

Derecho penal, determinismo y libertad

POR GUILLERMO LARIGUET

1. Supóngase que usted tiene la inmensa dicha de ser Gandalf y con una orden a su báculo transforma la oscuridad en luz. O, si prefiere un ejemplo femenino atractivo, piense en Storm de los X Men: cuando sus ojos se ponen en blanco es señal de que está cambiando a su antojo las condiciones climáticas del entorno. Esto pone a los magos y a los superhéroes en una posición en la que ni Dios, si existiese, podría estar: una posición que habilita a alterar relaciones causales clausuradas bajo leyes naturales. Parece que el fuelle del universo, que expele una cadena de causas y efectos, cancela, prima facie, en forma conceptual y empírica posibilidades como éstas. La idea tiene una interesante analogía contrapuesta con los salmones. Ellos, se podría decir, están determinados de tal forma que pueden nadar contra la corriente de ríos frescos. Pero parece que los agentes humanos no podemos hacer lo mismo que los salmones: la dirección causal del mundo nos empuja (otra imagen del determinismo) -o nos determina- a nadar hacia delante y no contra las cascadas.

Es verdad, desde luego, que las criaturas humanas no pierden la ambición de ser demiurgos radicales que buscan rebelarse, con distintos grados, de la marea causal del mundo. Hace siglos podíamos imaginar situaciones que, en dichos momentos, se revelaban tan tentadoras como utópicas. Así, Leonardo da Vinci o Julio Verne imaginaban aviones y submarinos: una peculiar subclase de tecnología que en términos de “diseño evolutivo” logramos imaginar, concebir y llevar a la realidad para navegar por aguas profundas del mar o para volar por los aires, algo que, como simples humanos, sería imposible realizar. Como si los ejemplos no fuesen suficientes podríamos pensar otros. Hace tiempo tampoco habiéramos aceptado

que ciertas capacidades menguadas pudieran ser restañadas con un plus de ventaja. Pensemos, por caso, en los aditamentos biónicos que se les adosan a sujetos que han perdido brazos o piernas. Probablemente estos hombres han adquirido, ahora, un agregado que, incorporado en su organismo, les lleva a realizar tareas más complejas o más exigentes que antes con sus simples brazos y piernas no podían efectuar. Vayamos más allá: hace tiempo habiéramos dudado del hecho de que nuestra vista, audición, olfato, etc., pudieran ser mejorados. En contra de miedos atávicos contra una eugenesia no simplemente paliativa sino elocuentemente mejorativa, estamos asistiendo a casos de posible aumento de nuestros sentidos y, más aún, de nuestras potencias cerebrales. Con arreglo a estas innovaciones tecnológicas y científicas, podríamos incrementar nuestras capacidades de concentración, de realizar cálculos sofisticados, etc. Es decir que, casi, casi, nos estaríamos aproximando a los magos o a los superhéroes de los ejemplos que di al inicio. Sin embargo, hay un “pero”, prima facie, importante. Este “pero”, como el lector avisado notará, se vincula con las leyes causales con que aparentemente abrimos o clausuramos puertas o ventanas de posibilidad conceptual y empírica a nuestra intervención en el mundo. En la medida en que concedemos una cierta deferencia por las leyes de la física, tal y como las conocemos, parece que la afirmación que acabo de efectuar nos abre paso a una discusión sobre el determinismo.

2. Es un lugar común pensar que si el determinismo, como tesis acerca de la estructura legaliforme del mundo, es verdadero, muchas de nuestras más caras creencias, prácticas, instituciones, etc., se desmoronarían como un castillo de naipes. Al-

(*) Investigador de Conicet, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Miembro del Programa en Ética y Filosofía Política, Universidad Nacional de Córdoba. Este artículo forma parte de mi trabajo como investigador de Conicet, así como también está conectado con el proyecto de investigación, dirigido por Hugo Seleme, sobre evaluación moral de las instituciones públicas subsidiado por Secyt de la UNC. Agradezco los comentarios críticos de Daniel Cesano,

Santiago Truccone, Marcelo Ferrante y Milton Peralta a una versión anterior del trabajo. Asimismo, me encuentro en deuda con René González de la Vega y Juan Vega que discutieron mis ideas en un seminario que se dedicó a controvertir el trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, el 6 de junio de 2014. Por último, Luciana Samamé aportó importantes sugerencias de estilo de no poco impacto en el sustrato filosófico del trabajo.

gunas personas fácilmente sugestionables podrían preguntarse, con una cara algo aterrorizada o muy aterrorizada, cómo es posible eso. Otros cerrarían filas en sus creencias y podrían exclamar: ¡no quiero oír eso! O, en otra versión, declararían que el que sostiene la tesis sobre la verdad del determinismo está loco o miente. Pero, comoquiera que sea, ¡no queremos oírlo! Y si finalmente tenemos la desgracia de que la descarga de sonido ingrese a nuestro sistema cerebral por el tubo auditivo, entonces podemos declarar que es mentira: que el determinismo es falso o, by default, que si es verdadero, podemos darnos el lujo de fingir como si no lo fuese, o como si no fuese tan apremiante aceptarlo (1). ¿Cuál es la explicación para estas reacciones contra hechos científicos bien conocidos y testeados desde Newton, pasando por Einstein, hasta nuestros días? Básicamente la respuesta es el temor (2). El temor a que cosas que valoramos, que nos preocupan mucho, desaparezcan, ni bien aceptemos esta dolorosa verdad (3). ¡Detengan

(1) Cf. HASSEMER, Winfried. “Neurociencias y culpabilidad en derecho penal”. En *InDret*. Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2011. p. 6.

