

IV. Culpabilidad jurídico-penal y “libre albedrío”** **

Günther Jakobs

1. Introducción

Los juristas resuelven “casos”, lo que significa que deciden cómo ha de procederse en conflictos sociales si se pretende mantener la estructura de la sociedad. Por ello, no comenzaré con teorías respecto de la relación entre culpabilidad y libre albedrío, sino que empezaré por describir con base en qué máximas los juristas resuelven “casos”. Ya en esta consideración llegaremos con cierta facilidad a la conclusión de que el concepto de correspondencia para la culpabilidad jurídico-penal no ha de buscarse en un libre albedrío a determinar de modo ontologista, sino que, partiendo de una orientación hacia la sociedad, ha de encontrarse en las consecuencias necesarias de la libertad de conducta. Dicho mediante un eslogan: la libertad de conducta determina la responsabilidad por las consecuencias.

* Título alemán: “Strafrechtsschuld und ‘Willensfreiheit’” (manuscrito). Traducción de *Manuel Cancio Meliá* (Universidad Autónoma de Madrid).

** El autor ha publicado en diversas ocasiones contribuciones sobre el tema: “Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit”, en: D. Henrich (ed.), *Aspekte der Freiheit*, 1982, pp. 69 y ss.; *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 17/23 y ss.; *Das Schuldprinzip*, 1993; “Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung”, *ZStW* 117 (2005), pp. 247 y ss.; “Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft”, en: St. Schlemm *et al.* (ed.), *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, 2009, pp. 243 y ss.

Conforme al Derecho vigente, la culpabilidad constituye el fundamento de la medición de la pena¹. Sería imposible mantener esta regulación si tuvieran razón los neurocientíficos con sus planteamientos en torno al carácter determinado de todo comportamiento y con la conclusión —que extraen de ello algunos investigadores— de que la culpabilidad no existe, debido a la completa determinación de toda conducta. Ahora bien, parece que tienen razón en lo que se refiere a la afirmación de que existe una completa determinación. Los neurocientíficos exploran el mundo de los fenómenos, y de éste dice *Kant* —ciertamente, muy lejos de ser un materialista—: “...si pudiéramos investigar hasta el fondo todas las manifestaciones de su [del ser humano empírico, G.J.] albedrío, no habría ni una sola acción humana que no pudiéramos predecir con certeza, y reconocer como necesaria con base en sus condiciones.”² Los neurocientíficos transforman el pretérito subjuntivo —si pudiéramos— en indicativo: ¡podemos! Sin embargo ¿sustenta esto la conclusión de que no existe culpabilidad?

2. “Casos”

A) Estado de necesidad exculpante

Para hallar una respuesta a esa pregunta, comencemos con el tratamiento de un problema que se menciona, probablemente, en todos los cursos de “Introducción al Derecho penal”. Se trata de la antiquísima cuestión de cómo ha de procederse cuando —dicho en términos coloquiales— le resulta especialmente difícil a un determinado autor atenerse a la norma porque su cumplimiento implicaría perder bienes de máximo valor. Como es natural, los juristas no entienden nada de la física y de la química del cerebro, y tampoco conocen imágenes centelleantes del cerebro del autor tomadas en el momento de cometerse el hecho. En consecuencia, el hecho de que cueste cumplir la norma no se atribuye jurídicamente a determinadas áreas del cerebro, sino que se determina de modo psicologizante: al autor lo impulsa un temor inmenso, hasta llegar al pánico, a cometer el hecho, y partiré de que los neurocientíficos estarán en condiciones de determinar (o ya han determinado hace tiempo) ese estado en cuanto a su manifestación cerebral orgánica.

¿Cómo ha de procederse con un autor de estas características, apremiado por su temor, en el que, debido al miedo, determinados sectores cerebrales se hallan en un estado de excitación significativo, u otras áreas en un estado de hipoexcitación igualmente significativo? Hay tres posibles respuestas. En primer lugar, cabe argumentar que el temor —o, dicho de otro modo, el proceso orgánico-cerebral que pueda probarse en el experimento— priva a la situación de aquella normalidad que

¹ § 46 párr. 1 inc. 1 *Strafgesetzbuch* (StGB), Código penal alemán.

