

Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal

Winfried Hassemer

Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main

*Abstract**

Desde el terreno de las neurociencias, en el que se trata de la génesis de las decisiones, nos llega desde hace algunos años el canto de las Sirenas: ¡Venid a nosotras, escuchadnos, tenemos cosas importantes que contaros, algo que cambiará vuestro mundo!, así nos llaman.

From the field of neuroscience, which analyzes the genesis of the decisions, comes from a few years ago the song of the Sirens: Come to us, Listen to us, we have important things to tell you, something that will change your world!, this is how they call us.

Aus dem Bereich der Neurowissenschaften, der die Genese von Entscheidungen behandeln, erhalten wir seit einigen Jahren das Lied der Sirenen: Kommt zu uns, hört zu uns, wir haben wichtige Dinge zu sagen, etwas, das euer Welt verändern wird!, so rufen sie uns.

Title: Neuroscience and Culpability in Criminal Law.

Titel: Neurowissenschaften und Schuld im Strafrecht.

Keywords: Neuroscience, Culpability, Responsibility, Imputation.

Stichwörter: Neurowissenschaften, Schuld, Verantwortung, Zurechnung.

Palabras clave: Neurociencia, Culpabilidad, Responsabilidad, Imputación.

Sumario

- [1. El canto de las Sirenas](#)
- [2. La discusión sin consecuencias](#)
- [3. La discusión interminable](#)
- [4. La ciencia y el día a día de la justicia penal](#)
- [5. La discusión desigual](#)
- [6. La peor constelación posible](#)
- [7. La concepción de la responsabilidad](#)
- [8. Error categorial](#)
- [9. La estructura de las ciencias](#)
- [10. Imputación](#)
- [11. La medida del conocimiento](#)
- [12. La Ley](#)
- [13. Bibliografía](#)

* El texto se corresponde con la conferencia dictada por el autor el día 6.4.2011 ante la Sección de Derecho penal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid). Título alemán: "Neurowissenschaften und Schuld im Strafrecht" (manuscrito). Traducción de *Manuel Cancio Meliá* (Universidad Autónoma de Madrid/RAJL).

1. *El canto de las Sirenas*

He seguido el canto de las Sirenas y he leído en los últimos meses como un monje. En este tiempo, se ha generado y consolidado en mí una impresión que no sólo es determinante para la forma y el contenido de esta conferencia. Es la siguiente:

2. *La discusión sin consecuencias*

Los penalistas no añoraban las Sirenas; de hecho, la mayoría de nosotros no anhelamos sus canciones, pero su canto ha aumentado en los últimos tiempos tanto su volumen que ya no podemos cerrar nuestros oídos ante él. En cuanto a contenido, estrategia y retórica, este canto me recuerda a las dos olas que alcanzaron al Derecho penal, y, sobre todo, a su ciencia, en el pasado aún visible: los agrimensores de seres humanos como *Lombroso* y *Ferri*, quienes dotados de la soberbia y la fuerza de penetración de las jóvenes ciencias exactas apuntaron al corazón del Derecho penal de la culpabilidad, al identificar y exhibir al “criminal nato”, y psicólogos y humanistas como *Arno Plack*, quienes, cabalgando sobre la ola de la crítica intelectual de las instituciones y la demolición del sistema de los años setenta, abogaron por la abolición del Derecho penal, aunque no tuvieran nada mejor que ofrecer como alternativa que un desolado –y decididamente menos amable– Derecho de medidas de seguridad¹.

Lo anterior vale para todos los agrimensores de seres humanos, y da que pensar: combaten como leones la culpabilidad y el libre albedrío, pero son mansos como corderos –o se callan por completo– cuando se trata de las consecuencias de un Derecho penal libre de las cargas del libre albedrío y del reproche de culpabilidad. Y ¿por qué no se tiene la audacia de proclamar las buenas nuevas de la libertad de acción y de la inmunidad frente a la persecución penal, una vez que se ha liberado al Derecho penal del libre albedrío? ¿Cuál es, exactamente, la razón que justifica una prolongada persecución estatal y la privación de libertad frente a personas que no pueden ser culpables (custodia de seguridad)?

3. *La discusión interminable*

Hay otra cosa que también llama la atención: también los neurocientíficos discuten entre ellos más o menos en los mismos términos en los que lo hacemos nosotros, los penalistas, y esto tiene una consecuencia importante para la justicia penal, para la ciencia del Derecho penal y también para esta conferencia. Se discuten recíprocamente sus puntos de partida y sus conclusiones, y en ocasiones incluso hay quien corrige o atenúa su opinión anterior². Frente al postulado de la libertad, uno asume el papel de policía bueno, otro el de policía

¹ Arno PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974; en esa obra aparecen (pp. 380 y ss.) unas “líneas básicas de un Derecho puro de medidas”.

