirsch. *ZIS* 2/2010, pp. 62 y ss., especialmente 65 y ss., con ulteriores referencias.

En este punto, la capacidad de poder elegir la propia conducta según la comprensión que se tenga de razones de determinación sujetas a evaluación no solo es de importancia para la autoconsciencia del sujeto que actúa, sino que también da forma a la relación con otros sujetos, a quienes, asimismo, se les debe exigir esa capacidad para poder entenderlos como co-sujetos y no como meros objetos. Esta forma de entablar relaciones intersubjetivas con otros se diferencia fundamentalmente de la representación de un acontecimiento meramente natural.

Ahora bien, esta manera de fundamentar la libertad es inmune frente a todos los intentos deterministas, porque una voluntad libre –de conformidad con la razón– se sustrae a la simple determinación teórica y, al mismo tiempo, se muestra como el producto y el productor de conocimiento práctico. En esta medida la libertad debe entenderse como una idea que se convierte en el presupuesto de una perspectiva referida a la acción y que no sirve como objeto de conocimiento desde la perspectiva del observador, pues la libertad de voluntad está unida de manera inmediata con un “deber”, el cual, igualmente, debe ser deducido con medios distintos a los simplemente teórico-cognitivos.¹⁴ Por ello, ni la validez del principio causal necesita ser refutada ni los resultados de las investigaciones de la neurociencia necesitan ser cuestionados para poder hablar de libertad. En el fondo, las oraciones “yo soy libre de decidir” y “la voluntad y la acción del hombre están determinadas, como todo en el mundo” no se contradicen entre sí. Es decir, ellas no se encuentran una frente a otra, ni tienen la capacidad de conectarse mutuamente una con otra, dado que pertenecen a contextos diferentes. La causalidad, como forma categorial de la capacidad de conocimiento, pertenece a otro ámbito, más exactamente al ámbito de la razón teórica, en el cual ella juega, por lo demás, un rol similar al que juega la libertad en el ámbito de la razón práctica, pues

¹⁴ Acerca de las deducciones de un concepto tal de libertad que han influido poderosamente en la historia de la filosofía véase, en detalle, Stübinger. *Strafrecht* (nota 2), pp. 213 y ss., con ulteriores referencias.

ella tampoco es un simple objeto de conocimiento sino que hace las veces de la idea que guía todo conocimiento –y es al mismo tiempo una ficción cognitiva necesaria–. La representación de conexiones causales posibilita, por sobre todo, la percepción y explicación de eventos, de la misma forma como la idea de libertad posibilita la comprensión de acciones conformes y contrarias a una regla. De allí que lo realmente importante no sea reconocer la causalidad sino que, al contrario, ella, como categoría del pensamiento, es un presupuesto del conocimiento teórico. En contravía con lo anterior, una teoría determinista deja colapsar la diferencia entre la explicación causal de eventos (naturales), los cuales en cierto modo se experimentan pasivamente, y la comprensión de acciones, la cual solo puede alcanzar su significado (social) mediante su imputación a personas.¹⁵ Para el determinismo todo lo que ocurre en el mundo debe explicarse de conformidad con el mismo patrón (causal), de forma tal que también la acción humana tendrá lugar como lo tiene cualquier otro acontecimiento.¹⁶

C. Libertad y experimentos neurocientíficos

En consecuencia, Merkel y Roth no afectan con su crítica la fundamentación más acabada de la voluntad libre. No obstante, en la opinión criticada por ellos sí se aborda un importante contenido de la temática de la libertad, el cual de ninguna manera puede ser adecuadamente comprendido por las investigaciones cerebrales. Con la asociación de la libertad al correspondiente

15 Acerca de estas diferenciaciones, desde una perspectiva de teoría de sistemas, véase Luhman. En: Lenk (coord.). *Handlungstheorien interdisziplinär* II, 1978, pp. 235 y ss.

16 En otras variantes del determinismo –por ejemplo en las teológicas–, la diferencia entre ambas formas de percepción de la acción y de su vivencia se disuelve en la dirección opuesta, en la medida en que tras cada evento se supone, por ejemplo, el plan todopoderoso de un dios o del destino. Y justamente esa es la dirección que transita aquella forma de hablar de la neurociencia, la cual para cada evento neuronal en el cerebro supone un acontecimiento similar a la acción o, respectivamente, le otorga al cerebro o a sus partes el estado propio de sujeto y, de esta forma, no es la conducta la que es vista como determinada por una causalidad general sino que, al contrario, es la causación la que se interpreta como una especie de acción divina, cuyo actor sería el cerebro; al respecto véase, en detalle, Stübinger. *Strafrecht* (nota 2), p. 377, con ulteriores referencias.

