

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PUCP

LA CULPABILIDAD JURÍDICO PENAL Y LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN
DERECHO PENAL**

AUTOR

VÍCTOR MANUEL FRANCISCO ÁLVAREZ DÁVILA

ASESOR:

DOCTOR PERCY RAPHAEL GARCÍA CAVERO

Octubre, 2017



Resumen

El presente trabajo realiza el estudio de dos cuestiones dogmáticas que son objeto de debate en la ciencia jurídica penal: culpabilidad y la *actio libera in causa*. Por un lado, se abordará el estudio de la culpabilidad con un recorrido, en un primer momento, clásico sobre las posturas que fundamentan el castigo al sujeto por la comisión de un hecho penalmente relevante para, en una segunda etapa, estudiar la propuesta de las neurociencias en su intento de socavar el fundamento clásico de la culpabilidad que se sostiene en la idea de libertad y la propuesta para justificar la imposición de un castigo a una persona por la comisión de un delito

De otro lado, se realiza un estudio sobre la *actio libera in causa* que nos lleva a la exposición de los distintas teorías que ha tratado de postular la doctrina con la finalidad de resolver aquellos casos en los que una persona, dolosamente, se autopone en un estado de inimputabilidad con la expresa finalidad de cometer un delito y luego busca ampararse en un causal de exclusión de la responsabilidad penal.

En la parte final de este trabajo se efectúa un análisis de la *actio libera in causa* a partir de la realidad normativa en el Perú, en donde se desarrollan importantes precisiones sobre la vigencia de determinados principios del Derecho penal que debe ser respetados en el caso que se produzca su regulación positiva en nuestro ordenamiento. Asimismo, se plantea un fundamento para justificar el castigo en los supuestos de *actio libera in causa*

Índice

Hoja de respeto	
Carátula	2
Resumen	3
Introducción	7
PRIMERA PARTE: BASES PARA EL FUNDAMENTO DE LA ACTIO LIBERA IN CAUSA	9
1. Desarrollo del Concepto de Culpabilidad	9
1.1. El concepto psicológico de culpabilidad	10
1.2. El concepto normativo de culpabilidad	11
1.3. La culpabilidad por el modo de vida	13
1.4. La responsabilidad por el hecho	14
1.5. Las teorías de la motivabilidad, normalidad y motivabilidad normal	15
1.6. La accesibilidad normativa de Roxin	18
1.7. La reprochabilidad basada en la actitud interna	20
1.8. El concepto funcional de la culpabilidad de Jakobs	22
1.9. El desarrollo de la culpabilidad en la doctrina peruana	24
1.9.1. La propuesta de Hurtado Pozo	24
1.9.2. La propuesta de García Cavero	25
1.9.3. La propuesta de Villavicencio Terreros	26
2. La discusión actual de la culpabilidad a partir de la neurociencia	26
2.1. La neurociencia. Un intento de socar los fundamentos de la culpabilidad	27
2.2. La reacción de la dogmática penal ante los estudios neurocientíficos	33
2.2.1. La perspectiva interna o de primera persona	33
2.2.2. La postura dogmática funcional de Jakobs	34
2.2.3. La propuesta compatibilista de Demetrio Crespo	36
2.2.4. La propuesta de prevención especial de Pérez Manzano	37
2.2.5. La postura de Feijoo Sánchez	39

3. Toma de postura frente a las críticas a los estudios neurocientíficos. Construcción de un fundamento de la culpabilidad jurídico penal	41
3.1. Punto de partida: una crítica a las reflexiones sobre la neurociencia	41
3.1.1. Crítica a la perspectiva interna o de primera persona	42
3.1.2. Crítica al compatibilismo humanista de Demetrio Crespo	44
3.1.3. Crítica a la propuesta de prevención especial de Pérez Manzano	46
3.1.4. Crítica a la propuesta funcional de Feijoo Sánchez y Jakobs	49
3.2. La relevancia de las neurociencias en el ámbito de la culpabilidad	52
3.2.1. El cuestionamiento al método neurocientífico	52
3.2.2. Culpabilidad y determinismo	61
3.3. La libertad como presupuesto fundamental de la culpabilidad jurídico penal. 64	
3.3.1. Ideas preliminares sobre la función del Derecho penal	64
3.3.2. La Libertad como fundamento de la culpabilidad jurídico penal. Particular atención en la <i>actio libera in causa</i>	68
SEGUNDA PARTE: EL FUNDAMENTO DE LA ACTIO LIBERA IN CAUSA	74
1. La problemática en relación a la <i>actio libera in causa</i>	74
1.1. Definición y estructura de <i>actio libera in causa</i>	75
1.2. Los modelos tradicionales para fundamentar la <i>actio libera in causa</i>	84
1.2.1. El modelo del tipo	84
1.2.2. El modelo de la excepción	86
1.2.3. La propuesta de impunidad	89
1.2.4. El concepto funcional de culpabilidad de Streng	90
1.3. Críticas a los modelos de fundamentación de la <i>actio libera in causa</i>	92
1.3.1. Al modelo del tipo	92
1.3.2. Al modelo de la excepción	95
1.3.3. A la propuesta de impunidad	97
1.3.4. A la propuesta de Streng	98
2. La regulación de la <i>actio libera in causa</i> en el Código Penal Peruano	99
2.1. Sobre la relevancia del principio de coincidencia y culpabilidad	100
2.2. ¿La <i>actio libera in causa</i> se encuentra regulada en el Perú?	106

2.3. Efectos de la regulación de la <i>actio libera in causa</i> en el Código Penal Peruano	109
3. La propuesta para el fundamento de la imputación en la <i>actio libera in causa</i>	112
Conclusiones	117
Bibliografía	119



Introducción

Una persona sentenciada en dos ocasiones por delito de violación sexual ve en su vecina de 13 años una nueva víctima para satisfacer su placer pedófilo, pero su paso por la cárcel le permite advertir que solo será responsable si realiza el acto plenamente consciente, en consecuencia decide convencer a la menor de ingresar a su cuarto, ponerse a tomar juntos para luego, en un grado de alcoholemia grave, realizar tocamientos indebidos. De otro lado, piénsese en un delincuente que es un consumidor semi-habitual de drogas tóxicas quien decide realizar un asesinato por encargo, sin embargo, dada la dificultad de la misión: matar a un congresista de la República, piensa consumir drogas para poder consumir el plan criminal encargado por una organización delictiva.

Esta secuencia de trágicos hechos que podrían ser parte de nuestra realidad, lleva a que nos preguntemos: ¿Cómo podría plantearse una solución para lograr sancionar a los responsables de estos crímenes? ¿Nuestro Código Penal nos proporciona las herramientas legales para evitar la impunidad de estos delitos? Estos ejemplos que hemos descrito junto con los interrogantes formuladas están relacionadas con uno de los temas clásicos y que, hoy en día, no han tenido una pacífica solución en la dogmática penal. Nos referimos a los supuestos de *actio libera in causa*, que explican situaciones en las que un sujeto al momento de la comisión de un hecho delictivo se encuentra en un estado de inimputabilidad o incapacidad de acción, con la particularidad de que dicha persona se ha inducido de manera previa (dolosa o imprudentemente) en dicho estado.

Sin embargo, la respuesta a esta interrogante no resulta siendo tan pacífica, en especial si, en los últimos tiempos, los estudios de las neurociencias vienen cuestionando la imagen del hombre como una persona libre y que, además, la libertad sea el fundamento para la declaración de la culpabilidad de la persona. Si, como postula la neurociencia, no somos seres libres, cómo podremos sustentar el castigo penal y, con mayor énfasis, cómo podría justificarse el castigo en los casos de *actio libera in causa* si la persona que habría realizado la acción de provocación de una situación de inimputabilidad no lo habría realizado a través de un acto libre, sino en forma determinada.

La primera parte de la presente investigación busca analizar si, en efecto, los estudios neurocientíficos ponen en peligro la existencia de la libertad como presupuesto fundamental de la culpabilidad, así como la necesidad de imponer la pena frente a la realización de un injusto culpable. Asimismo, se busca exponer las diversas respuestas dogmáticas que han planteado ante los desafíos por los aportes científicos para, a partir de ello, dar una respuesta sobre si las propuestas de las ciencias experimentales realmente pueden socavar el Derecho Penal de la Culpabilidad. Sin duda que estas cuestiones que vamos a plantear serán de mucha utilidad para justificar el fundamento del castigo en los supuestos de *actio libera in causa*.

En la segunda parte de la investigación tiene como propósito explicar el contenido de los casos de *actio libera in causa* que sólo se limitará a los supuestos de provocación dolosa de inimputabilidad, dejando el resto de casos como la omisión o la provocación dolosa de un estado de no acción para una posterior investigación. De igual manera, se expondrán las distintas respuestas de la dogmática final que buscado dar una respuesta al fundamento para justificar el castigo en estos supuestos. Finalmente, se hará un estudio de nuestra legislación penal sobre la regulación de esta figura para realizar, en forma posterior, una aproximación para la formulación de un fundamento para permitir el castigo en los casos de *actio libera in causa*.

Lima, 6 de Junio de 2017

PRIMERA PARTE: BASES PARA EL FUNDAMENTO DE LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

1. Desarrollo de la Culpabilidad jurídico penal

Al igual que el resto de las categorías del delito, la culpabilidad ha evolucionado en cuanto a su concepción, contenido y características, en especial a partir del siglo XIX. El concepto de *nulla poena sine culpa* que se muestra como un elemento esencial del Derecho penal en la actualidad no fue siempre una pretensión común en las legislaciones anteriores a dicho siglo. La exigencia de una relación subjetiva entre hecho y el autor no era un presupuesto para afirmar la culpabilidad del sujeto, al contrario, la responsabilidad objetiva, las presunciones de culpabilidad y la indiferencia hacia la capacidad de reproche individual fueron pautas en la tradición dogmática hasta el siglo XIX, siguiente al nacimiento del Estado de derecho liberal¹.

En la actualidad la mayor parte de la doctrina acepta que una persona solo puede ser juzgada y condenada por la comisión de un hecho delictivo propio, no existe lugar para afirmar la culpabilidad por el hecho de tercero, pues la responsabilidad penal es a título individual, y no colectiva. Asimismo, se entiende la exigencia que debe existir entre la parte subjetiva con el hecho del autor, es decir, el conocimiento del sujeto de querer realizar el injusto y que se debe dar al momento de la ejecución de los actos típicos de determinado delito, de manera que se proscriben los casos de dolo o culpa antecedente o subsiguiente.

Sin embargo, uno de los temas más debatidos en la ciencia penal está vinculado con el presupuesto de la culpabilidad para fundamentar el reproche al sujeto por la comisión de un hecho penalmente relevante. Por un lado, se encuentra un sector de la doctrina que parte de la libertad del sujeto como un presupuesto común para afirmar la existencia de culpabilidad en la persona. En contra de esta posición, otro grupo de autores niegan la libertad del ser humano y, por tanto, que ésta pueda ser el fundamento de la categoría de la culpabilidad. Según este grupo de autores, la persona no tiene libertad de acción, sino que obra en función a factores externos o incluso condicionantes internas que lo motivan. De esta forma, la culpabilidad se podría sustentar en razones de mera peligrosidad *ex post* del sujeto o una responsabilidad por razones de necesidad de prevención, pero no culpabilidad moral o jurídica.

¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho penal*, Thomson Reuters, 4° edición, Navarra, 2010, p. 401.

Por otra parte, existe otra posición dogmática que, si bien no niega plenamente la existencia de libertad, tampoco toma postura sobre la discusión filosófica entre determinismo y libertad. Afirma que la libertad es una presunción necesaria debido a que, por un lado, se convierte en un presupuesto para fundamentar el castigo al ciudadano por la comisión de un hecho delictivo y, de otro lado, como una garantía de las reglas de convivencia social en la sociedad y el Estado de Derecho.

En este orden de ideas, se expondrá en este primer apartado las posiciones dogmáticas más relevantes de los sectores de estudio descritos con la finalidad de describir el estado de la discusión sobre el fundamento de la culpabilidad. Esto nos permitirá, en forma posterior, analizar la discusión actual de la culpabilidad a partir de los estudios de la neurociencia que, si bien parten de la clásica del hombre como ser determinado, veremos que la génesis de sus ideas residen es un determinismo científico en el que, no solo se cuestiona la imagen del hombre como una persona libre, sino que, además, se propone un cambio en el modelo de imputación de la responsabilidad penal de los ciudadanos, en especial, a partir de la imposibilidad de demostrar científicamente que el hombre puede actuar de otro modo.

1.1. El concepto psicológico de la culpabilidad

La culpabilidad como un concepto psicológico lo encontramos en los primeros manuscritos de dos reconocidos causalistas: Von Liszt y Beling. Ambos autores son pensadores influyentes de entender a las ciencias naturales en su concepto general del delito y tienen una lógica de una ciencia descriptiva-naturalista de su análisis. En su concepción, la culpabilidad, a diferencia de lo que hoy se conoce, se encuentra en el tipo subjetivo, era un elemento descriptivo y fáctico: juicio de comprobación psíquico entre el hecho y el resultado. Al igual que su definición de acción como manifestación de la voluntad que causalmente realiza el resultado, cuyo nexo entre acción y resultado era puramente descriptivo, en la culpabilidad se habla de un nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho, donde no existía un elemento valorativo². El grado de intensidad entre ese nexo nos permitía diferenciar entre dolo y culpa, en el caso del dolo ese nexo no material y psicológico era la voluntad, la voluntad del autor de realizar el hecho o resultado delictivo; mientras que en el caso de la imprudencia era difícil hallar ese nexo, dado que el sujeto no buscaba causar el propio resultado.

² LUZÓN PEÑA, Diego, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 488.

Las críticas hacia el concepto psicológico de culpabilidad eran, por un lado, referidas a la falta de explicación en los casos de imprudencia o de culpa, en especial, en la culpa inconsciente donde el autor del hecho nunca manifestaba la voluntad de cometer el hecho o resultado delictivo³. De otra parte, no existía una coherencia de esta teoría con los supuestos de miedo insuperable o de estado de necesidad exculpante, donde el autor sí obraba técnicamente con dolo, con lo cual –siguiendo los lineamientos de la teoría psicológica- se debía imponer un castigo.

Sin embargo, se debe destacar que el presupuesto ideológico de esta concepción es la libertad del hombre y su capacidad para poder comprender el sentido de sus actos. En efecto, este concepto de culpabilidad permitía hacer abstracción del problema del libre albedrío, en torno al cual existía polémica ante el auge de la concepción determinista del ser humano, por tal motivo esta teoría sufre duras críticas que formula el positivismo determinista, en parte.

1.2. El concepto normativo de culpabilidad

Como sucedió con la teoría del delito, la categoría de la culpabilidad evolucionó, se busca dejar una comprensión objetiva y descriptiva de esta categoría para introducir criterios normativos, cuya base sea el reproche individual del individuo. Para la concepción normativa de la culpabilidad, que se fórmula en los inicios del siglo XX y que es teoría dominante, la culpabilidad es reproche o reprochabilidad del sujeto por su acción a partir de criterios normativos, no descriptivos. De esta manera, no solo se reconoce la necesidad de establecer un nexo entre el acto y el autor de un hecho delictivo, sino que se requiere contar con la presencia de dos elementos: posibilidad de conocimiento de la antijuricidad de la conducta y exigibilidad de conducta adecuada a la sociedad⁴.

Frank en 1907 introduce el concepto de reprochabilidad como posibilidad de reprochar al sujeto por haber iniciado el hecho. Indica que la reprochabilidad exige la presencia de tres elementos: **(i)** la disposición espiritual normal del sujeto; **(ii)** la relación psíquica concreta del sujeto con el hecho o la posibilidad de tal relación; y, **(iii)** la disposición normal de las circunstancias en que obra el sujeto⁵. De esta forma, la culpabilidad es un

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 9° reimpresión, p. 513.

⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona 1999, p. 226 y s.

⁵ FRANK, citado por LUZON PEÑA, Diego, *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, INDRET, Barcelona, 2012, p. 6.

elemento que permite realizar un juicio de valor basado en el mandato interno de la norma. De esta forma, se superan los casos problemáticos que afrontaba la teoría psicológica de la culpabilidad como el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable, pues se afirma que no es necesario sólo el dolo del sujeto para atribuir la culpabilidad, sino que, además, debe verificarse si le es reprochable el hecho.

Este concepto normativo de la culpabilidad, que también parte como presupuesto de la libertad de actual del individuo, es desarrollado con mayor profundidad por Goldschmidt, quien introduce el concepto de deber individual y que da el nombre a la teoría (normativa). En este sentido, Goldschmidt sostiene que la culpabilidad no es un juicio relativo – normativo sobre la composición subjetiva del hecho, sino como la errónea composición subjetiva misma de la voluntad sobre la acción. La base de la reprochabilidad es la contrariedad al deber y en la exigibilidad⁶. El punto esencial de la teoría normativa que sostiene este autor alemán reside en afirmar que la norma penal no solo contiene un sentido de valoración positiva, es decir, el reconocimiento del Estado sobre un bien jurídico de importancia, sino que, además, se debe imponer un mandato –en sentido negativo- en el sentido de respetar o determinar una conducta positiva en favor del bien jurídico reconocido⁷. Finalmente, Freudhental desarrolla el concepto de exigibilidad como conducta adecuada a Derecho, por tanto, la conducta que en el caso concreto no se le podía exigir actuar conforme a derecho es un supuesto o clausula general de exclusión de la culpabilidad⁸.

El contenido de la culpabilidad que formulan estos autores se construye ya no por conceptos meramente descriptivos-objetivos, sino por criterios normativos de valoración al concepto de culpabilidad. Sin embargo, dentro del concepto de culpabilidad se mantienen los elementos subjetivos como el dolo y la culpa, es a partir de la introducción de la corriente finalista que opera un cambio respecto a la estructura de la categoría de la culpabilidad, como veremos.

El finalismo parte de que el dolo y la culpa no se encuentran dentro de la categoría jurídico penal de la culpabilidad. Welzel –uno de los máximos autores del finalismo- señala que, tanto el dolo como la culpa, se encuentran dentro de la categoría de la tipicidad, pues ambos elementos son abarcados por la acción, quedando la culpabilidad

⁶ GOLDSCHMIDT, citado por LUZON PEÑA, *Libertad, culpabilidad...*, cit, p. 7.

⁷ QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables...*, cit, p. 227.

⁸ JESHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducido por Miguel Cardenete, Comares, Granada, 1996, p. 451.

con un contenido puramente normativo⁹. La culpabilidad consiste, por tanto, en establecer un juicio normativo sobre la relación entre autor y su hecho típico y antijurídico; asimismo, para la atribución del hecho al autor debían concurrir las siguientes condiciones para la atribuibilidad: (i) imputabilidad; (ii) posibilidad de conocimiento del injusto; y, (iii) ausencia de causas de exculpación¹⁰. Esta purificación de la categoría de la culpabilidad coincide con la evolución de la teoría de la acción y del tipo que condujo a la idea hoy dominante de que dolo y culpa son componentes del injusto, que pertenecen al tipo subjetivo del hecho. Asimismo, al pasar a constituir elementos del injusto, en la culpabilidad se restó un contenido normativo *stricto sensu*, esto es, las condiciones necesarias para la atribuibilidad del hecho a su autor¹¹.

1.3. La culpabilidad por el modo de vida

En este tipo de culpabilidad se responsabilizaba al sujeto por su conducción de vida. Se parte de una premisa determinista: el hecho penalmente relevante se explica por la personalidad del agente y como síntoma de ella. El delito es el resultado del modo en que el sujeto conduce su vida y la culpabilidad es en realidad reproche a esta conducción indebida de la vida del autor del delito¹². Se examina al sujeto, no solo en relación a sus condiciones al momento del hecho, sino que se observa su modo de ser y personalidad, que se va haciendo en el tiempo. La realización de la acción típica permite juzgar la conducta del autor en forma global para explicar el hecho como una manifestación o producto de su personalidad¹³.

Hoy en día la actual dogmática penal está lejos de postular una culpabilidad basada en el modo de vida o el carácter de una persona, al contrario, la culpabilidad es entendida como culpabilidad por el hecho típico y antijurídico. Si bien es cierto que, como en nuestro caso, las circunstancias personales del sujeto (art. 45° del CP) son elementos de medición de la pena, no se puede afirmar que el objeto del reproche sea la vida anterior del criminal, sino que se trata de datos relevantes para entender la entidad de reproche del sujeto en el caso específico, en atención a su cultura o sus carencias personales. En tal sentido, no importará un mayor grado de culpabilidad la conducta

⁹ Véanse algunas críticas en CEREZO MIR, *El delito como acción culpable...*, cit, p. 18.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal...*, cit, p. 410.

¹¹ *Ibidem*, p. 410.

¹² ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal...*, cit, p. 519.

¹³ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, parte general*, Ara Editores, Lima, 2004, pp. 395 y s.

socialmente incorrecta y anterior al hecho ejecutada por el autor, tampoco la circunstancia de ya haber sido condenado con anterioridad como en la reincidencia¹⁴.

1.4. La responsabilidad por el hecho

Formulada esta teoría por el profesor alemán Maurach y seguida, principalmente en España por Bacigalupo, propone la introducción de una categoría entre la antijuridicidad y la culpabilidad: la responsabilidad por el hecho. Se trata de una categoría sistemática, propia y adicional, en consecuencia, conoce junto con las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad, causas específicas de exclusión de responsabilidad por el hecho, donde se mencionan como supuestos más importantes el estado de necesidad y la legítima defensa.

Las causas de inculpabilidad basadas en un criterio generalizador se incluyen en la nueva categoría de la responsabilidad por el hecho. La concurrencia de una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho no excluye la antijuridicidad, pero impide la aplicación de medidas de seguridad y permite que los partícipes queden exentos de pena¹⁵. Para Bacigalupo en las causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho estamos ante una disminución del injusto: la conducta es antijurídica, pero queda excluida en lo ilícito penal. Maurach, en cambio, considera que la responsabilidad por el hecho integra, junto con la culpabilidad, la atribuibilidad¹⁶.

Con mayor actualidad, Bacigalupo se aproxima a distinguir entre causas de exclusión de lo injusto penal y causas de justificación. Se transforma a las causas de inculpabilidad basadas en la idea de no exigibilidad en causas de exclusión del injusto penal, por lo que lo lógico sería que incluyera la responsabilidad por el hecho en la antijuridicidad.

Roxin se mostraba de acuerdo con la postura sostenida por Maurach al considerar que era correcto explicar que en los supuestos de legítima defensa y causas de exculpación la exención de pena no se sustentaban en la idea de culpabilidad individual, sino en la necesidad de pena que va junto a su criterio de responsabilidad penal. Aunque rechaza la postura de que el partícipe en una legítima defensa imperfecta debería quedar eximido

¹⁴ En opinión contraria, vid CEREZO MIR, *El delito como acción culpable...*, cit, p. 39.

¹⁵ CEREZO MIR, *El delito como acción culpable...*, cit, p. 40.

¹⁶ *Ibidem*, p. 40.

de pena pues debe ser, por regla general, punible. Aun es más crítico sobre la apreciación de que en estos casos no se podría aplicar una medida de seguridad¹⁷.

En igual medida, la posición de Bacigalupo no se encuentra exenta de críticas en cuanto a las consecuencias jurídicas de reconocer esta categoría, más aún cuando se afirma que excluye la aplicación de las medidas de seguridad a los que actúan amparado en una causa de inculpabilidad, basado en una idea de exigibilidad. Se debe partir de que las medidas de seguridad respecto de las penas tienen diferentes presupuestos de aplicación. Las medidas de seguridad son aplicables únicamente a los delincuentes peligrosos.

1.5. Las teorías de la motivabilidad, normalidad o motivabilidad normal

Una de las teorías que rechazan a la libertad como presupuesto material de la libertad es la posición que, desde una perspectiva determinista, asume Von Liszt. La base material de la responsabilidad, es decir, la imputabilidad y la culpabilidad, es la determinabilidad o posibilidad de determinación normal por motivos. No habría imputabilidad o culpabilidad cuando una persona reacciona en forma anormal, distinta a la actuación del hombre medio normal¹⁸.

Esta teoría parte de un concepto empírico, constatable sociológicamente en los sujetos normales, y no implica una (des)valoración normativa. A esta fundamentación empírica y sociológica se le agrega que cuando existe posibilidad de determinación o motivabilidad normal del sujeto la pena es necesaria como medida de prevención, mientras que cuando no existe aquella posibilidad la pena será innecesaria.

En la doctrina alemana autores como Bockelmann fundamentan la culpabilidad en la idea de que la persona normal e íntegra tiene una adecuación a sentido de su actuación; asimismo, que la persona normal tiene plena capacidad, por regla general, de ser motivado por los imperitos jurídicos y, si bien se rechaza el libre albedrío, se afirma que la motivabilidad normal se puede concebir a su vez tanto basada en la libre decisión o a su vez determinada¹⁹. Baurmann propone sustituir la culpabilidad por la accesibilidad

¹⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Civitas, 1997, p. 815 y s.

¹⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal...*, cit, p. 491.

¹⁹ BOCKELMANN, citado por LUZON PEÑA, *Libertad, culpabilidad...*, cit, p. 11.

normativa, criterio defendido por Roxin, como algo empíricamente constatable y que se identifica con la motivabilidad²⁰.

En la doctrina española, en igual medida, se sustentaron posiciones similares. Gimbernat propone renunciar a la culpabilidad, ante la imposibilidad de poder demostrar si en el caso concreto un delincuente pudo actuar de forma distinta, y sustituirla bajo una teoría de necesidad de pena. La pena encuentra su justificación y su medida en las exigencias de la prevención general y especial. Si bien bajo esta concepción se produce un abandono a la culpabilidad, tanto como principio y criterio dogmático en la teoría del delito, se puede reconocer la importancia del error invencible de prohibición, excluir la responsabilidad por el resultado, como también, explicar por qué se sancionan con menor pena los delitos imprudentes frente a los dolosos²¹.

Asimismo, este autor sostiene que en la culpabilidad se trata de determinar si el sujeto se puede o no motivar en el caso concreto. No hay culpabilidad, cuando un sujeto no tuvo esa posibilidad de motivación. La pena es, en esos casos, ineficaz desde el punto de vista de la prevención general como intimidación. Señala Gimbernat que la pena es innecesaria, desde el punto de vista de la prevención general, porque los sujetos motivables no se iban a dejar intimidar porque no se imponga a un inimputable, ya que frente a un no culpable solo es suficiente una medida de seguridad basada en su peligrosidad²².

Por su parte, Muñoz Conde también rechaza el fundamento material de la culpabilidad a partir de la idea de libertad. Sostiene que –la idea de libertad- es un dato más que fenomenológico, puramente vivencial, empírico, que un presupuesto descriptivo e insuficiente para fundamentar el moderno concepto de culpabilidad²³. El fundamento de la culpabilidad, a su juicio, no puede encontrarse en la indemostrable imposibilidad de actuar de otro modo. Propone hallar ese fundamento en la función motivadora de la norma penal, que junto con la función protectora constituye una función específica de la norma. La norma penal, señala Muñoz Conde, contiene un mensaje que se dirige a los individuos, quienes al ser capaz de motivarse deben dirigir su comportamiento hacia los mandatos normativos prohibitivos. Lo importante, según el autor, no es si el sujeto puede elegir entre varias opciones posible, sino que la norma lo motiva con sus mandatos y

²⁰ BAURMANN, citado por LUZON PEÑA, *Libertad, culpabilidad...*, cit, p. 11.

²¹ CEREZO MIR, *El delito como acción culpable...*, cit, p. 21.

²² LUZON PEÑA, *Libertad, culpabilidad...*, cit, p. 12.

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 143.

prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios quehaceres posibles. Cualquier alteración importante de dicha facultad –cualquiera que sea el origen de la misma- deberá determinar la exclusión o, si no es tan relevante, la atenuación de la culpabilidad²⁴. Finalmente, considera que la pena adecuada a la culpabilidad se adecua a la función de prevención general.

Mir Puig rechaza la posibilidad de demostrar empíricamente el criterio de capacidad de obrar de otro modo y muestra una inclinación determinista en su construcción de la culpabilidad. La culpabilidad es atribubilidad del hecho al sujeto que por la normalidad del proceso de motivación o normal racionalidad de su decisión. En suma culpabilidad es capacidad de motivación normal por la normal²⁵. Señala que si bien en el caso de los inimputables es posible que la capacidad de motivación no se encuentra totalmente excluida, como también en los supuestos de inexigibilidad de otra conducta y, sin embargo, se excluye la culpabilidad si no hay posibilidad de motivación normal; ello no significa ampliar los casos de exclusión de la culpabilidad, admisibles no sólo cuando en el hecho el sujeto no es absolutamente motivable, sino también cuando su motivabilidad es claramente anormal, está perturbada.

Por otra parte, Mir Puig considera que la culpabilidad no debe ser entendida como el fundamento de la prevención, sino, al contrario, como un límite a sus exigencias. El fundamento de la culpabilidad es la exigencia propia de un Estado democrático y en el principio de igualdad en la ley, que exige tratar desigualmente a las inculpables, que son totalmente desiguales a los normales²⁶.

Las críticas a los autores englobados dentro de las teorías de la motivabilidad, normalidad o motivabilidad normal no solo se reducen a su postura negadora de la libertad como presupuesto material, cuestión que trataremos más adelante. La situación es la siguiente. Todos coinciden, sin la menor duda, en justificar que no será atribuible responsabilidad o culpabilidad penal al sujeto no motivable o no normalmente motivable bajo argumentos de falta de necesidad o eficacia de pena o del principio de igualdad, etc. La cuestión reside en explicar por qué razón una persona será declarada culpable en situación de motivabilidad si, a pesar de todo, no es libre o no sabemos si existe la posibilidad de actuar de otro modo. Al respecto, Mir sostiene que el sujeto será

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 3º edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 143 y ss.

²⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 10º edición, actualiza y revisada, Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 554 y ss.

²⁶ *Ibidem*, pp. 554 y ss.

declarado culpable no tanto porque tuvo capacidad normal de motivación y, pese a eso, actuó en forma ilícita, sino porque pudo ser (en forma pasiva) y fue motivado normalmente aunque el motivo representado por la norma no lograra imponerse frente a otros motivos. Como sintetiza Cerezo, la simple capacidad pasiva de motivación no puede servir de base a la atribución del hecho a su autor, como persona, si éste no podía obrar de otro modo, es decir, si no podía ser motivado con éxito²⁷.

En igual medida, si en el resto de la teoría del delito, como por ejemplo en la imputación subjetiva o en la autoría, se niega la imputación o atribución de un hecho a una conducta que es obra de una intención dolosa o de la acción del sujeto, sino de otro factor, lo coherente es también negar la atribución de responsabilidad como presupuesto para imponer una pena si el hecho no obra de la determinación libre del sujeto sino de otras causas. Igualmente si, aunque no se comporta el determinismo, se parte de la indemostrabilidad de la libertad y de la posibilidad de decidir y actuar de otro modo del sujeto en el caso concreto, un Derecho penal y procesal penal donde rigen garantías como el *indubio pro reo*, al existir una duda razonable de si el sujeto en el caso concreto tuvo capacidad de decidir y actuar de otro modo, habría que no declarar su culpabilidad por invocación expresa de dicho principio²⁸.

1.6. La accesibilidad normativa de Roxin.

En su formulación dogmática Roxin diferencia entre los conceptos de culpabilidad y responsabilidad. El primero, en su concepción global, forma parte del segundo. Para la responsabilidad jurídico penal, en sentido amplio, considera necesario, primero, la culpabilidad basada en la accesibilidad normativa, y segundo la necesidad preventiva de sanción penal, lo que denomina responsabilidad, en sentido estricto²⁹.

El sujeto actúa, señala Roxin, culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal, a pesar de que podía ser alcanzado por el efecto de atención o motivador de la norma en la situación concreta, pues poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho³⁰; sin embargo, se precisa una adición: la necesidad preventiva de sanción como un criterio para determinar la pena.

²⁷ CERESO MIR, *El delito como acción culpable...*, cit, p. 31.

²⁸ LUZON PEÑA, *Libertad, culpabilidad...*, cit, p. 17.

²⁹ *Ibidem*, p. 29.

³⁰ ROXIN, *Derecho Penal...cit*, p. 792.

Explica que la sola necesidad preventiva de punición no necesita de una fundamentación especial, de modo que aquí no habría una clara distinción entre culpabilidad y responsabilidad, por ejemplo: si un sujeto coge un arma, apunta a su víctima y la asesina. Sin embargo, existen supuestos donde la invocación de la ausencia de culpabilidad será satisfactoria para explicar por qué no hay una intervención punitiva estatal. Así tenemos en el caso de estado de necesidad exculpante, existe una idea de culpabilidad pero se renuncia a su existencia (disminuida) porque no existe una necesidad preventiva de sanción. De esta forma, explica Roxin, mediante el reconocimiento de culpabilidad y necesidad preventiva como supuestos de igual rango de la responsabilidad, la dogmática puede conseguir una conexión de la teoría de la pena³¹.

Para Roxin la culpabilidad es: “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa”, es decir, un sujeto será culpable cuando, en un estado normal y anímico, se encontraba disponible al llamado de la norma, cuando le eran psíquicamente asequibles las posibilidades de decisión por una conducta orientada a la norma. Añade que no se trata de una hipótesis indemostrable [la libertad], sino de un fenómeno científico y empírico, que tanto la psicología y psiquiatría lo desarrollan cada vez en mayor medida como criterios de enjuiciamiento³².

Roxin no parte de una declaración de libertad demostrable pues señala que no es su objetivo demostrar el libre albedrío, sin embargo, afirma que la persona tiene capacidad de poder comportarse conforme al mandato normativo y será culpable cuando no adopta ninguna alternativa, siempre que le haya sido psíquicamente asequible para él. De esta manera, postula que tanto el indeterminista debería estar conforme con esta interpretación de la libertad como también el agnóstico, aquél que se declara desconocedor de la existencia o no del libre albedrío e, inclusive, el determinista. Específicamente señala Roxin: “*la suposición de libertad es una aserción normativa, una regla social de juego, cuyo valor es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales*”³³. Para aterrizar con un ejemplo sobre la adscripción de la idea de libertad señala que, como sucede con el principio de igualdad, el orden jurídico declara la igualdad común de todos los ciudadanos, aunque somos conscientes que no todas las personas somos realmente iguales, lo cierto es que se ordena que los hombres debemos recibir un igual trato ante la ley.

³¹ ROXIN, *Derecho Penal...cit*, p 807.

³² *Ibidem*, p. 807.

³³ *Ibidem*, p. 801.

Roxin, aclara, que su posición no es empírica, contra los ataques de los partidarios del determinismo y otros que se suman a las críticas de sus planteamientos, pues señala que tiene un concepto de culpabilidad como un dato mixto: empírico-normativo. Empírico por cuanto es constatable la capacidad general de auto control y la accesibilidad normativa que con ella se produce. Se atribuye normativamente -en cualquier caso por quien no quiera tomar una posición indeterminista- la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho.