² Significativo, por ejemplo, W. SINGER, “Determinismus oder Freiheit”, en R.M. KIESOW/R. OGOREK/S. SIMITIS (edit.), *Summa - Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, 2005, pp. 529 y ss., quien insiste en pp. 531 y ss. respecto de la decisión del ser humano en la existencia de “interacciones neuronales” que “siguen leyes deterministas de la naturaleza”, pero ahora admite el diálogo respecto de las consecuencias que de de ello derivan para culpabilidad y sanción.

malo; uno anuncia el fin de la libertad, el otro le quita hierro al asunto – como suele suceder en la ciencia cuando cae bajo los focos del suplemento cultural de la prensa.

No se ve en el horizonte un fin de esta discusión, y no hay nadie que dé la impresión siquiera de que tal fin le importe de algún modo; y es que es una discusión entre científicos. Acabará tal y como *Thomas S. Kuhn*³ y otros nihilistas de la metodología (si bien respecto del ejemplo de las ciencias naturales [¡!]) han descrito lacónicamente el final de una discusión científica: en algún momento –Dios sabrá por qué– se acaban los grandes temas y se desmigajan en paradigmas, por lo que se buscan otros y se discute entonces sobre ellos. Esto está bien, es la libertad de la ciencia; pero para nosotros no es tan sencillo; a nosotros nos generan problemas en nuestra ciencia, en la *praxis* judicial, y, además, a mí en esta conferencia.

4. La ciencia y el día a día de la justicia penal

Las consecuencias de la discusión de biología humana para la justicia penal son evidentes. Lo único que cabe aconsejarle es eludir, en una maniobra evasiva a gran distancia, esta discusión. Si permite que se la mezcle en ella, éste será el fin de su trabajo. No hay elección: su problema es estructural, y no puede resolverse con buena voluntad y apertura al mundo:

La justicia penal tiene cometidos cuyo cumplimiento no se puede aplazar, también en el interés de un futuro conocimiento más profundo, y ya estas tareas, como tales, están, en cuanto a sus contenidos, en oposición a los postulados del determinismo de la biología humana.

La justicia penal, día a día, debe enjuiciar si alguien es imputable o no, si ha actuado dolosa o imprudentemente, si hay circunstancias atenuantes en su personalidad que aboguen por él. Con cada uno de los juicios de esa clase que pronuncie, la justicia penal está presuponiendo fácticamente y certificando la posibilidad de que haya libre albedrío y culpabilidad. No puede suspender sus enjuiciamientos hasta la conclusión de la discusión en torno al libre albedrío, que puede durar décadas o siglos, y esto significa: no puede dar por válido el determinismo. Durante la semana, jueces y fiscales han de ejecutar el principio de culpabilidad, y sólo el fin de semana podrán formular una encendida defensa del determinismo.

¿Ven Vds. un fin de este dilema o incluso una solución del problema? Yo no.

5. La discusión desigual

La ciencia del Derecho penal se ve sometida por la discusión de la biología humana a una específica presión e inmersa en una relación asimétrica; ambas cosas no le convienen.

³ Thomas S. KUHN, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1967.

Los neurocientíficos han alcanzado con su trabajo conocimientos que, en caso de que sean correctos e idóneos, sustraen la base a buena parte de nuestros puntos de partida sobre el Derecho penal y su mundo; esto explica las características de las reacciones desde la ciencia del Derecho penal⁴. No es posible ver una línea en ellas⁵. Llegan desde un distanciamiento lúdico en el plano de la teoría de la ciencia⁶, pasando por profundos programas alternativos, que quieren establecer un cortafuegos salvador entre los cantos de sirena y la dogmática jurídico-penal de la culpabilidad⁷, mostrando un desesperado empeño en mantener con vida el Derecho penal de la culpabilidad aun bajo los golpes de la biología humana⁸, hasta llegar a la candorosa exhortación a la ciencia del Derecho penal de “no hacerse artificialmente la ciega y sorda”, sino de “aprovechar la oportunidad de repensar la atribución jurídico-penal de culpabilidad y responsabilidad”⁹.

