

CULPABILIDAD SIN POSIBILIDAD DE OBRAR EN CONTRARIO: ¿UNA NECESARIA REVISIÓN DE LA UBICACIÓN DE LA (IN)IMPUTABILIDAD?*

*Andrés Felipe Díaz Arana***

Resumen: En este escrito se reseña brevemente el problema de considerar la posibilidad de obrar en contrario como un elemento de la culpabilidad y se propone una interpretación del concepto de *libertad* compatible con el determinismo y, a su vez, con la responsabilidad penal. Finalmente, se aplican las consideraciones expuestas al análisis de la naturaleza de la disculpa y la ubicación sistemática de la inimputabilidad en la teoría material del delito.

* El presente escrito fue terminado gracias al acceso concedido a los recursos del Departamento de Derecho Penal del Instituto Max Planck y se enmarca en el proyecto de investigación que adelanta el autor bajo la dirección del Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Jesús-María Silva Sánchez en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra.

** Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Penal de la Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia). ORCID: 0000-0003-0111-3368. Correo electrónico: af.diaz226@uniandes.edu.co. Fecha de recepción: 2 de febrero de 2023. Fecha de aceptación: 28 de agosto de 2023. Para citar el artículo: Díaz, Andrés Felipe. “Culpabilidad sin posibilidad de obrar en contrario: ¿Una necesaria revisión de la ubicación de la (in)imputabilidad?”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45, n.º 118 (enero-junio de 2024), pp. 57-97. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n118.03>.

Palabras clave: Derecho penal, libertad, libre albedrío, determinismo, inimputabilidad, culpabilidad, exculpantes.

CULPABILITY WITHOUT THE POSSIBILITY OF ACTING ON THE CONTRARY: A NECESSARY REVISION OF THE LOCATION OF THE (NON)IMPUTABILITY?

Abstract: This article briefly reviews the problem of the possibility of acting otherwise as an element of culpability. It also proposes a compatible interpretation of the concept of freedom with both determinism and criminal responsibility. Finally, it applies the considerations exposed to determine the nature of the apology and the systematic location of the non-imputability in the material theory of crime.

Keywords: Criminal law, freedom, free will, determinism, non-imputability, culpability, guiltlessness.

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

No les falta razón a quienes consideran que la del libre albedrío “quizás sea la cuestión filosófica más voluminosamente debatida de todas”¹. Durante siglos, las mentes más brillantes han debatido tanto sobre los problemas asociados al concepto de *libertad individual*, que solamente reconstruir la discusión parece ya una tarea imposible². Como si ello no fuese ya suficiente para disuadir a quien pretenda iniciarse en su estudio, se trata de un asunto de tal complejidad que hoy, después de tanto tiempo, dista mucho de haber sido superado. Muy por el contrario, para algún sector de la doctrina seguimos prácticamente en el mismo punto de partida, “sin que hayamos hecho mucho progreso”³, sin siquiera haber logrado un acuerdo respecto de qué se está debatiendo⁴ ni, exactamente, a qué categoría pertenece esta discusión en la teoría material del delito⁵.

1 Kane, Robert. “Introduction: The Contours of Contemporary Free Will Debates”, en AA. VV. *The Oxford Handbook of Free Will*. Kane, R. (ed.). Oxford, Oxford U. Press, 2002, p. 3, citando a: Matson, Wallace. *New History of Philosophy*, vol. 1. New York, Hancourt, 1987, p. 158.

2 Una exposición resumida de este complejo panorama se encuentra en Campbell, Joseph Kiem; O'Rourke, Michael y Shier, David. “Freedom and Determinism: A Framework”, en *Freedom and Determinism*. Campbell, J., O'Rourke, M. y Shier, D. (eds.). Cambridge, MIT Press, 2004, pp. 3 y ss.

3 Searle, John. “Free Will as a Problem in Neurobiology”, en *Philosophy* 76, n.º 298, 2001, p. 491.

4 Silva Sánchez ofrece un resumen de la cuestión y refiere a las principales fuentes en Silva Sánchez, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires, B de F, 2010, pp. 660 y ss.

5 Sobre la discusión de la posibilidad de obrar en contrario como criterio de imputación objetiva: Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*. 3.ª ed. Bogotá, Temis, 2006, pp. 231-263 (especialmente, nota 122, sobre sus partidarios durante el siglo pasado).

Más aún, hay quienes han advertido que la determinación de si un agente pudo, de hecho, haber obrado de modo distinto en una concreta situación resulta ser una cuestión tan compleja para el derecho penal que, con frecuencia, es presumida del todo a la hora de atribuir responsabilidad por el injusto⁶. Y ello no solo en la práctica⁷, sino también en la teoría⁸: es innegable que, quizás por tener que enfrentarse a agujeros negros como los conceptos de “libertad” o “voluntad”, de los cuales es increíblemente difícil salir una vez se ha entrado, una parte de la doctrina sobre culpabilidad tiende a conceder este espacio a otras disciplinas, reconociéndolo como la frontera del derecho penal⁹.

Pero sucede que, por compleja que resulte la llamada “cuestión determinista”, la culpabilidad jamás podrá escapar de ella “[...] porque la autocomprensión natural del ser humano normal se basa en esta conciencia de libertad y porque una ordenación razonable de la vida humana en sociedad no es posible sin la concesión recíproca de libertad”¹⁰. Ella encierra, en definitiva, aquello que hace que una infracción sea imputable a un agente y, consecuentemente, sea legítimo el ejercicio del *ius puniendi* específicamente en su contra¹¹. Como famosamente lo expresó Welzel, “culpabilidad es lo que adeuda el autor que podía actuar conforme

-
- 6 Así, de forma crítica: Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2016, pp. 555 y ss. También, expresamente, Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, t. 1. Madrid, Civitas, 1997, p. 811, entre otros. En la tradición anglosajona, Owens, Robert J. *Corpus juris secundum. A contemporary statement of American law as derived from reported cases and legislation*, vol. 31A. St Paul, Minn., West, p. 359 y Husak, Douglas. *Philosophy of criminal law*. New Jersey, Rowman & Littlefield, 1987, p. 11, entre otros.
- 7 Algo que se reclama no solamente en Colombia, sino también en España y Alemania. Respecto de lo último: Hörnle, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*. Buenos Aires: Fabian Di Plácido, 2003, pp. 23 y ss., esp. p. 35, haciendo referencia a Streng. *Strafrechtliche Sanktionen*, 1991, p. 165 y ss.; antes Hassemer, Winfried. “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 18, 1982, p. 482.
- 8 Hegel supo expresar muy bien la redundante forma en que se presume la libertad y, a partir de esa presunción, se deriva la prueba de su existencia. Vid. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Claridad, 1968, p. 47, §4: “[...] se presupone la noción de la voluntad y se intentaba establecer y extraer de ella una definición de la misma; luego, por el procedimiento de la vieja psicología empírica, se aplicaba la llamada prueba de que la voluntad es libre, partiendo de las diversas impresiones y de los fenómenos de la conciencia natural –tales como arrepentimiento, culpa y demás que sólo pueden explicarse con la libre voluntad”.
- 9 Expresamente, Welzel, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2004, p. 143.
- 10 Roxin, Claus, *op. cit.*, 1997, p. 807. De acuerdo, Bettiol, Guisepe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona, Bosch, 1977, p. 20; Cobo del Rosal, Manuel; Vives, Tomás. *Derecho penal parte general*. Quinta edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 541.
- 11 Merkel, Adolf. *Derecho penal*. A. Dorado (trad.), Madrid, La España Moderna, 1910, p. 109. Coincide: Molina, Fernando. “El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad”, en AA. VV. *Estudios de Derecho Penal. LH Santiago Mir*. Silva/Queralt/Corcoy/Castañeda (coords.), Buenos Aires, B de F, 2017, p. 737.

a las normas a la comunidad jurídica por su conducta contraria a Derecho”¹². En verdad, el fundamento de legitimidad del castigo ha sido tradicionalmente que “actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo, es decir, el que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente antijurídica”¹³.

Sin embargo, para un sector de la doctrina, es claro que nadie pudo haber obrado de forma distinta a como obró. En palabras de Mir Puig, por ejemplo, “lo lógico es pensar que en el instante en que se tomó [la decisión] no pudo ser otra ante los concretos (e irrepetibles) factores concurrentes”¹⁴. Esto, en sí mismo, no tendría por qué expresar nada demasiado polémico: significa, únicamente, que las decisiones que tomamos no son fruto del azar, sino que están determinadas por la conjunción de condiciones que nos rodean en el momento en el que ellas se producen¹⁵. Lo contrario –que nuestras decisiones no estén condicionadas en modo alguno– sí sería alarmante: “si el acto de voluntad del hombre no estuviera determinado por nada, el acto de voluntad posterior no podría guardar ninguna relación con el anterior [...]. El indeterminismo convierte a los actos de voluntad en una serie completamente inconexa de impulsos aislados en el tiempo”¹⁶.

En este punto es importante recalcar la distinción entre lo ahora dicho y un determinismo “fuerte”¹⁷: aquel implica la aceptación de la predeterminación de eventos

12 Welzel, H., *op. cit.*, 2004, p. 127.

13 Rodríguez Devesa, José y Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho penal. Parte General*. 17.^a ed. Madrid: Dykinson, 1994, p. 432.

14 Mir Puig, S., *op. cit.*, 2016, p. 555.

15 Como, acertadamente, destaca Damasio, Antonio. *The feeling of what happens: body and emotion in the making of consciousness*. New York, Harcourt Brace, 1999, p. 14: “[l]os fundamentos del acto moral no se degradan porque sepamos que actuar conforme a un principio ético requiere la participación de una simple circuitería en el núcleo del cerebro: el edificio de la ética no colapsa, la moral no es amenazada y, en el individuo normal, la voluntad sigue siendo la voluntad”. Coincide: McKenna, M. y Pereboom, D. *Free Will. A contemporary introduction*. New York, Routledge, 2016, p. 16.

16 Welzel, *op. cit.*, 2004, p. 140. Strawson, Peter. Freedom and resentment, en *Proceedings of the British Academy*, n.º 48 (1962), p. 7: “tiene que haber algún vínculo entre mi acción y mi vida pasada para que tenga sentido hablar de mi acción”. También, en ese sentido, más recientemente, Feijóo Sánchez, Bernardo. “El derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo”, en Gómez, V. *et al.* (coords.), *op. cit.*, 2022, p. 604.

17 Los términos *hard determinism* y *soft determinism* comúnmente son atribuidos al filósofo y psicólogo William James, quien los habría acuñado originalmente en su cátedra en la escuela de teología de Harvard a principios de la década de 1880. Luego fue publicado en James, William. “The Dilemma of Determinism”, en *Unitarian Review*, septiembre, 1884. También en James, William. “The Dilemma of Determinism”, en James, William. *The Will to Believe*, Nueva York, Dover, 1956, pp. 144 y ss. Para la distinción entre determinismo “fuerte” y “suave” en la historia del debate: Edwards, Paul. “Hard and Soft Determinism”, en AA. VV. *Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*. Hook, S. (ed.), Nueva York, Collier, 1961. pp. 117-125.

futuros¹⁸ (algo que, con todo, no ha sido extraño a la historia de la teoría del delito¹⁹), mientras que lo aquí expresado se refiere únicamente a la idea de que los eventos ya ocurridos tienen una explicación determinista (es decir, que tienen una *ratio sufficiens*²⁰). Lo que el determinismo explicativo persigue tiene que ver más con la idea que Silva Sánchez expresa así: “Una forma de “no dejar las cosas así” es explicar por qué se ha producido el hecho antijurídico”²¹. Pero que un evento sea explicable no implica, de ninguna manera, que sea, *ex ante*, predecible. El determinismo que aquí se defiende no se ufana de la capacidad de predecir el futuro: la existencia del azar es innegable y, muchas veces, es la explicación de las cosas²².

También conviene aclarar que el azar y la ignorancia no son lo mismo, como tampoco es lo mismo indeterminismo que indiferencia²³. Sucede que, con frecuencia,

-
- 18 Al respecto: Pereboom, Derek. “Defending hard incompatibilism”, en *Midwest Studies in Philosophy*, 29, 2005, p. 228-247.
- 19 No solo me refiero a la obvia referencia a la escuela positivista criminológica italiana de Ferri, Lombroso y Garófalo, sino a tantos autores que –en algún momento– han defendido esta idea. Uno de ellos, por ejemplo, fue v. Liszt, como claramente lo expone Silva Sánchez, Jesús-María. *Política criminal y persona*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 16. También, sobre esta cuestión: Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 50.
- 20 Puesto en términos de Spinoza: “[en el mundo] no existe ninguna cosa de la que no pueda preguntarse cuál es su causa” (Spinoza, Baruch. *Principios de la filosofía de Descartes*. A. Domínguez [trad.], Madrid, Alianza, 2003 [original, 1663], p. 37). Como bien explica Leibniz, el principio de razón suficiente “debe ser considerado uno de los grandes y más fructíferos de todo el pensamiento humano, pues en él se funda gran parte de la metafísica, física y ciencia moral”. Leibniz, Gottfried. *Monadología*. J. Velarde (trad.), Oviedo, Pentalfa, 1981 (original, 1714), p. 89. En derecho penal, aplicado al debate sobre libre albedrío, por todos: v. Liszt, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, t. II. Madrid: Reus, 1914, p. 36: “[...] el determinismo científico, que tan sólo toca al Derecho penal, no significa más que la aplicación inatacable del principio de la razón suficiente a las acciones humanas”.
- 21 Silva Sánchez, Jesús-María. “Determinismo, motivación y pena”, en *id. En busca del derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2015, p. 231. No se trata, en consecuencia, del mantenimiento del *statu quo in saecula saeculorum* ni la negación de la posibilidad de cambio en el devenir, como critican Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho penal. Parte General*. 17.ª ed., Madrid, Dykinson, 1994, p. 434.
- 22 Al respecto: Ducasse, C. J. “Determinism, Freedom and Responsibility”, en AA. VV. *Determinism and Freedom In the Age of Modern Science*. Hook, Sidney (ed.), Nueva York, Collier, 1961, p. 166; Shoemaker, David. “Response-Dependent Responsibility: or, a Funny Thing Happened on the Way to Blame”, en *The Philosophical Review*, 126, 2017, siguiendo a Strawson, Peter. “Freedom and Resentment”, en *Proceedings of the British Academy*, 48, 1962. Esta cuestión, en todo caso, todavía dista mucho de ser superada. Cfr. Kane, Robert. “Rethinking Free Will: New Perspectives on an Ancient Problem”, en *id. (ed.), op. cit.*, 2011; también, desde otra perspectiva: Mele, Alfred. *Free Will and Luck*, Nueva York, Oxford U. Press, 2006; más recientemente: Franklin, Christopher. *A Minimal Libertarianism: Free Will and the Promise of Reduction*, Nueva York, Oxford U. Press, 2018, entre otros.
- 23 Tenía razón, en eso, Sauer cuando decía que “[...] se reconoce *ex post* la dependencia causal, sólo con cuya ayuda se puede también ‘explicar’ una acción” (Sauer, Wilhelm. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 81), aunque no así en la extraña combinación de perspectivas a través de la cual pretendió afirmar, al mismo tiempo, la determinación causal y la posibilidad de obrar en contrario del agente.

los ejemplos que usamos para revelar el libre albedrío en nuestra vida cotidiana –como la decisión de qué bebida escoger; o a dónde ir a vacacionar– se refieren a asuntos triviales, en los cuales confundimos “indeterminismo” con “indiferencia”. No es que la decisión de desayunar huevos, en vez de cereal, esté libre de determinación alguna, sino que no es tan importante como para que merezca la pena reparar en ella demasiado. En estos casos la aceptación del “indeterminismo” es una excusa aceptable para un asunto que no amerita mayor discusión. Sin embargo, si luego de la captura de un homicida serial el jefe de policía anunciara públicamente que no se puede determinar por qué lo hizo, la sociedad –lejos de contentarse con el indeterminismo como explicación del delito– le demandaría que continuara la investigación con mayor profundidad. En los eventos que, en serio, merecen nuestra consideración, el indeterminismo suele no ser aceptable²⁴.

