

MANIFESTACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA HOMEOSTASIS SOCIOCULTURAL

*Yurainys Elen Armenta Gámez**
*Laura Sofía Amézquita García***
*Luis Alejandro Atara Cabarcas****
*Iván Darío Figueroa Villadiego*****
*Dayana Lorena Miranda Gutiérrez******
*Inés Dalía de Jesús Pitre Pinto******
*Eliézer Martínez Navarro******

-
- * Abogada, de la Universidad del Magdalena. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la Universidad del Magdalena. Maestrante en Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de la Universidad del Magdalena. Consultora, Asesora y Litigante. Barranquilla, Colombia. Correo-e: abogadayurainysarmenta@gmail.com
- ** Abogada, de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Ciencias criminológicas, de la Universidad Externado de Colombia. Fiscal Delegada ante los Jueces Penales Municipales Seccional Casanare de la Fiscalía General de la Nación. Yopal, Colombia. Correo-e: sofiaamez@hotmail.com
- *** Abogado, de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional, de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, de la Universidad Externado de Colombia. Asesor Jurídico y Oficial de Cumplimiento de la División Mayor del Fútbol Colombiano. Bogotá, Colombia. Correo-e: alejandroatara@gmail.com
- **** Abogado, de la Universidad del Atlántico. Magíster en Derecho público, especialista en contratación estatal y especialista en Derecho Penal y Criminología, de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho constitucional y Parlamentario, de la Universidad Autónoma de Madrid. Docente Universitario de pregrado, Universidad del Sinú y postgrado Universidad del Atlántico y Fundación Universitaria del Área Andina. Asesor. Consultor y litigante. Montería, Colombia. Correo-e: ivandariofigueroa@yahoo.es
- ***** Abogada, de la Universidad Católica de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas, de la Universidad Externado de Colombia. Abogada litigante de AT Abogados Especializados en Accidentes de Tránsito. Bogotá, Colombia. Correo-e: dra.dayana@at-abogados-especializados.com
- ***** Abogada, de la Universidad Autónoma del Caribe. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de Máster Propio en Derecho Deportivo, de la Universidad de Valencia, España. Fiscal 07 Local de Riohacha delegada ante los Jueces Penales Municipales Seccional, Fiscalía General de la Nación. Docente de Derecho Penal Especial III en la Universidad de La Guajira. Correo-e: inespitre@gmail.com
- ***** Sociólogo, de la Universidad del Atlántico. Especialista en Estadística Aplicada, de la misma universidad. Consultor e investigador en diversos proyectos con la Universidad del Atlántico y la Alcaldía de Barranquilla. Barranquilla, Colombia. Correo-e: manael901@hotmail.com

Fecha de recepción: 2 de diciembre 2018. Fecha de aceptación: 2 de junio de 2020. Para citar el artículo: YURAINYS ARMENTA. *et al.* "Manifestación de la culpabilidad en la homeostasis sociocultural", *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 40, n.º 108, enero-junio de 2019, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 89-112 DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n108.04>

Resumen: La culpabilidad, al constituir una categoría dogmática y un principio de legitimación del Derecho penal, permite que este sea humanizado y consecuentemente aplicado a las dinámicas sociales.

El presente documento proporciona una mirada a la evolución de la culpabilidad como categoría dogmática desde sus tempranas manifestaciones en el siglo XIX hasta finales del siglo XX.

Adicionalmente, la categoría antes referida se examina de cara a algunas consideraciones extralegales sobre el comportamiento humano, que han sido desarrolladas durante los primeros años del siglo en curso, tal como el reciente planteamiento acerca de la capacidad de libertad de los individuos que la Neurociencia ha traído a discusión.

De esta forma, el concepto de homeostasis sociocultural es abordado en el presente ensayo con el fin de favorecer el entendimiento de la culpabilidad como un aspecto esencial, aunque complejo, del Derecho penal que justifica su objetivo de preservar el orden social.

Palabras clave: Culpabilidad; Libertad; Determinismo; Comportamiento humano; Neurociencia; Orden social; Dignidad humana; Normativización; Determinabilidad; Homeostasis; Humanidad; Compatibilismo.

MANIFESTATION OF GUILT IN SOCIO-CULTURAL HOMEOSTASIS

Abstract: Culpability, in being a dogmatic category and a principle of criminal law legitimation, enables it to be humanised and consequently applied in the human societies.

This paper provides an overview of the evolution of culpability as a dogmatic category, from its early manifestations in the XIX century until the end of the XX century.

Furthermore, the aforementioned category is examined facing some extra-legal considerations about the human behavior that have been worked out in the first years of the ongoing century, such as the recent approach about the individuals' freedom capacity that Neuroscience has brought to discussion.

Thus, the concept of socio-cultural homeostasis is displayed in order to understand culpability as an essential but complex aspect of criminal law that justifies its aim of preserving the social order.

Keywords: Guilt; Freedom; Determinism; Human Behavior; Neuroscience; Social Order; Human Dignity; Normativization; Determinability; Homeostasis; Humanity; Compatibilism.

LA CULPABILIDAD Y SU EVOLUCIÓN A TRAVÉS DE LOS REPLANTEAMIENTOS DOGMÁTICOS

La categoría dogmática de la culpabilidad ha tenido a lo largo del tiempo distintas concepciones, en su mayoría basándola en el principio de libertad, donde sienta, genéricamente sus principios, pero justamente su fundamento no ha sido un tema pacífico para la doctrina, ya que, como se verá a renglón seguido, las posturas en las que se le ha sustentado han sido tan diversas como sus ponentes.

Para lo anterior, es adecuado observar las primeras concepciones de delito, siendo necesario traer a colación a Carrara¹ quien, sin entrar a esquematizar concretamente el delito, en su componente subjetivo distinguía a la culpabilidad como reproche, la moralidad de la acción, la fuerza interna; entendiendo lo culpable como una lesión del deber cuando se tenía capacidad de obrar de otro modo, ineludiblemente basada en el axioma de la libertad o libre albedrío, del cual no se ocupaba al darlo por aceptado como la “base de la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquella”².

Sin embargo, también surgieron los primeros aportes interdisciplinarios que cuestionaron la libertad como base primigenia de la culpabilidad: con la llamada antropología criminal, las contribuciones de la escuela positivista italiana, siguiendo los criterios de Lombroso, Garófalo y Ferri, defendieron a finales del siglo XIX la existencia de condicionamientos en la estructura biológica y psicológica del delincuente. Se planteó así un determinismo a partir de la teoría del delincuente nato, que si bien no alcanzó mayor sustentación científica, sí logró preocupar a los juristas estudiosos de la temática, ya que ciertamente denotó lo que más adelante Engisch³ concluiría al señalar que esa capacidad de actuar de modo distinto tan pretendida por la doctrina jurídico penal, aun si existiera, no podría ser demostrada empíricamente.

Pero este enfoque apenas daba sus primeros pasos en el estudio de la estructura del delito. Fue con los aportes de Franz Von Liszt y Ernst Beling, en 1906, que surgió como tal el concepto dogmático de delito, definido como “La acción típica, antijurídica y culpable, sometida a una sanción penal adecuada, y conforme a las condiciones

1 Citado en Edgard R. Ameliach L. “La culpabilidad como elemento general del delito”, *Capítulo Criminológico*, Vol. 27, N° 1, 1999, Maracaibo, Venezuela, Universidad de Zulia - Vicerrectorado Académico SERBILUZ, 1999, pp. 123-144.

2 Francesco Carrara. *Programa de Derecho Criminal*. José Ortega Torres y Jorge Guerrero (Trad.) Bogotá, Temis, 1977, p. 32.