(2) Sentimiento que se vincula con una angustia no sólo existencial sino también filosófica. La conjunción lógica de dos presuntas verdades que son incompatibles (determinismo, por un lado, libertad, por el otro), vuelve sumamente inquietante que de dos verdades juntas se pueda seguir una contradicción. Hay familias enteras de respuestas extremas a esta paradoja o contradicción surgida de la conjunción de dos verdades: familias compatibilistas, incompatibilistas, etc. Mi intuición es que, si hay dos verdades, nuestra tarea filosófica de curación de la angustia tiene que mostrar que ambas verdades o grupos de verdades en torno a las categorías de determinismo y libertad se pueden reconstituir en un cuadro coherente. Mi propuesta, en tal sentido, irá en esa dirección: mostrar que la tesis que defiende vuelve compatibles determinismo y libertad y que, por tanto, no estamos ante un dilema insoluble que nos obligue a sacrificar algún grupo de verdades, asíéndonos de un cuerno y descuidando el otro.

(3) Una consideración restrictiva del adjetivo “racional” podría indicar en forma lapidaria que el temor no es un buen candidato a la explicación de nuestras fuentes de rechazo, incomodidad, desdén o fingimiento con lo que suponemos implica el determinismo. Aunque más adelante, en el cuerpo de este documento, indicaré qué es lo que bien entendido conceptualmente implica y no implica el determinismo, debo aclarar, primero, en qué consiste esta consideración restrictiva y, segundo, por qué esta consideración debe ser dejada a un lado. Lo primero es que según esta consideración, si es verdadero el determinismo (luego veremos en qué lo es y en qué no lo es), entonces, qué sentido tiene expresar temor o preocuparse por lo que de todos modos va a suceder o no va a suceder. Después

al que anda proclamando estas ideas al viento! Así, ¿cómo consideraríamos ahora emociones complejas como el amor? ¿Qué haríamos con nuestras actitudes de justa indignación ante una situación inequitativa o arbitraria? ¿Qué lugar ocuparían los elogios o los reproches o censuras? Y, más aun, ¿qué haríamos con nuestras instituciones de castigo moral y jurídico-penal, según el caso? Estas preguntas no son ejercicios retóricos. Sinceramente tememos que si aceptamos en la mente y en las entrañas que el determinismo es verdadero, no nos quede nada que decir. Es casi como perder nuestra humanidad.

La por momentos vaporosa idea de “humanidad” pareciera evocar una imagen en la que nos “salimos” del enojoso lugar de marionetas de un titiritero, en este caso, una titiritera: la física y sus leyes de causalidad (4). Si a fin de cuentas es verdad que “no hacemos lo que queremos”, sino que “queremos lo que hacemos”, como dice una conocida y sugestiva frase, entonces, dónde quedan ideas tan caras para nuestras vidas, ideas que llevan siglos de elaboración y sedimentación, como las ideas de “acción”, “agencia”, “consciencia”, “intención”, “libertad de acción o de voluntad”, “responsabilidad” (moral, jurídica, política.), etc.

de todo, ni yo ni nadie seremos responsables de nada, no habrá estrictamente acciones sino un manejo de causas y efectos. Esta consideración es muy defectuosa pese a su imponente apariencia “racional”. Tener o dejar de tener temor o preocupación no depende sólo de consideraciones “racionales” como las que expresa este argumento. Se trata de emociones que naturalmente nos acompañan en la reacción a un mundo que, si fuera cierto, sería plenamente hostil a lo que más queremos atesorar: la idea de que hay acción, intención, mérito, responsabilidad, etc. Es una paradoja para la consideración restrictiva refugiarse en un argumento “racional” que, en definitiva, descansa en un modelo estrictamente determinista, es decir, un mundo donde lo que llamamos “racional” sería también reductible a una descarga eléctrica de nuestro cerebro disparada por otras descargas eléctricas... ¿Hace falta que diga que algo está podrido en Dinamarca?

(4) Soy “consciente” —¡perdón por esta expresión!— de que hablar de causalidad no evita preguntas paradójicas no carentes de sentido, a saber: en el manejo de causas y efectos, cómo saber si lo que llamamos efecto no es en realidad causa; por caso, que mi hijo actual sea causa de que yo haya nacido y no al revés (comentario de Truccone). Esto sienta un conocido problema epistémico en torno a la identificación de causas, pero aquí no puedo distraer al lector con esta cuestión que es paralela a los propósitos del presente texto.

El precio a pagar por la verdad del determinismo parece demasiado doloroso.

Como sostendré aquí, la clase de temor que explica estas reacciones, preguntas y preocupaciones es un tipo de irracionalidad que no estamos conminados a aceptar. Admitir la verdad del determinismo no conlleva una pérdida tan angustiante y no tenemos que esconder la cabeza bajo la arena, cerrar los oídos, o fingir que no nos interesa, o que el determinismo no es relevante para nosotros.