Finalmente, postula que su concepto de culpabilidad se apoya también en un criterio de justificación social de la pena y que se asemeja a la posición de Jakobs –en cuanto a su función preventivo general-, pero salvaguarda mejor que éstos la función de protección liberal propia de un Estado de Derecho, del principio de culpabilidad que no grava al ciudadano sino que, al contrario, lo protege. La culpabilidad no depende de cuestiones preventivo generales especiales o vagas, sino de una real capacidad del sujeto de control, junto con un criterio de constatación empírica, algo realmente constante que constituya un freno a la potestad punitiva del estado. De esta manera, cuando estemos frente a un delincuente por instinto o un psicópata que ya no es susceptible del llamado de la norma en el momento del hecho, éste debe ser absuelto, sin embargo, cuando la actuación se realice por sujetos claramente peligrosos pero inculpables, será indispensable una reacción estatal, pero que exige una fundamentación adicional al tratarse de una medida de seguridad. Esto no afectará en nada el concepto de culpabilidad³⁴.

1.7. La reprochabilidad basada en la actitud interna. La propuesta de Jescheck

Jescheck construye su teoría de la culpabilidad sobre el presupuesto de libertad: la formación de la voluntad del autor es el objeto de reproche por su resolución delictiva. El presupuesto lógico de la culpabilidad es la capacidad de determinación conforme a la norma jurídica, quien tiene dicha determinación a poder comprender la norma jurídica será declarado culpable. Asimismo, crítica a las concepciones que sustentan la culpabilidad en la ausencia de libertad: si todo hacer u omitir estuviera ya determinado por las leyes de la naturaleza o de la causalidad y privado de la influencia de la voluntad, no tendría sentido hacer responsable a la persona por un hecho incontrolable, como por ejemplo, tratar de castigar al enfermo psicótico por su actuar errado.

³⁴ ROXIN, *Derecho Penal...cit*, p. 811.

Sin embargo, este concepto en favor de la proclamación de la libertad es ciertamente relativo pues, en líneas posteriores, declara que: *“a la vista de la imposibilidad de aclarar estas situaciones (en relación a probar la fundamentación del reproche culpabilístico a través de la libertad del hombre), en relación con la fundamentación de la culpabilidad sólo puede afirmarse con suficiente seguridad lo siguiente: los procesos mentales que sirven de base a la formación de la voluntad no siguen sencillamente las reglas de la naturaleza [...] la posibilidad de determinar el comportamiento descansa sobre la capacidad de la persona para controlar sus inclinaciones y de dirigir su decisión hacia la razón, los valores y las normas”*³⁵.

Fórmula la culpabilidad en reproche social por cuanto el autor podría haber actuado en forma distinta, según la experiencia en casos similares, a cualquier otra persona que estuvo en su lugar ante la tensión de la fuerza de voluntad que posiblemente falló en el autor. Señala que este presupuesto descansa sobre las exigencias normativas del ordenamiento jurídico frente al autor del hecho, quien es tratado como un destinatario responsable de la norma.

En definitiva, el objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico en atención a la actualización que en éste opera de una actitud interna jurídicamente desaprobada. La culpabilidad es una deficiencia de la actitud interna frente al Derecho digna de reprobación expresada a través de un acto típico y antijurídico. Luego indica que la medida de la culpabilidad viene suministrada por la capacidad del hombre medio tal y como lo establece el ordenamiento jurídico.

Las críticas al planteamiento de Jescheck van dirigidas en cuatro aspectos, en mi opinión. Primero, se trata de un concepto formal de la reprochabilidad, no se indica ningún criterio en virtud del cual se puede juzgar la actitud interna desaprobada del sujeto. Segundo, se manifiesta una marcada influencia positivista y que está relacionada con las críticas a la afirmación del orden jurídico por encima de los valores esenciales de la humanidad. De esta manera, será la sociedad la que determine, en forma exclusiva, cuando una conducta tiene un significado jurídicamente desaprobado, lo que nos puede llevar a los extremos que sucedieron en el nacional socialismo. Tercero, este criterio no tendría aplicación en los casos de imprudencia inconsciente pues si se afirma que la culpabilidad es actitud interna del sujeto eso presupone una actitud o disposición

³⁵ JESHECK, Hans / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Volumen I, Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 603 y s.

consciente³⁶. Cuarto, por cuanto asume como medida de la culpabilidad la capacidad del hombre medio y no la capacidad individual del sujeto en el hecho delictivo.

1.8. El concepto funcional de culpabilidad de Jakobs.

En el concepto funcional del delito de Jakobs, el Derecho penal se legitima materialmente en la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales. Afirma Jakobs que: *“así como los hombres en su relación con la naturaleza solo se orientan en la medida que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales”*. Y solo interesan esos contactos sociales en cuanto expresen un sentido comunicativo que contraviene una expectativa del orden jurídico, una expectativa, ciertamente, que deriva de la pretensión social de respetar las normas vigentes³⁷.

Como quiera que las personas viven en una sociedad, un orden social ya establecido, es posible distinguir las expectativas normativas de comportamiento del sujeto en función a dos ámbitos. Por un lado, existe un deber de autoorganización propia que importa que cada sujeto se organice de forma tal que no dañe a otro. Se trata de una relación negativa que refleja, a su vez, una relación positiva: el reconocimiento del otro como persona. Jakobs afirma: *“sólo aquello que se ha reconocido como persona –o como perteneciente a una persona- se eleva del dominio de lo causal, de lo que puede ser modificado arbitrariamente”*³⁸. El quebrantamiento de esta expectativa lleva a los delitos de organización. Por otra parte, es necesaria la expectativa de que las instituciones elementales de la sociedad funcionan ordenadamente. Se trata de mantener deberes de vida en común. La decepción de esta expectativa conduce a los delitos de infracción de deber.

En cuanto al significado de la pena, Jakobs sostiene que la infracción de la norma no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas. La pena no repara un daño, sino que significa una expresión de sentido de que el comportamiento del infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. En consecuencia, la pena sirve para que las expectativas normativas fundadas

³⁶ ROXIN, *Derecho penal...*cit, p. 801.

³⁷ JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2° edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 9 y ss.

³⁸ JAKOBS, Günther, *Acción y omisión en Derecho penal*, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, pp. 8 y ss.

no queden anuladas por su defraudación el caso concreto³⁹. Jakobs, en definitiva, adopta una concepción preventiva general de la pena, no el sentido de intimidación, sino en el sentido de fidelidad al Derecho.

De otro lado, Jakobs renuncia a la libertad como presupuesto material de la culpabilidad. En su explicación y fundamentación de la culpabilidad es indiferente este conflicto clásico entre determinismo e indeterminismo. Lo importante es la configuración y mantenimiento del orden social⁴⁰. Precisamente, Jakobs desarrolla un concepto funcional de culpabilidad que la entiende a ésta como una atribución de prevención general destinada a un fin: mantenimiento de las expectativas normativas sociales. En efecto, a partir de la idea concebida por Jakobs de que el Derecho penal protege la identidad normativa de la sociedad, se deja de lado al sujeto individual con su concepción antropológica, para definir como persona a quien se comunica en el sistema social, en concreto, en el Derecho penal⁴¹.

Dado que el fin del Derecho penal, dentro de la concepción funcional de Jakobs, es la re-estabilización de la norma a partir de la conducta defraudadora ejecutada por el autor de un hecho penal, y no la protección de bienes jurídicos penales, la culpabilidad jurídico penal no se sustenta en el injusto que ha realizado el autor individual, sino en la necesidad de solventar la defraudación de la norma con la imposición de una pena. De esta forma, el profesor alemán se opone a la función restrictiva de la punibilidad por el hecho del autor al afirmar que lo determinante no es el hecho que expresa el autor, sino que lo determinante es la fidelidad del Derecho a los ciudadanos, para la estabilización de la confianza en el ordenamiento⁴².

Finalmente, Jakobs es crítico de utilizar la categoría jurídico penal de la culpabilidad como un límite de la medida de la pena. Las teorías limitadoras –término usado por Jakobs- deben limitar lo necesario para la prevención, entonces deben ofrecer por sí solas una medida de la pena, sin considerar a los fines preventivos, sin embargo, sus postulados fracasan pues intentan ser una reformulación inconsecuente de la tesis de la función preventiva de la pena. El límite que establece la culpabilidad para la pena no discurre, por tanto, en torno a lo que el delincuente ha merecido según la opinión general, sino en torno a lo necesario para mantener la confianza en el ordenamiento. Adicionalmente, niega como criterio de medida de la culpabilidad a la proporcionalidad.

³⁹ JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal...* cit, p. 12 y s.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 584 y ss.

⁴¹ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal*, Jurista Editores, Lima, p. 624.

⁴² ROXIN, *Derecho penal...*cit, p. 806.

El significado y medida de la pena debe ser establecido mediante una relación entre culpabilidad y fin⁴³.

Estos postulados formulados por Jakobs no se han visto exentos de duras críticas por la doctrina tanto alemana como extranjera. Tres son las principales críticas al concepto funcional de culpabilidad de Jakobs. Primero, la preocupante instrumentalización a la cual sería sometida la persona en aras de cumplir el propósito de reestabilización normativa. Segundo, el hecho de vaciar de contenido el principio de culpabilidad en atención a la prevención general, la punibilidad del particular ya no depende de sus circunstancias personales, sino de lo que debe ser necesario para asegurar al ciudadano su fidelidad al Derecho, de ahí que, como fórmula Jakobs, no es determinante lo que autor hace, sino es torno a lo que ordenamiento considera necesario para mantener las expectativas normativas. Finalmente y como acertadamente señala Roxin, se juega con la dignidad humana, se convierte al ciudadano, ya no se protege su personalidad innata, la medida de la pena termina dejándose al mero arbitrio del juez o legislador para considerar lo necesario para restablecer el orden social y jurídico⁴⁴.

1.9. El desarrollo de la culpabilidad en la doctrina peruana

1.9.1. La propuesta de Hurtado Pozo

Hurtado Pozo adopta la posición dogmática elaborada por Roxin. Por un lado, se muestra conforme con la distinción realizada por el profesor alemán entre culpabilidad y responsabilidad. La responsabilidad, señala Hurtado, es una categoría que, aunque no había gozado de aceptación plena en la doctrina en cuanto a su desarrollo, permite explicar por qué en los casos de causas de exculpación no se castigaba a un sujeto a pesar de que podía comprender el mandato de comportarse conforme a la norma penal. De ahí que -explica Hurtado- la culpabilidad no es suficiente para imponer la pena, sino que debe constatarse la responsabilidad, la cual implica valorar la necesidad preventiva de sancionar al delincuente⁴⁵.

Hurtado Pozo destaca que la culpabilidad se debe fundamentar en el concepto de libre albedrío. Se muestra crítico hacia aquellos autores que lo niegan o lo consideran imposible probar. Una concepción determinista, explica Hurtado Pozo, deja vacía la

⁴³ JAKOBS, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 584 y ss.

⁴⁴ ROXIN, *Derecho penal...*cit, p. 806.

⁴⁵ HURTADO POZO, José / PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, IDEMSA, 4° edición, Lima, p. 573.

culpabilidad pues sería absurdo reprocharle al sujeto su manera de comportarse si ya esté previamente determinado para delinquir. En este sentido, Hurtado Pozo señala que el concepto de culpabilidad debe renovarse y para ello sigue los planteamientos de Roxin. Culpable, por tanto, será aquel sujeto que ejecuta un acto típico y antijurídico a pesar de que es capaz tanto de comprender la exigencia del derecho, como de controlar su comportamiento. El sujeto tiene la posibilidad de ser influenciado por la norma y opta por comportarse contra ella. Dado que el hombre puede conocer y obedecer los mandatos de la norma puede ser tratado como persona libre y hacerlo responsable por su delito⁴⁶.

1.9.2. La propuesta de García Caveró

García Caveró sostiene un concepto de culpabilidad normativo anclado en bases relacionadas a la individualidad y socialidad del sujeto para comportarse. El concepto de persona y su reconocimiento no dependen únicamente de las necesidades del sistema social, explica, sino dependen del hecho natural de ser humano. Contrariamente a lo sostenido por Jakos, el reconocimiento de persona no depende de un contexto social, sino de su dignidad.

De otro lado, señala que la atribución de sentido a las actuaciones de una persona en sociedad tiene en consideración una faceta individual y social. La individualidad le otorga libertad y la capacidad de expresarla a través de sus acciones. García Caveró parte de la libertad como fundamento de la culpabilidad, pero no bajo una lógica indeterminista radical que negaría toda capacidad de orden y de la propia responsabilidad. Esa idea de libertad no debe partir como un dato empírico, experimentable y científico pues, acertadamente explica, la libertad no es un dato empírico experimentable, sino que se trata de un concepto normativo vinculado al reconocimiento de parte en sociedad⁴⁷.

Sin embargo, la sola individualidad de la persona no basta para determinar la relevancia de su actuación práctica. La socialidad del ser humano permite comprender su actuación en el sentido comunicativo, afirma García Caveró. Para poder comunicar socialmente se requiere que la actuación de la persona exprese algo necesitado de una respuesta social o el mantenimiento del orden social, es decir, que la persona sea considerada por el sistema social como sujeto responsable⁴⁸.

⁴⁶ HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal...*, pp. 580 y ss.

⁴⁷ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal...*, p. 626.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 628 y s.

1.9.3. La propuesta de Villavicencio Terreros

Finalmente, Villavicencio Terreros sostiene que la culpabilidad es la imputación de responsabilidad por un injusto personal en base a la exigibilidad en un ámbito comunicativo, en atención a condicionamientos reconocibles, en una determinada práctica social. Dos son los fundamentos de su concepción. Por un lado, el libre albedrío entendido como la especial ubicación de la persona frente al cúmulo de condicionamientos, no defiende una posición indeterminista indemostrable empíricamente. Afirma que el ser humano tiene la capacidad para dirigir su conducta y comportarse conforme a las normas, pero bajo ciertas consideraciones que se debe tener en cuenta como su posición de desventaja frente al Estado y en atención a su situación personal y su diversidad de condicionamientos. De otro lado, resalta la exigibilidad como otro fundamento importante de su concepto de culpabilidad, donde el Juez debe tener en consideración el aspecto comunicativo personal del sujeto y apreciar, además, la perspectiva de la víctima⁴⁹.

2. La discusión actual de la culpabilidad a partir de la neurociencia

La neurociencia intenta resolver la interrogante sobre la existencia de la libertad humana y sobre si esta puede ser el fundamento para el castigo por la realización de un injusto culpable. El recurso de la ciencia, a partir de distintos estudios científicos, intenta demostrar la imposibilidad de demostrar la existencia del libre albedrío y, en consecuencia, la necesidad de reordenar el fundamento dogmático para el castigo a una persona por la comisión de un hecho penalmente relevante.

En el presente apartado se presentarán los planteamientos de la neurociencia para intentar negar la existencia del libre albedrío, así como también, su propuesta para intentar solucionar la necesidad de imponer un castigo frente a la comisión de delitos que afectan el orden social. Asimismo, se expondrán las diferentes respuestas, tanto a favor como en contra, por parte de la dogmática jurídico-penal en atención a los “descubrimientos” de la neurociencia y cómo estos influirán en el ámbito de la culpabilidad jurídico-penal como categoría de la teoría del delito.

⁴⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A, *Derecho Penal, Parte General*, Grijley, Lima, 2006, pp. 565 y ss.

2.1 La neurociencia. Un intento de socavar los fundamentos de la culpabilidad

El viejo debate sobre el determinismo, libertad de voluntad y responsabilidad penal ha vuelto a tener presencia en la actualidad debido al surgimiento de investigaciones llevadas a cabo en el campo de la neurobiología, que parecen querernos conducir a la conclusión de que en realidad ningún ser humano tiene libertad de decisión, sino que, por el contrario, nuestros actos son determinados por la pura causalidad y se explicarían a través de ella. La consecuencia de negar que la libertad sea el presupuesto que sustenta la culpabilidad llevaría, necesariamente, a cuestionar a la pena como un medio legítimo frente a un injusto y tener que sustituirla por una medida de seguridad pues la persona no sería reprochada por poder haber actuado de otro modo sino porque constituye un foco de peligrosidad que requiere la intervención de la sociedad a través de un mecanismo asegurativo diferente a la pena. La pregunta que se formula es: ¿somos libres de hacer lo que queremos? ¿nuestras decisiones en cualquier ámbito de actuación tienen como sustrato el reconocimiento ontológico de la libertad? ¿o es que una persona que comete un delito es responsable porque su cerebro no le ha permitido llevar a cabo un comportamiento adaptado?

Pensemos en un líder de un grupo paramilitar que ordena la matanza de una aldea completa en el Alto Huallaga por motivos políticos; un empresario que, con la finalidad de reducir costos en los programas de prevención de la contaminación, no implementa adecuadamente un estudio de impacto ambiental; un abogado reconocido que le informa a su cliente que tiene poderosas influencias que van a permitir la anulación de su condena para disponer su absolución; finalmente, en un joven que ha practicado sistemáticamente varias violaciones y que luego se descubre que tenía un tumor en la parte frontal del cerebro que le impedía entender las reglas sociales de comportamiento.

Es posible pensar que las personas en estos ejemplos hayan decidido en forma determinada, que no hayan actuado libre y conscientemente. El paramilitar que ordenó las matanzas no merece tener un reproche penal porque ha configurado indebidamente su ámbito de organización y ha destinado su actuación para acabar con la vida de inocentes o, por el contrario, y dado que negamos su libertad de actuación, solo debemos considerarlo como un sujeto peligroso, tenemos que reducir el riesgo e imponer una medida de seguridad pues su acto no es una expresión de sentido de contravención a la organización social. ¿Es la libertad humana un mero espejismo, una

creencia religiosa o social pues en realidad todos los actos humanos, como en la naturaleza, son actos determinados por factores externos e impulsos inconscientes que el sujeto no controló en absoluto, cuyo criterio de explicación es la causalidad?

Lo que en la actual dogmática penal es considerado como la conducta, el estado corporal conducido o susceptible de ser conducido, esto es, la expresión de ser persona, es tratado por los resultados de la nueva investigación neurológica como el producto de los estados cerebrales que están determinados a través de una organización genéticamente prefijada del sistema nervioso correspondiente.

Nos concebimos como seres que disponen de intencionalidad, que somos capaces de decidir, actuar con iniciativa e intervenir en los procesos sociales del mundo real, sin embargo, estos pensamientos racionales no son más que un producto de los constructos de nuestro cerebro, pues los procesos de reflexión también se fundamentan en operaciones neuronales⁵⁰. En consecuencia, todos estamos determinados en nuestros comportamientos por procesos que no podemos controlar o querer y que, por tanto, no deberían hacernos responsables.

El Prof. Benjamin Libet, un neurobiólogo norteamericano, basado en comprobaciones experimentales anteriores se dedicó a medir en voluntarios –natural y paradójicamente– dos tipos de reacciones de la corteza cerebral que podían ser captadas por medio de sensores electromagnéticos externos. Su punto de partida era que, en una misma mano, por ejemplo, se podía constatar que su movimiento no obedecía a una decisión consciente de hacerlo sino de una predisposición al movimiento sin conciencia expresa de querer hacerlo. El experimento de Libet consistió en ordenar a voluntarios sometidos a mediación a que una y otra vez movieran la mano derecha. Sus mediciones indicarían que en todos los casos se había registrado actividad en ambos sectores de la corteza cerebral, pero que, aunque por diferencia de unos pocos milisegundos, la secuencia frente a la orden era primero actividad en la zona motora predispuesta, movimiento de la mano, y luego la actividad de formación volitiva consciente de cumplir con la orden y mover la mano. Es decir, se realizaba el movimiento de la mano sin que se haya formado la voluntad consciente de cumplirla⁵¹.

⁵⁰ SINGER, Wolf, *Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto*, en Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminología, N° 12, 210, p. 6

⁵¹ PASTOR, Daniel, “La discusión actual en torno a la culpabilidad”, en *Modernas tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal, Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, URQUIZO OLAECHEA, José (Director), IDEMSA, Lima, 2007, p. 769.

Los experimentos de Libet evidenciaron que, en el proceso de decisión y ejecución de un movimiento, aparentemente voluntario, existía una actividad cerebral no-consciente con carácter previo a la actividad cerebral consciente. Esta relación temporal entre la actividad de las áreas cerebrales consciente y no-consciente se presenta para los neurocientíficos como la prueba que determina la inexistencia de libertad de voluntad y contra aquella imagen del ser humano como un sujeto que domina su actuación, pues ni consciente inicia el proceso de valoración, ya que hay actividad cerebral no-consciente previa, ni lo controla, porque la incidencia de la actividad cerebral no-consciente en el proceso impide lógicamente hablar de control⁵².

De esta manera, la responsabilidad penal de un sujeto no debía recaer en la idea de reprochabilidad por no haber actuado de otro modo, sino porque la sociedad no pudo actuar de otra forma. Todo resultado lesivo no se puede explicar a partir de la idea de una configuración humana que ha generado la realización de una actuación riesgosa, sino que se reconduce a una explicación científica y, por tanto, causal. En efecto, el experimento del Prof. Libet buscaba mostrar que un acto humano no es fruto de la voluntad consciente de llevarlo a cabo, sino de un mecanismo causal que se desataba por un impulso motriz a actuar a un determinado estímulo.

De otro lado, para Gerhard Roth la idea de que la voluntad va a representar la realización de hechos concretos dirigidos por el yo consciente de una persona no es más que una ilusión, debido a que, como consecuencia de la concatenación de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, la memoria emocional de la experiencia tiene la primera y la última palabra en relación a los deseos e intenciones. Cuando uno decide algo, esa decisión se toma en el sistema límbico uno o dos segundos antes que podamos percibirlas de forma consciente⁵³. El concepto de decisión de voluntad reflexiva y libre de motivos es insostenible desde el punto de vista la psicología del comportamiento y de la investigación sobre el cerebro; de modo que solo se puede advertir la realización de conductas determinadas por la causalidad⁵⁴.

⁵² PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Fundamento y fines del Derecho Penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*, INDRET, Abril, 2011, p. 3.

⁵³ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Compatibilismo Humanista: "Una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal", en *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director), Edisofer, Madrid, 2013, p. 22 y s.

⁵⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho Penal*, INDRET, Barcelona, Abril, 2011, p. 14.

Por su parte, Wolfgang Prinz entendía la libertad de voluntad como una institución social que corresponde con la realidad científica demostrable desde el punto de vista psíquico. Señala que hablar de libertad de voluntad desde el punto de vista de la psicología es como del punto de vista de la zoología hablar de la existencia de un unicornio. Tanto el unicornio en sí mismo como la idea del unicornio son meramente una construcción teórica, una producción cultural, eso mismo acontece con la libertad de voluntad. Su cadena argumentativa se describe en el siguiente esquema: (i) la idea de libertad de voluntad no tiene cabida en la psicología científica; (ii) las intuiciones de libertad son el producto de la interacción y comunicación social; (iii) las intuiciones de libertad determinan el comportamiento y cumplen importantes funciones psicológicas y sociales⁵⁵.

En esa misma línea, Wolf Singer insistía en que las percepciones (decisiones) que nosotros experimentamos como objetivas no son más que el resultado de procesos constructivos. El comportamiento humano al igual que el comportamiento animal se puede explicar a través de una combinación de estímulos y los estados cerebrales inmediatamente anteriores, y que a su vez dichos estados cerebrales están determinados por la organización genética previamente dada del respectivo sistema nervioso⁵⁶.

En España, Francisco Rubia, es un fiel representante de esta corriente y señala que la “revolución neurocientífica”, con su descubrimiento de la inexistencia del yo y la libertad de voluntad, es la cuarta humillación que aguarda a la humanidad después de las tres previas descritas por Freud. En su perspectiva dogmática, el cerebro produce un engaño sobre la existencia de una presunta libertad de voluntad. Para este autor, no existe ningún ente inmaterial del cual se pueda decir que está libre de las leyes deterministas del universo, como tampoco nunca se ha podido explicar cómo interactuaría tal ente con la materia⁵⁷.

Entendemos –señala Rubia– que nuestros pensamientos son libres al igual que nuestra voluntad, que estos tienen un carácter precedente a cualquier proceso neuronal. Comprendemos que somos entes racionales con un sentido de valoración, de crítica, provistos de intencionalidad y que, por tanto, somos responsables de nuestras acciones. Inclusive, en nuestra configuración interna concebimos que podemos dialogar con

⁵⁵ DEMETRIO CRESPO, *La libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal...*, cit, p. 7.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 22 y s.

⁵⁷ DEMETRIO CRESPO, “Compatibilismo Humanista: Una propuesta conciliación”..., cit, p. 24.

nuestra conciencia⁵⁸, de argumentos con imperativos categóricos y de controlar nuestros estados de ánimo. Sin embargo, se da una manifiesta incompatibilidad entre la percepción que uno tiene del YO y la percepción de una tercera persona, un observador ajeno a nuestro ser, esto nos ha llevado a una reflexión inicial que posteriormente se ha transformado en un problema que ya no puede ser evitado. Las decisiones son el resultado de procesos de ponderación, en los cuales concurren respectivamente un gran número de motivos tanto de carácter consciente como inconsciente. Los investigados cerebrales, en este punto, afirman que las decisiones son tomadas por el cerebro. Los procesos neuronales son los que van a explicar los motivos de las decisiones que se manifiestan en el sistema nervioso.

Convencidos de haber encontrado la respuesta a la pregunta sobre si existe la libertad o no en la actuación de los individuos, los representantes de esta dirección científica prolongan sus resultados al ámbito del trato de las normas de responsabilidad y su fundamentación. Se pone como ejemplo a una persona que comete un delito aparentemente con plena consciencia de lo que está haciendo, siendo declarada culpable por el resultado lesivo ocasionado. Sin embargo, posteriormente se descubre casualmente un tumor en las estructuras de la parte frontal del cerebro, las cuales se necesitan para extraer las reglas sociales aprendidas y ponerlas a disposición para los procesos de decisión. Los neurocientíficos explican que este caso pone de manifiesto que existen disposiciones genéticas que pueden producir conexiones que dificultan la comprensión de reglas sociales. El enjuiciar como maliciosos o malvados a las personas con disposiciones conductuales problemáticas no supone otra cosa que evaluar el resultado de un fatal desarrollo de un órgano, el cual determina nuestro ser.

Cuando se realiza una conducta desviada, que supera los límites de tolerancia permitidos, se debe imponer una sanción que debe tener un punto de vista diferente al concebido en forma tradicional con la pena. No se debe sancionar al autor de un delito porque llevo a cabo un comportamiento socialmente prohibido, que va contra los valores que se han cimentado en el proceso de socialización o educación, cuyo sustento es la libertad. La sociedad, es indudable, debe reprochar los comportamientos indebidos. En este sentido, se debe tener en consideración los conocimientos cerebrales fisiológicos existentes, donde se reemplazará la conflictiva atribución de una gradual libertad y responsabilidad por procesos conscientes e inconscientes⁵⁹.

⁵⁸ SINGER, *Experiencia propia y Descripción Neurobiológica...*, cit, p. 10.

⁵⁹ SINGER, Wolf, *Experiencia propia y Descripción Neurobiológica...*, cit, p. 31

Como se observa las neurociencias no solo han otorgado mayores conocimientos sobre las capacidades cognitivas del cerebro humano, sino que, además y a partir de los posicionamientos de los autores expuestos, han cuestionado que la libertad sea el fundamento de la culpabilidad, en especial, la capacidad para actuar de otro modo. En efecto, neurocientíficos como Roth, Singer o Rubia propugnan la idea de abandonar el concepto de responsabilidad personal y llevan a realizar un ataque directo hacia el Derecho penal y su actual configuración, en especial en la idea de rechazar el concepto de libre albedrío como fundamento de la culpabilidad jurídico penal. Afirman los neurocientíficos que muchas de las bases filosóficas sobre las que se ha construido el sistema de imputación jurídica son equívocas.

Estos autores no discuten que las personas tengamos la capacidad de tomar decisiones, lo que resalta esta corriente neurocientífica es que dichas decisiones no son libres sino determinadas por una multitud de condiciones que no se puede controlar en forma consciente. En estricto, como Feijoo Sánchez, no se trata de si las personas hacen lo que han decidido, sino más bien de por qué han decidido en un determinado sentido⁶⁰. Tampoco discuten que adoptemos decisiones, es decir, que actuemos en forma dolosa o culposa. Lo que buscan resaltar es que dichas decisiones no son en última instancia libres sino determinadas por una multitud de condiciones.

Por estas razones, los neurocientíficos cuestionan las bases de un Derecho penal que se fundamentaría en la retribución y el modelo tradicional del juicio de culpabilidad. No obstante, aclaran que dejar de lado aquél Derecho penal retributivo no supone su abandono pues cuando un sujeto cometa un delito seguirá imponiéndose una pena, el cambio está orientado a modificar los fundamentos del Derecho penal: un cambio en el concepto tradicional de culpabilidad y el modelo que sustenta la imposición de una pena, adaptándolos a los nuevos conocimientos de la ciencia⁶¹. Dado que es imposible demostrar la posibilidad de actuar de otro modo, lo que en modo alguno no justifica la imposición desde una pena, los que los neurocientíficos proponen es potenciar el sistema de prevención especial, dejar de lado la pena como un medio de prevención general y el criterio de proporcionalidad. En el actual Derecho penal es la peligrosidad criminal y la prevención especial las que van a desempeñar un papel especial porque los propios postulados neurocientíficos parten de la concepción de que el ser humano está determinado y su conducta es consecuencia del funcionamiento cerebral, por tanto,

⁶⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, INDRET, Barcelona, 2011, p. 6.

⁶¹ Vid, PÉREZ MANZANO, *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit p. 4.

el control de los delitos por el Derecho penal se debe realizar mediante la incidencia en el funcionamiento del cerebro del delincuente a través de un tratamiento neurológico adecuado⁶².

2.2. La reacción de la dogmática penal ante los estudios neurocientíficos

2.2.1. La perspectiva interna o de primera persona

La repuesta de la ciencia del Derecho penal en Alemania ha respondido defensivamente al reto planteado por la neurociencia. Para Hirsch es indudable cuestionar que mediante un experimento científico donde se realizaban mínimos movimientos corporales pudiera repercutir positivamente en cuestionar que los actos de las personas no fueron voluntarios, sino que respondieran a actos determinados. En efecto, un ensayo científico con una persona que ha sido mínimamente entrenada y determinada para ser un sujeto de prueba difícilmente puede revelar que los comportamientos del ser humano está determinado a un proceso neuronal⁶³. Con base a la formulación propuesta, tenía sentido lo que indicaba el Prof. Hillenkamp sobre este método experimental: *“cabe preguntarse si en el marco de una investigación según correlatos y vínculos neuronales, que busca las causas y oculta las razones del comportamiento humano, se puede en modo alguno “dar el blanco” de un fenómeno como la libertad de voluntad”*⁶⁴.

En cuanto a las consecuencias que conllevaría la construcción de una teoría de la culpabilidad en base a los criterios de la neurociencia, Hirsch señala que de un Derecho penal anclado en el principio de culpabilidad y en el reproche personal vinculado al mismo se pasaría a un Derecho penal puramente preventivo que traería problemas tanto para los jueces como para el orden ético-social porque nadie sería responsable por sus actuaciones. Por esta razón, Hirsch afirma que existe un problema de identificación en cuanto al auténtico objeto de referencia de la solución científica del objeto que dependen las ciencias sociales, incluido el Derecho. Las normas parten del hecho de que el hombre se entiende como un sujeto libre en sus actuaciones, por tanto, ese autoentendimiento debe constituir el punto de referencia. Las normas sociales no pueden situarse en contradicción con aquello que experimentan sus destinatarios. Por

⁶² Vid, PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit p. 5.

⁶³ Vid, HIRSCH, Hans Joachim, “Acerca de la actual discusión alemana sobre Libertad de Voluntad y Derecho Penal”, en: *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, DEMESTRIO CRESPO, Eduardo (Director), Edisofer, Madrid, 2013, p. 46.

⁶⁴ Vid, HILLENKAMP, citado por HIRSCH, Acerca de la actual discusión alemana sobre Libertad de Voluntad...,cit, p. 47.

tanto, el hecho de que el hombre se entienda como libre explica la razón por la cual se puede imponer un castigo penal a su persona pues el poder actuar de otro modo justifica la necesidad de imponer una responsabilidad por el injusto cometido. Si bien, entonces, se ha determinado que el sujeto interviniente en un acto resulta competente por su entendimiento de libertad, ello no excluye aquellos casos que se quedan por debajo del umbral del estado psíquico normal o cuando existen supuestos de disminución de la culpabilidad, donde la solución no será la imposición de una pena sino de una medida alternativa para combatir la peligrosidad del delincuente⁶⁵.

En consonancia, en parte con lo afirmado precedentemente, Burkhardt trata este asunto a partir de la relevancia de la perspectiva de la primera persona. Esta perspectiva constituye la visión tradicional del Derecho penal en tanto que la definición normativa del principio de culpabilidad contiene un principio de creencia según el cual “la responsabilidad penal de una persona debe enjuiciarse sobre los hechos tal como ella creía que eran”. En el Derecho penal es fundamental esta perspectiva pues se trata a las personas según sus representaciones mentales⁶⁶. Si se quiere mantener un castigo justo para los delincuentes, no hay otra alternativa. El concepto de libertad subjetiva cobra vital importancia para explicar la libertad como un hecho incontrovertible. Burkhardt añade que la experiencia de ser capaz de elegir y actuar de otra manera es inherente a toda acción consciente realizada de modo intencional. Frente al postulado de la neurociencia de que la idea de libertad no es más que una ilusión, afirma que aun cuando ello sea cierto existen también otras nociones jurídicas como la propiedad, el honor cuyas bases son artificiales. En definitiva, esta corriente dogmática propuesta por Burkhardt busca explicar que el Derecho penal trata a las personas de acuerdo a cómo ellas mismas se conciben. La consciencia de la libertad sobrevivirá también a la nueva visión neurocientífica de la humana propia de las recientes investigaciones sobre el cerebro, pues un sistema de derecho que ignora la representación del sujeto es inconcebible⁶⁷.

2.2.2. La postura dogmática funcional de Jakobs

Para el pensamiento funcionalista de Jakobs la explicación de un comportamiento no se encuentra en la determinación de lo físico-causal, ni en el de lo psíquico-causal, sino en

⁶⁵ Vid, HIRSCH, *Acerca de la actual discusión alemana sobre Libertad de Voluntad...*, cit, pp. 52-55.

⁶⁶ Vid, BURKHARDT, Björn, “La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el Derecho Penal”, en: *El problema de la libertad de acción en el Derecho Penal*, compilado por Rafael Alcácer Guirao, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 38-41.

⁶⁷ Vid, PASTOR, “La discusión actual en torno a la culpabilidad...”, cit, p. 773 y s.

que la manifestación de una acción revela la desorientación del autor respecto a su fidelidad en el derecho. El fenómeno de que los individuos se sometan a la fuerza de gravedad, realicen prestaciones corporales y mentalmente limitadas o que se comporten determinados causalmente por la orientación de sus neuronas puede tener alguna relevancia en la sociedad pero no es un elemento de la misma en la medida en la que ésta no une individuos con sus códigos y programas, sino que ordena al mundo de acuerdo con sus propios códigos⁶⁸. De esta manera, Jakobs no niega las aportaciones de las neurociencia, pues una sociedad estructurada normativamente no vincula a los seres humanos como sujetos individuales, sino más bien como personas que son destinatarios de derechos y deberes. En efecto, en el pensamiento funcionalista jakobsiano es la sociedad la que define al individuo para ser parte de la estructura social de imputación, ello con independencia de lo que suceda en el orden naturalístico o fenomenológico.