Ahora bien: si no se cuenta con la posibilidad de haber obrado de otra forma (pues estaríamos, en ese sentido, *autodeterminados*), ¿esto significa que debe desaparecer por completo toda referencia a una potencial conducta conforme a derecho en la imputación personal del injusto? Inicialmente no pareciera ser acertado hablar de “exigibilidad” a este respecto, pues, según el principio lógico kantiano ampliamente conocido, para que algo sea *debido* antes debe ser, cuanto menos, *posible* (*ultra posse nemo obligatur*)²⁵.

Puesto así el panorama, parece que el asunto (más allá de la presunción de culpabilidad) es que la libertad en sí misma sería, a su vez, también tratada como una presunción²⁶. Claro, si la culpabilidad se fundamenta, en mayor o menor medida, en la libertad, y esta es una presunción, necesariamente aquella deberá serlo en la respectiva medida²⁷.

24 Con más detalle: Hitchcock, C. “Contrastive Explanation and the Demons of Determinism”, en *British Journal of Philosophy of Science*, 50, 1999, pp. 585 y ss. También: Vilhauer, Ben. “Taking Free Will Skepticism Seriously”, en *Philosophical Quarterly*, 62, 2012, pp. 833 y ss.

25 Coincide: Molina, F., *op. cit.*, 2017, p. 744.

26 Algunos han argumentado en relación con ello que una salida aceptable al debate sobre el determinismo es dar por supuesta la libertad hasta tanto no se demuestre lo contrario. Expresamente: Antón Oneca, José. *Derecho Penal*. 2.^a ed. Madrid: AKAL, 1986, p. 219 y Díez Ripollés, José Luis. *Derecho penal español parte general en esquemas*. 3.^a ed. revisada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 402, entre otros. En la tradición anglosajona: Norrie, Alan. “Free will, determinism and criminal justice”, en *Legal Studies*, vol. 3, 1983, pp. 60-73. Aquí bien podrían aplicar análogas consideraciones a las expuestas más generalmente respecto de las eximentes por Cuerda Riezu, Antonio. “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, en *InDret*, vol. 2, 2014, p. 11. En la tradición anglosajona, una interesante discusión sobre la inversión de la carga de la prueba en casos de inimputabilidad, pero no así para casos de automatismo en Monaghan, Nicola. *Criminal Law*. 3.^a ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2014, pp. 300 y ss. También, específicamente sobre estándar probatorio, Lafave, Wayne. *Criminal law. Fifth edition*. United States: West Academic Publishing, 2010, pp. 396-397.

27 Cfr. Hassemer, Winfried. “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 18, 1982, para quien “[...] el contenido del juicio de culpabilidad se ha evaporado [...]” (p. 474).

Si bien en otras épocas la academia fue especialmente fértil en la investigación de este tipo de asuntos²⁸, en la coyuntura actual parece estar más interesada en otros temas²⁹, aunque debe reconocerse que los recientes avances en neurociencias resucitaron en la doctrina de la década pasada un interés en estas cuestiones³⁰. Sin embargo, es inocultable que la producción en relación con la culpabilidad es significativamente menor a aquella que atañe a asuntos del injusto.

Por supuesto, existe la posibilidad de que la relativa escasez se deba a un sentimiento generalizado de superación de las cuestiones fundamentales que pertenecen a esta categoría del delito³¹. Pero ello dista mucho de reflejar la realidad: en este asunto es muy poco lo que se ha superado y, en cambio, parece que cada vez se abren nuevas dimensiones de la discusión. No en vano, alguna vez J. Searle confesó, en medio de una entrevista sobre el tema, que

[...] tras todos estos siglos de preocupación sobre el asunto y de todas estas mentes brillantes escribiendo, pensando y debatiendo sobre ello, no me parece que hayamos hecho ningún progreso. En otros asuntos como consciencia, moralidad y derechos políticos sí me parece que hayamos avanzado. Pero en lo que respecta al libre albedrío estamos prácticamente en el mismo punto de cuando yo empecé a hacer filosofía³².

El del libre albedrío es, pues, “un tema siempre actual y siempre recurrente, que cada generación de penalistas debe reelaborar [...]”³³. Así las cosas, sospecho que la “cuestión determinista” está todavía igual de vigente³⁴ y continúa siendo igual de difícil de

28 Como lo advertía Jiménez de Asúa en la presentación de su Tratado, “Los volúmenes quinto y sexto se consagrarán por entero a la ‘Culpabilidad’. Acaso sea ésta una de las materias de mayor trascendencia en nuestra disciplina” (Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*, t. IV. 3.ª ed. Buenos Aires: Losada, 1976, p. 8). En Colombia, en su momento, Velásquez hizo una recapitulación del estado de la cuestión que evidencia lo afirmado en Velásquez, Fernando. “La inimputabilidad jurídico-penal: un fenómeno en crisis”, en *Nuevo Foro Penal*. n.º 22, 1983, pp. 715-731.

29 Coincido con el Prof. Molina en que se trata de “un punto esencial, aunque su importancia parece haberse ido olvidando en la actual teoría del delito”, en Molina, F., *op. cit.*, 2017, p. 737.

30 Un recuento en Díaz Arana, Andrés F. “La culpabilidad más allá de las neurociencias: ¿qué sigue?”, en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, vol. 3, n.º 1 (2020), pp. 13 y ss.

31 Jescheck, Hans. “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, en *Actualidad Penal*, n.º 6, feb., 2003, anotaba –de forma crítica– que un sector de la doctrina alemana lo considera “una etapa superada en la historia del Derecho penal, y consideran también por tanto el concepto de culpabilidad, en cualquiera de sus formas, como anticuado” (p. 183).

32 *Closer to Truth*. YouTube. Entrevista a John Searle. Septiembre 19, 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=973akk1q5Ws>.

33 Fernández Carrasquilla, Juan. “Culpabilidad y libertad de voluntad”, *ADPCP*, vol. LXVI, 2013, p. 100.

34 Mir Puig, S., *op. cit.*, 2016, p. 544 y Roxin, C., *op. cit.*, 1997, pp. 798-813, entre otros.

resolver; tanto, que para algunos parece imposible³⁵. Consciente de lo anterior, y a pesar de ello, en las páginas siguientes intento presentar un primer paso en la dirección del camino que considero que debería llevar a la respuesta.

I. AUTODETERMINACIÓN FUNCIONAL COMO FUNDAMENTO DE CULPABILIDAD

En lo que sigue, aspiro a reconstruir el camino que me lleva a afirmar que la consideración de la posibilidad que tenía el autor del injusto de obrar en contrario al momento de su comisión no desempeña ningún papel en la culpabilidad y es la autodeterminación, entendida como la ejecución de las propias funciones del agente, su verdadero fundamento. Para ello, intentaré explicar por qué creo que (1) la libertad es una forma de determinación, que (2) esta forma es la de autodeterminación funcional y que (3) ello consiste en el ejercicio de las propias funciones.

A. Libertad como una forma de determinación

¿Le era posible al autor de un injusto, llegado el instante respectivo, específico e irrepetible³⁶ de su comisión, optar, en cambio, por una conducta alternativa conforme a derecho? Durante siglos³⁷ hemos asumido como dogma que sí³⁸. Precisamente por ello hemos fundado la culpabilidad en este elemento *dogmático*. Creemos que los seres humanos, en general, son libres, en cualquier momento dado, de adoptar una decisión u otra, y que en ello se encuentra el contenido esencial del reproche al individuo por la comisión del injusto³⁹. Por eso, aquellos especiales eventos en que tal capacidad no es aplicable deben ser tratados como casos anormales.

35 V. gr., Perron, Walter. “Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 50, diciembre, 1990, p. 460: “una teoría de la culpabilidad libre de contradicciones y satisfactoria tanto desde el punto de vista ético como del de las ciencias sociales, no parece posible en este momento”.

36 Gimbernat, Enrique “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en Gimbernat, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990A, pp. 162 y ss. y Gimbernat, Enrique “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en Gimbernat, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990B, pp. 140 y ss.

37 Con detalle: Rowe, William. *Two concepts of freedom. Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 61, 1, 1987, pp. 43-64. Sin perjuicio de lo anterior, la discusión es casi tan antigua como la filosofía. Basta con referirse al importante desarrollo de la cuestión en el pensamiento estoico. Al respecto: Hankinson, R. J. “Efficient Causation in the Stoic Tradition”, en *Efficient Causation: a History*, Oxford, Oxford U. Press, 2014, pp. 54 y ss.

38 Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, t. 1: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 799. En filosofía, Frankfurt, Harry. Alternate Possibilities and Moral Responsibility, en *The Journal of Philosophy*, 66, n.º 23 (1969), p. 829. Sin duda, esta asunción tiene relación con “desdoblamiento de los criterios de valoración” al que hace referencia Pawlik, Michael. *La libertad institucionalizada*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, p. 113.

39 Expresamente: Welzel, H., *op. cit.*, 2004, p. 127.

Sin embargo, interesantes consideraciones apuntan a una conclusión contraria: todos, imputables o no, estaríamos determinados en nuestro proceso de toma de decisiones. Para algunos pensadores la pregunta relevante no es si estamos o no determinados, sino cómo lo estamos, de qué forma⁴⁰. En nuestro campo, destacadamente, Mir Puig ha defendido un concepto de imputación personal basado en la distinción entre condiciones motivacionales normales y anormales, compatible con el reconocimiento de la imposibilidad de que el sujeto pudiera haber “elegido” un curso distinto al emprendido. A su juicio, no es lógico pensar que ante los mismos impulsos el agente hubiera podido obrar de otra forma a la que lo hizo⁴¹. Desde esta perspectiva, entonces, pareciera que “el poder actuar de otro modo no representa papel alguno en la culpabilidad”⁴².

No obstante, esta visión no surge del resultado de la comprobación empírica de que cuando las circunstancias son similares la persona tiende a obrar de la misma forma. Tampoco es cierto, como a veces se le replica, que ella se escude en la imposibilidad que tenemos de viajar en el tiempo y verificarlo⁴³. Es más que una cuestión epistemológica y, por eso, es sumamente interesante: lo que sus defensores postulan es que para hablar de libertad, al menos una forma de determinismo es metafísicamente necesaria⁴⁴.

En su famoso escrito *Responsibility, Luck and Chance*, Robert Kane propone el siguiente ejemplo⁴⁵:

Jane se debate entre ir a vacacionar a Hawaii o a Colorado y, tras mucho pensarlo, opta por la primera opción; al mismo tiempo, en un mundo M_2 ,

-
- 40 Así para: Block, Ned. “If Perception Is Probabilistic, Why Does It Not Seem Probabilistic?”, *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, vol. 373, n.º 1755, 30 de julio de 2018; y Dennett, Daniel C. “Facing up to the Hard Question of Consciousness”, *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, vol. 373, n.º 1755, 30 de julio de 2018. En derecho penal: Feijóo Sánchez, Bernardo. “Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 2, 2011, p. 9.
- 41 Mir Puig, S., *op. cit.*, 2016, p. 555, cita textual en este escrito, antes, en nota 19.
- 42 Vid. Silva Sánchez, J. M., *op. cit.*, 2010, p. 663. Coincide, ante desde otra perspectiva, Feijóo Sánchez, Bernardo. “Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 2, 2011, p. 9.
- 43 Engisch, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2006, pp. 75-76. De acuerdo: Gimbernat, E., *op. cit.*, 1990A, p. 162 y ss. y Luzón Peña, D. *Ob. cit.*, 2012, p. 34, entre muchos otros.
- 44 En este sentido en específico, coincido con Kant en el carácter metafísico de la libertad. En verdad, la libertad se deduce del reconocimiento de categorías que no pertenecen al orden experimental. Vid. Kant, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Trad. M. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Secc. 3, IV, 455:13-16, p. 139.
- 45 Resumen del ejemplo original encontrado en Kane, Robert. “Responsibility, Luck and Chance”, *Journal of Philosophy*, vol. 96, n.º 5, 1999, pp. 220-221.

con exactamente la misma configuración que el mundo M_1 descrito anteriormente, Jane opta por viajar a Colorado.