3 Engisch, Karl, *La teoría de la libertad de voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*. José Luis Guzmán Dalbora (trad.), Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.

objetivas de punibilidad”⁴. De ahí se desprendió, a lo largo del siglo XX, la dogmática penal, que ha oscilado en argumentos de rango causal naturalistas –esquemas clásico–neoclásico–, de corte ontológico –esquema finalista– y más recientemente de bases normativistas –funcionalismo–.

En principio, con base en criterios naturalistas, la culpabilidad fue concebida como el aspecto subjetivo del delito, llamado nexo psicológico o, como diría Von Liszt, “(...) la relación subjetiva entre acto y autor”⁵. Entendiéndose pues, que para que existiera la culpabilidad, era necesario que se diera un acto de voluntad, lo cual reconocía a la libertad como única base posible que daba a luz al ejercicio de la voluntad del sujeto. Lo anterior, por cuanto se concebía la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, considerada aquella como la capacidad de determinarse libremente, con conocimiento y libertad; es por esto que sin imputabilidad no había lugar a la culpabilidad⁶. Por otra parte, se encontró la concepción personalizada de la culpabilidad, la cual fue encaminada a determinar la conducta desde el punto de vista ético, fundada en juicios de valor acerca de las características personales del autor, y el hecho solo fue tomado como síntoma o manifestación de la culpabilidad, como una conducta contraria a la voluntad social en determinado momento.

Pero, gracias a autores como Frank⁷, la evolución conceptual fue avanzando hacia una culpabilidad vista como *reprochabilidad*, sustentada en el poder y no en el deber, es decir, se indagó si se tenía o no la posibilidad de conducirse de otra manera, allanando el terreno a lo que Welzel –con su teoría finalista– consolidara respecto a la culpabilidad al determinarla como un juicio de reproche que se le atribuye normativamente al sujeto, que ya es concebido como un ser no determinado, sino determinable por la norma penal. Valga resaltar que este concepto aún parte de la libertad como presupuesto y por ende se da paso a criterios de exigibilidad. Al respecto, y como bien explica Fernández⁸,

El fundamento de este reproche se centra en que al autor le era exigible motivarse y obrar en consonancia con la norma, pero *pudiendo hacerlo*, él optó sin embargo por la realización de la conducta típica. De tal suerte, la raíz de la culpabilidad reposa en la libertad de voluntad.

4 Beling, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen (La doctrina del crimen)*, Tubingen, Verlag, von J.C.B. Mohr Paul Siebeck. 1906, p. 7.

5 Liszt, Franz von, *Tratado de Derecho penal, op. cit., t. 2*. Madrid, España: Editorial Reus, 1999, p. 338.

6 Agudelo Betancur, Nódier, *Curso de Derecho penal, 4ª ed.* Medellín, Colombia: Nuevo Foro Penal, 2013.

7 Reinhard, Frank, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw (trad.), Montevideo- Buenos Aires: BdeF., 2002, p. 39.

8 Fernández, Gonzalo Daniel, “*La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias*”, *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Eduardo Demetrio Crespo, Montevideo - Buenos Aires, Argentina, Editorial BdeF, 2017, p. 161.

Para estos fines, se cimenta el concepto de culpabilidad en lo que Jescheck y Weigend definen como “la actitud interna jurídicamente desaprobada del autor”⁹ teniéndose “el poder de obrar de modo diferente”¹⁰, que, de fondo, dicha culpabilidad seguía implicando el reconocimiento de la libertad del ser humano, la libertad de voluntad.

Sin embargo, lo que se comprendía por libertad de voluntad es un concepto que ha ido replanteándose, pues en épocas más cercanas se fueron desarrollando consideraciones que fundan a la culpabilidad “(...) en razones sociales, ajenas al aspecto individual del autor del delito y conectadas sobremanera con necesidades de organización social y de prevención general”¹¹, como funcionalmente lo concibe Jakobs, pues si bien se reconoce la libertad de voluntad, su trascendencia al Derecho penal cada día ha ido reduciéndose a criterios normativistas basados en la determinabilidad o motivabilidad del sujeto.

Se acuñó entonces la concepción de la persona como un ser no determinado, sino con capacidad de elegir al ser motivado o *determinable* por los parámetros sociales y jurídicos que permiten el orden común, como lo sostuvo Gerland al definir la culpabilidad como “la disposición de carácter del ser humano hacia la acción antijurídica, que debemos combatir por expectativas sociales y que solo podemos combatir porque el hombre es determinable”¹². Y más específicamente lo expone Fernández al explicar el pensamiento de Danner sustentando que “(...) el poder elegir no significa otra cosa que ser motivable, ser determinable a través de elementos de motivación; en nuestro caso, mediante las normas de ordenamiento jurídico”¹³.

Y exponiendo a Roxin explica que

(...) su propuesta no afirma que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo cual, por cierto, no se puede saber–, sino que solo establece que cuando exista una capacidad de control intacta, y con ella abordabilidad normativa, al sujeto “*se le trata como libre*” y esa suposición de libertad constituye una aserción normativa, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de la teoría del conocimiento y de las ciencias naturales¹⁴.

9 Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Miguel Olmedo Cardenete (trad.) Granada, España, Comares, 2003. p. 452.

10 Fernández, Gonzalo Daniel, “*La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias*”, *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Eduardo Demetrio Crespo, Montevideo - Buenos Aires, Argentina, Editorial BdeF, 2017.

11 *Ibidem*, p. 155.

12 Gerland, Heinrich, *Grudfragen des Strafrechtes (Cuestiones básicas de derecho penal)*. Berlín: 2ª ed. Vahlen, 1922. p. 51.

13 Fernández, Gonzalo Daniel, “*La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias*”, *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Eduardo Demetrio Crespo, Montevideo - Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF, 2017, p. 169.

14 *Ídem*, p. 173.

Como se puede observar en las distintas concepciones jurídico penales de la culpabilidad planteadas en los siglos XIX y XX, salta a la vista que desde entonces existía la preocupación por la sustentación de la culpabilidad, específicamente ante la imposibilidad de demostración de la libertad humana, vislumbrándose un esfuerzo por objetivizar su fundamento a criterios más sólidos y menos dependientes de la individualidad y/o la subjetividad del sujeto agente del delito, en procura justamente de evitar que un fundamento de tamaña trascendencia para el Derecho tambalee por valoraciones dependientes del ser humano más que de la misma estructura dogmática sólida que se espera obtener.

EL COMPORTAMIENTO HUMANO Y SUS INFLUENCIAS COMO ASPECTO DE TRASCENDENCIA PENAL

Pero el ser humano, específicamente el sujeto delincuente, es objeto del Derecho penal y el estudio de su comportamiento constituye uno de los aspectos más importantes de examen, no solo por la ciencia jurídico penal, sino por múltiples disciplinas que a lo largo del tiempo han mostrado un interés imperioso en comprender las profundidades de la mente, el origen del proceder del ser humano, así como las aristas derivadas de su necesidad de vivir en comunidad; por lo cual, en este capítulo se expondrán brevemente las teorías relacionadas con la conducta de las personas, en especial lo que atañe a su libertad.

Desde tiempos lejanos, se ha tenido a la libertad del ser humano como la respuesta más generalizada a los cuestionamientos sobre el origen de su comportamiento, pero temas como la vida en sociedad han llevado a requerir mayores estudios al respecto. Autores como Marx¹⁵ resaltan la importancia del contexto sociocultural en la formación de la persona, al concebirlo como un constructo social, que se forma a partir de las experiencias ambientales que le rodean; que pese a gozar de libertad, es determinadamente influido por su entorno.

Ahora bien, ¿hasta dónde llega esa libertad? y ¿dónde empieza esa determinación?, ¿se puede hablar de una determinación solo sociocultural o se podría hablar también de una determinación causal? Las respuestas son múltiples, pues no son pocos los estudios en los que se ha teorizado sobre si realmente el ser humano es libre o, por el contrario, se encuentra afectado para actuar y cómo esto puede trascender en el Derecho, particularmente en la esfera penal.