En el sistema funcionalista personas son los destinatarios comunicativamente construidos de derecho y obligaciones. El orden normativo, el derecho, es socialmente real si puede orientar efectivamente a las personas. Esta comprobación, afirma Jakobs, queda totalmente resguarda de las investigaciones de las neurociencias, dado que ellas estudian individuos y no sociedad⁶⁹. El libre albedrío no es un presupuesto positivo que sirva para justificar el proceso de imputación, como tampoco importa si Cervantes fue libre para escribir el Quijote, explica el profesor alemán. Por ello más que hablar de libre albedrío como fundamento de la responsabilidad, es preferible utilizar el término autonomía que está construido socialmente y normativamente junto con la responsabilidad. En definitiva, para Jakobs, las neurociencias no hacen más que comprobar su tesis sobre el principio de culpabilidad pues los individuos no son libres físicamente, el sentimiento de autoría de nuestras acciones es una consecuencia –como señalan los neurocientíficos- de una adscripción al entorno social que nos permite desarrollar una conciencia responsable como ordenadora de nuestra actuación. La sociedad estructurada en forma normativa será la que determine el orden de responsabilidad de cada individuo por sus comportamientos⁷⁰.

⁶⁸ Vid, JAKOBS, Günther, “Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, en: *El problema de la libertad de acción en el Derecho Penal*, compilado por Rafael Alcácer Guirao, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 144-146.

⁶⁹ Vid, PASTOR, “La discusión actual en torno a la culpabilidad...”, cit, p. 774.

⁷⁰ Vid, JAKOBS, “Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna...”,cit, pp.153-157

2.2.3. La propuesta compatibilista de Demetrio Crespo

Demetrio Crespo propone el compatibilismo humanista como una solución intermedia entre el neurodeterminismo y el indeterminismo librearbitrista que ofrece una respuesta adecuada en el ámbito del Derecho penal. De esta manera, no niega el aporte de las neurociencias para explicar las causas del comportamiento y sus consecuencias en la determinación de la responsabilidad penal. Las neurociencias no propugnan un Derecho penal totalitario pues exigen el castigo para aquellas personas que han cometido un hecho delictivo, lo que cuestionan es que el fundamento en que se basa la ciencia jurídico penal para hacerlo, en específico, el criterio de poder actuar de otro modo, sin embargo, señala Demetrio Crespo que allí subsiste el error pues las neurociencias no toman en consideración que la dogmática penal, en buena medida, ha dejado de lado ese criterio para formular el concepto de culpabilidad jurídico penal.

Asimismo, se muestra crítica frente al concepto de la percepción subjetiva de la libertad sostenido por Hirsch, como a la perspectiva de la primera persona propuesta por Burkhardt. La perspectiva de la tercera persona no solo es jurídicamente más operativa, sino además coherente con el resto de las ciencias sociales, indica Demetrio Crespo. Por mucho que un esquizofrénico se empeñe en afirmar que al momento de realizar el hecho accedió voluntariamente a seguir la voz que le decía que debía matar a alguien, el juez lo declarará inimputable. Dicho de otro modo, la perspectiva del sujeto es importante, pero no es suficiente para afirmar la imputación jurídico penal⁷¹. Sin embargo, tampoco considera catastrófico considerar la idea de un Derecho penal sin libertad de voluntad, dependiendo del modo que se proponga para reemplazarlo pues no debemos dejar de analizar en forma crítica la función crítica del Derecho penal del reproche⁷².

De esta forma, Demetrio Crespo propone una solución conciliadora de las ciencias biológicas, en particular, las neurociencias y el Derecho penal sobre la base del llamado compatibilismo humanista. Lo llama compatibilista porque parte de reconocer el aporte de las ciencias empíricas al Derecho penal, mientras que lo denominada humanista porque encuentra su razón de ser en la dignidad del ser humano. Las consecuencias de su postura serán: i) cuando los nuevos conocimientos de la ciencia demuestren que se han venido imponiendo penas en supuestos en los que ahora se conocen que se pueden explicar por déficits cerebrales, ello dará lugar a ampliar los supuestos de imputabilidad

⁷¹Vid, DEMETRIO CRESPO, "Compatibilismo Humanista: Una propuesta de conciliación"..., cit, p. 26.

⁷² Ibidem, p. 32.

y semi imputabilidad; y, ii) cualquier medida que se pudiera implementar como una alternativa al castigo en el caso mencionado con anterioridad debería respetar en cualquier caso los mismos límites y garantías materiales y procesales que amparan a los sujetos considerados como culpables⁷³.

2.2.4. La propuesta de prevención especial de Pérez Manzano

En una línea de pensamiento similar aunque bajo una perspectiva que diferencia el aporte de las neurociencias del fundamento de intervención del Derecho penal, Pérez Manzano no rechaza que las neurociencias pueden ser útiles para el Derecho penal. En su opinión, el Derecho penal no puede estar al margen de los conocimientos de la ciencia puesto que los nuevos datos e investigaciones de los neurocientíficos deben ser tomados en cuenta en la teorización y configuración legal de los fines e instrumentos del Derecho penal. Sin embargo, señala que ello no implica la modificación del modelo de fundamentación del Derecho penal⁷⁴. Las neurociencias solo contribuyen a explicar las condiciones neurológicas para la eficacia del Derecho penal, pero de la explicación sobre cómo actúa la pena, de cuál será el marco de efectos posibles de la pena no derivan de los instrumentos empíricos de la ciencia. La legitimación del Derecho penal depende, por un lado, de los fines que le asignen y, de otro, de que pueda cumplirlos para ser realmente eficaz. La selección de cuál debe ser el fundamento para el castigo del delincuente no debe partir de los datos de la neurociencia pues se trata de una decisión valorativa que depende la configuración social⁷⁵.

Pérez Manzano afirma que las neurociencias no han realizado un análisis completo del desarrollo del fundamento de la culpabilidad, pues solo han tomado en consideración los déficits de las teorías retributivas sin ocuparse de las teorías preventivas. A partir de ello, reconoce que el ser está determinado pues aprende a no realizar hechos delictivos por la asociación del castigo-pena y postula como modelo compatible con los aportes de las neurociencias un sistema de fundamentación mixta de la responsabilidad penal que se sirva tanto de las teorías de la prevención general como de la prevención especial. Por tal motivo, tiene una postura crítica a lo señalado por Jakobs pues añade que el modelo determinista del ser humano no es compatible con la prevención general positivo que propone este autor. La razón para negar la compatibilidad con las teorías de la prevención general positivo reside en que quienes conforman este grupo de

⁷³ Vid, DEMETRIO CRESPO, "Compatibilismo Humanista: Una propuesta de conciliación"..., cit, p. 39.

⁷⁴ Vid, PÉREZ MANZANO, *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit, p. 8.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 6.

autores, en su gran mayoría, parte del concepto del ser humano como persona, como sujeto libre. En esta medida al tener como punto de partida al ser humano como libre, pueden ser afectados por las críticas neurocientíficas.

En el caso de la prevención general negativa esta pasa la prueba del neurodeterminismo. Pérez Manzano señala que al igual que lo que sucede con los animales una persona puede aprender a no realizar ciertos movimientos cuando se quiere evitar efectos nocivos que ello les pueda comportar. Conforme a este planteamiento un ser humano determinado puede aprender a evitar ciertos comportamientos delictivos por asociación del mismo a la idea de castigo-pena⁷⁶. Sin embargo, reconoce ciertos déficits cuando se opta por una fundamentación preventiva general del Derecho penal, sin la idea de retribución, pues, por un lado, la prevención general presente una más amplia cantidad de conductas punibles así como la imposición de mayores para garantizar el efecto motivador de la norma. De esta forma, se podría imponer una pena a un enfermo mental inimputable para inhibir los delitos de la generalidad. De otro lado, porque se presenta un déficit de legitimación frente al individuo a quien se impone la pena. Desde el concepto preventivo, la pena se impone porque genera beneficios sociales: evitación de delito.

El problema, en este sentido, es que la atribución de una finalidad preventivo general a la pena no consigue dejar de lado la crítica de la instrumentalización del sujeto en aras de que la colectividad tenga un mayor beneficio general. Por tanto, insta a que se deba recurrir a las fundamentaciones retributivas para justificar la pena frente al sujeto al que se le impone.

Sobre la prevención especial, Pérez Manzano afirma que habría que prescindir de la idea de que el sujeto controla su conducta para afirmar un proceso penal donde el jurado solo tendría que pronunciarse sobre si el hecho fue cometido por el acusado, mientras que un panel conformados por psiquiatras y expertos de la conducta asesorarían al Tribunal respecto del castigo y tratamiento a imponer⁷⁷. Los problemas, sin embargo, residirían en: i) cuál sería el contenido y el fin de la pena para los incorregibles, parecería que solo sería una custodia pero tendría que ser ilimitada; ii) el Derecho penal basado en el juicio de peligrosidad es problemático porque no se conoce cuáles son los factores que determinan la comisión del delito.

⁷⁶ Vid, PÉREZ MANZANO, *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit, p.13 y s.

⁷⁷ *Ibidem*, p.19 y s.

En consecuencia, esta autora propone un sistema donde la responsabilidad penal y el quantum abstracto de la reacción frente al delito se base en función a la gravedad del hecho delictivo y que admita la prevención especial para establecer la duración concreta y el contenido de la reacción. Bajo esta perspectiva, admite el uso de tratamientos neurológicos como parte del tratamiento resocializador, si bien acepta los problemas en relación al sometimiento voluntario de estos o el cuestionamiento a la existencia de conocimientos suficientes para su aplicación, teniendo en cuenta los siguientes parámetros: i) comprobación científica de la efectividad del método y debe ser proporcional a la magnitud de los posibles efectos colaterales; ii) requisitos y autorizaciones deben ser individualizados sobre cada fármaco o procedimientos en función del uso que se le quiera dar y de los efectos que con el mismo se pretenda conseguir; y, iii) la administración de terapias neurológicas debe someterse a controles rigurosos para tratar a delincuentes⁷⁸.

2.2.5. La propuesta de Feijoo Sánchez

De manera similar a lo que señala Pérez Manzano, Feijoo Sánchez no niega que las neurociencias puedan tener una eficacia en el Derecho penal. Afirma que las neurociencias, principalmente, influirán en el ámbito de la capacidad de culpabilidad y en la ampliación de los casos de inimputabilidad, sin embargo, se muestra escéptico de que los aportes neurocientíficos puedan afectar el modelo punitivo adoptado por la sociedad o cambiar la orientación política criminal⁷⁹.

Sobre los cuestionamientos de este corriente científica al indeterminismo y a la posibilidad de actuar de otro modo como fundamento de la culpabilidad, Feijoo Sánchez recuerda que la ciencia jurídico penal ya dejó de lado un modelo indeterminista para fundamentar la categoría de la culpabilidad debido a que no se podría diferenciar entre causalidad y el azar en el Derecho penal. Afirma que los neurocientíficos yerran en el sentido de su crítica al partir, equívocamente, de considerar que la culpabilidad es una característica natural de los seres humanos, cuando en realidad se trata de un proceso de imputación social con diversas reglas y criterios que dependen de la función social del Derecho penal⁸⁰.

⁷⁸ Vid, PÉREZ MANZANO, *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit pp, 27-30.

⁷⁹ Vid, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y neurociencias...*cit, p. 14 y s.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 13 y s.

Define Feijoo Sánchez a la culpabilidad como la infracción de la norma que socialmente no tiene otra explicación que la ausencia de una disposición jurídica mínima. La culpabilidad no es una descripción sino una adscripción que se hace, en forma exclusiva, desde la perspectiva del orden social, por tanto, es indiferente la sensación que tenga la persona sobre el hecho cometido, añade. La pena –señala– no se impone como consecuencia de un daño ocasionado por un sujeto que se considera libre, por el contrario, la pena tiene un sentido comunicativo y manifiesta que el autor acepta que no ha reconocido la norma penal a través de la acción que ha realizado⁸¹.

En cuanto a la aceptación de la existencia de la libertad, Feijoo Sánchez postula que la libertad es una creación social. Por tanto, en los procesos de imputación social es posible incoar un juicio de reproche hacia aquella persona que actuó contraviniendo la norma de conducta. En este sentido, para el autor es irrelevante el hecho de que las acciones humanas son determinadas, como proponen los neurocientíficos, lo que interesa es el sentido de comunicación de las mismas y que ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la culpabilidad penal se construye sobre la base de la capacidad de autodeterminación como reconocimiento social. La autodeterminación, en consecuencia, es un presupuesto de la libertad como construcción social.

En una línea similar a la de Jakobs, Feijoo señala que al igual que la persona la idea de autonomía del ser humano no es concepto prejurídico, sino un principio organizativo que la sociedad reconoce para un Estado de Derecho. Las personas son unidades de imputación en tanto la propia sociedad las reconoce como tal y en la medida que tienen adscrita por el sistema jurídico un haz de libertades. En definitiva, el gran problema de las neurociencias –señala este autor– es que fijan su punto de partida en lo que está pasando en la cabeza de los principales actores de un hecho, cuando en realidad para el Derecho penal es indiferente, para el proceso de imputación, la perspectiva interna y subjetiva-psicológica del autor. Lo decisivo o fundamental no estriba en si los seres humanos somos seres determinados o indeterminados, sino en la dimensión comunicativa de nuestro comportamiento para el mantenimiento de las reglas esenciales de convivencia⁸².

⁸¹ Vid, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y neurociencias...*cit, pp. 32-34.

⁸² *Ibíd*em, p. 44-48.

3. El fundamento de la culpabilidad jurídico penal

El determinismo científico que propone la neurociencia parten, equívocamente, que la libertad es un dato empírico, sujeto de comprobación a través de las ciencias experimentales, sin embargo, la libertad no es un fenómeno empírico sujeto de comprobación a través de la ciencia. La libertad es una característica propia del ser humano, de la calidad del ciudadano de ser persona. La libertad de actuación parte, necesariamente, de la referencia antropológica que el ser humano tiene como característica innata ser libre.

Esto último no significa negar alguna utilidad práctica a los avances científicos, la ciencia afectará la práctica del Derecho Penal en el ámbito judicial y fiscal porque nos ayudará a resolver ciertos grupos de casos en donde no será necesario la imposición de una pena, sino una medida de seguridad cuando estemos frente a una persona inimputable que puede significar un peligro para el orden social, pero de ningún modo la neurociencia podrá sustituir todos los avances de la ciencia jurídico penal para afirmar el fundamento del castigo penal por la comisión de un hecho delictivo.

En este orden de ideas, el siguiente apartado tiene por objetivo: i) realizar un juicio crítico a las distintas posturas dogmáticas sobre la neurociencia y su influencia en la culpabilidad; ii) destacar la relevancia de la neurociencia en el ámbito de la culpabilidad; y, iii) establecer que la libertad debe ser el presupuesto fundamental de la categoría de la culpabilidad jurídico-penal.

3.1. Punto de partida: una crítica a las reflexiones sobre las neurociencias

La culpabilidad jurídico penal, en un sentido clásico, parte o presupone que el sujeto tiene capacidad de haber actuado de otro modo frente al ordenamiento jurídico penal y recibir, por tanto, la imputación de hechos que han perturbado el sistema penal. Las neurociencias tienen como punto partida el cuestionamiento de la concepción del ser humano como un sujeto libre, a partir de nuevos datos sobre el funcionamiento del cerebro analizados por los científicos. Como hemos reseñado, el cuestionamiento –en su mayoría- parte de las conclusiones de los experimentos realizados por Libet en los comienzos de la década de los ochenta, quien afirmaba que en el proceso de decisión y ejecución de un movimiento existía actividad cerebral no-consciente con carácter previo a la actividad cerebral consciente.

Frente la exposición neurocientífica, un sector de la doctrina ha sostenido que estos descubrimientos no vinculan al Derecho penal. Por un lado, se ha sostenido que la verdad que le interesa al Derecho penal no es la verdad científica, sino una verdad formal, fruto de un procedimiento reglado cuyo objetivo es la resolución del conflicto⁸³. La perspectiva procesal, es decir, la determinación de la verdad en el proceso es la que se impone a la verdad material o realidad de los sucesos históricos. A esta comprensión precedente se le puede cuestionar el hecho que rompe la necesaria relación entre el Derecho procesal, de un lado, y la legislación material, a la que pertenece, de otro. Si bien es cierto el Derecho procesal penal es una disciplina científica con autonomía legislativa, científica y académica, esto no significa que la justicia penal no pueda aceptar los conocimientos del Derecho penal material. En efecto, lo marcadamente propio del Derecho procesal penal es su estrecha vinculación con el Derecho penal, de suerte que en el proceso penal no se puede dejar de lado aspectos esenciales como la capacidad de imputabilidad del agente del delito para poder dar una respuesta a través de los órganos de justicia. De esta manera, el Derecho procesal penal abarca la solución de conflictos social, pero en esa labor debe aplicar los aspectos dogmáticos esenciales del Derecho penal material⁸⁴.

En las siguientes líneas, se realizará una crítica a las posiciones dogmáticas, a favor y en contra, que se han revisado en el punto 2.2 del presente trabajo, esto permitirá aportar algunas ideas preliminares a la posición personal sobre la influencia de las neurociencias en el ámbito del Derecho penal.

3.1.1 Crítica a la perspectiva interna o de primera persona

En los estudios doctrinales de Burkhard y de Hirsch hay relativa coincidencia en que la persona se le puede atribuir un injusto penal como consecuencia de su comprensión interna o sensación de libertad. Esta afirmación, parte de la doctrina, la denomina como la perspectiva de primera persona. Al Derecho penal le interesa la representación mental que tiene un sujeto cuando realiza un hecho delictivo, si se quiere mantener el principio

⁸³ Vide, HASSEMER, W, citado por PÉREZ MANZANO, en: *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit, p. 7.

⁸⁴ Vide, SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal, Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004*, INPECP, Lima, 2015, pp. 6-9, el autor señala la relación entre ambas disciplinas jurídicas, si bien se trata de realidades autónomas, funcionalmente son inseparables: el derecho procesal penal existe para servir de cauce a la aplicación del derecho penal, y este último necesita del primero para su realización.

de culpabilidad personal, no hay otra alternativa que ceñirse a la perspectiva sobre el mundo que posee el agente, afirma Burkhardt⁸⁵.

Hirsch precisa que es esa sensación de libertad que tiene el hombre lo que puede explicar por qué motivo se impone una pena a una persona⁸⁶. Las normas sociales no pueden situarse en contradicción al autoentendimiento general que experimentan sus destinatarios, deben orientarse y fundamentar la explicación de un comportamiento humano a partir de la sensación de la libertad de voluntad.

La cuestión que debe ser analizada, por tanto, reza de la siguiente forma: ¿puede realmente la perspectiva interna del sujeto ser el fundamento de la culpabilidad? Desde una perspectiva procesal y sustantiva, este tipo de fundamentaciones no se corresponden con nuestro sistema de justicia. Para la declaración de culpabilidad en sede procesal es necesario demostrar la realidad de un hecho delictivo, siendo indiferente la sensación interna del condenado. En efecto, la perspectiva subjetiva de la libertad no puede llevar a equívocos como pretender imputar un delito a un esquizofrénico pues este se empeña en afirmar que en el momento de realización del hecho delictivo accedió voluntariamente a seguir la voz que le decía que tenía que matar a alguien. Es evidente que en estos casos la solución a seguir es que el Juez deberá declarar su inimputabilidad⁸⁷.

De otro lado, otra dificultad de este tipo de fundamentación es que resulta cómoda para ser rebatida por los neucientíficos que trabajan bajo la perspectiva de la tercera persona. Si –como indican los neucientíficos- es el cerebro el que determina nuestros procesos de reflexivos por qué no nos podría engañar con una sensación de libre albedrío. Si los procesos que predisponen nuestros comportamientos son inconscientes, ello es lo que va a crear la apariencia de que dichos comportamientos carecen de una causa previa y, por ello, atribuimos a nuestra voluntad el carácter de “causa libre” sin pasado. La ciencia nos podría explicar, en consecuencia, por qué tenemos esa sensación a partir de las observaciones de segunda orden, que han sido desarrolladas por neurocientíficos como Singer⁸⁸.

⁸⁵ Vid, BURKHARDT, Björn, “La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente...”, cit, pp. 40-45, este autor, además, señala que lo importante es la creencia de la libertad subjetiva del agente. El dilema de si es posible probar si la persona en un hecho delictivo pudo actuar de otro modo, desaparece si se indica que lo relevante es si actuó en la creencia de que tenía otra alternativa para no infringir la norma de conducta penal.

⁸⁶ Vid, HIRSCH, *Acerca de la actual discusión alemana sobre Libertad de Voluntad...*, cit, p. 51 y s.

⁸⁷ Vid, DEMETRIO CRESPO, “Compatibilismo Humanista: Una propuesta de conciliación...”, cit, p. 26.

⁸⁸ Vid, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y neurociencias...*, cit, p. 26.

Finalmente, a mi juicio este planteamiento intenta penetrar en el Derecho una fuerte concepción del aspecto psicológico del individuo frente a la sociedad. Esta situación no parece compatible con un sistema penal que tiene como base estructuras de imputación normativas. El Derecho penal no se fija en la disposición psíquica de los individuos ni en la pura causalidad pues nos llevaría a pura arbitrariedad. Desde una perspectiva funcionalista, el Derecho penal está dirigido a garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan un sentido comunicativo contrario con la norma correspondiente. En este proceso, es indiferente la relación o sensación interna entre el autor potencial de un hecho y su disposición hacia la norma. La cuestión central, en mi opinión, debe partir de que la persona es un sujeto portador de derechos y deberes dentro de una sociedad y tiene que disponer su configuración social-normativa conforme a las expectativas que dentro de ella se establecen. El dato decisivo de la conducta penalmente relevante no consiste, por tanto, en una cadena causal procesos nocivos, sino en su capacidad para expresar un sentido comunicativo⁸⁹.

3.1.2. Crítica al compatibilismo humanista de Demetrio Crespo

La premisa de Demetrio Crespo respecto del tratamiento del aporte de las neurociencias parte del hecho de poder compatibilizar las ideas de las ciencias empíricas al Derecho penal. Es decir, este autor reconoce que los conocimientos científicos deben ser atendidos cuando a través de las modernas técnicas de investigación, se demuestre que se venían imponiendo penas en supuestos donde la conducta delictiva se explicaba a partir de déficits cerebrales⁹⁰. Pese a que pueda existir alguna objeción contra el reconocimiento de las ciencias empíricas en los procesos sociales de imputación, coincido con esta última afirmación de Demetrio Crespo, pues el Derecho penal no puede encontrarse al margen de los nuevos descubrimientos científicos que indiquen en la conducta humana⁹¹.

Decididamente las aportaciones de las neurocientíficas afectarán la praxis del Derecho penal por cuanto cierto grupo de casos que hoy se resuelven con la imposición de una

⁸⁹ Vid, JAKOBS, Günther, "Culpabilidad y Prevención", en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, pp. 384-387.

⁹⁰ Vid, DEMETRIO CRESPO, "Compatibilismo Humanista: Una propuesta de conciliación"..., cit, p. 39.

⁹¹ Vid, PÉREZ MANZANO, *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit, p. 8, quien señala que el conocimiento del cerebro es fundamental al menos en la determinación de la imputabilidad, ya que responsabilizar a alguien por su conducta y exigirle el cumplimiento de una norma requiere un sujeto con ciertas capacidades psíquicas o cognitivas.

pena en un futuro únicamente se recurrirá a medidas de seguridad por los avances científicos⁹². Sin embargo y acá una de mis divergencias con el planteamiento de Demetrio Crespo, los trabajos científicos desarrollados, en especial sus experimentos, están de lejos de reproducir los procesos mentales y de cambiar el fundamento o la orientación de la responsabilidad jurídico penal. Si bien la imputación jurídica no es válida cuando resulta incompatible con la determinación de una realidad científica sobre el cerebro, no se puede construir un Derecho penal a partir de un concepto inadecuado de los sucesos en el orden natural⁹³, sobre eso ahondaré en líneas posteriores con mayor detalle.

De otro lado, las afirmaciones de Demetrio Crespo no terminan siendo plausibles con el sistema compatibilista que promueve pues, por un lado, señala que el Derecho penal no debe prestar su atención en abordar una cuestión metafísica como la libertad, sino que debería estar orientado a su finalidad sistemática-garantista: protección de bienes jurídicos frente a los ataques más graves que se presentan en la vida social, sin embargo, señala que la base de cualquier tratamiento neurológico debe tener como premisa no solo su legitimidad sino el carácter valorativo-constitutivo de protección de la dignidad de la persona humana. A mi juicio, su postura en vez de buscar una idea de compatibilidad, termina siendo lo opuesto, por cuanto niega que el Derecho penal deba abordar el tema de la libertad al tratarlo como parte de un mundo abstracto, sin embargo, resalta la dignidad de la persona humana, a pesar de que se trata de un concepto ontológico o metafísico.

Asimismo, renunciar a la idea de libertad –como propone Demetrio Crespo– porque el tema es demasiado amplio y porque prefiere abordar la finalidad del Derecho penal, respetando la dignidad humana, no termina siendo coherente pues no se observa que

⁹² Es ilustrativo el ejemplo que encontramos en la monografía de Feijoo Sánchez quien describe el caso de un hombre de 40 años, profesor y padre de familia, que desarrolló un interés en la pornografía infantil que llevo a acosar a su hijastra preadolescente y a sus alumnas. En forma posterior, es sentenciado por esos comportamientos y lo remitan a una terapia con hormonas. La terapia no tiene el éxito propuesto, siendo ingresado a una prisión. Durante el cumplimiento de dicha condena se le descubre un gran tumor cerebral en la parte derecha de la zona orbifrontal como consecuencia de unos crecientes dolores de cabeza. Siete meses después de una exitosa operación, debido a su falta de peligrosidad se le pone en libertad. Lo curioso del caso es que –lo que se puede entender como un experimento fruto del capricho de la naturaleza que los humanos éticamente no podemos llevar a cabo– tres meses después vuelve a empezar con dolores de cabeza y, al mismo tiempo, a coleccionar pornografía ilegal. Una revisión demuestra un nuevo crecimiento del tumor lo que conduce a que se nuevamente operado y, a raíz de la intervención, vuelven a desaparecer sus tendencias sexuales anómalas. El sujeto –se indica en el ejemplo– describía que, mientras padecía con el tumor, se daba cuenta de lo incorrecto de su conducta desviada si bien actuaba con la convicción de que su comportamiento estaba indeterminado. Fueron las técnicas de la neuroimagen las que permitieron encontrar una alternativa a una explicación que normalmente años atrás se habría tratado y sancionado como un delito; Vid, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y neurociencias...*cit, p. 2 y s.

⁹³ En la misma línea de ideas, Vide, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y neurociencias...*cit, p. 20.

libertad es otro de los elementos esenciales o el fundamento material de la culpabilidad, más allá de adoptar un concepto ontológico o normativo de libertad. Aun cuando este tema será tratado en líneas posteriores, a mi juicio toda persona humana es, por un lado, un ser singular portador de valores: manifestación de la dignidad humana y, de otro, es un ser libre, tiene dominio sobre sí, ante sí y los demás. Estos son dos elementos que son la esencia de la persona en el Derecho⁹⁴. Por si fuera poco, tratar de esquivar el análisis de la libertad por su amplitud o complejidad no parece ser una medida sensata cuando en el ámbito de la culpabilidad la dogmática penal ha intentado abordar el tema de la libertad como fundamento material de dicha categoría del delito.

Las explicaciones de Crespo, en definitiva, no terminan siendo satisfactorias. No explica por qué motivo sí se debe resaltar el principio de dignidad de la persona humana en cualquier solución neurocientífica, dejando fuera de contexto el concepto de libertad, aun cuando tanto dignidad humana como la libertad –al menos para un neurocientífico– son realidades ontológicas que no son aprehensibles a través de experimentos neurocientíficos⁹⁵. Dudo mucho que alguno de los autores de la neurociencia pueda asumir el concepto de dignidad de la persona pues estaría abocándose al estudio de una realidad inmaterial que no es propio del objeto de estudio de las ciencias empíricas o donde, al menos, será bastante escéptico en aceptar su existencia.

3.1.3. Crítica a la propuesta de prevención especial de Pérez Manzano

La posición de Pérez Manzano es similar a la de Demetrio Crespo, pues parte de reconocer el aporte de las neurociencias para la racionalización del Derecho penal al contribuir el espectro posible de efectos-fines de la pena, sin embargo, niega que estos conocimientos vayan a socavar las bases del Derecho penal. Su posición es intermedia por cuanto, por un lado, tiene como punto de partida que el Derecho penal no debe estar al margen de los conocimientos científicos, pues estos contribuyen a la determinación de los fines y funciones del Derecho penal, mientras que por otra vía afirma que existen construcciones teóricas que permiten compatibilizar el determinismo con la noción de responsabilidad penal.

⁹⁴ Vid, HERVADA, Javier, *Persona, Derecho y Justicia*, en: *Vereta Et Nova, Cuestiones de Derecho Canónico y afines*, Segunda Edición remodelada, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2005, p. 240.

⁹⁵ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 131 y s, para quien una teoría compatibilista considera la eventual verdad del determinismo en la actuación humana no amenaza el concepto de libertad que se encuentra en la base de la responsabilidad subjetiva. Este autor propone, en consecuencia, la existencia de una idea de libertad interna, el sujeto que opera causalmente goza de conciencia para percibir su actividad, aunque en el proceso reflexivo no tiene participación alguna.

Como no es difícil de deducir, las premisas del comportamiento humano por parte Pérez Manzano se basan en que el hombre es un ser determinado para luego añadir que hay argumentos para defender la compatibilidad de la prevención general de intimidación con un su modelo determina del ser humano⁹⁶. El pilar de su afirmación reside en que, en atención a los experimentos de Paulov, se encuentra establecido que los animales aprenden a no realizar ciertos movimientos, a no elegir ciertos caminos, si quieres evitar cualquier efecto nocivo. De esta manera, a través de la asociación castigo-penal el hombre determinado aprendería a no realizar la conducta delictiva.

Aunque la autora no profundiza más sobre las formas aparentemente similares de actuación y de elección entre las personas y los animales, parece claro que existe, en su opinión, una equiparación entre la decisión de un animal y la de un ser humano. Si bien se puede reconocer que ambas especies: la animal como la humana realizan elecciones en base a la experiencia, nuestra divergencia reside en que los comportamientos humanos tienen un sentido racional. Los animales realizan actos de elección pero no racionales, esto se da en cuanto sus instintos los empujan a la búsqueda selectiva de objetos. Es cierto que, el depredador escoge la presa, el animal huye cuando siente la amenaza por la presencia de un humano o de un depredador, como también, que se abstiene de realizar ciertos comportamientos por su experiencia, sin embargo, ello no lleva a afirmar una equiparación con el ser humano. El ser humano tiene una racionalidad universal y autorreferencial, pues contiene capacidad de juicio, de autocrítica y de autoplanificación⁹⁷.

El error de los neurocientíficos deterministas reside en no poder observar que las elecciones animales no son racionales, ello no significa que el ser humano no pueda actuar irracionalmente, de hecho cuando una persona actúa sin la debida deliberación (conducta compulsiva e irracional) o cuando sus razones son inadecuadas, entonces su comportamiento es irracional. De hecho, para los neurocientíficos, los movimientos del cuerpo humano se explican a partir de la causalidad material. Desde ese punto de vista, nos distinguimos de la conducta de los simios. Si nos limitamos a la observación física, típica de las ciencias naturales, solo podremos observar la activación electroquímica de una serie de centros o de redes entre las áreas pertinentes para las funciones psíquicas

⁹⁶ Vid, PÉREZ MANZANO, *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit, p. 13 y s, donde la autora muestra sus dudas acerca de la compatibilidad de la prevención general positiva con una concepción determinista del ser humano pues, a su juicio, tomar como punto de partida que el sujeto es libre es un equívoco.

⁹⁷ Vid, SANGUINETI, Juan José, *Filosofía de la mente. Un enfoque ontológico y antropológico*, Ediciones Palabra, Madrid, 2007, p. 222.

superiores (cognitivas, afectivas y motoras)⁹⁸. Los seres humanos poseemos inteligencia y razón que nos hace valorar el significado de los actos como bueno o malo, así como también, hemos desarrollado la capacidad de sustraernos de la ley causal ciega de la naturaleza, incluyendo sus instintos e impulsos profundos⁹⁹.

De otro lado, tampoco resulta muy explicativa la razón por la cual Perez afirma la supuesta incompatibilidad entre la prevención general positiva y el determinismo. En su opinión, en la medida que las concepciones preventivo generales positivas toman como punto de partida la persona como un sujeto libre, son afectadas por las críticas de las neurociencias pues parte del concepto del ser humano como persona y sujeto libre. En realidad en la línea extrema de configuración social propuesta por Jakobs, este autor desestima al sujeto individual con todas sus premisas antropológicas: como la libertad e individualidad de la persona, ello a partir de la función del Derecho penal de proteger la identidad normativa de la sociedad¹⁰⁰. Por esta razón, Jakobs señala que el aporte de las neurociencias al Derecho penal no es novedoso pues ya se sabía que los individuos no son libres en el plano físico. Dentro de la estructura de la sociedad se reconoce al individuo un sustrato de libertad de comportamiento, lo que determina que pueda adherirse comunicativamente al Derecho. La persona dentro de la sociedad es portadora de derechos y deberes, ello es una exigencia necesaria para mantener la idea de fidelidad al Derecho. A mi juicio, Jakobs no entra a tomar postura en favor de las neurociencias, desde su perspectiva, estos conocimientos son relevantes para la determinación del psique individual de un sujeto, pero no en una sociedad que impone derechos y deberes a sus miembros que son parte de ella.

En palabras de Jakobs, el dato sobre la inexistencia de libertad no es un descubrimiento nuevo pues se entiende que el individuo está determinado física y psíquicamente. Para el Derecho penal no es relevante la determinación interna del sujeto, como tampoco el movimiento causal que produce un hecho lesivo, por el contrario, se establece que el sujeto es libre para ser fiel al Derecho. De esta manera, no es que Jakobs afirme la existencia del libre albedrío, la perspectiva funcional de este autor parte de negar toda premisa antropológica del sujeto: su individualidad y su libertad, por ejemplo.

⁹⁸ Vid, SANGUINETI, *Filosofía de la mente...*, cit, p. 225.

⁹⁹ LUZON PEÑA, *Libertad, culpabilidad...*, cit, p. 35 y s.

¹⁰⁰ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal...*, p. 624.