¿Sería esto posible? ¿Que una misma persona, ante las mismas y exactas condiciones, adopte una determinación en contrario? Según Kane, si Jane pudiera elegir por igual entre Hawaii y Colorado llegado ese preciso instante y, dadas esas específicas circunstancias, ello significaría que nada existiría en el mundo que *determinara* la decisión de Jane⁴⁶. La aceptación de M_2 implicaría, entonces, que el azar dicta lo que es el caso en nuestro mundo⁴⁷.

La existencia, aun potencial, del mundo M_2 *implica* que el azar dictamina la configuración de la realidad para este mundo, algo que por lo general ha sido rechazado como fundamentación de la imputación de responsabilidad en nuestra tradición⁴⁸. La razón es sencilla: en nuestra actual configuración del sistema de atribución de responsabilidad basado en adscripciones de ámbitos de libertad y competencias⁴⁹, el azar desvirtúa –de forma más clara incluso que el determinismo– la

46 *Ibid.*, p. 222.

47 Parafraseo la conocida terminología empleada por Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Londres, Edinburgh Press, 1922, para abrir su tratado (p. 25).

48 Tal y como hace algún tiempo explicó, a modo de crítica, v. Liszt, Franz. “Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit – Eine Replik”, *ZStW*, n.º 18, 1898, p. 258: “[...] si nuestro comportamiento no estuviera determinado en modo alguno, la libertad solo sería posible [...] como un juego del azar”. En el mismo sentido: Welzel, Hans. *Derecho penal alemán. Parte General*, 11.ª ed., traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 174, entre tantos otros. A decir verdad, la incompatibilidad de la responsabilidad con el azar se remonta a una tradición de muy vieja data; en la discusión actual, buena parte de las posturas han sido influenciadas por la visión kantiana de la moral basada en criterios deónticos de imputación (Kant, 1784, p. 362). La trascendencia de su obra permearía el debate por siglos e incluso se encuentra presente en obras de obligada referencia en debate contemporáneo como *Moral Luck* (1979) de T. Nagel o el artículo homónimo de B. Williams (1981). Sin embargo, en las últimas décadas, autores como Adams (1985), Browne (1992), Fischer (1998), Kane (1999), Moore (1997 y 2009) y Hartman (2017), entre otros, han marcado una tendencia a aceptar el azar como factor relevante en la determinación de la responsabilidad moral. Quizás una de las posturas más conocidas sea la de R. Kane (“Libertarianism”, en Fischer, John *et al.* *Four views on Free Will*, Oxford, Blackwell, 2007), según la cual, a lo largo de la vida, cada quien incorpora el azar a la configuración de su propia persona de modo tal que la realización de sus fines sea posible, incluso, teniendo en cuenta los resultados solamente atribuibles a este. En ese sentido, el azar es un criterio de determinación de la propia organización y, así también, de la responsabilidad fruto de una organización inadecuada. Si bien no puede afirmarse que esta idea haya tenido el mismo nivel de desarrollo en el derecho penal, no es demasiado lejana a Kratzensch, GA 1989, 56 (citado por Roxin, C., *op. cit.*, 1997, p. 60, n.º 21; también citado por Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 210, n.º 175), aunque quizás la asociación más comúnmente se haga con la teoría de la responsabilidad por organización según ha sido desarrollada por Jakobs, G., *op. cit.*, 1997, p. 237.

49 Sobre esta caracterización y la fundamentación *iusfilosófica* que lo sostiene, por todos: Pawlik, Michael. Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Barcelona: Atelier, 2019, pp. 15 y ss. y pp. 48 y ss., esp. 49: “solo un orden de la libertad como autodeterminación encaja con

responsabilidad individual⁵⁰. No en vano se ha reconocido que una tal concepción de la voluntad humana –gobernada por el puro azar– acabaría destruyendo por completo las instituciones sobre las que se erige el derecho (como sistema, pero también como idea⁵¹).

Si se pretende afirmar que las decisiones que merecen alguna consideración de responsabilidad no son enteramente fruto del azar, debe reconocerse que era imposible que ante las mismas y exactas circunstancias Jane hubiera decidido viajar a Colorado. O, lo que es lo mismo, que el mundo M_2 es metafísicamente imposible. Esto es de la mayor importancia: si se reconociera, de todos modos, un espacio para que el agente se desprendiera en algún momento de todos sus condicionamientos y adoptara “libremente” otra decisión⁵², permanecería la pregunta: ¿qué determina dicha decisión? Si la respuesta es que no está determinada en modo alguno, en vez de indeterminismo, sería mejor referirse al azar.

Por eso, parece ser que el primer peldaño para defender alguna forma de libertad supone reformular la dicotomía “determinismo-indeterminismo” por aquella, mucho más precisa, de “determinismo-azar”. De esta manera, se evita caer en propias contradicciones y/o atribuirles injustamente a la contraparte en el debate⁵³. En definitiva, el planteamiento

una comunidad política de seres que actúan”; con detalle sobre la tradición filosófica, Pawlik, Michael. *La libertad institucionalizada*, pp. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 52 y ss.

- 50 Hörnle, Tatjana. *Guilt and Choice in Criminal Law Theory – A Critical Assessment*, en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 4, Issue 1, 2016, pp. 1-24, p. 9; Hassemer, Winfried, “Alternatividad al principio de culpabilidad”, *Doctrina Penal*, n.º 5, 1982, p. 236. También: Chrisholm, Roderick. “Responsibility and Avoidability”, en *Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*. Hook, Sidney (ed.), Nueva York, Collier, 1961, p. 158, entre muchos otros.
- 51 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *op. cit.*, 1968, p. 48, § 5.
- 52 Me refiero a la postura que, de manera especialmente característica, encarna el siguiente pasaje de Luzón Peña, Diego-Manuel. *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, en *InDret*. Julio de 2012, n.º 3, p. 35: “[...] la voluntad consciente del hombre tiene capacidad de elegir entre posibilidades, y concretamente en el caso del delito, de controlar sus impulsos y condicionantes, de frenar y reprimir sus tendencias e intereses antisociales e ilícitos y por tanto de motivarse y determinarse conforme a la norma penal [...]”. Es, evidentemente, un pensamiento que –de fondo– es bastante común y, aunque se exprese de distintas maneras (con detalle, en Díaz Arana, Andrés Felipe. *Las mentes libres en el derecho penal*, en *InDret*, 1 (2016), pp. 24 y ss.), se resume en que un desenlace alternativo era posible en la medida en que el agente hubiera empleado “más fuerza de voluntad” (Engisch, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, trad. José Luis Guzmán. B de F.: Buenos Aires, 2006, p. 79).
- 53 Tiene razón Maurach en que “Imputabilidad y culpabilidad son incompatibles tanto con el estricto indeterminismo como con el extremo determinismo. A pesar de ello, cada de uno estos dos puntos de partida pretenden para sí una tal compatibilidad que rechaza para el criterio adverso”, en Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, p. 97. También así en Maurach, Reinhart. *Derecho penal: Parte general*, tomo 1: *Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 600, en donde hace referencia a las obras de

del problema en estos términos conduce por un camino que, aunque no lleve directamente a la solución, sí permite construir consensos y, en ese sentido, avanzar hacia ella.

Desde la perspectiva que aquí se defiende, como se ha anticipado ya, “la cuestión decisiva no radica en si un acto es determinado, sino cómo es determinado, si viene determinado por mí mismo, por mis propias creencias y deseos, o si es determinado por factores externos. La determinación por el yo, por mí mismo, es simplemente, por definición, autodeterminación”⁵⁴. Aquí, los famosos “casos de Frankfurt”⁵⁵ pueden resultar ilustrativos –o, cuando menos, provocativos–. Por poner alguna versión de uno de los más conocidos⁵⁶:

Un sádico neurocirujano implanta un chip en uno de sus pacientes para que, llegado el momento, mate a su enemigo. Sin que el primero lo sepa, su enemigo lo es, también, de su paciente. Por eso, al verlo, este inmediatamente da muerte a aquél, sin necesidad de que el neurocirujano active el chip. Hace parte del ejemplo la premisa de que era imposible que ocurriera un desenlace alternativo (esto es, que no lo matara de la forma que lo mató en el momento en que lo mató), pues el chip se habría activado justo en el instante mismo de la realización del acto cometido.

El caso así presentado resulta algo estrambótico, pero se trata de una situación que ha sido debatida recurrentemente en la historia de la filosofía moral. Desnudado de sus “extravagantes detalles”⁵⁷, no dista mucho del ejemplo de quien duerme

Nowakowski, Henkel y Arthur Kaufmann al respecto. En parte, coincide Hassemer, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, en Cuadernos de Política Criminal, 18 (1982), pp. 479-480: “La polémica sobre la libertad de voluntad es, por tanto, totalmente irrelevante para el principio de culpabilidad, porque incluso una posición indeterminista es incapaz de ayudarle a suministrar un fundamento al reproche de culpabilidad”.

- 54 Pauen, Michael. “Autocomprensión humana, neurociencia y libre albedrío: ¿se anticipa una revolución?”, en AA. VV. *El cerebro: avances recientes en neurociencia*. Rubia, F. (ed.), Madrid, Complutense, 2009, p. 142.
- 55 Más que algún caso en particular, la fórmula de construir casos similares a partir de los cuales gira la discusión se volvió la usanza en el debate de finales del siglo pasado (incluso, hoy). Por todos: Fischer, John. “The Frankfurt Cases: The Moral of the Stories”, *Philosophical Review*, vol. 119, n.º 3, 2010, pp. 315-336.
- 56 Resumen del ejemplo publicado en Frankfurt, Harry. “Alternate Possibilities and Moral Responsibility”, *The Journal of Philosophy*, vol. 66, n.º 23, 1969. Similar en Frankfurt, Harry. “What we are Morally Responsible For”, en AA. VV. *How Many Questions?* Cauman, L. et al. (eds.), Indianapolis, Hackett, 1983, p. 322. Para una reflexión detallada sobre las implicaciones del principio de posibilidades alternativas y, más generalmente, la crítica de FRANKFURT a este, en derecho penal, *vid.*: Hörnle, Tatjana Hörnle, Tatjana. Guilt and Choice in Criminal Law Theory – A Critical Assessment, en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 4, Issue 1, 2016, pp. 1-24.
- 57 Kane, Robert. “Response to Fischer, Pereboom and Vargas”, en Fischer, R. et al. *Four views on Free Will*, Oxford, Blackwell, 2007, p. 168.

plácidamente mientras ha sido encerrado sin saberlo⁵⁸, del perro que corre felizmente detrás de la carroza a la cual ha sido atado⁵⁹ o, claro, del mito de Edipo, por nombrar algunos. La predeterminación, el destino, la divina providencia y, en general, la negación de las posibilidades alternativas por factores ajenos al individuo han motivado todo tipo de ejemplos (unos más llamativos que otros) en la historia del debate, que siempre llevan a la misma pregunta: ¿puede ser tenido por responsable quien, de todos modos, no hubiera podido obrar en contrario?

En el ejemplo planteado, Frankfurt propone que debe hacerse responsable al paciente, pues, aunque el chip implantado le imposibilitaba una conducta alternativa, *este* homicidio fue producto de su propia (o *auto*) determinación. Esto es así, por cuanto lo verdaderamente relevante para la libertad no es la relación (o ausencia de relación) con respecto a desenlaces alternativos, sino el sentido de “pertenencia” que pueda atribuirse al autor frente al concreto resultado⁶⁰. La pregunta, entonces, no es si existía una posibilidad alternativa (en un universo paralelo) que llevara a un resultado diferente, sino si, en el caso concreto, podemos atribuir al autor el desenlace ocurrido⁶¹. En otras palabras, si podemos reconocer *este* resultado como su obra.

Según entiende Prinz, quienes demandan la comprobación de la posibilidad de haber obrado en contrario en cualquier situación dada “se basarían en el malentendido de entender la libertad de voluntad como mera ausencia de determinación causal, cuando en realidad la libertad de voluntad va mucho más allá y exige sujetos como autores autónomos de sus acciones provistos de una voluntad propia [...]”⁶². Como bien describe Fletcher, “una libertad sin causa sería un caos y simplemente una cuestión aleatoria, una especie flotante, impredecible en un conjunto de posibilidades arbitrarias”⁶³.

Ducasse ha sabido expresar esta misma idea en muy buenos términos:

La decisión de entregar el dinero de uno al atracador que lo confronta a uno con la elección “Tu dinero o tu vida” no se toma libremente, sino por obligación; mientras que la decisión de elegir, digamos, pastel de manzana

58 Locke, John. *An Essay Concerning Human Understanding*, Indianapolis, Hackett, 1996, original 1689.

59 Séneca. *Epistulae Morales ad Lucilium*. 107.10.

60 Husak, Douglas, *op. cit.*, 1987, p. 118.

61 En contra: Van Inwagen, Peter. “Ability and Responsibility”, *Philosophical Review*, vol. 87, n.º 2, 1978, pp. 201 y ss.; y Fischer, John. “Responsibility and Control”, *Journal of Philosophy*, vol. 79, n.º 1, 1982, p. 24, entre las principales.

62 Prinz, Wolfgang. *Psychologische Rundschau*, 2004, p. 199. Citado por: Demetrio, E., *op. cit.*, 2011, p. 8.

63 Fletcher, George. *Gramática del Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 369.

en lugar de pastel de cereza en el restaurante es, suponiendo que a uno le guste el pastel de manzana, un ejemplo de lo que se llama una decisión libre.

Así, la suposición que subyace tácitamente en la mayoría de las discusiones sobre el “libre albedrío” y el determinismo, es decir, la suposición de incompatibilidad entre, por un lado, el determinismo en el sentido de universalidad de la causalidad y, por el otro, la libertad en el sentido en el que el hombre ciertamente tiene libertad -en muchos casos- es una suposición totalmente errónea. Surge de la falta de análisis del significado que tienen los términos en cuestión en los contextos específicos en los que se emplean⁶⁴.

Consideraciones como esta llevaron a la absolución en casos famosos como “R v. Kennedy”⁶⁵ o “People v. Kevorkian”⁶⁶, que hicieron doctrina en la tradición anglosajona, y no distan demasiado de los postulados teóricos que, en la nuestra, orientan la imputación objetiva del injusto. De hecho, es curioso que en la parte “objetiva” del injusto la doctrina se haya desprendido significativamente del paradigma de la causalidad hipotética como criterio de imputación del resultado⁶⁷ y, en cambio, se siga recurriendo a esta (en la forma de la posibilidad de un comportamiento alternativo) para fundamentar la culpabilidad. Las dos partes del delito no pueden ser tan distintas entre sí como para que requieran mantener dos concepciones contrarias sobre el rol que desempeña la causalidad en la determinación de la responsabilidad.

