

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y NEUROCIENCIA

María Luisa PLATA SÁNCHEZ
Grado en Derecho

RESUMEN

Nuestro sistema de atribución de la responsabilidad tiene como pilar la libertad de actuación o libre albedrío en la persona, y por medio de este trabajo presento la importancia del sujeto libre y racional en el derecho penal. Reconocer la libertad de actuación no sólo significa que la persona tuvo elección, sino que los efectos de este reconocimiento se extienden a una esfera aún más relevante. Se trata del reconocimiento de la condición de persona, de la integridad y dignidad de la misma en una sociedad. Cuando la neurociencia accede a las fronteras del Derecho Penal lo hace posicionándose en una postura determinista, donde la persona es un conjunto de procesos neuronales encaminados a una acción predeterminada, en un estado previo a nuestra consciencia. A partir de ahí se explicaría la razón para un tratamiento diferenciado, especial y preventivo. Sin embargo esta posición no es nueva, a finales del siglo XIX, con la Escuela Positiva Italiana, pretendió cambiar el rumbo penal hacia un punto de vista criminológico más concienciado por el estudio antropológico de un sujeto físico-biológico; tendente a una conducta delictiva causada por una patología socio criminal. Actualmente el debate sigue latente y, neurocientíficos como el profesor Francisco Rubia, afirman la creencia por parte de la sociedad, de vivir en una ilusión de realidad. Él mismo proclama que, en caso de demostrarse la inexistencia de la libertad, su implicación se extendería a campos esenciales en la vida, como pueden ser la teología, la sociología o la filosofía. Además, resulta interesante observar cómo el neurodeterminismo tendría un perfecto encaje en una posición funcional, pudiendo propiciarse en un Derecho Penal del Enemigo, sobre la base de una mayor peligrosidad del individuo por sus características genéticas o neurológicas. En este caso el peligro radica en la posible aplicación de un sistema sin garantías al sujeto-enemigo, paralelas a las de cualquier ciudadano-persona. Es por ello que, mi crítica al neurodeterminismo en la ciencia penal se construye en base a una defensa de nuestro principio de culpabilidad. Evocar la libertad del hombre significa afirmar su propia existencia, la condición de ser racional, digno e íntegro para vivir en sociedad y ser responsable en la elección de sus decisiones. Un hombre libre da sentido a las leyes, creando una comunicación entre éstas y sus receptores, sobre la base del reconocimiento íntegro de la persona.

ABSTRACT

Our system of assigning responsibility is a pillar of freedom of action and free will in the person, and through this work I present the importance of free and rational subject in criminal law. Recognize freedom of action not only means that the person had choice, but that the effects of extending this recognition even more important sphere. It is the recognition of personhood, integrity and dignity of the same in a society. When neuroscience access boundaries of criminal law makes positioning in a deterministic position where the person is a set of neural processes to a default action in a state prior to our consciousness. From there it would explain the reason for differentiation, special and preventive treatment. But this position is not new, in the late nineteenth century with the Italian Positive School, tried to change the course to a criminal criminological point of view more aware of the anthropological study of physical-biological subject; aimed at criminal conduct criminal pathology caused by socio. Currently the debate remains latent and neuroscientists as Professor Francisco Rubia, say the belief by society, living in an illusion of reality. He proclaims that, if demonstrated the absence of freedom, their involvement would extend to key areas in life, such as theology, sociology and philosophy. Moreover, it is interesting to note how the neurodeterminismo have a perfect fit in a functional position and may be fostered in Criminal Law of the Enemy, on the basis of a higher risk for their individual genetic or neurological features. In this case, the danger lies in the possible application of a system without collateral to the subject-enemy, parallel to those of any citizen-person. That is why, in my critique neurodeterminismo penology is constructed based on a defense of our principle of guilt. Evoking the freedom of man is to affirm his own existence, the condition of being rational, decent and honest to live in society and be responsible in choosing their decisions. A free man gives meaning to the law, creating a communication between them and their recipients on the basis of full recognition of the person.

Palabras clave

Libertad/ Libre albedrío, Culpabilidad, Imputación, Determinismo, Voluntad, Proceso neuronal, Escuela positiva/Positivismo, Peligrosidad, Error categorial, Ilusión, Derecho penal del enemigo, Racionalidad, Prevención especial, Fines de la pena, Criminal nato, Impresión subjetiva, Estado, Sociedad, Mente.

Keywords

Freedom/freewill, Guilt, Imputation, Determinism, Volition, Neuronal process, Positive school/Positivism, Dangerousness, Category mistake, Illusion, Enemy criminal law, Rationality, Special prevention, Purposes of punishment, Born criminal, Subjective impression, State/Government, Society, Mind.

SUMARIO

I. Introducción. II. Objetivos. III ¿Cómo es nuestro sistema actual de culpabilidad? IV. ¿En qué consiste el neurodeterminismo? 1. Posiciones deterministas. A) Neurociencia actual. B) Escuela positiva. 2. Implicaciones del determinismo en el Derecho Penal. A) Von Liszt. B) Gimbernat. C) Funcionalismo del Dº Penal del Enemigo por Jakobs. 3. El determinismo en el séptimo arte: A) La naranja mecánica. B) Minority Report. V. Críticas al determinismo. 1. Por qué no estamos obligados a aceptar el determinismo. 2. ¿Qué cambio produciría la neurociencia? 3. Error categorial de las ciencias empíricas. 4. Crítica a un Derecho Penal del Enemigo. VI. Conclusión final. VII. Bibliografía de referencia.

I. INTRODUCCIÓN

Reconocer al hombre libre en sus actos no sólo tiene trascendencia en el ámbito jurídico, sino que de demostrarse lo contrario, la concepción de la realidad que tenemos hasta ahora, e incluso, el modo de articular las leyes sociales y morales, adquirirían otro enfoque. De forma tal que los sujetos a los que se dirigen, no podrían ser calificados como receptores responsables, y sí como simples acatadores de unas reglas impuestas.

Estas reglas, ya no serían tratadas por juristas, sino por las ciencias empíricas que toman el relevo a la hora de delimitar los procesos neuronales, denominan al sujeto, y por consiguiente, llevan a cabo un proceso de reeducación penal; donde las penas son sustituidas por medidas de seguridad o tratamientos especializados, cuyo fin único y primordial se halla en la prevención especial.

A través de este proyecto intento demostrar la importancia que tiene reconocer la libertad de actuación en la persona, proclamar el concepto “pena” como institución social y exclusivo de la ciencia penal. A su vez, recalco que ciencia penal y empírica no son independientes; sino que ambas se complementan. Es natural que el derecho experimente un desarrollo y crecimiento dentro y fuera de sus fronteras, a la par con la sociedad en la que vive. Del mismo modo, las ciencias a través de sus investigaciones, son de gran utilidad para el conocimiento del comportamiento humano y la praxis judicial.

II. OBJETIVOS

Uno de los objetivos del presente trabajo es mostrar los conocimientos y principios adquiridos durante la carrera respecto a la metodología de la investigación, particularmente en la búsqueda de materiales jurídicos; inclusive manuales, revistas científicas o códigos.

Sin embargo, el objetivo principal del trabajo de fin de grado, fue exponer los dos puntos de vista opuestos que otorgan razón y forma a este trabajo. Mi intención, ha sido explicar la neurociencia y su implicación en la ciencia penal, pero en defensa de un sistema de atribución de la culpabilidad, cuyo pilar base es la afirmación del hombre como ser libre en una sociedad.

III. ¿CÓMO ES NUESTRO SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE LA CULPABILIDAD ACTUAL?

El principio de culpabilidad¹ tiene que ver con la justificación de la imposición de la pena a individuos concretos, es decir, con la carga que tiene el estado de derecho de ofrecer frente a todo ciudadano una legitimación del mal o restricción de derechos que se le impone con base a un hecho que ha cometido. Al hablar de culpabilidad hablamos de la responsabilidad individual por el injusto cometido de acuerdo con determinadas reglas sociales.

El ordenamiento jurídico español no ofrece una respuesta directa a la cuestión de las razones por las que la persona que ha cometido un injusto tiene que sufrir una pena. Se limita a ofrecer un listado de supuestos² en los que se debe excluir la atribución de responsabilidad e imposición de una pena a pesar de que se haya cometido un hecho que en general se entiende que debe ser castigado.

Denominamos culpabilidad al conjunto de criterios normativos que permiten justificar la imposición de una pena concreta por parte de un órgano de justicia a una persona a la que se le ha imputado previamente un injusto de relevancia jurídico-penal. Es, por tanto, la imputación de responsabilidad como sujetos de derecho de acuerdo a reglas que entendemos como racionales. La referencia a la racionalidad no se debe entender como una racionalidad subjetiva, sino como una racionalidad comunicativa. Cada tiempo tiene su racionalidad condicionada por el contexto cultural e histórico y por ello cada sociedad tiene sus criterios normativos de imputación. El papel de la dogmática es indagar una y otra vez sobre dichos criterios de adscripción social de acuerdo con las funciones propias del sistema de imputación correspondiente, especialmente en la actualidad ante los retos planteados por los avances científicos.

Buscar en un sujeto imputable la causas por las cuales le llevaron a optar por una serie de acciones o se vio impulsado no afecta en absoluto a la forma en que la sociedad resuelve la situación. Por lo que en el marco de nuestro derecho penal vigente, si un sujeto de socialización adecuada, mayor de edad, sin ninguna causa de exculpación de la culpabilidad y sin encontrarse en una situación de conflicto que se salga de lo normal en la vida cotidiana mata a otra persona, nuestra respuesta formal como sociedad es siempre la misma: su declaración de culpabilidad con la consiguiente imposición de una pena. Para ello nos basta con constatar la comisión de un injusto penal y no la existencia de posible exclusión de culpabilidad ya probadas y no establecidas en el caso.

Nuestra ley, tomando el ejemplo de la alemana, adopta una actitud de precaución, con términos cuidados y comedidos de manera que es una muestra de una inteligente labor, el reconocimiento y trato que da a la culpabilidad. Por un lado, la constatación positiva de la libertad y de la culpabilidad y por otro, y la exclusión de causas de la culpabilidad conforma un sistema lógico-formal para la praxis judicial.

Del código penal no se deduce una certeza de libertad y posibilidad de haber actuado de otro modo ante un suceso, sino que el sistema es aún más sencillo y eficaz: se trata de la ausencia de perturbaciones que fundamentaría la inimputabilidad(o semiimputabilidad),

¹ FEIJOO SANCHEZ, B. *Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?* Edición Civitas, Madrid, páginas 84-97

² Artículo 20 del Código penal, apartados primero, segundo y tercero.

de modo que cuando un juez ha de decidir, se encuentra ante un procedimiento que requiere determinadas constataciones solamente en la medida en las que éstas sean categorialmente compatibles con las posibilidades del conocimiento humano.

No hemos de olvidar el principio de legalidad, uno de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna, el cual se proclama en el artículo 25.1 como la garantía de no ser condenado o sancionado por aquellas acciones u omisiones que en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa. A su vez, reeducación y resocialización son pilares base para la imposición de las penas, afirmando a través de este precepto, la intención de construir un sistema democrático cuyo brazo sancionador haga un tratamiento adecuado y justo a los sujetos infractores.

Precisamente este último precepto (25.2) está constantemente presente en el trabajo, como respuesta a la solución, a veces con matices extremos y radicales, que se le da al tratamiento penal de un sujeto infractor. Nuestro sistema, que aísla a un lado el conocido derecho penal del autor, para tratar a un sujeto responsable y racional de sus actos, formula un derecho penal totalmente encadenado a las garantías constitucionales recogidas en nuestra Constitución, concretamente, podemos decir, que todos los preceptos del Capítulo II, “De los derechos fundamentales” cobran todos y cada uno sentido y conexión en este importante apartado del derecho penal.

Todo ello, porque la cuestión analizada no sólo trasciende en la materia penal, sino que su alcance se extiende a una cuestión de constitucionalidad. A través del sistema de atribución penal que desarrollamos actualmente, se reconocen derechos fundamentales, establecidos previamente en nuestra Carta Magna del 78. Suprimir, o variar el concepto de libertad o libre albedrío del hombre, no sólo supone hacer una reforma en el derecho penal, sino que sus efectos se extienden a la fuente aseguradora de una sociedad democrática como es la nuestra.

En caso de transformar el principio de culpabilidad hacia un enfoque determinista, casi convirtiéndolo en un derecho penal del autor, conllevaría a la restauración de la propia Constitución, pues la misma se vería en contradicción con el supuesto nuevo sistema determinista. El problema que esta nueva “restauración”, si se me permite llamar así, tendría una significación casi completa en la propia Carta. Ello conlleva no sólo una labor legislativa, sino social, pues las personas tendrían que aprender a convivir en un nuevo sistema; y entender que los derechos fundamentales que conocimos en una época, no tienen cabida en un sistema determinista, puesto que la creencia del hombre y su libertad ha sido pisoteada por desarrollos neurocientíficos.

Tanto es la importancia de un principio de culpabilidad basado en el libre albedrío, y en la propia responsabilidad y racionalidad del sujeto infractor, que, como ya he comentado, sus secuelas son de significado constitucional.

Hoy en día, y a pesar de no estar constituido un sistema determinista, jugamos a veces entre la frontera de un principio de culpabilidad objetivo y un derecho penal del autor. Tal es el ejemplo que su repercusión que podemos observarla en el mismo Tribunal Constitucional, como ocurrió con la STC 45/2010³, en la cual uno de los temas a tratar fue la supuesta discriminación por parte del juzgado de lo penal, a través de la

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2010. De 28 de Julio de 2010(BOE núm, 195, de 12 de Agosto de 2010).

imputación de un delito de violencia⁴ y en este caso la agravación del cónyuge masculino, por el mero hecho de ser hombre; convirtiéndose esto en un derecho penal del autor y no la calificación del delito por la comisión de lo injusto y el daño al bien jurídico producido.

De todo lo anterior, no hemos de deducir, que la ciencia penal se construya autoabasteciéndose de sus métodos, todo lo contrario, ofrece y necesita de la ayuda de los conocimientos consolidados por las ciencias empíricas del ser humano precisamente para la determinación jurídico penal de la culpabilidad, cuya máxima expresión son las causas de exclusión de la culpabilidad.

Las causas de exclusión de la culpabilidad son el origen de la alianza entre derecho penal y ciencias empíricas. Por supuesto, hemos de tener una mentalidad abierta a posibles desarrollos en éstas últimas, dado que sus frutos podrían ser perfectamente adecuados e introducidos en el derecho penal. Es más, el derecho penal se siente obligado a reclamar los conocimientos de las ciencias naturales para su propia praxis, atentos a nuevos avances que puedan incidir en las causas de exclusión de la culpabilidad.

La atribución de responsabilidad en la vida cotidiana descansa inevitablemente en las causas de exclusión de la culpabilidad, que deciden cuáles son los estados de una persona consciente y mensurable en un proceso penal, que bastan al derecho para excluir la responsabilidad.

El código penal, así como los jueces o tribunales, no tienen que indicar cómo se demuestra en el caso concreto si el autor tenía libertad para actuar o carecía de ella en tal momento. La función de legislador penal es exclusivamente la de describir situaciones y características que puedan fundamentar una exclusión de la culpabilidad y no la de exigir lo imposible al juez o tribunal, que es la demostración de la libertad de acción; pues ya es difícil demostrar la propia, imaginemos la ajena.