sentimiento o a la correspondiente consciencia puede plantearse justamente la pregunta por el destinatario de tal estado emocional o, respectivamente, de tal estado mental. La vivencia de la libertad –lo mismo sucede también con otros sentimientos– siempre se imputa a un ser humano como tal (o –dependiendo de la opinión teórica– a una persona, a un individuo o a un sujeto), pero nunca a una de sus partes (cerebrales). Es posible que en algún momento pasado haya sido importante para la neurociencia avanzar en el completo descubrimiento de los correlatos neuronales del sentimiento de libertad. Sin embargo, incluso en ese caso sería erróneo o carente de sentido afirmar que el cerebro o una de sus partes se sentiría libre, aun cuando él sea un presupuesto de ese sentimiento o lo produzca en su totalidad. Lo importante de hacer énfasis en la consciencia de la libertad es resaltar una forma de vivencia notoria, la cual, necesariamente, remite a un plano personal cuyas adscripciones no pueden ser reemplazadas por fragmentarios impulsos neuronales. La disolución de las reglas del lenguaje emocional, el cual debe formularse desde la perspectiva de la “primera persona”, en un lenguaje científico, el cual debe formularse desde la perspectiva de una “tercera persona” que observa, no puede cambiar esta práctica adscriptiva porque las afirmaciones que expresan las propias sensaciones no se dejan traducir al vocabulario teórico mecánico mediante el cual se deben describir los procesos neuronales en el cerebro. Lo anterior significa, necesariamente, que “yo me siento libre”, “yo amo u odio a alguien”, no mi cerebro. Esta argumentación, la cual se remonta como mínimo a las *Investigaciones filosóficas* de Ludwig Wittgenstein,¹⁷ es constante y correctamente traída a colación, en contra de los arrebatos opuestos de las investigaciones cerebrales,¹⁸

17 Véase Wittgenstein. *Philosophische Untersuchungen*, § 281 y ss., (nota 11), pp. 368 y ss.

18 Así, particularmente, M.R. Bennett / P.M.S. Hacker. *Philosophical Foundation of Neuroscience*, 2003, pp. 68 y ss. (con referencia a Wittgenstein en la p. 71, pie de página 12); véase también Pardo / Paterson. *University of Illinois Law Review* 4 (2010), pp. 1211 y ss., en especial 1225 y ss.; igualmente comparte esta posición –pese a una crítica, por lo demás fuerte, al modelo de Bennett / Hacker– Dennett. En: Bennett / Dennett / Hacker / Searle. *Neurowissenschaft und Philosophie*, 2010, pp. 106 y ss.

para mostrar la irreductibilidad de una “identidad del yo” personal.

Merkel y Roth se conforman, sin embargo, con la afirmación según la cual la sensación de libertad es incompatible con el conjunto total de condiciones necesarias para los experimentos neurocientíficos. Con ello se insinúa un supuesto avance –técnico– en el debate sobre la libertad. Así, al contrario de lo que ocurrió con versiones anteriores del determinismo, las cuales solo pudieron proporcionar un modelo teórico que no podía aún ser suficientemente comprobado mediante experimentos, a partir de las investigaciones cerebrales se pone a disposición incluso la posibilidad de hacer evidentes mediante un proceso visualizante –con ayuda de costosos aparatos, como por ejemplo¹⁹ el tomógrafo de resonancia magnética y el encefalógrafo– algunas de esas líneas causales que van del cerebro al movimiento corporal. Salta a la vista que es la posibilidad de visualización la que precisamente le otorga un poder de convicción especial a la demostración neurocientífica,²⁰ pues ahora parece que, sobre una pantalla teñida de muchos colores, se hace visible aquello que antes solo pudo pensarse como una teoría gris. Este punto se tiene por relevante especialmente en el sistema de jurados norteamericano, dado que jueces profanos serían particularmente propensos a este tipo de demostraciones.²¹ A partir de este momento no se trata más de la simple contraposición de dos teorías que ni han sido ni pueden ser probadas –la idea de la libertad contra el principio causal–, las cuales alegan una correspondiente pretensión de validez universal. Lo relevante ahora es que una cadena causa-efecto, demostrable ob-

19 Acerca de los diversos aparatos en los que se apoyan las investigaciones cerebrales, así como acerca de sus formas de funcionar, véase los resúmenes de Roth. *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*, 1994, pp. 202 y ss.; Hagner. *Der Geist bei der Arbeit*, 2006, pp. 165 y ss.; Snead. *New York University Law Review* 82 (2007), pp. 1280 y ss.; Jones / Buckholtz / Schall / Marois. *Stanford Technology Law Review* 5 (2009), párrafo 13 y ss.

20 Véase al respecto, por ejemplo, los estudios de McCabel / Castel. *Cognition* 107 (2008), pp. 343 y ss.; Skolnig Weisberg *et al.* *Journal of Cognitive Neuroscience* 20 (2008), pp. 470 y ss.

21 Véase al respecto los resúmenes de Perlin. *Akron Law Review* 42 (2009), pp. 885 y ss.; Spencer Compton. *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 12 (2010), pp. 333 y ss., con las correspondientes ulteriores referencias.

jetivamente en experimentos y que incluso podría hacerse visible, debe salirle al paso a un sentimiento que es percibido o deseado como exclusivamente subjetivo. De esta manera, por lo visto, se desplaza el equilibrio de fuerzas en la discusión entre deterministas y defensores de la libertad de voluntad. No obstante, si bien hace ya bastante tiempo que no hay derecho –al contrario de lo que ocurría tiempo atrás– a mofarse de estos costosos aparatos tildándolos de “bolas de cristal de alta tecnología”,²² aún así, sin embargo, se han alzado recientemente voces que, por ejemplo, ponen en duda la supuesta fiabilidad del proceso tomográfico²³ o que preguntan críticamente si la fuerza probatoria del método experimental ensayada en las ciencias naturales puede traspasarse de alguna manera a “experimentos con personas”.²⁴

IV.¿DE UNA INCAPACIDAD DE CULPABILIDAD EXCEPCIONAL A UNA GENERAL?