Que estemos tan divididos y desorientados frente a los neurocientíficos tiene sus razones: no participamos de los avances y retrocesos de su trabajo de investigación; a nosotros sólo nos llegan, de vez en cuando, algunas de las conclusiones. Como en la elección del Papa, los penalistas observan desde fuera el humo que emana de las ollas y los crisoles de los biólogos, e intentan interpretarlo en cuanto a las consecuencias para su disciplina. Aquello que los penalistas casi lograron respecto de las ciencias sociales a finales del siglo pasado, es decir: una disputa en términos de igualdad, una adaptación e integración de piezas sistémicas diversas, un desarrollo conjunto de ambas ciencias, en fin – eso está fuera de alcance en el caso de la biología humana.

Esto está bien así, y probablemente siga así. Toda ciencia es libre en la determinación de sus objetos, métodos e instrumentos; nadie puede exigir que se le deje entrar, o insistir en tener algo así como una participación; ni somos ni seremos neurocientíficos, y no podemos, en realidad, intervenir en el discurso – y a la inversa. En todo caso, debemos tener clara la situación en la que estamos: no somos partícipes, sino receptores. Este es el principio de una comprensión que deseo desarrollar inmediatamente a continuación, después de haberme quejado sobre los problemas de mi conferencia.

⁴ Resultan útiles el análisis y la reflexión de los argumentos hechas en KRAUß, “Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?”, en H. MÜLLER-DIETZ et al. (edit.), *Festschrift für Heike Jung*, 2007, pp. 411 y ss.

⁵ Como es natural, esto irá cambiando poco a poco; cfr., por ejemplo, los frutos de un seminario del Instituto de Ciencias Criminales de Göttingen en DUTTKE (ed.), *Das Ich und das Gehirn. Die Herausforderungen der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)recht*, 2009.

⁶ A título de ejemplo, LÜDERSEN, “Wir können nicht anders. Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 4.11.2003.

⁷ A título de ejemplo, BURKHARDT, “Wie ist es, ein Mensch zu sein?”, en Arnold JÖRG/ Björn BURKHARDT et al. (edits.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, pp. 77 y ss.

⁸ A título de ejemplo, HILLENKAMP, “Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung”, *JZ*, 2005, pp. 313 y ss.

⁹ SCHIEMANN, “Kann es einen freien Willen geben? – Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht”, *NJW*, 2004, pp. 2056 y ss. (2059).

6. La peor constelación posible

Mi conferencia queda expuesta a una enorme presión de ahorro por el actual estado de la discusión en las neurociencias y las reacciones de la Ciencia del Derecho penal. Hay más puertas cerradas que abiertas para mí.

Vedado me queda un recuento del estado de la biología humana, aunque sólo se limitara a lo que genera consecuencias para la concepción jurídico penal de la culpabilidad. Para hacer esto, la orquesta de la biología humana es demasiado polifónica¹⁰, y mi capacidad para analizar de modo confiable su interpretación, demasiado limitada; no podría asumir la responsabilidad de tal análisis – y mucho menos de un pronóstico¹¹. También está cerrado al camino de reflexionar conjuntamente sobre las hipótesis fundamentales de la biología humana y el Derecho Penal, y concretarlas y desarrollarlas en un procedimiento integrador. Lo que han aducido los neurocientíficos y los del Derecho Penal es demasiado dispar para proceder de ese modo; ni siquiera puede afirmarse que todas entre las cuestiones sometidas a discusión se encuentren en el mismo plano.

En consecuencia, sólo hay una vía abierta para mí. Seguiré un indicador sencillo: el escenario de la peor constelación, del *worst case*.

Entre las constelaciones de los conocimientos de la biología humana que cabe esperar, o que ya están realizadas, no describiré lo típico, lo más evidente, y mucho menos lo más completo o más conveniente, sino lo peor. Y “malo” significa en nuestro contexto intelectual, naturalmente, aquello que produciría el mayor daño a los fundamentos del Derecho Penal si fuera verdadero e idóneo. No relataré ese conocimiento, ni lo reconstruiré, no lo interpretaré ni lo valoraré; me limitaré a citarlo. Y mi esperanza es –dicho sea en un aparte– que los fundamentos del Derecho penal puedan sostenerse incluso frente al *worst case*¹².

Si se sigue este camino, cabe tener la esperanza de arribar al lado seguro: si realmente se acierta a describir la peor de las constelaciones posibles, la réplica de la ciencia del Derecho Penal valdrá no sólo para la biología humana, sino incluirá también a sus hermanas más inocuas.

Mi testigo para aquella constelación de los resultados de la investigación de la biología humana que alcanzaría del modo más devastador al principio jurídico penal de libre albedrío, culpabilidad y responsabilidad, si mostrara ser verdadera e idónea, es el

¹⁰ Exposición y crítica en LÜDERSSEN, „Das Subjekt zwischen Metaphysik und Empirie. Einfluss der modernen Hirnforschung auf das Strafrecht?“, en Hans-Rainer DUNCKER (ed.), *Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie*, DUNCKER (ed.), 2006, pp. 189 y ss. (193 y ss.).