Maurach⁵ señalaba que es imputable el autor que gracias a su desarrollo espiritual-moral es capaz de comprender lo ilícito de su hacer y de actuar conforme a ese conocimiento.

Nuestro método a seguir en el código penal actual es lo que podría llamarse como “mixto o biológico-psicológico”.⁶ Esto se debe a que atiende a las bases biológicas que producen la inimputabilidad como a sus consecuencias en la vida anímica del autor. Es por ello, que las alteraciones y anomalías tienen una base patológica y corresponde al área de la psiquiatría o psicología el estudio. Sin embargo, respecto a la capacidad se trata del campo normativo, pues no es un estado psíquico, sino una atribución, la valoración de un sujeto, a causa de esa anomalía o alteración, fue capaz o no al tiempo de cometer el hecho, y/ o de actuar conforme a esa comprensión de la ilicitud de su acción.

⁴ Artículo 153.1 y 2 Código penal español

⁵ MAURACH, REINHART Y ZIPFT, HEINZ, Derecho Penal Parte General Tomo 1. Traducción de la 7ª Ed alemana por Jorge Boffill y Enrique Aimone, Ed Astrea, Buenos Aires.,mencionado por Feijóo en “ derecho penal y neurociencias,¿ una relación tormentosa? Página 8

⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, Derecho penal y neurociencias,¿ una relación tormentosa? Civitas, Madrid, páginas 84-90

En nuestro código penal las causas de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad son tres y se encuentran en los tres primeros apartados del artículo 20:

1. “El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.
2. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.
3. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.”

IV. ¿EN QUÉ CONSISTE EL NEURODETERMINISMO?

Concebir a la persona y su comportamiento como un simple proceso neurobioquímico o fisicoquímico determinado, conlleva el riesgo de que los profesionales en el campo neurocientífico adopten una conducta de intervención hacia el afectado, de modo que sus acciones entendidas como modificables a través de un proceso quirúrgico/médico, sean corregidas a través de las técnicas adecuadas.⁷

Poco a poco toman auge las neurociencias, neuropsicología y técnicas de neuroimágenes con el fin de entender a la persona y sus estados emocionales como meros estados cerebrales: todo ello mediante la localización de las áreas del lenguaje, el cálculo, del juicio o raciocinio.

Si hacemos un recorrido por lo que se conoce como semiología neurológica, es decir, la exploración, el examen neurológico muestra que las funciones cognitivas son aquellas que dependen de la integridad y funcionalidad de las diferentes áreas corticales, pero principalmente ubicadas en el lóbulo frontal. Tales funciones denominadas funciones mentales superiores son las mencionadas anteriormente, lenguaje, el cálculo, el juicio o raciocinio, las praxias, las gnosias y la memoria. Su calificación se debe a que son características propias del ser humano, ubicadas en la corteza cerebral, propias del hombre que no comparte con ninguna otra especie. Propiedades como el lenguaje o el pensamiento fácilmente pueden ser localizadas en estructuras cerebrales individuales e identificables: las cortezas de Broca y Wernike.

⁷ CARREÑO, José Nel, “Psicocirugía, estimulación cerebral profunda y cirugía para enfermedades psiquiátricas. El riesgo del neurodeterminismo”, *Revista Persona y bioética*, n°2, 16/10/2007

De todo ello se deduce que la persona estaría localizada en estas estructuras neurológicas dándole unas características diferenciadoras. Es aquí donde radica el fundamento de la neurociencia para explicar el determinismo en las acciones.

Los partidarios del neurodeterminismo pretenden demostrar que los conceptos que conocemos como libertad, emociones, moral y sobre todo voluntad, no son más que meras ilusiones provocados por los procesos físicos que se encuentran determinados por el funcionamiento del cerebro, condicionando por tanto todos nuestros actos.

No podemos negar que mediante los resultados de algunas investigaciones se ha demostrado que actos motores voluntarios son precedidos por descargas neuronales en el área motora secundaria, poniendo de entredicho “ la voluntariedad causal” de los mismos, y presuponiendo que existe una actividad neuronal inconsciente ; transformando esa “ voluntariedad” en sólo una ilusión retrospectiva del acto causal producido⁸.

Hoy en día se sabe que, antes de que se produzca la actividad eléctrica en las áreas de la corteza prefrontal, se generan por impulsos en los ganglios de la base que encienden el circuito: corteza prefrontal – núcleo caudado – putámen – área motora primaria. Estos impulsos generados en lo profundo de la sustancia gris subcortical son aprendidos, posiblemente genéticamente determinados, y definitivamente ajenos a la voluntad.

He aquí entonces el punto de inflexión; si los actos motores voluntarios están precedidos indispensablemente por un proceso totalmente inconsciente ¿se les puede calificar de voluntarios? ¿estaríamos entonces ante la autodeterminación?

Si lo que desea la neurociencia es tratar al hombre, sus actos, su propia conducta como una compleja red de interrelación neuronal, entonces deberíamos aceptar que la libertad y la voluntad son tan sólo espejismos consecuentes de la actividad cerebral en respuesta a un fenómeno físico-fáctico.

Por tanto corremos el peligro de afirmar al ser humano como un mero estado cerebral; pero si es observado desde un punto de vista dual, se constituiría de biología y por medio de un lado más trascendente, llámese espíritu⁹, la realidad de los actos no suceden únicamente de manera biológica, sino que es por medio de la otra faceta la que en conjunto de ambas, es la persona la que realiza los actos de manera única. Es aquí cuando entonces la persona completa a través del ejercicio libre de su capacidad volitiva permite que esa serie de fenómenos eléctricos y bioquímicos ubicados dentro del encéfalo, ocurran.

Si el neurodeterminismo pretende llegar a la visión reduccionista del ser, sólo operaría a través de la negación de la existencia de esta faceta trascendental del hombre, que lo constituye como persona, y catalogarlo como expresión del biologismo materialista de la ciencia.

Además del aporte de la neurociencia, también han existido extremos a la hora de explicar los actos humanos como es el caso del psicoanálisis freudiano, para el cual el resultado del choque entre la carga genética y las limitaciones externas impuestas a

⁸ *Idem*

⁹ YEPES YORK, Ricardo” La persona como fuente de autenticidad de las acciones morales” *Revista electrónica Dialnet*, 1997.

través del superyó por la represión social y la educación, darían lugar al concepto de acto humano.

Sin embargo, desde un punto de vista persona he de decir que, entender la vida emocional, trascendente e intelectual de hombre como una mera lucha entra su carga genética y las represiones externas, significa reducir todo su sentido a conceptos meramente orgánicos. La felicidad que se experimenta, el amor, la piedad o la ilusión no se explican en la zona pineal, sino que se ubican en el ser completo, en la humanidad que diferencia al hombre de otro animal. Esa libertad nata y constitutiva del hombre nos permite poseernos determinarnos y por tanto hacer emanar la dignidad.

Es cierto que somos seres naturales, obligados a conocer nuestra realidad biológica, pero limitar nuestro propio estudio a su existencia natural es “conocer que el hombre es un ser natural pero un ser natural humano”¹⁰. La mera explicación biológica no sirve para entender cabalmente a la persona. Se requiere la aceptación previa de la unidad indivisible que constituye el cuerpo biológico con la faceta trascendente que nos da sentido.

1. Posiciones deterministas

A) La neurociencia actualmente

Francisco Rubia, catedrático de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid, es la cara más representativa de la neurociencia española. A través de su postulado a favor de la neurociencia y el determinismo en las acciones observaremos cómo hace una defensa de la inexistencia del libre albedrío al que él denomina como “ilusión de libertad”.

En la conferencia pronunciada durante el Congreso Internacional de Bioética, celebrada en Valencia el 14 de Noviembre de 2012, hizo mención a la creencia adoptada por la mayoría, sobre la capacidad de tomar decisiones y hacer elecciones libremente; a no ser que nos encontremos bajo los efectos de una enfermedad mental o coacción. Es a lo que llamamos “libre albedrío o voluntad libre”; no dependiendo de fuerzas físicas, ni del destino, ni de Dios; sino que somos nosotros mismos los que decidimos y elegimos

Rubia pertenece a la neurociencia moderna que piensa que la libertad no es más que una ilusión, una creencia. Nuestras decisiones y elecciones son el resultado de una serie de factores sobre los cuales son tenemos ningún control consciente: la herencia genética, las experiencias vividas y que habitan en nuestra memoria, las cuales pueden ser activadas en cualquier momento de modo implícito o inconscientemente.

Según desde el punto de vista neurocientífico, nuestro cerebro ha adoptado una actitud “conformista” por la que cree que nuestras decisiones y elecciones se toman de modo consciente.¹¹

¹⁰ MOUNIER Emmanuel, *La existencia incorporada, El personalismo*, Edición El Búho, 2006. p. 39-52.: “La persona no se conforma con soportar la naturaleza de la que surge o con reaccionar ante sus provocaciones. Se vuelve hacia ella para transformarla e imponerle progresivamente la soberanía de un universo personal”

¹¹ RUBIA, Francisco J,” La ficción de la libertad” Conferencia pronunciada el 04/11/2012, por el autor en el Congreso Internacional de Bioética, *Blog Tendencias21*.

Parece evidente que nuestras decisiones y elecciones son el resultado de toda una serie de factores sobre los que no tenemos ningún control consciente: la herencia genética, las experiencias que hemos vivido y que dormitan en nuestra memoria, la mayoría de ellas implícita o inconscientemente, pero que pueden ser activadas en cualquier momento, las circunstancias actuales o los fines que hayamos planificado previamente.

En realidad, seguimos asumiendo la existencia de un homúnculo dentro del cerebro que sería el que toma las decisiones y realiza las elecciones, aunque la existencia de ese homúnculo ha sido ya rechazada desde el punto de vista neurocientífico, no sólo por la ausencia de un centro cerebral que lo albergue, sino porque exigiría la presencia de otro homúnculo dentro del primero y así sucesivamente.

Como ya dijo Spinoza hace unos 350 años¹², nuestra creencia en el libre albedrío no sólo refleja nuestra impresión subjetiva y personal de control consciente sobre nuestras acciones, sino que es el resultado de nuestra ignorancia de las verdaderas causas que determinan esas acciones.

Muchos neurocientíficos y filósofos no se asombran ante la posibilidad de la falta de libertad, ya que muchas cosas en las que creemos firmemente no son lo que parecen. Todas nuestras percepciones son en realidad ilusiones, ya que no tenemos acceso ninguno a la realidad, como ya dijo hace siglos Kant. Nuestra mente simula la realidad y prefiere, porque no tiene más remedio, ese símil de la realidad a la realidad misma. Los experimentos de Benjamin Libet¹³ en los años 80 supusieron un gran avance para la neurociencia, acerca del planteamiento sobre la falta de libertad.

Consistió en pedirle a los sujetos que doblasen varias veces un dedo, o la muñeca de la mano derecha, pero a intervalos irregulares, de manera espontánea. Al mismo tiempo deberían fijarse en una pantalla en la que aparecía un reloj digital, para recordar el instante en que se les pasaba el impulso por la cabeza. Durante el proceso se tomaba la gráfica de las corrientes cerebrales y el resultado fue que la chispa consciente se producía, en promedio, entre 0,3 y 0,4 segundos después de la aparición del potencial de alerta. Cuando los sujetos empezaban a acariciar la idea de doblar el dedo, la acción ya estaba decidida en realidad.

Cuando requerimos a un sujeto sano y normal que realice un movimiento simple podemos detectar una onda negativa en el registro de la actividad eléctrica de la corteza cerebral, onda llamada de disposición o de preparación motora, que comienza varios cientos de milisegundos antes de que se produzca el movimiento. La impresión subjetiva de querer realizar el movimiento es posterior y está más cerca del movimiento

¹² *Idem*, citado por el autor Francisco Rubia.

¹³ Benjamin Libet fue un neurólogo americano considerado hoy como un pionero en la exploración de la conciencia. Se trata de una de las personas más citadas por los investigadores interesados en la cuestión del libre albedrío y de la relación tiempo-conciencia. Su célebre experimento venía a demostrar que cuando tomamos una decisión consciente en realidad ya se hallaba en proceso la decisión predeterminada inconsciente de llevarla a cabo. *El experimento de Libet* constituyó para su autor un verdadero quebradero de cabeza puesto que Libet era al parecer una persona muy religiosa y lo que su experimento venía a demostrar es que el libre albedrío no existe: *no somos libres sino que estamos determinados, por nuestros pensamientos, creencias, memoria, y experiencias previas.*

que del comienzo del potencial preparatorio. Esta impresión subjetiva es, por tanto, así como el movimiento, el resultado de una actividad cerebral inconsciente.

Ante estos resultados, que han sido corroborados y ampliados posteriormente en otros laboratorios, Benjamin Libet planteó que en los 200 milisegundos que hay entre la impresión subjetiva y el movimiento el cerebro tenía la posibilidad de vetar ese movimiento, argumentando que un veto no es un acto voluntario y no produciría un potencial de disposición, porque si lo hacía no habría tiempo suficiente en los 200 ms entre la impresión subjetiva y el movimiento. A esto lo llamó “free won’t” en vez de “free will”.

Resulta difícil aceptar que acciones negativas tengan que ser diferentes a las acciones positivas. Y, efectivamente, sujetos entrenados para dejar de hacer una determinada acción mostraron también un potencial de disposición previo al movimiento. De esta manera, la objeción de Libet quedó descartada.

Experimentos realizados en Berlín por el Profesor John-Dylan Haynes y colaboradores utilizando resonancia magnética funcional mostraron que los investigadores eran capaces de predecir 6 segundos antes de tomar una decisión cuál sería el resultado. Por supuesto que la impresión subjetiva de libertad de acción tenía lugar pocos milisegundos antes de la decisión, como en el experimento de Benjamin Libet.

Estos resultados son difíciles de compaginar con el sentido que tenemos de que somos los autores conscientes de nuestras acciones. Antes de ser conscientes de nuestros actos el cerebro ya ha determinado lo que vamos a hacer, pero creemos que esa toma de consciencia es la causa de nuestra acción.

Para la neurociencia se sabe que tanto el movimiento como la impresión subjetiva de la voluntad son resultado de la actividad cerebral, y la inmensa mayoría de esa actividad cerebral discurre de manera inconsciente.

Cuando estimulamos ciertas regiones del cerebro y hacemos que se muevan las extremidades, el sujeto tiene la impresión de que es él el que voluntariamente provoca los movimientos, aunque sea falso. Sin embargo, en otros casos, como cuando se estimula directamente la corteza motora del cerebro, se producen movimientos que el sujeto sabe que no son inducidos por él.

En todos estos casos la conclusión es que la impresión subjetiva de voluntad y el propio movimiento no son simultáneos en el tiempo, como vimos en los experimentos de Libet, pero tampoco en el espacio, es decir, no tienen su origen en las mismas regiones cerebrales. Pueden ir juntos en algunos casos, pero en otros no, lo que indica que su localización es distinta.