Bien entendida, la afirmación de la libertad no requiere la consideración de hipotéticos desenlaces alternos⁶⁸. De hecho, incluso si se aceptara la posibilidad abstracta de su ocurrencia, ello en nada cambiaría lo que se necesita para reconocer,

64 Ducasse, C. J., *op. cit.*, 1961, p. 166.

65 El resumen en Herring, Jonathan. *Criminal Law. Text, Cases, and Materials*. Sexta edición, Reino Unido, Oxford, 2012, p. 89. Específicamente, sobre la relevancia de esta decisión para la consideración del libre albedrío, Allen, Michael. *Textbook on Criminal Law*. 12 edition. United Kingdom: Oxford, 2011, especialmente, p. 51 y ss.

66 El resumen en Singer, Richard y La Fond, John. *Criminal Law*. Sixth edition, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p. 154.

67 En Colombia, *vid.*: Reyes Alvarado, Yesid. “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *ADPCP*, t. XLV, fasc. III, sep.-dic., 1992; *id.* “Causalidad y explicación del resultado”, *Derecho penal contemporáneo*, n.º 14, 2006; López Díaz, Claudia. “La teoría de la Imputación Objetiva”, *Imputación objetiva y dogmática penal*. Mireya Bolaños (comp.), Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, pp. 130 y ss. y Ruiz López, Carmen. *La graduación del delito imprudente*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 191, entre otros.

68 Coincido con Hörnle, Tatjana. *Guilt and Choice in Criminal Law Theory – A Critical Assessment*, en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 4, Issue 1, 2016, pp. 1-24, p. 12, en que la afirmación de libertad “no requiere asunciones adicionales acerca de las elecciones [...]”.

respecto de un agente, la responsabilidad por lo ocurrido⁶⁹. Un buen ejemplo de esto es el que pone Kane respecto del asesino del primer ministro:

Considere un asesino que está tratando de dispararle al primer ministro, pero podría fallar debido a algunos eventos indeterminados en su sistema nervioso que pueden provocar una sacudida de su brazo. Si el asesino logra dar en el blanco, a pesar del indeterminismo, ¿puede ser considerado responsable? La respuesta es claramente sí porque intencional y voluntariamente logró hacer lo que estaba tratando de hacer: matar al primer ministro⁷⁰.

En sentido general, entonces, es válido avanzar refiriendo la libertad al conjunto de condiciones envueltas en reconocer a la persona como un agente responsable⁷¹. Esto, en sí mismo, no soluciona el problema, pero sí permite despejar un poco el panorama. A partir de esta idea, puede reconocerse sin inconveniente que la libertad sobre la cual debe operar el derecho penal no puede construirse desde la pura indeterminación. Y, si ello es así, es claro que la libertad individual no solo no se opone al determinismo, sino que, de hecho, requiere que este sea –en alguna medida– el caso⁷².

B. Libertad como autodeterminación funcional

El segundo peldaño en la construcción de un concepto de libertad que permita la operatividad de sistemas normativos de atribución de responsabilidad –como el derecho– consiste, entonces, en encontrar la *forma* de determinismo de la que esta hace parte.

Al respecto, puede establecerse, de entrada, que en algún sentido existen dos formas distintas de determinación⁷³: *heterodeterminación* –determinación por hechos, eventos, acciones, circunstancias, etc., no atribuibles al agente⁷⁴– y *autodeterminación*

69 Coincido en esto con Feijóo Sánchez, Bernardo. “El derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo”, en Gómez, V. *et al.* (coords.), *op. cit.*, 2022, p. 597.

70 Kane, Robert. “Agency, Responsibility, and Indeterminism: Reflections on Libertarian Theories of Free Will”, en Campbell, *op. cit.*, 2004, p. 79.

71 Como propone: Fischer, John M. “Compatibilism”, en Fischer, J., *op. cit.*, 2007, pp. 44-85.

72 Davidson, Donald. “Freedom to Act”, en AA. VV. *Essays of Freedom of Action*, Honderich, T. (ed.), Londres, Routledge, 1973, pp. 137: “Hobbes, Locke, Hume, Moore, Schlick, Ayer, Stevenson y una serie de otros han hecho lo que se puede hacer, o hubo necesidad de haber hecho, para dispar las confusiones que pueden hacer parecer al determinismo opuesto a la libertad”; También así Ducasse, C. J., en Hook, Sidney (ed.) *op. cit.*, 1961, p. 169; Strawson, Peter, *op. cit.*, 1962, p. 7. Expresamente, en derecho penal, Welzel, Hans, *op. cit.*, 2004, p. 143; Maurach, Reinhart, *op. cit.*, 1962, p. 98, y Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso, *op. cit.*, 1994, p. 434, entre muchos otros.

73 Tal y como lo expresa Pauen, M., *op. cit.*, 2009, p. 142.

74 Pawlik, M., *op. cit.*, 2016, pp. 33-36.

—determinación por el propio agente—. La primera difícilmente es compatible con la responsabilidad⁷⁵. En cambio, la segunda es ampliamente aceptada como la forma más acertada de comprender el sentido de libertad sobre el cual debe operar un sistema de atribución de responsabilidad individual como el derecho penal⁷⁶. De hecho, es de tal importancia que, en no pocas oportunidades, la autodeterminación del individuo se ha reconocido como el fin último del Estado de derecho⁷⁷.

El camino hacia la solución a la cuestión determinista lleva a reconocer que la libertad que requiere el derecho penal no es de naturaleza empírica ni se ocupa de las leyes causales del mundo físico. Por el contrario, es de carácter atributivo y tiene que ver con “la habilidad única de las personas de ejercer control sobre su conducta de la máxima manera necesaria para la responsabilidad moral”⁷⁸.

Lo que resulta fundamental para posibilitar la operación de cualquier sistema normativo de atribución de responsabilidad es la constatación de que ante un estímulo determinado es esperable tal o cual resultado en el agente. Es con base en tal asociación como se construye la serie de expectativas en las que se fundan los mandatos cuya defraudación motiva un reproche (jurídico o moral). En otras palabras, “[s]e puede estar discutiendo eternamente a nivel filosófico sobre si tenemos un suficiente control sobre nuestro destino, pero la cuestión es si podemos entender que disponemos de posibilidades de control equivalentes (igualdad). Y eso es algo que se fija intersubjetivamente”⁷⁹.

75 Pero no está exenta de partidarios. Aunque minoría, algún sector defiende que eventos tradicionalmente no imputables al individuo —como la suerte, por ejemplo— sí debería, no obstante, generarle o exonerarle de responsabilidad. Con detalle: Kane, Robert., *op. cit.*, 1999.

76 Frank, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Buenos Aires, B de F, 2002 (originalmente publicado como *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* en 1907), hace más de un siglo, se refería a la “libre autodeterminación al delito” (p. 34) en una construcción de la culpabilidad que, contrario al pensamiento mayoritario para su época —y en abierta oposición a este— no identificaba, al menos totalmente, a esta categoría con una relación de naturaleza psicológica.

77 En filosofía política, incontables veces. Es una idea que permanece dominante desde el contexto del liberalismo ilustrado de Hobbes, Locke, Kant, Montesquieu y Rousseau —que desde distintas vías defendieron esta idea— hasta las construcciones contemporáneas en filosofía del derecho penal, como detalladamente destaca Pawlik, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, *InDret*, n.º 2, 2016, p. 11. Sin embargo, expresamente reconoce la “insuficiencia” de las instituciones públicas para asegurar —por sí solas— este objetivo y alega que, por ello, al ciudadano individual le atañe una corresponsabilidad por el mantenimiento de un estado de libertades. Con detalle: Pawlik, Michael, *op. cit.*, 2010; *id.*, *Ciudadanía y derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2016; *id.*, *op. cit.*, 2019. En la tradición anglosajona, por todos, Norrie, Alan. *Punishment Responsibility and justice. A relational critique*, Oxford, New York, 2000, pp. 2 y ss.

78 McKenna, Michael. Compatibilism, en Zalta, E. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford. ed. 2021 (otoño). Disponible vía web desde: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/compatibilism/>>.

79 Feijóo Sánchez, Bernardo. “El derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo”, en *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Gómez, V. et al. (coords.), Madrid, BOE, 2022, p. 604. También en Feijóo Sánchez,

El determinismo al que se refiere esta forma de funcionalismo, como se ve, no defiende que “los seres humanos son realmente como máquinas, programadas para actuar de una manera particular”⁸⁰. Por el contrario, defiende algo más cercano a lo que, con excepcional claridad y acierto, ha sabido expresar Kane en los siguientes términos: “El libre albedrío, tal como lo entiendo, es el poder de los agentes para ser los creadores y sustentadores últimos de sus propios fines o propósitos”⁸¹.

Ya lo decía, mucho tiempo atrás, Guardini:

La acción libre me pertenece de una manera especial y, además, mientras la realizo, me poseo también a mí mismo de una manera igualmente especial. Tal acción no sólo acaece a través de mí, sino que procede de mí. Y no sólo procede, sino que tiene en mí propia y realmente su principio, de tal manera, que yo soy dueño de él. En su ejecución no soy causa, sino autor, no un ‘algo’ que obra, el cual remitiría, como tal, a otros ‘algos’, sino un ‘yo’, una persona que es en sí, consciente de sí y poderosa por sí misma.

En la acción libre me pertenece la acción de una manera única; y a la vez en ella me pertenezco yo a mí mismo. La acción libre es la manera esencial como realizo mi ‘yo’, mi ser personal⁸².

La atribución de responsabilidad, entonces, no significa el reconocimiento de que el agente en otro mundo hipotético pudiera haber obrado en contrario, sino, más bien, el reconocimiento de que el evento que sí ocurrió en este mundo estuvo determinado por él⁸³. En nuestro campo, Feijóo ha sabido expresar esta idea muy claramente: “El concepto clave para la culpabilidad no es in-determinación, sino auto-determinación”⁸⁴.

Bernardo. Sobre el fundamento material de la culpabilidad, en Reyes, Y. *et al.* (eds.). *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2022, p. 628.

80 Como caracteriza, críticamente: Fletcher, George, *op. cit.*, 2007, p. 365.

81 Kane, Robert, *op. cit.*, 2004, p. 70.

82 Guardini, Romano. Libertad, gracia y destino. San Sebastián: Dinor, 1954, pp. 14-15. Se encuentra una referencia, en derecho penal, en Sauer, W., *op. cit.*, 1956, p. 78.

83 ¿Y si alguien me lavó el cerebro (al estilo del famoso ejemplo de Mele, Alfred. *Autonomous Agents*, Nueva York, Oxford University Press, 1995, p. 145) o si, tras una larga conversación, fui convencido y cambié las preferencias que determinaron mi toma de decisión? ¿Eso importa? Si la decisión es fruto de mi propia determinación, es tan mía como puede serlo (o, al menos, como el derecho puede reconocerlo).

84 Feijóo Sánchez, Bernardo. “El derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo”, en Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo. Gómez, V. *et al.* (coords.), Madrid, BOE, 2022, p. 604; También en Feijóo Sánchez, Bernardo. Sobre el fundamento material de la culpabilidad, en Reyes, Y. *et al.* (eds.). *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2022, p. 628. Coincide, aunque desde otra perspectiva,

Ciertamente, el sentido de libertad que tiene relevancia jurídico-penal no tiene que ver con una génesis espontánea, sino con su determinación por parte de un sujeto responsable⁸⁵. En ese sentido, coincido con Jakobs en que “[n]i lo que junto con él es causa [...] ni lo que a través de él es causa [...] tienen validez [...] sólo él, al autor, se define, [sic] como causante *per se*”⁸⁶. Puesto en otros términos:

La autodeterminación así entendida permite afirmar que un acto es libre en este sentido mínimo si dicho acto se puede explicar haciendo referencia a las preferencias del autor. Si el acto viene determinado por “mis” preferencias se trata de un acto autodeterminado, de lo que se inferiría que la determinación no interfiere en la capacidad de llevar a cabo actos autodeterminados⁸⁷.

Desde esa perspectiva, parece claro que el derecho penal requiere una construcción normativa de la libertad a partir del concepto de autodeterminación que posibilite la atribución de expectativas con base en las cuales la sociedad funciona, y no solo la comprobación empírica de las leyes que rigen los sucesos naturales. Por lo tanto, “si ser libre se ha entendido tradicionalmente no como carecer de causas determinantes de la propia acción (ya hemos visto que en ese caso no se podría hablar de libertad sino de aleatoriedad), sino ser uno mismo la causa, en sentido jurídico ello significa que la culpabilidad tiene que ver con la capacidad de autodeterminación, es decir, la libertad de auto-organización”⁸⁸.

La libertad así entendida no es, propiamente, el ejercicio de una facultad que pertenece a un orden real-inmaterial interno e incommunicable del individuo (al estilo de los *qualia* referidos por los realistas en la filosofía de la mente⁸⁹), sino, más bien, un acuerdo de la sociedad en relación con qué se puede esperar ordinariamente de una persona y qué no: “Así, el problema de libertad y determinismo es, en su base, un problema acerca de la reconciliación de actitudes que tenemos frente a nosotros mismos [...]”⁹⁰.

Zaffaroni, Eugenio. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ª edición, Buenos Aires, Sociedad Anónima, 2002, p. 672.

85 Weatherford, R., *op. cit.*, 1995, p. 292.

86 Jakobs, Günther. Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. *Über die Behandlung von Willensfehlern und von Wissensfehlern*, en ZStW101 (1989), en Jakobs, G. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 130, nota 5.

87 Pauen, Michael. “Autocomprensión humana, neurociencia y libre albedrío: ¿se anticipa una revolución?”, en Rubia, F. (ed.), *El cerebro: avances en neurociencia*, Editorial Complutense, Madrid, 2009, pp. 135-152, esp. p. 140.