¹¹ Breve sinopsis en WALTER, „Hirnforschung und Schuldbegriff. Rückschau und Zwischenbilanz“, en Andreas HOYER/Henning E. MÜLLER/Michael PAWLIK (edit), *Festschrift für F.-C. Schroeder*, 2006, pp. 131 y ss. (136 y ss.).

¹² Tal procedimiento no es infrecuente en la bibliografía jurídico-penal respecto de la investigación sobre el cerebro y sus consecuencias para el Derecho penal; vid., por ejemplo, WALTER en Andreas HOYER/Henning E. MÜLLER/Michael PAWLIK (edit), *Festschrift für F.-C. Schroeder*, 2006, pp. 142 y s.

neurocientífico *Gerhard Roth*. Ha escrito¹³ que “el acto consciente de voluntad de ningún modo [puede] ser el causante del... movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neuronales”.

Es ésta una descripción precisa y lúcida del diagnóstico de que tan sólo nos imaginamos el libre albedrío: antes del “acto consciente” estará, conforme a esta opinión, el proceso neuronal, determinándolo. Y no puede ser peor la cosa. Nuestra decisión de actuar no es tal, sólo hace como si lo fuera. En realidad, es una consecuencia determinada por procesos neuronales. En este cajón no hay espacio para la libertad de voluntad, ni siquiera para una conciencia intermitente.

7. La concepción de la responsabilidad

Sin embargo, éste es el cajón de la biología humana - no de la psicología, no de la antropología filosófica, de la ciencia de la historia, de la teología, de la pedagogía, de la ciencia del Derecho Penal o de las demás ocupaciones, disciplinas e instituciones que en nuestro mundo trabajan con la libertad y la responsabilidad. Quisiera mostrar que las ciencias empíricas del ser humano no son las únicas llamadas a hablar sobre la libertad, y mucho menos, a decir la última palabra. Pues esta palabra no existe en este mundo.

8. Error categorial

Hay un pecado mortal en el campo de la teoría del conocimiento y de la ciencia. Lo denomino “error categorial” y veo que es frecuentemente cometido por biólogos humanos arrogantes, pero también, en no pocas ocasiones, por penalistas asustados. Los biólogos humanos incurren en este pecado mortal mediante su convicción de que los resultados por ellos alcanzados falsan la posibilidad del libre albedrío y de la responsabilidad; los científicos del Derecho Penal cometen ese pecado mediante su convicción de que los biólogos humanos tienen razón, por lo que habría de remodelar el Derecho Penal y medir *ex novo* el conocimiento necesario para el proceso penal.

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

¹³ ROTH, „Worüber dürfen Hirnforscher reden - und in welcher Weise?“, en Christian GEYER (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, pp. 66 y ss. (73).

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

9. La estructura de las ciencias

El hecho de que ciencias distintas¹⁴ presentan concepciones e instrumentos diferentes para su conocimiento no es ni una casualidad ni algo accesorio.

Es consecuencia de una cualidad central que caracteriza a toda ciencia y la distingue de otras: de su objeto formal, como se solía decir¹⁵, esto es, de su “especial consideración”, bajo la cual una ciencia observa y aprehende sus concretos objetos de investigación. Llamo al objeto formal de una ciencia su estructura, entendiéndolo por ello el sistema de cometidos, paradigmas, métodos e instrumentos que caracteriza en cada caso a una ciencia. Este sistema permanece estable a lo largo de un período de tiempo dilatado, y no sólo acaba por “revoluciones científicas” en el sentido de *Kuhn*, sino que se encuentra en continuo – aunque lento – movimiento. Lo que una ciencia se marque como tarea, qué convicciones básicas y plausibilidades acepte, qué métodos e instrumentos utilice como vehículos de su trabajo, y cuáles descarte, está sometido –dentro de los límites trazados por las leyes– a su autónoma elección, y ella sola responde por ello.