En resumen, los experimentos realizados hasta ahora, en principio con la electroencefalografía y más tarde con técnicas modernas de neuroimagen como son la resonancia magnética funcional y la tomografía por emisión de positrones o PET, han arrojado resultados que indican que la impresión subjetiva de libertad es una ilusión. Si los experimentos futuros apuntasen a la existencia de la libertad, tendríamos que cambiar de opinión, sin embargo en palabras del profesor Rubia, “*no existe ningún argumento satisfactorio y que indique tal cosa.*”

En caso de afirmarse, sus efectos serían inmediatos en aspectos fundamentales como puede ser la religión, el derecho penal o la bioética

El filósofo Saul Smilansky¹⁴ dice que para mantener nuestros mundos moral y personal intactos necesitamos la ilusión de la libertad. La ilusión nos ayuda a mantener, y en parte incluso a crear, aspectos cruciales de nuestra realidad moral y personal. Entendiendo por ilusión una definición de diccionario que reza: una idea o concepción falsa; una creencia u opinión que no está de acuerdo con los hechos.

El concepto que Smilansky tiene de ilusión es parecido al que expresó Sigmund Freud en su obra “El porvenir de una ilusión” (2002), o sea ilusión en la que el cumplimiento de un deseo es el factor prominente de su motivación ignorando, de esta manera, sus relaciones con la realidad.

En el libro del filósofo alemán Hans Vaihinger *Die Philosophie des Als Ob*¹⁵, el autor habla de “praktische Fiktionen”. Ya al comienzo de este capítulo Vaihinger nos dice: *“en el umbral de estas ficciones nos encontramos enseguida uno de los conceptos más importantes que la humanidad ha formado: el concepto de libertad; las acciones humanas se consideran libres y por ello responsables y enfrentadas al curso necesario de la naturaleza... El concepto contradice no sólo la realidad observada, en la que todo sigue leyes inmutables, sino a sí mismo: pues una acción absolutamente libre, fortuita, que surge de la nada, es moralmente tan sin valor como una acción absolutamente necesaria...La humanidad ha desarrollado estos importantes conceptos a lo largo de su desarrollo por necesidad psíquica inmanente, porque sólo sobre su base es posible la cultura y la moralidad”*

Vaihinger, que publicó su libro en 1911, cita a varios autores que son de la misma opinión y menciona que durante siglos ha estado vigente la libertad no sólo como hipótesis, sino incluso como dogma irrefutable. Critica también que se niegue teóricamente la libertad, pero que se la coloque en la práctica como fundamento del derecho penal. En su opinión si tiene que haber castigo tiene que tener lugar también la culpa, pero ésta no existe si se niega la imputabilidad y la libertad.¹⁶

¹⁴ Citado por Francisco Rubia en “La ficción de la libertad”.

¹⁵ Explicación de la “Filosofía del como si” por el profesor Rubia en su artículo “La ficción de la libertad” : http://www.tendencias21.net/neurociencias/La-ficcion-de-la-libertad_a31.html

¹⁶ RIBEIRO DOS SANTOS, Leonel. “Las ficciones de la razón, o el kantismo como ficcionalismo. Una reapreciación de *Die philosophie des als ob* de Hans Vaihinger.” *Devenires, revista Filosofía y Filosofía de la Cultura*, nº 18, 2008. Páginas 30-39.

La filosofía del <<como si>> 1991. Considera a la entidades de ficción como construcciones falsas o imaginarias, que cumplen una función pragmática, heurística, fundadora o reguladora, o/y ordenadora del conocimiento humano, pero que nunca pueden cumplir una función descriptiva de la realidad. Por ello a las ficciones no se les debe atribuir contenido de realidad alguno, sino que han de ser utilizadas siempre como ficciones cognitivas, es decir, como instrumentos metodológicos. Las ficciones son, para nuestro autor, un recurso mental, un procedimiento racional o un medio de conocimiento científico del cual uno se puede servir, cuando el fin pensado no se puede conseguir con el material dado empíricamente.

En realidad, la filosofía del “como si” se practica en España hace tiempo. Hacemos como si fuésemos demócratas, como si fuésemos europeos, como si nos preocupase el interés general, como si los cuatro poderes fuesen independientes, como si nos interesase la investigación y el desarrollo...

Resumiendo, y en palabras del profesor Rubia acerca del tema “libertad”: “*una cosa es hacer como si fuésemos libres para mantener el orden y la cohesión en la sociedad, y otra muy distinta es creernos nuestros propios engaños*”¹⁷

B) Escuela positiva o positivismo criminológico.

La más conocida y radical propuesta de fundamentación preventivo especial del Derecho penal y de su conversión en un Derecho penal de medidas, la realizó la Escuela positiva italiana¹⁸ a finales del s. XIX y comienzos del s. XX, aunque sus propuestas no consiguieron calar en los penalistas. La Escuela positiva italiana¹⁹ partía también de una visión determinista del mundo, con base en el determinismo mecanicista imperante en el momento. Si el mundo está regido por leyes causales que conectan todos los acontecimientos como causas y efectos, también el actuar humano, y la conducta delictiva, serían el resultado de la interacción causal de múltiples factores biológicos. El delincuente es para los defensores de esta tendencia un ser antropológicamente inferior, desviado o degenerado, un “enfermo social”, frente al que la sociedad necesita defenderse. Fueron reivindicados los conceptos de peligrosidad criminal y de tratamiento frente a los de culpabilidad y castigo.

Si también el actuar humano es el resultado de un conjunto de factores, la evitación del delito requerirá incidir en los factores desencadenantes del actuar delictivo y, por tanto, resulta necesario y suficiente, someter al delincuente a tratamiento a partir del pronóstico de peligrosidad criminal. A quien ha cometido el delito no se le puede imponer una sanción sin más, sino que se debe efectuar un diagnóstico sobre la probabilidad de que pueda volver a cometer delitos –pronóstico de peligrosidad. La función de la pena es exclusivamente servir de instrumento de defensa social contra el peligro que ciertos individuos suponen.

Lombroso²⁰ pretendía cambiar el rumbo penal hacia un punto de vista criminológico más concienciado por el estudio antropológico de un sujeto físico-biológico tendente a una conducta delictiva causada por una patología social- criminal.

Su código lo constituye, según palabras de Ferri²¹, “*un cuerpo orgánico de concepciones para estudiar al delincuente, al delito y su sanción, primero en su génesis natural y después en sus efectos jurídicos, para apartar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios, y que por consiguiente serán eficaces*”. Es por ello que esta escuela criminal no centra su estudio únicamente en el aspecto antropológico, sino que va más allá.

¹⁷ Palabras pronunciadas por el profesor Rubia en su artículo “La ficción de la libertad”

¹⁸ HUERTAS DÍAZ, Omar “Aproximaciones a la antropología criminal desde la perspectiva de Lombroso”, *Revista electrónica Dialnet*, n°1, 2011. Páginas 293-304.

¹⁹ El principal medio de difusión de esta escuela fue la revista “*Archivi di psichiatria, scienze penali e antropología criminale*”. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel; *Por qué se es responsable jurídicamente*, *Epígrafe Del innatismo al relativismo*, Editorial Dykinson, 2007. Página 180.

²⁰ LOMBROSO, Césare, *El hombre delincuente*, Italia, 1876. Mencionado en “Aproximaciones a la antropología criminal desde la perspectiva de Lombroso”, por Huertas Díaz.

²¹ FERRI, Enrico, *Sociología Criminal*, Italia, 1896. Mencionado en “Aproximaciones a la antropología criminal desde la perspectiva de Lombroso”, por Huertas Díaz.

Realiza una conjugación de antropología, psicología y estadística criminal, así como derecho penal y estudios penitenciarios transformándose en el concepto sociología criminal. Por medio de su aplicación, eleva la ciencia criminal clásica a la renovación de la misma producida por el hombre y la sociedad, con el fin de aplicarse en el estudio del delito, del delincuente y del medio.

Los postulados de esta llamada sociología criminal²² son los siguientes:

- El derecho a imponer sanciones pertenece al Estado a título de defensa social.
- El método es inductivo – experimental. La escuela positiva se caracteriza por su método científico.
- El delito es un hecho de la naturaleza y debe estudiarse como un ente real, actual y existente.
- El delincuente es aquella persona que comete delitos por influencias del medio en que vive. Busca la readaptación del delincuente y para estos establece los sustitutivos penales.

Los sustitutivos penales son medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas. Al considerar ineficaz las penas, se plantean los sustitutivos: religiosos, médicos, psicológicos...

- El ser humano está determinado a cometer delitos, la voluntad no opera en ningún momento de sus actos; por lo que el hombre no posee libre albedrío.
- Sustituye la responsabilidad moral por la responsabilidad social, puesto que el hombre vive en sociedad y será responsablemente social mientras viva en sociedad. El hecho de que si no hay responsabilidad moral, no quiere decir que se pueden quedar excluido del derecho.
- El concepto de pena se sustituye por el de sanción que va de la mano con la peligrosidad del criminal. El problema que plantea es que la sanción fundamenta su duración con la peligrosidad del delincuente, por lo que ésta puede ser indeterminada.
- Busca la proporcionalidad de la pena, no se debe castigar conforme el postulado legal, sino que ha de buscarse la readaptación buscando sus antecedentes, causas, atenuantes. Entraría en juego los mencionados anteriormente, sustitutivos penales, fácilmente identificables con las hoy medidas de seguridad.
- Acepta tipos criminales, a modo de clasificación
- Por supuesto, la legislación penal debe estar basada en los estudios antropológicos y sociológicos.
- La misión de la ley penal es combatir la criminalidad, considerada ésta como fenómeno social y no sólo el restablecimiento del orden jurídico.

Uno de los representantes de esta escuela, el sociólogo Enrico Ferri, discípulo de Lombroso, indicó que el derecho penal investiga solo el delito y castiga al delincuente con lo que dice el código penal, sin examinar las causas del mismo. Es por ello que debe buscarlas. Utilizaba el método inductivo experimental para llegar a establecer las causas del delito, por lo que entonces ataca al hombre como causa fundamental

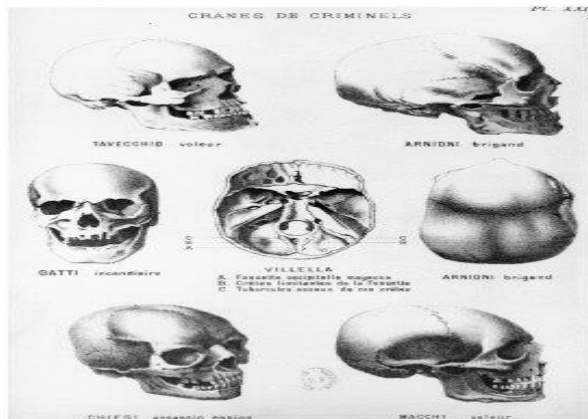
Para Césare Lombroso, junto con Ferri y el jurista Rafael Garófalo; el factor determinante es el fisiológico/biológico. El delincuente, determinado por su estructura física, herencia genética y congénita, no es plenamente consciente de sus actos. Es por

²² FERRI, Enrico, *Sociología Criminal*, Italia, 1896.

ello que la sociedad tiene que adoptar medidas de protección y / o control frente al hombre peligroso dada su peligrosidad.

A través de la observación, utiliza el método experimental inductivo en su enfoque antropobiológico, establece una serie de anomalías fisiológicas que tienen en común los delincuentes de delitos graves, haciendo de ello una diferencia entre el criminal nato y el sujeto “normal”:

- Protuberancia en la frente
- Pómulos salientes
- Ojos achinados
- Protuberancias en el cráneo



A su vez establece una clasificación de autores/ individuos determinados en comparación con los sujetos normales²³:

- Atávico o nato: persona que está determinada a cometer delitos por causas hereditarias. Es imputable.
- Epiléptico: individuo que sufre de epilepsia y comete a causa de esta enfermedad un delito. Es inimputable.
- Habitual: persona que observa un género de vida delictiva al extremo de llegar a constituir un tipo permanente de personalidad criminal.
- Loco: aquel en que el delito es la manifestación o revelación de una anomalía mental, de su individualidad psíquica anormal.
- Loco-moral: estado psicopatológico que impide o perturba la normal valoración de la conducta desde el punto de vista moral, pero dejando subsistente la capacidad cognoscitiva y volitiva. Psicopatía actual
- Ocasional: persona, casi siempre normal, aunque de escasa energía volitiva, que delinque por sugestión del ambiente o por motivo pasajero sentimental o externo. Dentro de este tipo de delincuente están el pseudocriminal, que es ocasional, no es un criminal, las circunstancias hacen que cometa el delito y el criminaloide, que es una persona que está empezando a delinquir por sugestión del ambiente.
- Pasional: aquel en que el delito prorrumpe tempestuosamente, como un huracán psíquico, anulando la voluntad e impidiendo la sana y normal recepción de los acontecimientos. Para su imputabilidad o inimputabilidad requiere en todo caso un atento análisis psicológico.

²³ LOMBROSO, Césare, en la cuarta edición de su *Hombre Delincuente*. Mencionado por Huertas Díaz en “Aproximaciones....”

- Profesional: es el que participa regularmente y como medio normal de vida, en una cultura criminal perfeccionada y dotada de un cuerpo de aptitudes y conocimientos especializados.

Se deduce, por tanto, la existencia del determinismo en la conducta de una serie de individuos (tipo), que desde su nacimiento se le predispone a través de una serie de aptitudes, hereditarias o congénitas a cometer delitos. Es aquí donde la sociedad debe aportar medida de prevención y/o control frente al hombre delincuente dada su peligrosidad.

La crítica a Cesare Lombroso le hace notar que no hay criminal nato, por ejemplo los rasgos rudos y fuertes un campesino, no pueden hacer pensar que es de por sí un criminal, mas al contrario, hay personas con rasgos finos que son criminales más avezados.

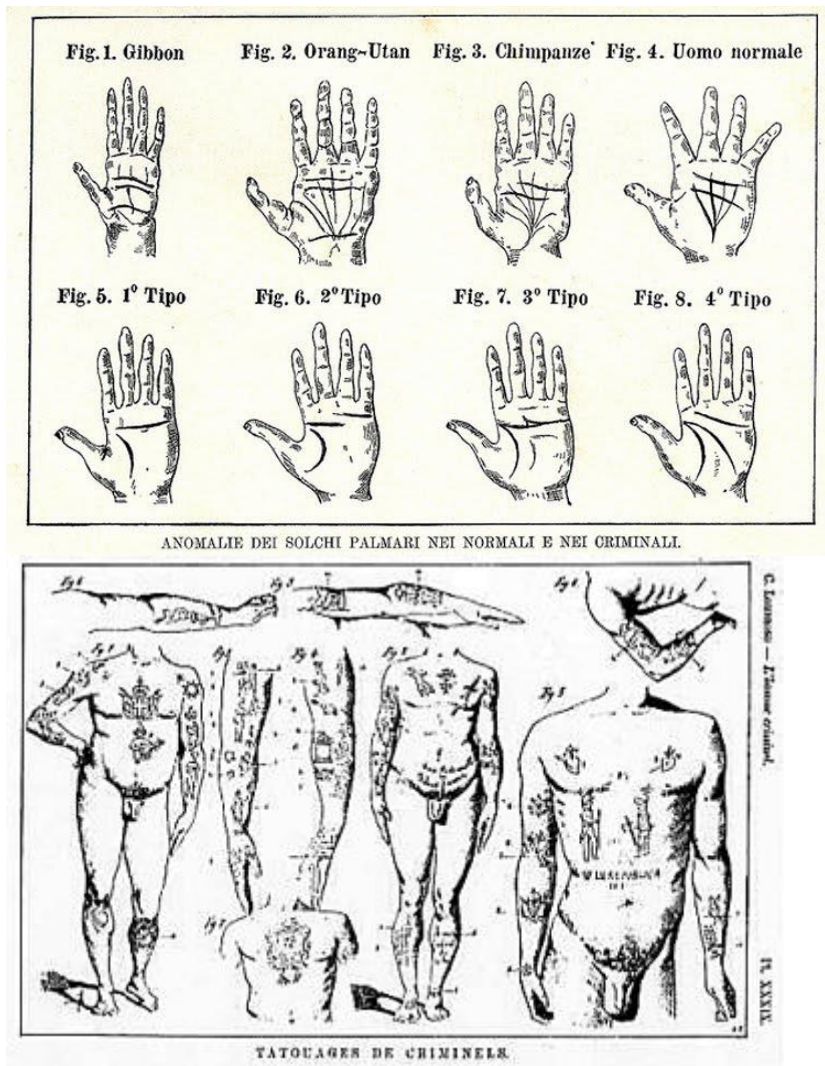
A continuación nombraré algunas de las características que Lombroso atribuía como rasgos comunes a los criminales natos. Características que responden a signos físicos propios de su status primitivo, a los que asocia como un salto atrás en la escala de la evolución humana. Asimilando el comportamiento criminal con el cotidiano de los animales, las acciones por tanto surgen de la propia naturaleza.