88 Feijóo Sánchez, B., *op. cit.*, 2011, p. 42.

89 Nagel, Thomas. “What is it like to be a Bat?”, *Philosophical Review*, vol. 83, n.º 4, 1974, pp. 435-456.

90 Campbell, Joseph Kiem, O’Rourke, Michael y Shier, David. “Freedom and Determinism: A Framework”, en AA. VV. *Freedom and Determinism*. Campbell, J., O’Rourke, M. y Shier, D. (eds.), Cambridge, MIT Press, 2004, p. 1.

Esto puede sonar, en principio, extraño. Quizás lo más natural sea entender que la expectativa que la sociedad tenga del comportamiento de alguien es una cosa y la libertad que cada uno tiene de cumplir esas expectativas es otra: alguna persona dada podría, voluntariamente, decidir defraudar a la sociedad y, no por eso, su comportamiento dejaría de ser libre. De hecho, el delincuente defraudó a la sociedad, justamente porque libremente eligió hacerlo y, por eso mismo, ha de ser sancionado.

Sin embargo, la comprensión de la libertad como el ejercicio de la propia voluntad, aunque tradicional⁹¹, no resulta adecuada a los fines del derecho penal. La facultad de hacer lo que la propia voluntad dicta no es lo que nos separa, en estricto sentido, del resto de la fauna. Cualquier animal “hace lo que quiere”: duerme cuando está cansado, come cuando tiene hambre. Pero eso no significa que los perros callejeros o los leones salvajes sean “libres”⁹². La libertad, lejos de ser el ejercicio de la propia voluntad, parece estar asociada, más bien, al reconocimiento de una cierta expectativa⁹³ de comportamiento que la sociedad mantiene en relación con alguien –a quien se le reconoce como “libre”– y que no mantiene respecto de otras personas, seres o eventos: “[...] no es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella”⁹⁴. La sociedad *espera* del hombre un comportamiento distinto del perro y, solamente para ese fin, le reconoce al primero libertad.

Pero estas expectativas no son, necesariamente, las de acatar las normas (esos serían, más bien, los deseos de la sociedad); en el sentido aquí planteado, una expectativa se refiere a algo que, ordinariamente, se puede esperar. Algunas defraudaciones de la norma son esperables, mientras que otras sorprenden. Se puede esperar, por ejemplo, que una persona que va tarde a una cita acelere su vehículo automotor por encima del límite de velocidad. Otra cosa sería que, para llegar temprano, decidiera irse volando y se arrojara del balcón. En esas condiciones, cualquiera diría que algo “extraño” debería estarle ocurriendo.

91 Cfr. Sánchez-Ostiz, Pablo. La libertad en el derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos *libertad*?, en *InDret*, 1 (2014), p. 20.

92 Vieja discusión sobre el papel del derecho frente a la determinación de conductas a través del castigo. Cfr. Hommel, Carl. *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen*, 2.ª ed., 1772 (reimpresión, 1970), § 112. Citado por: Schünemann, Bernd. “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva”, en Silva Sánchez, J. (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona. Bosch, 1997, p. 97.

93 En esto coincido con Günther Jakobs. “El principio de culpabilidad”. Manuel Cancio Meliá (trad). Original, “Das Schuldprinzip” (1992), *ADPCP*, t. XLV, fasc. III (1992a) y Jakobs, Günther. “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal”. Joaquín Cuello Contreras (trad), *ADPCP*, t. 42, Fasc/Mes 2, 1989. Sin embargo, no estoy de acuerdo en que el concepto de libertad sea completamente *independiente* del plano que llama “ontológico”.

94 Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. 9.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 379.

Nótese que, en el primer caso, aunque no pueda justificarse, el comportamiento es explicable desde el ejercicio de las funciones que, normalmente, se reconocen en los demás. El segundo, en cambio, resulta –desde esa perspectiva– inexplicable. Parece que así, con base en la atribución de unas expectativas de comportamiento, se suele distinguir entre el “normal” y el “anormal”. Ello no significa que el uno esté más determinado que el otro, ni que el uno sea “libre” y el otro no, sino solo que alguno opera con base en unas funciones que “a ojos del común” no son esperables⁹⁵. Esto en nada cambia la consideración frente a la autodeterminación del injusto, pero sí debería llevar a una distinción en la forma en que se reacciona ante esta.

Creo que muchas de las infértiles discusiones en la historia del debate sobre la posibilidad de obrar en contrario como fundamento de la culpabilidad empezarían a solucionarse si se reemplazara la pregunta “¿era libre el delincuente?” por “¿fue el injusto determinado por el delincuente?”. Por eso, con seguridad, resulta más conveniente al derecho abandonar el término “libertad” y, en cambio, reemplazarlo con el que para todos sus efectos en el derecho penal debe ser su equivalente funcional: autodeterminación⁹⁶.

El término “autodeterminación”, en sí mismo, no expresa relación alguna entre la psiquis y la materia, entre mente y cerebro, alma y cuerpo, etc. Tampoco, por tanto, denota una configuración neuroanatómica determinada. Es, por el contrario, de contenido normativo: expresa una norma (o, más bien, un conjunto de normas de comportamiento que rigen a los hombres; que les dictan cómo *deben* determinarse).

Como se ve, el sentido de libertad con base en el cual debe operar el derecho penal es de carácter normativo-atributivo, pues no pertenece al mundo regido por la causalidad física ni, por lo tanto, requiere de una comprobación empírica. Una libertad defendida con base en estos postulados no es derivable de lo que ocurre en el mundo físico, ni depende de resultados de estudios sobre el cerebro. Reivindica al individuo como dueño de sus actos en tanto estos se encuentran determinados por aquel. Ella es, en breve, una libertad entendida en clave de la *autodeterminación*.

Llegado a este punto, solo cabe preguntarse: ¿qué significa estar “autodeterminados”? La respuesta es el tercer y último⁹⁷ peldaño en la reconstrucción del concepto de libertad sobre el que se debe fundar el derecho penal. Veamos.

95 Sánchez-Ostiz, Pablo. La libertad en el derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos *libertad*?, en *InDret*, 1 (2014), se refiere a “razones atendibles” (p. 21).

96 Ya lo decía Maurach, Reinhart. *Derecho penal: Parte general 1: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 605: “[...] la capacidad de autodeterminación del hombre debe reconocerse como presupuesto de la capacidad de imputabilidad y por ello (en el caso de su insuficiencia) como presupuesto de todo juicio de culpabilidad. Pero, además, se explica también, más allá de la simple fórmula de la reprochabilidad, la esencia material de la culpabilidad”.

C. Autodeterminación funcional como ejecución de las propias funciones

Parece que la solución a la cuestión determinista continúa su camino a través del reconocimiento de que la libertad que requiere un sistema para operar no tiene por qué coincidir con aquella sobre cuya base funcionan los demás⁹⁸. Como ya se ha dicho antes, para los fines que persigue este escrito, el sentido de libertad que se requiere es de carácter atributivo-normativo y tiene que ver con el reconocimiento del evento desvalorado –injusto, en el caso del derecho penal– como una determinación de la persona. La libertad, en ese sentido, no se “descubre”, sino que se adscribe; no se “prueba”, sino que se construye⁹⁹.

Un evento puede ser adscrito a un agente cuando se reconoce que corresponde al ejercicio de sus propias funciones. Como se ha dicho ya, consideramos a alguien “libre”, no porque haya obrado sin condicionamientos, sino porque los condicionamientos que lo llevaron a tomar (y ejecutar) la decisión respectiva se atribuyen a su propia persona. Como brillantemente lo expresó hace años Sauer, “no existe una ‘libertad’ que signifique una libertad de los motivos”¹⁰⁰. Por eso, cuando alguien decide algo, no creemos que carezca de motivo ni razón suficiente, sino que ello ha sido una *determinación* de la persona¹⁰¹.

97 Como explica Hassemer, Winfried, *op. cit.*, 2011, p. 10: “[n]o puede haber más conocimiento sobre la libertad ajena (¡y la propia!), y más importante, “tampoco es necesario más conocimiento para cumplir la misión central del Derecho penal de hacer posible una imputación justa”.

98 Hörnle, Tatjana. Guilt and Choice in Criminal Law Theory – A Critical Assessment, en Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 4, Issue 1, 2016, pp. 1-24, p. 4. También así, expresamente: Sánchez-Ostiz, Pablo. Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. Buenos Aires: B de F, 2018, p. 78.

99 Coincido en esto con Roxin, *op. cit.*, p. 808: “La suposición de libertad es una aserción normativa; una regla social del juego, cuyo valor social es independiente del problema de la teoría del conocimiento y de las ciencias naturales”. También con Jakobs, Günther. Culpabilidad jurídico-penal y ‘libre albedrío’, en Feijóo, B. (ed.). Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias. Madrid: Civitas, 2012, p. 208: “En algún aspecto, como se sabe, toda conexión cerebral es de algún modo única. Sean cuales sean las respuestas, queda claro que la situación en las cabezas no conduce directamente a la solución” (p. 208). Es un pensamiento de vieja data, pues ya decía Mezger que “La aspiración de la “concepción normativa de la culpabilidad” consiste en ascender de las meras relaciones psicofísicas externas a aquellos valores sobre los que descansa la esencia eterna del Derecho” (Mezger, Edmund. Modernos aspectos de la imputabilidad, en ADPCP, fasc. 3 (1956), p. 442). Más recientemente, así también: Pawlik, Michael, *op. cit.*, 2016, pp. 33 y ss. Algo similar defiende Sánchez-Ostiz, Pablo. La libertad en el derecho penal, en *InDret*, 1 (2014), p. 26, aunque su concepto de “voluntariedad” es sustancialmente diferente. Posterior, con ligera variación (como la introducción de la “convicción” como elemento adicional a la “volición” y “voluntariedad” en el concepto de libertad): Sánchez-Ostiz, Pablo. Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. Buenos Aires: B de F, 2018, p. 80.

100 Sauer, W., *op. cit.*, 1956, p. 79.

101 Como acertadamente destaca Mir Puig, S., *op. cit.*, 2016, pp. 555-556.

Merkel supo expresar muy bien esta idea general, en los siguientes términos:

Solamente puede ser sujeto de un delito aquel individuo cuya voluntad puedan atribuirse desde el punto de vista penal ciertos salientes acontecimientos, por proceder de la misma y caracterizarla, afecto de lo cual se ponen a cuenta y a cargo de ella. El conjunto de las propiedades de un individuo que son decisivas en esta materia en el sentido de nuestro derecho vigente, constituye su imputabilidad y culpabilidad¹⁰².

A diario, cada quien opera con base en unas funciones que ha configurado a lo largo de su vida, justo hasta el irrepetible momento en el que ellas se ejecutan. Una disposición funcional típica consiste en el comando {si [a] entonces [b]}¹⁰³. Por ejemplo, {si [*hace frío*] entonces [*saco una chaqueta*]} o {si [*hace calor*] y [*es día feriado*], entonces [*bebo una cerveza fría*]}. Por supuesto, en la vida real las determinaciones se adoptan de forma mucho más compleja que lo que aquí podría expresarse (y, seguramente, de lo que cualquiera podría conocer). Pero, en esencia, la idea es que siempre existe un conjunto de antecedentes, complejo e irrepetible como es, que determina el comportamiento que asociamos a una persona. Expresado en negativo: es la negación de que ante el conjunto [a], las salidas [b] y [no b] sean ambas, simultáneamente, posibles.

Ahora, que los agentes hayan obrado con base en tal o cual función específica, no es, en sí mismo, tampoco, producto del azar. Como bien ya lo había expresado tiempo atrás Maurach:

La voluntad no es libre, en el sentido de formarse en alguna medida sin presupuesto alguno, dentro de un vacío; al contrario, la formación de voluntad no puede ser imaginada independientemente de la situación personal y social del individuo. Las predisposiciones y las influencias del medio ambiente (las últimas especialmente en virtud del proceso de socialización) subyacen en toda formación de voluntad¹⁰⁴.

Está claro que la experiencia pasada y factores de distinta naturaleza seguramente influyen en la configuración de las funciones sobre las cuales opera el agente, pudiendo desembocar en la adopción de la función {si [a] entonces [c]} en reemplazo de {si [a] entonces [b]}. Esto no es en modo alguno novedoso, pues ya ha

102 Merkel, Adolf. Derecho penal, t. I, trad. Pedro Dorado. Madrid: La España Moderna, 1910, p. 75-76.

103 Fischer, John, *op. cit.*, 2007, p. 49: “Este análisis compatibilista de la libertad (o el tipo distintivo de posibilidad relevante para la deliberación y la responsabilidad) se denomina “análisis condicional” porque sugiere que nuestra libertad puede entenderse en términos de ciertas declaraciones condicionales (declaraciones ‘si – entonces’)”.

104 Maurach, Reinhart, *op. cit.*, 1994, p. 589.

sido expresado, aunque de distinta forma, antes¹⁰⁵. No en vano, actualmente es pacífico aceptar que, en la consideración de la culpabilidad individual, deben ser tenidos en cuenta factores de distinta naturaleza, incluyendo la “condescendencia ante debilidades humanas”¹⁰⁶, o las condiciones sociales que envuelven a la persona¹⁰⁷. En todo lo que comprende la decisión de una persona, incide desde su pasado familiar, historia personal, creencias religiosas, valores y convicciones políticas, hasta “cambios de perspectiva irracionales y no deseados debido al crecimiento, el envejecimiento, el enamoramiento, la soledad, la paternidad, las hormonas, el Prozac o la fatiga”¹⁰⁸.