Cabe ilustrar lo dicho en nuestro ejemplo de la libertad y la responsabilidad. Muchas ciencias tienen una concepción acerca de la libertad, y sus respectivas concepciones no coinciden. Varían en función de las tareas y convicciones fundamentales que una ciencia reconozca para sí misma, y en función de los métodos e instrumentos de investigación que infiera de las primeras; la teología tiene un concepto de libertad distinto del del psicoanálisis o de una psicología de orientación empírica, y con base en estas concepciones, se construyen las sondas con las que en cada caso se busca la libertad. Incluso la cuestión previa de si una determinada ciencia, con carácter general, presenta la capacidad de recepción para un concepto de libertad, esto es, de si la libertad forma parte de su

¹⁴ En el contexto de esta reflexión, la difícil cuestión de qué es lo que es, precisamente, „ciencia“, no resulta decisiva; en este punto, estoy dispuesto a incluir en el presente contexto también otras actividades consistentes, como teorías del arte, oficios o prácticas de fe. He sometido a un análisis más extenso el concepto de ciencia, en el ejemplo de la ciencia del Derecho penal, en mi conferencia: “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit”, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, pp. 21 y ss. (24 y ss.).

¹⁵ Sobre esta concepción y su denominación tradicional Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 63 y ss., con ulteriores referencias.

horizonte, de sí, en consecuencia, debe siquiera configurar instrumentos para buscar la libertad, sólo puede plantearse desde la perspectiva de su objeto formal, de su estructura.

Las ciencias de método empírico tienen problemas específicos con la concepción de la libertad. Sus instrumentos no cuadran para esta concepción, como diagnóstica correctamente el patólogo que hace la incisión, aunque lo haya entendido mal. Algunas de estas ciencias son capaces de medir el reflejo de la libertad, como, por ejemplo, las vivencias de libertad de los seres humanos, o su tristeza por una salida frustrada a campo abierto. Sin embargo, la libertad en cuanto objeto de investigación no pasa a ser accesible por ello para estas ciencias; sólo reciben una información mediata – tan sólo la vislumbran.

Ahora puedo describir mi concepto de error categorial de modo breve y preciso. Este error consiste en la suposición de que las ciencias de método empírico podrían enjuiciar científicamente si otras ciencias están autorizadas a desarrollar un concepto de libertad o no, es decir: si “existe” la libertad o no. Tal suposición tiene como presupuesto necesario afirmar la existencia de hegemonía entre las ciencias, y esta hegemonía no existe. Tampoco existe un concepto general de libertad que flote encima de todas las ciencias, y mucho menos habría capacidad de disposición a favor de las ciencias empíricas si tal concepto existiera.

Sin embargo, lo que sí existe es la libertad de toda ciencia para determinar su estructura, es la posibilidad de una disputa científica de esa ciencia sobre esa estructura y la oportunidad de hacer el ridículo ante la objeción de otras ciencias de que eso no es ciencia.

10. Imputación

La ciencia del Derecho penal está muy lejos de hacer el ridículo en su disputa con otras ciencias acerca de su estructura; su estructura es rica, bien ordenada y de probada valía.

Forma parte de la estructura de la ciencia del Derecho penal, desde hace tiempo, la concepción fundamental de la responsabilidad, y este concepto se encuentra también profundamente fundamentado en nuestra comunicación normativa cotidiana. Descansa en un pilar de la cultura europea, esto es, en el principio de la personalidad y la dignidad humana, que no ha adquirido una importancia determinante con el artículo 1 de la Ley Fundamental, sino para cualquier reflexión sobre el ser humano, la sociedad y el Estado que esté a la altura del tiempo que vivimos¹⁶. El principio de la dignidad humana, manifestado en el concepto de persona, atraviesa todo nuestro ordenamiento jurídico como un hilo rojo, desde el interés del menor en el Derecho de familia hasta a la posición subjetiva de las partes en un proceso jurídico. En el Derecho penal, se expresa ante todo en el principio de la imputación; este principio recoge una orientación cotidiana y la reproduce para la específica estructura del Derecho penal; sin el principio de imputación,

¹⁶ Para un penalista como yo es agradable y tranquilizador que la concepción de la persona también pueda tener un espacio en un contexto de biología humana – y no siempre éste sea marginal. Vid., por ejemplo, R. MERKEL *et al.*, *Intervening in the Brain. Changing Psyche and Society*, 2007, pp. 189 y ss.

nuestro mundo sería completamente distinto – en el Derecho y en la vida cotidiana. Las ciencias empíricas que tienen como objeto al ser humano no tienen un acceso directo y no tienen acceso completo.

La imputación objetiva establece la conexión entre la conducta humana y un acontecimiento. Trata la cuestión acerca de si el acontecimiento puede ser considerado como consecuencia de un comportamiento. Sin la categoría de la imputación objetiva, en nuestro mundo faltaría una orientación básica. No sabríamos nada sobre la causación, y menos aun sobre los autores de los acontecimientos. Nuestra mirada sería subcompleja, no la podríamos ordenar de modo confiable y no estaríamos libres de sorpresas irritantes.