3.1.4. Crítica a la propuesta funcional de Feijoo Sánchez y Jakobs

Otra de las respuestas que se han intentado construir para frenar los avances de las neurociencias, se da partir del trabajo que ya hemos reseñado de Feijoo, para quien las aportaciones de las neurociencias solo afectarían periféricamente la praxis del Derecho penal. Desde su perspectiva y esta es una opinión que comparto, las neurociencias no afectan el fundamento de la culpabilidad en el Derecho penal puesto que la doctrina actual ya dejó hace varios años el criterio del poder actuar de otro modo, habiendo tomado un concepto de culpabilidad como una construcción social normativa¹⁰¹.

Sobre los procesos sociales de imputación, Feijoo señala dos ideas puntuales para destacar: i) la ciencia jurídico penal ya dejó de lado una teoría indeterminista del ser humano, ya que no se podría diferenciar la casualidad y el azar en el Derecho penal; ii) la culpabilidad no es una característica natural del ser humano, sino un proceso de imputación social con diversas reglas y criterios que dependen de la función social del Derecho penal.

Para evitar la dificultad que planea un concepto ontológico de libertad, Feijoo acude a un concepto normativo de libertad. Ser libre significa tener la competencia por autodeterminarse. La autodeterminación es un presupuesto de la libertad como construcción social. Siguiendo la terminología funcional de Jakobs, Feijoo afirma que el fundamento material de la culpabilidad reside en que el orden social ha reconocido la personalidad jurídica o de la dignidad de la persona. Es la propia sociedad la que, en función a sus necesidades para construir un sistema de imputación, atribuye socialmente la responsabilidad y libertad de la personas. De esta manera, la persona es definida por las expectativas o necesidades de la sociedad contemporánea, esto es igual con la libertad. Es decir, si el día de mañana la sociedad decide admitir la libertad de los menores de 14 a 16 años, en función a las necesidades de respuesta a la alta tasa de criminalidad de sicarios juveniles, al Derecho no le queda más que admitir esa configuración de la sociedad, sin resistir el menor análisis.

Esta idea adquiere mayor fortaleza cuando Feijoo afirma que la autonomía de la persona que sirve de base al Derecho penal en la culpabilidad no es una capacidad pre-social o pre-jurídica de todo sujeto racional, sino que se trata de un principio organizativo de un sistema de libertad configurado como Estado de Derecho¹⁰². La libertad es una creación

¹⁰¹ Vid, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y neurociencias...*cit, p. 13 y s.

¹⁰² *Ibidem*, p. 44.

social con la que no se trabaja en un laboratorio. Lo decisivo para efectos atribuir responsabilidad por un suceso delictivo no es si los seres humanos somos determinados o no, sino la dimensión comunicativa de nuestro comportamiento como ciudadanos para la estabilización de la sociedad.

La orientación de Feijoo tiene una marcada influencia del profesor alemán Jakobs, para quien la sociedad al individuo para ser parte de la estructura social de imputación, ello con independencia de lo que suceda en el orden naturalístico o fenomenológico. De hecho, Jakobs igualmente no negaba el aporte de las neurociencias, sin embargo, a su juicio la sociedad estructurada normativamente no se vinculaba con los movimientos causales de las personas como sujetos individuales, sino como destinatarios de derechos y deberes. En cuanto a la discusión de la existencia de libre albedrío, Jakobs opinaba que no era un presupuesto positivo en el proceso de imputación, prefiriendo el término autonomía, similar al usado por Feijoo, el cual estaba construido social y normativamente.

Es correcto asumir como punto de partida para la atribución de un suceso delictivo la actuación de un ciudadano, es decir, aquella persona que tiene competencia para asumir deberes y derechos dentro de la sociedad y, por tanto, tiene capacidad para asumir su responsabilidad frente a comportamientos no permitidos. El ciudadano es una persona en un Estado de Derecho que tiene la obligación de cumplir la norma. En forma crítica, sin embargo, quiero poner de relieve dos puntos de vista que en mi opinión son decisivos. El primero tiene que ver con la relación existente entre el ciudadano y la calidad de persona. Nuestra divergencia con el planteamiento de Jakobs y de Feijoo Sánchez reside en que el concepto de persona viene definido por el sistema social, de manera tal que las necesidades sociales de mantenimiento del sistema social serán las que definan que individuos tendrán la categoría de persona y lo harán, por tanto, poseedor del estatus de ciudadano¹⁰³. A mi juicio el problema de este planteamiento reside en el peligro de que los intereses preponderantes de una sociedad podrían terminar decidiendo quienes son personas o no, o reconociendo parcelas de individualidad de las mismas¹⁰⁴.

En efecto, la noción jurídica de persona, según las concepciones positivistas, parte de su reconocimiento de acuerdo con el contexto social que pertenece. Es la estructura

¹⁰³ Vid, GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte General*, 3° edición, Grijley, Lima, 2014, p. 369 y s.

¹⁰⁴ Vid, POLAINO ORTS, Miguel, *Derecho Penal como sistema de autodeterminación personal*, Ara Editores, Lima, 2012, p. 70, para quien la noción de persona es un concepto social y normativo.

social la que marca el contenido de su personalidad, de manera que la persona no es el hombre considerando en sí mismo sino el hombre en su estado. A diferencia de las positivistas, considero que la persona si bien es cierto es un sujeto portador de derechos y deberes, lo es por sí mismo, no por la estructura social que pertenece¹⁰⁵.

En segundo lugar se encuentra el tema de la libertad. El rechazo a un indeterminismo libre arbitrista no debe llevarnos a la falacia normativa de tener que declarar la libertad como una suposición necesaria para la sociedad y el mantenimiento del Estado de Derecho¹⁰⁶. Una afirmación de la realidad no se puede fundamentar en razones de necesidad para un concepto normativo determinado pues se corre el riesgo de intentar legitimar un presupuesto a partir de las necesidades sociales o del orden jurídico. En este sentido, si reconocemos un concepto ontológico de persona pues la persona es de origen natural y no positivo, no podemos negar la existencia de la libertad pues es uno de los rasgos esenciales de ser persona. Si bien se puede coincidir que la libertad de actuación será atribuida en forma normativa, ello no puede llevarnos al extremo que la sociedad termine dictando cuando tenemos esferas de libertad. Esto no significa que el Derecho positivo no pueda regular determinadas ámbitos de libertad del sujeto, eso sucede, por ejemplo, con la libertad de tránsito de manera que para salir de un país es algunos casos requisitos tener una visa, sin embargo, se trata de una regulación positiva de un hecho natural.

De otra parte, es cierto –como indica Feijoo- que la culpabilidad no es una característica natural del ser humano, sino un proceso de imputación social con diversas reglas y criterios que dependen de la función social del Derecho penal. Sin embargo, el concepto funcional de culpabilidad tiende a ser excesivamente irreflexivo de la realidad ontológica. Las relaciones humanas son parte en el proceso de imputación, sin embargo, no se puede dejar de lado que el Derecho es una realidad que se constituye en base al ser humano. El problema del concepto funcional de culpabilidad es que tiene el riesgo de llevar a imponer castigos en función a la necesidad del entorno social, lo que podría justificar, por ejemplo, los casos de responsabilidad penal por accidentes inevitables e impredecibles donde sería útil imponer una sanción penal para la obtención de un efecto intimidatorio general y, por tanto, sería legítimo¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vid, HERVADA, *Persona, Derecho...* cit, p. 237 y s.

¹⁰⁶ Vid, SCHÜNEMANN, Bernd, “Libertad de Voluntad y Culpabilidad en el Derecho Penal” en: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del Milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 35 y s, quien habla de libertad de voluntad como una parte de la realidad social, en contra de las tesis de la mera ficción de la libertad o de la necesidad de asumir para legitimar la sanción penal.

¹⁰⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, “La Culpabilidad: Estado de la cuestión, en: *Sobre el estado de la Teoría del Delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), ROXIN, Claus y otros, Civitas, Madrid, 2000, p. 120.

Sin duda las fundamentaciones utilizadas por este sector doctrinal para negar las consecuencias de los planteamientos neurocientíficos en el ámbito de la categoría de la culpabilidad son erráticas. A mi juicio, como expondré en el siguiente título, no es necesario recurrir a una presunción normativa de libertad o afirmar su existencia por razones de necesidad para legitimar el castigo penal. Por el contrario, uno de los rasgos esenciales de la persona, no solo es la dignidad, sino la libertad. El ser persona significa tener un dominio sobre sí mismo y ante los demás, esto no significa postular una teoría indeterminista del ser humano, sino que parte de reconocer el plano natural del ser humano.

Es a partir del reconocimiento de la libertad del ser humano que podemos rechazar los postulados del determinismo científico que propugnan los neurocientíficos. En las siguientes líneas tomaré mi postura personal sobre el rechazo de la neurociencia en el Derecho penal, en específico, sobre la culpabilidad y desarrollaré lo que, en mi opinión, es el fundamento material de la culpabilidad.

3.2. La relevancia de las neurociencias en el ámbito de la culpabilidad.

3.2.1. El cuestionamiento al método neurocientífico

La libertad tiene un papel importante en la teoría del delito, en especial, en el ámbito de la culpabilidad pues esta categoría sirve para fundamentar el castigo a una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico a través de la imposición de la pena. Por todo ello, la libertad del ser humano ha servido de fundamento para emitir un juicio de reproche contra el autor que ha contravenido un mandato normativo. La pena, por tanto, presupone culpabilidad, de manera que solo pueden ser imputadas las actuaciones que se explican a partir del ejercicio individual de la libertad. Es un principio elemental del Derecho Penal que la pena se encuentra vinculada a la culpabilidad, por tanto solo es posible imponer una pena a aquella persona que ha mostrado su falta de fidelidad al orden jurídico a través de una actuación por la libre infracción de sus roles jurídicamente atribuidos¹⁰⁸. No se puede fundamentar el castigo penal en la simple necesidad de mantener el sistema social.

¹⁰⁸ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal...* cit, p. 633.

Sin embargo, en los últimos tiempos el debate acerca de si el actuar del hombre es libre o determinado ha tomado otra dirección a partir de los estudios realizados por las neurociencias. Los neurocientíficos, como ya se explicó, cuestionan la imagen del ser humano como sujeto libre a partir de los descubrimientos del funcionamiento del cerebro. Las raíces de esta conclusión se hallan en los experimentos realizados en los años 80 por el Prof. Libet que habrían evidenciado que en el proceso de decisión y de ejecución de un movimiento en apariencia voluntariamente decidido y ejecutado, existe una actividad cerebral no-consciente con carácter previo a la actividad cerebral-consciente¹⁰⁹. Esta relación temporal que existe entre la actividad cerebral no-consciente y la consciente es una prueba empírica, desde el punto de las neurociencias, contra la existencia de la libertad humana y de la imagen del ser humano como el motor que domina en forma consciente sus decisiones.

El experimento del Prof. Libet originó innumerables publicaciones científicas, donde los neurocientíficos afirmaban haber descubierto cómo tendría lugar la actividad cerebral del ser humano y pretendían socavar la representación del hombre como ser libre, afirmando que todas las personas estaban determinadas por sus comportamientos a partir de procesos que no se podían controlar. De manera resumida, los argumentos de la neurociencia para rechazar la libertad como fundamento material de la culpabilidad se apoya en tres pilares. **En primer lugar**, el experimento del Prof. Libet que habría evidenciado que, en el proceso de decisión y ejecución de un movimiento, aparentemente voluntario, existiría una actividad cerebral no consciente con carácter previo a la actividad cerebral consciente. Por tanto, el acto humano no es fruto de una voluntad consciente, sino de un mecanismo causal que se desataba por un impulso motriz a actuar a un determinado estímulo. **En segundo lugar**, como se rechaza la imagen del ser humano como libre, la libertad no podía ser el fundamento de la culpabilidad. Las decisiones humanas no son libres, están determinadas por distintos factores que no podemos controlar conscientemente, en opinión de los neurocientíficos. **En tercer lugar**, si negamos la libertad, el castigo penal a través de la imposición de una pena al delincuente que contravino un mandato normativo no se puede sustentar en la idea del “poder actuar de otro modo”, es decir, en la posibilidad que tuvo el ciudadano de poder cumplir con la orden normativa. De esta manera, se debe apartar el concepto de pena como un mecanismo de motivación a los ciudadanos para evitar la comisión de hechos delictivos y la idea de proporcionalidad por el daño causado, para

¹⁰⁹ Vid, PÉREZ MANZANO, *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit, p. 3.

pasar a un sistema de prevención especial en el que se castiga al sujeto por su peligrosidad a futuro para el orden social.

El debate sobre si el actuar del hombre es libre o está determinado a partir de las ideas introducidas por las neurociencias, cuestiona uno de los temas esenciales en los que la ciencia penal ha reflexionado y ha mostrado su preocupación. Si, como postula la neurociencia, estamos determinados, entonces ¿cómo es posible explicar que la pena servirá para generar un efecto de motivación para evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, desde la prevención general negativa? La imagen del hombre como una persona determinada en su proceso de decisión y de ejecución de sus actos parece que impediría sustentar el castigo penal. El reproche al ciudadano no podría estar dirigido por su falta de sujeción a la norma a través de la expresión de su libre voluntad, sino a partir de la idea de peligrosidad del sujeto dentro del orden social.

Si el reproche jurídico penal se asienta en la posibilidad que tuvo el ciudadano que cometió un hecho penalmente relevante de poder actuar en forma distinto, esto presupone la idea de libertad de poder comportarse de modo diferente. Por tanto, si se niega la libertad, no tendría sentido efectuar un juicio de reproche, pues finalmente se imputaría un suceso a una persona que es naturaleza, que obra determinado por las reglas de causalidad física¹¹⁰. Por ello, la afirmación de las neurociencias de negar la libertad es perturbadora y disfuncional, las consecuencias para el Derecho y sociedad serían decididamente trascendentes, cómo se podría explicar la organización social sin la idea que el hombre actúa en libertad, como señala Luzón Peña *“la educación y los mecanismos de contención no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables por las infracciones que se cometan”*¹¹¹

Sin embargo, los experimentos de la ciencia al intentar demostrar la existencia de la libertad parten, equívocamente, de entender que la libertad es un dato empírico, sujeto de comprobación a través de las ciencias experimentales. Como señala García Caveró *“(...) la libertad no es un dato empírico verificable experimentalmente, sino un concepto normativo vinculado al reconocimiento de la persona”*¹¹². Asimismo, no le falta razón a Feijoo Sánchez cuando señala que el planteamiento de los neurociencias es: *“exageradamente reduccionista y no tiene suficientemente en cuenta todos los aspectos*

¹¹⁰ Vid, SCHUNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 24.

¹¹¹ Vid, LUZÓN PEÑA, “Libertad, Culpabilidad y neurociencias”, INDRET, Julio, 2012, p.24

¹¹² GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 629.

*en juego*¹¹³. Los conocimientos que aportan las neurociencias realmente no socaban las bases del Derecho Penal, porque la asignación de los fines de la pena y la decisión relativa al fundamento del castigo penal son aspectos valorativos que dependen del sistema de configuración social.

El hecho de que la neurociencia haya revelado el proceso de actuación de nuestro cerebro no debe llevar a una situación en la que se pretenda cambiar el fundamento del Derecho Penal o de la pena. Es cierto que la actuación humana genera actividad cerebral, pero esta actividad, por sí sola, no es suficiente. No está en discusión que los procesos neuronales pueden generar procesos mentales, sin embargo, la construcción de una decisión y su ejecución en el plano de la realidad no se agota exclusivamente en la actividad cerebral, en la actuación de una persona influyen varios factores, y la explicación de un determinado comportamiento no se agota en la experiencia científica.

De otro lado, los resultados que nos han mostrado las neurociencias aún son insuficientes para modificar la comprensión de la vida social y el fundamento para sustentar el castigo penal. En relación al experimento del Prof. Libet hay varios aspectos críticos que nos permite sostener que las conclusiones formuladas por la neurociencia han sido bastantes ingenuas al pretender, a partir de experimentos científicos, intentar modificar el sistema punitivo creado por el Derecho Penal.

Primero. El experimento de Libet no abarca la toma de decisiones complejas, se reduce únicamente a movimientos corporales básicos como el movimiento de un dedo o una mano. En efecto, como ya reseñamos anteriormente, Libet ordenó a sus voluntarios el movimiento de una de sus manos para someter a medición si existía actividad cerebral previa a la actividad de formación volitiva consciente de cumplir con la orden dada y mover la mano. En su opinión, ello comprobaba que el movimiento de la mano se realizaba sin que se hubiera formulado una voluntad consciente de cumplir la orden. Sin embargo, este experimento estuvo referido a un suceso breve, en relación a una decisión que se adoptaba en un corto espacio de tiempo. Esta investigación nunca estuvo en capacidad de reproducir y explicar la complejidad valorativa y moral de las decisiones que una persona adopta en la vida social. Y es que, es evidente, que resulta absurdo equipar el análisis del movimiento de un mano con, por ejemplo, la toma de decisión de un militar para ejecutar una operación que tiene por objetivo acabar con un grupo presuntamente terrorista; esto último supuesto representa, sin duda alguna, una

¹¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y neurociencias...*cit, 10.

decisión compleja y que comprende un proceso de valoración que ningún experimento neurocientífico ha podido analizar¹¹⁴.

Segundo. La argumentación de que el ser humano no puede actuar de otro modo a la luz del experimento de Libet no puede ser válida, por cuanto para constatar si empíricamente una persona en una situación concreta puede actuar de un modo diferente sería necesario retrotraer los hechos y volver a colocar a la persona en la misma situación concreta y observar si se llega a producir un cambio en su comportamiento; esto, a mi juicio, es imposible dado que el ser humano tiene memoria y consciencia, lo que significa que si vive una situación similar donde ya es consciente de las consecuencias de su comportamiento, en ese caso tomará una decisión diferente.

En tercer lugar, es cuestionable la validez de la prueba científica para medir en forma consciente la capacidad de actuación libre del ser humano, pues si se le informa a un ciudadano que será objeto de un experimento de su actividad neuronal, en ese caso, podemos condicionarlo, por lo que no existiría espontaneidad al momento de realizar el experimento científico, su cerebro ya estaría procesando que se le va a exigir cierto comportamiento y estaría preparando su decisión de antemano. Resulta inverosímil, por tanto, creer que mediante un experimento científico se puede comprobar la determinación necesaria y automática como pretenden los neurocientíficos¹¹⁵. Esta

¹¹⁴ Vid, FRISCH, Wolfgang, "Sobre el futuro del Derecho Penal de la Culpabilidad," en: *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Editor), Civitas, Navarra, 2012, p. 50

¹¹⁵ Vid, LUZÓN PEÑA, "Libertad, Culpabilidad...", cit, p.34, quien señala: "(...) en efecto, no se puede repetir una vez tras otra, como en los experimentos de laboratorio, exactamente la misma situación del sujeto que cuando cometió el hecho para comprobar esta vez si siempre reacciona idénticamente e inferir de ahí que no podía actuar de otro modo, pues la situación humana nunca será la misma, dado que el individuo cada vez tiene la experiencia de lo anterior y sus consecuencias, ha podido valorarlo y ha tenido otras experiencias en el intervalo"; en el mismo sentido, Vid FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Culpabilidad y Libertad de Voluntad*, en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2013-10008900157_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Culpabilidad_y_libertad_de_voluntad (visitado el 19.2.2017), p. 59: "(...) los experimentos de Libet versaron sobre acciones muy simples consistentes en movimientos físicos de los dedos que el sujeto (preadvertido) debía decidir a su amañeo después de que un cronómetro a su vista llegara a cero. Se trata, pues, de acciones preparadas y preavisadas, sin motivación compleja ni textura valorativa. Por fuera quedaba, pues, toda exploración de actividades complejas y en especial relacionadas con la toma de decisiones normativas, y esto le resta mucha validez frente a la comprensión de las acciones con sentido jurídico penal"; y ENGISCH, K, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª edición, Berlín, citado por FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, "Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias" en: *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Editor), Civitas, Navarra, 2012, p. 229: "para constatar empíricamente si una persona que se hallaba en una determinada situación hubiera podido actuar de otra manera a como realmente lo hizo sería preciso volver a colocar a aquella persona – con la misma individualidad- en la misma situación concreta, y observar, entonces, si se llega a producir un comportamiento distinto del que se produjo en el caso que ha dado origen a la comprobación. Pero tales constataciones carecen de visos de éxito en el sector ético y jurídico-penalmente relevante de la vida espiritual superior, pues el hombre, en especial el hombre imputable –que es el que ahora interesa y en amplia medida también el inimputable- dispone de memoria y, por ello, en una situación posterior tiene el recuerdo de la situación anterior, del hecho anterior y con base en dicho recuerdo es ahora una persona distinta de la que fue antes. Dicho de otra manera: no es posible crear el presupuesto, necesario para

conclusión del determinismo científico de que el hombre no puede actuar en libre bajo la idea de la indemostrabilidad empírica del libre albedrío es, en consecuencia, errática, pues si se trata de determinar si el hombre al momento de cometer un hecho penalmente relevante puede actuar en forma diferente, las condiciones en que tomó una resolución criminal no puede ser reproducidas completamente por un experimento de laboratorio por los cambios que suceden en forma permanente dentro de la consciencia humana¹¹⁶.

Para que la tesis de Libet pudiera haber tenido una validez universal tendría que haber repetido el experimento en un mismo período de tiempo, con el mismo sujeto y con los mismos estímulos y así demostrar que se producía exactamente la misma secuencia de respuestas, a ello se debería agregar que la comprobación de estas hipótesis también deberían exigir la comprobación no solo en un sujeto concreto, sino en varias personas. Solo en el caso que los resultados hubieron sido positivos, sería posible hablar de determinación causal completa de los movimientos corporales, pues –como señala Fernández Carrasquilla- “es claro que según el principio causal los experimentos susceptibles de repetición deben arrojar siempre los mismos resultados”¹¹⁷.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que las técnicas o medios para reproducir la actividad neuronal como la tomografía de emisión de positrones o la resonancia magnética funcional aportan todavía una escasa información en relación al funcionamiento del cerebro, la sola información sobre la localización de la actividad neuronal no dice en realidad cómo funciona el cerebro, sino que sólo permite formular hipótesis. Por tanto, insistimos, en que los trabajos empíricos de los neurocientíficos se encuentran en una fase inicial y los experimentos están lejos de reproducir los procesos mentales de mayor complejidad que son parte de la vida social.

Finalmente, Libet acepta también la posibilidad de que sí exista libertad de voluntad al reconocer que existe un margen temporal de por los menos 100milisegundos, entre la toma consciente de una decisión y su ejecución, de forma que en ese tiempo se puede admitir que la mente consciente podría ejecutar la decisión o vetarla. Para Libet la libertad de voluntad residiría en el poder de vetar una determinada decisión, es decir, en la capacidad de la actividad cerebral consciente de poder inhibirse de no ejecutar un

nuestro experimento, de que se trate de la misma persona en la misma situación. De ahí que el experimento no sea susceptible de realizarse con éxito y que no pueda responderse en este sentido con exactitud a la cuestión de haber podido actuar de otra manera”

¹¹⁶JESECHK, *Tratado de Derecho Penal...*, cit, p. 604.

¹¹⁷ Vid, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Culpabilidad y Libertad...*,cit, p. 60

cierto comportamiento. Esta tesis, por tanto, le asigna a la consciencia un papel protagónico en la ejecución de los actos¹¹⁸¹¹⁹.

Los esfuerzos de los representantes de la neurociencia no acaban en los experimentos del Prof. Libet. Como se mencionó en el punto 2.1, Singer afirma la similitud del hombre con la conducta animal pues, al igual que nadie pone en tela de juicio que el comportamiento animal es determinado, tampoco podría cuestionar que cada acto del hombre es producto de una combinación entre la constelación que origina el estímulo actual y los estados cerebrales inmediatamente anteriores¹²⁰. A este planteamiento se le pueden reprochar dos cosas. Primero, que se base en un prejuicio científico que parte de la idea de que nada en el mundo, ni el hombre ni los animales, pueden excluirse de las fuerzas de la causalidad. Por tanto, no sería válido afirmar que un ser vivo puede actuar de forma distinta o que toma una decisión con base a la razón. Segundo, la posibilidad de determinar el comportamiento descansa sobre la capacidad que tiene el hombre para controlar sus inclinaciones y de dirigir su decisión hacia la razón, los valores, etc, en cambio, los animales realizan sus actos de elección sobre la base de sus instintos. Frente a los demás seres vivos, el hombre puede obedecer el sentido de su comportamiento¹²¹. En efecto, el hombre antes de obrar, a diferencia de un animal, es capaz de pensar y, por tanto, de detener sus impulsos instintivos. El hombre –como señala Sanguinetti- está en capacidad de preguntarse a sí mismo: ¿cómo hacer un acto? ¿con qué medios cuenta para ejecutar el acto? A este proceso se le llama deliberación¹²². Es evidente que en el proceso de deliberación hacia la toma de una decisión, el hombre tendrá en cuenta otros factores como impulsos o experiencias previas que influyen, sin duda, pero la racionalidad del hombre lo lleva a valorar el

¹¹⁸ Vid, PÉREZ MANZANO, Mercedes, *El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y Responsabilidad Penal*, en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47444/1/Doxa_35_20.pdf (revisado el 19.12.2017), p. 13, que señala: “El razonamiento en concreto es el siguiente: si medían alrededor de 300 ms entre la actividad cerebral inicial –el PD- y la toma de consciencia, si desde que empieza la actividad no-consciente –PD- hasta que se realiza el movimiento de la mano pasan 500 ms, y, si, por último, la señal neuronal tarda en viajar desde el cerebro a la mano en torno a 50-100ms, entonces, resta un período de 100 ms (500 - 300 - 100 = 100) en el que ya se habría tomado consciencia de la decisión pero todavía no se habría enviado la señal neuronal desde el cerebro a la mano. En ese tiempo de 100ms cabría el veto, es decir, la inhibición de la señal neuronal de ejecución de la decisión”

¹¹⁹ Esta opinión también es compartida por el propio Roth, quien parece también aceptar que las decisiones que toman las personas no son fruto únicamente del lado cerebral inconsciente, pues afirma que una decisión siempre es el producto de la interacción de lo consciente y lo inconsciente, Vid G. MERKEL y G. ROTH, “«Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe», en K.-J. Grun, M. Friedman y G. Roth, *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen, V&R, 2008, 62, citado por PÉREZ MANZANO, *El tiempo de la consciencia...*cit, p. 22.

¹²⁰ Vid, DEMETRIO CRESPO, *La libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal...*, cit, p. 10 y ss.

¹²¹ Vid, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, cit, p. 604.

¹²² Vid, SANGUINETI, *Filosofía de la mente...*, cit, p. 205.

significado de los actos como buenos o malos, pudiendo controlar la naturaleza y dominarla en mayor medida.

Negada la trascendencia de las reflexiones de la neurociencia en relación a la imagen del hombre a partir de los experimentos científicos, conviene ahora preguntarnos si los estudios neurocientíficos tendrán alguna utilidad para el Derecho penal. Hassemer ha respondido a esta cuestión afirmando que el Derecho penal no se ve afectado por los críticas realizadas por los neurocientíficos. El Derecho penal –indica Hassemer– se mantiene al margen de la “verdad científica”, porque le interesa la verdad formal, fruto de un proceso penal formalizado en el que se va discutir a realidad o no de un hecho histórico imputado a un individuo. De otro lado, Jakobs señala que las aportes de los neurocientíficos sobre el funcionamiento del cerebro constituyen datos que solo afectan la composición psíquica individual del sujeto, pero no afecta las distribuciones de las competencias asignadas a cada persona para el cumplimiento de sus roles dentro de la sociedad. Para Jakobs una sociedad estructurada normativamente no vincula seres humanos individuales sino personas. Las personas son portadores de roles construidos en forma comunicativa. Por tanto, la discusión de la neurociencia en torno a la existencia de libertad o no de las personas, no afecta en nada la estructura normativa de la sociedad, solo podrá describir un fenómeno natural que no tendrá incidencia en el ámbito del Derecho Penal¹²³.

Estas últimas críticas, sin embargo, no parecen justificadas. Y es que, en general, el Derecho penal no puede negar que los aportes de las ciencias no tengan ninguna utilidad en la praxis penal, pues los conocimientos científicos nos pueden ayudar a la comprensión de la conducta humana, no solo en relación a la actividad neuronal que la posibilita. De esta manera, las principales modificaciones no se van a producir sobre el fundamento del juicio de culpabilidad, sino que irán afectando la práctica del Derecho Penal, principalmente, porque las aportaciones de los neurocientíficos nos ayudarán a resolver casos a través de la imposición de una medida de seguridad, en lugar de la aplicación de una pena privativa de libertad. Las neurociencias nos ayudarán a trabajar mejor en relación con autores que presenten defectos cognitivos graves o un funcionamiento anormal del cerebro para determinar si, en estos supuestos, será necesario la actuación del Derecho penal a través de la imposición de una pena o de una medida de seguridad. Por tanto, la culpabilidad jurídico penal debe tener en

¹²³ Vid, JAKOBS, “Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna...”, cit, pp.153 y ss.

consideración los conocimientos científicos, en especial, la definición y configuración de las causas de inimputabilidad penal¹²⁴.

En este orden ideas, no se puede comprender que la neurociencia constituye una verdadera revolución sobre el Derecho penal. Por un lado, porque para determinar los fines del Derecho Penal y, en consecuencia, los fines de la pena, se toman en cuenta el esquema normativo de un determinado orden social, las neurociencias fallan al intentar un planteamiento reduccionista que solo se fija en la dimensión psíquica del sujeto. Los datos de las investigaciones científicas son un soporte útil para definir la racionalización del Derecho penal para contribuir con la imposición de una pena que tenga en cuenta las circunstancias personales del sujeto que comete un hecho penalmente relevante, pero la selección –como indica Pérez Manzano- de cuál debe ser el fundamento en general del Derecho penal, o específicamente de la pena, no se puede realizar a partir de los datos que ofrecen las neurociencias, pues esta es una decisión valorativa que depende de la configuración social¹²⁵. De otra parte, la libertad de la que hablamos en este trabajo no es una creación de un laboratorio, por ello la neurociencia falla al partir de la demostración de libre albedrío. Como se tratará en líneas posteriores, la libertad es un dato ontológico de la persona, se trata de una característica esencial de ella. De hecho en nuestro contexto social se parte de un hecho: el hombre es libre.

En definitiva, los conocimientos que nos ofrecen los neurocientíficos son insuficientes para modificar nuestra comprensión de la vida social. Como se ha puesto de manifiesto en el desarrollo del presente trabajo, los experimentos de las neurociencias se refieren únicamente a movimientos corporales básicos como el dedo de una mano, no existen investigaciones que abarquen la toma de una decisión de mayor complejidad valorativa y moral; asimismo, las técnicas como la tomografía de emisión de positrones y otras no aportan información que sea suficiente para conocer cómo funciona el cerebro, solo se limitan a formular una hipótesis sobre la base de la localización de la actividad cerebral¹²⁶.

¹²⁴ Vid, PÉREZ MANZANO, El tiempo de la consciencia...cit, p. 5.

¹²⁵ Acierta Roth cuando señala que solo los penalistas deben resolver las interrogantes que para el Derecho Penal plantean el conocimiento del funcionamiento biológico del cerebro, Vid, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias...*, cit, p. 232.

¹²⁶ Vid, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y neurociencias...*cit, p. 15.

3.2.2. Culpabilidad y determinismo

Las neurociencias no solo han situado el debate en relación a la inexistencia de la libertad en los seres humanos y en el funcionamiento de nuestro cerebro, además, han propuesto que sus avances científicos convierten en impracticable el discurso de la culpabilidad, que se sustenta en la idea del poder actuar de otro modo. El determinismo científico propone el abandono del Derecho penal retributivo ante los nuevos descubrimientos realizados por la neurociencia. El Derecho penal no puede abandonar el castigo ante un hecho socialmente nocivo: el asesinato a una persona, una violación sexual a una menor; es necesario una reacción del Estado frente a las lesiones más graves a los bienes jurídicos de mayor importancia¹²⁷. Por tanto, la neurociencia no propone la eliminación del castigo penal a quien comete un delito, propone introducir el sistema de prevención especial. Como no se puede fundar la imposición de una pena a partir del fundamento del actuar de otro modo, el castigo penal se sostiene en la idea de peligrosidad criminal y la necesidad de la sociedad de reaccionar ante hechos que afectan el orden normativo.

El Derecho penal que plantea la neurociencia precisa que la pena se oriente en atención a las necesidades exclusivas del castigo, mientras que un Derecho penal que se sostiene sobre la base de un modelo democrático y que reconoce la dignidad de la persona humana, parte de la idea que una persona solo podrá ser objeto de una imputación en tanto su actuación suponga el ejercicio individual de su libertad. Asimismo, esta última tendrá en consideración las ideas de prevención general y de una pena proporcional a la culpabilidad del hecho como límites que informan el sistema penal. La perspectiva que comporta toma a la persona y su dignidad humana como un límite del orden social para frenar las excesivas necesidad de prevención, más aun en un país como el nuestro en donde se caracteriza por una política criminal reactiva que se identifica por el aumento desproporcional de las penas y la negación, cada vez más frecuente, de beneficios penitenciarios a los reos.

Por otra parte, un Derecho penal que actúa a través de la imposición de medidas de seguridad y que se basa en la idea de peligrosidad criminal, tendría que determinar el quantum de éstas a partir de la medida de peligrosidad criminal del sujeto, no atendería a los elementos que forman parte del delito y los principios que informan y delimitan la potestad punitiva del Estado: principio culpabilidad o el principio de proporcionalidad. En

¹²⁷ Vid, FRISCH, Sobre el futuro del Derecho..., cit, p. 33.

puridad, un Derecho penal que se orienta a la prevención especial no mira la gravedad del hecho como un límite al castigo o la gravedad del ataque al bien jurídico o el grado de participación del agente el delito en el hecho penalmente relevante, todo lo contrario, centra su atención en el delincuente, sus características personales y no en la forma de configuración del hecho típico.

De otro lado, dado que la prevención especial se fija en el tratamiento para intentar corregir a la persona peligrosa, la clase y duración de la medida que se le impone no se deriva del hecho cometido, de forma que la reacción penal no puede ser determinada temporalmente, sino que puede ser indeterminada en función del éxito del tratamiento. Asimismo, regiría la máxima de: a mayor peligrosidad y a menor peligrosidad, menor duración de la restricción de la libertad, ello con independencia de la gravedad del hecho¹²⁸. Un Derecho penal que está vinculado a las ideas de prevención general y de una pena proporcional a la culpabilidad del hecho, acepta la culpabilidad como medida de la pena, no solo como el criterio de fundamentación para la sanción. La vinculación de la culpabilidad a la pena impide, por un lado, que el autor reciba una pena superior a la medida de la culpabilidad¹²⁹ y, de otra parte, no permite que las penas se orienten exclusivamente a la prevención necesaria para eliminar la actitud defectuosa del autor.