Por lo tanto, para tener una mejor comprensión sobre lo anterior, es importante analizar teorías como las de la libertad del ser humano y del determinismo, y cuáles han sido sus planteamientos.

15 Marx, Karl -1845-, publicada por Friedrich Engels. *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*, 1888.

Históricamente, los partidarios de la idea de libertad de las personas para actuar, elegir o decidir, consideran que si se reconociese (parcialmente) la existencia de factores deterministas, aun frente a estos existe la capacidad del individuo para sobreponerse a dichos condicionamientos y necesidades que busquen anticipadamente establecer su comportamiento, pues no hacerlo implicaría aceptar que los seres humanos estamos “defectuosamente programados”¹⁶. Y a esto se le conoce como la *Teoría de la libertad del hombre*.

Para abordar la premisa anterior, resulta necesario partir de la idea de libre albedrío, concibiendo este concepto, de forma general, como la capacidad que tienen las personas de actuar por su propia voluntad, sin estar forzadas o determinadas por algún factor. Se ha creído, por siglos, que el libre albedrío ha sido por excelencia la base de la autorregulación que tiene el ser humano para poder distinguir entre lo bueno y lo malo, y en qué forma debe actuar, pues se ha enseñado que esta es la manera consciente y racional de seleccionar lo más conveniente, alcanzando así también el terreno de la ética y la moral, pues, como dice Aristóteles en su obra *La Gran Moral*, “(...) el libre albedrío es el punto verdaderamente esencial. La palabra voluntario designa absolutamente hablando, todo lo que hacemos sin vernos precisados, por una necesidad cualquiera (...)”;¹⁷ lo que significa que la persona sería la única responsable de sus actos, pues si naturalmente elige hacer lo correcto, se podría decir que naturalmente también yerra y eso la hace sujeto de responsabilidad en el ámbito del Derecho.

San Agustín de Hipona¹⁸ distingue el libre albedrío como el buen uso de la libertad, libertad que hasta el día de hoy ha sido el sustento legal para que las personas, que han decidido obrar mal, sean sujetos de castigo.

Contrariamente, el determinismo surge como aquella teoría que intenta explicar que el comportamiento humano no procede de lo más profundo de su ser ni nace de su voluntad, sino que se ve afectado por factores internos y externos, es decir, por estados genéticos, emocionales, sentimentales, situaciones de tipo social o cultural, que hacen que el individuo se comporte de cierta manera, ya sea para vivir en comunidad o para garantizar su supervivencia de acuerdo con las representaciones ya construidas en su interior.

Uno de los aspectos más controvertidos de esta teoría es que desacredita el concepto de libre albedrío, ya que lo considera (por lo menos en tesis más radicales) como una creencia de tipo religioso, que no debe tener incidencia en el Derecho y que por tanto

16 Frisch, Wolfgang. “Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad”. *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias* Bernardo Feijóo Sánchez. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012, p. 63

17 De Azcárate, Patricio. *Obras de Aristóteles*. Madrid, tomo 2, 1873.

18 San Agustín De Hipona. *La Ciudad De Dios (De civitate Dei contra paganos)*, 412 – 426 d. C. Editorial Porrúa, 17ª Edición, 2004.

no debe ser considerada sino eliminada, más aún del Derecho penal¹⁹. Estos autores argumentan, que atender a esta creencia –el libre albedrío– no permite avanzar en el estudio dogmático o científico que con esfuerzo ha logrado explicar que la conducta humana está bajo la premisa de causa-efecto, considerando algunos, como Novoa²⁰, que en lo que respecta al saber jurídico, al cerrarse por lo menos a la discusión, se convierte al derecho en un obstáculo al cambio social.

Einstein²¹, por su parte, decía que todo lo que hacemos y vivimos está sometido a la causalidad, pero reconoció que es bueno que no podamos verla. Por tanto, este supuesto desvirtúa al libre albedrío como la fuente de la voluntad del ser humano, ya que el poder de elección se encuentra afectado o determinado, por diversos factores tanto biológicos, psicológicos, sociales, culturales, que generan de manera previa un condicionamiento.

Sin embargo, esta teoría en principio no fue tan atendida, ya que, como fue expuesto, en lo que implica el estudio del comportamiento delictivo del ser humano, la tesis determinista quizá más representativa la tuvo en su momento la escuela positivista italiana, cuya postura sobre el delincuente nato, para una gran parte de la doctrina no resultó ser más que lo que hoy algunos denominan un desfase carente “de la más mínima solvencia científica”²².

Pero la ciencia ha querido ir más allá y explicar esa capacidad de decidir, si en realidad la persona elige de forma libre su comportamiento o si definitivamente la conducta humana es el resultado de diversas causas, y por eso se ocupa en estudiar el cerebro, pues es el órgano denominado como el asiento de las funciones mentales superiores. Es ahora la neurociencia la disciplina que se encarga de estudiar el desarrollo, estructura, función, farmacología y patología del sistema nervioso, desde su punto de vista anatómico en donde analiza el sistema nervioso central y el sistema nervioso periférico y, desde el punto de vista funcional, el sistema vegetativo autónomo y el sistema nervioso somático²³.

19 Bartra, Roger, “*Antropología del cerebro: determinismo y libre albedrío*”. *Salud mental*, Vol. 34 N° 1, enero–febrero de 2011. México, Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz, 2011, p. 1-9.

20 Novoa Monreal, Eduardo. *El derecho como un obstáculo al cambio social* 7ª Ed. México D.F.: Siglo XXI. (1985).

21 Citado en el artículo de Roger Bartra. “*Antropología del cerebro: determinismo y libre albedrío*”. *Salud mental*, Vol. 34 N° 1, enero–febrero de 2011. México, Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz, 2011.

22 Fernández, Gonzalo Daniel. “*La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias*”, *Fragments sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Eduardo Demetrio Crespo, Montevideo - Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF., 2017, p. 17.

23 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Gutiérrez de Piñeres Botero. *Carolina Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017. pp. 78-94.

Y es justamente la neurociencia la que surge con evidencia empírica en mano a defender la existencia, parcial o absoluta (en vertientes más radicales) del determinismo en el comportamiento humano, logrando históricamente “la impugnación más profunda y el desafío más inquietante”²⁴ que ha tenido que enfrentar la teoría de la libertad del hombre y por ende la ciencia en general, trascendiendo al Derecho penal como regulador del orden social.

Parte de los estudios realizados en el campo de la neurociencia han dado cuenta de que, aunque el ser humano sí toma decisiones que pueden ser categorizadas como dolosas o imprudentes, estas no son libres en última instancia, pues existen factores previos a la decisión consciente, que derivan de un proceso mental susceptible de ser explicado por la ciencia; es decir, desde un proceso causal²⁵.

Sus vertientes más radicales argumentan que la voluntad del ser humano es una falsedad, pues la manera de comportarse frente a diversas situaciones se encuentra delimitada por la forma como está compuesta su genética, como también por las enseñanzas aprendidas desde el mismo momento en que nace y ha ido creciendo; pues en lo que atañe a los factores socioculturales, Fernández²⁶, citando al neurocientífico Gerhard Roth, explica cómo

(...) está demostrado que cuando se toma cualquier decisión, lo primero que el cerebro realiza es una consulta –completamente inconsciente– con los contenidos de la memoria, para saber si las experiencias adquiridas, o la llamada memoria filética o ancestral puede orientar respecto a la decisión –también inconsciente– a tomar.

Sin embargo, salta la necesidad de tener en cuenta que los extremos radicales del determinismo representan por sí un traumatismo sociocultural en esencia, pues, como lo sostiene asertivamente Fernández²⁷,

(...) tanto en la experiencia individual cuanto en la colectiva, el hombre se siente libre y las estructuras jurídicas reflejan la atribución social de libertad

24 Fernández, Gonzalo Daniel. “La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias”, *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Eduardo Demetrio Crespo, Montevideo - Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF., 2017, p. 182.