La imputación subjetiva establece la conexión entre el acontecimiento y la responsabilidad del ser humano que ha causado el acontecimiento por éste. Fundamenta la culpabilidad. Tiene como presupuesto la imputabilidad, y adelanta el cuestionamiento que ésta implica hasta el concepto de persona. Inquieta si a la persona se le puede formular un reproche por el acontecimiento causado, planteando la cuestión de si cabe hacer responsable a la persona por el suceso o si no es culpable de ello porque no podía evitarlo.

Además, la imputación subjetiva permite llevar a cabo una diferenciación y valoración razonable de grados de evitabilidad, de implicación interna del ser humano en su hecho, desde el dolo directo de primer grado hasta la imprudencia inconsciente. También esta diferenciación forma parte de la cultura de imputación y se encuentra profundamente enraizada en nuestro día a día normativo. Una lesión hecha por descuido es algo completamente distinto para nosotros que la lesión hecha adrede – son cosas distintas no objetivamente, pero si subjetiva y personalmente. Sólo será posible siquiera percibir la distinción si la persona responsable forma parte del arsenal de la estructura científica.

Quien –por las razones que fuere– niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción¹⁷.

Cuando no hay indicios de lo contrario, atribuimos al otro la responsabilidad que vivimos en nosotros mismos y que reivindicamos para nosotros – no porque esto estuviera confirmado o falsado por las ciencias del ser humano, sino porque no podemos vivir juntos sin ese crédito recíproco. Tenemos nuestras experiencias acerca de qué responsabilidad, y cuánta, podemos esperar – de niños, adolescentes, personas seniles, ebrios, egoístas y cobardes, y hemos sido corregidos en ello, frecuente, dolorosa y sorprendentemente.

¹⁷ Comparto este punto de partida –pero no la deducción conforme a la cual las neurociencias empíricas estarían en la proximidad de un “Derecho penal del enemigo”– con Klaus GÜNTHER, “Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts”, en SCHLEIM *et al.* (ed.), *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, 2009, pp. 214 a 242.

Ello, sin embargo, no nos ha convencido de que nuestro mundo esté poblado de máquinas humanas. Todo esto no es así porque aún no habríamos tomado nota de o no hubiéramos comprendido la última falsación de la responsabilidad por parte de la biología humana; tampoco creo que cambie nada esencial en el reconocimiento recíproco entre personas y en la atribución de responsabilidad en nuestra vida cotidiana y en el sistema jurídica cuando los conocimientos de la biología humana se hayan diseminado.

Ello porque responsabilidad e imputación no descansan en conocimientos de la biología humana, sino en razones sociales. No sobreviven por ignorancia e irracionalidad, sino por conocimiento y experiencia. Sólo se abren a una consideración empírica en la medida en que esta perspectiva tenga la vista abierta hacia lo social y lo normativo: en la medida en que pueda ver que los seres humanos tratan entre ellos a través de una atribución recíproca de responsabilidad, y en la medida en que pueda comprender que tienen buenas razones para hacerlo. No son una “ficción necesaria para el mantenimiento del Estado”¹⁸, sino instrumentos que están a la altura de los tiempos y se corresponden con el objeto formal del Derecho penal.

11. La medida del conocimiento

No puede haber más conocimiento sobre la libertad ajena (¡y la propia!). En todo caso, tampoco es necesario más conocimiento para cumplir la misión central del Derecho penal de hacer posible una imputación justa.

Arthur Kaufmann habló respecto de la constatación de la culpabilidad jurídico-penal de un “juicio de conciencia en representación” por parte del juez¹⁹, y creo que esto es materialmente acertado, pero nos abre, en esta perspectiva, los ojos para ver que ese objetivo, por principio, resulta inalcanzable.

La materia: si se reconstruye el principio de culpabilidad, la responsabilidad jurídico-penal y la imputación subjetiva, de modo tan completo desde su fundamento como *Arthur Kaufmann* lo hizo, al final no es posible plantear una exigencia inferior respecto de la medida de conocimiento que es necesario para una imputación exitosa. ¿Cómo va a poder constatar de modo responsable el juez de instancia que el condenado podría haber actuado de otro modo a como lo hizo en la concreta situación en la que el hecho se cometió, si no investiga su libertad de acción hasta lo más interno, de modo completo y concreto – es decir, hasta llegar a la conciencia?