A. Exclusión de culpabilidad ejemplificada en actos violentos

Entre tanto, Merkel y Roth están seguros del poder de convicción de los métodos y experimentos neurocientíficos y, simplemente, buscan un lugar apropiado en el que los hallazgos empíricos de las investigaciones cerebrales puedan introducirse en el espacio, normativamente ocupado, del derecho penal, y encuentran en el § 20 StGB el umbral adecuado para la transición de lo empírico a lo normativo. En esta regla se introducen conocidos criterios psicológicos y biológicos, en cuya presencia debe reconocerse la incapacidad

22 Véase al respecto, por ejemplo, Kulynych. *Stanford Law Review* 49 (1997), pp. 1249 y ss.

23 Véase, por ejemplo, el debate en la revista *Perspectives on Psychological Science* 4 (2009), en particular el artículo, ahí publicado, de Eduard Vul *et al.* “Puzzling High Correlations in fMRI Studies of Emotion, Personality, and Social Cognition”, pp. 274-290 (así como su réplica a los comentarios críticos, pp. 319-324), cuyo título disponible en internet, previo a la publicación, era el diferente y provocante de “Voodoo Correlations in Social Neuroscience”; véase también Bennett / Miller. *Annals of the New York Academy of Sciences* 1191 (2010), pp. 133 y ss., con las correspondientes ulteriores referencias.

24 Véase al respecto, por ejemplo, Janich. *Kein neues Menschenbild*, 2009, pp. 155 y ss.

de culpabilidad de quien actúa antijurídicamente. Si bien la adscripción de capacidad de culpabilidad sería, en principio, una cuestión “normativamente regulada”, aún así su exclusión se decidiría “con fundamento en conocimientos empíricos” (pág. 50). En la aplicación de esta norma, entonces, las investigaciones cerebrales parecen prometer la mayor utilidad para el derecho penal. Pues con ayuda de los métodos neurocientíficos pueden identificarse, bajo ciertas circunstancias, defectos cerebrales que eran, hasta ahora, directamente imposibles de identificar, los cuales dan pie para dudar de la comprensión del injusto de un autor o, respectivamente, de su capacidad para actuar justo según dicha comprensión. Merkel y Roth ven el mayor aporte en el marco de la valoración de la capacidad de culpabilidad de autores de delitos violentos, ya que estos mostrarían “muy a menudo deficiencias cerebrales” en aquellas partes del cerebro que “tienen que ver con el surgimiento y control de estados afectivos y emocionales” (pág. 49). Sin embargo, de ninguna manera les basta a estos autores con la indicación de los estados neuronales que podrían conducir a un aumento en la agresividad, sino que enumeran una sucesión completa de momentos (por lo menos seis)²⁵ que regularmente contribuyen al ejercicio de hechos violentos, principalmente, al lado del potencial violento específico del sexo y del condicionado por la edad, también predisposiciones genéticas, trabas en el desarrollo individual o desviaciones del mismo, e inconvenientes sociales. Ahora, que todos estos factores puedan contar como causas reales de una actividad violenta concreta es algo que, sin embargo, en la mayoría de ocasiones permanecerá abierto para cada caso concreto, pues no siempre se puede probar con total seguridad cuál de todas esas circunstancias causó realmente –en estricto sentido– la conducta agresiva, de forma tal que sin ella la conducta no hubiera tenido lugar, y cuál puede eventualmente contar

25 En parte se nombra, incluso, una enumeración bastante mayor; así, por ejemplo, Roth. En: Roth / Grün (coord.). *Das Gehirn* (nota 4), p. 16, donde él enumera ocho factores principales posibles, de los cuales “por lo menos dos o tres” deberían presentarse en combinación “para explicar la conducta violenta”.

solo como una condición posibilitante, la cual simplemente acompaña una tendencia a la violencia que ya existe con independencia del resto de factores, sin probarse de manera suficientemente segura como realmente causal.²⁶ De esta forma es prácticamente imposible distinguir con seguridad qué rol puede jugar, por ejemplo, la deformación de una región cerebral determinada en la ejecución de un hecho violento, cuando los otros cinco factores de un típico autor violento también están presentes y, sin más, apuntan suficientemente a la conducta agresiva.

El determinismo expuesto por Merkel y Roth no está, en consecuencia, circunscrito solo a la enumeración de causas neurofisiológicas, sino que también incluye del todo otras condiciones y combina, de esta manera, el determinismo fundado neurocientíficamente con las correspondientes variantes teóricas provenientes, entre otras, de la genética, de la sociología y de la psicología individual y social, las que normalmente aparecen separadas entre sí en la mayoría de ocasiones. Esto, desde un doble punto de vista, es realmente notorio. Por un lado, particularmente Gerhard Roth –así como también otros investigadores cerebrales– en muchos de sus textos ha despertado más bien la apariencia de que el curso causal que conduce a la acción siempre se podría, si se hila fino, reconducir a una “decisión final del sistema límbico”,²⁷ es decir, como si en dicha parte del cerebro se ordenaran de nuevo las líneas causales que se inician apuntando en esa dirección y se sometieran a una valoración definitiva y, con ello, todas las otras causas efectivas debieran pasar a un segundo plano en su relevancia para la explicación causal de la conducta. Hasta ahora la gracia del determinismo neurocientífico actual parecía ser, justamen-

26 Acerca de esta distinción entre causación (*causation*) y el mero posibilitar (*enabling*) véase, por ejemplo, Cheng / Novick. *Cognition* 40 (1991), pp. 83 y ss.; Wolff / Song. *Cognitive Psychology* 47 (2003), pp. 276 y ss., especialmente 279 y ss., con las correspondientes notas ulteriores; véase también Dullstein. *Verursachung und kausale Relevanz*, 2010, pp. 70 y ss.