Tal como puede adivinarse, mi posición no es original: encarna una forma de “compatibilismo” (5) que en el caso del derecho penal ha sido defendida entre otros, en el ámbito de habla hispana, por Demetrio Crespo (6).

Mutatis mutandis, esta forma filosófica de compatibilidad debería permitir, para el caso del derecho penal, un equilibrio armónico entre lo que los dogmáticos penales llaman la imputación objetiva (que demanda un examen de la temática causal) y la imputación subjetiva (lo que los filósofos entendemos por procesos mentales complejos que involucran diversas cuestiones cognitivas vinculadas a la intención, la representación mental, la imaginación, la memoria y percepción, etc.).

En efecto, aquí alegraré que la verdad del determinismo es compatible con ideas como las de acción, libertad, consciencia, agencia, intención, etc. Se podría decir, y lo acabo de admitir, que mi posición no es para nada original y de hecho no pretende serlo. Aunque algunos de mis ejemplos se solaparán con cuestiones morales y políticas, pretendo aplicar mi análisis del determinismo al ámbito del derecho; en particular del derecho penal o criminal. Este es un ámbito particularmente agudo del problema porque a través de un

(5) Como se verá, tal postura trata de alinear verdades causales con postulados normativos; si a esto preferimos llamarlo —como me ha dicho Marcelo Ferrante— “semi compatibilismo” no tengo mayores problemas toda vez que ello coincide con lo que intentaré transmitir. Si es así, es una pura cuestión de nombres y punto.

(6) Cf. DEMETRIO CRESPO, E. “Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal”. En DEMETRIO CRESPO, E. (director). *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. B de F Editor, Buenos Aires-Montevideo, 2013, p. 28.

sistema punitivo, establecemos un régimen de castigos para ciertas violaciones normativas que denominamos delitos o crímenes.

La tendencia de parte significativa de la doctrina penal, al menos de lo que se conoce con un término poco feliz como “dogmática jurídica”, suele exhibir una posición que a mi criterio no ha excavado suficientemente en la arquitectura conceptual del problema del determinismo que problema filosófico. Una parte importante de la denominada “dogmática jurídica”, más allá de sus diferencias “escolásticas”, suele alegar que los conceptos de la dogmática jurídica son normativos.

Lo anterior puede significar que no importa el determinismo, no importa si es verdadero o falso, porque el objeto de la empresa dogmática son las normas: la actividad conceptual es preponderantemente normativa y ciertas categorías, de manera favorita la llamada “culpabilidad”, es un concepto normativo. Tomar “en serio” el mundo empírico-causal y la verdad del determinismo en un ámbito dogmático-jurídico implicaría un “error categorial” si se pretende burlar la normatividad del concepto por consideraciones empíricas propias de la biología o la neurología (7).

Actitudes como las arriba indicadas podrían poner las cosas, en principio, del lado de cierta versión compatibilista. Sin embargo, yo la veo más bien como una actitud de ligero desdén por cuestiones empíricas de funcionamiento del mundo. Un desdén que puede enhebrarse, a veces, con una política académica del fingimiento. Después de todo, seguimos aplicando castigos sin que se nos erice un solo pelo por las arengas de los científicos.

Epistemológicamente hablando, se sostendría, conforme a este tipo de actitudes que estoy comentando, que la dogmática es una construcción intelectual normativa, deslindada disciplinar y teóricamente de ciencias empíricas como la física, la biología, la genética, la sociología, la psicología u otras ramas de las llamadas neurociencias, etc. Desde luego, creo que hay un fuerte grano de verdad en considerar normativa a la dogmática jurídica penal y aun si también entiendo que ver-

(7) Cf. HASSEMER, Winfried. “Neurociencias y culpabilidad en derecho penal”. En *InDret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2011, p. 6.

siones del estilo “Lombroso-Ferri” son en cierto sentido “atavismos”. No obstante, no estoy seguro de que el carácter normativo de la empresa intelectual dogmática requiera un desdén, fingimiento o un trato “muy dogmático-jurídico” —y poco filosófico— de cuestiones empíricas.

Más bien, creo que esta actitud no merece nuestro total crédito o nuestro complaciente aplauso. Por fortuna, ya hay dogmáticos que empiezan a dudar seriamente de que las actitudes del desdén o del fingimiento sean aceptables. Pero antes de recorrer el camino que creo es conceptualmente más apropiado de cara al tratamiento filosófico del determinismo, y que debiera llevar por otras sendas del análisis (filosófico) a los dogmáticos penales, aquí, tengo que avanzar de una manera un tanto morosa.

3. Primero que todo, algunas precisiones del campo semántico al que estoy aplicando el término “determinismo”. Esta palabra se ha usado como comodín en distintos campos disciplinares: se habla no sólo de determinismo físico, sino también biológico, genético, social, psicológico, etc. (8).

Varios de estos usos aparecen, a veces entremezclados, a veces discernidos, con mayor o menor claridad, en diversos usos morales o jurídicos atinentes a cuestiones de responsabilidad. Así, bajo el lema de “no hay responsabilidad sin culpa”, los éticos y los juristas involucrados en temáticas de responsabilidad (por ejemplo los penalistas) hablan de “excusas”, “eximentes” o causas de “exculpación”(9).