La perspectiva: ¿Cómo va a ser posible para el juez penal, teniendo en cuenta las posibilidades del conocimiento humano y las condiciones estructurales, permanentes del proceso penal, emitir un “juicio de conciencia en representación” –que, en la mayoría de las ocasiones, es al tiempo una “condena de conciencia en representación”–, y, sobre todo,

¹⁸ KOHLRAUSCH, “Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung”, en *Festschrift für Güterbock*, 1910, pp. 2 y ss. (26).

¹⁹ Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 197 y ss.

hacerse responsable de este juicio? Esto no es posible ni siquiera en el relajado día a día de una experiencia acompañada de amor. ¿Bajo qué condiciones es posible que personas que tienen mucho más tiempo y muchos mejores caminos hacia el conocimiento que un juez penal asuman la responsabilidad de un juicio, incluso respecto de personas que les sean próximas y con las que hayan compartido una larga vida en común, en el sentido de que esa persona pudo actuar de otro modo en aquel momento y lugar²⁰?

No existe un conocimiento suficiente para justificar el juicio de que un ser humano pudo actuar de otro modo en la situación en la que cometió el hecho. Si se recuerda el concepto, bien fundamentado y radicalmente restrictivo, de la verdad procesal, y se añaden las distorsiones institucionales que se proyectan sobre la averiguación de la verdad en los procesos penales reales, hasta llegar a la práctica de los acuerdos entre acusación y defensa previos al juicio oral en cuanto forma de bloqueo sistemático de esa búsqueda de la verdad, se hace evidente que la posibilidad de la constatación de un poder actuar de otro modo situacional es una mentira vital de los penalistas; una mentira que ellos son los primeros en creer.

Este autoengaño, con su temeraria afirmación de que el juez penal puede penetrar cognitivamente hasta el lugar en el que es visible la libertad del condenado para haber actuado de otro modo, podría haber inducido –así lo creo– a algún que otro frío neurocientífico a aproximarse al globo de la retórica jurídico-penal de la libertad llevando en la mano su afilada aguja investigadora.

12. La Ley

Sin embargo, podemos prescindir con facilidad de esa mentira. La propia Ley nos marca el camino y lo abre. En el Código penal, nada se siente de la retórica de la libertad que manifiestan la ciencia alemana del Derecho penal, y, siguiéndola, la *praxis* penal. Pues la Ley adopta una actitud muy lejana a la retórica; está formulada con precaución y en términos comedidos, y en esta autocontención trata de modo inteligente el elemento de la culpabilidad en Derecho penal. En mi opinión, también el discurso jurídico puede aprender algo de ello.

En lo que aquí nos interesa, resulta decisivo que el § 20 StGB²¹ [*Strafgesetzbuch*, Código penal alemán] –y, siguiendo su criterio, el § 21 StGB²²– no exige una constatación de la culpabilidad de un ser humano en un determinado caso concreto, y, por ello, tampoco que se constate la libertad y la capacidad de obrar de otro modo en una determinada situación.

²⁰ Llega a conclusiones próximas la reconstrucción jurídico-constitucional del libre albedrío hecha por HEUN, "Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften", *JZ*, 2005, pp. 853 y ss.

²¹ "Actúa sin culpabilidad quien en el momento de cometer el hecho, debido a una alteración mental patológica, por una profunda perturbación de la conciencia o por debilidad mental u otra anomalía mental grave es incapaz de comprender lo injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión.

²² "Si la capacidad del autor para comprender lo injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión se encuentra considerablemente reducida debido a alguna de las causas referidas en el § 20, la pena... podrá atenuarse."

Exige algo completamente distinto: la ausencia de perturbaciones que fundamentarían una inimputabilidad. No ordena un procedimiento positivo, sino uno doblemente negativo.

La constatación positiva de la libertad y de la culpabilidad, por un lado, y la doblemente negativa exclusión de causas de exclusión de la culpabilidad, por otro, posiblemente acaban siendo lo mismo en un sistema lógico-formal; para la *praxis* judicial significan una diferencia fundamental. Conforme a lo dispuesto en el § 20 StGB, el juez no está obligado a formularse preguntas que no puede contestar, recopilar conocimientos que no puede encontrar y valorar pruebas que no conoce. Su programa queda reducido a sus posibilidades de conocimiento, está en armonía con éstas. Esto, querría afirmar, es una forma madura de racionalidad: tal procedimiento de prueba requiere determinadas constataciones solamente en la medida en la que sean categorialmente compatibles con las posibilidades del conocimiento humano.

Y, en última instancia, el § 20 StGB también abre la puerta por la que los conocimientos consolidados de las ciencias empíricas del ser humano alcanzan a la determinación jurídico-penal de la culpabilidad; se trata de las causas de exclusión de la culpabilidad.