-
- 105 De acuerdo, expresamente, Mir Puig, S., *op. cit.*, 2016, p. 554 y, antes, en *id. El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, Ariel, 1994, pp.81-82. Esta postura corresponde con una línea de pensamiento de vieja data, como bien reseña Engisch, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*. José Luis Guzmán Dalbora (trad. y notas), Buenos Aires, B de F, 2006, p. 65.
- 106 Silva Sánchez, J. M., *op. cit.*, 2010, p. 662, aunque en nota al pie expresamente aclara que eso no significa que niegue (ni necesariamente deba afirmarse) la existencia del libre albedrío. En parte, de acuerdo con la influencia de factores variopintos en la determinación individual Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Claridad, 1968, p. 186, § 206: “[...] influyen en esto el temperamento (*naturell*), el nacimiento y las circunstancias”, aunque seguidamente reconoce que “la última y esencial determinación reside en la opinión subjetiva y en el albedrío particular”.
- 107 Vid. Zaffaroni, Eugenio *et al.* *Derecho Penal. Parte General*. 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002. Crítica en Hormazábal Malarée, Hernán. “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XVIII, n.º 2, diciembre de 2005, p. 175. Desde otra perspectiva, también: Pawlik, Michael. “Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano”. *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 117 (julio-diciembre de 2023), pp. 26 y ss.; Silva Sánchez, Jesús-María. *Malum passionis*. Barcelona: Atelier, 2018, pp. 67 y ss.; Cigüela Sola, Javier. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Tirant lo Blanch: Valencia: 2019, pp. 198 y ss.; Orozco, Hernán. *Exclusión social, criminalidad y reacción estatal*, en Reyes, Y. *et al.* (eds.). *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2022, pp. 165 y ss., entre otros. En la tradición anglosajona: Asworth, Andrew; Horder, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. Seventh edition, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 24 y ss.
- 108 Arpaly, Nomy. “Which autonomy?”, en Aa. Vv. *Freedom and Determinism*, Campbell, J., O’Rourke, M. y Shier, D. (eds.), Cambridge, MIT Press, 2004, p. 184. Esto es algo que tiene mayor aceptación en la tradición anglosajona que en la nuestra. Así, v. gr., Lehrer, Keith. “Freedom and the Power of Preference”, en Campbell, J., O’Rourke, M. y Shier, D. (eds.), *op. cit.*, 2004, p. 56 y Jefferson, Michael. *Criminal Law*. 11.ª ed., Londres, Pearson, 2014, p. 251, entre otros. En un sentido general -no jurídico- esto puede tener conexión con la conceptualización de la libertad como responsabilidad del hombre por sí mismo que hace Sartre, Jean Paul. *El ser y la nada*. Buenos Aires: Iberoamericana, 1954, p. 339: “La consecuencia esencial de nuestras observaciones anteriores es que el hombre, al estar condenado a ser libre, lleva sobre sus hombros todo el peso del mundo; es responsable del mundo y de sí mismo en tanto que manera de ser”. Barnes, Hazel. *Sartre’s Ontology*, en Howells, Christina. *The Cambridge Companion to Sartre*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 33, complementa diciendo que “[...] No estamos destinados; somos autodeterminantes. Sin embargo, dado que existimos como cuerpos conscientes, interactuamos con el mundo y somos responsables de lo que hacemos en él y para él”.

Todo eso, y mucho más, es la persona. Pero ello no quiere decir que sea competencia del derecho penal explicar cómo nacen esas funciones¹⁰⁹ ni que reconocer la forma en que una persona determinó el injusto equivalga a justificarlo o, siquiera, disculparlo. No se puede desconocer que la responsabilidad deriva de reglas fijadas por el ordenamiento con arreglo a criterios que deben operar desde un plano distinto al de la ontología. En algún momento el derecho debe desprenderse de la individualidad del autor para fijar, con arreglo a estándares comunes, el fundamento del ejercicio del *ius puniendi*.

Pero eso no quiere decir que la libertad en que se basa la culpabilidad del individuo sea *exclusivamente* una aserción normativa¹¹⁰. Creo que Roxin la describe mejor como un “dato mixto empírico-normativo”¹¹¹. Es más que un acuerdo¹¹². Que la atribución de responsabilidad, en últimas, implique una aserción normativa no significa que deba descartarse el efecto que la realidad de las cosas tiene en la construcción de la norma¹¹³. Por eso, muy a diferencia de una caracterización enteramente normativizada, yo creo en una culpabilidad con contenido ontológico, es decir, que hay algo propio del individuo –representado en las funciones que expresan la forma en que se determina a sí mismo– que es su fundamento y objeto último de consideración. La razón por la cual una intervención estatal en la forma de pena en el caso de los inimputables no genera expectativa de cambio

-
- 109 Querer ir más allá es “poner en tela de juicio si esta imagen del hombre se corresponde realmente con la configuración o diseño biológico del cerebro, lo que con los solos conocimientos de un jurista es imposible”, en Demetrio, E., *op. cit.*, 2013, p. 245. Coinciden: Feijóo Sánchez, B., *op. cit.*, 2011, p. 3 y Hassemer, W., *op. cit.*, 2011, p. 6, entre otros. También, *grosso modo*, respecto del fondo y el sentido general de lo dicho, Maurach, R., *op. cit.*, 1994, p. 589: “No es posible responsabilizar al autor por un desarrollo insuficiente de su carácter ni por su ánimo. De ahí que el reproche de culpabilidad no se forme a partir de dichas cualidades o tendencias de los sentimientos del autor, sino sobre la base del producto final que se origina a partir de la contradicción entre sus predisposiciones, sus tendencias conscientes e inconscientes, las representaciones inhibitorias, etc.; este producto final es la voluntad hacia el hecho”.
- 110 Así para: Jakobs, Günther. “El principio de culpabilidad”. Manuel Cancio Meliá (trad). Original, “Das Schuldprinzip” (1992a), *ADPCP*, t. XLV, fasc. III, 1992; y Jakobs, Günther. “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, en AA. VV. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Cancio, M. y Feijóo, B. (coords.), Madrid, Civitas, 2008.
- 111 Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 808; de acuerdo, Silva Sánchez, Jesús-María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 662.
- 112 Coincido con Hassemer, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, en Cuadernos de Política Criminal, 18 (1982), p. 474 en cuanto a que “ante el creciente interés político criminal en la producción de consecuencias favorables a través del Derecho Penal, el principio de culpabilidad va perdiendo cada vez más el poder de fundamentar o de medir la pena en base a la culpabilidad”.
- 113 Silva Sánchez, J., *op. cit.* 2007: “no todo está abierto al consenso y al disenso” (p. 22), “en la base de las normas se hallan los límites ontológicos representados por la justicia objetiva, la libertad del sujeto y la capacidad de la norma” (p. 683).

funcional ni permite reestablecer la expectativa social es que, tras una comprobación empírica, científicamente fundada en la consideración del individuo, se concluye que ella no cumplirá con el fin pretendido en atención a la forma en que la persona determina su conducta.

La culpabilidad, entonces, no puede “presumir” la libertad ni ignorar el conocimiento que, de otras áreas, le toca las puertas. Pero eso, lejos de suponer problema alguno, es una gran ventaja: el derecho penal debe incorporar estos conocimientos para construir mejor sus expectativas. Esto es algo en lo que coinciden Demetrio¹¹⁴, Damasio¹¹⁵, y muchos otros que, desde distintas perspectivas, se han ocupado del asunto. Que un científico explique cómo opera el cerebro del delincuente solo hace *más humano* al derecho: en la consideración de su individualidad, está el reconocimiento de su dignidad inalienable.

Esta es la relación entre el derecho penal y el resto de las áreas del saber en lo que respecta a la cuestión acerca del libre albedrío: el conocimiento que recibe de ellas lo ayuda a “pulir” sus expectativas frente al comportamiento humano¹¹⁶. Si el derecho penal ha acogido un concepto de *autodeterminación* por razones iusfilosóficas, no tiene sentido que lo abandone porque las neurociencias o cualquier otro saber le muestran lo bien que sirve para explicar empíricamente las funciones propias del ser humano. Libertad, en cualquier caso, es autodeterminación y, como yo la entiendo, consiste en el ejercicio de una función personal propia. Sobre esta base, el derecho penal puede valorar la forma en que el injusto fue determinado por la persona, esto es, si obró o no con culpabilidad.

II. CULPABILIDAD, INIMPUTABILIDAD Y DISCULPA

Tradicionalmente se ha creído que –sean lo que fueren– la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad. Con esto quiero decir que si la culpabilidad fuera la relación psicológica del autor con el hecho injusto, la inimputabilidad denotaría el evento en que dicha relación es anormal por mediar en ella una psicopatología o, en general, un

114 Demetrio, E, *op. cit.*, 2013, p. 33: “[n]o se trata de negar la posibilidad de acciones voluntarias y tampoco de no castigar, sino de hacerlo, en su caso, de otra forma [...] más humana e inteligente”.

115 Damasio, A, *op. cit.*, 1999, p. 16: “Descubrir que un determinado sentimiento depende de la actividad existente en cierta cantidad de sistemas neurales específicos que interactúa con diversos órganos, no rebaja su categoría de fenómeno humano. Ni la angustia ni la euforia que pueden brindar el amor o el arte se devalúan porque se comprendan algunas de las miradas de procesos biológicos que los hacen ser lo que son”.

116 Estoy de acuerdo con Demetrio en que, así, se logra “una consideración abierta a otras ciencias, dejando espacio a aquellas posibilidades de cambio que sean oportunas en orden a un Derecho penal mejor y sobre todo más humanitario. Por ejemplo, en lo concerniente a la interpretación de los preceptos que regulan las causas de inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica”, en Demetrio, E, *op. cit.*, 2011, p. 3.

proceso psicológico anormal¹¹⁷; si, en cambio, la culpabilidad estuviera relacionada más bien con un juicio normativo basado en la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho, la inimputabilidad denotaría la ausencia de dicha expectativa frente al concreto autor¹¹⁸; del mismo modo, si la culpabilidad se hiciera referir a la motivación del autor por la norma, la inimputabilidad expresaría la incapacidad personal del autor de acceder a la norma de prohibición en condiciones normales¹¹⁹, y así.

Sin embargo, si se llegara a aceptar que todas las personas están determinadas a obrar en cierto sentido ante un conjunto dado de circunstancias precedentes, la distinción entre imputables e inimputables no estaría basada en la capacidad de culpabilidad, sino que tendría que ver más con la forma en que el Estado reacciona en cada caso frente a la comisión de un injusto (a través de una pena o de una medida de seguridad). Veamos.

Se ha mostrado ya que la libertad que pregonamos del autor responsable no se opone a la determinación, sino que, más bien, es una forma de esta. Pero existen casos en que es la propia voluntad de la persona la que determina el quebranto del ordenamiento jurídico y, sin embargo, no se la hace responsable por ello. Esto debe significar que, al menos para el derecho penal, debería existir una diferencia entre autodeterminación y culpabilidad.

Una forma de entender la diferencia sería aceptar que no es lo mismo la libertad de acción que la libertad de voluntad. La “autodeterminación” tendría que ver con la primera, en tanto capacidad de actuar conforme a la propia voluntad. Esto sería lo que faltaría en quienes físicamente están aprehendidos en una celda y quieren salir, pero no así en quien mata a un tercero por la amenaza de su propia muerte. En este último caso, el agente actuaría conforme a su voluntad, pero la formación de esa voluntad no sería, en sí misma, libre. En consecuencia, no podría exigírsele que se determinara a sí mismo de forma distinta a como lo hizo. Así, mientras que la ausencia de libertad de acción o autodeterminación sería un problema del injusto, la libertad de voluntad (*free will*) sería un asunto de culpabilidad.

Pero esta diferencia desaparece cuando se demuestra que, a nadie, con o sin pistola en la cabeza, le era posible determinarse de una forma distinta como efectivamente lo hizo. Siendo ello así, no tiene caso distinguir entre lo que debería ser un mismo, y único, concepto de *libertad* sobre el cual se funde la responsabilidad. Esto no

117 V. Liszt, Franz, *op. cit.*, 1898, p. 258.

118 Mezger, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 189.

119 Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Francisco Muñoz Conde (trad.), Madrid, Reus, 1981, p. 62.

quiere decir renunciar a la diferencia entre autodeterminación y responsabilidad, sino precisar el alcance de ambos conceptos.

Mientras que la autodeterminación del injusto equivale al quebranto del ordenamiento como resultado del ejercicio de las propias funciones, la culpabilidad obliga a considerar las funciones personales que han determinado ese quebranto. Habrá ocasiones –quizás, las más– en que la determinación del injusto resulte, también, reprochable; pero las hay también en que, sin que desaparezca el injusto, se disculpa su determinación por considerar que el ejercicio de las funciones respectivas no es incompatible con la vida en sociedad.

Quizás esto sea lo que quiere decir *culpabilidad*: la desvaloración de una función personal propia, por ser incompatible con la vida en sociedad. Así, a la par en que hay una desvaloración del injusto objetivamente imputable a una persona, existe también una desvaloración de la función del sujeto con base en la cual cometió ese injusto. El ordenamiento desvalora la función adoptada por el sujeto como norma de comportamiento que determinó el injusto y, por conducto de la culpabilidad, comunica la incompatibilidad de dicha función con la vida en sociedad.

La disculpa no puede ser ausencia de exigibilidad. En puridad, si el injusto está fundado en el quebranto de algún deber (el agente no se comportó como *debía* según el ordenamiento jurídico), no tiene caso que en la culpabilidad se reconozca que no le era exigible el cumplimiento de ese deber¹²⁰. Eso, en sí mismo, es contradictorio: ¿cómo puede existir un deber cuyo cumplimiento no sea exigible? Parece que es *debido* precisamente porque es exigible (no solo al hombre medio¹²¹, sino al autor en concreto); por eso, en el momento en que deje de ser exigible, dejará de ser un deber. Siendo ello así, parece más coherente fundar la exclusión de la culpabilidad en el reconocimiento de que, aunque a la persona le era debido (o exigible) determinarse conforme a la norma (y por eso, su comportamiento fue injusto), la función con arreglo a la cual adoptó la determinación en contrario no es reprochable. No se trata, pues, de la consideración hipotética de la determinación que hubiera podido adoptar, sino de la valoración de la determinación que sí adoptó, y que era la única posible.

Faltaría entonces la culpabilidad cuando, estando el injusto determinado por una función personal propia del agente, esta en sí misma no sea incompatible con la

120 De acuerdo: Pawlik, M., *op. cit.*, 2010, pp. 132. Sobre esta cuestión, con detalle: Aguado, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*. Granda: Editorial Comares, 2004. En especial, pp. 59 y ss., en relación con su toma de postura, a favor de mantener el criterio de inexigibilidad en la culpabilidad.