² *Kritik der reinen Vernunft*, 1787, B 578 y s.

es presupuesto del cumplimiento de la norma, lo que significa que el autor puede invocar el hecho de que en su situación de necesidad habría regresado al estado de mera criatura; así las cosas, en formulación jurídica, el cumplimiento de la norma ya no sería exigible. En segundo lugar, que el temor —o lo que centellee o no centellee— seguiría siendo un asunto privado del autor, ya que todos han de ser responsables de su constitución interna; dicho de otro modo, que el autor debe dominarse, lo que significa que la situación especial sería neutra a efectos de culpabilidad. En tercer lugar, que el temor —el proceso en determinadas áreas cerebrales— genera una fuerte tendencia a quebrantar la norma, por lo que habría que ponerle límite, hablando en términos jurídicos, que la situación especial cualifica al hecho, es decir, supone una agravación.

El Derecho alemán vigente, al igual que la gran mayoría de los demás ordenamientos jurídicos, conoce las tres respuestas; por supuesto, no eligiéndolas de modo arbitrario, sino dependiendo —y esto ha de subrayarse— de la situación social, y no —al menos, no sólo— con base en la situación en la cabeza del autor; ésta es en los tres casos sencillamente idéntica. Es evidente que aquel que crea que puede llegar a conclusiones sobre culpabilidad o inocencia exclusivamente con base en la situación de la cabeza del autor se queda al margen de la cuestión “Derecho”.

La primera de las respuestas —el miedo exonera— se vincula a un ejemplo cuya ideación se atribuye al escéptico griego *Carneades*³: después de un naufragio, uno de los supervivientes se salva sujetándose a una tabla del barco, y tiene la oportunidad de que la marea le lleve a tierra; sin embargo, otro náufrago le expulsa de la tabla salvadora, que sólo puede soportar el peso de uno de los dos, la ocupa y alcanza la costa; el desposeído se ahoga. El caso ha adquirido fama bajo el nombre, conocido por cualquier jurista o filósofo social, de la “tabla de Carneades” y ha sido tratado una y otra vez, así, por ejemplo, por *Cicerón* o *Kant*; *Fichte* habla jocosamente de la “tabla mágica de escuela”⁴. — ¿Cuál es la solución? Los poseedores débiles de tablas demandarán que se mantenga su posesión con énfasis jurídico-penal, pero los desposeídos fuertes, los (posteriores) vencedores de la confrontación por la tabla, como resulta comprensible, lo contrario, es decir, afirmarán la inexigibilidad del cumplimiento de la norma. Incluso *Kant*, tan poco partidario de los psicologismos en lo demás, cae en lo psicológico: ¿Qué efecto podrá tener, ante el inminente peligro de ahogarse, la amenaza con el mal, aún muy lejano, de la pena? Su solución es que concurre culpabilidad, pero que no debe imponerse una pena⁵. — La solución del Derecho vigente de afirmar que concurre inexigibilidad,

³ 214-129 a.C.

⁴ *Naturrecht*, 1796, ed. H.J. Fichte, s.a., pp. 252 y s.

⁵ *Metaphysik der Sitten*, 2ª ed. de la *Rechtslehre*, 1798, B 42.

⁶ “inpunibile”.

esto es, que a quien rudamente desplazó al otro no se le formule un reproche de culpabilidad, quizás llega demasiado lejos en lo cuantitativo –¿no hay culpabilidad alguna?–, pero la dirección probablemente sea la correcta, o, hablando en términos jurídicos, resulta defendible.

La segunda respuesta –el temor y el centelleo correspondiente son asunto privado del autor– puede ser observada con una pequeña modificación de la constelación de *Carneades*: el sujeto que desplaza al primer ocupante de la tabla no es un naufrago cualquiera, sino el capitán del barco hundido, que no debería haber abandonado puerto debido a condiciones meteorológicas adversas. Lo formularé en términos vulgares, pero posiblemente acertados: este capitán se ha buscado él mismo el lío, y por ello debe resolverlo por sí mismo, y no dejar sufrir a otros su incapacidad. Ya esto basta para no exculparlo. Además, el capitán ostenta un *status* especial, que le obliga a proteger a los pasajeros, precisamente, el *status* de capitán, y también esta circunstancia basta para excluir la posibilidad de exculpación. Por dos razones –ha causado el conflicto, y, además, le incumbe un deber específico de sacrificarse–, debe resolver el conflicto en su ámbito interno, aunque para él no sea más fácil cumplir la norma que para el sujeto exculpado en el caso antes tratado; dicho de otro modo, el ordenamiento jurídico no le permite invocar su temor de criatura, sino que, por el contrario, se reafirma en su responsabilidad.