25 Feijoo Sánchez, Bernardo José, “Derecho Penal y Neurociencias ¿Una relación tormentosa?” *Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. n.º 2-2011, Madrid, España. Universidad Autónoma de Madrid. 2011, pp. 1-58. p. 6.

26 Fernández, Gonzalo Daniel. “La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias”, *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Eduardo Demetrio Crespo, Montevideo - Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF. 2017, p. 189, quien a su vez cita a varios autores en la misma línea, tales como Roth, Gerhard, *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2003, p.157; Aus Sicht des Gehirns, pp. 87 y ss.; Schleim, Dei Neurogesellschaft, p. 130; Gazzaniga, *El Cerebro Ético*, p.39.

27 *Ibidem* p. 203.

vigente en la conciencia social. Vale decir, introspectivamente poseemos conciencia de libertad y la asignamos recíprocamente a los demás, pues en buena medida de ello depende la expectativa normativa.

El ser humano en su conformación a través de la transformación de fenómenos socioculturales que le permiten adaptarse, se caracteriza por el equilibrio que existe entre las necesidades y la satisfacción como individuo. Si la persona no siente que sus necesidades están satisfechas, la autorregulación lo incita a alcanzar el equilibrio interno a través de conductas que le permitan satisfacer dichas necesidades, y es aquí donde la intervención de la ley se entiende como lo explican Legendre y Goodrich²⁸:

El sujeto nunca se encuentra con la ley en abstracto, sino que se encuentra con esta en una red de relaciones; se encuentra en una posición desde la cual interactúa con sus congéneres. Y es desde esta posición que emerge un dilema moral que divide el sujeto: o bien convierte la ley como un objeto para expandir su propio goce, o bien la convierte en un símbolo que hace posible la constitución de un límite.

Pues es innegable que, durante su desarrollo, el ser humano presenta la formación de fenómenos de autorregulación que posibilitan la interacción y el mantenimiento del medio interno de su organismo, permitiendo que la persona se desenvuelva en la sociedad ante sus pares y ante las instituciones que sistematizan los lineamientos mínimos de comportamiento. Esa autorregulación, que interesa justamente al saber penal, es una situación que varía dentro de los límites, puesto que los cambios sociales no se representan estáticamente, lo que lleva a que el Derecho penal cambie constantemente, como bien señala Würtenberger²⁹, pues es una ciencia “hija de su tiempo, interdependiente de los fenómenos socioculturales” o, en palabras de Zaffaroni³⁰, “no es una ciencia de hechos primeros dado que presupone tanto al hombre como al mundo”.

Lo anterior, por cuanto el Derecho penal propende justamente por la permanencia inalterada de la estabilidad normativa de la sociedad³¹ y admitir acriticamente los argumentos de las vertientes radicalistas de la neurociencia que predicán que

(...) la voluntad libre queda como una ilusión funcional que estabiliza la autoestima del individuo. –Pues– La autonomía de las acciones humanas desde

28 Legendre, Pierre y Goodrich, Peter. *Psicoanálisis y Derecho*, Juan Felipe García Arboleda. Bogotá. Siglo del Hombre Editores. Colección: Nuevo Pensamiento Jurídico. 2017, pp. 24-25.

29 Würtenberger, Thomas, *Zeitgeist und Recht (Espíritu del Tiempo y Ley)*. Paul Siebeck. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1987, p. 34.

30 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 1983. pp. 423 y 429.

31 Jakobs, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá (trad.) 1997. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid – Civitas, 1997.

el punto de vista de la neurociencia, no radica en un acto voluntario sentido subjetivamente, sino en la capacidad del cerebro en llevar a cabo acciones por su propio impulso³².

Sin más ni más, sería desconocer, por una parte, los otros aportes neurocientíficos que sí dan cabida a una libertad empírica, moderada o también llamada *determinismo blando*³³, partiendo de la capacidad de *veto* del consciente demostrada por Libet, y por otra, al principio de dignidad humana, pues implicaría cambiar por completo la imagen misma del ser humano³⁴, viéndose como un “robot cerebral”,³⁵ siendo a todas luces “un principio que resulta extraño desde la perspectiva de la auto-experiencia y de cualquier tipo de realidad social”³⁶.

Aunado a lo anterior, se tiene que el fundamento mismo del reproche jurídico penal carecería de sentido, por lo cual el Derecho penal mismo se podría ver afectado en su esencia, requiriendo esto último una mayor exposición, como se tratará de desarrollar a continuación.

DEFENSA DE LOS POSTULADOS DE LA CULPABILIDAD FRENTE A LOS NUEVOS RETOS IMPUESTOS

Son exactamente, los planteamientos expuestos por la neurociencia en este siglo XXI los que hoy exigen una respuesta de la dogmática penal, pues como se denota a la luz de todo lo expuesto, la discusión entre esa influencia de los factores determinantes en el ser humano (socioculturales y cerebrales) y su consecuente trascendencia en el ámbito del Derecho penal, permean inexorablemente en el amplio debate referente a la culpabilidad, entendida como categoría dogmática y como principio; controversia que, como se ha visto, no es nueva, pero en efecto, nunca se había visto tan agitada al ponerse en jaque sus postulados centrales.

Pues si bien, como ya fue expuesto, desde antaño se reconoce la imposibilidad probatoria para demostrar empíricamente el libre albedrío o, en palabras de Gonzalo

32 Rubia, Francisco J. *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*. 2009. Barcelona: Crítica. p. 71.

33 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina, *Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 78-94.

34 Rubia, Francisco J. *El Cerebro: Avances recientes en neurociencia*. 2009. Madrid: Editorial Complutense.

35 Fernández, Gonzalo Daniel. “La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias”, *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Eduardo Demetrio Crespo, Montevideo - Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF. 2017, p. 204.

36 Frisch, Wolfgang. *Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad*. En Sánchez Bernardo Feijóo (ed.), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*. 2012. Navarra: Civitas-Thomson Reuters p. 63.

Fernández³⁷, la libertad de voluntad, que fundamenta, por lo menos para una amplia corriente doctrinal a la culpabilidad, una cosa era su no corroboración científica y otra muy distinta, su negación con base científica, como lo plantean los actuales resultados de la neurociencia.

Partiendo de ello, no se han hecho esperar las actuales respuestas de una u otra postura jurídica en defensa de los fundamentos de la culpabilidad como categoría dogmática y principio determinante en la atribución de responsabilidad penal; siendo en este punto apropiado poner sobre la mesa varias de estas réplicas que “bombardean” el debate en respuesta a los resultados neurocientíficos, con una misma finalidad: defender el fundamento de la culpabilidad, pero con base en posturas tan disímiles que podrían resultar contradictorios entre sí, pese a la búsqueda común del mismo fin –defender el fundamento de la culpabilidad–, y por ello se expondrá brevemente el diverso contraste de algunos de estos planteamientos.

Algunos doctrinantes parten de un “concepto de la culpabilidad como reprochabilidad basada en la libertad del sujeto”³⁸, para la cual, la negación absoluta de la libertad en el ser humano dejaría sin sentido al Derecho penal, ya que, como lo han expuesto autores como Lampe, Küpper, Kaufman, entre otros, siguiendo a Welzel, “solo aquello que depende de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable”³⁹.

De esta manera, se respalda la tesis de Velásquez⁴⁰ al sostener que la culpabilidad tiene en el libre albedrío una de sus premisas básicas, en el entendido de que el fundamento del castigo es que el delincuente, al tener la capacidad de autodeterminarse libremente, decide obrar contrario a la norma. Si se admite que el libre albedrío es una categoría limitada, o más bien, que el ser humano sí es determinado por una explicación causal al momento de tomar una decisión, el fundamento mismo de la responsabilidad, que descansa por una parte en el principio de culpabilidad, estaría cuestionado en su esencia.