(8) Por ejemplo, puede sonar paradójico reconocer que, qua agentes culturales, diseñamos “dispositivos sociales”, como el capital o el consumo, por ejemplo, que podrían fungir como surtidores de determinismo social o psicológico, explicando, por caso, la compulsión a comprar o la frustración por no poder consumir lo que deseamos. Pero como seres culturales parece que podemos fraguar corrientes deterministas que en el ámbito social incidan en nuestras creencias y deseos (determinismo psicológico). Se presupone, tácitamente, que algo de “libertad” tenemos para generar estos dispositivos; algo así como ser libres para luego determinarlos... el aire paradójico se podría disolver, pienso, comprendiendo los rasgos de una estrategia de tipo compatibilista como la que voy a desarrollar en el cuerpo del presente texto.

(9) No discutiré aquí la extensión de propuestas de responsabilidad objetiva en ética o en derecho. En el caso penal, autores de tipo funcionalista parecen parar mientes en los fines preventivos de la pena con prescindencia de

No me importa ahora adherir a un tipo de nomenclatura terminológica rígida. Todas estas formas de hablar parecen recoger, en forma incontestable, que al menos el determinismo es verdadero para “ciertos casos”. Por ejemplo, de adicción notoria a ciertas drogas que alteran la conducta, a casos clínicos y variopintos de locura (esquizofrenia, psicosis), a la constatación cierta de tumores cerebrales que afectan el comportamiento, o a casos en que somos coaccionados de diversas formas, o bien situaciones en que otros “escriben en nuestras mentes”, pues somos de un modo u otro manipulados para hacer algo, que de otro modo no haríamos. El listado de estos casos en los archivos de éticos y juristas pareciera conminar la aceptación parcial de la verdad del determinismo.

La expresión “aceptación parcial de la verdad”, con todo, es algo estrambótica. La verdad es un predicado lógicamente singular y no una porción de pizza: esto es “parcialmente” verdadero, en todo caso, es una expresión que requiere algún tipo de aclaración ulterior. Digamos entonces mejor que todos estos éticos o juristas parecen presuponer algo así como un “determinismo local”. Conforme a este tipo de determinismo, habría casos, como los arriba listados, que deberían llevarnos al terreno de la exculpación moral y/o jurídica. Una razón, no la única, pero sí una fundamental para llegar a esta política exculpatoria es que el “agente” no pudo elegir obrar de otro modo. Es más: con arreglo a esta razón, el mismo término “agente” parece una contradicción en los términos; pues las palabras “agente” o “agencia” remiten a un sujeto “dueño” de sus acciones, alguien que está a cargo del timón, no alguien, como parece el caso, que es simplemente paciente.

En rigor, una tesis comúnmente endilgada al determinismo es que si el mismo es verdadero, esto significa que hay “un solo futuro posible” que ya está gobernado por leyes causales. Como sólo hay un futuro posible, entonces, por definición, no “hay opciones abiertas o alternativas” para las

consideraciones de la culpa. Otros autores piensan que la culpabilidad es un juicio de reproche normativo por un “mal uso de la libertad”; pero el punto es que se da por descontado que el hombre es antropológico u ontológicamente libre y esto es un nombre y no la solución a un problema. Cf. SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo. “La libertad del derecho penal: ¿de qué hablamos cuándo hablamos de libertad?”. En *InDret*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2014, p. 27.

criaturas humanas: pensar lo contrario sería un ejemplo de creencia falsa, de autoengaño.

A esta fotografía del determinismo se le suele añadir otro rasgo en una siguiente placa más compleja, a saber: que lo que vaya a pasar-nos es, después de todo, inevitable. En cierto sentido, y como si sonase paradójico, esto nos pone en un camino muy antiguo: el de los viejos griegos que olfateaban los tristes destinos inevitables de Agamenón, Edipo o Antígona, como casos que inevitablemente, no importa lo que hicieran los agentes, iban a terminar mal, pésimamente mal. Con lo cual, esta versión física de nuestro mundo moral es cuasi trágica. No son Sófocles, Esquilo o Eurípides lo que lo sugieren sino estos poetas de la causalidad que llamamos físicos.

Pero recordemos que hablábamos de algo así como un determinismo local o parcial. Sin embargo, como ya adelanté, esta tesis es problemática porque se contrapone a nuestras intuiciones más firmes sobre la naturaleza de la verdad como predicado singular y totalizante. Si el determinismo es verdadero, entonces, no hay algo así como un determinismo parcial o local sino uno “total”, es decir, uno que aplicaríamos a sujetos “normales” y no sólo a sujetos desquiciados, desviados o coaccionados (10).