Calificando al criminal como ser no evolucionado, los rasgos distintivos serán entonces aquellos afines a los simioscos: brazos relativamente largos, prensiles con pulgares móviles, una frente baja y estrecha, grandes orejas, cráneo grueso, mandíbula grande y prognata, abundancia de pelo en el pecho del varón, una baja sensibilidad al dolor, y asimetría facial.

A lo sumo, el comportamiento social del criminal nato lo alía a los simios y a los seres más salvajes vivientes. Detalles como los tatuajes, produjo voluminosas estadísticas acerca de los mismos y el contenido de éstos, atribuyendo los de carácter obsceno, sin ley o exculpatorio a los favoritos del criminal.

La concepción de Lombroso respecto al criminal es sorprendentemente diferenciadora, pues su trato hacia ellos es como de “subespecie”, en cuyo argot encuentra un lenguaje, derecho, onomatopeyas y la personalización de los objetos inanimados como propios: *«Hablan de modo diferente porque no sienten igual; hablan como salvajes, porque son verdaderos salvajes en el seno de nuestra esplendorosa civilización europea»*.²⁴

²⁴ LOMBROSO, Cesare, en “El hombre delincuente”



Teoría prevención especial según Garófalo

Uno de los componentes de la escuela positiva es Rafael Garófalo, quien plasma prácticamente las ideas criminológicas de Cesare Lombroso. Hago mención de tal autor por su profesión como jurista y porque supone uno de los exponentes del determinismo positivista, junto con sus antecesores Ferri y previamente Lombroso que interesa conocer.

Para Garófalo, en su obra “La sociología criminal”, el delincuente es un anormal psíquico, causado por una anomalía moral congénita; por lo que el medio tiene poca influencia sobre el delincuente.

Desarrolla la teoría de la peligrosidad como base de la responsabilidad criminal. En ella enuncia tres principios:

- La prevención especial como fin de la pena.
- La teoría de la defensa social como base del derecho de castigar
- Métodos de graduación de la pena.

La pena debe estar de acuerdo a la personalidad del delincuente y no del delito. Por ello nos encontramos en el desarrollo de su tesis con la defensa de la pena de muerte a la que denomina "Darwinismo natural"; explicando que, puesto que la cárcel no intimida a los asesinos pudiendo ellos mismos encontrar mayor facilidad en la misma que en su vida libre, establecimiento de la pena de muerte serviría como instrumento intimidatorio.

La calificación de esta pena se debe a la aplicación de las leyes naturales de selección de la especie humana. Afirma que si un hombre no puede vivir en sociedad, en una sociedad que le da normas y por lo tanto las viola, entonces el hombre debe ser muerto. Los asesinos deben ser castigados con la pena de muerte.

Es por tanto evidente que el autor se halla en contra de la teoría retributiva, sosteniendo que la imposición de la pena se establece porque al quebrantar una norma fundamental, el delito debe ser un castigo ejemplarizante, sin dilucidar ningún tipo de visión retributiva en la pena. De aquí partimos entonces hacia el objeto de la pena, que tiene como finalidad defender a la sociedad de los inadaptados y los socialmente peligrosos, de modo que a los primeros, en los casos graves se les ha de aplicar la pena capital, e incluso, llegó a afirmar que a los segundos, abandonarlos en una isla. Las clases de penas serían:

- Pena de muerte para los asesinos

La pena de muerte se adjudica en función del tipo de delincuente:

- El asesino: Criminal nato que no tiene sentimientos de altruismo y de probidad, por lo que puede cometer delito cuando se le presente la oportunidad.
- El delincuente violento: Le falta sentimiento de piedad, por lo que comete delitos violentos.
- El ladrón: Son los que atentan contra la probidad. Este sentimiento no tiene raíces profundas en estos individuos. Le falta el sentimiento altruista y está influenciado por el medio ambiente.
- El delincuente lascivo: No encaja en las anteriores, podría ser delincuente sexual
 - Cadena perpetua para los delincuentes violentos
 - Trabajo en colonias agrícolas de ultramar para los ladrones.

2. Implicaciones del determinismo en el derecho penal

A) Von Liszt

Para Von Lizst²⁵ la pena corresponde a una reacción de la sociedad frente a las perturbaciones externas de las condiciones de vida, tanto del individuo como del grupo de individuos.

Es la experiencia la que determina el carácter finalista de la pena, y a través de esta pena existe un fin; ganando a su vez la misma pena, objetivo y medida. A su vez se desarrolla el presupuesto de la misma (delito) y el contenido y ámbito de aplicación

²⁵ VON LISZT, F. *La idea de fin en el derecho penal*, Edición Edeval, Valparaíso (Chile) 1984, Páginas 53-127

(delito). Todo ello bajo la idea del fin, convirtiéndose la violencia punitiva en Derecho penal.

La idea de adecuación del fin consiste en la aplicación de la pena que resulte necesaria para que por medio de ella se proteja a todo el conjunto de bienes jurídicos. Según Liszt, la pena correcta, la pena justa, es la necesaria. Una total vinculación del poder estatal a esta idea conforma el ideal de justicia punitiva. Sólo la pena necesaria es justa. Y para resolver el problema de su extensión hemos de atender a los efectos de la misma a través de un único método; la sociología, es decir, la sistemática observación de la masa.

Sólo la estadística criminal nos puede llevar al objetivo. Si queremos comprobar con exactitud científica su eficacia protectora para bienes jurídicos y su eficacia disuasoria de la delincuencia, debemos observar el delito como fenómeno social y la pena como medio de función social.

La pena es coerción. La pena se dirige contra la voluntad del delincuente que destruye o lesiona los bienes jurídicos en los que su voluntad quedando su voluntad corporeizada. Los inmediatos efectos de la pena son: corrección, intimidación neutralización, es decir, los móviles que subyacen a ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos. Pero si realmente son los posibles efectos de la pena y con ello posibles formas de protección de los bienes jurídicos, entonces estas tres clases de penas deberían corresponderse con tres categorías de delincuentes. Nos encontramos ante una derecho penal del autor, dirigiéndose la pena contra estos delincuentes y no contra la descripción del tipo penal; es el delincuente el titular de los bienes jurídicos cuya lesión o destrucción fundamentan la esencia de la pena. Este postulado se ve perfectamente afirmado a través de los estudios de la antropología criminal²⁶.

Partiendo de estos efectos de la pena, atenderemos a la siguiente clasificación:

- Corrección de los delincuentes que necesitan corrección y sean susceptibles de ésta.
- Intimidación de los delincuentes que no necesitan corrección
- Neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección

²⁶ Reflejado a través de la Escuela positiva italiana.

B) Gimbernat Ordeig

El jurista español Enrique Gimbernat, a través de su artículo “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”²⁷, ofrece un enfoque nuevo y renovador frente a otros penalistas anclados en el principio de culpabilidad y la existencia del libre albedrío como razón de éste.

La ciencia penal siempre ha subrayado el presupuesto indispensable de la pena, entendiéndose por culpabilidad el reproche que se le hace al autor porque “se ha decidido por el mal, a pesar de que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del Derecho”²⁸. Precisamente en esta afirmación podemos hablar sobre “la teoría del dominó”,²⁹ la cual se daría en caso de surgir crisis acerca de la idea de culpabilidad, que trae consigo la de la pena, y a su vez, sin la pena no puede existir un Derecho penal, del mismo modo que sin este último no surge una ciencia del derecho penal en sentido tradicional.

Con esto quiere decir, que en un sentido tradicional en la ciencia penal respecto al principio de culpabilidad, en caso de suprimirlo, la consecuencia sería la desaparición o inexistencia del sentido propia de la ciencia penal. Sin embargo el autor, quiere transmitir de la dependencia en esta relación causal entre culpabilidad-pena –ciencia penal. Demostrando a su vez que puede darse lugar a una ciencia penal cuyo principio de culpabilidad no esté basado en la afirmación del libre albedrío, como aquella situación de poder haber actuado y elegido el camino hacia el derecho, pero sin embargo no lo hizo. El hombre no puede convertirse en juzgador de otro, sin saber las causas o motivos que le llevaron a actuar de tal modo.

Partiendo de esta premisa, y sin extenderme demasiado, Gimbernat alude al psicoanálisis freudiano como ejemplo de la fuerte carga que pueden tener ciertos factores a lo largo de nuestra vida, los cuales condicionan el carácter futuro. Es por ello que incluso se atreve a comparar la posible influencia que pudiera ejercerse sobre un menor respecto a sus intenciones más ansiadas, de manera que prohibiéndoselas, éstas se convirtieran en meras frustraciones. Tal es el caso que, el sujeto que hoy en día pudiera ser un criminal sexual, en un pasado fuese ese joven, cuyas represiones le llevaron a actuar en un futuro de manera criminal. Entonces, quién puede juzgar a una persona, si puede darse la situación de que la misma actuó de un determinado modo, porque la propia sociedad le condicionó en un pasado.

Respecto a la existencia una sociedad donde se haya negado el libre albedrío, Gimbernat, habla acerca del “término caos” para aquellos defensores de un principio de culpabilidad y la libertad de actuación. Pues explica que la concepción tradicional de un sistema negatorio respecto al libre albedrío conllevaría a la instauración de un ius puniendi cruel, arbitrario e incluso de ideología totalitaria al imponer penas sobre la base única de la peligrosidad del delincuente.

²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal? Artículo encontrado en internet, páginas 1-15, última visita 21/09/2014:

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_84.pdf

²⁸ MAURACH, Deutsches Strafrecht Aligemener Teil, Ein Lehrbuch, 3a ed, Karlsruhe. 1965, mencionado por Gimbernat en “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”. Página 11

²⁹ KAUFMANN Hidle, “¿Qué deja en pie la Criminología del Derecho Penal?”, traducción de C. M. Landecho, ADPCP, 1963, mencionado por Gimbernat en “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal? Página 2

Sin embargo, en respuesta a ello, Gimbernat nos hace ver que se puede negar la existencia de libertad de decisión en el caso concreto y no obstante afirmar la dignidad de la persona y la idea de Estado Liberal de Derecho. Se trata por tanto una cuestión cultural y política, de respeto hacia la persona desde el propio Estado; por lo que si en una sociedad los valores y garantías fundamentales están asentado, no se ha de temer respecto a la acción del estado a la hora de imponer la pena, pues se sabe con antelación que no cabe la discrecionalidad o el arbitrio.

Es evidente que la pena es una institución necesaria, o como él dice, "una amarga necesidad", donde se justifica la potestad penal del estado y donde cualquier abuso de esta potestad como puede ser una pena innecesaria o injustificada, supone un abuso de sus facultades.

Aunque la potestad penal no esté fundada en la retribución y expiación no significa que los representantes del derecho penal de la culpabilidad abran las puertas a la arbitrariedad y el estado pueda ejercerla a su antojo. Precisamente en este caso hay que exigir del estado el más exquisito, delicado y cuidadoso manejo de la fuerza destructiva. Un derecho penal no basado en el libre albedrío, determina la gravedad de las penas del mismo modo que lo determinan, en lo fundamental todas las leyes penales actualmente videntes en el mismo. La razón por la que un padre castiga con más dureza a su hijo pequeño (inconsciente e ignorante ante la acción correcta o incorrecta) por agredir a otro niño, que por romper un vaso; es la misma por la que se castiga a un asesino con mayor pena que al ladrón. Y la razón de ello es que sabemos, a través de una educación familiar, cultural y social, que la vida, es un bien jurídico cuyo valor está por encima de la propiedad.

Además de la importancia del bien jurídico, la pena viene determinada por la circunstancia de la comisión dolosa imprudente o inculpable. Si la justificación de la pena es su necesidad, su idoneidad para lograr una vida social soportable, castigar lo mismo el homicidio imprudente que el dolor sería un aviso de la potestad penal, ya que, la estructura del delito imprudente, con la elevación de la penal no se conseguiría una disminución de muertes culposas; desde un punto de vista social, el aumento de sufrimiento de los delincuentes imprudentes sería inútil.

Es por ello que, en definitiva Gimbernat afirma, que no hace falta acudir a la culpabilidad, sino que es posible explicar, en caso a otras consideraciones, por qué castigar el homicidio imprudente o los delitos de peligro con penas de gran severidad sería un inútil e intolerable abuso del derecho penal subjetivo.

En cuanto a los delitos cometidos por sujetos inimputables, desde un punto de vista del mantenimiento social, sería abusivo, intolerable e innecesario, proceder con una pena frente a los enfermos mentales o menores: pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. El sujeto normal distingue muy bien esos dos grupos de inimputables -tal vez el progreso de las ciencias empíricas pueda segregar en el futuro ulteriores grupos de los "normales"-, sabe que pertenece a otro grupo, y que a él sí que se le va a castigar si realiza un tipo penal; sabe, pues, que la impunidad de aquéllos no afecta a la suya. Por

ello, en referencia a los sujetos "imputables" las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los "inimputables" queden exentos de responsabilidad.³⁰

Es por tanto, que a la pregunta “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”, la respuesta que hemos de dar es afirmativa, sin embargo depende la aceptación de que el derecho penal no presuponga la culpabilidad. Pues si en la teoría del dominó, dogmática penal presupone el derecho penal, éste la pena; la pena la culpabilidad, y ésta última no existe, tras los postulados aquí expuestos, podemos expresar que es cierto que cae la primera ficha de dominó, pero en su caída no arrastra a las demás.³¹

C) *El funcionalismo del Derecho Penal del Enemigo por Jakobs*

La idea de poder identificar criminales innatos a través del uso de las neurociencias por el derecho penal, de acuerdo a sus características criminales, supone una nueva postura del Estado frente al nuevo modelo de criminal.³² Lo esencial que hemos de retener respecto a este apartado en relación con el neurodeterminismo, es que este último, podría tener un perfecto encaje en posiciones funcionales, y en los casos de mayor peligrosidad del individuo por sus características genéticas o neuronales. Es entonces cuando podría propiciarse un derecho penal del enemigo para ello, sin garantías paralelas a las del ciudadano/persona.