121 Así: Octavio De Toledo, Emilio y Huerta Tocildo, Susana. *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*. 2.^a ed. Madrid: Rafael Castellanos. 1986, p. 374, entre otros.

vida en sociedad (como sucede en el estado de necesidad disculpante¹²²). En los casos de disculpa, el injusto sigue estando desvalorado, pero la determinación de ese quebranto del ordenamiento en sí misma no es reprochable. Si la culpabilidad es la autodeterminación de la persona de manera incompatible con la vida en sociedad y, por eso, reprochable por parte de esta, la disculpa debería ser, en el fondo, la ausencia de reproche a la determinación del injusto.

En eso, la definición que ahora se propone nada cambia aquello que desde hace cerca de un siglo es pacíficamente aceptado. Pero sí incorpora una solución al “problema” del determinismo que permite explicar el porqué del reproche sin tener que recurrir a postulados por fuera del derecho penal ni, mucho menos, conceder el terreno de la determinación de la culpabilidad a otras ciencias. Si se entiende el delito como la autodeterminación reprochable del injusto, esta definición ya contendría todos los elementos necesarios para fundamentar la intervención del derecho penal.

Esta definición, además, sería exactamente igual para el imputable que para el inimputable: en ambos casos, hay una determinación del injusto por la propia persona que resulta incompatible con la vida en sociedad y, por tanto, ha de intervenir el derecho penal. La diferencia estaría en la forma en que interviene ante el delito, en unos casos en la forma de pena y, en otros, en la de medida de seguridad¹²³.

Consideramos que el autor imputable se determina a sí mismo en forma contraria a derecho. Pero eso, igualmente, es predicable del inimputable. Él también se determina a sí mismo: su propia enfermedad no es distinta a él; la patología no es algo diferente a la persona, sino que *es* la persona, de forma similar a cómo la “respiración” no es distinta a la operación del sistema respiratorio ni la “digestión” algo distinto al proceso digestivo. Son expresiones del habla, pero en todas las instancias se refiere a una misma y única cosa –la persona–, vista en función de algún proceso. Así como no es mi codicia la responsable del hurto ni mi lujuria la responsable de la violación, tampoco es la esquizofrenia la responsable del homicidio. Son, en todos los casos, circunstancias que *pertenecen* a la persona y por eso al agente le imputamos dichos injustos.

122 Simplificando, la función {Si [mi vida está en peligro, ese peligro no ha sido provocado por mí, no estoy en el deber de afrontarlo, no existe otra forma para preservar mi vida, [...], entonces [mato a otro que no me está agrediendo]}, como regla de comportamiento con base en la cual el agente determinó el injusto es aceptable (o, al menos, tolerable) por la sociedad.

123 Lo dicho no es demasiado lejano a “En función de cuáles sean esas razones, cabrá concluir o no la procedencia de hacer recaer sobre el agente consecuencias cuyo padecimiento refuerce para el futuro el peso de la motivación jurídica”. Silva Sánchez, J., *op. cit.*, 2015, p. 232.

No es más ni menos libre la mujer que alucina voces que la convencen de matar a su descendencia¹²⁴, que aquella que, siendo tales voces reales, procede de igual manera. La única diferencia está en que, habiendo ambas obrado injustamente, el Estado no puede responderles de la misma forma. En un caso, hace falta algo distinto a la pena de prisión.

¿Puede ser, entonces, que la inimputabilidad tenga que ver, más bien, con la punibilidad? Si aceptáramos que todos nos encontramos determinados a obrar en un específico sentido (eliminando de esta forma al azar como rector de nuestros actos), la inimputabilidad expresaría no un mayor o menor grado de libertad, sino el conjunto de casos ante los cuales la intervención del Estado no procede en la forma de pena.

El ejemplo de la mujer que alucina presenta, justamente, una tensión que puede resolverse situando a la inimputabilidad donde corresponde: en la determinación de la respuesta punitiva del Estado frente a la comisión del injusto. La persona inimputable no es ni más ni menos libre para determinar sus actos que el resto de nosotros. Simplemente, la respuesta punitiva del Estado en la forma de la pena de prisión no permite asegurar el cumplimiento de los fines que esta persigue en el caso concreto. No es, entonces, que la persona sea *incapaz* de autodeterminarse, sino que la pena es *incapaz* de conseguir el fin perseguido en el caso concreto.

Así analizado, el problema jurídico planteado por el caso del inimputable puede –y debe– resolverse desde la punibilidad, en vez de la culpabilidad. El enfoque basado en la consideración de las realidades personales que determinan la conducta del autor permite reconciliar, en la punibilidad, el derecho penal de acto con la historia de vida del autor. Ciertamente, el análisis de la (in)imputabilidad de la persona no es más que identificar aquello que *determinó* la comisión del injusto y, luego, preguntarse si corresponde hacerle frente mediante la imposición de una pena.

Tratar a los inimputables como agentes tan culpables como los imputables reivindica su igualdad como personas, su reconocimiento como seres dignos de regir su propio destino, evita su discriminación como ciudadanos de segunda clase y resalta aquello que es común a todos, en vez de aquello odioso que puede separarnos. Es, además, la salida dogmáticamente más coherente, pues permite reconciliar el derecho penal de acto con el principio de culpabilidad.

124 Caso que motivó reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, reseñado en Díaz Arana, Andrés F. “Corte Suprema adopta enfoque de género en análisis de (in)imputabilidad”, *Diálogos Punitivos*, n.º 28, octubre, 2022. Disponible en <https://dialogos-punitivos.com/corte-suprema-adopta-enfoque-de-genero-en-analisis-de-inimputabilidad/>.

La consideración de las circunstancias personales, familiares y, en general, de la historia de cada autor en la culpabilidad es, lejos de un error, el reconocimiento de su dignidad expresada en la preocupación del Estado por *dialogar* con cada individuo. Con ello, supone la aceptación del imperativo kantiano al reconocer la dignidad de la retribución a cada persona con una respuesta que está determinada *por su propia individualidad* y no por respuestas basadas en la necesidad colectiva de una prevención ante el peligro que representan.

En ese sentido, la providencia de cualquier juez debe reflejar un diálogo con la persona digna de merecer la atención del Estado frente a los motivos que la determinaron en su comportamiento. He ahí el principio de culpabilidad: la consideración de *todo* individuo como un fin en sí mismo demanda ocuparse de contemplar aspectos propios de la persona que van más allá de la objetiva imputación del injusto y que terminan de envolver a este como una obra suya, como algo que le pertenece. En esto, la inimputabilidad no es, ni puede ser, una excepción.

Dicho lo anterior, como acertadamente anota Silva Sánchez, “existe un consenso relativo acerca de que las alteraciones psíquicas, en determinados casos, pueden no limitarse a afectar a la culpabilidad del sujeto, excluyendo o atenuando su imputabilidad, sino que, además, pueden afectar a la acción, la tipicidad o la antijuridicidad de muy diversas formas, directas o indirectas”¹²⁵. En efecto, mucho se debate en la actualidad acerca de si la inimputabilidad es un fenómeno relevante solamente para la consideración de la norma de determinación o lo es, también, para la de valoración¹²⁶. Este asunto tiene profundas implicaciones, pues la pregunta acerca del sentido que tendría (o no) dirigir una norma a quien es incapaz de acatarla obliga a examinar la función y legitimidad misma del *ius puniendi* en esos casos¹²⁷.

Pero si esto es así, es decir, si los inimputables no *actúan* en el mismo sentido que los imputables¹²⁸, ni han de concurrir en ellos los mismos requisitos *típicos*

125 Silva Sánchez, Jesús-María. *Política criminal y persona*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, pp. 100.

126 Aunque el auge de la “clás,ica” separación entre la parte objetiva y subjetiva del delito llevó a la doctrina mayoritaria, desde hace más de un siglo, a desplazar la consideración de la inimputabilidad hasta la culpabilidad, siempre han existido voces que advierten que esto es algo que debe ser considerado mucho antes en la teoría del delito (*v. gr.*, Merkel, Adolf, *op. cit.*, 1910, p. 51 y pp. 75 y ss., quien siempre mantuvo que se trataba de una característica “general” sobre la capacidad de ser sujeto de la acción punible) y, en la actualidad, un sector de la doctrina considera, no sin razón, que “Sólo alguien, que el Derecho reconoce como competente desde un punto de vista comunicativo con capacidad de imputabilidad, está en condiciones de actuar de una forma relevante en contra de los mandatos y prohibiciones del Derecho” (Pawlik, M., *op. cit.*, 2010, p. 123).

127 Con detalle: Pawlik, Michael. “¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?”, en Pawlik, M., *op. cit.*, 2010, pp. 109 y ss..

128 Entre otros, Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1982, p. 97, n. 133.

(subjetivos)¹²⁹, su *antijuridicidad* podría no ser exactamente la misma¹³⁰ y, en general, se acepta que carecen de *culpabilidad*, uno podría preguntarse ¿qué de “delito” tiene su comportamiento para que de éste se ocupe la teoría material del delito? No puede descartarse que la inimputabilidad, en realidad, no sea un asunto del cual deba ocuparse el derecho penal ordinario¹³¹. Sin embargo, esto es algo que requiere de ulteriores consideraciones iusfilosóficas, dogmáticas y político-criminales¹³². Por ahora, algo sí parece claro: esta figura, ciertamente, no pertenece al injusto culpable.

III. REFLEXIÓN FINAL

No se puede negar que, ordinariamente, no hace falta conocer qué es la libertad para operar con base en ella, como tampoco se deben conocer los mecanismos internos del funcionamiento de un reloj para saber leer la hora. Dicho esto, el acuerdo sobre lo que dicta el reloj y su asentamiento en la vida social rutinaria no debe hacernos olvidar que sí tiene unos mecanismos internos que determinan su funcionamiento¹³³. Detrás de la maquinaria del reloj no hay un “fantasma”, sino una serie de engranajes de cuya operación conjunta resulta el movimiento de sus manecillas. Conocer cómo estos funcionan puede no ser necesario para el ciudadano común, pero sí para quien se encarga de su administración y procure brindar a la sociedad garantía de su funcionamiento. Esto mismo ocurre con la libertad en el derecho penal.

129 Así, Silva Sánchez, Jesús-María. “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?”, en Silva Sánchez, Jesús-María. *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pp. 128-129.

130 Silva Sánchez, Jesús-María. “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?”, *Indret*, 3, 2014, pp. 2-21. También, aunque desde otra perspectiva, Pawlik, M., *op. cit.*, 2010, p. 128.

131 En Colombia, desde la perspectiva procesal, por ejemplo, se ha propuesto ya un tratamiento diferenciado para el inimputable que parta de “una completa reformulación legal” (Posada Maya, Ricardo. “Hacia un nuevo modelo procesal acusatorio para los inimputables y quienes padezcan un grave estado de salud mental”, en Duque Pedroza, A. (comp.), *Perspectivas y retos del proceso penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2015, pp. 57-81); también, en nuestro país, Sotomayor ha defendido expresamente un “tratamiento especial” para los inimputables (Sotomayor, Juan Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, p. 250 y ss.), entre otros.

132 Con detalle: Silva Sánchez, J., *op. cit.*, 2014, pp. 14-15, quien propone, de todos modos, mantenerlos dentro del derecho penal.

133 La sociedad no es “libre” de llegar a cualquier acuerdo sobre la realidad de las cosas. “Si el reproche se asentara sobre una comprensión pragmática, pero reconocidamente errónea, acerca de nuestra realidad y no obstante ser conscientes de tal debilidad de su fundamento, lo mantuviéramos, incurriríamos en una hipocresía difícil de sostener”, en Silva Sánchez, J., *op. cit.*, 2015, p. 235.

Una libertad construida a la medida del derecho penal no es poca cosa. Se trata ni más ni menos de la reivindicación de las propias limitaciones, de la constatación de que, pese a que los juristas no podrían resolver totalmente esta cuestión, tampoco es necesaria una respuesta de fondo. Una libertad de tal naturaleza parte de la acertada medición del alcance de los avances en las demás áreas del saber y supone poder sopesar adecuadamente el peso real que tienen para la construcción del sistema con base en el cual asignamos responsabilidades.

En fin, un objetivo como el que aquí se busca posiblemente tendrá un impacto para el resto de las categorías sobre las cuales opera la dogmática contemporánea. Pero más allá del efecto respecto de la teoría material del delito se persigue uno mucho más amplio (y, a mi modo de ver, muy meritorio): volver a llamar la atención sobre tantos problemas que encierra esta categoría, hoy quizás menos populares, para contribuir a la permanencia del interés de la academia en ellos¹³⁴. Libertad, voluntad y conciencia son (también y todavía) cuestiones de derecho penal¹³⁵.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.). *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid, Edisofer, 2013.

Adams, Robert. “Involuntary Sins”, *The Philosophical Review*, 94, 1985.

Antón Oneca, José. *Derecho Penal*. 2.^a edición, Madrid, AKAL, 1986.

Arpaly, Nomy. “Which autonomy?”, en AA. VV. *Freedom and Determinism*, Campbell, J., O’Rourke, M. y Shier, D. (eds.), Cambridge, MIT Press, 2004.

Asworth, Andrew; Horder, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. Seventh edition, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Bettiol, Guiseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Bosch, 1977.

134 Decía Merkel que “[c]ombatir el indeterminismo no es, ciertamente, cosa propia de los criminalistas, pero sí es misión suya la de librar del influjo indeterminista a la doctrina penal de la culpabilidad y la de poner bien en claro sus inatacables fundamentos”, en Merkel, Adolf, *op. cit.*, 1910, pp. 111-112.

135 A este respecto no puedo sino citar textualmente un apartado del párrafo con el que el Prof. Silva cierra el epílogo del texto ya referenciado: “Si este libro ha generado en el lector la sombra de la duda sobre algunas de las “verdades” supuestamente incontrovertibles de la visión dominante acerca del injusto, su objetivo está cumplido” (p. 136). Estas palabras expresan perfectamente mi sentir en relación con el objetivo de esta propuesta, el cual, también, es sembrar dudas sobre varias “verdades” tradicionales sobre la esencia y componentes de la culpabilidad jurídico-penal.

Block, Ned. 2018, "If Perception Is Probabilistic, Why Does It Not Seem Probabilistic?", *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, vol. 373, n.º 1755, 30 de julio de 2018.

Browne, Brynmor. "A Solution to the Problem of Moral Luck", *The Philosophical Quarterly*, 42, 1992.