Por su parte, autores como Frisch⁴¹ de manera muy objetiva plantean una respuesta crítica ante las afirmaciones neurocientíficas, descartando las posiciones extremistas

37 Fernández, Gonzalo Daniel. “La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias”, *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Eduardo Demetrio Crespo, Montevideo - Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF., 2017, pp. 158-208.

38 Luzón Peña, Diego Manuel. “Libertad, culpabilidad y neurociencias”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Vol. 3 julio de 2012, Barcelona. Editorial (1 de 1), 2012, p. 2.

39 HANS WELZEL. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 2ª Edición. José Cerezo Mir (trad). 2001. Montevideo-Buenos Aires: BdeF., 1961, p. 126.

40 Velásquez V., Fernando. *La culpabilidad y el principio de culpabilidad*. Revista de Derecho y Ciencias Políticas Vol. 50. Lima. Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1993 pp. 283-310.

41 Frisch, Wolfgang. *Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad*. En Bernardo Feijóo Sánchez (ed.), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*. Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2012.

de la neurociencia, con base en el análisis de sus propios resultados, sin prescindir de sus avances para la ciencia y el Derecho penal. Esto lo hace recordando en primera instancia que los resultados neurocientíficos no alcanzan aún conclusiones definitivas en cuanto a todos los comportamientos humanos, en el entendido de que todos sus experimentos, a la fecha, han abarcado decisiones inconscientes que se dan en circunstancias de tiempo muy limitadas, en fracciones de segundos o milisegundos regularmente, sin alcanzarse a obtener una posición definida y comprobada de aquellas decisiones que ameritan más tiempo y reflexión del sujeto, como lo son una gran parte de las conductas relevantes para el Derecho penal (comportamientos predeterminados, organizados, concertados; en breve, dolosos que implican un *iter criminis* completamente elaborado).

De manera más específica señala que “en las decisiones sometidas a experimentación no juega papel alguno precisamente aquello que tiene un significado central en las decisiones que interesan jurídico-penalmente; esto es la desviación del deber derivado de una norma”⁴².

Aunado a lo anterior, recuerda los experimentos de Libet, en los que este también demostró una capacidad de veto o de inhibición de ciertas decisiones, que si bien surgen en el inconsciente, pueden ser aprobadas o inhibidas por el consciente, aun en aquellas decisiones simples dadas en milisegundos.

Sin embargo, Frisch no se limita a ser crítico cuidadoso de las posturas neurocientíficas, sino que, aun reconociendo los resultados deterministas (parciales) de esta disciplina científica, expone que, pese a estos, la culpabilidad no se ve atacada en su esencia, pues considera que con ello solo se afecta la “compensación”⁴³ como variante del Derecho penal de culpabilidad, como fin de la pena; pero resaltando que desde hace tiempo ha sido reconocido en el ámbito jurídico penal que la compensación no es el único fin perseguido con la sanción penal, sino, además, la prevención general que aún se mantiene en pie, siendo concordante con criterios deterministas. Para concluir finalmente que “el principio de culpabilidad es una garantía en favor de un tratamiento justo de la limitada libertad del autor”⁴⁴ y que, por ende, respeta mejor las libertades del mismo⁴⁵.

Desde una arista distinta a las ya descritas, Hassemer asume una postura escéptica ante los planteamientos de la neurociencia, dando un punto de vista diferente, pues defiende la solidez de la culpabilidad al destacar que no existe un concepto universal de libertad, considerando que con el respeto que amerita la neurociencia, básicamente

42 *Ídem*, p. 50.

43 *Ibidem*, pp. 39-40.

44 *Ídem*, p. 198.

45 *Ibidem*, p. 54.

el Derecho penal y esta disciplina científica, no necesariamente deben comprender por libertad la misma significación. Aclarando que el criterio de responsabilidad penal reposa en el principio de dignidad humana y que, por tanto,

(...) quien –por las razones que fuere– niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no solo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas⁴⁶.

Tales afirmaciones las hace el autor en cita, sin entrar a defender el criterio de libre albedrío, pues, lejos de interesarse en defender algo que a su parecer resulta indemostrable, considera, como buen normativista, que las leyes no ameritan que se demuestre que la persona, objeto del derecho, estuviese en condiciones de libertad, es decir, no tratan de “fundamentar la culpabilidad, sino que se ocupan de su exclusión, de la exculpación”⁴⁷. Por tanto, para Hassemer basta demostrar que no existen causales de exclusión de la culpabilidad para derivar la responsabilidad penal, partiendo siempre en un ámbito general, donde la culpabilidad “no es más que la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad”⁴⁸; definición que, valga anotar, de suyo contradice las normas de la lógica.

Y que a la larga surge como una postura teórica que pretende dar un replanteamiento a la teoría de la culpabilidad, procurando armonizarla con la presunta inexistencia del libre albedrío, pero pese a pregonar como base la dignidad humana parece esconder en su fundamento criterios funcionales que instrumentalizan al ser humano para la estabilización de las expectativas sociales, o peligrosistas, retomando concepciones cercanas a modelos de Derecho penal de autor⁴⁹; situación que la torna por un lado incompatible con los presupuestos de un Derecho penal que se rija por criterios mixtos⁵⁰ y no monistas, y, por otro, que atenta contra garantías fundamentales que ya habían sido vulneradas en modelos estatales que aplicaron este tipo de fundamentos de responsabilidad penal, como el régimen nacionalsocialista en la Alemania de 1933-1945.

Aunado a lo anterior, Feijoo indica que existen teorías que una vez constatados los aportes empíricos de la neurociencia señalan que el fundamento de la respon-

46 Hassemer, Winfried. *Neurociencias y culpabilidad en derecho penal*. MANUEL CANCIO MELIÁ (Trad.). In *Dret Revista para el Análisis del Derecho* Vol. 2 abril de 2011. Barcelona, 2011, p. 9.

47 Fernández, Gonzalo Daniel. “*La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias*”, *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Eduardo Demetrio Crespo, Montevideo - Buenos Aires, Argentina, Editorial BdeF., 2017, p. 178.

48 Hassemer, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero (Trad.), Barcelona, Bosch, 1984. pp. 300-301.

49 Velásquez V., Fernando. *La culpabilidad y el principio de culpabilidad*. Revista de Derecho y Ciencias Políticas Vol. 50. Lima-Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1993, pp. 283-310.

50 Retomando la discusión entre la norma objetiva de valoración y la norma subjetiva de determinación.

sabilidad nunca ha estado en el libre albedrío, dado que “nunca hemos castigado a un sujeto porque no pudiera actuar de otro modo, sino más bien porque la sociedad no podía actuar de otro modo”⁵¹, es decir que un mejor entendimiento del proceso cerebral permite dar un vuelco de la teoría de la prevención general, a una teoría de prevención especial, retomando con ello criterios de peligrosidad y tratamiento.

Lo dicho concuerda con la postura de Günter Jakobs, que, resumida por Gonzalo Fernández sin cuestionar los descubrimientos de la neurociencia, indica funcionalmente que “(...) el concepto de correspondencia para la culpabilidad no debe buscarse en el libre albedrío, sino que debe encontrarse en las consecuencias necesarias de la libertad de otra conducta”⁵², es decir, lo que importa para la culpabilidad, según Jakobs, no es el libre albedrío, sino la garantía de las condiciones de exigencia de una sociedad estructurada normativamente, un sistema, en términos de Luhmann, para conservar el orden del mundo, posibilitando la convivencia social, para finalmente concluir que existe una “confusión de sistemas por parte de la neurociencia en cuanto a lo jurídico”⁵³, resaltando las diferencias conceptuales entre las nociones de individuo (como ente determinado para la neurociencia) y persona (concepto estrictamente normativo para el Derecho penal).