Los avances neurocientíficos puede derivar en un derecho funcional como es el derecho penal del enemigo³³ si se abandona el modelo de responsabilidad subjetiva por el objetivo. El modelo determinista no creería en el libre albedrío e imputaría el acto punible por el hecho de haber sido realizado y no por la responsabilidad del autor. Además, la neurociencia podía llevar a comprobar cuáles son los individuos peligrosos t cuales son capaces de reinserción

Sólo en la medida en que el sujeto acepte el orden social, poseerá el status de persona, la condición de ciudadano y por tanto sujeto aplicable el “derecho penal común”. Pero el concepto doctrinal político-criminal “enemigo” que introdujo Jakobs³⁴ en 1985 es de una indudable carga ideológica y emocional. En una sociedad democrática como la nuestra, dicho término incita ya al desprecio o rechazo por parte de la persona calificada como tal.

Ahondando un poco en el pasado, fue durante la época de regímenes totalitarios los que usaban tal término para referirse a los disidentes y discrepantes. De este modo, a través de “mecanismos de guerra” disfrazados con normativas legales, existían actuaciones para reducir a los llamados enemigos. Ejemplo de esto es la denominada “ley de represión de la masonería y el comunismo “de 29 de marzo de 1941, promulgada en España por la dictadura fascista de Franco. El mero hecho de plantear un derecho penal

³⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal? Página 9

³¹ Idem referencia nº 30

³² SYMINGTON George, “Neurolaw: La defensa judicial hacia un derecho penal del enemigo”. *Artículo de la Universidad Javeriana de Bogotá*, 16/01/2013. Páginas 85-95

³³ GRACIA MARTÍN, Luis. “Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 0702, 11/01/2005. Páginas 1-33

³⁴ JAKOBS, Günter, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Navarra, 2006, traducción Manuel Cancio Meliá. Páginas 34-50.

del enemigo en una sociedad democrática sería indagar acerca de posible colocación del mismo en la sociedad.

En primer lugar deberíamos preguntarnos objetivamente si una clase de comportamientos antisociales compuestos por una serie de características no sólo sociales, sino diferentes a la hora de hacerles frente y tratamiento a los individuos que la padecen dan lugar a crear un concepto individualizado de autor respecto a lo que conocemos como el “otro autor”, el ciudadano que aún cometiendo actos delictuales no llega a padecer tal descripción. Asimismo hablaríamos de una diferenciación entre el derecho penal común, el del ciudadano según palabras de Jakobs, y el propio derecho penal del enemigo.

Si afirmamos la existencia de estos individuos y un derecho penal especial para los mismos, es entonces el estado democrático el que debería poner los límites y reglas específicas en las que ha de regirse. Por tanto es necesario establecer en primer lugar, la existencia de enemigos, y si es así, ¿quiénes son y quiénes los determinan?

Para Jakobs debería de hacerse distinción entre el ciudadano y los denominados enemigos, aunque bien es cierto, y como él dice, es difícil que exista un modelo ideal de uno y otro, pues ambos están compuestos por caracteres del otro.

Cuando hablamos de un derecho penal del ciudadano, en caso de que éste lleve a cabo una serie de infracciones o delitos se entiende de los mismos como la expresión de un abuso causado por las relaciones sociales en las que participa dentro de su status de ciudadano.

El delito que comete el ciudadano, “no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, un desliz reparable”. En este caso el estado moderno ve la acción del autor del hecho como “normal, la de un ciudadano que ha dañado la vigencia de una norma mediante su conducta y que a través de la imposición del derecho es llamado a restablecerla.

Cuando hablamos del restablecimiento de las normas vulneradas por el ciudadano, afirmamos la existencia de un proceso garantista que lo reconducirían a unir de nuevo la fidelidad que tenía con el ordenamiento jurídico. Un ordenamiento jurídico debe por tanto mantener también al criminal, y en su intención de regresar a la sociedad y mantener su status como persona –ciudadano, tiene del deber de proceder a una reparación así como los deberes que se presuponen de la existencia de su personalidad.

Pero todo lo anterior no serviría para el sujeto calificado como enemigo. Todo en él, su actitud, su vida económica y sus caracteres han hecho que aparte del derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo incidental, llevando por tanto a no garantizar la más mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal a través del mismo.

Los caracteres comunes que nos llevan a delimitar al enemigo son la habitualidad y la profesionalidad, así por tanto su grado de peligrosidad. Como dijo Sánchez Silva³⁵, “el tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la

³⁵ Sánchez Silva, la expansión (n.1) páginas 164 y ss, en, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”*. Por Gracia Martín

habitualidad y la profesionalidad delictiva (...) y más allá de del significado de cada hecho delictivo concreto se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo”

Rasgos identificativos del sujeto- enemigo

En primer lugar rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden

Consecuencia de ello por su especial peligrosidad para el orden jurídico, no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, es decir, su comportamiento no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes de la sociedad.

Dicho en palabras de Jakobs, “si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal- determinado por derechos y deberes- la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, “la aparición del individuo peligroso, del enemigo”³⁶

Atendiendo a la realidad del hecho, afirmando su existencia y a su vez su falta de seguridad cognitiva, el derecho penal ordinario, es decir, el del ciudadano, no podría resolverlo. De ahí la necesidad que Jakobs aboga por un derecho penal del enemigo diferenciado en principios y reglas.

La condición de persona, de ciudadano , va unida a su vez condición de persona jurídica, y puesto que Jakobs niega de la misma al enemigo, sería entonces aquí trabajo de la ciencia el determinar las características para establecer una distinción entre el derecho penal del enemigo y del ciudadano.

El fin principal del derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva. Es por ello que este derecho se apartaría de los fines ordinarios del derecho penal común, a su vez de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la prevención general positiva, la prevención general de intimidación y la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social.

Su legislación se basaría en una lucha contra el individuo-enemigo llevando a su exclusión. Pues en la misma, ya no se trataría de un mantenimiento del orden, éste se ha roto, desconectado por el enemigo, sino que entraríamos en una fase más; la creación de un entorno de condiciones soportables por las cuales se elimine a todos aquellos que no han ofrecido la garantía de seguridad cognitiva como para ser tratados personas. Estamos por tanto ante un derecho cuyo fin es la exclusión del enemigo, no su tratamiento o reinserción

Entramos en un dilema y he aquí, en una dudosa legalidad de este sistema, pues nos transmite una idea de lucha, una guerra cuyo alcance o límites depende del grado de temeridad de los individuos contra los que se usa.

³⁶ JAKOBS,Günter, *Derecho penal del enemigo*. Página 44

En este punto tan controvertido, el Estado deja a un lado el dialogo con sus ciudadanos y adopta una actitud de combate contra aquellos calificados como enemigos y los peligros que éstos representan. El riesgo de esta decisión es, que no se trata entonces de una pena frente a la sanción por los hechos ya cometidos, sino al aseguramiento frente a los futuros.

Afirmando esta postura deberíamos declarar la existencia de unas reglas y principios totalmente alejados de los que el sistema de derecho ofrece. Hablaríamos de una renuncia de las garantías procesales y materiales propias de un derecho penal democrático. A su vez, estas reglas y principios vendrían determinadas por las situaciones fácticas que desencadenarían la actividad del sujeto-enemigo, su posición frente a la sociedad. Todo ello llevaría a la creación de un nuevo articulado de instrumentos conformes al fin de prevención general en su faceta radical del peligro que representan, cuyo grado de alcance no se caracterizaría solamente por la eliminación del mismo, sino también a su propia inocuización.

Características que encontraríamos en el derecho penal del enemigo

Una primera manifestación sería la representada por aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de futuros. Su fundamento se encuentra en la falta de seguridad cognitiva, criminalizando por tanto conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo. En nuestro sistema penal encontramos los artículos regulados específicamente 17 y 18 referentes a la conspiración, provocación y proposición, como actos preparatorios punibles. También se da el caso de no sólo la criminalización de estos actos previos, sino el favorecimiento de la existencia de una organización criminal que alimente y subsista a la permanencia de la misma, por lo que del mismo modo encontramos ejemplos en nuestro código respecto a la pertenencia de un grupo o asociación criminal.

Una segunda característica de este derecho penal del enemigo sería la desproporción existente en las penas. Recordemos que uno de nuestros principios en el sistema penal es la proporcionalidad de las penas. Si damos pie a esta característica segunda, reforzaríamos la existencia de un derecho al margen del actual aplicable al ciudadano.

La reducción de la pena en caso de los actos preparatorios punibles no tendría cabida, castigándose del mismo modo que el hecho ya consumado, así como la participación del autor en organización actuaría como agravante, no quedando lugar a la distinción entre el partícipe y aquél cuya actividad habitual o profesional sea dentro de la organización.

Un tercer punto, compete al caso alemán, y es que para Jakobs, el hecho de que numerosas leyes alemanas se auto determinen como abiertas supone un paso más a la legislación del derecho penal del enemigo. Esto se debe a que dejan una clara o cierta laguna legal en cuanto a las medidas aplicable para el tratamiento a estos individuos.

Signo relevante de esto supone le restricción de garantías y derecho procesales al sujeto enemigo, hasta el punto de, en el caso de la presunción de inocencia se reduciría considerablemente las exigencia de licitud y admisibilidad de la prueba dando paso a nuevas medidas, dudosamente constitucionales, como serían, ampliaciones en la

intervención de las comunicaciones, investigaciones secretas o clandestinas o de incomunicación.

De modo que se llevaría a una reestructuración del principio "Nemo tenetur se ipsum accusare", ampliándose los plazos de detención policial, así como los de prisión preventiva y en un plano sólo teórico, conste, la supuesta reivindicación de la posible licitud de la tortura.

Una última característica, evidentemente, sería la incidencia de este sistema sobre el penitenciario. El endurecimiento de las condiciones de clasificación de los internos, la limitación de beneficios penitenciarios o ampliación de los requisitos para la adquisición de la libertad condicional serían algunos de sus máximos exponentes.

Ante este tipo *sui generis* de criminalidad que constituye de manera permanente una falta de seguridad cognitiva, y que según Jakobs³⁷ no puede ser negado; y en su caso la sociedad demande al estado la defensa contra el peligro que representa. En caso de que no pueda ser el derecho penal común-ciudadano quien lo preste adecuadamente debido al déficit crónico de eficacia en la persecución y castigo de sus autores, ¿sería entonces justificada la existencia de una institución de un derecho penal especial diferenciado?

El derecho penal del enemigo se construye bajo la esfera diferenciada del común, fuera de las fronteras del establecido para los llamados sujetos ciudadanos a los que les es aplicable el sistema ordinario. Es necesario para su existencia un paradigma sustancialmente diferente, una serie de circunstancias fácticas singulares totalmente ajenas de las que se producen dentro del sistema común penal. Todo ello de tal modo que lleve a la construcción de un derecho diferenciado en reglas y procedimientos que atienden a situaciones fácticas –reales provocadas por la actuación de los sujetos-enemigos. En caso de que no se reunieran tales condiciones estaríamos por tanto hablando de un derecho penal sexual, terrorista, o especializado en el delito económico; pero que a pesar de su actitud delictiva no suponen para el estado una falta de seguridad cognitiva como la que llega a representar el verdadero enemigo. Es la grave peligrosidad y su alejamiento de lo que, en palabras de Rousseau, sería el contrato social, para el mantenimiento del orden social la que induce a calificarlos como tal.

No ofrecerle las mismas garantías que al ciudadano común tiene su justificación, según Jakobs, por que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía, es por ello que no podrá participar de los beneficios del concepto de persona. Sólo en la medida que el individuo acepta el orden social constituido adquiere el status de persona. En caso contrario pasa a ser criatura animal y por tanto el ordenamiento no ve razones para defender sus intereses.

La reacción del ordenamiento jurídico frente a este criminal *sui generis*, se diferencia porque su actuación en primera instancia es la eliminación del mismo y no la compensación del daño a través de la pena. Jakobs conoce entonces de dos polos o tendencias: una primera que sería la reacción contra el ciudadano que ha infringido la norma, y restablecimiento de la misma a través de una sanción penal, y por otro lado, la prevención y combate contra la peligrosidad que supone el enemigo, es por tanto que el pilar que sustenta una actuación preventiva es la singular peligrosidad del sujeto.

³⁷ JAKOBS, Günter, *Derecho penal del enemigo*

Podría extenderse aún más respecto al llamado derecho penal del enemigo, pero que sin embargo he preferido exponerlo y conjugarlo con la idea neurodeterminista acerca de la existencia de personas criminalmente natas, avocadas a la comisión de un hecho delictivo. Su clara conexión con la neurociencia sería, si alguien delinque por razones neurobiológicas, la peligrosidad es intrínseca y difícilmente modificable, por tanto podría ser fácilmente considerado como enemigo.

Cuando la neurociencia trata de un sujeto que por razones genéticas o fisiológicas está determinado a delinquir y que por ende es inevitable su inclusión en una sociedad pacífica, el derecho penal del enemigo serviría como base para fundamentar un tratamiento diferenciado respecto a estas personas. El papel de la neurociencia supone afirmación para la aplicación de una medida *extralegem*, denotando una pérdida de confianza, o fe en la reinserción y reeducación del sujeto.

Por último, para finalizar en su fundamentación, la privación y la negación de la condición de la persona conforma por tanto la base y centro del gravedad de este derecho diferenciado, dando lugar a un sistema punitivo diferente, excepcional y autónomo. Jakobs hace referencia a ellos como “no personas”, no poseen la cualidad de persona. Y es porque según él, esta cualidad es adquirida por atribución normativa, ya sea de carácter moral social y / o jurídico, y no por naturaleza. En la misma sintonía podríamos mencionar a Dal Lago³⁸, el cual afirmó que “una persona existe sólo en tanto que su humanidad no ha sido revocada o anulada”

La voz “derecho” supone una realidad diferente en función de ubicarse para el individuo y contra el enemigo. Pues en el caso del enemigo la relación del estado con los mismos no se determinaría por la imposición de unas normas y sanciones en caso de incumplimiento, sino por la coacción. Al haberse apartado el sujeto – enemigo del margen jurídico no es posible afirmar que sea receptor de las normas, el mismo sujeto ha mostrado con su conducta la no vinculación de la normativa.

3. El determinismo en el séptimo arte

La razón por la que he decidido aportar este apartado al trabajo, es porque, independientemente de todo lo que se pueda leer respecto al determinismo dentro de la ciencia penal, creo, que gracias al cine podemos recrearnos y entender mejor las consecuencias que tendría. A su vez, desde mi punto de vista pienso, que haciendo un buen uso de este arte, podemos concebirlo como otro instrumento de aprendizaje y fuente de información.

A) Naranja mecánica

La obra de Stanley Kubrick³⁹ es uno de los mejores ejemplos de intervención científica con el fin de llegar a un reduccionismo del ser del sujeto tratado debido a la condición de peligrosidad que representa.