La categorías de la exclusión de la culpabilidad son aquellas constelaciones en las que el Derecho penal y las ciencias empíricas entran en contacto, incluso, se penetran mutuamente. El campo de estas categorías está abierto hacia el futuro. Su estado actual es el resultado de evoluciones a largo plazo en las ciencias empíricas, pero también de la decisión jurídico-penal acerca de la relevancia de estas evoluciones para la atribución de culpabilidad jurídico-penal.

El Derecho penal, su ciencia y *praxis*, nunca han rechazado *a limine* los conocimientos de las ciencias naturales sobre el objeto "culpabilidad"²³; por el contrario, los han reclamado; están obligadas a reclamarlos, si quieren mantener la dogmática de la culpabilidad al día. Aunque -como se ha mostrado- de nada les sirve un rechazo fundamental de la categoría de la responsabilidad, se mantienen atentas a los conocimientos de las ciencias empíricas que puedan conducir a una exclusión de la responsabilidad. En la dogmática de la culpabilidad, que se concreta en el § 20 StGB y que conecta este precepto con constelaciones de casos individuales, están contenidos aquellos conocimientos de las biociencias que son relevantes para el Derecho penal.

En las causas de exclusión de la culpabilidad queda formulada la correspondiente cultura de atribución de responsabilidad en Derecho penal, que descansa, como aquí se ha subrayado repetidas veces, en la atribución de responsabilidad en la vida cotidiana. Las causas de exclusión de la culpabilidad deciden cuáles son los estados de una persona, cognoscibles y mensurables en un proceso penal, que bastan al Derecho penal para excluir la responsabilidad.

²³ Vid. sobre esto también LÜDERSSEN en Hans-Rainer DUNCKER (ed.), *Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie*, DUNCKER (ed.), 2006, pp. 203 y ss.

13. Bibliografía

Björn BURKHARDT (2005), „Wie ist es, ein Mensch zu sein? – Zu Bedeutung und Gehalt des menschlichen Freiheitserlebens“, en Arnold JÖRG/ Björn BURKHARDT et al. (edits.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, pp. 77 y ss.

Gunnar DUTTKE (edit.) (2009), *Das Ich und das Gehirn. Die Herausforderungen der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)recht*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen.

Klaus GÜNTHER (2009), „Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts“, en SCHLEIM et al. (ed.), *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, Vandenhoeck, Göttingen, pp. 214 a 242.

Werner HEUN (2005), „Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften“, *Juristenzeitung*, pp. 853 y ss.

Thomas HILLENKAMP (2005), „Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung“, *Juristenzeitung*, pp. 313 y ss.

Arthur KAUFMANN (1976), *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., Universitätsverlag Winter GmbH Heidelberg, Heidelberg.

Eduard KOHLRAUSCH (1910), „Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung“, en *Festschrift für Güterbock, Duncker & Humblot*, Berlin. pp. 2 y ss.

Detlef KRAUß (2007), „Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?“, en H. MÜLLER-DIETZ et al. (edit.), *Festschrift für Heike Jung*, Nomos, Baden-Baden, pp. 411 y ss.

Thomas S. KUHN (1967), *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.

Klaus LÜDERSEN (2003), „Wir können nicht anders. Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?“, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 4.11.2003.

- (2006) „Das Subjekt zwischen Metaphysik und Empirie. Einfluss der modernen Hirnforschung auf das Strafrecht?“, en Hans-Rainer DUNCKER (ed.), *Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie*, Steiner Franz, Stuttgart, pp. 189 y ss.

Reinhard MERKEL et al (2007), *Intervening in the Brain. Changing Psyche and Society*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York.

Carlo Enrico PALIERO (2000), „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit“, en Albin ESER/Winfried HASSEMER/Björn BURKHARDT

(edit.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, pp. 21 y ss.

Arno PLACK (1974), *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, München.

Gerhard ROTH (2004), „Worüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?“, en Christian GEYER (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, pp. 66 y ss.

Anja SCHIEMANN (2004), „Kann es einen freien Willen geben? – Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, (29), pp. 2056 y ss.

Wolf SINGER (2005), „Grenzen der Intuition: Determinismus oder Freiheit?“ en R.M. KIESOW/R. OGOREK/S. SIMITIS (edit.), *Summa - Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.

Tonio WALTER (2006), „Hirnforschung und Schuldbegriff. Rückschau und Zwischenbilanz“ en Andreas HOYER/Henning E. MÜLLER/Michael PAWLIK (edit), *Festschrift für F.-C. Schroeder*, Müller, Heidelberg, pp. 131 y ss.