Por estos motivos los esfuerzos de los representantes de la prevención especial por tratar de orientar al sujeto peligroso no llegaron a imponerse en los sistemas penales, pues se prefirió seguir vinculando la pena a la idea del injusto culpable por el que el autor debía responder¹³⁰. Países del mundo anglosajón o del mundo escandinavo renunciaron en los años setenta a los modelos propuestos por las neurociencias porque descubrieron que el programa de realización era duramente cuestionado (se afectaba la autonomía de la persona a través de la imposición de tratamientos terapéuticos) y, en especial, porque se imponen penas indeterminadas: el delincuente obtenía su liberación

¹²⁸ Esto se ejemplificaría en dos casos. El primero es la muerte de los padres para que el hijo obtenga la herencia podría sancionarse de forma menor que la conducción en estado de ebriedad de un camionero que cada día desayuna una caja de cigarrillos y una botella de vino, si el pronóstico de sobrio no evidencia peligrosidad carecerá de fundamento la pena o, en todo caso, se debería de imponer una pena menor, mientras que el camionero adicto al alcohol podría presentar un pronóstico elevado que se seguir conduciendo diariamente bajo los efectos del alcohol podría producir varios accidentes de tránsito, Vid en PÉREZ MANZANO, *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit p, 23.

¹²⁹ La culpabilidad como criterio de medición de la pena permite al Juez debe analizar todos los elementos del delito que inciden en la gravedad y la atenuación de la conducta tales como: reincidencia, habitualidad o confesión sincera y carencias sociales del agente, para determinar la pena concreta que le corresponde, dentro del marco penal abstracto. En la neurociencia no se analizan estos aspectos, la mirada se centra en el delincuente, sus rasgos de la personalidad y la necesidad de intervención penal. Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 866 y s.

¹³⁰ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 92.

solo en tanto era probada su resocialización¹³¹. A ello también se suma la crítica, en la postulación original de V. Litz, que cuando no era posible corregir al sujeto inintimidable, no queda otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como una fuente de peligro para la futura realización de hechos delictivos¹³².

A ello se añade la cuestionable legitimidad de su imposición pues las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, se imponen en forma coactiva porque se reconoce que no son responsables por sus actos. La imposición de este tipo de medidas que proponen los neurocientíficos, es contrario a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad. Precisamente, el fracaso de los sistemas de prevención especial se da porque se trata de imponer un esquema de resocialización en forma obligatoria cuando vivimos en una sociedad de libertad que respeta la autonomía personal. Intentar imponer al delincuente el esquema de valores sociales actuales, vulnera el derecho al derecho a la propia autodeterminación personal que constitucionalmente se le reconoce a toda persona que es sujeto de derechos. Asimismo, significa un trato contra la dignidad humana, la persona es tratada como un enfermo o un inimputable. Por estos motivos – como señala Pérez Manzano- el consentimiento del tratamiento del sujeto adulto normal es condición indispensable de su legitimidad, al delincuente se le ofrece la oportunidad de reinsertarse socialmente a través de un tratamiento terapéutico¹³³.

Como consecuencia de los cuestionamientos desarrollados, no sorprende que ciertos autores de la neurociencia hayan adoptado una decisión más moderada sobre el modo de tratamiento a los delincuentes. Roth ha asumido la función de prevención general positiva, pues las medidas o tratamientos terapéuticos podrían asegurar que el ciudadano comprenda que debe respetar las expectativas normativas vigentes que ha podido defraudar a través de la ejecución de un delito que expresa un sentido comunicativo negativo¹³⁴. Singer aboga por mantener la imputación de responsabilidad y mantener el castigo de las conductas ilícitas como una necesidad de mantener el orden social. La configuración social hace necesario mantener conceptos como libertad, culpabilidad y pena, señala este autor¹³⁵.

¹³¹ En este sentido, Vid FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y neurociencias...*cit, p. 15; y, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 92

¹³² *Ibidem*, p. 92.

¹³³ Vid, PÉREZ MANZANO, *Fundamento y fines del Derecho Penal...*, cit p, 25.

¹³⁴ Vid FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y neurociencias...*cit, p. 11 y s.

¹³⁵ Vid, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias...*, cit, p. 225 y s.

A pesar de este intento de resurgimiento de la prevención especial a partir de las ideas de las neurociencias, la dogmática penal mayoritaria coincide en que no se producirán, al menos en forma inmediata, un cambio en la visión del Derecho penal. Los sistemas penales hoy en día no vinculan a la pena con un fin exclusivo de prevención, por los peligros ya anunciados, sino que se basan en una pena proporcional a la gravedad del hecho (la discusión se reduce a si es por razones de prevención general negativa o positiva). De manera que la solución inicial es que frente a la comisión por un injusto culpable, el ordenamiento jurídico debe reaccionar a través de la imposición de una pena, mientras que las medidas de seguridad solo serán de utilidad para quienes, a través de un proceso de seguridad, sean declarados inimputables peligrosos. No está demás decir que en los sistemas procesales de Europa Continental se ha venido adoptando un sistema que apuesta por una respuesta para ciertos casos en los que se tiene en cuenta la culpabilidad y la peligrosidad del individuo (por ejemplo en el Perú se impone junto a la pena por los delitos de violación sexual una medida de seguridad adicional, que se encuentra regulado en el art. 178-A del Código Penal).

3.3. La libertad como presupuesto fundamental de la culpabilidad jurídico penal

3.3.1. Ideas preliminares sobre la función del Derecho penal

Antes de entrar a definir el fundamento material de la culpabilidad que es objeto de presente capítulo, es conveniente efectuar ciertas precisiones en relación a la función del Derecho penal que adoptó personalmente. Plantearse la cuestión sobre cuál es la función que le corresponde al Derecho penal es intentar descifrar cuál es su misión u objetivo que se le atribuye. Establecer cuál es la función del Derecho penal, dependerá de la función que le asigne a la pena que es la principal consecuencia jurídica de las leyes penales¹³⁶.

El Derecho penal no puede tener asignada como función la motivación de los ciudadanos para no cometer hechos delictivos que afecten bienes jurídicos, en la medida que si eso fuera posible, el Derecho penal siempre actuaría cuando estos ya fueron afectados. De otro lado, no es cierto que el Derecho penal tenga que actuar exclusivamente frente a la lesión de bienes jurídicos, pues existen varias circunstancias en las que interviene el Derecho penal sin que se haya hecho efectiva una lesión a un

¹³⁶ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal...*, cit, p. 81.

bien jurídico, como en el caso de un delito realizado en grado de tentativa o en las figuras de peligro abstracto; asimismo, existen diversas formas de afectación a bienes jurídicos sin que sea necesaria una respuesta penal, por ejemplo: una persona muere por su avanzada edad¹³⁷.

Siguiendo la posición dogmática de Jakobs, el fundamento de la pena no se puede asociar a la motivación del ciudadano a no cometer un hecho grave que afecte un bien jurídico, la prohibición penal debe apuntar a sancionar a que las personas no realicen conductas que tengan capacidad de lesionar un bien jurídico. El dato decisivo para afirmar la comisión de un delito, desde la perspectiva funcionalista de Jakobs, no se centra en una conducta desencadenante de procesos causales nocivos, sino sobre la base de la defraudación de expectativas normativas a través del incumplimiento de roles socialmente atribuidos a la personas que actúan en sociedad. Por tanto, la pena no está dirigida a la protección de bienes jurídicos, sino que reestablece la vigencia comunicativa-social de la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico¹³⁸.

Jakobs señala que cuando el delincuente comete un delito expresa un sentido comunicativo en el sentido que busca negar la vigencia de las expectativas normativas en sociedad, por lo que es necesario el recurso de la pena para confirmar la confianza en la vigencia de la norma, a pesar de su ocasional infracción. La pena –señala Jakobs– niega el sentido comunicativo del delito y afirma que el modelo de orientación social se mantiene vigente. Una cuestión a destacar es por qué motivo sería necesario asegurar la vigencia segura de la norma, Jakobs responde que asegurar su vigencia permite la orientación de los contactos sociales. Una opción frente al quebrantamiento de la norma podría ser la modificación de la orientación de las personas que viven en sociedad a través de una modificación o derogación de la norma infringida, sin embargo, esa forma de actuación haría difícil la convivencia social que se basa en la confianza en los ciudadanos por el respeto del sistema normativo. Por tanto – señala Jakobs– es imprescindible mantener la vigencia de la norma de conducta socialmente defraudada, de modo que el error se le puede imputar al sujeto por su actuación, y no a la norma. En este sentido, la pena es coacción por cuanto es portadora de un significado frente al hecho. El hecho, como suceso atribuido a una persona racional, significa algo, una contradicción a la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también tiene un significado,

¹³⁷ Vid, GARCÍA CAVERO, Percy, *Acerca de la función de la pena*, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_80.pdf, p. 8 revisado el 7.4.2017.

¹³⁸ Vid, GARCÍA CAVERO, Percy, *Acerca de la función...*, cit, p. 8.

significa que la afirmación del autor no es relevante, ello por cuanto la norma sigue vigente¹³⁹.

El pensamiento de Jakobs adopta un positivo sociológico pues busca encontrar la identidad normativa de la sociedad en una construcción racional que toma como punto de partida la organización de la sociedad en un momento dado. En este aspecto es acertada la propuesta de Jakobs pues es evidente que el funcionamiento del orden social es indispensable para su existencia y su constitución siempre tendrá como referente la necesidad de evolucionar para adaptarse a las condiciones cambiantes de la realidad, sin embargo y siguiendo la postura dogmática de García Caveró, el problema del funcionalismo sociológico es su concepción tan radical que tiene como punto de referencia las necesidades sociales para garantizar la identidad normativa de la sociedad, pero olvida que una sociedad conformada por personas son el requisito esencial de su existencia. Para Jakobs, las personas son sujetos de derecho en tanto son reconocidas por la sociedad, ésta se encarga de otorgar a los individuos su identidad dentro del sistema normativo. El problema de esta afirmación precedente reside en que se deja en manos de la sociedad la decisión de otorgar a los individuos su identidad, lo que puede producir como un riesgo la posibilidad de excluir determinados individuos del sistema social o de reconocer ciertos aspectos de la personalidad del individuo, en tanto otros no sirven o comunican en el sistema social¹⁴⁰.

Como señala García Caveró: *“La concepción jurídico-penal de Jakobs acierta al definir a la persona en un contexto social”*, sin embargo, la discrepancia con su planteamiento reside en el concepto de persona. Es correcto afirmar que el sentido de la actuación de la persona debe determinarse en función al contexto social, la determinación o atribución de roles dentro de la sociedad es un criterio importante para determinar la responsabilidad penal de una persona, pues el delito no es más que una infracción de roles jurídicamente atribuidos a la persona del autor, sin embargo, el concepto de persona no puede ser definido en función a los intereses predominante de la sociedad o de una determinada constitución social¹⁴¹. Como afirma Javier Hervada: *“ser persona no es de origen positiva sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho”*¹⁴². El error del positivismo parte en intentar afirmar que el hombre no es

¹³⁹ Vid, JAKOBS, Gunther, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, Gunther / POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El Derecho Penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal*, Grijley, Lima 2006, p. 24.

¹⁴⁰ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico...* cit, p. 110 y s.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 111.

¹⁴² Vid, HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 10° edición, 1° reimpresión, EUNSA, Pamplona, 2007, p. 140

persona, sino es individuo de la especie, al que el orden social le atribuye unos derechos, en base al consenso social. De manera que, desde el derecho positivo, solo son personas aquellos hombres que el derecho positivo los reconoce como tales, los hombres tendrán personalidad jurídica y podrán ser sujetos de derecho en la medida que es reconocida por el derecho positivo¹⁴³.

Asimismo, siguiendo la postura de García Caveró, toda persona posee una dignidad inviolable que se le asigna porque es un dato inherente a la personalidad del ser humano¹⁴⁴. Esta dignidad se manifiesta en dos fases distintas. Por un lado, tenemos la dignidad absoluta que, como señala García Caveró, *“es de carácter ontológico que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo”*¹⁴⁵. Y de otra parte, la dignidad relativa que, precisa García Caveró, *“se sustenta en que el ser humano debe actuar libremente orientado a su realización personal en sociedad”*

Las reflexiones precedentes que tienen como punto de partida en el Derecho penal el concepto ontológico de persona, que no es un criterio empírico sino normativo, nos permite afirmar que la función del Derecho penal será el mantenimiento de las expectativas normativas de conducta esenciales en la sociedad, teniendo como referencia el desarrollo individual de la persona. La pena, por tanto, no se puede desvincular de la persona, las necesidades preventivas, por más funcionales que sean, siempre tienen que tener como referencia a la persona, en tanto ella es el núcleo básico de la sociedad y el sujeto principal dentro de un proceso de imputación penal. En este orden de ideas, un Derecho penal que parte del concepto ontológico de persona establece ciertos límites en su intervención.

De esta forma, el reconocimiento de la dignidad absoluta de la persona constituiría un límite a la intervención punitiva del Estado, en tanto limitará la posibilidad de imponer penas inhumanas como el trabajo forzado o el castigo corporal, así como también imponer penas cuyas cuantías sean tan elevadas que no permitan la posibilidad de tratar al delincuente como una persona a quien se le debe otorgar un derecho a la resocialización, por ejemplo. De otra parte, la dignidad relativa obliga a que la pena no se pueda imponer al delincuente sin tener como referencia su culpabilidad, y no cualquier culpabilidad jurídico penal, sino una que parte de la idea de que el ciudadano puede ser fiel al derecho en tanto se reconoce como un sujeto con libertad y

¹⁴³ Vid, HERVADA, *Introducción crítica...*, cit, p. 85 y ss.

¹⁴⁴ Vid, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Derecho Penal, Parte General*, Tercera Edición ampliada y revisada, Editorial B d F Ltda, Montevideo, 2016, p. 760.

¹⁴⁵ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 81.

responsabilidad por sus actos. Por tanto, no se puede admitir una culpabilidad por el carácter o una culpabilidad por hecho tercero, la culpabilidad se centra en el reproche por la gravedad del hecho cometido por una persona en tanto se le reconoce como un sujeto libre y responsable¹⁴⁶.

3.3.2. La libertad como fundamento de la culpabilidad. Particular atención en los casos de *actio libera in causa*.

Abordar el tema de la libertad exige adoptar ciertos puntos de partida. En tanto se reconoce a la persona como un sujeto portador de derechos y deberes, por sí mismo, y no por el reconocimiento que realiza la estructura social a través del derecho positivo, se parte de la idea que la libertad es un rasgo esencial de la persona. La fase práctica del sujeto, al que se le reconoce tanto la dignidad relativa, se manifiesta en dos elementos de la personalidad: su individualidad y su socialidad, en tanto son determinantes para que el sujeto pueda recibir la imputación penal. Por un lado, se parte de la idea de que la persona actúa libremente, lo que significa, como indica García Caveró, *“que solamente pueden ser imputadas aquellas actuaciones que se explican en el ejercicio individual de su libertad”*¹⁴⁷. Mientras que la socialidad de la persona significa que sus actuaciones generan responsabilidad frente a los demás.

La libertad, en consecuencia, es una característica propia del ser humano en tanto se reconoce su dignidad relativa como persona. El ser persona significa tener un dominio sobre sí mismo y ante los demás, esto no significa postular una teoría indeterminista del ser humano, sino que parte de reconocer el plano ontológico del ser humano¹⁴⁸. Y es que, como precisa Sánchez Ostiz, *“que el ser humano es libre forma parte de los postulados básicos que permiten entendernos como personas. La vida social parte del presupuesto de que somos libres, de que nuestro existir no se halla regido por un destino inexorable. Esto es lo que permite reconocer el obrar humano”*.

Las afirmaciones precedentes sobre la libertad como presupuesto esencial del ser humano podrían provocar que se tache a esta formulación como empírica o naturalista. Nuestro planteamiento parte de que la libertad tiene su raíz en lo más profundo de la

¹⁴⁶ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 102 y s.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 345 y s.

¹⁴⁸ Vid, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La Libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?*, INDRET, Barcelona, Enero, 2014, p. 8 y s, quien señala que debe diferenciarse entre libertad innata y libertad adquirida. La primera le corresponde al ser humano por ser tal; mientras que por libertad adquirida, la que hace posible el ser que es humano.

persona humana, con independencia del grado de desarrollo de su libertad adquirida¹⁴⁹. No se concibe –como señala Yépez, “ser verdaderamente humano sin ser libre de verdad”¹⁵⁰. Por tanto, no se asume un concepto presunto de libertad, tampoco un concepto natural de libertad. Esta idea de libertad que es propia del ser del hombre se opone a cualquier aproximación de corte empirista a la realidad humana. Como señala García Caveró, “quien equipara lo ontológico con lo empírico comete un grave error de punto de partida, pues no hay nada más normativo que lo ontológico”. De manera la libertad de actuación debe partir de la referencia antropológica que la libertad es una característica innata del ser humano. Si bien la culpabilidad es una construcción social que parte de la atribución de un hecho penalmente relevante al sujeto que infringió un rol jurídicamente atribuido, ello no significa eliminar toda referencia antropológica pues la culpabilidad debe partir de la idea de un ciudadano fiel al Derecho entendido como una persona capaz de actuar con libertad y con responsabilidad¹⁵¹.

De esta manera es posible rechazar el determinismo científico que niega la libertad al entenderla como un fenómeno empírico sujeto de comprobación material. La libertad no es un dato empírico verificable mediante experimentos, la neurociencia falla al intentar demostrar la libertad como si fuera una realidad material pues no reconocen a la libertad como un concepto normativo vinculado al reconocimiento de persona. Por ello, como precisa Sánchez-Ostiz, “los estudios sobre el funcionamiento del cerebro, con ser relevantes, no pueden suplantar el objeto y el modo de abordar el problema de la libertad, que es propio de un saber práxico”. De hecho los avances en las ciencias, como se ha destacado, son instrumentos para determinar cuando la actividad neuronal puede influir en la capacidad del sujeto para comportarse conforme a las expectativas normativas. De manera que, cuando el delito se pueda explicar no a partir de la atribución culpable de un sujeto por la infracción de los roles jurídicamente atribuidos, sino a partir de un anomalía cerebral que es descubierta por los avances científicos, será necesario recurrir a las ciencias empíricas para intentar obtener una explicación del suceso histórico y, de esta forma, decidir si se impondrá una consecuencia jurídica por la comisión de un hecho delictivo.

¹⁴⁹ Vid, SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho Penal...* cit, p. 9, quien señala que a libertad adquirida es la libertad por derivación que se da en mayor o menor medida según las personas o situaciones, pues depende de su ejercicio, de la atribución o su reconocimiento.

¹⁵⁰ Vid, YEPES STORK, Ricardo / ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier, *Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana*, Sexta Edición, EUNSA, Pamplona, 2009, p. 119.

¹⁵¹ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 103.

De igual forma tampoco se puede compartir el parece de cierto sector de la doctrina, como Mir Puig¹⁵² y Muñoz Conde¹⁵³, que, ante el rechazo de la posibilidad demostrar el actuar de otro modo, intentar fundamentar la culpabilidad a partir del criterio de la capacidad de motivación normal por la norma. El problema de estas tesis se origina en no poder explicar en forma suficiente cómo se desarrolla esta capacidad de motivación si estamos antes un sujeto que no tiene libertad o no tiene capacidad de actuar otro modo. ¿Esa capacidad motivación se da, por ejemplo, a partir de la experiencia de vivir en sociedad? ¿o es una capacidad de motivación en atención a las vivencias precedentes del hombre y sus instintos¹⁵⁴? Mir Puig sale a esta crítica afirmando que la persona que actúa normalmente cuenta con condiciones de motivación más favorables que el no responsable penalmente para resistir a la comisión del delito y poder entender y atender el llamado de la norma. Sin embargo, el argumento de que existen mayores expectativas sociales frente al normal no es suficiente, si al fin y al cabo no se entiende cómo el sujeto que no tiene libertad, no tiene libertad de decisión y de voluntad, tiene capacidad de ser motivado por la norma penal. De hecho, como señala Luzón Peña, en el caso de una persona que ex ante tuvo la capacidad de motivación para evitar la comisión del hecho delictivo pero que, en forma posterior, ex post se comprueba que en el sujeto y en el caso concreto esa expectativa era infundada porque delinquirió, es decir, tuvo otros motivos más fuertes para infringir la norma, no se explica en forma suficiente por qué tendría mayor peso la expectativa inicial de resistencia que, en forma posterior, se declara infundada y por qué se le declararía responsable¹⁵⁵.

De igual forma, tampoco se comparten las posturas agnósticas que formula la libertad como una necesidad para mantener el sistema penal. Como indica Schunemann: “es

¹⁵² Vid, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit, p. 536 y s., quien señala que la imputación personal es atribuidad al sujeto por la normalidad en el proceso de motivación: capacidad de motivación normal por la norma. Por ello, la colectividad no puede castigar al hombre que hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad), y tampoco se castiga a los inimputables porque si, en aras de la prevención, se pretendiera imponer una pena, estando probada su situación de incapacidad de resistencia frente a los impulsos criminales, se estaría elevando el nivel de lo exigido penalmente a los inimputables en relación al hombre normal. La imputación personal constituye, en consecuencia, un límite a las exigencias de prevención, no puede constituir su fundamento. Su fundamento son las exigencias del Estado democrático y el principio de igualdad ante la ley, pues no se podría intentar tratar a los inimputables al carecer de dicha capacidad normal de motivación frente a la norma

¹⁵³ Vid, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito...*, cit, p. 147, quien sostiene que el fundamento material de la culpabilidad no se puede fundar en la indemostrable posibilidad de actuar de otro modo. Utiliza como criterio que fundamenta la culpabilidad la función motivadora de la norma penal. Lo importante –señala Muñoz Conde– no es si el sujeto pudo o no elegir la actuación correcta conforme a la norma, sino si pudo abstenerse de realizar la conducta prohibida por la norma, puesto que la norma penal motiva con sus mandatos y prohibiciones el comportamiento humano.

¹⁵⁴ Vid, SCHUNEMANN, *Temas actuales y permanentes...* cit, p. 33, quien señala que si se parte de la premisa determinista de que el autor del hecho no puede obrar de otro forma, entonces cómo podría explicarse que la amenaza penal servirá para motivarlo. La respuesta es negativa, si se parte de la idea determinista que la persona viene determinada causalmente por sus decisiones, no es posible que la pena genere una función motivatoria en el ciudadano.

¹⁵⁵ LUZÓN PEÑA, “Libertad, Culpabilidad...”, cit, p. 16 y s.

*una falacia normativa declarar a la libertad de voluntad como una suposición de la realidad necesaria para el Estado*¹⁵⁶. En efecto, las soluciones que proponen resolver el problema del fundamento de la culpabilidad a partir de comprender que el concepto de libertad es una ficción necesario o una presunción necesaria en el ordenamiento jurídico, no terminan resolviendo el problema de fondo. Las soluciones de tipo “agnóstico” dejan sin resolver dogmáticamente el problema esencial: el fundamento de la imposición de la pena. De otro lado, si, como en el caso de la propuesta dogmática de Roxin, se parte de que la libertad es una aserción o presunción normativa, eso podría significar afirmar que todo en el plano jurídico y social es una ficción es tanto es necesario para garantizar el orden social. Como acertadamente señala Schunemann: “*la libertad, no es una ficción, es una parte de la realidad social tan real como la sociedad en sí misma, y desde un punto de vista ontológico, como un producto de la evolución*”¹⁵⁷. De otro lado, la premisa básica de la imputación penal no puede partir de algo que incierto pues, repito, existiría el riesgo de que todo el sistema penal sería una suposición¹⁵⁸.

De otro lado, tampoco podrán ser de recibo las tesis de la culpabilidad social que parten de la idea del reproche vinculado al comportamiento que hubiera realizado el hombre medio. Es decir, el fundamento de la culpabilidad no es la actuación propia e individual de la persona sino que el análisis se centra en lo que el hombre medio hubiera probablemente realizado en la misma situación. Sin embargo, la culpabilidad social elimina el principio que establece que la responsabilidad penal es, estrictamente, personal y, por tanto, solo pueda fundarse en una culpabilidad por el hecho propio cometido¹⁵⁹.

Definido, entonces, que la libertad es el presupuesto de la culpabilidad jurídico penal, nos permitirá ahora determinar cómo ello influye en los casos de *actio libera in causa*. Los supuestos que se agrupan bajo la denominación de casos de ausencia de la culpabilidad no siempre producen una exclusión del análisis jurídico penal del comportamiento defectuoso del autor, pues puede mantenerse una imputación penal si se demuestra que el suceso se explica a través de un comportamiento precedente que ha buscado la situación defectuosa. Estos son los casos que la dogmática penal ha denominado como *actio libera in causa*, se trata de casos en los que el sujeto ha realizado un ataque o lesión a un bien jurídico en un estado que impide la imputación

¹⁵⁶ SCHUNEMANN, *Temas actuales y permanentes...* cit, p. 36.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 35

¹⁵⁸ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 103.

¹⁵⁹ Vid, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Culpabilidad y Libertad...*cit, p. 25.

de responsabilidad penal, pero habiendo provocado, dolosa o culposamente, ese estado defectuoso.

La estructura de la *actio libera in causa* está conformada por dos situaciones: primero, la acción de provocación de la situación defectuosa, en la que el sujeto provoca un estado defectuoso que no permite la imputación de responsabilidad penal; y segundo, el ataque o puesto en peligro al bien jurídico bajo el estado defectuoso logrado en el primer momento. Ahora bien, entre estos dos tiempos debe de existir un nexo de carácter objetivo-subjetivo, de tal forma que la realización de la acción de provocación debe de estar orientada a lesionar el bien jurídico por medio de la acción defectuosa, es decir, el sujeto debe de tener dentro de sus planes atacar al bien jurídico en un estado de defectuoso que le permita luego ser amparado por los mecanismos de exención o reducción de la pena, sin embargo, el abuso de esta situación o el fraude a la ley no tendría resultados mediante la aplicación de la doctrina de la *actio libera in causa*.

Desde el punto de vista político criminal y de la prevención general, no se negará la necesidad de que el ordenamiento jurídico ofrezca una respuesta frente a este tipo de comportamientos defectuosos provocados por el autor: la sociedad no podría admitir la impunidad de sujetos que evitan ser receptores del mandato normativo¹⁶⁰. En la medida en que nos encontramos frente a sujetos que defraudan expectativas normativas a través de la provocación de un estado defectuoso para, en forma posterior, verse favorecido con la exclusión de su responsabilidad penal, será necesario la reacción del ordenamiento jurídico a través de la imposición de una sanción penal en estos casos. De hecho con la provocación de la situación de inimputabilidad preordenada a la defraudación de expectativas del orden social se vulnera la norma de conducta porque esa provocación genera una situación que supone una posible puesta en peligro para los bienes jurídicos que resguarda el Estado.

Sin embargo, solo podrá justificarse el castigo a los supuestos de *actio libera in causa* en tanto se parte de un concepto de culpabilidad que presupone la capacidad individual de una persona de cuestionar la identidad normativa esencial de la sociedad a través de la infracción **libre** de los roles jurídicamente atribuidos en el contexto social. Si por el contrario, se renuncia a construir la culpabilidad penal a partir del dato antropológico de la libertad, no será posible fundamentar la imputación del hecho penalmente relevante

¹⁶⁰ JOSHI JUBERT, Ujala, *La Doctrina de la Actio libera in causa en el Derecho Penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 278.

como propio en estos casos, porque la situación defectuosa se tendría que imputar a un sujeto que está determinado y se tendría que recurrir a la culpabilidad por el carácter o por la personalidad, que sería una alternativa que podría plantear el determinismo en aras de satisfacer la necesidad de prevención general como una respuesta frente a conductas socialmente inadecuadas.

Por este motivo, solo se podrá admitir el castigo a los supuestos de *actio libera in causa* a partir de reconocer la capacidad general de recibir imputaciones de la persona que solo se podrá admitir a partir de la idea de que al autor reúne las condiciones para la atribución de un suceso en forma culpable. El reproche se dirige al autor porque se le puede atribuir socialmente a la conducta precedente la generación del riesgo prohibido al que se reconduce el resultado lesivo, debido a que el autor ha expresado su falta de fidelidad del Derecho a través a través de la libre infracción del rol general del ciudadano que le impone un deber negativo de evitar organizar su esfera de organización de forma que afectan a otras personas: principio de autorresponsabilidad¹⁶¹

¹⁶¹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal...*, cit, p. 363.

SEGUNDA PARTE: EL FUNDAMENTO DE LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

1. La problemática en relación a la *actio libera in causa*

La discusión sobre la *actio libera in causa* es uno de los temas que clásicamente han sido abordados en el Derecho penal, principalmente en países como en España y Alemania donde ha existido un importante desarrollo dogmático penal y jurisprudencial para determinar su estructura y su inclusión como institución para la solución de aquellos casos donde el autor provoca, dolosa o culposamente, un estado de inimputabilidad o de ausencia de acción con la finalidad de verse exento de pena de forma posterior.

El estudio de la *actio libera in causa*, supone un análisis de las diferentes estructuras del delito, las preguntas que se suelen realizar diversos autores están referidas al comienzo o fin de la tentativa o la delimitación de los actos preparatorios como constitutivos del comienzo de la ejecución del hecho típico, el desistimiento en estos casos de *actio libera in causa*, o la imputación subjetiva (si debe existir un doble dolo o no) y en relación respecto a dónde se debe configurar el objeto del conocimiento por parte del autor. Junto a ese estudio de las diferentes categorías del delito en la *actio libera in causa*, también es necesario abordar un fundamento político criminal para sustentar la punición de los supuestos en los que un autor se induce –dolosa o culposamente- a un estado de inimputabilidad o de no acción y un fundamento dogmático penal para afirmar el cómo se imputa responsabilidad en estos supuestos.

En Alemania, señala Roxin, existe un intenso debate respecto a la figura de la *actio libera in causa*, que cuestiona la inclusión de la figura dentro del ordenamiento jurídico alemán, pese a no existir de lege lata alguna inclusión de manera expresa del legislador alemán¹⁶². De hecho, existen autores que ha negado su utilidad y necesidad, calificándola de superflua a partir de una sentencia emitida el 22 de agosto de 1996 por el Tribunal Supremo Alemán [BGH], en la cual se rechazó la necesidad de aplicar la *actio libera in causa* respecto del caso de un chofer Danes que se había embriagado de forma total y que embistió su camión a dos funcionarios de la frontera germano-holandesa que en esos momentos controlaban a otro vehículo. El conductor fue

¹⁶² Cabe señalar que en Alemania no existe un inclusión del legislador de la ALIC en el Strafgesetzbuch (en adelante StGB), lo que ha llevado a autores alemanes a exigir una intervención del legislador en el sentido de regular expresamente esta figura. Sin embargo, un sector de la doctrina alemana sostiene que con la regulación del delito de Embriaguez Plena (Art. 323 StGB) se trataría de un supuesto de ALIC, puesto que a través de el se permiten castigar estas situaciones, que de modo contrario quedarían impunes. Vid. JOSHI JUBERT, *La doctrina...* cit, p. 110 y ss; ROXIN, Claus, *Observaciones sobre la actio libera in causa*, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1988, Tomo 41, N° 1, pp. 21-38

condenado por homicidio imprudente y por delito de intoxicación plena y el Tribunal Supremo afirmó que la *actio libera in causa* no constituía una dogmática alternativa y que las reglas generales de la imprudencia servían de sustento para imputar responsabilidad penal.

De otro lado, en España con el Código Penal Español de 1995 se ha introducido –para la mayoría de autores- la figura de la *actio libera in causa* tanto dolosa como imprudente en los supuestos de inimputabilidad, aunque esta aceptación no ha sido pacífica del todo en la medida que autores como Díaz Pita afirman que ya en el antiguo Código Penal existía por lo menos una inclusión respecto a la *actio libera in causa*. Esta “regulación expresa” del Código Penal Español, sin embargo, no ha permitido que la doctrina haya afirmado de forma unánime la plena vigencia de la *actio libera in causa*, pues aún se señala que el legislador, a pesar de regular dicha figura, no ha establecido ningún dispositivo legal que permita contravenir el principio de coincidencia como manifestación del principio de culpabilidad.

1.1. Definición y estructura de la *actio libera in causa*

En la doctrina española Joshi Jubert destaca que tradicionalmente con relación al concepto de *actio libera in causa* han existido tres posturas: (i) aquella que vincula el concepto histórico de la *actio libera in causa* con la solución a tomar; (ii) aquella que entiende que la punición de la *actio libera in causa* resulta de la aplicación de los principios generales de la imputación; (iii) aquella que acepta el origen histórico de la *actio libera in causa*, pero que la solución doctrinal actual debe desvincularse de ello¹⁶³.

Sobre el particular, la tercera posición resulta ser de mayor adecuación para el objeto de esta investigación en la medida que los argumentos de corte histórico o etimológico no pueden servir de solución para la actual problemática, si bien no se puede prescindir del todo del lado histórico de una figura, en la medida que nos puede aportar cuáles fueron los problemas iniciales que derivaron para la existencia de esta figura, y las soluciones que de ello procedían; una buena dogmática penal debe de tener otros puntos de referencia para dotar las soluciones de acuerdo a los principios que rigen en la actualidad. Como señala acertadamente Jakobs: “la imputación como **forma** se reconduce a los inicios de la cultura humana, pero su **contenido** depende del correspondiente contexto social”¹⁶⁴

¹⁶³ Vid, JOSHI JUBERT, *la doctrina...*, cit., p. 31 y ss.

¹⁶⁴ Vid, JAKOBS, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2001, p.17.

En este sentido, partiendo de una concepción amplia la *actio libera in causa* puede definirse como aquel conjunto de situaciones en las que un sujeto lesiona o pone en peligro un bien jurídico (mediante un hecho antijurídico) en un estado que impide la atribución de responsabilidad penal, pero habiendo anteriormente provocado el mismo, de manera dolosa o imprudente dicha situación.¹⁶⁵ De esto, se puede advertir que la estructura de la *actio libera in causa* está conformada por dos situaciones: primero, la acción de provocación de la situación defectuosa, en la que el sujeto provoca un estado defectuoso que no permite la imputación de responsabilidad penal; y segundo, el ataque o puesto en peligro al bien jurídico bajo el estado defectuoso logrado en el primer momento. Ahora bien, entre estos dos tiempos debe de existir un nexo de carácter objetivo-subjetivo, de tal forma que la realización de la acción de provocación debe de estar orientada a lesionar el bien jurídico por medio de la acción defectuosa, es decir, el sujeto debe de tener dentro de sus planes atacar al bien jurídico en un estado de defectuoso que le permitiría ser amparada por los mecanismos de exención o reducción de la pena, sin embargo, el abuso de esta situación o el fraude a la ley no tendría resultados mediante la aplicación de la doctrina de la *actio libera in causa*¹⁶⁶.

La existencia y contenido de la *actio libera in causa* debe situarse en forma exclusiva en relación a los supuestos de incapacidad de culpabilidad y de acción al momento, sin embargo, esta afirmación no es pacíficamente unánime. **Alamo** nos adelantaba que existe un corte doctrinal que no admitía que la *actio libera in causa* sea de exclusiva aplicación a los casos de provocación de no acción o de no culpabilidad, de manera que se afirma esta incluye todos los supuestos de provocación de la ausencia o presencia de un elemento del delito, y posterior lesión al bien jurídico, son iguales¹⁶⁷.