³⁸ Dal Lago, Personas y no-personas(n 137),página 128 en *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”* mencionado por Gracia Martín

³⁹ La naranja mecánica es una novela de Anthony Burgess, publicada en 1962 y adaptada por Stanley Kubrick en la película homónima aparecida en 1971. Se la considera parte de la tradición de las novelas

Alex, el protagonista, un ser sin moral alguna y escrupulos, delincuente habitual, canaliza las carencias afectivas a través de la tortura y el dolor a sus víctimas. Calificado por unos profesionales como persona incompatible con la sociedad, imposible de integrar y reeducar. Sin centrarme profundamente en la sinopsis de la película, pasaré a detallar el momento esencial para la redacción de este apartado del trabajo.

Los profesionales que lo rodean, los cuales dan por sentado su singular anormalidad con el resto de delincuentes comunes, de criminalidad innata e indestructible, hacen de él un conejillo de indias a través de un proceso innovador con el fin de inhibir sus más primitivos y delictuales instintos.

En este caso se propuso sustituir la pena de prisión por una innovadora medida, dado el carácter exclusivo del sujeto. El tratamiento es denominado en la película como "Tratamiento Ludovico" consistente en una técnica experimental de dos semanas de duración, tras la cual, la finalidad de la misma es la salida del sujeto con una nueva personalidad renovada en aras de una integración social totalmente efectiva. Lo llamativo del tratamiento es su metodología, atreviéndome a calificarla como una tortura psicológica: largas horas de imágenes violentas, entre otras, sin posibilidad de evitarlas mediante usos de la fuerza.

El verdadero significado del tratamiento

La imposición del tratamiento a Alex nos traslada a la contraposición del individuo contra el bien colectivo. Una vez que los representantes oficiales de un Estado han decidido que un sujeto rebasa los límites de su propia libertad poniendo en peligro el interés común, deciden negarle al mismo la condición de persona mediante el arrebato de su capacidad de decidir. Le obligan a rechazar cualquier forma de violencia, haciendo de él un individuo manejable en manos de intervenciones médico – penitenciarias.

Si atendemos detenidamente a algunas escenas de la película, encontraremos palabras que nos llevarán a la reflexión. Tales como las procedentes del responsable de la técnica empleada "No nos interesan los motivos, la ética superior. Sólo queremos eliminar el delito..."; así como las del propio Ministro del Interior es harto indicativa: "Y aliviar la espantosa congestión de las prisiones".

Por medio de estas afirmaciones se encarrila a la legitimidad del estado como representante colectivo para actuar de un modo represivo, o incluso en palabras mayores, eliminatorio de estos individuos. Entramos en la discusión acerca de la legitimidad del estado para delimitar e incluso inhibir la individualidad del ser humano frente a la protección de un colectivo. Nos surge entonces un planteamiento: cuando un sujeto es calificado como peligroso para la sociedad, ¿tiene el estado legitimidad para actuar contra él? La respuesta es sí, pero la cuestión es de los límites que posee la misma.

Un individuo que ha elegido a través de su libertad existir paralelamente a unos postulados morales, sociales o jurídicos, con una trayectoria violenta y la criminal, y que haciendo uso de la concepción del libre albedrío, pudo "haber actuado de otro

distópicas británicas, sucesora de trabajos como 1984, de George Orwell, y Un mundo feliz, de Aldous Huxley.

modo”. Aquí descansaría entonces la legitimidad del estado para poder sancionarlo y calificarlo como culpable.

Sin embargo, en el caso de la película, el estado, los representantes del mismo, sobrepasan los límites de la misma optando elevarse a un grado más allá; y la supresión de libertad de voluntad, pues su actuación, que en un primer momento fue la protección de un bien jurídico, como puede ser la sociedad en sí misma, se excedió hasta el punto de reducir el ser y personalidad, llevando esto a la consecuente negación del sujeto como persona, su propia integridad, situándose éste, no ya como un preso bajo las manos de la ley, sino como una máquina experimental.

El tratamiento que consistió en la desnaturalización del mismo ser, trastocando su personalidad con el fin de cambiar la misma hacia lo que ellos entendían como “normal” no fue sino más que un ejemplo del peligro que conlleva el determinismo y el modo de articulación que puede tener un estado a través de la medida aplicable a un sujeto criminalmente peligroso e irremediabilmente “incurable”.

No puedo evitar entonces hacer alusión al tan famoso derecho penal del enemigo debido a que las autoridades, los representantes o llámese los encargados para mediar con el sujeto, se han encargado de determinar al individuo como ser peculiar destinado a recibir un tratamiento aparte, rememorando los peligros de la aplicación de la teoría Jakobiana: quiénes son los que determinan, cómo distinguen al enemigo entre el resto de autores delictivos, y qué límites tendría.

En el filme por tanto apreciamos dos elementos comprometidos. El primero de ellos es el gran paso que supone sustituir una pena privativa de libertad por un tratamiento experimental a un sujeto de condición imputable, pero bautizado de criminal nato y anormal al resto de individuos que se postran diariamente ante un proceso judicial. Y un segundo elemento es la publicidad del tratamiento que se hace del mismo, utilizando al individuo-paciente como advertencia para aquellos sujetos venideros con similares caracteres así como el contenido o formas del mismo.

No se trata de prestar ayuda para una reintegración y reeducación del sujeto, sino de eliminar, ejecutar y extirpar la parte “maligna” de su personalidad, trastocar su propio yo, reducirlo a un ser sumiso y reacio a la violencia. Los profesionales que experimentan con él han jugado a ser dioses, transmitiendo a la sociedad la posibilidad de reconvertir al ser humano que en primera instancia eligió el camino incorrecto, para dirigirlo por la senda que ellos denominan adecuada. ¿Quién es entonces el malvado, el loco, o el potencialmente peligroso?

Alex, en aras de su propia libertad concebida por su reconocimiento nato de persona libre. Él, dueño de sus actos tomó la decisión, condicionada y que en adelante explicaré, de vivir al margen de las imposiciones que tradicionalmente ha encontrado el hombre en la sociedad.

Si el estado a través de su poder, y en este caso, de los ya mencionados, decide sustituir la pena por un tratamiento / medida diferente a un sujeto plenamente imputable (pues en caso de inimputabilidad y semiimputabilidad estaríamos ante otra situación), con el fin de reconvertirlo y emplearlo como caso ejemplarizante, infundado indirectamente una sensación de autoridad, es entonces cuando cuestionamos no sólo la

legitimidad del mismo para reducir las libertades individuales, sino la propia constitucionalidad.

Sería tanteable entonces el sistema de ese estado, pudiendo igualarse a un modelo totalitario o absolutista, por el cual, la respuesta judicial que tiene ante casos como los de Alex, no es una pena privativa e intencionalmente reeducadora, sino una actitud de lucha o combate⁴⁰ hacia la reducción o inocuización del sujeto.

Por otro lado, es posible mencionar el reflejo del conductismo Skinniano⁴¹ en la película: el organismo es un proceso de operación sobre el ambiente que constantemente irrumpe haciendo lo que quiere hacer. Es en esta operatividad donde se puede modificar su comportamiento a través de los llamados estímulos reforzados que pueden traducirse en negativos o positivos. Tal es el caso que, modelo de un estímulo reforzador positivo sería un premio, y negativo correspondería a la sanción. Dependiendo del carácter de este estímulo la consecuencia es la tendencia del organismo a repetir el comportamiento futuro si fue positivo, o a suprimirlo si fue negativo.

En el caso de Alex, el estímulo reforzador negativo fue finalmente fallido, pues a pesar de sufrir un proceso de represión individual tras el tratamiento, el mismo sujeto no pudo olvidar su condición, transformándose o resurgiendo de nuevo su personalidad violenta, fruto de la libertad del hombre, que fracasadamente intentaron eliminar.

B) Minority Report

En esta película⁴², interpretada por Tom Cruise, es el carácter de peligrosidad y futura predisposición al crimen, lo que define a la respuesta judicial.

Ambientada en el futuro, el protagonista, Tom Cruise, trabaja como policía en el departamento “Precrime”. En él cuentan con la ayuda de lo que llaman “Precogs”, un trío de psíquicos que fácilmente se les podría comparar al Oráculo de Delfos; para la detención no de criminales, sino de futuros criminales, pues este trío predice sobre aquellas personas que van a cometer un crimen, siendo el punto estrella de este sistema, la prevención del delito mediante el arresto del “delincuente” antes de que lo haya cometido.

Admite por tanto la determinación y predisposición de ciertos sujetos a la criminalidad, y su actuación previa a la comisión del delito se lanza como método eficaz para combatir la criminalidad.

En este caso, además de mostrar una profunda desconfianza al ser humano y por supuesto rechazo a sus garantías y derechos fundamentales a un proceso judicial justo; se vende a través de este método una seguridad jurídica enmascarada por un peligroso tratamiento como es el determinismo en la persona.

⁴⁰ Derecho penal del enemigo

⁴¹ Determinismo ambiental (Skinniano) : No son los genes los que determinan nuestra conducta, sino los factores ambientales. Estos factores pueden ser de diferentes tipos: sociales, culturales, económicos, familiares...

⁴² Minority Report es una película de ciencia ficción de 2002 dirigida por Steven Spielberg, basada en un relato corto de 1956 de Philip K. Dick titulado El informe de la minoría.

Nos lleva a preguntarnos acerca de la propia libertad o si estamos predestinados a nuestra suerte. A su vez, si es exacta la visión de los Precogs o cabe lugar a la equivocación. El gran error es que los Precogs impiden un evento aceptado como un hecho, pero que nunca ocurrirá. Es entonces cuando debemos reflexionar sobre, si el individuo como ser libre, pudo o no haber cometido el crimen.

V. CRÍTICAS AL DETERMINISMO

1. ¿Por qué no estamos obligados a aceptar el determinismo?: en defensa de un derecho penal basado en la culpabilidad.

Eduardo Demetrio Crespo⁴³, enumera tres aspectos, que interesan acerca del concepto de libertad de voluntad y su relación con la culpabilidad. Los aspectos son los siguientes: uno de carácter filosófico, dirigido a fundamentar del modo más libre de contradicciones posible el concepto de libertad; en segundo lugar, cómo se comporta el concepto jurídico-penal tradicional de la voluntad de libertad respecto a los conocimientos empíricos de carácter experimental de la psicología de la voluntad y de la acción; así como la investigación sobre el cerebro; y en tercer lugar sobre la concreta posibilidad de probar, en el proceso penal, el poder de actuar de otro modo. A su vez, como defensa nos ofrece diez ideas a modo de fundamentación:

1. En la primera idea, expone que las neurociencias no han refutado la libertad de voluntad y hasta el momento se han ocupado de las emociones. No cuentan con instrumentos que les permita el análisis del complejo sistema sobre el que se basa la toma de decisiones y las acciones. Por lo que, no ofrecen una refutación empírica de toda la regla de la libertad de voluntad, sino un “neucrepúsculo” de resultado incierto.
2. La segunda plantea que las neurociencias parten del concepto de que mente y cerebro son uno mismo, sin hacer distinción conceptual-empírica de ambos, por lo que incurre en una “falacia mero lógica”⁴⁴. Hacen una reducción de los atributos psicológicos de la persona a los estados cerebrales, es decir, equiparan y asocian las funciones y actividades cerebrales con comportamientos, cuando se trata de aspectos diferentes. Confunden las propiedades de los cerebros con aquellas de las personas.
3. Parten de un error categorial, al decidir si a las otras ciencias les está permitido o no desarrollar su propio concepto de libertad, por lo que en el último momento aluden a una discutible hegemonía de las ciencias⁴⁵.
4. Las neurociencias quieren eliminar el elemento intencional de la conducta con explicaciones provocadas en las causas de las conductas, sin reconocer la diferencia entre causas y motivos de la acción humana⁴⁶.
5. La neurociencia ha de ser consciente de que no es la única disciplina que trabaja con los conceptos de libertad y responsabilidad⁴⁷. El derecho penal, también lo hace.

⁴³ DEMETRIO CRESPO, *Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal*. Revista Indret, página 5, 2011

⁴⁴ PARDO, Michael S; PATTERSON, Dennis, “Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia”. Revista para el análisis jurídico, nº 2, Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-51

⁴⁵ *Idem* referencia nº 36

⁴⁶ *Idem* referencia nº 37

⁴⁷ HASSEMER, Winfried, “Neurociencias y culpabilidad en el derecho penal”, *Revista para el análisis jurídico Indret*, nº2, Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-14

6. En relación con la anterior, la libertad que considera el derecho penal es de carácter normativo, con un valor social independiente de la teoría del conocimiento y de las ciencias de la naturaleza⁴⁸. Para Pérez⁴⁹, el derecho penal construye sus propios conceptos, de modo que la libertad y la culpabilidad no son conceptos empíricos, sino normativos.
7. Se propugna que la admisión incuestionable de los avances de las neurociencias por parte del derecho penal, lleva a admitir la creación de un “error psicolegal”, entendido como la posibilidad de generar causas de exclusión de la culpabilidad, cada vez que los neurocientíficos descubran elementos que incidan sobre la conducta humana⁵⁰.
8. Ciencia empírica y penal son ciencias con distintos objetos de estudio. La responsabilidad penal subjetiva se define por elementos normativos y razones sociales, y no exclusivamente por elementos biológicos. Pérez⁵¹ apunta que lo que interesa al derecho penal y que se alcanza en el proceso no es la verdad científica, sino una verdad formal, fruto de un procedimiento reglado, cuyo objetivo es la regulación consensual del conflicto.
9. Al igual que lo anterior, se asevera que la voluntad consciente no se puede reducir a una escala neuronal, ni a pequeños actos físicos. Su conocimiento es como conjunto de un sistema, de interacciones sociales y culturales, siendo entonces una condición del sistema cerebral y ex cerebral. Es en éste último donde se entiende el libre albedrío; decisiones realizadas en un contexto sociocultural y en condiciones que general decisiones individuales, sin obedecer a reglas determinadas. “Las instituciones de la libertad son el producto de la interacción y la comunicación social, las cuales determinan el comportamiento”⁵².
10. Los datos neurocientíficos son insuficientes para transformar el concepto de ciudadano en una democracia deliberativa, y así, modificar la comprensión de la vida social. Se trata de trabajos empíricos de carácter restringido⁵³.

2. ¿Qué cambio produciría la neurociencia?

Es poco probable que la neurociencia nos diga nada que pueda cambiar los supuestos establecidos en la ley⁵⁴. No obstante no debemos descartar que en un futuro la neurociencia dé un giro en la forma de pensar acerca de la acción humana y su responsabilidad penal a través de desarrollos que tiempo atrás se creía impensable.

⁴⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal”. Revista para el análisis jurídico Indret, n°2, Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-38

⁴⁹ PÉREZ, Mercedes, “Fundamento y fines del derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia,” Revista para el análisis jurídico Indret. Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-39

⁵⁰ CAPÓ, Miguel; NADAL Marco, “Neuroética, Derecho y Neurociencia”, *Revista Ludus Vitalis*, n° 25. México, 2006. Páginas 1-14.