En las teorías anteriormente indicadas, surge entonces un criterio de transformación del Derecho penal, en el cual se da un vuelco hacia una prevención especial, teniendo como eje ya no el delito o el acto cometido, sino al delincuente como tal, hecho que ya había sido tratado en la escuela positivista italiana. No obstante, como advierte Pérez Manzano⁵⁴, tal perspectiva puede devenir en un Estado que irrespeta las garantías fundamentales de los ciudadanos, es decir, un Estado que abandona los criterios del Estado de Derecho.

Por otra parte, importantes juristas resaltan (como ya se adelantó con la exposición de la postura de Frisch) que los estudios neurocientíficos no son unánimes en la explicación sobre la existencia o no del libre albedrío, dado que distintos estudios han permitido también establecer diversos grados de libertad dentro del ser humano al momento de tomar una decisión, hecho que ha dado origen

51 Feijoo Sánchez, Bernardo José. *Derecho Penal y Neurociencias ¿Una relación tormentosa?* Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Vol. n.º 2 de abril de 2011. Barcelona, Universidad Autónoma de Madrid, 2011, p. 7.

52 Fernández, Gonzalo Daniel. “*La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias*”, *Fragmentsos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Eduardo Demetrio Crespo, Montevideo - Buenos Aires, Argentina, Editorial BdeF., 2017, pp. 195-196.

53 *Ídem*.

54 Pérez Manzano, Mercedes, *Fundamento y fines del derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la Neurociencia*. InDret – Revista para el Análisis del Derecho Vol. 2 de abril de 2011. Barcelona, Universidad Autónoma de Madrid, 2011, p. 40.

a un determinismo blando⁵⁵; y aun emblemáticos ponentes de la neurociencia, como Pauen y Roth⁵⁶, reconocen que no es admisible descartar en absoluto el criterio de libertad en el sujeto, al reconocer que el ser humano, en principio, es un ser capaz de autodeterminación. Esto, pese a no ser una negación del libre albedrío; por el contrario, podríase ver en su favor, sí permite cuestionar las bases de la responsabilidad penal, razón por la cual, Luzón⁵⁷ expone teorías de autores como Muñoz Conde, en donde el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la capacidad de motivación individual de la norma.

En este punto destaca que el hecho de ser motivado por la norma no equivale al actuar de otro modo, dado que el sujeto pudo o fue motivado por la norma, pero existieron otros motivos que condujeron a que tomara la decisión de delinquir. En ese postulado, destaca Luzón⁵⁸ que no parte de un criterio determinante que niegue la existencia del libre albedrío, sino de un criterio bajo el cual no consta un fundamento epistemológico que permita que este, en efecto, existe.

De esa manera, puede identificarse lo que Luzón divide como concepciones basadas en fundamentos empíricos, en las cuales localiza unas de determinabilidad o normalidad, es decir, de la posibilidad de ser motivado normalmente por la norma, y en la cual subyace un criterio subjetivo, y, por otra parte, unas concepciones que recogen los aportes de la neurociencia y fundamentan la culpabilidad del sujeto en acepciones normativas, es decir que mantienen la condición normativa en la culpabilidad. Lo que brevemente resumiría Lampe⁵⁹ al sostener que con base en los mismos indicios empíricos relacionados con que la persona pueda lograr fidelidad al Derecho, es suficiente para sustentar, aunque sea en abstracto, el reproche ante una lesión al deber de comportarse conforme a la norma; de manera tal, que incluso atendiendo a los aportes de la neurociencia, la culpabilidad contiene elementos de valoración normativos, pero ello sería insuficiente si no se atiende a la propuesta planteada por Gómez y Gutiérrez,⁶⁰ en la cual el fundamento de la responsabilidad no subyace tanto en el libre albedrío, como en la dignidad humana.

55 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina. *Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2017.

56 Pauen, Michael y Roth, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit (Libertad, culpa y responsabilidad. Rasgos básicos de una teoría naturalista del libre albedrío)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp. 2008.

57 Luzón Peña, Diego Manuel. "Libertad, culpabilidad y neurociencias", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Vol. 3 julio de 2012, Barcelona, Editorial (1 de 1), 2012.

58 *Ibidem*.

59 Lampe, Ernst-Joachim. "Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre", *ZStW* 118, 2006, pp. 1-43. Citado en Crespo, Eduardo Demetrio, *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires, Argentina, Editorial BdeF.m 2017.

60 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina. *Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2017.

Esta manera de fundamentar la responsabilidad, en la cual no se niega la libertad, permite responder de mejor manera a cuestionamientos como ¿Por qué un sujeto que tiene accesibilidad normativa y tiene una conducta típica y antijurídica, puede ser hallado no culpable atendiendo a criterios de no exigibilidad de otra conducta?

Si el fundamento está adscrito al texto constitucional, y, por ende, a los valores y principios que allí son dispuestos, la categoría de la culpabilidad tiene un contenido esencialmente normativo, que encuentra asiento en las normas supremas del ordenamiento jurídico donde se pretenda encontrar culpable a un procesado.

A ello habría que agregarle que la dignidad humana contiene elementos de libertad como fundamentación, por lo que aún podría caber la pregunta sobre si realmente el ser humano es libre o no para criticar el fundamento de la responsabilidad penal. En ese sentido, Feijoo⁶¹ ha expuesto que sí puede entenderse una noción de libertad, pero diferente a la que tradicionalmente se había expuesto, concretándose en la capacidad que tiene el ser humano de autorregularse.

Esa sería, entonces, la libertad que compone a la dignidad humana como uno de los fundamentos de la responsabilidad penal, y que mantiene la vigencia del principio de culpabilidad.

¿CÓMO SE MANIFIESTA LA CULPABILIDAD EN LA HOMEOSTASIS SOCIOCULTURAL?

Habiendo comprendido con todo lo expuesto el alcance de la culpabilidad a partir de su evolución dogmática, así como de las variaciones de sus sustentos antes y después de los replanteamientos deterministas derivados de la neurociencia, es válido resaltar la importancia de esta figura, pues no en vano ha ocupado la atención de prodigiosas mentes a su estudio; ya que mientras el ser humano viva en sociedad, la culpabilidad ineludiblemente estará presente para una óptima, y sobre todo, digna convivencia social.

Lo anterior, por cuanto, como se pasará a exponer, desde cualquier ángulo en que se vea (como principio o como categoría dogmática) la figura jurídica de la culpabilidad es la que permite la legitimidad del Derecho penal, en procura de la conservación del orden social justo. Premisa que amerita una explicación más detallada.

Como fue enunciado en los capítulos precedentes, se tiene que el recurso principal de la ciencia jurídico penal, y las demás disciplinas humanísticas, es justamente el

61 Bernardo José Feijoo Sánchez. *Derecho Penal y Neurociencias ¿Una relación tormentosa?* Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Vol. n.º 2 de abril de 2011. Barcelona: Universidad Autónoma de Madrid, 2011.

ser humano; en lo que concierne a esta ciencia, las personas en sociedad. Ya que el Derecho penal nace precisamente de la necesidad de la convivencia social, como una herramienta de homeostasis sociocultural, pero para entender esta función de lo jurídico penal y su legitimidad a través de la *culpabilidad* se requiere comprender el concepto mismo de homeostasis sociocultural; por lo que se partirá de exponer la noción de homeostasis, pasando por un breve estudio de la cultura, para aterrizar nuevamente en la vinculación de esta expresión –homeostasis sociocultural– con el Derecho penal y su relación con la culpabilidad.