Con todo, si lo anterior cobra curso, entonces ahora sí que podemos empezar a correr, a cerrar ojos, a parapetarnos en nuestras cómodas creencias, a meter la cabeza bajo la arena o simplemente ponernos a fingir. Ello es así, si, como parece sugerirse, el determinismo conceptualmente implica:

i) la tesis de que sólo hay un futuro posible;

ii) que dicho futuro es inevitable; a consecuencia de lo cual:

iii) somos un eslabón más en la cadena causal del mundo y,

(10) Si el determinismo se vuelve una atmósfera conceptual totalizante no susceptible de compatibilización conceptual con la idea de agencia libre, entonces, esto podría preparar el terreno para que el dogmático penal abandonase la idea de punición y abrazase la idea de “medidas de seguridad”. Pero esto supondría posponer el problema y no resolverlo. Es notable que todavía podremos preguntarnos qué las torna moralmente legítimas y diestras para ser políticamente administradas.

iv) por lo tanto, no somos los “autores últimos” de nuestras “mal llamadas” “acciones” (11), entonces digamos: ¡sálvese quien pueda! Ya no necesitaremos, siquiera, decir, “las mujeres y los niños primero”. Todas nuestras creencias sobre el amor, sobre la justa indignación, sobre el papel del elogio o la censura, y más aún sobre el castigo, se disuelven ni bien aceptamos la verdad del determinismo. No me venga a decir, señor “dogmático del derecho penal”, que su categoría de culpabilidad es “normativa” y con esto se liquidó la discusión filosófica. Esto equivaldría algo así como a aplicar una compresa de agua fría en un hombre con metástasis (12).

Una variante estándar de científico o filósofo “naturalista”, esto es, uno que aboga por un continuo entre los métodos de las ciencias empíricas y los métodos del análisis filosófico podrían replicar al dogmático: oiga, usted tiene bien ganado el término “dogmático”, porque lo suyo no pasa de ser un dogma. Por más “normativas” que sean sus categorías conceptuales, las mismas tienen que tener un “anclaje” en el mundo, y el mundo... el mundo está físicamente determinado. Un penalista avieso, que quisiera jugar de teólogo, o que simplemente jugara a ser el “ojo de Dios”, podría, por supuesto, restregarse de gusto las manos y pensar que, así, podría predecir por nanosegundos qué delitos cometerán Pedro, María, Manuel o Juana. Pero las cosas no son tan fáciles, y no creo que los juristas estén dispuestos a jugar este juego.

Diría más: hay juristas seriamente preocupados por la verdad del determinismo. Muchos de ellos empiezan a estar convencidos de una variante del determinismo: la idea de Benjamin Libet de

(11) Cf. STRAWSON, Galen. “The impossibility of moral responsibility”. En *Philosophical Studies. An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Vol. 75, No. 1/2, 1994, p. 3.

(12) Un argumento diferente del jurista podría consistir en una división de tareas: al filósofo qua metafísico le toca generar escepticismo sobre la responsabilidad moral a partir de la supuesta verdad del determinismo; al jurista, en cambio, le toca basarse en un “simbolismo normativo” que “va por fuera de la causalidad” y no la toma en cuenta por razones de tipo normativo. Sin embargo, este argumento es débil. El simbolismo normativo no debe colgar del cielo, debe cuajar con verdades sobre el mundo causal. A menos que mostremos, con otro argumento adicional, por qué nuestras mejores posturas metafísicas no tienen que ir alineadas con nuestras reconstrucciones normativas, en este caso jurídicas.

“potencial de disposición” (readiness potential), idea conforme a la cual la “consciencia” emerge 300 milisegundos después de que ya nuestros mecanismos pre-conscientes tomaron el control y “decidieron” por “nosotros”. A lo sumo, quedarían unos escasos 100 milisegundos para intentar vetar una decisión cuasi-irrefragable. Así tomado, el mundo-Libet nos propone un escenario muy amenazante. ¿Cómo podemos castigar a la gente sabiendo esto? Si seguimos sosteniendo el castigo, sabiendo la verdad de Libet, y seguimos castigando ¿qué nos diferencia de Eichmann cuando mandaba a los judíos al muere? A lo mejor, al principio sentiremos mareos y náuseas, inclusive hasta vomitaremos, hasta que la anestesia de la academia de los juristas y de la rutina de los tribunales nos calme y sigamos como si nada.

No estoy seguro de que la tesis de Libet sea incontestable, es más, creo que es contestable. Pero para llegar a este punto, necesito, por lo pronto, explorar dos cosas. Primero, una alternativa al determinismo. Segundo, al demostrar que esta alternativa fracasa, volver al determinismo para pulir ideas adecuadas sobre él y sacar a relucir por qué una vía compatibilista es más adecuada para nuestros propósitos normativos en ética o en derecho penal.

4. Frente a los males que surgen de abrir esa caja de Pandora que es el determinismo, algunos filósofos han probado con una versión de la física pertinente especialmente a nivel microscópico: me refiero a la física cuántica. A contrapelo de la intuición de que “Dios no juega a los dados”, los físicos cuánticos hacen flamear una bandera que parece más atractiva para filósofos, juristas o políticos. Es la bandera del “indeterminismo cuántico” (13). Los colores de esta bandera mostrarían el papel del azar en la conformación polimórfica e indeterminada de las pequeñas partículas que componen el universo y nosotros estamos hechos también de esas partículas. Si el determinismo era el dique de contención que impedía el desborde de la libertad, el indeterminismo cuántico o el azar cuántico facilitarían la libertad de acción pues eliminarían dicho dique de contención.