27 Roth. *Lampe-FS*, 2003, p. 54; véase al respecto Stübinger. *Strafrecht* (nota 2), pp. 373 y ss., con citas adicionales que incluyen el respectivo contenido extraído de diversos escritos de Roth, entre otros, así como también incluyen una crítica a esta forma –cuestionable metódicamente– de hablar.

te, la presentación del cerebro como un órgano de control prácticamente capaz de tomar el estatus –hasta ese momento de carácter subjetivo– del yo.²⁸ Después de todo, precisamente dicho énfasis en los determinantes neuronales le otorga a las investigaciones cerebrales el significado especial –deseado por sus defensores– en el escenario actual de las disciplinas científicas, las que con muchísimo gusto se adornan con la abreviatura “neuro” y, de esta forma, bien sea como neurodidáctica, neuroteología, neurofilosofía, neuroeconomía, etc, desean tomar parte visible en aquella “ciencia rectora del siglo XXI”.²⁹ Ahora, si resulta cierto que no es el cerebro quien “toma la decisión final sobre si algo verdaderamente se hará”,³⁰ sino que –por lo menos– un hecho violento solo acontece mediante la concatenación de circunstancias desafortunadas, entonces la supremacía interpretativa de la neurociencia –conseguida con tanto esfuerzo– estaría de nuevo en peligro, pues, según esto, el cerebro tampoco sería ya la fuerza motriz, sino algo pilotado por los genes y por diversas condiciones del entorno –es decir, una de las muchas estaciones intermedias en la inacabable cadena de causas–.

Por otro lado, la mezcla de semejante coctel de causas formadas por los factores más distintos que se pueda imaginar es, por lo general, poco común y, además, como explicación de un suceso es altamente insatisfactoria, pues la

28 En esta dirección apunta, por ejemplo, el artículo del biólogo Holk Cruse, el cual lleva por título “Ich bin mein Gehirn”, en: v. Geyer (coord.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, pp. 223 y ss., quien incluso opina que sería un “error categorial” distinguir entre “yo” y “mi cerebro” (p. 226); en igual sentido también Greene / Cohen. *Philosophical Transactions of the Royal Society London, Biological Science* 359 (2004), p. 1779: “You are your brain”. Una equiparación de la forma “yo = cerebro” puede escribirse con toda seguridad sin problema alguno, pero no puede de ninguna manera pensarse realmente, a no ser que al mismo tiempo se agregue –como alguna vez lo hiciera George Spencer-Brown para una de sus presentaciones del cálculo lógico– que “el signo ‘=’ puede valer para las palabras ‘se confunde con’” (*Laws of Form*, 1997, p. 60). Pero es más probable que ocurra lo contrario: la equiparación del yo con el cerebro constituye un uso categorialmente equivocado de ambos conceptos. Véase al respecto también Glannon. *Bioethics* 23 (2009), pp. 321 y ss.; Erickson. *Minnesota Journal of Law, Science and Technology* 11 (2010), pp. 27 y ss. –con un resumen en la pp. 76 y s–.

29 Krüger-Brand. *Deutsches Ärzteblatt*, cuaderno 101, 1-2 (5 de enero de 2004), A26.

30 Roth. *Aus Sicht des Gehirns*, 2003, pp. 178 y s.

mención de una multitud de posibles momentos causales simplemente parece repetir el principio general de causalidad como tal, al tiempo que debe dejar completamente indefinidos los determinantes concretos de un evento particular en razón de la mínima precisión del principio fundamental. En el fondo, lo único que se dice es que un hecho violento tendría muchas causas posibles. La selección de los factores mencionados actúa casi arbitrariamente y no es excluyente. Así, otros momentos podrían perfectamente entrar en consideración como causas posibles o, respectivamente, los ya mencionados podrían seguir desarrollándose mediante diferenciaciones adicionales y, con ello, podrían seguir ofreciendo la impresión engañosa de una explicación causal verdadera. Por esa razón, la idea –todavía muy abstracta– del principio causal como tal no puede bajo ninguna circunstancia prescindir de una concretización, la cual solo puede efectuarse mediante la formación de variantes especiales de teorías deterministas. Después de todo, causas suficientemente definidas deberían localizarse, en teoría, mediante el arte interpretativo de disciplinas científicas particulares, y esto solo puede lograrse mediante el aislamiento de una o pocas variables.³¹ Así, la indicación de que un comportamiento (violento) depende, por lo general, del sexo y la edad, así como también del carácter hereditario, del entorno social y de condiciones individuales de carácter psicológico y neurobiológico, todavía aclara muy poco y no es, en su generalidad, dependiente de soportes empíricos. La multiplicidad de causas ofrecida por Merkel y Roth puede dejar abierto el propio proyecto interdisciplinario entre el derecho penal y la neurociencia también para otras disciplinas científicas (como por ejemplo la genética, la sociología y la psicología social e individual), pero justamente a raíz de esa apertura no puede garantizar en lo sucesivo una rigurosa descripción de la explicación causal de crímenes violentos. El conocimiento general de que la mayoría de hechos violentos se ve evidentemente favorecido