Se afirma que también forman parte de sus supuestos los casos de provocación de una causa de justificación como el estado de necesidad o los supuestos de ausencia de tipicidad al tiempo del hecho referible al actuar precedente. Al respecto, Maurach opina que el objeto idóneo de la *actio libera in causa* lo podía constituir cualquier elemento de la teoría del delito, siempre que se utilizará dicho termino para designar los casos en los que el autor, al momento de la lesión del bien jurídico, no estaba presente alguno de los

¹⁶⁵ Vid, JOSHI JUBERT, *la doctrina...cit.*, p. 117. Además, ALCACER GUIRAO, Rafael, *Actio Libera in Causa Dolosa e Imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, Atelier, p. 21.

¹⁶⁶ Vid, DÍAZ PITA, *Actio Libera in Causa, Culpabilidad y Estado de Derecho*, Tiran lo blanch, p. 185 y ss.

¹⁶⁷ ALAMO, Mercedes Alonso, *La actio libera in causa*, en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/alonso%20alamo.pdf. Visitado el 25.5.2015.

elementos del delito, que previamente se comprobará que el autor se provocó dicha ausencia¹⁶⁸.

Hruschka, mantenía una posición disidente de Maurach¹⁶⁹, pues afirma que la estructura de la *actio libera in causa* solo podía y debía aplicarse a los supuestos de inimputabilidad, siempre que ésta se excluya en forma total. Así las cosas, no se admitía la *actio libera in causa* en los supuestos de provocación imprudente o la provocación de la ausencia de cualesquiera sean las categorías dogmáticas del delito¹⁷⁰.

En una corriente más actual, Joshi Jubert plantea que la *actio libera in causa* es aplicable a todos los elementos del delito, defiende su postura a partir del análisis de diferentes supuestos, tales como: causas de exculpación, causas de justificación, error de tipo, de prohibición o la semi imputabilidad, para concluir que existe una identidad estructural en esos casos y la propia *actio libera in causa* pues hay: (i) supuesto de provocación anterior de los supuestos ya mencionados; y, (ii) lesión efectiva al bien jurídico. Afirma, que se debe distinguir entre la solución doctrinal a estos casos al hecho de que la estructura general de la *actio libera in causa* sea similar a los supuestos descritos. Señala que si bien podría cambiarse el nombre a cada supuesto, de acuerdo a la categoría del delito que se trate, no se puede negar la similitud en la estructura.

Sin embargo, este planteamiento contiene algunos cuestionamientos que nos parece importantes mencionar. Por un lado, la autora afirma la identidad estructural de las figuras analizadas y la *actio libera in causa*, llegando a aclarar que esto no se debe confundir con la solución para cada uno de estos supuestos pues reconoce que cada caso debe resolverse en forma diferente, sin embargo, cuando estudia la provocación de una causa de justificación comulga que se debe buscar la referencia estructural entre estos casos para plantear una solución unitaria¹⁷¹. A mayor abundamiento, la negación de estas tesis debe confundirse con la adopción de los teorías clásicas de solución de la *actio libera in causa* como son el modelo del tipo o el modelo de excepción.

¹⁶⁸JOSHI JUBERT, *la doctrina...*cit., p. 82.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 65.

¹⁷⁰ En este punto, criticamos la postura de Hruschka sobre limitar la aplicación de la *actio libera in causa* únicamente a los supuestos de inimputabilidad provocada. Ver más en JOSHI JUBERT, *la doctrina...*cit., p. 68, quien señala que es contraproducente esa posición pues no se tiene en cuenta que históricamente la *actio libera in causa* de casos de no acción se analizaba conjuntamente con los supuestos de inimputabilidad.

¹⁷¹ Ibidem, p. 78.

Por el contrario, Alamo pone en énfasis al concepto tradicional o histórico de *actio libera in causa* para señalar que estos supuestos están referidos a la inimputabilidad, donde el sujeto, inimputable al tiempo del hecho, se ha colocado voluntariamente en dicho estado, por lo que realiza una acción no libre en sí, pero libre in causa¹⁷². No obstante ello, luego afirma que los supuestos de *actio libera in causa* también incluían los casos de sonambulismo que, de acuerdo a la actual teoría del delito, son causas de exclusión de la acción¹⁷³. Finalmente, con un acertado sentido crítico esta autora afirma que no es posible equipar estructuralmente la *actio libera in causa* pues, a diferencia del resto de supuestos provocados de uno de los elementos de la teoría del delito, en el caso de la *actio libera in causa* no existe libertad, mientras que en el resto de casos si está presente la libertad. Si esa libertad no concurre al momento del hecho, pero el comportamiento se remite a un momento anterior en que el sujeto era aún libre, entonces puede estar presente una *actio libera in causa*¹⁷⁴.

En nuestra opinión y siguiendo la postura de Alamo, no consideramos que se puede afirmar que todos los supuestos de provocación de una causa de justificación, de un supuesto de error o de causa de exculpación, se puede asimilar a la *actio libera in causa*. Primero, porque esa asimilación estructural puede llegar a la confusión que en parte pretende sostener Jubert: la idea de tener una solución doctrinal común a todos esos casos. Esto no es del todo cierto, por ejemplo, en un supuesto de legítima defensa provocada, no es necesario recurrir a esa identidad estructural para afirmar una solución, pues el autor que provocó la agresión ilegítima habrá cometido cuanto menos un delito de lesiones o un delito de homicidio, según sea el caso, pues su acto será típico. Igualmente, sucederá en el caso de una causa de exculpación, donde en estricto existe un acto libre pero relacionado a la exigibilidad de una conducta distinta, en todo caso, como plantea Alamo, se tratará de casos de acción culpable en su causa¹⁷⁵.

Ahora bien, habiendo tomada posición respecto de que el concepto de *actio libera in causa* debemos establecer cuál es la problemática que afrenta esta figura de la dogmática penal.

La estructura de la *actio libera in causa* se determina por dos tiempos específicos, como ya hemos indicado. El primero en el que el sujeto provoca de manera dolosa o imprudentemente una situación defectuosa, ya sea por inimputabilidad o por un

¹⁷² ALAMO, *La actio libera in causa*...., visitado el 25.5.2015

¹⁷³ *Ibidem*, p. 71.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 74.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 80.

supuesto de no acción; el segundo, se caracteriza porque dicho sujeto ataca, en estado defectuoso, el bien jurídico.

Descartadas por la doctrina y la jurisprudencia la posibilidad de dejar impune este tipo de comportamientos, la doctrina penal mayoritaria sostiene que debe castigarse el autor que se ha colocado en estado defectuoso para conocer un hecho delictivo, sin embargo, se busca imponer ciertos límites para dicha punición, como por ejemplo, la exigencia de que concurra dolo o imprudencia por parte del autor o que la conducta inicial del autor constituye un acto de comienzo de tentativa del hecho típico que cometerá o que al autor sea capaz de motivarse conforme a derecho y poder comprender el carácter antijurídico de su acto. Es decir, las principales barreras en la *actio libera in causa* lo constituyen el principio de coincidencia, la culpabilidad como categoría normativa del delito y el principio de legalidad.

La mayoría de autores no niega la existencia de un problema político criminal en los supuestos de *actio libera in causa*. La doctrina en general –tanto la que reconoce esta figura como aquellos que la consideran superflua- coinciden en la necesidad de imponer un castigo a través de una pena para aquellos sujetos que se inducen o se determinan –dolosa o culposamente- a un estado de inimputabilidad o de no acción. Sin embargo, los problemas en los sistemas jurídicos comienzan, en primer término, por ver si el derecho positivo reconoce o no la figura de la *actio libera in causa*. En Alemania no existe un dispositivo específico que regule la figura de la *actio libera in causa*, por lo que las propuestas que se hacen para su inclusión son de lege ferenda¹⁷⁶; mientras que, en España no se presenta esa problemática puesto que el art. 20° del Código Penal Español ha regulado dos causas de exclusión de la culpabilidad como son las anomalías o alteraciones psíquicas y el trastorno mental transitorio así como la intoxicación plena cuando ha sido buscada por el sujeto para eximirse de la pena.

De otro lado y aún como en el caso español donde existe una regulación de dos causas de exclusión de culpabilidad previamente determinadas por el autor del hecho, la solución no sigue siendo pacífica por la vigencia de principios esenciales del Derecho Penal Español. De hecho, se señala que el art. 20° del Código Penal Español no ha tenido más que confirmar la vital importancia del principio de coincidencia temporal entre la capacidad de culpabilidad y la comisión de hecho o la estructura plena entre los aspectos objetivos y subjetivos que deben concurrir en el autor al momento de cometer

¹⁷⁶ Vid, PADILLA ALVA, Herminio Ramón, “Algunas observaciones sobre la doctrina de la *actio libera in causa* en el Derecho penal español”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2001, p. 5.

el hecho delictivo. Y, de otro lado, en los casos de *actio libera in causa* por inimputabilidad se señala que en estos casos si se consagra un castigo se vulnera la categoría de la culpabilidad pues al momento de la ejecución del hecho, el autor no cuenta con capacidad de motivación de un conducta para actuar de forma diferente.

De otro lado y apartando por un momento los aspectos esenciales de las garantías jurídico penales (como el principio de legalidad, coincidencia y culpabilidad), la doctrina ha realizado intentos diversos por implementar un sistema de imputación para evitar la impunidad en estos casos. ¿Cuáles son esas propuestas de la dogmática jurídico penal?

Tradicionalmente se han agrupado dos sectores doctrinales para intentar dar una solución a los casos de *actio libera in causa*: el modelo del tipo o de imputación ordinaria y el modelo de la excepción o de imputación extraordinaria.

El modelo del tipo vincula el castigo del autor a su conducta previa que provoca para inducirse a un estado defectuoso. Por ejemplo, la persona que se emborracha hasta el punto de llegar a una situación de embriaguez plena que anula la capacidad de imputabilidad para luego darle una paliza a un compañero, será castigado siempre y cuando las cosas sucedan tal como las planeo. La imputación en este caso estaría dirigida a la acción de ponerse en estado de embriaguez, es decir, acá comenzaría la realización del hecho típico que luego devendría en la perfecta ejecución del tipo penal de lesiones.

De acuerdo a este modelo, el sujeto responde por haber realizado una acción típica, antijurídica y culpable, siendo la acción precedente o de inducción al estado defectuoso sobre la cual recaerá el objeto de la imputación. La acción precedente constituye un comienzo de peligro para el bien jurídico, en el caso propuesto el colocarse de manera consiente en estado de ebriedad constituiría el comienzo del delito de lesiones. En ese momento, es decir, en la acción precedente, el sujeto era imputable, tiene capacidad de motivación y de poder actuar de un modo distinto y evitar la comisión típica de un hecho delictivo, sin embargo, se provoca el estado defectuoso con la finalidad de acogerse luego a una eximente de pena.

La principal ventaja que ofrece este sistema de imputación es que mantiene la vigencia del principio de culpabilidad, pero presenta algunos inconvenientes que brevemente pasamos a exponer. Primero, en muchos casos una acción precedente como inducirse a un estado de ebriedad como un supuesto inicio de tentativa de un hecho, cuando para

otros autores nos encontraríamos en el peor escenario frente a un acto preparatorio, cuya regla es la impunidad en varios supuestos¹⁷⁷. En realidad, esta cuestión dependerá de la teoría de la tentativa que se adopte, sin embargo no deja de ser problemático este aspecto.

De otro lado, se encuentra el modelo de excepción propuesto por primera vez y mantenido por Hruscka, quien señalaba que la punibilidad de la *actio libera in causa* representa una excepción, justificada consuetudinariamente, del tenor del art. 20° StGB que, cuando regula la incapacidad de culpabilidad del autor, refiere esta “situación al momento de ejecución del hecho”. El autor es castigado por su comportamiento realizado en estado defectuoso, aunque en ese momento no tuviera capacidad de culpabilidad o de acción, siempre que de manera previa haya habido dolo o imprudencia.

El mayor problema que presenta el modelo de la excepción es que no respeta el principio de culpabilidad, pues si se señala que la acción imputable es la acción que se realiza en pleno estado defectuoso, se hace responsable a un sujeto que, aunque efectivamente haya cometido un hecho típico y antijurídico, no es al tiempo de la comisión responsable por encontrarse en un estado defectuoso. Como señala Roxin: “*el dolo o imprudencia que puede existir en el momento de la preparación no son la culpabilidad por el hecho que la ley exige (...) el dolo que preside la acción realizado en situación de incapacidad de culpabilidad es un dolo sin culpabilidad y no sirve como fundamento del mismo*”¹⁷⁸.

Sin embargo, los defensores de la teoría o modelo de la excepción indican que en los supuestos de *actio libera in causa* se produce una situación excepcional que se caracteriza por no necesitar la vigencia del principio de coincidencia entre injusto y culpabilidad. Con el fin de superar este obstáculo, varios defensores han acudido a diversas tesis. Por citar algunas, se ha dicho que la imputación de la acción cometida en estado defectuoso es posible porque los casos de incapacidad de culpabilidad presentan una estructura muy similar a los supuestos de autoría mediata. *Jescheck* sostiene que desde la perspectiva del injusto material no hay diferencias entre quien se hace inimputable a sí mismo para cometer un delito y quien se sirve de una inimputable para dicho fin. La crítica a dicha postura es que atentaría contra el principio de identidad: si la autoría mediata presupone la existencia de al menos dos personas en la *actio libera*

¹⁷⁷Vid, PADILLA ALVA, “Algunas observaciones sobre la doctrina...” cit, p. 3

¹⁷⁸ ROXIN, Claus, “Observaciones a la *actio libera...*”, cit. p. 24.

in causa se trata de una sola persona que simultáneamente realiza el hecho (aunque en la ficción sería dos).

Otro sector ha señalado la existencia de una costumbre nacida en los Tribunales Alemanes que permitiría llevar a cabo una reducción teleológica de precepto como el art. 20° StGB, restringiendo de esta forma su ámbito de aplicación. En definitiva, a través de la costumbre quedaría sin efecto el principio de coincidencia entre injusto y culpabilidad. Contra esta postura, existe un límite difícil de superar que es admitir la existencia de costumbre en el Derecho penal, en particular cuando se trata de una que va contra el reo.

Junto a estas posturas tradicionales a los que diferentes autores se añaden, existe un sector crítico tanto en Alemania como en España que postula una teoría radical en el sentido de negar la importancia de la *actio libera in causa*, al indicar que se trata de una figura superflua, ilegal e inconstitucional. En Alemania existen autores que han señalado que dicha figura es ilegal por cuanto vulnera el principio de legalidad al contravenir las reglas de la tentativa, del dolo, de la culpabilidad y que significar una analogía *in malam partem*¹⁷⁹. De otro lado, en España –autores como Díaz Pita- sostienen que esta figura resulta superflua para los casos de *actio libera in causa* culposa en la medida de que le estructura del tipo subjetivo es suficiente por determinar criterios de imputación, sin embargo, mantiene el discurso de conservar la modalidad dolosa de esta figura de forma obligatoria.

En el Perú son pocos los trabajos que han abordado de forma específica esta figura. La mayor parte de la doctrina ha preferido tocar este tema en forma general en los Manuales de Parte General de Derecho penal, adoptando en su mayoría cualquiera de las dos posturas tradicionales (modelo del tipo o modelo de la excepción). Villavicencio Terreros¹⁸⁰, por ejemplo, ha seguido la posición del Schunemman al sostener que los casos de *actio libera in causa* deben resolverse bajo la doctrina del tipo y, de forma específica, a través de la autoría mediata. Señala –al igual que el autor alemán- que en la *actio libera in causa* el autor se instrumentaliza a sí mismo y se pone en un estado de inimputabilidad para cometer un hecho delictivo. El fundamento residiría en el abuso del ejercicio de la libertad individual del sujeto ya que de manera deliberada se ha condicionado a un estado de inimputabilidad o de no acción¹⁸⁰.

¹⁷⁹ HORN, citado por ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera...* cit, p. 88 y s.

¹⁸⁰ Vid, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal...*, cit, p. 605.

En relación a nuestro Código Penal y a diferencia de los ordenamientos jurídicos de Alemania y España parecería que no existiera una declaración formal sobre la necesidad del principio de coincidencia, lo cual –de ser así- dejaría el camino para sustentar la *actio libera in causa*, permitiendo imputar la acción realizada por el sujeto inimputable pero que previamente se ha inducido a dicho estado con la finalidad de cometer un delito.

De otro lado, a diferencia de lo sucedido en el art. 20° del Código Penal Español, en el art. 20° del Código Penal Peruano parece no estar actualizado con la realidad de uno de los países que tiene mayor influencia tanto en campo dogmático como académico, ello en la medida a que no se regula una excepción para no aplicar la exención de responsabilidad penal cuando el sujeto –dolosa o culposamente- se motiva a un estado de inimputabilidad. De esta manera, parecería que no existe una respuesta –desde el campo legislativo- para resolver aquellos problemas donde el autor ha provocado –dolosa o culposamente- un estado de inimputabilidad o de no acción. La situación se vuelve más crítica cuando –como hemos reseñado- la doctrina nacional no ha brindado la atención debido a un supuesto que ha tenido desarrollo doctrinal y jurisprudencial en Europa.

En las siguientes líneas, vamos a abordar el desarrollo de las teorías que clásicamente han intentado dar una solución pacífica y hasta cierto punto respetuosa de los garantías jurídico penales. Para luego abordar el tratamiento de los siguientes problemas en relación a la figura de la *actio libera in causa*:

- (i) **Se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico el principio de coincidencia y este puede contener reglas de excepción para los casos de *actio libera in causa***
- (ii) **La *actio libera in causa* es una figura aún vigente y que permite resolver los problemas de provocación dolosa o culposa de inimputabilidad**
- (iii) **Cuál es el fundamento de la imputación para los supuestos de *actio libera in causa*.**

1.2. Los modelos tradicionales para fundamentar la *actio libera in causa*

1.2.1. El modelo del tipo

El modelo del tipo o también denominado del injusto típico consiste en aplicar las reglas generales de la imputación a efectos de imputar al sujeto por haber realizado una acción típica, antijurídica y culpable, siendo el objeto de dicha imputación lo que se denomina como la acción precedente pues en ella el sujeto actúa de forma responsable.

Los defensores de esta teoría indican que la imputación recae sobre la acción precedente debido a que esta es la que pone de manera inmediata e inminente en peligro al bien jurídico penal. Al determinar que la imputación jurídico penal reside en el *actio precedens* y no en la acción realizada en estado defectuoso no existiría un quiebre o una vulneración a los principios de coincidencia (incorporado en los ordenamientos jurídicos de Alemania y España) y el principio de culpabilidad. En efecto, dado que en la mayoría de sistemas penales sólo son punibles las acciones y omisiones humanas típicas, antijurídicas y culpables, en los hechos antijurídicos cometidos por incapaces de culpabilidad la única acción u omisión que reúne dichas características es la acción u omisión precedente¹⁸¹.

En cuanto al inicio de la ejecución del hecho y a efectos de delimitar de forma normativa el comienzo de la tentativa, los defensores del modelo del tipo afirman que es la acción precedente la que origina el inicio del hecho. En este sentido, la acción de provocación, además de reunir los requisitos de capacidad de culpabilidad o capacidad de acción, representa el principio de ejecución del injusto penal, constituyendo una acción típica. Bajo esta interpretación, en consecuencia, el hecho de ponerse en estado de embriaguez plena con la finalidad de matar a otra persona, constituiría una tentativa del delito de homicidio.

En este sentido, el acto provocación de un estado de no responsabilidad viene a constituir el último momento donde es posible imputar al sujeto la realización de determinado riesgo, debido a que, en el acto posterior, ya estando en situación defectuoso, en el caso de *actio libera in causa*-inimputabilidad estamos frente a un comportamiento humano típico, antijurídico pero no culpable; mientras que en el caso

¹⁸¹ Vid, PADILLA ALVA, "Algunas observaciones sobre la doctrina..." cit, p.2 y s.

de *actio libera in causa*-ausencia de acción no estamos frente a un comportamiento humano sino frente a una mera acción sin relevancia jurídico-penal, en la medida que su acción no constituye una manifestación de la personalidad del sujeto como una unidad psíquico-física, en palabras de Roxin¹⁸². De allí que los defensores de este modelo sostengan la irrelevancia de la conducta realizado en estado defectuoso a efectos de la imputación del comportamiento, y en consecuencia la tentativa debe de comenzar con la acción de provocación.

De otro lado, los defensores de este modelo encuentran una similitud entre la *actio libera in causa* y la autoría mediata. En este punto, es importante destacar las posiciones de Roxin y Jakobs, quienes bajo argumentos distintos señalan de manera uniforme que estos casos deben resolverse conforme a la autoría mediata. Roxin utiliza este paralelismo para determinar o delimitar el comienzo de la tentativa en la *actio libera in causa*, de manera tal que –como en la autoría mediata- la tentativa comienza con la incidencia sobre el instrumento y termina cuando sale del propio ámbito de dominio, en la *actio libera in causa* la tentativa comienza al colocarse la propia persona en situación de incapacidad de culpabilidad: el autor se hace responsable irresponsable de sí mismo y desde el momento en que se produce la incapacidad de culpabilidad pierde el curso causal posterior¹⁸³.

De otro lado, Jakobs sostiene que la *actio libera in causa* es un caso oculto de autoría mediata que, de alguna manera, también oculta un caso de autoría directa. Al tomar una postura más cercana al modelo del tipo, Jakobs sostiene la imposibilidad de afirmar que en estos supuestos es posible afirmar una excepción al principio de coincidencia, ello, además, tendría como consecuencia una alteración de la estructura del delito. Se predicaría como elemento primigenio en la teoría del delito la culpabilidad antes de la comisión del hecho. El fundamento esencial para la imputación del sistema normativo funcional de Jakobs parte de la existencia de una persona competente, con sentido comunicativo y que pueda interrelacionarse en sociedad. Cuando el sujeto actúa en estado de inimputabilidad no participa de forma competente en el proceso de comunicación. Su comportamiento –señala Jakobs- es naturaleza, desde el punto de vista penal.

¹⁸² ROXIN, se aparta del concepto de acción natural y final, y entiende que la acción en sentido jurídico penal es aquella se da como una manifestación de la personalidad, con esto supera las concepciones ontológicas de la acción y le atribuye una concepción normativa, que va a estar caracterizada por que dicha acción tiene que comprender la parte anímico-espiritual del hombre y la esfera corporal de este. Vid. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit, pp. 252 y ss.

¹⁸³ ROXIN, “Observaciones a la *actio libera...*”, cit. p.27

En esta línea de ideas, como Jakobs niega la posibilidad de contravenir el principio de coincidencia, se excluyen todos aquellos intentos de explicación de la *actio libera in causa* a través de una imputación extraordinaria que permita determinar la responsabilidad penal del sujeto por los actos ejecutados en estado de inimputabilidad. De igual forma, tampoco Jakobs está conforme con realizar una aplicación extraordinaria o reinterpretación del concepto de imputación. La ausencia de inimputabilidad, cualquier incapacidad de imputación significa, desde un punto de vista objetivo, que la personalidad del sujeto se ha perdido y que, por tanto, manda la naturaleza. Al sujeto se le puede hacer responder por el hecho de haberse colocado en ese estado pero no por lo que haya hecho en ese estado, puesto que esto último es un suceso de la naturaleza. Autor de un hecho –señala Jakobs- es quien desata un suceso de la naturaleza. De la misma manera, en los casos de *actio libera in causa*, el sujeto responde de su autopuesta en estado de inculpabilidad que da lugar a un hecho de la naturaleza, puesto que la acción es llevada a cabo por el mismo sujeto, pero en estado de inimputabilidad, ya no puede ser valorada por el Derecho penal¹⁸⁴.

Finalmente, Jakobs sostiene que al regular el legislador la autoría mediata ha buscado regular un problema material en su objeto y no una manifestación concreta del problema, por lo que resultaría evidente quién es el “otro” en el sentido de la regulación de la autoría mediata: un hombre que se comporta, pero que, de cualquier manera, no lo hace culpablemente. Jakobs indica que la expresión “otro” debe entenderse en el sentido de hombre responsable: la identidad o no identidad de la massa carnis es irrelevante.

En cuanto al aspecto subjetivo, se afirma la exigencia de un doble dolo en el momento en que el sujeto se dispone a realizar la acción que va dirigida a ponerse en estado de inimputabilidad, este doble dolo debe ir dirigido: en un primer momento, dolo de ponerse en situación de ausencia de inimputabilidad o ausencia de acción; y en segundo momento, dolo de realizar el tipo de injusto penal¹⁸⁵.

1.2.2. El modelo de la excepción

El modelo de la excepción se recurre a un sistema de imputación extraordinaria consistente en imputar al sujeto la acción realizada en estado de incapacidad de acción

¹⁸⁴ JAKOBS, Gunther, “La denominada actio libera in causa”, en: Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales, N° 2, Grijley, Lima 2001, p. 204.

¹⁸⁵ Vid, JOSHI JUBERT, *la doctrina...*, cit. p. 384 y ss; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Actio Libera in Causa Dolosa e Imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, Atelier, p. 34.

o de inimputabilidad. Esta imputación extraordinaria es posible porque en el lugar del elemento que falta –en el supuesto mencionado la capacidad de culpabilidad o de acción- se coloca un subrogado como puede ser la obligación de mantenerse en un determinado estado físico o psíquico.

El modelo de la excepción, en consecuencia, parte de la imputación a la acción realizada en estado defectuoso, puesto que esta lleva a cabo los actos descritos de manera formal por el tipo penal, por lo que se puede situar sin ninguna dificultad aquí el comienzo de la tentativa; además esta acción es la que pone en peligro de manera inmediata e inminente el bien jurídico tutelado por la norma penal. De esta forma, este modelo pretende superar las críticas al modelo del tipo al no marcar el inicio del hecho delictivo a partir de la acción precedente pues- de acuerdo a sus críticos- se trata de una acción que no pone en peligro a un bien jurídico.

La solución o propuesta de la excepción sostiene una excepción real al principio de coincidencia que exige la simultaneidad entre injusto típico y culpabilidad, por tal motivo se sostiene que dicho modelo lleva a cabo una imputación extraordinaria basada en una reducción teleológica. En este sentido, Hruschka afirmaba la existencia de una costumbre en los Tribunales, continua y uniforme, de poder castigar a aquellas personas que se colocan en un estado de ausencia de responsabilidad, esta permitía realizar una reducción teleológica del principio de coincidencia, admitiendo establecer una excepción a este principio y restringiendo su ámbito de aplicación¹⁸⁶.

Hruschka sustenta su modelo de excepción no solo basado en presupuestos consuetudinarios, sino que tiene una construcción normológica que dota de contenido a la excepción del principio de coincidencia. Esta construcción se sustenta en diferenciar entre obligación y deber jurídico. El sistema penal de normas no sólo contiene deberes de no actuar (prohibiciones) y de actuar (mandatos), sino también obligaciones, de las cuales se infieren esos deberes¹⁸⁷. Las obligaciones tienen un carácter general, imponen o prohíben la realización de ciertas acciones, permiten la ulterior imputación por la infracción del deber consistente en la realización o evitación de la conducta debida. La lesión de una obligación, si bien no se castiga como tal, establece una condición para tomar en cuenta la punibilidad por la infracción de un deber. La lesión de una obligación siempre opera como un subrogado de ese requisito ausente. En este

¹⁸⁶ HRUSCHKA, *Der Begriff der actio libera in causa un die Begründung ihre Strafbarkeit*, JuS 1968, p. 559. Citado por ALCÁCER GUIRAO, *Actio Libera...* cit., p. 41 y s.

¹⁸⁷ Vid, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera...* cit, p. 42 y ss.

sentido, mientras la infracción de un deber da lugar a una imputación ordinaria, la infracción de una obligación permitirá una imputación extraordinaria.

En un caso concreto, si A acaba con la vida de su padre comete delito de parricidio, pero si al momento de realizar el hecho se encontraba en un estado de inimputabilidad no podrá ser castigado directamente, puesto que el Código Penal exigiría que la culpabilidad esté presente en el momento de la realización del hecho y establece la inimputabilidad como un supuesto de exención de pena. Según la propuesta de Hruschka, el castigo en este caso es posible a través de una imputación extraordinaria, que reconduce la imputación no al acto de matar sino de la acción de provocación de dicho estado, en cuanto con esa acción se lesiona una obligación, la cual sería: está prohibido ponerse a sí mismo en un estado de embriaguez plena cuando existe el peligro –contemplado desde una perspectiva *ex ante*- de que el embriagado realizará en dicho estado un acto típico y antijurídico.

En cuanto al inicio de la tentativa, la doctrina que avala esta teoría afirma que no existen problemas para su determinación pues –a diferencia del modelo del tipo- el inicio de la tentativa se fija en el inicio del hecho típico y antijurídico, por lo que no existen problemas sobre el adelantamiento de la punición de actos –como en el modelo del tipo- que podrían ser considerados atípicos.

En España donde si existe formalmente una regulación de la *actio libera in causa*, también ha existido un importante sector doctrina que admite el planteamiento del modelo de la excepción. A diferencia de la legislación alemana donde no existe una regulación de la *actio libera in causa*, en el ordenamiento español al existir un descripción de esta figura en el Código Penal se afirma que se permita realizar una excepción al principio de coincidencia. A partir de la vigencia de la cláusula señalada, no se aplica la eximente de responsabilidad penal cuando la situación de trastorno mental transitorio “haya sido buscada de propósito para delinquir”. A favor de esta posición se encuentran autores como Gómez Benítez, Rodríguez Montañez, Alonso Álamo, Díaz Pita, Silva Sánchez, entre otros¹⁸⁸. Estos autores coinciden en que el citado artículo permite establecer una excepción en los casos de *actio libera in causa* dolosa en la que el estado defectuoso ha sido buscado por el autor con la intención de delinquir.

¹⁸⁸ Vid, ALCÁCER GUIRAO *Actio libera*...cit, p. 45.

1.2.3. La propuesta de impunidad

Un sector de la doctrina – no tan moderno- propuso en su oportunidad que los supuestos de *actio libera in causa* debían quedar impunes. La posición sostenida por el profesor alemán Katzenstein sostenida en su tesis doctoral de 1901: “**Die Strafflosigkeit der actio libera in causa**”, ha sostenido esa postura¹⁸⁹.

Este autor, luego de analizar los modelos del tipo y de la excepción, llega a la conclusión de que ambos modelos son incompatibles con la legislación penal alemana del momento. En su opinión, la teoría o modelo de la excepción, cuya elemento relevante es establecer la imputación en el estado de inimputabilidad, no es viable porque contradice los presupuestos esenciales del Derecho penal, considera que sus puntos de vista son dogmáticamente insostenibles. De otro lado, en cuanto al modelo del tipo o de anticipación, señala que es importante establecer que el objeto de imputación en estos casos reside en la acción precedente, sin embargo, termina descartando esta teoría porque tampoco la considera viable, pues afirma que sería contraproducente con la regulación del antiguo art. 51° del Código Penal Alemán que establecía que no existía una acción punible si el autor al momento de su realización se encontraba en una situación de inconciencia o de enfermedad mental. El problema residía, en sí mismo, en determinar cuál era el momento del hecho, pues desde que el autor pone en marcha la cadena causal hasta que tiene lugar el resultado, existirían varios movimientos corporales. De este modo, propone como única solución la impunidad de estos supuestos en el Derecho penal¹⁹⁰.

Los pilares de su postura se sustentan en 4 ideas centrales. Para el Prof. Katzenstein sostiene que si bien en los supuestos de *actio libera in causa* se debe centrar la atención –conforme el modelo del tipo– en la acción precedente, la cuestión es cuándo o en qué momento se da el comienzo de los actos ejecutivos. Los actos precedentes no necesariamente generan un peligro real o inminente para el bien jurídico. Si se pone el ejemplo –como señala el autor– un guarda tren que tiene que cumplir el cambio de las agujas o vías del tren a las 22 horas, sin embargo, conociendo del viaje de su enemigo a las 8 horas se toma un somnífero potente que impedirá que realice su trabajo, el autor señala que sería inviable imputarle responsabilidad penal porque el hecho de tomar un somnífero a las 8 horas no constituye una acción ejecutiva del tipo penal de

¹⁸⁹ Vid, JOSHI JUBERT, *la doctrina...*, cit., p. 224

¹⁹⁰ Ibidem, p. 224

homicidio, menos aún de tentativa, salvo que se piensa en una tentativa desde el punto de vista subjetivo. De esta forma, se concluye que no todos los actos preparatorios, es decir, los realizados en situación de imputabilidad son punibles.

Como segundo postulado, el autor señala que si, a pesar de lo sostenido, se mantiene la idea de que es posible imputar como acto típico de inicio del hecho la acción de tomar un potente somnífero a las 8 horas, la imputación del autor debe mantenerse, independientemente si el plan se llega o no a ejecutar. El problema es que los autores que defienden esta teoría señala que cuando el resultado típico no se ejecuta, en consecuencia, no habría delito, no habría siquiera tentativa del mismo.

La tercera idea central de su postura consiste en negar la posibilidad de equiparar la estructura de la *actio libera in causa* con la autoría mediata. Señala que pretender ello contradice el sistema jurídico porque la autoría mediata supone que el autor supone instrumentaliza a un tercero y goza de imputabilidad normal. En el caso de la *actio libera in causa*, el propio autor va perdiendo la capacidad de imputabilidad y al momento de producirse el resultado, es un inimputable.

Finalmente, crítica que se entienda que el momento decisivo es aquél en que se pone en funcionamiento la cadena causal, momento en el que, al mismo tiempo, concurre la culpa en relación al resultado. Entiende el Prof. Katzenstein que el momento decisivo tiene lugar cuando el sujeto coloca en forma culpable un elemento del supuesto de hecho del delito en cuestión¹⁹¹.

1.2.4. El concepto funcional de culpabilidad de Streng

El Prof. Streng busca proponer un modelo que no concentre los problemas de los modelos del tipo y de la excepción, pues en la primera solución el objeto de la imputación reside en un mero acto preparatorio que recae en la acción precedente, mientras que el segundo determina la imputación en el estado de inimputabilidad o no de acción, pero ello contraviene el principio de legalidad al ignorar la eximente establecida en el art. 20° del Código Penal Alemán. Se asume la evidente necesidad, desde el punto de vista político criminal, de tener que criminalizar los supuestos de *actio libera in causa*, y elabora un modelo de ampliación que tiene como pilar un concepto funcional de culpabilidad.

¹⁹¹ Vid, JOSHI JUBERT, *la doctrina...*, cit. p. 225 y ss.

El Prof. Streng señala que la culpabilidad no es una cualidad del sujeto, debe entenderse como una consideración apoyada en el significado social de la conducta del autor, se trata de una atribución de responsabilidad que se sustenta en las necesidades de estabilización social de los ciudadanos. Bajo esta concepción de la culpabilidad, la coincidencia temporal entre la capacidad de culpabilidad y la ejecución de una acción típica pierde, con ello, su significación. Ello tiene sentido porque bajo un concepto funcional de culpabilidad lo importante es determinar si el sujeto con su actuación comunica una acción que se opone al orden jurídico¹⁹².

En relación a la tentativa sostiene no tener vinculación necesaria si la provocación del estado defectuoso debe entenderse como un comienzo de la tentativa o como un mero acto preparatorio. La noción de hecho –ampliada bajo el concepto funcional de culpabilidad– pasará a estar conformada por una parte que será todavía de acto preparatorio y de otra parte ya ejecutiva, las mismas que en la *actio libera in causa*, dado el fin contrario a la norma penal, pueden entenderse como una unidad de valoración, de esta forma la responsabilidad por el resultado es perfectamente imputable a esa primera parte del hecho.