Pienso, sin embargo, que la mencionada alternativa le hace un muy flaco favor a la causa por

(13) Cf. DENNETT, Daniel. *La evolución de la libertad*. Trad. Vilá Vernis. Paidós, Barcelona, 2004. pp. 156; 163; 242.

la libertad y la responsabilidad moral, jurídica o política (14). Si no hay nada que determine mi acción, sino que ésta surge de un evento numinoso del azar, inaccesible a nosotros al momento de actuar, se vuelve muy difícil dar cuenta de la idea de responsabilidad.

En palabras de William James: “si un acto ‘libre’ ha de ser una novedad absoluta que no proceda de mí, de mi yo previo, sino ex nihilo, y simplemente se asocia a mí, ¿cómo puedo yo, el yo previo, ser responsable por él?” (15). En otras palabras: no puedo invocar el azar como fuente de mis acciones: éstas no pueden ser mías, como tampoco, presumiblemente, pueden serlo en un marco determinista. Un cuadro absolutista de azar o indeterminismo, al igual que un cuadro absolutista de determinismo, no parecen dejar lugar para la acción libre y responsable. Todos nuestros intentos de elogio, censura, resentimiento, ofuscación o castigo, se evaporan.

Ahora bien, cuando digo determinismo “absolutista” quiero decir, en realidad, una postura radicalizada sobre esta tesis que la vuelve innecesariamente incompatible con cualquier intento de hablar con sentido de libertad, responsabilidad, consciencia, agencia o responsabilidad. Algunos filósofos no se sienten especialmente urgidos por esta aclaración. De hecho, el “incompatibilismo”, tesis contraria a la que yo defiendo, sostendría que el determinismo, su verdad o falsedad, le importan un bledo (16). El tema de la acción libre y responsable es un misterio que conviene dejar bien guardado. A fin de cuentas, los “milagros” existen y, por tanto, una acción libre y responsable es como una especie de acción auto-afirmativa, donde el hombre se vuelve conscientemente dueño de su destino. Por definición, un milagro pone en cuestión las leyes de la física. Moisés puede abrir el mar en dos o la mano de San Antonio de Tormo puede evitar el resultado fatal de la caída de un hombre de un piso 20. Pero aquí tenemos un problema que es serio. Un milagro torna “epi-

(14) En esta misma línea para el caso del derecho penal, véase, por ejemplo, DEMETRIO CRESPO, E. “Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal”, p. 28.

(15) Citado en DENNETT, Daniel. *La evolución de la libertad*, p. 147.

(16) Por ejemplo, Sartre y su concepción radical de libertad podría catalogarse bajo esta tesis.

fenoménicas” las leyes de la naturaleza: ellas no hacen ninguna diferencia en el mundo. Lo que llamamos la “acción” parece un conejo sacado de la galera de un mago, sólo que parecemos apostar a que esa magia es completamente “real”, o que así tenemos que suponerlo.

Sin embargo, resulta difícil sepultar siglos de reflexión científica falsificable para terminar abrazando una versión milagrosa o mágica del mundo. Si admitimos que como criaturas racionales nos guiamos por una presión —evolutiva, si se quiere— por la coherencia, tenemos que hacer el esfuerzo epistemológico de reconciliar nuestras creencias sobre la acción con datos científicos bien asentados sobre el funcionamiento causal del mundo y ver cómo encajar coherentemente las piezas de la acción libre y responsable, y otras nociones conceptualmente conexas, con hechos científicos bien asentados.

Parte de la búsqueda de milagros surge de un decaimiento en la fe del hombre por el hombre. Si el mundo no surge del acto de un “relojero ciego”, sino que hay un orden causal, que por otra parte no requiere de la suposición metafísica de un Dios ordenador, es preciso entonces buscar un equilibrio reflexivo entre nuestras categorías científico-empíricas y nuestras categorías normativas surgidas de una exponenciación conceptual de la moralidad y el derecho. Esto no significa desacreditar el fecundo y aun inexplorado terreno de la física cuántica. Pero la tarea de un filósofo debería consistir, en parte, en refinar de tal modo nuestros conceptos que ellos hagan equilibrio y conserven nuestras mejores intuiciones. La práctica del castigo, por ejemplo, aun con ser considerada vaga o laxamente como “normativa”, y el hecho de que nuestras instituciones de castigo sean más o menos eficaces, no nos disuade de una investigación conceptual profunda que calce bien nuestros conceptos en la horma adecuada (17). El zapatito de cristal le va a una y sólo una muchacha. Exploremos algunas alternativas para dar con una versión compatibilista adecuada y descartemos algunas ideas concebidas con una reflexión inadecuada.