Partiendo de la etimología que propone la palabra, la raíz *homeo* significa semejante y *stasis*, estabilidad, es decir, parte de la idea de una equivalencia estable, que se da en procura de un equilibrio que brinde garantía de seguridad y estabilidad al organismo; esta “equivalencia estable” ha sido aplicada a criterios biológicos, como fue descubierto por Claude Bernard en 1865^[62] fisiológicos como los expuestos por Walter B. Cannon entre 1926 y 1932^[63], neurológicos como lo explicado ampliamente por Antonio Damasio en 2010^[64], y extrapolado a criterios antropológicos y sociológicos como la familia⁶⁵, la cultura y la sociedad.

Gómez Pavajeau expone que

Los mecanismos homeostáticos no solo regulan los aspectos biológicos de la supervivencia, sino también los mentales a través de paquetes de supervivencia químicos y mecánicos que avanzan hacia las representaciones y metarrepresentaciones como imágenes de las emociones, especialmente aquellas denominadas sociales, como la simpatía, la turbación, la vergüenza, la culpabilidad, el orgullo, los celos, la envidia, la gratitud, la admiración, la indignación y el desdén⁶⁶.

62 Bernard, Claude. “Introducción al estudio de la medicina experimental” 1865 citado en Aréchiga, Hugo, *Homeostasis*. Colección Conceptos. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 24.

63 En 1926, en 1929 y en 1932, crea la concepción de homeostasis para referirse al concepto de medio interno (*milieu intérieur*), publicado así en 1865 por Claude Bernard, referencia de la fisiología como se entiende en la actualidad, explicándose, a la vez, como la constancia de las variables fisiológicas y al complejo conjunto de mecanismos de control que el organismo utiliza para la regulación de esas variables, de allí su famoso aforismo que resumió esta noción en: “ la constancia del medio interior es la condición de la vida libre. Lo cita Mizraji, Eduardo. *El segundo secreto de la vida. La evolución biológica, la cibernética y las moléculas: Crónica de un encuentro*. Montevideo, Uruguay, Ediciones Trilce, 1999, pp. 37-38.

64 Damasio, Antonio. *Y el cerebro creó al hombre ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones, sentimientos, ideas y el yo?* Ferran Meler, Orti (trad.) Colección Imago Mundi. Barcelona, Ediciones Destino, 2010.

65 Ross Ashby, William. *Adaptiveness and equilibrium*. In: *J. Ment. Sci.* 86, 478. 1940.

66 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Neuroderecho Penal y Disciplinario. Conducta humana, consciencia de la ilicitud, y reproche jurídico-social*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 221.

Es por ello que la homeostasis no puede solo limitarse a criterios básicos de la biología y las ciencias naturales, cuando su presencia en campos sociales se denota en aspectos tan cotidianos como los derivados de la necesidad de equilibrio entre las emociones, sentimientos y expectativas de las personas. Y que se puede explicar con un ejemplo de Bransiforte en el que supone una manifestación popular con cierto grado de violencia para ejemplificar cómo ante una ruptura de la homeostasis social, “rápidamente se ponen en marcha distintos mecanismos que la sociedad tiene para restablecer la calma, tratando de volver al estado anterior”⁶⁷.

Uno de los mecanismos creados en busca de esta homeostasis es el concepto mismo de la cultura que, en palabras del sociólogo polaco Zygmunt Bauman,

(...) es un concepto relativamente nuevo teniendo en cuenta que apareció a finales del siglo XVIII, y esto no es hace mucho frente a la historia de la evolución humana, y en este corto tiempo el concepto de cultura ha cambiado considerablemente, su función en la sociedad ha cambiado. La cultura surgió como una redención o solución humana para establecer nuevas normas y crear el nuevo poder intelectual que puede recrear un nuevo orden en una sociedad confusa, *surgió por tanto, para ser algo homeostático*, como un aparato que hace que el barco funcione, que le previene o evita todo tipo de desviaciones en su ruta; esta fue la originalidad o la creación de las personas que comenzaron a hablar de cultura por primera vez, como una forma de intentar construir una sociedad madura⁶⁸.

Sin embargo, la cultura no fue una herramienta homeostática por sí sola suficiente para alcanzar las metas de orden social pretendidas, mucho menos en la sociedad actual en la que la cultura es diagnosticada en crisis, pues el ritmo social del presente siglo ha cambiado sustancialmente su objeto:

La cultura se veía como una colección de normas en aquel momento, y yo ahora sugiero que la cultura ya no es una colección de normas, sino más bien una colección de ofertas entre las que elegir, ya no es una fuerza estabilizadora sino una fuerza desestabilizadora; en parte porque se ha comercializado, ya no atiende a las necesidades de la sociedad sino de las instituciones, y se ha convertido en un gran negocio, porque está de moda comprar cultura, y esto crea una percepción confusa del mundo. La cultura está en crisis⁶⁹.

67 Carlos Arturo Gómez Pavajeau en su obra *Neuroderecho Penal y Disciplinario. Conducta humana, consciencia de la ilicitud, y reproche jurídico-social*, en la página 217 cita el ejemplo de Bransiforte, autor del artículo Homeostasis del Blog Fundamentos de Psicología que se puede encontrar en: <https://fundapsicologia.blogspot.com/2009/07/homeostasis.html>

68 Bauman, Zygmunt. *Foro de la Cultura: Innovación para un cambio social, Conversación entre Zygmunt Bauman y Javier Gomá*. Burgos, 7 de noviembre 2015.

69 *Ibidem*.

Por lo cual, surgen ordenamientos normativos, tales como la ética, la moral y el Derecho, a través de los cuales se logra la homeostasis sociocultural, al conducir a los seres humanos a resolver sus necesidades atendiendo las vías previamente establecidas por la homeostasis sociocultural⁷⁰, como expone el filósofo Javier Gomá:

El hombre moderno quiso durante mucho tiempo liberarse de opresiones tradicionales, quiso sacudirse los derechos y obligaciones inherentes a su antigua posición en el cosmos, e inició una carrera de liberación y esa carrera era un enamoramiento de la libertad, y el siglo XVIII, XIX y XX puede resumirse como el proceso de ampliación de la libertad subjetiva de los individuos.

Vivimos un momento en que la ampliación subjetiva de la libertad ha llegado a un máximo, y la tarea moral pendiente no es seguir ampliando la esfera de la libertad individual, sino de acordar las reglas, los usos para hacer un empleo virtuoso, social, responsable de esa esfera de garantías ampliada, es decir, una reapropiación de los límites.

(...)

Tenemos pendiente superar una visión negativa de la limitación de la libertad. Tenemos pendiente descubrir algunos límites que como dice Goethe “Limitarse es extenderse”⁷¹.

El Derecho penal emerge entonces como esa herramienta que permite justamente la consecución de la preservación del orden social justo, de esa reapropiación de los límites expuesta por Gomá, pero de suyo, en su esencia, resulta ser una herramienta sumamente restrictiva que solo logra su aplicación a través de la humanización que le aporta la culpabilidad. Esto al ser –la culpabilidad– la figura que llama a la observación de las condiciones individuales del autor y evalúa la exigibilidad de su comportamiento conforme a la norma; siendo, por tanto, una garantía de justicia en la aplicación del Derecho, ya que parte de la concepción humanística de la persona; como garantía de la dignidad humana.

De allí la trascendencia de la defensa de sus cimientos, frente a los nuevos desafíos que replantean el concepto mismo del ser humano y que han ameritado las discusiones anteriormente esbozadas; no solo por los doctrinantes del Derecho, sino también por los estudiosos del ser humano en las distintas disciplinas, que pregonan un replanteamiento de sus bases conforme a un “compatibilismo humanista”, como lo

70 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Neuroderecho Penal y Disciplinario. Conducta humana, consciencia de la ilicitud, y reproche jurídico-social*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 222-226.