Queda la tercera respuesta, y para exponer su fundamentación propondremos otro caso: A, autor de numerosos hechos violentos, que despliega su actividad delictiva desde hace ya mucho tiempo, está en peligro de ser descubierto y castigado, y en ese aprieto – puede ser condenado a una pena de prisión de por vida– mata a B, la única persona que ha averiguado los delitos cometidos por A, y que está a punto de informar a la policía. La necesidad existencial del delincuente, que no es menor que en los dos grupos de casos antes tratados, y que también se manifiesta en un estado comparable de las correspondientes áreas del cerebro, conduce, conforme al Derecho vigente, a una determinación completamente divergente de la culpabilidad: el homicidio cometido para ocultar hechos delictivos propios tiene un efecto de cualificación, concretamente, agrava el homicidio para convertirlo en asesinato⁷.

B) Ira

Son muchas las reglas jurídicas con las que cabe mostrar que no es sólo la situación de una “cabeza” lo que decide sobre culpabilidad y ausencia de culpabilidad, y quisiera presentar algunas más. En primer lugar, en relación con el acceso de ira que conduce a un hecho violento. Por regla general, toda persona libre ha de responder por sí misma de su constitución interna; la ira, por lo tanto, no exculpa –

⁷ § 211 párr. 2 StGB.

por regla general. Sin embargo, si la víctima del ataque violento ha provocado por sí misma la ira del autor de forma innecesaria, esto es, sin una razón jurídicamente relevante, como, por ejemplo, mediante una grave injuria, quizás incluso una injuria de obra, la situación de ira en el autor se le podrá atribuir al menos parcialmente, prácticamente, como una culpa concurrente en la génesis de la ira, y el Derecho vigente rebaja la pena mínima, en caso de que el autor iracundo mate a la víctima, de cinco a un año de prisión⁸. Si esa misma situación interna no fuera responsabilidad de la víctima, sino, por ejemplo, se hubiera generado por envidia del autor, un sujeto fracasado, frente a la víctima, un competidor que se estaba vanagloriando de sus éxitos, ni siquiera se plantearía una reducción de la pena.

C) *Terror*

Pasemos ahora de la ira al terror. En relación con la legítima defensa, el Código penal también regula cuál ha de ser la solución cuando la persona que es objeto de la agresión ilegítima, presa de “confusión, temor o terror” —esto es, no por cólera o por agresividad, sino por razón de una emoción asténica, no dirigida hacia la violencia—, se excede en la defensa frente a la agresión, como, por ejemplo, si mata directamente a la víctima de la defensa, esto es, el agresor, con un disparo a la cabeza, a pesar de que también hubiera podido optar por un disparo en una extremidad y éste hubiera bastado para la defensa. La regulación legal excluye en tales casos la culpabilidad de quien se defiende frente a la agresión⁹, y ello no por que concurra un error invencible sobre lo que es necesario para la defensa, pues en caso de invencibilidad ya las reglas generales conducirían a la inculpabilidad, y no haría falta una regla específica. Ésta, por el contrario, rige precisamente para el caso de un exceso, perfectamente evitable, de la medida necesaria de la defensa. La razón de esta regulación generosa, quizás generosa en demasía, probablemente sea evidente después de lo expuesto sobre el tema “ira”: el agresor empuja mediante su agresión al agredido a una situación de necesidad, y debe atribuírsele a él mismo que el agredido, en su terror, no se contenga y se exceda en la defensa.

Quede dicho lo anterior sobre el caso básico del así llamado exceso en la legítima defensa. Ahora sucede que una persona que en tiempos recientes ha sido golpeada en dos ocasiones a horas nocturnas en un parque, vuelve a ver a alguien que se lanza impetuosamente hacia ella, y, no pudiendo interpretar lo que sucede de otro modo, piensa que comienza el tercer robo, y pasa directamente a la “defensa”, excediéndose, presa del terror. Sin embargo, el sujeto que se aproximaba con tanta rapidez era una persona forastera, completamente inocua, que debía alcanzar un determinado tren y que sólo quería preguntar por la ubicación de la estación de ferrocarril. El error en el que incurre la persona que se cree erróneamente agredida

⁸ §§ 212, 213 StGB.