5. Primero, parece seguirse que si el determinismo físico es verdadero, entonces, no hay lugar

(17) Cf. STRAWSON, Peter. F. “Libertad y Resentimiento”. Trad. Laura Lecuona. En Cuadernos de Crítica, 47, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. p. 9.

alguno para nuestras creencias, prácticas e instituciones basadas en ideas de agencia intencional, consciencia del acto, acción libre y responsabilidad, por caso responsabilidad punitiva impuesta por el Estado. Esto sería así porque avalando el determinismo estaríamos defendiendo que hay un único futuro posible y que el “agente” o, digamos mejor, el “pseudo-agente” no pudo evitar hacer lo que hizo; no tuvo otra opción. En suma, no hay alternativas abiertas y, como no las hay, entonces no puede haber sensatamente responsabilidad alguna. No se trata, repitamos, de un caso de determinismo local o parcial. No es que, por ejemplo, asumamos que el determinismo es presumiblemente verdadero para algunos casos susceptibles de enumeración: por ejemplo, que los pederastas están químicamente determinados a abusar de menores una y otra vez y que la tasa de reorientación sexual y social muestra importantes y verificables dosis de fracaso. O que consideremos que el sujeto, dado que tenía un tumor cerebral, entonces no pudo evitar actuar de ese modo. No. Estas tesis son tan trivialmente notorias y evidentes al punto que creo ningún filósofo o jurista tendría que negarlas. Ni siquiera el incompatibilista de los milagros si fuese un incompatibilista milagrero pero con algo de sensatez. La tesis es más radical, al menos eso se supone. La tesis consiste en afirmar que no hay responsabilidad alguna que podamos administrar porque la tesis determinista es verdadera y ello implica desde el punto de vista lógico que no hay opciones abiertas. Como predicado singular, es una verdad total y no sólo para unos casos localizables ahora o en un futuro determinado cuando expandamos nuestra información sobre otros posibles casos a incluir.

Empero, Harry Frankfurt ha mostrado con buenos argumentos que esta tesis es falsa (18). Yo diría algo más suave y diría “precipitada”. Con varios experimentos mentales Frankfurt muestra que podría haber casos donde un tal Jones es manipulado o coaccionado a hacer “x”, pero en realidad él ya iba a hacer “x” de todos modos, con lo cual, la presión coactiva no ejerce ninguna influencia decisiva. Aquí es verdad que Jones no tenía abiertas alternativas, sin embargo podríamos decir que es responsable por “x”; hacer “x” estaba dentro de

(18) Cf. FRANKFURT, Harry. G. “Posibilidades alternativas y responsabilidad moral”. En La importancia de lo que nos preocupa. Ensayos filosóficos. Katz Editor, Buenos Aires, 2006, p. 11.

sus firmes propósitos o convicciones. De un modo semejante a como para Martín Lutero no había más que un solo camino: reformar una iglesia corrupta e ignorante. Él era firme en sus propósitos y visualizaba una sola opción a la mano.

6. Volvamos ahora a algo a lo que prometí regresar: la idea de Libet del “potencial de disposición” que parece ejercer una sinuosa atracción en algunos juristas. Este regreso es particularmente acuciante si admitimos que la escenografía conceptual de Libet es una variante incómoda de determinismo. En este experimento realizado por Libet se corroboraría que la “consciencia” es una emergente que aparece “acompañando” “tarde” una decisión que fue tomada antes en nuestra terra incógnita del inconsciente. La decisión fue tomada en el cuartel general de la pre-cognición y la consciencia aparece después. Es decir, no somos capitanes del barco; somos algo así como el barco de Benito Cereno de Melville; vemos a un capitán que no es tal; el verdadero está prisionero. Pero ¿dónde está “prisionero” el “verdadero capitán”?

La obsesión por ubicar el alma del agente en lo que Dennett llama el “teatro cartesiano” fiable nos conduce a aceptar esta versión de Libet conforme con la cual hay una disparidad temporal sumamente inquietante. El verdadero decisor tomó la decisión mucho antes de que nuestra “consciencia” sea capaz de registrarla o de que tenga suficiente tiempo para deliberar y constreñir o vetar lo que ya se ha decidido. Somos algo así como el parlamento de algunos países: una suerte de notarios de lo que ya decidió nuestro Ejecutivo, en este caso, nuestro capitán oculto en terra incógnita. Esto parece fatal para la moralidad o el derecho. La consciencia, tal como creemos que opera, es una “ilusión”. Si queremos ser manipuladores y sumarnos al engaño, sigamos pues castigando a la gente sobre presupuestos “normativos”, sigamos diciendo que esto es normativo y aquello empírico y punto. Entonces, digamos, como dice irónicamente Dennett, que nuestros conceptos “cuelgan de un gancho atado al cielo”.

Estimo que, a pesar del impacto que pueda ejercer Libet, aún estamos en condiciones inmejorables de escrutar los pre-supuestos conceptuales de su experimento. Aunque defendamos una sensibilidad por el ámbito de los experimentos neurocientíficos ello no abona la confusión entre el ámbito empírico y el ámbito conceptual, entre

la verdad o falsedad de proposiciones empíricas sobre el cerebro, por ejemplo, y las presuposiciones conceptuales necesariamente implicadas en las afirmaciones empíricas y que es preciso traer a la luz para evitar confusiones; confusiones como aquellas que, por caso, atribuyen propiedades psicológicas (como tener la intención de) o emocionales (sentir tal deseo) o volitivas (tener la disposición a) solamente al “cerebro qua materialidad” (19).

Las propiedades psicológicas, emocionales y volitivas forman un pepló simbólico que no podemos aplicar sin más a una materialidad llamada “cerebro”; a menos, claro está, que defendamos una tesis filosófica materialista explícita; tesis que, parece, no capta el instrumental racional con el que expresamos locuciones de tipo simbólico. Tales locuciones son expresiones de un concepto de “mente” no reductible en un todo a propiedades físicas.