El autor manifiesta que su concepción se mantiene independiente a lo dispuesto por el art. 22° del Código Penal Alemán que define con carácter general lo que se entiende como “hecho”, ello por cuanto el propio Código establecería diferentes conceptos de “hecho” en función del particular ámbito que cada disposición regule.

A partir de las consideraciones descritas, el autor prefiere mantener la valoración del concepto de culpabilidad de una forma no tan conexas a la realización del tipo, si bien entiende que la culpabilidad debe vincularse a ello, de lo contrario, el hecho no sería típico, pero señala que ello no afirma la exigencia de una estructura simultánea o coincidencia temporal entre el objeto de valoración, que es el tipo de culpabilidad, y el objeto de subsunción, que es el tipo de injusto.

A un idéntico resultado que el afirmado por Streng llegan otros autores, si bien parte de diferentes premisas que el primero, ya que no se sirven del concepto de culpabilidad. La primera señala que tanto la acción de provocación como la acción realizada en estado defectuoso deben comprenderse como una sola unidad, como un solo hecho. La

¹⁹² Vid, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera...*cit, p. 54.

segunda posición parte que para la imputación de responsabilidad penal basta con que la culpabilidad se remita a una parte del hecho, no a todo.

El Profesor Spendel reduce el ámbito de operatividad del principio de coincidencia al señalar que no siempre la parte objetiva u subjetiva deban corresponde plenamente, el concept de hecho incluido en el art. 20° del Código Penal Alemán ya abarcaría la acción de provocación del estado defectuoso, siendo indiferente que, desde el punto de vista de la tentativa, esa acción de constituya como un acto preparatorio que no pone necesariamente en peligro el bien jurídico. Según este autor, como fuera que tanto el art. 20 y 22 del Código Penal Alemán no dan un concepto unitario de hecho, la tentativa comenzará bajo las reglas generales, pero el “hecho” como objeto de imputación de la culpabilidad empieza con la acción de provocación (modelo del tipo)¹⁹³.

Para esclarecer su posición, Spendel pone el caso de un sujeto que deja preparada una bomba en la vivienda de su víctima para cuando ésta retorne de sus vacaciones, señala que se imputará un delito consumado aunque en el momento en que la víctima haga explotar, inconscientemente, la bomba el autor esté ebrio. Esto –a decir del autor– demuestra que los elementos subjetivos del hecho no tienen que estar presentes en toda su fase de ejecución típica. En este sentido, la culpabilidad no debe estar presente en todo el suceso típico, será suficiente su presencia en parte del hecho, en cuanto a los actos preparatorios.

Para apoyar su conclusión recurre –no solo al criterio de Streng en el sentido de la definición diferente de hecho que contempla el art. 20° y 22° del Código Penal Alemán– sino que afirma que la tentativa no puede ser el criterio definidor de lo que es delito o no, en delitos como los de mera actividad se debe pensar que no existe tentativa.

1.3. Críticas a los modelos de fundamentación de la *actio libera in causa*

1.3.1. Al modelo del tipo

La propuesta que hace los defensores del modelo de tipo de centrar la atención en la acción de provocación, esto es, el hecho de ponerse en estado de embriaguez o en estado de intoxicación por el consumo de drogas, como el inicio de la ejecución del hecho delictivo no se ha visto exenta de críticas. Se señala que tanto adoptando una

¹⁹³ Vid, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera...*cit, p. 56.

teoría subjetiva u objetiva o mixta de la tentativa, la solución no sería pacífica. Quienes adopten una teoría puramente subjetiva, no tendrán reparo en afirmar que en el caso de un sujeto busque un estado de intoxicación plena para matar a otra persona, será un acto de inicio de ejecución del delito, aun cuando ni siquiera el sujeto abandone su casa. Por el contrario, quienes asuman una teoría objetiva rechazarían esta tesis al no existir ningún acto ejecutivo de matar a otra persona. Inclusive, adoptando una teoría objetiva-subjetiva que valore tanto el plan criminal del autor como los actos de ejecución plantearía un reto, pues se considera un exceso en el ejemplo puesto anteriormente que el solo de hecho de tomar alcohol para ponerse en una situación de exclusión plena de culpabilidad no sería más que un mero acto preparatorio impune que no pone en peligro a un bien jurídico penal¹⁹⁴.

De otro lado, sobre el planteamiento de Roxin que utiliza el paralelismo entre la autoría mediata y los casos de *actio libera in causa* para delimitar el comienzo de la tentativa punible, Neumann sostiene críticamente que, a diferencia de la autoría mediata, en los casos de *actio libera in causa* el autor no pierde el curso del suceso. Indica que las acciones del autor tras la aparición del estado de incapacidad no son producto de la ciega causalidad¹⁹⁵. Roxin sostiene que la crítica formulada es insostenible en la medida que si bien el autor incapaz de culpabilidad sigue manteniendo dominio de la acción sobre el suceso, pero dicho dominio lo tiene también el incapaz cuando otra persona se sirve de él y no por ello se niega la autoría mediata del que se sirve del incapaz. La idea central de Roxin en su exposición se centra, en consecuencia, en negar que incluso en la propia autoría mediata es posible afirmar que el instrumento que actúa de forma no culpable puede finalmente no consumar el hecho. Por lo tanto, en el caso de la *actio libera in causa* el propio autor –incapaz de culpabilidad- no actúa siempre de forma ciega, existe una posibilidad de que el hecho no se consume y por ello tampoco se puede negar su estructura. Finalmente, Roxin indica que se ignoraría la estructura de la autoría mediata si se exigiera del autor mediato que dominara al intermediario como si de un instrumento mecánico se tratara; la utilización de factores causales ciegos y medios mecánicos auxiliares es más bien un caso de autoría directa. No debe olvidarse que la autoría mediata se determina por el principio de responsabilidad: un responsable toma a su servicio a un agente no culpable, así que su comportamiento se le puede imputar conforme a criterios normativos¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Vid, PADILLA ALVA, “Algunas observaciones sobre la doctrina...” cit, p. 2 y s.

¹⁹⁵ ROXIN, “Observaciones a la *actio libera...*”, cit., p. 28.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 29 y s.

Por otra parte y criticando la posición dogmática de Jakobs sobre el recurso de la autoría mediata para la solución en estos supuestos, Díaz Pita sostiene que el autor alemán confunde el pronombre “otro” con el adjetivo “alterado” que supone el estado de uno mismo de distinta manera a como normalmente es. Asimismo, precisa que no está de acuerdo con la afirmación de Jakobs cuando indica que es irrelevante la identidad de la massa carnis, pues precisamente dicha identidad es la que marca la autoría mediata de la autoría normal. Autor directo es aquel que comete el hecho por sí mismo, mientras que autor mediato es el que utiliza a otro para su comisión.

Asimismo y en la misma línea de Díaz Pita, en nuestra opinión invocar la autoría mediata para resolver los problemas de *actio libera in causa* en relación al inicio de la tentativa generaría una *analogía en mala parte*, pues se recurriría a una interpretación analógica en perjuicio del procesado a fin de sustentar su responsabilidad penal. Además, no se presenta la identidad estructural que exige la autoría medida debido a que la autoría mediata supone la existencia de dos personas, una de las cuales es el instrumento que ejecuta el hecho y la otra el autor mediato, mientras que en la *actio libera in causa* existe una sola persona, y aplicar esta figura vulneración el principio de identidad. Finalmente, la imposibilidad de esta teoría residiría no poder ser aplicada en los delitos de omisión impropia o cuando se trata de una *actio libera in causa* imprudente.

Otra objeción en cuanto a la aplicación vía analógica de la figura de la autoría mediata consiste en afirmar que este fracasa en los delitos con una descripción típica determinada y de manera particular en los delitos de propia mano. Esta crítica se lleva a cabo sobre la base de la afirmación que la *actio libera in causa* es un caso de autoría mediata, en tal sentido, en los delitos de propia mano o con una descripción típica determinada estos no admiten autoría mediata y en consecuencia la *actio libera in causa* no se podría aplicar a esta clase de delitos.¹⁹⁷ Sobre el particular, otros autores señalan que esta crítica no hace más que confirmar la figura de la *actio libera in causa*, en la medida la autoría mediata y la *actio libera in causa* no son figuras jurídicas idénticas, sino que su estructura presenta similitudes respecto al problema del inicio del tentativa, entre otros. En ese sentido, los delitos de propia de mano solo excluirían la posibilidad de realizar el tipo mediante un tercero – ya no es posible la autoría mediata – pero en la *actio libera in causa* no habría ningún inconveniente en la medida que el sujeto es el mismo.

¹⁹⁷ Vid, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La tentativa en la autoría mediata y la actio libera in causa*, Granada, 2003, p.133 y ss.

Finalmente tampoco escapa a la crítica la tesis del doble dolo. Se cuestiona el hecho de tener que recurrir a una fórmula de interpretar la presencia de dos dolos cuando en rigor el dolo penal debe ser único y debe estar abarcado por el autor para cometer una infracción penal, que será la única exigencia que dispone el art. 20° incisos 1 y 2, más aún cuando señala Padilla Alba en el caso del Derecho penal no existe un tipo penal que castiga expresamente hallarse o ponerse de manera intencional en estado de incapacidad o de no culpabilidad, como por ejemplo, sí sucede en el Derecho penal alemán donde tiene lógica afirmar doble dolo al existir un tipo penal que castiga con una pena de hasta 5 años a quien se embriaga dolosamente o imprudentemente con bebidas alcohólicas u otras sustancias para cometer un hecho delictivo.

1.3.2. Al modelo de la excepción

Sobre la propuesta de Hrushka y su método de reducción teleológica, debemos indicar que dicha postura infringe el principio de legalidad, en la medida que parte de la existencia de una laguna legal en el Código Alemán, como consecuencia de esto la única forma de no conceder la impunidad a estos sujetos que llevan a cabo estos comportamientos de la figura de la *actio libera in causa*, es restringiendo el ámbito de aplicación de determinados preceptos de la parte general del Derecho penal. Asimismo, es bastante cuestionable la inclusión de la costumbre dentro del derecho penal y su admisión como fuente de delitos y de penas¹⁹⁸, de allí que aceptar la remisión a la costumbre para determinar la existencia de un delito en determinados supuestos, sea por demás muy objetable. No se trata de que la costumbre sirva para interpretar un determinado precepto, todo contrario sirve para restringir un precepto, que además tiene la particularidad de ser un principio que informa las garantías dentro de un sistema penal. Por tanto, esta remisión nos llevaría a aceptar la incluso una analogía en contra del reo.

En relación a la posibilidad de vincular el comienzo de la tentativa punible a la acción realizada en estado defectuoso, esta posición doctrinal también ha tenido serias críticas. Los defensores del modelo de la excepción no toman en consideración que determinar el inicio de la tentativa en los supuestos de no acción sería insostenible al no tratarse de un comportamiento humano relevante, por lo que existiría un vacío en este caso. Asimismo, al trazar la tentativa en el inicio de los actos de ejecución formales de un tipo penal, es decir, en el estado defectuoso, supone una vulneración al principio de

¹⁹⁸ Vid, ROXIN, *Derecho Penal...*cit., p. 159 y ss.

culpabilidad pues se afirma como responsable a un sujeto, aunque efectivamente ha cometido un hecho delictivo, no es al mismo tiempo culpable del mismo¹⁹⁹.

Asimismo, situar el interés jurídico penal relevante en la acción realizada en estado defectuoso, se infringe el principio de coincidencia. Al afirmar que es la acción defectuosa aquella que pone en peligro directo e inmediato al bien jurídico, existe una manifiesta divergencia respecto al momento de motivación de la norma penal. La motivación de la norma penal se presenta en el sujeto en un momento donde el sujeto tiene plena capacidad de culpabilidad, es decir, cuando es capaz de motivar su actuación conforme a las reglas determinadas por una norma de conducta. Al sostener que la acción principal para la imputación es la acción en estado defectuoso, no puede existir capacidad del sujeto para comprender la norma, no existe una situación de motivación suficiente para orientar su comportamiento de acuerdo al ordenamiento jurídico.

De otra parte, así como existen un grupo de autores que están a favor de aceptar las conclusiones del modelo de la excepción y que la legislación española sí admitiría una vulneración expresa al principio de coincidencia, también existe otro sector dogmático que guarda serios cuestionamientos a las afirmaciones precedentes. Por ejemplo, Silva Sánchez sostiene: “sentar tal principio de modo general exigiría un inequívoco apoyo legal; algo sin lo cual es imposible restringir *praeter legem* y contra el reo el principio general garantístico que exige que el sujeto sea responsable al realizar la acción. Es decir, con otras palabras, sería preciso que la Ley estableciera sin posibilidad de equívocos que eximente provocada equivale a ausencia de eximente para quien la ha provocado...mientras tanto, es decir, hasta que no se produzca tal regulación legal, la aplicación de la estructura de la *actio libera in causa* para hacer responsable al sujeto por un delito doloso consumado no deja de plantear problemas dogmáticos que la hacen en buena medida cuestionable²⁰⁰”

De hecho y adelantando un poco el criterio compartido con la doctrina española, la regulación establecido en el texto legal de la *actio libera in causa* no lleva a concluir necesariamente la existencia de una excepción al principio de coincidencia. En principio, desde un plano formal legislativo, nada impide al legislador introducir una modificación al principio de coincidencia, de igual que el legislador tampoco está atado para prescindir

¹⁹⁹ Vid, PADILLA ALVA, “Algunas observaciones sobre la doctrina...” cit, p. 3 y ss.

²⁰⁰ Vid, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La embriaguez atenuante o eximente del delito del 340 bis a) 1° (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la *actio libera in causa*), en Revista de Derecho de la Circulación, núm. 4, Madrid 1988, p. 172.

del principio de culpabilidad, sin embargo, este no parece ser la mejor vía. Lo cierto es que aún en el propio Derecho Penal Español no parece de recibo afirmar la excepción del principio de coincidencia. Como señala el Prof. Alcácer Guirao, la regulación establecida en el Código Penal Español no tiene carácter constitutivo de responsabilidad, sino únicamente declarativo²⁰¹.

En este punto, la doctrina parece exigir una regulación mucho más expresa que la ya existente en el Código Penal Español. Sobre este punto, Hruschka proponía añadir una clausula expresa que permitiría, asimismo, castigar los casos de *actio libera in causa* en forma amplia:

“Cuando el autor sea responsable de la presencia de circunstancias o condiciones particulares que excluyan la culpabilidad, se imputará responsabilidad por el hecho a pesar de la aparición de esas circunstancias o condiciones. No obstante, la pena podrá atenuarse conforme al S 49, frase 1 StGB”

Solo, señala el autor alemán, cuando tal disposición haya sido introducida en el Código Penal Alemán, se podrá –de acuerdo al principio de legalidad- castigar los casos de provocación de una situación de inculpabilidad para delinquir. Aun así –como sostiene la doctrina en mayoría en España- resultaría muy cuestionable reducir o establecer una excepción de un principio tan importante como el principio de coincidencia, más allá de la amplia potestad y discrecionalidad con la que cuenta el legislador para reducir o ampliar el ámbito de un principio en el Derecho Penal.

1.3.3. A la propuesta de impunidad

Las conclusiones esbozadas por el Prof. Katzenstein son defendibles desde un Derecho penal ciertamente clásico, no analiza el punto de vista político criminal en relación a la salida de dejar este tipo de conductas exoneradas de responsabilidad penal. Se beneficia excluyendo una forma de imputación penal frente a sujetos que provocan una situación de inimputabilidad o de no acción. Desde el punto de vista de la prevención general, el efecto de criminalizar los supuesto de *actio libera in causa* eliminaría el efecto de prevención general que debe tener la norma penal, el carácter de intimidación o de comunicación de la norma perdería razón. Asimismo, se presentaría una situación de total desconfianza en las expectativas normativas de la sociedad pues un

²⁰¹ Vid, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera...*cit, p. 104.

comportamiento prohibido como acabar con la vida de una persona a través de un asesinato no podría ser sancionado, aun cuando en un proceso penal se demuestre, más allá de toda duda razonable, de que el sujeto provocó dolosamente la situación de inimputabilidad con la exprefesa finalidad de no ser sancionado por el ordenamiento jurídico penal por la acción realizada en estado defectuoso.

1.3.4. A la propuesta de Streng

Alcácer Guirao señala que la posición del Streng adopta una racionalidad instrumental a partir de su concepto funcional de culpabilidad. De esta manera, se parte del hecho de que los supuestos de *actio libera in causa* existe una clara necesidad de sanción, por lo que, a pesar de que al momento del hecho el autor no tiene capacidad de culpabilidad y de motivarse conforme a la norma, debe –porque es necesario castigar– hallarse una vinculación personal de culpabilidad entre el autor y la acción típica. Esa vinculación es la acción precedente y por qué es así, por la sencilla razón en que ese momento el autor tiene capacidad para comprender el mensaje normativo y capaz de evitar actuar del modo orientado a la comisión de un delito. De esta forma, puede atribuirse responsabilidad penal por la acción posterior e imponer, en consecuencia un castigo²⁰².

Sobre este aspecto, Alcácer Guirao afirma que no puede existir un Derecho penal de corte teleológico, orientado a los fines, que como instrumento de organización social, está llamado a cumplir con la sociedad, pues para su entender la culpabilidad no es una característica subjetiva, tampoco ontológica, sino que es un juicio de atribución intersubjetiva que se emita contra quien ha vulnerado el ámbito de libertad también socialmente, intersubjetivamente, atribuido. En este sentido, un criterio importante a tener en cuenta es la necesidad de pena. La atribución de responsabilidad es presupuesto necesario para la legitimación de la pena a imponer, y la pena, en cuanto mal, sólo puede imponerse legítimamente cuando puede revertir un bien mayor que el mal que causa: cuando satisfaga los fines que se le asigna.

Señala que la pena funcional y solo la pena funcional sea una pena justa no quiere decir que el único requisito para atribuir responsabilidad sea el de su funcionalidad, sino que junto a éste son precisas otra serie de exigencias que corren en dirección contraria, y que establecen límites garantísticos de naturaleza deontológica a esa racionalidad teleológica de la necesidad preventiva.

²⁰² Vid, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera...*cit, p. 60.

2. La regulación de la *actio libera in causa* en el Código Penal Peruano

El art. 20° numeral 1 del Código Penal regula una cláusula de exención de la responsabilidad penal cuando un sujeto realiza un hecho típico y antijurídico no será castigado de forma culpable por recurrir una serie de circunstancias establecidas por la ley penal. Dicho precepto establece, de forma específica, que estará exento de responsabilidad penal aquella persona que actúa en los siguientes tres supuestos: **(i)** Anomalía psíquica; **(ii)** Grave alteración de la conciencia; **(iii)** Sufrir alteraciones en la percepción que afectan gravemente su concepción de la realidad.

De acuerdo a la redacción de la norma penal anteriormente citada, no será culpable aquella persona que actúa bajo las tres circunstancias descritas y, además, dicha situación le restringe la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. A diferencia de la minoría de edad, este grupo de supuestos de falta de inimputabilidad penal se determina caso por caso, teniendo como referencia que estas deben afectar gravemente el concepto de realidad del autor, su capacidad de comprender el sentido de su comportamiento o de determinarse acorde a esa comprensión. Para ello, es imprescindible contar con el apoyo auxiliar de la ciencia médica forense correspondiente, lo que no significa que para afirmar la inimputabilidad del agente del delito bastará con informe médico legal. Nuestro sistema penal requerirá la valoración del Juez penal, quien tendrá que determinar si, en efecto, dadas las condiciones mentales o de salud expuestas por los peritos, el sujeto ha perdido el concepto de la realidad, no siendo capaz de comprender el carácter antijurídico de su hecho o la capacidad de determinarse conforme a esa comprensión²⁰³.

En los casos de *actio libera in causa*-culpabilidad tendremos situaciones en las que el sujeto ha defraudado una expectativa normativa de conducta en una situación que no es posible imputar el suceso como la infracción de un rol jurídicamente atribuible. Se trata de la infracción normativa por un sujeto que no es competente para cuestionar la vigencia del orden normativo-social al momento de la realización del hecho penalmente relevante, pero que, en forma previa, si tiene competencia penal para que su comportamiento exprese un sentido comunicativo, aunque le falta la configuración necesaria para la contradicción real de la norma²⁰⁴.

²⁰³ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 643 y s.

²⁰⁴ Vid, JAKOBS, *La denominada actio...*, cit, p. 211.

Uno de los problemas que se afronta para intentar establecer la estructura del castigo a los supuestos de *actio libera in causa* reside en la posible infracción al principio de coincidencia que establece la exigencia que para castigar un comportamiento delictivo con una pena, ésta tiene que ser al mismo tiempo antijurídica y culpable. En las siguientes apartados vamos a estudiar si el Código Penal Peruano ha recogido expresamente este principio, como sí ha sucedido en España y Alemania, y si podría éste considerarse como un obstáculo para permitir la imputación penal en los casos de *actio libera in causa*.

2.1. Sobre la relevancia del principio de coincidencia y culpabilidad

En el apartado 1.2 cuando describíamos las tesis tradicionales, tanto del modelo del tipo como del modelo de excepción, los principios de coincidencia y de culpabilidad constituían una barrera para la aplicación de las soluciones planteadas por la doctrina penal clásica. Esas mismas limitaciones, que se constituyen en realidad como garantías jurídico-penales, también tienen presencia determinante en los nuevos o modernos modelos de solución doctrinal.

El principio de culpabilidad se encuentra reconocido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal peruano, el cual exige, para la imposición de una pena, la responsabilidad penal del autor²⁰⁵. El principio de culpabilidad forma parte de los denominados “principios del Derecho Penal democrático”, que constituyen un conjunto de garantías jurídico-penales propiamente diseñadas para proteger al imputado frente a los abusos propios de un poder político abusivo o de un derecho penal del autor.

Precisamente, como contraste al Derecho penal del autor, el principio de culpabilidad establece que la pena no se puede imponer al autor de un injusto culpable por el solo hecho de aparecer un resultado lesivo, sino únicamente en tanto puede atribuírsele al sujeto un hecho como suyo. Esta afirmación, sin embargo, no significa que todo lo anterior al hecho carezca de relevancia jurídico penal; elementos como el dolo o la imputabilidad tienen necesariamente en cuenta sucesos anteriores a la realización del hecho delictivo. Lo que no resulta justificable es imponer una pena por razones estrictamente amparadas en la forma de vida o carácter del autor de un hecho delictivo o por hechos realizados por terceros.

²⁰⁵ Si bien el artículo utiliza el término “responsabilidad”, el análisis de los proyectos de Código Penal de 1985 y 1986 muestra que la idea del legislador penal era hacer referencia a la “culpabilidad”.

La exigencia de la culpabilidad para imponer una pena recae en la imputación subjetiva para un hecho delictivo. En el ámbito del injusto, el principio de culpabilidad exige la presencia de una imputación subjetiva, esto es, que el hecho imputado al autor sea cometido a título de dolo o culpa, de esta forma se proscribire la imputación sustentada en criterios de responsabilidad objetiva. Para imponer una sanción penal a un autor de un delito de fraude en la administración de personas jurídicas o un homicidio doloso, deberá demostrarse, de forma imprescindible, que el autor haya querido causar una lesión que se le imputa (dolo); y en el caso de los delitos culposos, que éste haya podido prever o evitar el resultado (culpa).

Junto a esta manifestación del principio de culpabilidad en la determinación de la imputación subjetiva, es necesario como presupuesto esencial que el sujeto a quien se le pretende imputar una conducta delictiva sea un sujeto responsable, esto es, que tenga capacidad para comprender la ilicitud de su hecho (capacidad de comprensión) y la capacidad para comportarse de acuerdo a dicha comprensión para no cometer delitos.

Por otra parte, el principio de coincidencia se expresa en la exigencia de que para castigar una acción con una pena determinada ésta tiene que ser al mismo tiempo antijurídica y culpable. Esto significa que al sujeto que contraviene la norma penal debe contar con capacidad, al momento de los hechos, de culpabilidad. En consecuencia, solo es posible estar ante la presencia de un hecho penal relevante cuando los elementos del delito se dan en un mismo tiempo y, concretamente, en el momento en que se realiza el hecho atribuible al autor²⁰⁶.

La consecuencia inmediata del contenido del principio de coincidencia es que no será posible hablar de delito cuando el sujeto actuó dolosamente en el tiempo A, sin realizar el hecho típico, y luego en otro tiempo, ejecuta un hecho sin dolo. Piénsese en el caso de un sujeto que conduce imprudentemente por la autopista y atropella a un suicida que inesperadamente se la cruza en el camino. Al bajar del autor, y comprobar que dicha persona era su enemigo, el chofer se sienta satisfecho y conforme con dicha muerte, sin embargo, en ese caso no es posible castigar por un delito, al menos doloso de homicidio.

En palabras de Joshi Ubert: *“el principio de coincidencia, de congruencia o de simultaneidad es un principio de relación lógico temporal entre las distintas categorías*

²⁰⁶ Vid, JOSHI JUBERT, *la doctrina...*, cit. p. 334.

*del delito*²⁰⁷. La aceptación de este principio importa, en mi opinión de la Profesora Joshi Ubert, ver las distintas categorías sistemáticas del delito como una unidad lógico-temporal.

La doctrina alemana, en forma mayoritaria, reconoce o recoge el principio de coincidencia entre injusto y culpabilidad. En el art. 20° del Código Penal Alemán se establece que: “*Actúa sin culpabilidad quien en el momento de la comisión del hecho es incapaz de comprender lo antijurídico del hecho, o de obrar según esta comprensión, por una perturbación patológica de la mente, una perturbación profunda de la conciencia, debilidad mental o cualquier otra alteración mental*”. De esta manera, si en la *actio libera in causa* existe un hecho, la acción realizada en estado de incapacidad de inculpabilidad no puede ser pasada por alto y de allí que los defensores del modelo de la excepción impongan a este principio como un límite.

Diferente situación se da en el ámbito español donde la doctrina de dicho país aborda el tema de si existe un reconocimiento expreso al principio de coincidencia o si no es necesario un reconocimiento positivo para afirmar su vigencia. Un sector de la doctrina afirma que, a diferencia de los artículos 20 y 21 del Código Penal Alemán, en España su Código Penal no contiene alguna alusión directa a la necesidad de que injusto y culpabilidad coincidan, sin embargo, plantean que una lectura sistemática de los dispositivos de la parte general del Código Penal Español permite inferir que existe un reconocimiento tácito del principio de coincidencia.

En el Código Penal Peruano existe una situación similar a la que sucede en España, de la lectura del art. 20° del Código Penal es posible deducir que no existiría una referencia expresa a la exigencia de coincidencia entre el hecho y la culpabilidad del autor, sin embargo, ese argumento sería discutible puesto que la existencia de este principio se desprende directamente de la lectura y comprensión de los diferentes enunciados de la parte general del Código Penal Peruano y a partir de una comprensión dogmática de la teoría del delito. En este sentido, la doctrina nacional reconoce que en nuestro Código Penal Peruano no hay una disposición legal de que la se desprenda expresamente esta exigencia de la simultaneidad en la imputación penal, sin embargo, rescata que exigencias de racionalidad de la imputación deberían llevarnos a necesariamente asumirlo²⁰⁸.

²⁰⁷ Vid, JOSHI JUBERT, *la doctrina...*, cit. p. 335.

²⁰⁸ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit. p. 379. Opina que el principio de coincidencia se encuentra regulada en el art. 9 del Código Penal, PÉREZ LÓPEZ, “La doctrina de la *actio libera in causa*. ¿Es aplicable en el sistema penal peruano?”, en *Actualidad Jurídica*, Tomo 159, Lima, Febrero, 2007, p. 95 y s.

El principio de coincidencia expresa la exigencia de que para castigar a una acción determinada ésta tiene que ser al mismo tiempo antijurídica y culpable. Esa misma exigencia se predica no solamente en el ámbito de la culpabilidad, sino que predica – por la doctrina y la jurisprudencia- sobre todos los aspectos de la teoría del delito. No solo es necesario para afirmar la presencia de un Derecho penal garantista, la obligatoriedad de coincidencia temporal entre injusto y culpabilidad, sino que también se debe pregonar ello en relación a la tipicidad, en la propia antijuridicidad, en los supuestos de error. Sería cuestionable que un sector de la doctrina avale la existencia, por ejemplo, de que una persona que comete homicidio no actúa dolosamente al momento del hecho, sino en forma posterior. Poníamos antes como ejemplo el caso de una persona que conducía imprudentemente su auto y atropella a un suicida que, de forma posterior, se entera que era su enemigo mortal. De igual forma, también no se aplicaría, por ejemplo, en caso de legítima de defensa cuando la agresión no sea actual, esto es, en el momento en que la agresión es inminente, por ejemplo el caso de un sujeto que ya está herido, no obstante ello, dispara a su agresor.

Si el delito o la teoría del delito es un comportamiento humano, típico, jurídico y culpable, para su presencia es necesario que se den todos los elementos a su vez, de allí que la falta de un elemento no sería posible articular una imputación penal. En este sentido, el reconocimiento del principio de coincidencia parte de la propia interpretación del principio de culpabilidad al tratarse de una manifestación de éste y, por lo tanto, se constituye en un límite del poder estatal.

No obstante lo anterior, en el Código Penal Peruano es posible encontrar argumentos, de *lege lata*, a favor de la coincidencia temporal de los elementos del delito. En primer término, en el artículo 9° del Código Penal que señala que “*el momento de comisión de un delito se da cuando el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar*”. En consecuencia, solo es posible afirmar la comisión de un delito al momento temporal en que el autor actúa u omite una actuación y, asimismo, que en ese momento debe actuar con dolo o culpa. El dolo o culpa antecedente o consecuente no son formas admitidas para imputar un hecho con relevancia penal. De igual forma, se puede informar la exigencia de coincidencia en el hecho en la cláusula general de omisión pura establecida en el artículo 13° del Código Penal cuando se señala que debe existir en el omitente un deber jurídico de impedirlo, el cual se da a partir del riesgo creado en su momento por este. Por ejemplo, en el caso del delito de omisión de socorro se impone la obligación de auxilio al agente por haber herido en el momento del hecho a otra

persona y pone en peligro su vida o su salud, es necesario la existencia de coincidencia temporal entre el hecho omitido y la conducta previa que ha generado la situación de peligro.

Este sentido interpretativo también debe entenderse en el supuesto de exención de responsabilidad penal por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, se debe interpretar que estas deben concurrir al momento de la comisión del hecho que se pretende imputar a la persona. Si bien existe una deficiente técnica legislativa en el sentido gramatical utilizada por el legislador, ello no nos impide efectuar una labor de interpretación para afirmar que esas situaciones que excluyen la culpabilidad del sujeto deben presentarse al momento de la comisión del hecho delictivo, no antes ni después. De igual forma y como ejemplo final, el numeral 2 del mismo artículo también regula que estará exento de responsabilidad penal el menor que ejecute un hecho penado por ley. Sería absurdo pensar que la ley penal cuando regula el supuesto descrito debiera colocar que esa circunstancia debe concurrir al momento del hecho, máxima cuando se sabe que la ley penal –como regla general– se aplica al momento de la comisión u omisión del hecho.

En esta línea de ideas, el principio general que se extrae a partir de una interpretación tanto de la dogmática penal como de nuestro Código es que en nuestro país sí se reconoce el principio de coincidencia, no solo entre injusto y culpabilidad, sino también entre todos los elementos del delito. Es importante esta declaración positiva respecto a su vigencia porque recordemos que el principio de coincidencia es una garantía jurídico penal constituye un límite al *ius puniendi*, por un lado, y a su vez es una garantía para el sujeto, para impedir determinadas concepciones de culpabilidad, de otra parte.

Sin embargo, algún sector de la doctrina española—en relación a los problemas de los sistemas de imputación de la *actio libera in causa*— ha señalado que la no existencia del principio de coincidencia o su regulación, permitiría la no exigencia de simultaneidad al momento de la ejecución de un hecho. Específicamente, dicha coincidencia no sería necesaria al momento de la *actio libera in causa*, y bastaría que sería el sujeto sea imputable en el momento de la acción de provocación²⁰⁹. En Perú dado el poco desarrollo de la doctrina sobre esta figura no es posible encontrar un autor que haya referido la negación de este principio.

²⁰⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa, *Síndrome de abstinencia y actio libera in causa* (Comentario a la STS de 3 de enero de 1988, Poder Judicial, 1989, N° 13, p. 143.

Finalmente y vinculado a lo expuesto en el párrafo anterior, un sector de la doctrina alemana sostiene que los problemas de la *actio libera in causa* en relación a la distorsión del principio de coincidencia son posibles de superar en función al concepto de culpabilidad que se adopte. Bajo un concepto normativo-funcional de la culpabilidad el problema –respecto a la vigencia o no del principio de coincidencia– se resuelve por sí mismo, pues un concepto normativo-funcional de la culpabilidad atiende a la función que debe desempeñar ésta, la cual es posibilitar la imposición de una pena. Así pues, para el cumplimiento de esta función, el problema de la congruencia temporal se elimina pues se señala que la estructura temporal es un presupuesto del concepto de culpabilidad y no de su función²¹⁰.

Según esta posición, bajo un concepto material de culpabilidad, se concibe una relación psíquica entre el hecho y su autor, por lo que sería imposible admitir una excepción a ese principio. Sin embargo, bajo un concepto funcional de culpabilidad, como el defendido por Jakobs, no habría obstáculos para castigar al autor de un hecho, aun cuando al momento del hecho no sea culpable²¹¹. Para un concepto normativo funcional de la culpabilidad la pregunta ya no se dirige al nivel dogmático conceptual de culpabilidad, sino a sus finalidades sociales y claramente una de dichas finalidades es el castigo de ciertos grupos de casos en los que es posible detectar una culpabilidad previa, en el sentido de que ha sido el propio sujeto el que provoca la ausencia de uno de los presupuestos de dicha categoría.

Esta posición resulta peligrosa por cuanto afirmar que el vacío del contenido concreto del concepto de culpabilidad permite recurrir a la primacía de una función de reproche social nos puede llevar a una arbitrariedad al momento de establecer los presupuestos de una determinada imputación, ello a contrario de los defensores del funcionalismo que afirman que la finalidad dota de contenido a la culpabilidad. Asimismo, hemos reafirmado la vigencia e importancia de este principio no solo como un límite a los poderes de persecución del Estado sino también como una garantía del imputado o procesado que evita tenerlo en un estado de terror o de inseguridad jurídica. El exigir siempre el comprobación de este principio de exigencia temporal entre injusto y culpabilidad impide caer en teorías extremos que podrían llevar a un Derecho penal sin límites²¹².

²¹⁰ Vid, DÍAZ PITA, *Actio Libera in Causa*, cit, p. 345.

²¹¹ JAKOBS, *La denominada actio...*, cit, p. 208 y s.

²¹² Vid, DÍAZ PITA, *Actio Libera in Causa*, cit, p. 345.

2.2. ¿La *actio libera in causa* se encuentra regulada en el Perú?