31 Acerca de este refinamiento del determinismo universal frente a determinismos especiales diferenciados véase ya, en general, Bachelard. *Epistemologie*, 1971, pp. 161 y ss.

por una desafortunada constelación de factores específicos del sexo, típicos de la edad, genéticos, psicosociales, individuales y neurobiológicos, quizá sea suficiente para un sondeo estadístico que permita saber que hombres jóvenes con una niñez difícil en virtud de un intercambio de experiencias altamente violentas y una carga genética negativa, probablemente cometan hechos violentos más a menudo que ancianas procedentes de buena familia. Pero este conocimiento general permanece, como tal, muy abstracto para poder ser utilizado en la valoración jurídico penal de casos particulares reales. Pareciera que el único excluido como posible autor del hecho violento fuera el actor.

B. Generalizaciones inadmisibles y consecuencias para el sistema de sanciones

A pesar de que el conocimiento especial obtenido gracias al “actual determinismo” de Merkel y Roth causa una impresión más bien modesta, aún así las consecuencias generales exigidas por ellos para el derecho penal parecen infinitamente pretenciosas. De los estudios empíricos consultados por ellos acerca de la génesis típica de los hechos violentos se saca, en primer lugar, la conclusión de que los mencionados “factores que convierten a los seres humanos en criminales violentos” permiten suponer, básicamente, “que estos autores no habrían podido actuar de otro modo al momento de ejecución del hecho” (pág. 50). De allí que todos ellos serían incapaces de culpabilidad. Esta “conclusión” es, a continuación, generalizada una vez más, pues aquello que fuere válido para el autor de hechos violentos “puede valer, también, para el autor de cualquier hecho punible” (pág. 51) —es decir, también sobre ellos recae una sospecha patológica global y son declarados pacientes del orden social en la medida en que se apartan del estado de normalidad esperado y, por ello, deben ser curados—. Y esto es algo que les concierne por igual tanto a los ciudadanos que se han hecho acreedores a una sanción, como también a los ciudadanos fieles al derecho pues, “a fin de cuentas, también cada acción

conforme a derecho” está totalmente determinada “por la personalidad del actor”³² –todos los hombres son iguales en su carencia de libertad–. Y es solo con una medida generalizante de este tipo que se pone de manifiesto su tesis determinista, la cual pretende poseer validez general: “Bajo ninguna circunstancia hay espacio aquí para una fundamentación normativa de la ‘libertad de voluntad’” (pág. 51).

Distinto a otros defensores del determinismo (neurocientífico), quienes con fundamento en una comprensión tal prevén de inmediato una oportunidad para celebrar con arrogancia la despedida del sistema binario de sanciones vigente y para poder exigir como reemplazo un puro derecho de medidas de seguridad, Merkel y Roth no desean transitar en la dirección “de modesto-binario a soberbio-absoluto”.³³ Para ellos es posible permanecer del todo en la actual coexistencia de penas (pecuniarias y privativas de la libertad) y medidas de seguridad. Sin embargo, las medidas de seguridad no deberían ser vistas en lo sucesivo como una forma de sanción exclusiva para actores inculpables, sino que deberían ofrecerse a todos –dado que, en su opinión, absolutamente todos los autores de delitos son inculpables– como “alternativa (de elección)” a la pena. La pregunta planteada en el título de su artículo “¿Punición o terapia?” no implica, por ello, una divergencia irreconciliable entre dos formas de sanción, de forma tal que el Estado solo tuviera derecho a emplear una de ellas. Por el contrario, es al delincuente a quien se le tiene que plantear la pregunta, y él, o se decidirá por una medida aún muy vagamente denominada “terapia” o, en caso de que rechazara ese ofrecimiento, el cual solo podría “aceptarse o rechazarse voluntariamente”, caería subsidiariamente en el sistema de sanciones actual (pág. 53). Es decir, al autor de un delito se le ofrecen dos posibilidades: ser tratado como un paciente o, a pesar de su declarada inculpabilidad, ser sancionado como una especie de persona aparente.

32 Merkel / Roth. En: Stompe / Schanda (coord.). *Der freie Wille* (nota 4), p. 159.

33 Así reza el comentario finamente expuesto por Jochen Bung frente a las correspondientes propuestas de algunos neurocientíficos; véase Bung. *KrimJ* 40 (2008), p. 98.

Desde luego, este planteamiento tiene una dificultad no del todo insignificante, la cual impide la ejecución de esta interesante propuesta, por lo pronto por un período de tiempo indeterminado: su “puesta en marcha adolece en la actualidad, principalmente, de una carencia de métodos terapéuticos apropiados”.³⁴ Es decir, estos métodos tienen todavía que ser desarrollados. De allí que la exigencia de medidas terapéuticas de reemplazo, las que podrían entrar en lugar de la pena, sea poco menos que el clamor por una punibilidad organizada de algún modo razonable, cuya ejecución haga a los encarcelados mejores personas. Hasta que se encuentre una terapia apropiada para cada tipo particular de delito todo debe permanecer igual, pues en el entretanto no puede haber ninguna laguna de punibilidad. Precisamente este sentido de la realidad pone de presente lo lejano que se encuentra el modelo opcional ofrecido.

V. SEMPITERNOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN

Lo anterior puede ser un motivo para que Merkel y Roth, en cierto modo por razones de seguridad, no exijan la abolición de la pena. A ello se suma la creencia en una evidencia manifiestamente garantizada por la historia, según la cual una sociedad sencillamente no podría subsistir sin pena. Es cierto, entonces, que nadie debería “ser hecho responsable por sus genes, por su desarrollo cerebral, por experiencias traumáticas en la niñez o por un ambiente social negativo” (pág. 50), pero sí con fundamento en una necesidad social de sancionar. Pues el “rechazo del alternativismo”, esto es, del punto de vista del poder-actuar-de-otro-modo, no impide que la sociedad “haga jurídicamente responsable al autor del quebrantamiento normativo con herramientas distintas a la imputación de culpabilidad”. Así, quien no es responsable debe

³⁴ Merkel / Roth. En: Grün (coord.). *Entmoralisierung* (nota 4), p. 87; igualmente Merkel / Roth. En: Stompe / Schanda (coord.). *Der freie Wille* (nota 4), p. 160.

ser hecho responsable cuando ello es exigido por intereses superiores. La alternativa al “alternativismo” radica en subrayar la utilidad social de la pena. Al fin y al cabo, sería “evidente que el encierro de un autor para que otros disfruten de su seguridad resulta tranquilizante para los demás” (pág. 52). Además, de su argumentación solo se seguiría, de momento, que el “concepto de compensación de culpabilidad” no sería sostenible, y de allí que la pena, como forma todavía posible de sanción, simplemente no podría en lo sucesivo seguir comprendiéndose como “retribución”, pues una culpabilidad que se fundamente en la suposición de una voluntad libre no sería legitimable como “elemento constitutivo de la pena” al ser imposible probar dicha suposición o, respectivamente, al existir pruebas empíricas en su contra (pág. 52).³⁵ Pese a todo no debería dudarse, en general, de la “necesidad de una sanción”. De allí que, en el mejor de los casos, se busque otra fuente de legitimación para el sistema de sanción estatal, la cual, como tal, no debe ser puesta en duda. Si, en consecuencia, la conducta culpable no puede ser la razón de la pena, entonces el mero quebrantamiento de la norma debería ya bastar como motivo relevante para la consecuencia punitiva. Formulado en la terminología usual de la sistemática jurídico penal: para Merkel y Roth es suficiente, en todo caso, con el injusto inculpable para desencadenar la sanción estatal –no solo para las medidas de seguridad, sino también para la pena–. También se podría hablar de una especie de responsabilidad por el resultado.³⁶ El ordenamiento

35 La dependencia afirmada por Merkel y Roth entre el pensamiento retributivo y una comprensión no determinista de la culpabilidad no es, por lo demás, ni histórica ni sistemáticamente obligatoria. Así, un conocido portador del mismo apellido de la señora Merkel, el en su tiempo influyente penalista Adolf Merkel, combinó en 1900 su teoría retributiva con un punto de vista determinista, tesis que puede consultarse en su libro (compilado por Liepmann) *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912, pp. 89 y ss. y 209 y ss., o en su libro *Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandlungen*, t. II, vol. 2, 1899, pp. 429 y ss., especialmente 436 y ss., o en su libro *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, pp. 104 y ss. Acerca de la versión teórica del determinismo en Adolf Merkel véase Berner. *FG-Dernburg*, 1900, pp. 175 y ss.; Holzhauser. *Willensfreiheit und Strafe*, 1970, pp. 169 y ss.

36 Véase al respecto la correspondiente alusión de Erickson (nota 28), pp. 58 y ss. Sobre la discusión acerca de la responsabilidad por el resultado como un contramodelo –controvertido en la historiografía jurídico penal– del derecho penal culpabilista véase, en detalle, Stübinger. *Schuld, Strafrecht und Geschichte*, 2000, pp. 204 y ss., especialmente 346 y ss.

(normativo) perturbado por un hecho antijurídico requiere de una restauración, pues el Estado debería “sancionar para obtener y conservar la validez de las normas de prohibición” (pág. 52).