71 Gomá, Javier. *Foro de la Cultura: Innovación para un cambio social, Conversación entre Zygmunt Bauman y Javier Gomá*. Burgos, 7 de noviembre 2015.

propone Demetrio⁷², donde, sin desconocer los avances que se vienen presentando en torno al estudio del hombre –pues se reitera su interdependencia de los fenómenos socioculturales⁷³–, conserve el reconocimiento de la dignidad humana de las personas, como seres capaces, sujetos de expectativa, tal como lo plantea Jakobs a manera de presunción de autorregulación.

La culpabilidad es, por tanto, la que legitima de fondo la preservación del orden social, desarrollándose en la sociedad, al permitir que el Derecho penal combata aquellos comportamientos contrarios a las expectativas sociales⁷⁴ que ponen en riesgo la homeostasis sociocultural, de forma humanística. Aportando así la garantía de seguridad en la cual se verifica el cumplimiento de la norma para evidenciar ante la sociedad que el orden se mantiene vigente.

REFERENCIAS

Agudelo, N. *Curso de Derecho penal*, 4ª ed. Medellín, Colombia: Nuevo Foro Penal, 2013.

Ameliach, E. La culpabilidad como elemento general del delito. *Capítulo Criminológico*, 27 (1), (123-144) Maracaibo, Venezuela, ISSN: 0798-9598, 1999.

Aréchiga, H. *Conceptos Homeostasis*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, Colecciones 2000, México, 2000.

Azcárate, P. *Obras de Aristóteles*. Madrid, tomo 2, 1873.

Bartra, R. *Antropología del cerebro: determinismo y libre albedrío*. *Salud mental*, 34 (1), 1-9, 2011.

Beling, E.. *Die Lehre vom Verbrechen (La doctrina del crimen)*, Tubingen, Verlag, von J.C.B. Mohr Paul Siebeck, 1906.

Bransiforte A. *Fundamentos de Psicología – Homeostasis*, 2009. Disponible en: <https://fundapsicologia.blogspot.com/2009/07/homeostasis.html>, Citado en Gómez, 2018.

72 Demetrio Crespo, Eduardo. *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Montevideo, Buenos Aires: BdeF. 2017 p. 17.

73 Würtenberger, Thomas. *Zeitgeist und Recht (Espíritu del Tiempo y Ley)*. Siebeck, Paul. Tübingen: J.C.B. Mohr. 1987.

74 Gerland, Heinrich. *Grudfragen des Strafrechtes (Cuestiones básicas de Derecho penal)*. Berlín: 2ª ed. Vahlen, 1922.

Carrara, F. (trad. de Ortega, J. y Guerrero, J.). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis, 1977.

Demetrio Crespo, Eduardo. *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho penal*. Montevideo, Buenos Aires, BdeF., 2017.

Engisch, K. Trad. de Guzmán J. *La teoría de la libertad de voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires, BdeF., 2006.

Feijoo, B. Derecho Penal y Neurociencias ¿Una relación tormentosa? *Revista para el Análisis del Derecho* 2, ISSN-e 1698-739X, 2011. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/806.pdf>

Fernández, G. La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias. En E. Demetrio (ed.), *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal* (pp. 152-226). Montevideo - Buenos Aires, Argentina, Editorial BdeF., 2017.

Frank, R. (trad. de Aboso G. y Löw T.). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Montevideo- Buenos Aires. BdeF., 2002.

Frisch, W. Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad. En B. Feijóo (ed.), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*. Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2012.

Gerland, Heinrich. *Grudfragen des Strafrechtes (Cuestiones básicas de Derecho penal)*. Berlín, 2ª ed. Vahlen, 1922.

Gomá, Javier. *Foro de la Cultura: Innovación para un cambio social, Conversación entre Zygmunt Bauman y Javier Gomá*. Burgos, 7 de noviembre 2015.

Gómez, C. y Gutiérrez, C. *Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2017.

Gómez, C. *La Prueba Jurídica de la Culpabilidad en el Nuevo Sistema Penal*, 4ª edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2017.

Gómez, C. *Neuroderecho Penal y Disciplinario. Conducta humana, consciencia de la ilicitud, y reproche jurídico-social*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2018.

Hassemer, W. Trad. de Muñoz F. y Arroyo L. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1984.

Hassemer, W. Trad. de Cancio M., Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal. *In Dret Revista para el Análisis del Derecho* 2, 2011. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/821.pdf>

Jakobs, G. (trad. de Cancio, M.) (2012). Culpabilidad jurídico-penal y libre albedrío. En B. Feijoo (ed.), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012.

Jakobs, G. Trad. de Peñaranda E. Suárez C. y Cancio, M., *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Civitas, 1997.

Jescheck, H. y Weigend, T. Trad. Olmedo M. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, Granada, Comares. ISBN: 9788484446415, 2003.

Kaufmann, A. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen: Otto Schwarz & Co., 1954.

Küpper, G., Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik (*Límites de la dogmática de Derecho penal normativo*). Berlín, Duncker & Humblot, 1990.

Lampe, E. Das personale Unrecht (*El error personal*). Berlin, Duncker & Humblot, 1967.

Lampe, E. Die Bedeutung der menschlichen Freiheit in der neuen Lehre von Strafrecht. En Lampe-Pauen-Roth (eds.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*. Frankfurt a.M, Suhrkamp, 2008.

Legendre, P. y Goodrich, P. *Psicoanálisis y Derecho, Estudio Preliminar de Juan Felipe García Arboleda*. Colección: Nuevo Pensamiento Jurídico, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, ISBN: 9789586654371, 2017.

Luzón, D. Libertad, Culpabilidad y Neurociencias. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho* (3), 2012, Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/260869/348072>

Marx, K. (1845) (publicada por Engels, F., 1888). *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*, 1888.

Mizraji, E. *El segundo secreto de la vida. La evolución biológica, la cibernética y las moléculas: Crónica de un encuentro*, Montevideo, Uruguay, Ediciones Trilce, 1999, pp. 37-38.

Novoa, E. *El derecho como un obstáculo al cambio social* 7ª Ed. México D.F., Siglo XXI, 1985.

Pauen, M. - Roth, G., Freiheit. Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willkürfreiheit (*Libertad, culpa y responsabilidad. Rasgos básicos de una teoría naturalista del libre albedrío*), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2008.

Pauen, M. Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung (*¿Libertad de ilusión? Posibles e Imposibles Consecuencias de la Investigación del Cerebro*), Frankfurt am Main, Fischer, 2006.

Pérez, M. Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la Neurociencia. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho* 2, 2011. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/818.pdf>

Rojas, E. *Homeostasis*, 2017. Disponible en: <http://eca-ensenanzamedia-biologia.blogspot.com/2008/06/homeostasis.html>

Roth, G., Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert, (*contar, pensar, actuar, cómo el cerebro controla nuestro comportamiento*). Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2003.

Rubia, F. *El Cerebro: avances recientes en neurociencia*. Madrid, Editorial Complutense, 2009a.

Rubia, F. *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*. Barcelona, Crítica, 2009b.

San Agustín de Hipona (412-426 d. C.) *La Ciudad de Dios (De civitate Dei contra paganos)* Editorial Porrúa, 17ª Edición, 2004.

Velásquez, F. La culpabilidad y el principio de culpabilidad. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana* 50, 1993, pp. 283-310.

Von Liszt, F. *Tratado de Derecho penal, op. cit.*, t. 2. Madrid, España, Editorial Reus, 1999.

Welzel, H. (trad. Cerezo, J.). *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 2ª Edición, Montevideo-Buenos Aires, BdeF., 2001.

Würtenberger, Thomas. *Zeitgeist und Recht (Espíritu del Tiempo y Ley)*. Siebeck, Paul, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1987.

Zaffaroni, E. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 1980-1983.