⁹ § 33 StGB.

no puede ser imputado a la víctima, pues no hay agresión alguna. En consecuencia, el sujeto que cree estar defendiéndose, a pesar de que su situación es idéntica en el plano psíquico y de la fisiología cerebral a la de quien sufre verdaderamente una agresión, no tiene ninguna oportunidad de ser exculpado. Esto parece muy sutil, pero no es sólo una conclusión “pensada”; por el contrario, el Tribunal Supremo Federal también ha fallado en este sentido.

D) Convicciones

También la cuestión de si determinadas convicciones profundas o situaciones de conciencia pueden exonerar, son neutras o incluso pueden agravar la responsabilidad, ha de responderse en función de la sociedad, y no sólo con base en la profundidad de la convicción. Si, por ejemplo, una persona que por lo demás se adapta perfectamente, no cumple con la Ley en un caso muy poco frecuente – por ejemplo, se niega a prestar socorro después de que un rayo alcance a alguien, porque entiende que sería pecado oponerse a lo que entiende ejecución de un juicio divino–, se podrá atenuar la pena; pero si un terrorista de ardientes convicciones pone bomba tras bomba para alcanzar la revolución mundial, porque le parecería despreciable no actuar conforme a su ideología, su actitud contraria a la sociedad resulta un elemento agravante en cuanto más profunda sea. Los intentos que se han hecho en este ámbito en repetidas ocasiones de distinguir entre conciencia y meras convicciones, incurren todos ellos en argumentaciones circulares: aquellas convicciones que soportan una exculpación se llaman “conciencia”, aquellas que no la soportan, meras “convicciones”. De este modo, se cree que se infiere lo socialmente funcional de la circunstancia de la persona: la inferencia suena favorable a la persona, pero resulta materialmente determinado en función de la sociedad, y debe serlo, ya que de lo contrario, la conclusión alcanzada no aportaría nada a la estabilización de la estructura normativa de la sociedad.

E) (In)imputabilidad

Podrá objetarse frente a la afirmación de que la culpabilidad se halla determinada socialmente, como se ha expuesto con ayuda de los ejemplos antes tratados, que hay algunas situaciones de la cabeza que en todos los contextos sociales excluyen la culpabilidad, como, por ejemplo, las psicosis graves, esto es, determinadas enfermedades mentales. Sin embargo, el problema tampoco resulta tan sencillo en este ámbito, y para mostrarlo, recurriré brevemente a la historia del Derecho penal. Desde que existen las bebidas alcohólicas, es decir, desde hace miles de años, es conocido que su ingestión desinhibe, y que su consumo en exceso, reduce en gran medida, o incluso hace desaparecer, la capacidad de desplegar un comportamiento racional o conforme a la norma. A pesar de ello, hasta bien entrado el siglo XIX, un grado considerable de intoxicación etílica no se reconocía generalmente como razón de exclusión de la culpabilidad; la razón exacta era que no era posible –sobre

todo en caso de hechos violentos acontecidos hace tiempo— desvirtuar la alegación del autor de que en el momento estaba gravemente ebrio; dicho de otro modo, la ebriedad en cuanto causa de exclusión de la culpabilidad no podía procesarse socialmente (o, más exactamente, jurídico-procesalmente). También en la *filosofía del Derecho* de Hegel¹⁰, por ejemplo, aparece la doctrina de que sólo las “situaciones decididas” pueden excluir la culpabilidad, pero no las pasajeras como la ebriedad. De manera consecuente hasta lo cómico, este punto de vista fue defendido por *John Locke*: un acusado no puede invocar su ebriedad, ni siquiera en caso de amnesia debida a ésta, ya que el juez no puede constatar nada al respecto; sin embargo, frente a un juez omnisciente, esto es, en el Juicio Final, la ebriedad, cuando haya concurrido, sí que tendrá efecto exculpatório¹¹.