⁵¹ *Idem*, referencia n°28

⁵² BARTRA, Roger, “Antropología del cerebro; determinismo y libre albedrío”. *Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, n°1/34. enero-febrero.2011. Páginas1-10

⁵³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?”, *Revista para el análisis jurídico Indret*, n°2, Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-57

⁵⁴ AMERICAN MIND, “Inside the mind of a psychopath”. *Revista científica*, n° Sep/Oct 2010. Páginas 22-29

Puede que el libre albedrío como tal sea una ilusión generada por nuestra estructura cognitiva. Hasta ahora las nociones retributivas de la responsabilidad penal pendían de éste último concepto, y puede que tras los avances neurocientíficos de paso a una respuesta consecuencialista, transformando nuestro enfoque de la justicia penal.

Pero hasta el momento la ley trata con firmeza y equidad a los sujetos cuyo comportamiento ha sido producto en última instancia, más allá de su propio control. Es posible que en un futuro la ley trate a todos los criminales condenados de este modo, de un modo particular y especializado en el caso; de un modo, que podría decirse, más humano.

Sin embargo la ley, como ocurre en la mayoría de los estados occidentales, es una institución pública diseñada para funcionar en una sociedad respetuosa. Pero este respeto no puede ir más allá de la propia tolerancia; pues presuponer a través de hechos metafísicos controvertidos y no verificables acerca de la naturaleza de la acción humana, se trata de momento de una ilusión.

Debe limitarse a los hechos intersubjetivamente verificables, aquellos reconocidos por la ciencia en un sentido amplio. Hechos comprobables y verídicos en los que la institución pública pueda hacer uso de ellos y confiar. Es el caso de nuestro artículo 20 CP en el cual, gracias a los estudios científicos se es capaz de determinar en qué situación de cognoscibilidad se encontraba el sujeto autor de un hecho criminal

Stephen Morse, profesor de la Facultad de derecho de Pennsylvania⁵⁵, afirma que “no hay nada en la neurociencia que hasta ahora no se haya manejado”. La razón de que la ley es inmune a este tipo de amenazas es que no hace suposiciones acerca de posibles amenazas por parte de la neurociencia o cualquier otra. La ley asume que la gente tiene una capacidad general para la elección racional. Es decir, la gente tiene creencias y deseos y son capaces de producir la conducta para que sirva de luz a esas creencias.

La ley admite que sería demasiado perfecto una capacidad completa de elección racional, por ello sólo requiere que las personas que considere legalmente responsables tengan una mínima capacidad para asumir un comportamiento racional.

Por tanto la cuestión sobre quién es o no responsable ante los ojos de la ley encuentra respuesta en la racionalidad del sujeto. Es por ello, y como podemos encontrar en lo que se conocen como reglas M’Nagthen⁵⁶ “se trata de una excusa legal que requiera una demostración de que el acusado carecía de una capacidad general para la racionalidad”.

Por tanto el argumento de la nueva ciencia puede ayudar a averiguar quién era o no racional en el lugar de los hechos (como así ha sido en el pasado) pero no justifica ningún cambio fundamental en la ley acerca de la responsabilidad, a menos que

⁵⁵ El título de un artículo reciente de Stephen Morse (2004) ', “*Nueva neurociencia, viejos problemas* ”, se trata de la respuesta del pensador legal sazónada a la sugerencia de que el cerebro investigación revolucionará la ley.

⁵⁶ Daniel M’Nagthen intentó asesinar al primer ministro sir Robert Peel, pero por error mató a su secretario. Durante el juicio, quedó perfectamente claro que el hombre padecía algo a lo que llamamos esquizofrenia paranoica. El jurado lo declaró inocente a causa de su enajenación mental. De ahí que se establecieran las normas Daniel M’Nagthen. Todavía se siguen en Inglaterra y en dieciséis estados.

demuestre que las personas en general no cumplen con los requisitos mínimos de la ley para la racionalidad.

En el sistema legal no interesa realmente si la gente posee "libre albedrío" en un profundo sentido metafísico el cual puede verse amenazado por el determinismo. Sólo le importa que la gente en general sea mínimamente racional. Tratar a una persona como un común responsable de sus acciones y hacer excepciones para aquel que no cumpla las exigencias de la racionalidad general

¿Por qué entonces este tema ha sido objeto de discusión? Si la ley supone un mínimo general de racionalidad, ¿por qué la neurociencia se plantea como amenaza para la doctrina legal?

De nuevo, el profesor Morse⁵⁷ alude a lo que parece ser que esto "un simple error", al que él denomina, "error psicolegal fundamental, el cual se trata de creer en la relación de causalidad, especialmente la anormal casualidad, y hacer de ésta una condición excusatoria"

Con todo ello sigue: "hacer de la acción de algunos humanos en particular, causa de excusa legal, simplemente no tiene lógica. Cada acción es causada por eventos cerebrales y la descripción de los eventos, afirmar su eficacia causal no es de interés jurídico en sí." Y continúa diciendo que "este error lleva a la gente a tratar por medio de un síndrome nuevo supuestamente válido como excusa de culpabilidad, al descubrir que el mismo tiene un papel en su comportamiento. Pero los síndromes y otras causas que no mermen mínimamente la racionalidad en el contexto a tratar, no tiene fuerza excusatoria

Es por ello que la ley tal como está escrita no puede ser cambiada por la neurociencia. En ella se establece un marco coherente para la evaluación de la responsabilidad penal que hasta ahora no se ha visto amenazada. No obstante, hemos de admitir que la ley se encuentra en una situación delicada. Su propia legitimidad depende de por sí en el reflejo adecuado de las intuiciones morales y compromisos con la sociedad. Si la neurociencia puede cambiar las intuiciones, entonces podrá cambiar la ley.

Para ello requerirá de nuevas ideas radicales que hasta ahora no nos es posible imaginar, como puede una nueva solución a la mente-cuerpo. Pero como en un principio se ha dicho, los cambios deben ser fruto de hechos, estudios verídicos y totalmente demostrables, no objeto de experimento.

3. Error categorial de las ciencias empíricas: crítica al determinismo por Hassemer

Tras haber estudiado diferentes autores que hacen una más que razonable crítica al determinismo y elevando nuestro actual principio de culpabilidad como el hasta ahora adecuado, es a través del autor Winfried Hassemer donde establece una conclusión bastante tolerante a través de lo que él llama " el Vicio Categorial o Error Categorial"⁵⁸;

⁵⁷ Stephen J Morse "Nueva neurociencia, viejos problemas" página 180, 2004.

⁵⁸ HASSEMER, Winfried, "Neurociencias y culpabilidad en el derecho penal", *Revista para el análisis jurídico Indret*, nº2, Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-14

a través del cual, quiso demostrar que las conocidas ciencias empíricas del ser humano no son las únicas encargadas de hablar, consolidar sobre el concepto de libertad y mucho menos hacer depender al resto de ciencias acerca de sus postulados.

La ciencia del derecho penal no puede dar por válido el determinismo hasta que exista una certeza conclusa en la discusión existente. A través de los juicios de la justicia penal, presupone fácticamente y certifica la posibilidad de que haya libre albedrío y culpabilidad

Si nos ponemos en el peor de los casos, y se prueba la inexistencia de la voluntad, del libre albedrío que hasta ahora ha sido elemento básico para la construcción del principio de culpabilidad e imputabilidad, nos hallaríamos ante la construcción de una nueva concepción y articulación del derecho.

En palabras del neurocientífico Gerhard Roth⁵⁹, “el acto consciente de voluntad de ningún modo puede ser el causante del...movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neuronales”.

A lo que hasta entonces nosotros conocemos como libre albedrío, se trata realmente del proceso neuronal previo al “acto consciente” que acaba determinando al mismo. Y no sólo esto, sino que en realidad toda la conducta sería una consecuencia determinada, de modo que no cabe lugar para la libertad de voluntad, siquiera par una conciencia intermitente.

¿Qué es el vicio categorial?

Hace una crítica a los biólogos, los cuales desde su criterio cometen el pecado mortal de fijar las convicciones a las que han llegado por medio de sus métodos como verdades. Este es el llamado error categorial, aquel que deriva de la vulneración de un principio de la teoría del conocimiento y de la ciencia. Este principio consiste en lo siguiente; y es que toda ciencia siempre postulará como cierta aquella conclusión a la que ha llegado por medio de los instrumentos propios de la misma. Es cuando la ciencia que trata un determinado objeto sobrepasa los límites de la misma intentando imponerse sobre otras existentes.

Realmente esto lo podemos encontrar con un fugaz vistazo al pasado, donde ciencias como la teología se impusieron sobre la que actualmente está adoptando una gran relevancia, como es la empírica, el propio campo científico/médico.

Según Hassemer no se trata de algo accesorio o casual que las ciencias distintas presenten concepciones e instrumentos diferentes. Esto se debe a la cualidad central que caracteriza a toda ciencia, y es el estudio del objeto formal de la misma. El objeto formal es la propia estructura, la cual cada ciencia observa y aprehende de la misma bajo sus concretos medios de investigación.

⁵⁹Mencionado por HASSEMER, en “*Neurociencias y culpabilidad en el derecho penal*” . Referencia a ROTH, “*Wörter dürfen Hirnforscher reden- und in welcher Weise?*” (Lo que los investigadores del cerebro se permiten hablar y de qué manera), en Christian Geyer, editorial, *Hirnforschung und Willensfreiheit*(La investigación del cerebro y dispuestos a la libertad), 2004 página 66 y ss.

El objeto formal, la estructura es entendida como el sistema de cometidos, de métodos, instrumentos y paradigmas que caracteriza a la ciencia, el cual no se paraliza llegado el momento de una revolución científica o descubrimiento, sino que es un proceso en continuo movimiento. Cada ciencia marca su objetivo estableciendo sus propias convicciones, los métodos e instrumentos como materiales de trabajo, todo ello bajo su autónoma elección, es por tanto que solamente la propia ciencia es la que debe responder ante la conclusión final de sus estudios.

La exposición anterior, sirve para explicar entonces el concepto de libertad en función de la ciencia que ha decidido tratarlo. Es entonces evidente que cada una, con dispares metodologías construirá concepciones diferentes de la libertad.

El problema que se da en las ciencias de carácter empírico es que sus instrumentos no cuadran con la concepción de libertad, les resulta inaccesible, pues cuando centran a la misma como objeto de investigación tan sólo vislumbran una información mediata, un reflejo de ella⁶⁰.

Llegado a este punto es donde Hassemmer expone el punto álgido del error categorial, el cual por tanto, consiste en la suposición por parte de las ciencias empíricas de poder enjuiciar científicamente si otras ciencias están autorizadas a desarrollar un concepto de libertad o no, es decir, cuestionarse la existencia de ésta. Esa suposición vendría provocada por la afirmación de una hegemonía entre ciencias, la cual no existe. Es más, ni siquiera sobre el conjunto de las ciencias conocidas se da un concepto general de libertad.

No obstante a día de hoy, un postulado del que no cabe opinión en contra debido a su certeza y seguridad es, que cada una de las ciencias posee de la existencia de libertad sobre la misma para poder determinar su propia estructura.

Dejando a un lado las ciencias empíricas y ciñéndonos en lo que nos interesa, la ciencia del derecho penal, podemos afirmar su estructura de ordenada y valiente.

El eje central de su sistema es la concepción fundamental de la culpabilidad, profundamente motivada por la comunicación cotidiana entre las normas y sus receptores. Antes de la explicación de este elemento base, no podemos olvidar que el mismo descansa sobre el reconocido principio la personalidad, dignidad humana e integridad. El reconocimiento del mismo hace de nuestro sistema una lógica fundamentada, un campo comunicativo en el que a través del previo reconocimiento personal y de dignidad es plausible la construcción de un sistema de imputación penal.

Estos principios constitucionales se hallan en cualquier escena jurídica; desde los derechos del nasciturus hasta las garantías procesales de una persona ante un proceso jurídico.

⁶⁰ Ejemplos como las vivencias de libertad de los seres humanos, o su tristeza por una salida frustrada a campo abierto, es modo de saber cómo miden las ciencias empíricas el reflejo de la libertad.

La máxima expresión del derecho penal es el principio de imputación, reproductor del entendimiento estructural de la ciencia del derecho, fruto también de una comunicación y orientación cultural, histórica y cotidiana.

Es por ello que negando la responsabilidad de lo que hacen los hombres, se elimina una pieza clave no sólo en la construcción jurídica, sino que su repercusión sería a escala mundial. La negación de responsabilidad y afirmación de determinismo equivale a la vulneración de un fundamento normativo básico en nuestro orden social, el reconocimiento como personas.

Por tanto si las ciencias empíricas se situaran en un plano completamente directo de modo que a partir de ellas tenga sentido la construcción de un sistema de derecho, la realidad que hoy conocemos sería completamente diferente.

Fundamento de la imputación en la ciencia penal

Desglosando a la misma, hallamos la imputación objetiva y subjetiva. La primera supone la conexión entre la conducta humana y un acontecimiento. Aquí la cuestión sería si ese acontecimiento puede ser valorado como comportamiento. Sin la imputación objetiva no podríamos dar respuesta a los acontecimientos y mucho menos a la causación de los mismos. Sería una mirada subcompleja no fiable e imprevista.

Por otro lado, la subjetiva establece la conexión entre el acontecimiento y la posible responsabilidad del sujeto que la ha causado. En ella habita el fundamento de culpabilidad, y a su vez presupuesto de imputabilidad, no sin previamente aceptar a la persona, a su condición en sí misma como libre y digna; planteando la cuestión de si esa persona cabe ser responsable del suceso.

Además la imputación subjetiva lleva a cabo una valoración y diferenciación razonable de grados de evitabilidad, es decir, de la implicación interna del sujeto en el hecho. Es necesario mencionar que esta diferenciación contiene y se forma a partir de la cultura de imputación, arraigada fuertemente en nuestro día a día normativo.

Es por todo lo expuesto que la responsabilidad y la imputación no descansa en razones biológicas, sino sociales. Es el reconocimiento recíproco por parte de los sujetos que conforman una sociedad lo que hace buscar una solución ante un acontecimiento causado por uno de sus componentes. Siendo a su vez conscientes de que hay situaciones en las que no es posible reprochar una actitud, y a su vez, la misma sociedad admite que las personas, en su condición de seres libres no actúan de modo similar ante una misma situación. A través de la reciprocidad se erigen los instrumentos correspondientes para la formación del objeto formal del derecho penal.

4. Crítica a un Derecho penal del enemigo

Las cuestiones que propone el derecho penal del enemigo son demasiado profundas y graves, y partiendo de la doctrina mayoritaria, debemos partir de una sensibilidad que actualiza inmediatamente en la conciencia la idea de que algo “no deber ser en absoluto.”

Una primera crítica, es que la presunción de la existencia de la calificación “no – personas” a los enemigos, es que la misma entonces se encontraría en un nivel previo a la creación del derecho penal del enemigo. Es decir, para que surja la necesidad de este derecho es porque en una instancia previa se ha afirmado la existencia de sujetos a los que se le negaría la condición de persona. El riesgo que conlleva es que de darse antes el sistema tratado que la figura en sí, podría llevar a la confusión a la hora de identificar al supuesto enemigo.

Una segunda crítica es precisamente a ese estado previo de no persona, que según Jakobs se encuentra en la habitualidad y peligrosidad que del mismo se deducen. Sin embargo no hemos de olvidar que el derecho es infringido por aquella persona destinataria de sus normas por lo que indirectamente admite que, por lo menos, en un primer momento tales individuos conocieron de su condición de personas para dañar la normativa vigente.