En este contexto ambos autores ven la nueva fuente de legitimación para la opción de pena restante –conseguida necesariamente por contraste a la retribución compensatoria de culpabilidad– en dejar al criterio del delincuente la elección entre dejarse tratar mediante terapia o, si así lo prefiere, ser penado mediante los métodos convencionales. Con esta elección se desplazaría “el poder decisorio de las manos del juez a las del autor”, quien a partir de ahora debería asumir por sí mismo “la responsabilidad por su decisión” y contribuiría, “de esta forma, a su legitimación” (pág. 54). Aquí bien podría tenerse la impresión de que –de la misma forma como el mítico monstruo “Nessi” emerge del lago Ness– del océano de palabras propias del determinismo neurocientífico surgiría, a fin de cuentas, un fantasma de libertad. Por supuesto, Merkel y Roth comprenden muy bien que, después de todo el fatigante trabajo argumentativo en contra de la libertad de decisión, el postulado de una posibilidad de elección no puede insertarse en una doctrina escéptica de la libertad sin que ello resulte irónico. De allí que, por precaución, agreguen que “ella no sería una elección en el sentido de poder-actuar-de-otro-modo” pues, con total independencia de cómo rezara la decisión, el autor “no podría evitarla, así como tampoco podría evitar la elección contraria” (pág. 53), lo cual delata un tratamiento algo ligero de este concepto. Sin embargo, con independencia de si en realidad esto puede razonablemente designarse como una elección entre alternativas o si simplemente se muestra como un capricho de la naturaleza que se ensaña con un delincuente, aún así continúa siendo un problema –puesto de presente, por lo demás, por la propia información de Merkel y Roth– el hecho de que reine una carencia de terapias apropiadas. Lo anterior debe, inevitablemente, significar para la práctica penal lo siguiente: en ausencia de una posibilidad de elección cada punición es, sin más, marca-

damente ilegítima. El efecto legitimador solo entrará, entonces, “el día en que san Juan agache el dedo”.

VI. ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y LIBERTAD

Ahora bien, esta dificultad es en cierto modo solo una dificultad externa cuya fuerza puede mitigarse con la esperanza de un pronto éxito terapéutico. No obstante, ella pone de presente una problemática de una importancia extremadamente básica, la cual afecta ya en su totalidad la elaboración de la crítica –expuesta atrás– al derecho penal culpabilista actual. En efecto, en el momento en que Merkel y Roth reducen el rol de la libertad al de momento fundacional de un elemento –jurídico-penalmente sistemático– de la culpabilidad, la cual es designada como reprochabilidad, subestiman así el significado que el concepto de libertad tiene para el derecho. En su exposición, la libertad de voluntad como “poder-actuar-de-otro-modo” no se deja fundamentar positivamente sino que, en líneas generales, se sigue negativamente de una “deducción a contrario” que tiene como base el § 20 StGB (pág. 47-50). No son, entonces, las razones para fundamentar la culpabilidad, sino las causas empíricas de una exclusión de culpabilidad las que conforman el punto de partida de sus observaciones críticas. Esta forma de aproximación los desvía del camino que lleva a comprender la libertad como un constituyente del derecho, pues mediante esta deducción indirecta la libertad de voluntad puede parecerles una simple forma de subproducto de aquellas reglas básicas de exclusión. Así, la libertad se debería, principalmente, a un déficit de conocimiento: el ser humano será tenido por libre solo porque aún no es posible averiguar la totalidad de circunstancias biológicas y psicológicas de su conducta. Esto es un poco como si se quisiera entender el sentido del fútbol solo mediante la interpretación del fuera de lugar. Si bien es cierto que esta estrategia, en sí misma, no debe conducir a interpretaciones completamente falsas, también

lo es, no obstante, que aporta muy poco a la comprensión total del juego pues este presupone la comprensión de las reglas constitutivas y no se deja explicar mediante conclusiones extraídas de las excepciones.

Merkel y Roth trabajan arduamente, por sobre todo, en la conocida fórmula del así denominado concepto normativo de culpabilidad.³⁷ En este contexto, ellos sugieren que al autor de un delito solo se le adscribiría una voluntad libre para poderle hacer un reproche. De esta manera se circunscribe el ámbito de imputación de la libertad de voluntad a una posición contingente –de conformidad con la historia del derecho penal– en el sistema del delito. En efecto, el uso de la fórmula “*culpabilidad es reprochabilidad*”,³⁸ en la cual ellos se apoyan para su ubicación del problema de la libertad, surgió en la época en que también se desarrolló el hoy común concepto de delito tripartito con su distribución en tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.³⁹ Así, en primer lugar, con los dos primeros elementos debía determinarse el injusto de un hecho de forma completamente objetiva, mientras que en el marco de la culpabilidad se concentraba la totalidad de los elementos subjetivos. Debido a la objetividad del injusto el problema de la libertad apareció como una simple pregunta de la culpabilidad, pues allí se supuso el asiento de una subjetividad no del todo objetivable. Por su parte, este modo de ver las cosas fue en gran medida el fruto de una usurpación igualmente naturalista, según la cual supuestamente se podría determinar el lado exterior de un hecho –y por lado exterior de un hecho se entendía, principalmente, la causalidad– únicamente con conocimientos de las ciencias naturales, mientras que el sujeto actuante

37 Exhaustivo respecto del desarrollo del concepto normativo de culpabilidad véase, por ejemplo, Achenbach. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, pp. 97 y ss.; Safferling. *Vorsatz und Schuld*, 2008, pp. 49 y ss., con las correspondientes notas adicionales.

38 El primero en expresarse en estos términos fue, muy probablemente, Frank. *FS-Juristische Fakultät Gießen*, 1907, p. 529, bastardilla en el original.

39 Como el fundamento más completo de este sistema “clásico” del delito bien puede valer el trabajo de Ernst Beling. *Die Lehre vom Verbrechen* de 1906.

debía reducirse a sus estados psicológicos. Esta tripartición, cuya puesta en marcha sirve al análisis de la sistemática jurídico penal, ya contenía el peligro que parece haberse realizado en el texto de Merkel y Roth, a saber, la restricción del problema de la libertad solo al ámbito de la culpabilidad, pues únicamente allí tendría lugar la valoración de la voluntad del autor.