En lo que se refiere a las psicosis, se trata de situaciones que son susceptibles de ser diagnosticadas —al menos en lo nuclear— y delimitadas de otros trastornos con bastante seguridad. De este modo, es posible representar al delincuente que padece una enfermedad mental como “otro”, como socialmente incompetente, y por ello, su hecho aparece como suceso de la naturaleza en la forma externa de una acción humana. Esta posibilidad de excluir la culpabilidad no tiene nada que ver con que la acción del sujeto psicótico ha sido causada; todas las acciones tienen causa, muy especialmente, conforme a las tesis de los neurocientíficos; pero ninguna sociedad podría asumir que todos los delincuentes fueran exculpatos, ya que así las cosas, el Derecho ya no podría representar personas con derechos y deberes. Dicho de otra manera: al excluirse la culpabilidad del psicótico, su personalidad queda disminuida frente a la de una persona responsable.

No pocas veces los neurocientíficos anuncian que han hallado con sus métodos una disfunción, por ejemplo, en el metabolismo cerebral o en la morfología del cerebro, de determinadas personas; así, por ejemplo, se dice en el llamado estudio de Delmenhorst sobre la violencia (sobre el que volveremos) que se han localizado en el cerebro de autores juveniles violentos y multirreincidentes determinadas peculiaridades perturbadoras. En cuanto afirmación científico-natural, es ésta una formulación al menos negligente, pues la naturaleza *es*, como es, y no conoce entre los distintos estados un *ranking* desde “funcional” hasta “perturbado”. Dicho con un ejemplo: sin luz no hay fotosíntesis, pero que la desaparición de la luz perturbe el proceso de síntesis, o que la aparición de la luz perturbe el estado de reposo, no puede determinarse por medios científico-naturales. Ciertamente puede formularse que, por ejemplo, un determinado órgano que ya no aporta la prestación habitual para el organismo en su conjunto, está manifiestamente perturbado; pero esa afirmación sólo es cierta si se parte de la suposición de que el organismo ha de

¹⁰ 1820/1, § 120, acotación.

¹¹ *Versuch über den menschlichen Verstand* [1689], edición Meiner, II. Xxvii.22.

seguir viviendo y no fenecer por un fracaso orgánico, y tal suposición no sería de índole científico-natural.

En un informe sobre el estudio acerca de la violencia de Delmenhorst¹², antes mencionado, aparece en la introducción la siguiente constatación: sería “problemático trazar límites [de la responsabilidad, G.J.] demasiado amplios y exigir responsabilidades a personas por acciones de las que en realidad no eran responsables, por ejemplo, porque carecían de control sobre esas acciones.”¹³ Esto suena como si “determinado” fuera una cualidad gradable: toda acción emana de un cerebro, a su vez determinado, pero luego se afirma que en algunas acciones falta el “control”. ¿A quién le falta? No se puede actuar de modo “más determinado” que “determinado”. Por lo tanto, no basta con identificar anomalías en los cerebros de los jóvenes violentos multirreincidentes –y, dicho sea de paso, la explicación de esas anomalías en el estudio es impresionante–, sino que además ha de analizarse cómo puede y debe reaccionar la sociedad frente a esas anomalías, y ello implica, al menos, dos cuestiones: en primer lugar, ¿cómo ha de procederse en lo sucesivo con los autores violentos? Sería difícil dejarlos en libertad sin terapia alguna. En segundo lugar, por decirlo de modo coloquial, en caso de exculpación, ¿quién más se pondrá a la cola, invocando una constitución cerebral que difiere de la media? En algún aspecto, como se sabe, toda conexión cerebral es de algún modo única¹⁴. Sean cuales sean las respuestas, queda claro que la situación en las cabezas no conduce directamente a la solución.

3. Teoría

Todo esto nada tiene que ver con el libre albedrío, sino que de lo que se trata es de las condiciones de subsistencia de una sociedad normativamente estructurada. Quedará aquí sin abordar la cuestión de si tiene algún sentido hacer uso del concepto de libre albedrío –si es que éste, a su vez, tiene algún sentido en sí mismo– fuera de un debate sobre la teodicea, pero aquí se seguirá a los grupos de casos de inculpación y exculpación, que no son pocos –en cierto modo, la “Parte Especial” del concepto de culpabilidad–, para concluir, una especie de “Parte General”. ¿Qué es, entonces, jurídico-penalmente “culpabilidad”, y por qué hablan también los penalistas de la “culpabilidad de voluntad”?

Entre otras cosas, el Derecho penal consiste en normas que el ciudadano ha de respetar: no mates, lesiones, hurtes, etc. Para poder cumplir las normas, las personas necesitan un determinado conocimiento, por ejemplo, conocimiento de

¹² PAUEN/ROTH, *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, 2008, pp. 156 y ss., con referencias exactas.