Campbell, Joseph Kiem, O'Rourke, Michael y Shier, David. "Freedom and Determinism: A Framework", en AA. VV. *Freedom and Determinism*. Campbell, J., O'Rourke, M. y Shier, D. (eds.), Cambridge, MIT Press, 2004.

Cancio Meliá, Manuel. "Algunas reflexiones sobre lo objetivo y subjetivo en la teoría de la Imputación Objetiva", *Imputación objetiva y dogmática penal*. Mireya Bolaños (comp.), Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.

Chrisholm, Roderick. "Responsibility and Avoidability", en *Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*. Hook, Sidney (ed.), Nueva York, Collier, 1961, p. 158.

Cobo del Rosal, Manuel; Vives, Tomás. *Derecho penal parte general*. Quinta edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Damasio, Antonio. *The feeling of what happens: body and emotion in the making of consciousness*, New York, Harcourt Brace, 1999.

Davidson, Donald. "Freedom to Act", en AA. VV. *Essays of Freedom of Action*, Honderich, T. (ed.), Londres, Routledge, 1973.

Dennett, Daniel C., "Facing up to the Hard Question of Consciousness", *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, vol. 373, n.º 1755, 30 de julio de 2018.

Díaz Arana, Andrés F. "Corte Suprema adopta enfoque de género en análisis de (in)imputabilidad", *Diálogos Punitivos*, n.º 28, octubre, 2022. Disponible en <https://dialogospunitivos.com/corte-suprema-adopta-enfoque-de-genero-en-analisis-de-inimputabilidad/>

Díaz Arana, Andrés F. "La culpabilidad más allá de las neurociencias: ¿qué sigue?", en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, vol. 3, n.º 1 (2020).

Díaz Arana, Andrés Felipe. Las mentes libres en el derecho penal, en *InDret*, 1 (2016).

Díaz Chunga, Sergio. “Libre albedrío y constitucionalidad de la responsabilidad penal”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 130, abril, 2020.

Díez Ripollés, José Luis. *Derecho penal español parte general en esquemas*. 3.^a ed. revisada Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Ducasse, C. J. “Determinism, Freedom and Responsibility”, en AA. VV. *Determinism and Freedom In the Age of Modern Science*. Hook, Sidney (ed.), Nueva York, Collier, 1961.

Edwards, Paul. “Hard and Soft Determinism”, en AA. VV. *Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*. Hook, S. (ed.), Nueva York, Collier, 1961.

Engisch, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*. José Luis Guzmán Dalbora (trad. y notas), Buenos Aires, B de F, 2006.

Feijóo Sánchez, Bernardo. *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Madrid, Thomas Reuters Arazandi, 2012.

Feijóo Sánchez, Bernardo. “Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 2, 2011.

Feijóo Sánchez, Bernardo. *Derecho penal, neurociencias y bien jurídico*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.

Fernández Carrasquilla, Juan. “Culpabilidad y libertad de voluntad”, *ADPCP*, vol. LXVI, 2013.

Fischer, John y Ravizza, Mark. *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

Fischer, John. “The Frankfurt Cases: The Moral of the Stories”, *Philosophical Review*, vol. 119, n.º 3, 2010.

Fischer, John *et al.* *Four views on Free Will*, Oxford, Blakwell, 2007.

Fischer, John. “Responsibility and Control”, *Journal of Philosophy*, vol. 79, n.º 1, 1982.

Fletcher, George. *Gramática del Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

Frank, Reinhart. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires, B de F, 2002.

Frankfurt, Harry. "Alternate Possibilities and Moral Responsibility", *The Journal of Philosophy*, vol. 66, n.º 23, 1969.

Frankfurt, Harry. "What we are Morally Responsible For", en AA. VV. *How Many Questions?* Cauman, L. *et al.* (eds.), Indianapolis, Hackett, 1983.

Franklin, Christopher. *A Minimal Libertarianism: Free Will and the Promise of Reduction*, Nueva York, Oxford U. Press, 2018.

Gimbernat, Enrique "El sistema del Derecho penal en la actualidad", en Gimbernat, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1990A.

Gimbernat, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", en Gimbernat, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1990B.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Neuroderecho penal y disciplinario*, Bogotá, U. Externado, 2018.

Hankinson, R. J. "Efficient Causation in the Stoic Tradition", en *Efficient Causation: a History*, Oxford, Oxford U. Press, 2014.

Hartman, Robert. *In Defense of Moral Luck: Why Luck Often Affects Praiseworthiness and Blameworthiness*, Abingdon, Routledge, 2017.

Hassemer, Winfried, "Alternatividad al principio de culpabilidad", *Doctrina Penal*, n.º 5, 1982.

Hassemer, Winfried. "Neurociencias y culpabilidad en el Derecho penal", *InDret*, n.º, 2011.

Hegel, Georg W. F. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Madrid, Tecnos, 2017.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Claridad, 1968.

Herring, Jonathan. *Criminal Law. Text, Cases, and Materials*, fifth edition, United Kingdom, Oxford, 2012.

Hitchcock, C. "Contrastive Explanation and the Demons of Determinism", en *British Journal of Philosophy of Science*, 50, 1999.

Hommel, Carl. *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen*, 2.^a ed., 1772 (reimpresión, 1970), § 112. Citado por: Schünemann, Bernd. "Sobre la crítica

a la teoría de la prevención general positiva”, en Silva Sánchez, J. (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona. Bosch, 1997.

Hormazábal Malarée, Hernán. “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XVIII, n.º 2, diciembre de 2005.

Husak, Douglas. *Philosophy of criminal law*, New Jersey, Rowman & Littlefield, 1987.

Jakobs, Günther. “El principio de culpabilidad”. Manuel Cancio Meliá (trad). Original, “Das Schuldprinzip” (1992), *ADPCP*, t. XLV, fasc. III, 1992.

Jakobs, Günther. “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, en AA. VV. *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Cancio, M. y Feijóo, B. (coords.), Madrid, Civitas, 2008.

Jakobs, Günther. “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal”. Joaquín Cuello Contreras (trad), *ADPCP*, t. 42, Fasc/Mes 2, 1989.

James, William. “The Dilemma of Determinism”, en *Unitarian Review*, septiembre, 1884.

James, William. *The Will to Believe*, Nueva York, Dover, 1956.

Jefferson, Michael. *Criminal law*. 11.^a ed, Londres, Pearson, 2014.

Kane, Robert. “Responsibility, Luck and Chance”, *Journal of Philosophy*, vol. 96, n.º 5, 1999.

Kane, Robert. “Agency, Responsibility, and Indeterminism: Reflections on Libertarian Theories of Free Will”, en *Freedom and Determinism: A Framework* Campbell, Joseph Kiem; O’Rourke, Michael y Shier, David (eds), Cambridge, MIT Press, 2004.

Kane, Robert. “Introduction: The Contours of Contemporary Free Will Debates”, en AA. VV. *The Oxford Handbook of Free Will*. Kane, R. (ed.). Oxford, Oxford U. Press, 2011.

Kane, Robert. “Libertarianism”, en Fischer, John *et al.* *Four views on Free Will*, Oxford, Blakwell, 2007.

Kane, Robert. “Response to Fischer, Pereboom and Vargas”, en Fischer, John *et al.* *Four views on Free Will*, Oxford, Blakwell, 2007.

Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Manuel García Morente (trad.). 6.^a ed. Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999 (original, 1784).

Kratzsch, GA 1989, 56 citado por Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Lehrer, Keith. “Freedom and the Power of Preference”, en Campbell, J., O’Rourke, M. y Shier, D. (eds.). *Op. cit.*, 2004.

Leibniz, Gottfried. *Monadología*. J. Velarde (trad.), Oviedo, Pentalfa, 1981 (original, 1714).

Locke, John. *An Essay Concerning Human Understanding*, Indianapolis, Hackett, 1996, original 1689.

López Barja De Quiroga, Jacobo. *Tratado de derecho penal Parte General*, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

López Díaz, Claudia. “La teoría de la Imputación Objetiva”, *Imputación objetiva y dogmática penal*. Mireya Bolaños (comp.), Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.

Luzón Peña, Diego-Manuel. “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *InDret*, n.º 3, julio de 2012.

Martínez-Buján Pérez, Carlos. “El principio de culpabilidad y su fundamento”, en aa. Vv. *Un modelo integral de derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Gómez, V. et al. (coords.), Madrid, BOE, 2022.

Maurach, Reinhart. *Derecho penal: Parte general 1: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal 2*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

McKenna, M. y Pereboom, D. *Free Will. A contemporary introduction*, New York, Routledge, 2016.

McKenna, Michael, “Compatibilism”, en AA. VV. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/compatibilism>.

Mele, Alfred. *Autonomous Agents*, Nueva York, Oxford University Press, 1995.

- Mele, Alfred. *Free Will and Luck*, Nueva York, Oxford U. Press, 2006.
- Merkel, Adolf. *Derecho penal*. A. Dorado (trad.), Madrid, La España Moderna, 1910.
- Mezger, Edmund. *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016.
- Mir Puig, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1982
- Molina, Fernando. “El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad”, en AA. VV. *Estudios de Derecho Penal. LH Santiago Mir*. Silva/Queralt/Corcoy/Castañeda (coords.), Buenos Aires, B de F, 2017.
- Moore, Michael. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- Moore, Michael. *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. 9.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Nagel, Thomas. “What is it like to be a Bat?”, *Philosophical Review*, vol. 83, n.º 4, 1974.
- Nagel, Thomas. “Moral Luck”, *Mortal Questions*, Nueva York, Cambridge University Press, 1979.
- Norrie, Alan. “Free will, determinism and criminal justice”, en *Legal Studies*, vol. 3.
- Norrie, Alan. *Punishment Responsibility and justice. A relational critique*, Oxford, New York, 2000.
- Owens, Robert J. *Corpus juris secundum. A contemporary statement of American law as derived from reported cases and legislation*, vol. 31A. St Paul, Minn., West.

Pauen, M. "Autocomprensión humana, neurociencia y libre albedrío: ¿se anticipa una revolución?", en AA. VV. *El cerebro: avances recientes en neurociencia*. Rubia, F. (ed.), Madrid, Complutense, 2009.

Pawlik, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2016.

Pawlik, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, Barcelona, Atelier, 2019.

Pawlik, Michael. "El delito, ¿lesión de un bien jurídico?", *InDret*, n.º 2, 2016.

Pawlik, Michael. *La libertad institucionalizada*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.

Pawlik, Michael. *Person, Subjekt, Bürger*, Berlín, Duncker und Humblot, 2004.

Pereboom, Derek. "Defending hard incompatibilism", en *Midwest Studies in Philosophy*, 29, 2005.

Pérez Manzano, Mercedes. "Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia", *InDret*, 2 de abril de 2011.

Perron, Walter. "Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad". *Nuevo Foro Penal*, n.º 50, diciembre, 1990.

Posada Maya, Ricardo. "Hacia un nuevo modelo procesal acusatorio para los inimputables y quienes padezcan un grave estado de salud mental" en Duque Pedroza, A. (comp), *Perspectivas y retos del proceso penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2015.

Reyes Alvarado, Yesid. "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", *ADPCP*, t. XLV, fasc. III, sep.-dic., 1992.

Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*. 3.ª ed., Bogotá, Temis, 2006.

Reyes Alvarado, Yesid. "Causalidad y explicación del resultado", *Derecho penal contemporáneo*, n.º 14, 2006.

Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho penal. Parte General*. 17.ª ed., Madrid, Dykinson, 1994.

Rowe, William. *Two concepts of freedom. Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 61, 1, 1987.

Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Francisco Muñoz Conde (trad.), Madrid, Reus, 1981.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2014.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General, t. I*, Madrid, Civitas, 1997.

Rubia, F. (ed.). *El cerebro: avances recientes en neurociencia*, Madrid, Complutense, 2009.

Ruiz López, Carmen. *La graduación del delito imprudente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Sánchez Vilanova, María. *Neuroimputabilidad. Una mirada interdisciplinar a la responsabilidad de los trastornos de la personalidad desde los avances de las neurociencias*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

Searle, John. “Free Will as a Problem in Neurobiology”, en *Philosophy* 76, n.º 298, 2001.

Séneca. *Epistulae Morales ad Lucilium*. 107.10.

Shoemaker, David. “Response-Dependent Responsibility: or, a Funny Thing Happened on the Way to Blame”, en *The Philosophical Review*, 121, 2017.

Silva Sánchez, Jesús-María. *Política criminal y persona*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. 2.^a ed., Madrid, Civitas, 2001.

Silva Sánchez, Jesús-María. *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

Silva Sánchez, Jesús-María. *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Silva Sánchez, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires, B de F, 2010.

Silva Sánchez, Jesús-María. “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?”, *InDret*, 3, 2014.

Silva Sánchez, Jesús-María. “Determinismo, motivación y pena”, en *id. En busca del derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2015.

Singer, Richard y La Fond, John. *Criminal Law*. Sixth edition, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

Sotomayor, Juan Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996.

Spinoza, Baruch. *Principios de la filosofía de Descartes*. A. Domínguez (trad.), Madrid, Alianza, 2003 (original, 1663).

Strawson, Peter. “Freedom and Resentment”, en *Proceedings of the British Academy*, 48, 1962.

V. Liszt, Franz. “Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit – Eine Replik”, *ZStW*, n.º 18, 1898.

Van Inwagen, Peter. “Ability and Responsibility”, *Philosophical Review*, vol. 87, n.º 2, 1978.

Velásquez, Fernando. “La inimputabilidad jurídico-penal: un fenómeno en crisis”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 22, 1983.

Vilhauer, Ben. “Taking Free Will Skepticism Seriously”, en *Philosophical Quarterly*, 62, 2012.

Vives Antón, Tomás. AA. VV. *LH-Cerezo Mir. Díez Ripollés et al.* (eds.), 2002, p. 232, citado por Demetrio Crespo, Eduardo. “Libertad de voluntad”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, abril, 2011.

Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11.ª ed., traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

Welzel, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2004.

Williams, Bernard. “Moral Luck”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. sup. L, 1976.

Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*, Londres, Edinburgh Press, 1922.

Zaffaroni, Eugenio *et al.* *Derecho Penal. Parte General*. 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.