Este apartado busca responder a la interrogante sobre si nuestro Código Penal ha regulado la figura de la *actio libera in causa* o no. La respuesta a este cuestión es importante porque nos llevará en el siguiente apartado a intentar resolver dos temas importantes: i) la necesidad o no de incorporar una clausula legal que permita castigar los casos de *actio libera in causa*; y, (ii) sobre si el reconocimiento expreso de la *actio libera in causa* debe revelar un modelo de imputación o no. Estas cuestiones son esenciales si, en forma posterior, vamos a hacer una aproximación al fundamento para castigar los supuestos de *actio libera in causa*.

Una revisión de los arts. 9° al 14° del Código Penal no permite afirmar que nuestro legislador haya aceptado una regulación expresa de la figura de la *actio libera in causa*. Asimismo, en el 20°.1 del Código Penal, que regula la causas de exclusión de la culpabilidad, no existe una cobertura legal expresa que lleve a admitir que dicho precepto que regula la grave alteración de la conciencia no será de aplicación cuando el sujeto dolosamente ha provocado ese estado para no tener responsabilidad penal.

Como quiera que el legislador no ha prescrito una cláusula expresa que regule la *actio libera in causa*, cómo sí sucede en el Código Penal Español, la interrogante que nos vamos a plantear es la que sigue: **¿Es necesario acudir, invocar o interpretar el artículo 20.1 o cualquier otro precepto dogmático para otorgarle relevancia típica a los supuestos de *actio libera in causa* o, por el contrario, se puede afirmar que el propio Derecho penal, aun negando la existencia de una clausula expresa de *actio libera in causa*, impediría la proscripción de la responsabilidad criminal en estos casos y una interpretación normativa del tipo penal admitiría una respuesta punitiva en estos casos?**

Asimismo, otro punto discutido, en caso de afirmarse la necesidad de incluir una cláusula legal para habilitar la aplicación de la *actio libera in causa*, es referido al factor temporal de aplicación: ¿desde cuándo se podría imputar la responsabilidad penal de los sujetos que realizan delitos a través de la provocación de un estado de inculpabilidad? Por un lado, se podría afirmar que los supuestos de *actio libera in causa* constituyen una excepción al principio de coincidencia y de culpabilidad, por lo que la única forma de admitir una imputación penal sería a partir de ofrecer una cobertura formal necesario para imputar responsabilidad penal directamente en la acción que, de forma inmediata, pone en peligro y daña un bien jurídico. En contra de esa opinión, se

podría sustentar que en la *actio libera in causa* no es necesario atentar contra la vigencia de dos importantes principios que se constituyen como límites a la potestad punitiva del Estado, por lo que la regulación expresa de la *actio libera in causa* no tiene carácter constitutivo de responsabilidad penal, sino únicamente declarativo²¹³.

Sobre la primera interrogante, el argumento que se propone es que, al igual que en la casos de comisión por omisión, para la imputación de responsabilidad penal por la comisión activa de un delito no es necesario acudir a cláusula alguna de equivalencia para afirmar la tipicidad de la conducta²¹⁴, ello en la medida en que la conducta típica se encuentra regulada o descrita en un tipo penal de la parte especial. O, dicho de otro modo, los tipos penales de la parte especial regulan una conducta típica que admite no solo la posibilidad de realizar un delito a través de una comisión activa o una comisión por omisión, sino que también se admite la posibilidad de incluir el castigo penal en los casos de *actio libera in causa*.

En efecto, así como para la imputación de responsabilidad penal por la comisión de un delito en comisión por omisión no se necesita acudir a una cláusula legal de equivalencia para afirmar la tipicidad de la conducta debido a que la conducta se encuentra descrita en el tipo de la parte penal especial, de igual manera se debe proceder en los casos de *actio libera in causa*. Igualmente, por ejemplo, si una persona acaba con la vida de otra bajo una aplicación indebida de la legítima defensa pues el sujeto habría provocado al agente para que ejecute una actuación ilegítima, no es necesario que el Código Penal establezca una cláusula legal para permitir el castigo de este comportamiento provocado a título del delito de homicidio simple. La norma penal del artículo 106° que impone un mandato de prohibición de acabar con la vida de otras personas, ya admite el castigo de toda conducta que significa una defraudación de las expectativas sociales que impone al individuo el deber de respetar la vida de otra persona, en especial, si esa defraudación se produce a través de un comportamiento de provocación de la situación de incapacidad de culpabilidad.

Por tanto, es innecesario invocar que el art. 20°.1 del Código Penal establezca una cláusula expresa de aceptación de los supuestos de *actio libera in causa* a fin de otorgar relevancia típica al comportamiento provocado del agente para verse favorecido por la

²¹³ Vid, en este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera...*cit, p. 104.

²¹⁴ Vid, Meini, Iván, *La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP*, en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_17.pdf, p. 5, visitado el 10.4.2017, quien señala que en los casos de comisión por omisión no es necesario acudir a la cláusula legal contenida en el art. 13° del Código Penal para sancionar por un delito realizado en comisión por omisión.

aplicación de una causal de exclusión de la culpabilidad regulada en el Código Penal, pues el comportamiento de la persona consistente en provocar una situación de incapacidad de culpabilidad para luego permitir la realización de un hecho penalmente relevante se encuentra también dentro de los resultados que las normas de conducta prohíben a todo ciudadano.

La interpretación de los tipos penales se debe realizar en forma normativa, se debe dejar de lado una concepción descriptiva formal de realizar el tipo para poder situar una diferencia entre tentativa y actos preparatorios que suponen una puesta en peligro de determinados bienes jurídicos. De esta manera, en el caso del homicidio, si bien la acción típica de dicho tipo penal gira en torno a un verbo comisivo como “matar” y que parte de la idea de que el delito se comete en una situación de capacidad penal de la persona, ello no impide o niega la posibilidad de establecer que un delito puede ser perpetrado a través del recurso de la *actio libera in causa*. Una interpretación normativa-social del tipo, y no una interpretación naturalista o puramente descriptiva, permite castigar al sujeto que se ha puesto en un estado de ebriedad con la finalidad de perpetrar los deseos sexuales sobre la menor que acude diariamente a su casa para realizar sus tareas si, en el proceso penal, se descubre que, en efecto, la motivación del sujeto para embriagarse era perpetrar el acto sexual no consentido. Es cierto que, por ejemplo, el hecho de beber no constituye delito, pero es necesario efectuar una valoración de sentido de la actuación del ciudadano a fin de afirmar o aceptar el incumplimiento de un rol jurídicamente atribuido. Un Derecho penal moderno no toma punto de partida los movimientos corporales de la persona, sino que apunta la mirada al significado o sentido del comportamiento²¹⁵.

De esta manera si, en un proceso penal se demuestra más allá de toda duda razonable, que el sujeto llegó a un nivel alto de intoxicación por la ingesta de alcohol con el fin de poder acabar con la vida de su enemigo mortal o, por otra parte, el agente del delito consume sustancias psicotrópicas para luego encerrar a una menor y dar rienda a sus instintos sexuales, estaremos frente a casos en los que será necesario una respuesta penal pues nos encontramos frente a personas que no reconocen la vigencia de expectativas normativas que prohíben que el sujeto se autorganice de forma tal que produzca el resultado prohibido por la norma penal²¹⁶.

²¹⁵ Vid, en igual sentido, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 380.

²¹⁶ Vid, ÁLVAREZ DÁVILA, Víctor Manuel Francisco, *La actio libera in causa ¿Es plausible de aplicación en el ordenamiento jurídico peruano?*, en: Revista Electrónica de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Piura *Ita Ius Esto*, http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_9-La-actio-libera-in-causa.pdf, p. 135 y ss. Visitado el 11.4.2017.

2.3. Efectos de la regulación de la *actio libera in causa* en el Código Penal Peruano

Se ha establecido, como primer punto, que no sería necesario que el legislador introduzca una clausula expresa de *actio libera in causa*. De igual forma, no parece razonable, como se explicó precedentemente, admitir la posibilidad de admitir el castigo a los supuestos de *actio libera in causa* a través de la vulneración de los principios de culpabilidad y coincidencia. Como se ha reseñado, en un Estado Democrático de Derecho los principios del Derecho Penal constituyen un límite a la actividad punitiva del Estado que se traduce en un conjunto de garantías esenciales para afirmar la calidad de persona del imputado, de forma que no sería posible aceptar de recibo una posición dogmática que afirme, sin temor alguno, la posibilidad de su afectación a efectos de garantizar los efectos de las prevención general.

En este sentido, solo para quienes acepten la posición doctrinal del modelo de excepción verán como necesario la regulación expresa de la *actio libera in causa*, en tanto eso admitiría la posibilidad al Juez penal de imponer una condena penal tomando como punto de referencia la acción realizada en un estado de incapacidad de culpabilidad, pues el legislador, a través de una expresión del principio de legalidad, habría removido cualquier obstáculo para impedir una condena en los casos de provocación de estados defectuosos.

A partir de lo expuesto, no resulta válido admitir cualquier tipo de excepción a la vigencia de los principios de culpabilidad y de coincidencia, por lo que una inclinación por el modelo de tipicidad, donde no se necesita recurrir a criterios de excepción, permitiría establecer un modelo de imputación que no altera las reglas generales²¹⁷.

Un aspecto importante de precisar es que, en el caso que el legislador decidiera introducir la cláusula de la *actio libera in causa*, se trataría de una regulación de carácter declarativo, no constitutivo de responsabilidad penal. De manera que, como veremos en líneas posteriores, cuando se proceda a la regulación de la *actio libera in causa* en el Código Penal Peruano, no nos encontraremos frente a una ampliación del ámbito de lo punible en relación a las circunstancias reguladas en la Parte General del Código Penal,

²¹⁷ Vid, en igual sentido, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera...*cit, p. 104.

sino que se tratará de una norma que resolvió una discusión doctrinal sobre la necesidad o no de una tipificación expresa de los supuestos de *actio libera in causa*.

Finalmente en relación a la cuestión sobre si el reconocimiento expreso de la inclusión de los supuestos de *actio libera in causa* debería revelar un modelo de imputación adoptada por el legislador, somos de la opinión que no debería ser así. La cuestión rezaría en el sentido de que sea el legislador, ante la ineficacia de la dogmática jurídico penal, la que, desde el Derecho positivo, sea no solo la encargada de posibilitar el castigo de estos supuestos sino que, además, establezca la postura respecto a los criterios de atribución de la responsabilidad penal²¹⁸.

En la doctrina española estaba vigente la discusión acerca de si los arts. 20°.1 y 20°.2 del Código Penal reconocía la aceptación del modelo del tipo o del modelo de la excepción. Como bien reseña Alcácer Guirao, la nueva regulación de estos supuestos de exclusión de la culpabilidad no era, en principio, tan novedoso respecto al Código Penal Español derogado, las únicas novedades eran la desaparición de la figura de la *actio libera in causa* para situaciones de semi imputabilidad como circunstancia atenuante y, de otro lado, el hecho de que la nueva regulación parecía admitir la regulación de la *actio libera in causa* imprudente. Por estas razones, Alcácer Guirao declaraba que la nueva regulación no parecía más próximo a la tesis del modelo de la excepción, sino al modelo del tipo²¹⁹

A mi juicio, no es labor del legislador establecer el camino adecuado para una posibilidad de solución definitiva a los supuestos de *actio libera in causa*. La labor del legislador de expresar en la norma penal la posibilidad de dejar la aplicación de determinadas eximentes permite, en todo caso, salvar los obstáculos que se podrían derivar del principio de legalidad, sin embargo, no sería acertado que el legislador pueda y deba proponer criterios de imputación de responsabilidad penal de esta figura.

Un tema de suma importancia que es importante analizar en este apartado está vinculado con la regulación del Anteproyecto del Código Penal que ha regulado la figura de la *actio libera in causa* de la siguiente manera: “Artículo 25. Eximentes de responsabilidad Está exento de responsabilidad penal: 1. El que al momento de cometer el hecho, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir

²¹⁸ Vid, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera*...cit, p. 94.

²¹⁹ Vid, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera*...cit, p. 95 y s. Agrega que el modelo el tipo no alteraría las reglas generales de imputación, a diferencia del modelo de la excepción.

alteraciones en la percepción, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. Si durante el proceso o la ejecución de la pena privativa de libertad el sujeto pierde cualquiera de estas facultades, el juez adecua el proceso y aplica sustitutivamente una medida de seguridad. **Si el sujeto provoca la pérdida de cualquiera de estas facultades con el propósito de cometer el hecho o hubiese previsto o debido prever su comisión**, es reprimido con la pena prevista para la infracción, pudiendo el juez agravar la pena siguiendo la regla de la agravante prevista en el artículo 56”

La pregunta que tendremos que responder será si este texto que pretende introducir nuestro legislador nos permite afirmar la adopción de un determinado sistema de imputación penal. A mi juicio, primero, se puede concluir que esta regulación no establece una expresa excepción a los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa* que podría abrir una peligrosa puerta para imputar el resultado prohibido por la norma directamente a la acción realizada en estado de incapacidad de culpabilidad. De manera que, por ejemplo, mal haría un sector de la doctrina si llegara a la conclusión que este anteproyecto del Código Penal viene a ofrecer una cobertura formal necesaria para imputar responsabilidad penal directamente a la acción posterior (modelo de excepción), realizada en estado de inimputabilidad, estableciéndose una verdadera excepción expresa al principio de coincidencia.

En segundo lugar, la regulación prevista en el anteproyecto viene a apoyar el modelo del tipo pues se pone atención a la acción de provocación del sujeto, sea dolosa o culposa. Otra cuestión discutida es si, con esta regulación, el legislador solo pone su atención en el dolo de la acción de provocación, y no respecto de la comisión futura de la acción lesiva. Criterios de razonabilidad nos llevan a determinar que el dolo del autor, en el caso de la *actio libera in causa dolosa*, está dirigido tanto a la autopuesta en estado de inimputabilidad como al propósito de cometer el hecho penalmente relevante. Sería absurdo señalar que alguien se embriaga y luego delinque, pues la acción de emborracharse está preordenada a delinquir o que una persona se emborracha con el propósito de cometer un delito y cuando llegue al estado de ebriedad, pudiera haberse emborrachado imprudente o fortuitamente²²⁰.

En definitiva, la conclusión será que esta regulación del anteproyecto no estaría a favor de una posición de excepción en la que se fija solo en la acción realizada que afecta el

²²⁰ Vid, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera...*cit, p. 102.

bien jurídico. Por el contrario, la redacción del artículo 25° del Anteproyecto parece exigir un doble dolo: i) dolo dirigido a la provocación de la situación de inimputabilidad; ii) dolo dirigido a la futura comisión del delito, y no regula ninguna excepción a los principios de culpabilidad y de coincidencia, por lo que podría afirmarse que estamos cercanos al modelo de la tipicidad que al de la excepción²²¹.

Un tema final sobre esta regulación que causa particular sorpresa se refiere a la parte *in fine* del artículo que establece que en los casos de delitos cometidos bajo *actio libera in causa*, el Juez penal podrá imponer una circunstancia de agravación genérica de la pena. Lo sorprendente es que no existe ningún argumento en el anteproyecto para justificar un mayor reproche penal en este caso, y tampoco existe en países como Alemania o España una regulación de una circunstancia de agravación en estos casos. Una explicación para intentar justificar la circunstancia de agravación podría consistir en un mayor contenido de injusto por el hecho de que el autor buscaría ampararse en una circunstancia de exclusión de la responsabilidad por un supuesto de inimputabilidad, es decir, habrá un mayor reproche por la acción de provocación de sujeto con la que pretende, en forma posterior, ser excluido del castigo penal. Sin embargo, ese mismo argumento podría utilizarse para justificar una mayor gravamen punitivo en supuestos que, como hemos explicado, tienen estructuras similares, tales como: provocación de una legítima defensa o un estado de necesidad, entre otros, empero el legislador penal en esos casos no ha previsto un mayor contenido del injusto por el acto de provocación que realiza el autor de un hecho penalmente relevante.

3. Propuesta para el fundamento de la imputación en la *actio libera in causa*

En la actual configuración del Derecho penal, la doctrina mayoritaria ha asumido una posición favorable para aceptar el castigo en los supuestos en los que una persona se provoca una situación de inimputabilidad, en forma dolosa o imprudente, para realizar la comisión de un hecho penalmente relevante. Razones de política criminal y de prevención general impedirían que los ordenamientos jurídicos rechacen la negación de un sistema de imputación de responsabilidad penal para aquellos sujetos que intentan

²²¹ En relación a la *actio libera in causa* imprudente, el texto de Anteproyecto reconoce su admisión expresa de acuerdo a la formulación legal recogida. En Alemania, por el contrario, sobre la base de la sentencia del BGH del 22 de agosto de 1996 se descartó recurrir a la *actio libera in causa* para delitos imprudentes. El Tribunal Supremo alemán señaló que en la solución de los supuestos de delitos culposos no debía recurrirse a la figura descrita, sino que debía utilizarse las herramientas tradicionales de la dogmática de la parte general para dar una solución a esta constelación de casos. Vid, DÍAZ PITA, *Actio Libera in Causa*, cit, p. 161.

manipular las causas de exclusión de la imputabilidad que se encuentran reguladas en el art. 20°.1 del Código Penal.

La discusión, en consecuencia, no se centra respecto a si es necesario que el Derecho Penal castigue los supuestos en los que el agente ha cometido un delito en un estado de inimputabilidad, pero que previamente ha provocado esta situación para ser amparado en una cláusula de exculpación de la culpabilidad, sino en determinar el fundamento del castigo en los casos de *actio libera in causa*. Las razones las explicaré a continuación.

Como punto de partida, tenemos que la determinación de la responsabilidad penal en un Derecho Penal moderno no pasar por estudiar los movimientos corporales de las personas para determinar si ese hecho se puede imputar penalmente. La determinación de la responsabilidad parte reconocer la fase práctica de la persona que, como indica García Caveró, “*implica poder actuar socialmente de forma libre y responsable*”²²². La libertad y responsabilidad no pueden entenderse de forma ilimitada, es necesario introducir un criterio social que pueda ordenar el sentido de los comportamientos que se desarrollan en sociedad. Estos criterios sociales son los roles. En una sociedad que se caracteriza por innumerables contactos sociales de carácter anónimo es necesario introducir criterios que nos permiten determinar la posición que ocupada cada ciudadano en la vida social. De allí que la perspectiva o configuración psíquica o interna de la persona no sea el dato relevante pues ello no permitiría establecer de forma cierta el cumplimiento de las expectativas normativas en la sociedad, lo que interesa para determinar la responsabilidad por un hecho penalmente relevante es el rol jurídicamente atribuido y si un hecho se puede explicar a través de la infracción culpable por parte de la persona del autor²²³.

Los roles jurídicamente relevantes pueden ser La de dos tipos: el rol general del ciudadano y los roles institucionales. El rol general del ciudadano imponer el deber jurídico negativa de toda persona que alcanza el estatus de ciudadano de organizar su esfera de organización sin dañar a otros. Se reconoce la libertad de la persona de organizar su esfera de organización y ser responsable por la forma en que la organice, de manera que será responsable por las consecuencias de lo que se organice. El fundamento de la responsabilidad penal en este caso responde a la propia organización de la persona. De otro lado, tenemos los roles especiales que obligan positivamente al

²²² GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 101.

²²³ *Ibidem*, p. 101.

titular de una posición institucional a mantener una situación socialmente deseable. En la medida que los contactos sociales no se realizan únicamente a través de la idea de separación de esferas de organización, sino que se fundamentan en la vinculación entre las mismas con base a instituciones sociales, nacen los roles especiales derivados de instituciones específicas. Si el titular de un rol especial no cumple con la prestación positiva específica que nace por su vinculación institucional, cabrá entonces una imputación por responsabilidad penal por el hecho que afecta la vigencia de la institución social que corresponda²²⁴.

La realización de un delito implica la negación o incumplimiento de los roles jurídicamente atribuidos. No es determinante para establecer la imputación penal la forma en que se realiza el comportamiento penalmente prohibido, en tanto el Derecho Penal no mira el comportamiento físico de la persona, de allí que sea irrelevante la diferencia naturalista entre acción y omisión, lo que le interesa al Derecho Penal es garantizar que el ciudadano no quebrante su rol como ciudadano fiel al Derecho²²⁵.

En este sentido, cuando la norma penal prohíbe matar, lesionar o violar etc, se abarca el castigo a cualquier persona que organiza su esfera de organización de forma que afecta a terceras personas. En la medida que se reconoce que el sujeto en su faceta práctica puede actuar de forma socialmente libre y responsable, la sociedad le impone que ordene su actuación en base a roles antes descritos. El rol general del ciudadano atribuye una competencia de no lesionar a otro, de forma que la norma que prohíbe matar o lesionar abarca el castigo de cualquier conducta del sujeto que defraude la expectativa normativa que exige que el ciudadano reconozca el derecho a la vida y la integridad personas del resto de individuos que conforme parten de la sociedad. En este sentido, la determinación de la relevancia penal del comportamiento no pasa por la sola causación de un resultado lesivo, sino determinar normativamente la infracción de un rol atribuido jurídicamente a la persona del autor.

En contra de lo que acabamos de afirmar, Hruschka sostenía que las acciones de provocación de inimputabilidad no estaban abarcadas por las normas que prohibían la realización de la conducta propia del respectivo delito: matar, lesiones, violar, etc, sino que esa conducta previa vulneraba una obligación previa y distinta de la norma prohibitiva base. De esta manera, el solo hecho de tomar o de drogarse, en sí mismo,

²²⁴ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*...cit, p. 369 y ss.

²²⁵ Vid, JAKOBS, Gunther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal, Instituto Peruano de Ciencias Penales y Grijley, Lima 2000, p. 49.

no podría ser considerado el inicio de la acción típica del delito de homicidio, pues no se estaría lesionando la norma que prohíbe matar, sino solo la obligación de no ponerse una misma persona en una situación que no podrá atender el llamado de la norma penal²²⁶.

A nuestro juicio y en atención a las consideraciones hechas, es necesario dejar de lado cualquier intento de interpretación formal de los tipos penales de la parte especial del Código para poder comprender el sentido de la imputación delictiva en los casos de *actio libera in causa*. La interpretación de la ley penal debe ser teleológica porque la realidad que regula el Derecho Penal es valorativa, pues se pretende evitar que se lesiones expectativas normativas que son esenciales para mantener la identidad social²²⁷. Volvamos al caso del homicidio, la acción típica consiste en “matar”, que se refiere al fin definitivo de la actividad cerebral, debiéndose interpretar a partir de leyes como la ley general de salud o pensemos en el caso del acceso carnal de la violación, en donde tendremos que dar un sentido interpretativa a la entidad lesiva para la libertad sexual²²⁸.

Una interpretación normativa, y no una interpretación naturalista, admite la posibilidad de castigar al sujeto que ha provocado una situación de ebriedad con el fin de tener acceso carnal con una menor, debiendo ser el proceso penal el medio idóneo para demostrar que el sujeto se embriagó con el fin de perpetrar el acto sexual no querido. Si bien, como ya hemos afirmado, el solo de hecho de ingerir una bebida alcohólica o de consumir sustancias psicotrópicas no constituye un indicio de comisión delictiva, es necesario efectuar una valoración de sentido en la actuación de la persona que ejerce su rol como ciudadano. Insistimos, un moderno Derecho Penal no toma como punto de partida los movimientos corporales del individuo, sino que centra su atención en la infracción de los roles que se atribuyen al actuar y la expresión de sentido comunicativo en su comportamiento prohibido.

En cuanto al modelo de imputación que podría adoptarse y teniendo como referencia las críticas que se han formulado en relación a los modelos de excepción, coincidimos con la doctrina mayoritaria que se inclina por el modelo de tipicidad, en tanto no se necesita recurrir a sistemas excepcionales de imputación, más aun si no existe una clausula legal expresa que permitiría una vulneración a los principios de coincidencia y

²²⁶ Vid, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera...*cit, p. 111.

²²⁷ Vid, MEINI, *Lecciones de Derecho Penal...*cit, p. 71, quien reconoce que la interpretación de los tipos penales deber ser normativa.

²²⁸ Ibidem, p. 71.

de culpabilidad. De esta manera, la atención se debe centrar en la acción precedente, es decir, en la acción de provocación que tiene por finalidad realizar el hecho penalmente relevante a través de un estado de inimputabilidad para no poder ser objeto de un castigo a través de la imposición de la penal. Las acciones que se realizan en la fase de inimputabilidad no expresan ningún sentido comunicativo pues- como señala Jakobs- son sucesos pertenecientes a la naturaleza. En efecto, la acción que se realiza en el estado de inimputabilidad no desestabiliza las expectativas sociales, puesto que se trata de una acción sin expresión de sentido comunicativa, por lo que carece de relevancia a efectos de la imputación penal. En este sentido, como la acción realizada por el sujeto incapaz de culpabilidad es naturaleza, la imputación se deberá realizar contra la acción precedente en tanto supone que el ciudadano se dirige a un estado de naturaleza que va a constituir la creación de un riesgo no permitido²²⁹.



²²⁹ Vid, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, cit, p. 380.

Conclusiones

1. Las neurociencias tienen la imagen del hombre como una persona determinada, tomando como referencia que la libertad es un dato empírico que no ha podido ser comprobado a través de los recursos experimentales. Sin embargo, la libertad no es un fenómeno sensorial sujeto de comprobación a través de la ciencia.
2. Los conocimientos que ofrecen las neurociencias son aún insuficientes para modificar nuestra comprensión de la vida social. Los experimentos neurocientíficos se refieren únicamente a movimientos corporales básicos como el dedo de una mano, sin embargo, no existen investigaciones que abarquen la toma de una decisión de mayor complejidad.
3. Sobre la utilidad de los aportes científicos, estos nos servirán para la práctica judicial en el Derecho Penal, nos ayudará a resolver ciertos grupos de casos en los que no será necesaria la imposición de una pena, sino de una medida de seguridad cuando nos encontremos ante una persona inimputable que posee un foco de peligrosidad importante en la sociedad
4. Los fundamentos utilizados por la dogmática pena para negar las consecuencias de los planteamientos neurocientíficos son erráticas. No es necesario recurrir a una presunción normativa de libertad o afirmar su existencia por razones de necesidad para legitimar el castigo penal. Una de las notas esenciales de la persona no solo es la dignidad, sino también la libertad. El ser persona significa tener un dominio sobre sí mismo y ante los demás.
5. La libertad es una característica propia del ser humano en tanto se reconoce su dignidad relativa como persona. En tanto se reconoce a la persona como un sujeto portador de derechos y deberes, por sí mismo, y no por el reconocimiento que realiza la estructura social o el vigente derecho positivo, se parte de la idea que la libertad es un rasgo esencial de la persona.

6. La estructura de la *actio libera in causa* se determina por dos tiempos específicos, como ya hemos indicado. El primero en el que el sujeto provoca de manera dolosa o imprudentemente una situación defectuosa, ya sea por inimputabilidad o por un supuesto de no acción; el segundo, se caracteriza porque dicho sujeto ataca, en estado defectuoso, el bien jurídico.

7. Las soluciones para fundamentar el castigo que ha dado la doctrina penal no son concluyentes, sin embargo, el modelo del tipo es la fórmula que guarda correspondencia con los principios de coincidencia y culpabilidad.

8. La interpretación de los tipos penales debe dejar el aspecto formal para poder comprender el sentido de la imputación delictiva en los casos de *actio libera in causa*. Una interpretación normativa, y no una interpretación naturalista, admite la posibilidad de castigar al sujeto que ha provocado una situación de ebriedad con el fin de tener acceso carnal con una menor, debiendo ser el proceso penal el medio idóneo para demostrar que el sujeto se embriagó con el fin de perpetrar el acto sexual no querido.

9. La atención del castigo se debe centrar en la acción precedente, es decir, en la acción de provocación que tiene por finalidad realizar el hecho penalmente relevante a través de un estado de inimputabilidad para no poder ser objeto de un castigo a través de la imposición de la penal. Las acciones que se realizan en la fase de inimputabilidad no expresan ningún sentido comunicativo pues- como señala Jakobs- son sucesos pertenecientes a la naturaleza.

10. No es necesario una regla expresión de la *actio libera in causa* para poder admitir el castigo por la comisión de un delito realizado a través de la inducción de un estado defectuoso en forma dolosa y previa. Sin embargo, si nuestro legislador decidiera introducir la cláusula de la *actio libera in causa*, se trataría de una regulación de carácter declarativo, no constitutivo de responsabilidad penal. Igualmente, esta regulación legal tampoco debería revelar un modelo de imputación adoptada por el legislador.

Bibliografía

Libros y Manuales

- Alcácer Guirao, R., *La actio libera in causa dolosa e imprudente, la estructura temporal de responsabilidad penal*, Barcelona, 2004.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal, parte general*, Ara Editores, Lima, 2004
- Burkhardt, Bjorn/ Gunter, Klaus / Jakobs, Gunter, *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, AdHoc, Buenos Aires, 2007.
- Demetrio Crespo, Eduardo (director), *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*, EDISOFER S.L, Madrid, 2013.
- Demetrio Crespo, E., *La tentativa en la autoría mediata y la actio libera in causa*, Granada, 2003.
- Díaz Pita, M., *La actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*, Valencia, 2002.
- Feijoo Sánchez, Bernardo (editor), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Civitas, Navarra, 2012.
- García Caveró, Percy, *Derecho Penal, Parte General*, 2° edición, Jurista Editores, Lima, 2012.
- García Caveró, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte General*, 3° edición, Grijley, Lima, 2014.
- Jakobs, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2° edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Jakobs, Günther, *Acción y omisión en Derecho penal*, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- Jakobs, Günther / Polaino Navarrete, Miguel, *El Derecho Penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal*, Grijley, Lima, 2006.
- Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2001.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducido por Miguel Cardenete, Comares, Granada, 1996.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Volumen I, Instituto Pacífico, Lima, 2014.

- Joshi Jubert, U., *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho penal*, Barcelona 1992.
- Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 10° edición, 1° reimpresión, EUNSA, Pamplona, 2007.
- Hurtado Pozo, José / Prado Saldarriaga, Víctor, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, IDEMSA, 4° edición, Lima.
- Luzón Peña, Diego, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Luzón Peña, Diego, *Derecho Penal, Parte General*, 3° edición ampliada y revisada, Editorial B de F Ltda, Montevideo, 2016.
- Meini, Iván, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Teoría jurídica del delito*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 10° edición actualizada y revisada, Reppertor, Barcelona, 2016.
- Molina Fernández, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 3° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- Quintero Olivares, Gonzalo, *Parte General del Derecho penal*, Thomson Reuters, 4° edición, Navarra, 2010.
- Polaino-Orts, Miguel, *Derecho Penal como sistema de autodeterminación personal*, Ara Editores, Lima, 2012.
- Quintero Olivares, Gonzalo, *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- Romeo Casabona, Carlos María, *Las Transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio*, Volumen II, Adrus, Arequipa, 2004.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Civitas, 1997.
- Roxin, Claus, *Sobre el estado de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 2000.
- San Martín Castro, César, *Derecho Procesal Penal, Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004*, INPECP, Lima, 2015.
- Sanguineti, Juan José, *Filosofía de la mente. Un enfoque ontológico y antropológico*, Ediciones Palabra, Madrid, 2007.
- Schunemann, Bernd (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario*, Tecnos, Madrid, 2002.

- Urquizo Olaechea, José (director), *Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal*, Libro Homenaje al Dr. Juan Busto Ramírez, IDEMSA, Lima, 2007.
- Villavicencio Terreros, Felipe A, *Derecho Penal, Parte General*, Grijley, Lima, 2006.
- Yépez Stork, Ricardo / Aranguren Echevarría, Javier, *Fundamentos de antropología. Un idea de la excelencia humana*, 6° edición, EUNSA, Pamplona, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, 9° reimpresión.

Artículos y revistas electrónicas

- Alamo, Mercedes Alonso, *La actio libera in causa*, en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/alonso%20alamo.pdf, visitado el 25.5.2015.
- Álvarez Dávila, Víctor Manuel Francisco, *La actio libera in causa ¿es plausible de aplicación en el ordenamiento jurídico peruano?*, en: Revista Electrónica de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Piura *Ita Ius Esto*, en http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_9-La-actio-libera-in-causa.pdf, visitado el 11.4.2017
- Cancio Meliá, Manuel, *Psicopatía y Derecho Penal: Algunas consideraciones introductorias*, en <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/cancio.pdf>, revisado el 5 de septiembre de 2015.
- Demetrio Crespo, Eduardo, *La libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho Penal*, INDRET, abril, 2011.
- Farre Trepát, Elena, *Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, Estudios Penales y Criminológicos, N° 13, 1988-1989.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, *Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, INDRET, Barcelona, 2011.
- Fernández Carrasquilla, Juan, *Culpabilidad y Libertad de Voluntad*, en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2013-

[10008900157 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES](#)
[Culpabilidad y libertad de voluntad](#), visitado el 19.2.2017.

- García Cavero, Percy, *Acerca de la función de la pena*, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_80.pdf, p. 8, revisado el 7.4.2017.
- Hervada, Javier, *Persona, Derecho y Justicia*, en: *Vereta Et Nova, Cuestiones de Derecho Canónico y afines*, Segunda edición remodelada, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2005.
- Hruschka, Joachim, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre actio libera in se y actio libera in sua causa*, Revista de Derecho penal y Criminología, N° 12, 2003.
- Jakobs, Günther, *La denominada actio libera in causa*, en: Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales, N° 2, Grijley, Lima, 2001.
- Luzón Peña, Diego, *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, INDRET, Barcelona, 2012.
- Meini, Iván, *La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP*, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_17.pdf, visitado el 10.4.2017
- Padilla Alva, Herminio Ramón, *Algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa en el Derecho Penal Español*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2001.
- Pérez López, Jorge, *La doctrina de la actio libera in causa. ¿Es aplicable en el sistema penal peruano?*, en Actualidad Jurídica, Tomo 159, Lima, Febrero, 2007.
- Pérez Manzano, Mercedes, *Fundamento y fines del Derecho Penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*, INDRET, abril, 2011.
- Pérez Manzano, Mercedes, *El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y Responsabilidad Penal*, en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47444/1/Doxa_35_20.pdf, revisado el 19.12.2017.
- Rodríguez Montañez, Teresa, *Síndrome de abstinencia y actio libera in causa* (Comentario a la STS de 3 de enero de 1988, Poder Judicial, 1989, N° 13).
- Roxin, Claus, *Observaciones sobre la actio libera in causa*, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1988, Tomo 41, N° 1.
- Salvador Concepción, Rosa, *La inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica. Tratamiento jurisprudencial*, en Revista de Derecho penal y Procesal penal, Thomson Reuters, N° 33, 2014

- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Sánchez-Ostiz, Pablo, *La libertad del Derecho Penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?*, INDRET, Enero, 2014.
- Silva Sánchez, Jesús María, *La embriaguez atenuante o eximente del delito del 340 bis a) 1° (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa)*, en Revista de Derecho de la Circulación, núm. 4, Madrid 1988.
- Singer, Wolf, *Experiencia propia y descripción neurobiológica ajenas. Dos fuentes de conocimientos cargadas de conflicto*, en Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología, N° 12, 2010.