¹³ P. 156.

¹⁴ GAZZANIGA, *Die Ich-Illusion*, 2012, p. 226.

qué puede resultar mortal para otros, y también conocimiento de hechos institucionales, como, por ejemplo, que una cosa es propiedad de otro. Incluso sin unos conocimientos básicos en matemáticas y lógica, el cumplimiento de la norma irá mal. Quien, por ejemplo, piensa que con una media de aciertos de un tercio será solo cada tercer disparo que dé en el blanco, pero éste con certeza, causará una desgracia donde vaya. Por tanto, a pesar de que no es posible cumplir las normas sin una determinada cantidad de conocimientos, incluyendo también el conocimiento de la existencia de normas, el ordenamiento jurídico procede con gran generosidad cuando el autor no se ha procurado ese conocimiento necesario de modo vencible, es decir, por desidia, y por ello lesiona a otros. Un error cognitivo exonera, dicho de otro modo, la imprudencia se castiga de modo mucho más leve que el dolo, y ello porque de la conducta imprudente emana, no siempre, pero con frecuencia, el riesgo de una *poena naturalis*, esto es, de una autolesión, y porque ese comportamiento no se considera precisamente digno de ser imitado. Un ejemplo: quien circula a gran velocidad con su automóvil a pesar de que la calzada está helada, quizás lesione a otros, pero posiblemente tampoco sobreviva él mismo a su conducta. Por medio de delitos dolosos –sea un regicidio o la emisión de títulos bancarios fraudulentos– cabe fundar un imperio político o económico, con los hechos imprudentes, por lo general sólo se atrae la desgracia sobre uno mismo y los demás, y quien reincide en la imprudencia es considerado un majadero.

Sin embargo, incluso un conocimiento perfectamente fundado no conlleva cumplimiento de la norma cuando el autor no quiere cumplirla, y en lo que se refiere a la voluntad, la situación diverge de la del conocimiento: en el caso de este último, el ordenamiento jurídico puede partir del interés propio de toda persona en adquirirlo, pero no se puede fundamentar que esté en interés de toda persona cumplir siempre con todas las normas, y todo delito doloso prueba que el autor lleva a cabo una valoración distinta de la del ordenamiento: yo sí quiero matar, lesionar, hurtar, etc. Esto es un defecto volitivo (más exactamente: un defecto de valoración), y éste genera responsabilidad. ¿Por qué? Genera responsabilidad precisamente porque el Derecho no está en condiciones de fundamentar frente a todos que su cumplimiento será siempre individualmente preferible, y por ello impone a todas las personas la carga de ocuparse por sí mismas de la fidelidad al ordenamiento jurídico, de la disposición a cumplir la norma. Este defecto volitivo, la falta de fidelidad al Derecho, es la culpabilidad jurídico-penal.

Sigue quedando un problema: ¿por qué hay defectos volitivos, si de todos modos todo comportamiento se halla determinado y la naturaleza, como ya se ha dicho, no tiene defectos? Lo cierto es que no se trata de la naturaleza, sino del sistema “Derecho”. En este sistema, el código que rige el segmento jurídico-penal es “fidelidad al Derecho/ausencia de fidelidad al Derecho, ergo culpabilidad”, y la objeción del sujeto que no es fiel al ordenamiento en el sentido de que él estaría

determinado, es rechazada con el argumento irrefutable de que eso no cabe en el código.

Esta solución al problema, sin embargo, da nacimiento a un problema derivado: ¿por qué permiten los individuos determinados ese trato, es decir, que se les considere personas competentes de tener una voluntad correcta, y no abolen el Derecho penal? Pues bien, el Derecho penal también ofrece algo: libertad de conducta; hay que subrayarlo: de conducta, no de voluntad. La libertad de conducta no puede organizarse sin que exista responsabilidad de los libres por las consecuencias; quien quiera ser libre ha de estar dispuesto a responder de sí mismo. Si se alcanza el estadio de un mundo social que está organizado con base en la obligación de responder, esto es, conforme a la competencia por uno mismo, y no sólo como un mundo imaginado, sino como un mundo que se practica cotidianamente en esa configuración, este mundo no ofrece menos orientación de la que podría generar el conocimiento de las relaciones causales. Aquellos que son competentes respecto de ellos mismos –el Derecho los llama “personas”– son tan reales en ese mundo social acabado de esbozar como lo son los individuos determinados en el mundo de los fenómenos. El mundo normativo del Derecho, que define normativamente a las personas, y el mundo de los neurocientíficos, que define a los individuos como entes determinados, son respectivamente juegos con sus propias reglas, sistemas que son capaces de irritarse mutuamente, pero que no están en condiciones de prescribirse recíprocamente sus conceptos. Esto rige tanto respecto del concepto de la culpabilidad como del del mérito: ¿o es que no podremos elogiar los brillantes logros de los neurocientíficos porque, conforme a su propia comprensión, no eran “libres” de no alcanzar esos logros?