Sin embargo, la adscripción de libertad está íntimamente relacionada con el concepto de persona. Esta conexión quizás se haga mucho más visible si en la reconstrucción de esta problemática se incluye una época en la que el concepto de culpabilidad aún no se había establecido como un término técnico del derecho penal –y mucho menos, claro está, era entendido como reprochabilidad⁴⁰ no obstante ello, sin embargo, ya se había discutido la pregunta por la libertad de forma similar. Una definición muy conocida reza así: “*Persona* es aquel sujeto, cuyas acciones son susceptibles de *imputación*”.⁴¹ Ahora bien, el concepto de imputación (*imputatio*) estaba, en sí mismo, ya marcado por la idea de que por su conducto un suceso jurídicamente relevante se reconduciría a una acción libre. Imputarle algo a alguien como su hecho debía significar, de conformidad con ello, elevar a ese alguien a la categoría de autor para, así, resaltarlo frente al entorno natural.⁴² En este punto se encontraba presente un juicio (susceptible de verdad pero también tendiente al error) acerca de la capacidad causal de la persona actuante, cuya relación con leyes (jurídicas o éticas) era, por esta razón, decisiva. Así, sin este acto de imputación nada podría ser acreditado como objeto del derecho, pues no podría efectuarse ninguna diferenciación entre derecho y no-derecho (naturaleza). Por ello, los actores decisivos en un contexto normativo solo pueden ser personas que se

40 Acerca del desarrollo del término culpabilidad hasta convertirse en un concepto jurídico penalmente sistemático véase, en detalle, Stübinger. *Schuld* (nota 36), pp. 378 y ss., con muchísimas más notas.

41 Kant. *Metaphysik der Sitten* AB 22, Werkausgabe t. VIII, Weischedel (coord.), 1977, p. 329.

42 Acerca del concepto de imputación actual y sus diferenciaciones ulteriores véase Hardwig. *Die Zurechnung*, 1957, pp. 35 y ss.; Hruschka. *ZStW* 96 (1984), pp. 661 y ss.; Hruschka. En: Kaufmann / Renzikowski (coord.). *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, pp. 17 y ss., con un amplio número de citas correspondientes a cada una de las respectivas definiciones conceptuales.

reconozcan recíprocamente en su personalidad y que, de esta forma, garanticen libertad jurídica. Estas unidades personales, con las que el derecho tiene que contar, no se dejan dividir en partes adicionales que se presenten como pequeños agentes dotados de subjetividad. Quien no desee dirigir su mirada a las acciones llevadas a cabo por personas y, en su lugar, solo vea la presencia dominante de genes y neuronas, observará algo diferente al derecho. De allí que, en cierto modo, el “punto de vista de las investigaciones cerebrales” observe el principio de culpabilidad jurídico penal desde la perspectiva de un bizco.

VII. OBSERVACIONES FINALES

De conformidad con lo anterior, entonces, se le imputa libertad a un ser humano justamente para poder considerarlo como persona en derecho que actúa y no simplemente para hacerle un reproche por su conducta antijurídica. Por esta razón la libertad no solo tiene importancia para la pregunta por la culpabilidad en sentido estricto, sino que, más bien, ella es ya el presupuesto de cada “deber” en sí, tal como él es expresado, entre otros, por el derecho. Una norma manda, prohíbe o permite una conducta determinada. La norma está, entonces, dirigida a seres humanos de quienes se espera que respondan al mandato, a la prohibición o, respectivamente, a la permisión. De allí que deba presuponerse en el destinatario de la norma la capacidad de cumplir con el “deber”. Dirigir una norma a una persona no significa amaestrar a un ser vivo y tampoco significa introducir una razón para actuar de forma fiel al derecho en la lista de motivos de quien está sujeto al derecho. Pretender asociar un suceso natural con una exigencia, de forma tal que el primero se ajuste a la segunda, es algo que tiene poco sentido. En esta medida el “deber” implica un “poder”, el cual siempre permite pensar en por lo menos un curso variable: quien deba cumplir el “deber” podrá hacerlo y podrá también fallar, esto es, “quien pue-

Para el Programa de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y, concretamente, para su Área de Derecho Penal, constituye un motivo de alegría y orgullo poder presentar a la comunidad académica el volumen II de la obra *Estudios de Derecho Penal*, que reúne diversos artículos de profesores de derecho penal, procesal penal y criminología nacionales y extranjeros. Al igual que en el volumen I, los escritos aquí compendiados tienen como común denominador el girar en torno a la “cuestión penal” o al “problema penal”. En esta ocasión, además de los artículos de los profesores colombianos, contamos con artículos de profesores procedentes de Alemania, Argentina, Brasil y Chile.

El hecho de que todos los textos aquí compilados tengan un resumen al inicio, nos exime de presentar en este prólogo la temática de los mismos. En cuanto a la estructura de la obra, se ha conservado la división de los artículos en acápite dedicados al penal general, al penal especial, al procesal penal y a la criminología y se han agregado dos apartados de historia del derecho penal y de fundamentos constitucionales del derecho penal.



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO
www.utadeo.edu.co