Un tercer punto discutible es la demostración de esa persona como enemigo, es decir, si se le califica como tal es que previamente ha llevado a cabo una conducta delictual, conducta debidamente probada a través de un proceso. Es este procedimiento, encaminado a determinar su inocencia en la que el sujeto entra como ciudadano presuntamente inocente. Si una vez finalizado se demuestra su culpabilidad, no tendría cabida entonces aplicársele el derecho penal del enemigo, pues previamente ha sido juzgado mediante el procedimiento propio del otro sistema penal, al que Jakobs denomina “ordinario o “común”.

Si ha infringido y ha sido juzgado mediante el procedimiento común, propio del derecho penal del ciudadano, las consecuencias jurídicas deben ser las que le correspondan y no otras. Es este cuarto punto donde encontramos la contradicción, admitiéndoselo en un primer momento como ciudadano para determinar su culpabilidad, y queriéndose traspasarle al derecho penal del enemigo, habiendo sido procesado a través del común

La preexistencia de un sujeto enemigo, nada quita que la persona juzgada goce de las mismas garantías procesales, pues hasta que no se demuestre al final del proceso su autoría no es posible establecerle condición de sujeto –enemigo; pues durante el procedimiento su status no es otro que el de ciudadano.

Por todo lo anterior, no podemos entonces llegar a la conclusión del reconocimiento del derecho penal del enemigo como derecho, pues la mera negación de sus destinatarios como condición de persona nos hace pensar que no se trata de un derecho, sino simple regulación a entes, siendo estos tratados de modo coactivo.; siendo fundamental para todo ordenamiento la comunicación entre el emisor normativo y su receptor.

Negar la condición de persona a los sujetos constituye la incapacidad de atribuir responsabilidad a los mismos. Pues en un derecho, en la regulación normativa del mismo, el reconocimiento del destinatario y a su vez su condición de persona, va indiscutiblemente unido al reconocimiento de la persona responsable, que supone en palabras de Arthur Kaufmann⁶¹, “el polo superior, del que pende toda teoría jurídica”.

⁶¹Nombrado por GRACIA MARTÍN, Luis, en su artículo “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo* “. Referencia a Arthur Kaufmann, “*Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen*”, en *Rechtstheorie*, 1986, pp.

Si todo mandato tiene la pretensión de obligar a una persona a través de una norma jurídica, es incuestionable reconocer a esta persona, como tal. Porque, como anteriormente he mencionado, negar esta condición haría del “presunto derecho”, un instrumento de coacción o mera fuerza, convirtiendo al hombre” en mero objeto de una influencia física, haciendo de él una cosa entre cosas” Welzel.⁶²

Si un orden social quiere obligar como derecho y no simplemente por medio del poder, ha de darse como presupuesto mínimo, el reconocimiento del hombre como persona responsable.

VI. CONCLUSIÓN FINAL

Toda persona que se adentra en esta cuestión, comienza a ser consciente de la transcendencia que tiene la calificación de libertad en el hombre. No sólo por los diversos campos en los que cualquier cambio de lo que hasta ahora conocemos en el principio de culpabilidad. Campos como pueden ser la teología, filosofía o incluso sociología. También por la fuerte carga emocional que tendría en una sociedad democrática, eliminar el concepto de libertad. Supondría hacer una renovación de lo hasta ahora conocido, como puede ser el propio sentido de la ley, el cual, quedaría por sí solo, suprimido.

A su vez, y dado el carácter de ley fundamental que posee el artículo 25.2 de la CE, el fin primordial en las penas y medidas de seguridad es la reeducación y reinserción social, por lo que el resto de normas legales, incluida el artículo primero de la Ley Orgánica General Penitenciaria, ha de respetar el contenido de la primera, siendo interpretado de conformidad con los principios pragmáticos, situando los preceptos mencionados(reeducación y reinserción) como fin prioritario e indiscutible de las instituciones penitenciarias, sin excluir el relevante papel de estas y otras fases de la pena de los fines de retribución y prevención general⁶³.

268 ss., 275; y, en el mismo sentido, Hassemer,” *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*”, en Philipps/Scholler (eds.), *Jenseits der Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, R.V. Decker & Müller, Heidelberg, 1989, p. 86.

⁶² Nombrado por GRACIA MARTÍN, Luis, en su artículo “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo* “. Referencia Welzel, Introducción (n. 90), p. 251.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996 de 28 de Marzo: «(...) *el Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de derecho como el que proclama el artículo 1.1 de nuestra Constitución, la pena no responde al mero capricho del legislador. El castigo a un ciudadano, privándole de su libertad, de sus derechos, sólo encuentra legitimación en una necesidad de protección social y exclusivamente en la medida que responda a dicha necesidad. De lo contrario se convertiría en un ataque ilegítimo a la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución como fundamento del orden político y supondría una vulneración de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el artículo 9.3 y en suma, de los principios de libertad y justicia, que como valores superiores del ordenamiento jurídico, consagra el artículo 1.1 del Texto Fundamental. El principio de proporcionalidad cobra mayor fuerza, si cabe cuando se trata de una pena de privación de libertad. La restricción extrema de la libertad que significa su privación mediante el internamiento forzoso de un ciudadano en una prisión sólo se justifica cuando resulte necesaria para la protección de un bien jurídico de la suficiente entidad y sólo en la medida que resulte necesario para ello*”

El pilar de una prevención especial en el determinismo es la peligrosidad. Sin embargo el fin de la misma quedaría por ende incompleto, vacío, pues debemos atender a otras razones como pueden ser el grado y la tipología del delito para poder acercarse a un sistema más integral y equitativo. Ciertamente es que la prevención especial funciona como fin previo a la pena, pero sin embargo éste no es el único. La pena responde a una conjugación de teorías (retribución, general, eclécticas...) Es por ello que tras el estudio y la realización del trabajo, me permito ofrecer un enfoque de la pena, más acorde con una sensibilización cada vez mayor hacia el sujeto criminal, transmitiendo a éste, la confianza y fe por parte de un Estado hacia su reeducación y resocialización de nuevo en la sociedad.

Respecto al nuevo carácter de protección a la víctima que se ha venido dando, no debe ser utilizada la misma como la defensa de todos sus intereses como pueda ser, y no sólo en los aspectos económicos, sino también apoyo social o psicológico. Es por ello que importa prepararla en su papel para situarse frente al agresor, pudiendo dar cabida a la mediación entre víctima y agresor. De este modo estaríamos potenciando el resurgimiento de un comportamiento reparador por parte del autor y de responsabilidad, así como la evidente superación de la víctima y la compensación por daños sufridos.

A través del endurecimiento de las penas y el impedimento de las figuras penitenciarias que favorecen la reinserción, no tienen más utilidad que priorizar el carácter simbólico del Derecho penal en detrimento de los derechos constitucionales del condenado.

Un programa integral contra la delincuencia debe contar con la posibilidad de reinserción. Por ello, la intencionalidad de disminución del delito no va en conexión con la agravación de las penas y condiciones penitenciarias, sino una adecuada clasificación con criterios técnicos. A su vez, que éste permita el progresivo acceso a los permisos de salida y al tercer grado cuando las condiciones del sujeto lo aconsejan. La mejora, ampliación y especialización de las actividades de tratamiento permitirían dar sentido a la privación de libertad, lejos de una inocuización del sujeto.

La reinserción social debe ser especializada, debido a la evidencia que no todos los sujetos están necesitados de la misma intervención; de ahí que poco a poco las consecuencias varíen en función del grado o tipología de delito y circunstancias personales del sujeto. Ejemplos serían: programas específicos contra la violencia de género, drogopendencia, delincuencia sexual o comportamientos agresivos en general; sin olvidar que las alternativas a la prisión en los supuestos legales actúan como un claro medio no des-socializador.

El determinismo y la atribución de responsabilidad es mucho más, se trata de un debate con un trasfondo reflexivo, un argumento intrínseco que revela es la condición de libertad que posee la persona. La afirmación de la libertad, heredada por el mero hecho de ser persona, o por otra parte, su negación si aceptamos a la persona como un ser determinado; en este caso por procesos neuronales que crean la falsa ilusión de libertad que hasta entonces gozaba el ser humano.

Han sido muchos los artículos que he leído acerca de la neurociencia en el derecho penal, y finalmente me atrevería a decir, que existen ciertos procesos que son llevados a cabo de modo inconsciente derivando en acciones que pensábamos totalmente libres de cualquier proceso.

Sin embargo, la totalidad del ser, toda su complejidad, es algo más que un proceso neuronal. La persona es libre porque se compone no sólo de materia, sino de un aspecto más trascendental; llámese espíritu o alma⁶⁴. Es la única manera de hacernos diferenciar con el resto de animales que habitan en la tierra. Admitir la libertad es admitir la condición de persona en el ser humano.

Cuando consecuentemente hablamos de libertad y derivamos a imputación, hemos de saber que la imputación no se trata de una institución natural, ni innata al ser humano, sino que responde a un postulado social en función de la concepción de culpabilidad de una sociedad. Es una necesidad crecida en el seno de un ordenamiento jurídico con el fin de transmitir seguridad jurídica y crear una relación comunicativa entre la ley y sus receptores.

Puede que hasta ahora no se haya afirmado de un modo totalmente cierto la libertad humana, pero también es verdad que tampoco lo contrario. Las ciencias empíricas han de entender que es necesario un diálogo entre las diferentes ciencias, sin objeto de imponer el axioma procedente de una, sobre las otras. Ciencia penal y empírica se encuentran conexionadas, y su reflejo es el propio código penal⁶⁵, donde con la ayuda de ésta última, ofrece cada vez más un planteamiento más justo a la realidad de hoy en día.

Todavía quedan aspectos por mejorar, es evidente que la ciencia penal estará dispuesta a aprender de la empírica en cualquier desarrollo o avance que pueda hacer en la ley, una ley dirigida a personas, y no a objetos. Pero algo de lo que me atrevo a afirmar, es que la imperfección del ser humano, nuestra faceta más trascendental, es la garante de nuestra propia libertad.

VII. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

AMERICAN MIND, "Inside the mind of a psychopath". *Revista científica*, nº Sep/Oct 2010. Páginas 22-29. Última consulta 03/09/2014.
<http://cicn.vanderbilt.edu/images/news/psycho.pdf>

BARTRA, Roger, "Antropología del cerebro; determinismo y libre albedrío". *Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, nº1/34. enero-febrero. 2011. Páginas 1-10, última consulta 03/09/2014
<http://www.redalyc.org/pdf/582/58220040001.pdf>

CANCIO MELIÁ, Manuel, "Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones críticas introductorias", en *Neurociencias y derecho penal* de Demetrio Crespo y Maroto Calatayud, Edición Edisofer, Madrid 2013. Páginas 529-544.

CAPÓ, Miguel; NADAL Marco, "Neuroética, Derecho y Neurociencia", *Revista Ludus Vitalis*, nº 25. México, 2006. Páginas 1-14. Última consulta 03/09/2014

⁶⁴ CARREÑO, José Nel, "Psicocirugía, estimulación cerebral profunda y cirugía para enfermedades psiquiátricas. El riesgo del neurodeterminismo". *Revista Persona y Bioética*, nº2,16/10/2007. Páginas 106-125, última consulta 03/09/2014

⁶⁵ El ya mencionado artículo 20.1,2y 3

http://www.ludusvitalis.org/textos/25/25_capo_et_al.pdf

CARREÑO, José Nel, "Psicocirugía, estimulación cerebral profunda y cirugía para enfermedades psiquiátricas. El riesgo del neurodeterminismo". *Revista Persona y Bioética*, nº2, 16/10/2007. Páginas 106-125, última consulta 03/09/2014
<http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/946/1025>

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal". *Revista para el análisis jurídico Indret*, nº2, Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-38

DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director) *Neurociencias y derecho penal*. MAROTO CALATAYUD, Manuel (Coordinador) Edición Edisofer, Madrid, 2013. Páginas 269-327.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Editor) "Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias", Edición Civitas, Madrid, 2012. Páginas 19-282.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?", *Revista para el análisis jurídico Indret*, nº2, Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-57.

GIMBERNAT, Ordeig, "¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?", Artículo encontrado en Internet. Páginas 1-15, última consulta 20/09/2014.:
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_84.pdf

GRACIA MARTÍN, Luis. "Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo". *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 0702, 11/01/2005. Páginas 1-33

GREEN, Joshua; COHEN Jonathan, "For the law , neuroscience changes nothing or everything", *Revista The Royal Society*, publicación 26/11/2004. Páginas 1-11, última consulta 04/09/2014:
<http://www.wjh.harvard.edu/~jgreene/GreeneWJH/GreeneCohenPhilTrans-04.pdf>

HASSEMER, Winfried, "Neurociencias y culpabilidad en el derecho penal", *Revista para el análisis jurídico Indret*, nº2, Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-14

HUERTAS DÍAZ Omar, "Aproximaciones a la antropología criminal desde la perspectiva de Lombroso" *Revista electrónica Dialnet*, nº1, 2011. Páginas 293-304.

JAKOBS, Günter, *Derecho penal del enemigo*, Edición Civitas, 2006, Navarra (Por Manuel Cancio Meliá). Páginas 23-152

MORSE, Stephen " Nueva neurociencia, viejos problemas", *Revista electrónica Dialnet*, 2012. Páginas 235-277

MOUNIER Emmanuel. *La existencia incorporada, El personalismo*, Edición El Búho. Bogotá, 2006. Páginas 39-52.

PARDO, Michael S; PATTERSON, Dennis, “Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia”. *Revista para el análisis jurídico*, nº 2, Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-51

PÉREZ, Mercedes,” Fundamento y fines del derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia,” *Revista para el análisis jurídico Indret*. Abril 2011, Barcelona. Páginas 1-39

RIBEIRO DOS SANTOS, Leonel. “Las ficciones de la razón o el Kantismo como ficcionalismo . Una reapreciación de Die Philosophie des als ob de Hans Vaihinger”. *Devenires, revista de Filosofía y Filosofía de la Cultura*, nº18, año 2008. Páginas 30-39. Última consulta 03/09/2014
<http://filos.umich.mx/Devenires/Devenires-18/p25-52.pdf>

RUBIA, Francisco J,” La ficción de la libertad” Conferencia pronunciada el 04/11/2012, por el autor en el Congreso Internacional de Bioética, *Blog Tendencias21*, Valencia. Última consulta 03/09/2014
http://www.tendencias21.net/neurociencias/La-ficcion-de-la-libertad_a31.html

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *¿Por qué se es responsable jurídicamente? (Epígrafe Del innatismo al relativismo)*, Editorial Dykinson, 2007, página 180.

SYMINGTON George,”Neurolaw: La defensa judicial hacia un derecho penal del enemigo”. *Artículo de la Universidad Javeriana de Bogotá*, 16/01/2013. Páginas 85-95, última consulta 03/09/2014
http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/4-REV.UNIVERSITAS-SYMINGTON-NEUROLAW.pdf

VON LISZT, F. *La idea de fin en el derecho penal*, Edición Edeval, Valparaíso (Chile) 1984, Páginas 53-127

YEPES STORK, Ricardo,”La persona como fuente de autenticidad de las acciones morales” *Revista electrónica Dialnet*, nº8, 1997. Páginas 1-14