Más aún: los neurocientíficos suelen comunicar los impresionantes (!) resultados de sus investigaciones en publicaciones científicas, esto es, dentro de la ciencia con su código “verdadero/falso” (o algo similar). De acuerdo con las reglas del mundo de los fenómenos, también estas comunicaciones científicas se encuentran determinadas, causadas a través del cerebro. Sin embargo, esta constatación no aporta nada más que una nueva confusión de sistemas: también la afirmación de que lo verdadero es falso, o lo falso verdadero, está determinada en el mundo de los fenómenos, con lo que se disuelve la distinción entre “verdadero” y “falso”. De acuerdo con esto, los neurocientíficos asumen –mientras pretenden que su discurso resulte comprensible– de este modo un código de la ciencia que no puede ser explicado –o que, en todo caso, hasta ahora no ha sido explicado– por medio de determinación, y conocen, en cuanto se les deja hablar, también el código del Derecho. Para demostrarlo cabe citar al científico de la cognición Prinz¹⁵:

¹⁵ “Willensfreiheit als soziale Institution”, en: Hillenkamp (ed.), *Neue Hirnforschung – neues Strafrecht?*, 2006, pp. 51 y ss., 58 y s., 61.

“Cuando... los agentes sociales organizan su interacción y comunicación respectiva en el plano macro y micro de tal modo que presuponen en todos los co-agentes un yo mental, cualquier agente –también los nuevos que llegan– se encuentra con una situación discursiva que tiene preparada también para él un rol de yo. La percepción de las heteroatribuciones dirigidas a él genera entonces autoatribución, y el agente asume finalmente para sí mismo el rol atribuido. Se concibe entonces del modo en el que le entienden los demás, y actúa como los demás esperan de él.”

Por lo tanto: ¡la competencia como construcción de la sociedad!¹⁶ De nuevo *Prinz*: “La responsabilidad es el precio de la libertad” (refiriéndose a la libertad de conducta).

Para concluir, expondré esta relación entre libertad de conducta y responsabilidad por las consecuencias con una parábola¹⁷: en unos países limítrofes, los habitantes de las regiones fronterizas suelen organizar de vez en cuando expediciones de pillaje hacia los respectivos países vecinos, siendo el daño generado allí muy superior al beneficio obtenido, lo que resulta indiferente a los saqueadores, ya que el daño es soportado en cada caso por los otros. Los monarcas soberanos de esos países acuerdan en un encuentro atajar estrictamente estos desmanes ya al comienzo del latrocinio, esto es, en sus propios países, prometiéndose en cuanto garantía del acuerdo, para el caso de que a pesar de ello se produzcan casos de pillaje, una multa por el doble del daño producido. La situación mejora repentinamente debido a las medidas inmediatas tomadas por los monarcas; en el próximo encuentro, casi sin excepciones, sólo hay pocas multas que pagar. Uno de ellos, sin embargo, que es el único obligado a pagar una multa elevada, no quiere pagar nada; expone que a pesar de haber hecho grandísimos esfuerzos, no disponía de suficientes fondos para poder crear una fuerza de policía efectiva. Los demás le creen, y acuerdan, debido a la incapacidad de su primo –derivada de su debilidad financiera–, dividir su país entre ellos. Confrontado con esa posibilidad, el monarca en cuestión toma prestada la suma necesaria y acaba por pagar. El filósofo titular de su corte opina que es injusto pagar multa por un comportamiento que no es libre, e indigno someterse a tal requerimiento. Pero el monarca contesta que su libertad para administrar su país es más importante que esas reflexiones.

¹⁶ Vid. al respecto también GAZZANIGA (op. cit.), pp. 165 y ss., 207 y ss.

¹⁷ JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 34 y s.