Con la aclaración anterior, digamos que el experimento de Libet parece presuponer, conceptualmente hablando, un “yo discontinuado” y no un “yo compacto” (20). Ese yo discontinuado, además, tiene una doble cara, como Jano. El yo más auténtico está detrás de bambalinas dictando las órdenes, y el yo esclavo, al que llamamos “consciencia” apenas puede ir siguiendo los pasos. Esta versión conceptual abre un hueco enorme entre el mundo empírico de la causalidad y el mundo normativo. Si hay un hueco el salto que hay que dar para cruzar de un mundo a otro se vuelve una proeza imposible. Finjamos, entonces, que hemos dado un exitoso salto y sigamos castigando a la gente que consideramos, salvo hipótesis negativas excusatorias, conscientes y dueñas libremente de actuar. Pero los presupuestos del experimento de Libet, tal como he señalado, pueden discutirse filosóficamente.

Antes que nada vale la pena aclarar algo: no estoy sugiriendo aquí que no haya elementos a considerar en el ámbito pre-cognitivo. Pero creo que podemos partir de una noción de yo más

(19) Cf. BENNET, Maxwell; HACKER, Peter. “Selections from philosophical foundations of neuroscience”. En BENNET; HACKER; DENNET; SEARLE. *Neuroscience and philosophy: brain, mind, and language*. Columbia University Press, Columbia, 2007, pp. 3-48.

(20) Cf. DENNETT, Daniel. *La evolución de la libertad*, p. 268.

compacto que, conceptualmente, calce mejor con la firmeza y valor de algunas de nuestras creencias normativas sobre la moralidad o el derecho. No se trata de “hacerse el oso”, de “fingir” que el determinismo no nos importa. No podemos negar la verdad de que el mundo tiene una regimentación causal. Sin embargo, no todas las tesis conceptuales que arrastramos desde la orilla causal del mundo empírico a la orilla normativa de la moralidad o el derecho son plausibles.

Voy a defender aquí una versión compatibilista que considero más adecuada y que está “próxima” a la postura que ha defendido Daniel Dennett. Cuando digo “próxima” quiero decir que mi postura se acerca pero no es idéntica. De Dennett me simpatiza su relato “naturalizado” de la evolución de conceptos como los de consciencia o mente, libertad, acción y responsabilidad. Sin embargo, mi intuición es que debemos frenar una colonización absoluta del mundo de los conceptos y las normas por parte de este relato naturalista. Voy a sostener que el relato naturalista de Dennett es la base idónea porque nos reconcilia con el mundo empírico. Sin embargo, conceptos como los de consciencia, libertad, responsabilidad, requieren de una “relativa autonomía” en dos áreas que quiero dejar a salvo: el análisis conceptual y la normatividad de las teorías dogmáticas o éticas. Mi posición es que el relato naturalista explica muy bien la evolución de los conceptos que acabo de mencionar; pero tales conceptos “supervienen” o “emergen” de una base física, “no se reducen a la misma”. Por tanto, el análisis conceptual y la normatividad de algunos conceptos (libertad, acción, responsabilidad) quedan a salvo de una total naturalización. Veamos con algún detalle esta postura.

7. Hemos dicho que el determinismo es asociado a las ideas de un único futuro posible inevitable. Sin necesidad de gran fanfarria lógica, se podría decir que esta inferencia peca de non sequitur.

De manera muy apretada, diré, siguiendo a Dennett, que la evolución de la materia, desde las pequeñas células hasta las más complejas y desarrolladas, ha transitado por etapas crudamente materialistas hasta llegar a lo que Dennett llama la etapa del “diseño”.

En esta etapa se ha ido gestando un concierto entre nosotros y el entorno (formado por otros como nosotros y por criaturas no humanas sobre

las que podemos estar dispuestos a discutir o no distintos grados posibles de doxa y racionalidad) (21).

Parte de la “inteligencia” del diseño al que aludo nos ha entrenado en encarnar seres impregnados de lenguaje. Esto es algo que comparten casi todas las corrientes en filosofía, al menos gran parte de los filósofos llamados analíticos y los llamados continentales. El lenguaje es como un vehículo para comunicarnos, para reflexionar y para incrementar nuestra información sobre el entorno.

Si por razones de diseño somos criaturas lingüísticas, curiosas de información, ello nos ha ido convirtiendo paulatinamente en grandes “evitacionistas” (22). Por ejemplo, sabemos que en ciertos casos de déficit de atención, tomar ritalina puede “evitar” el efecto dominó implacable de este déficit en los procesos cognitivos. Sabemos que si desarrollamos miopía, una cirugía planteada en el momento adecuado y realizada con éxito, puede evitarnos los trastornos de un déficit ocular. Sabemos que si nos cuidamos con preservativos, o no intercambiamos jeringas con adictos, evitamos el sida u otras enfermedades.

Es decir, lejos de la tesis según la cual el determinismo conlleva un único futuro inevitable, la realidad es que la verdad está en la vereda opuesta. Nos hemos vuelto maestros del arte de la evitación. Esta maestría aparece lúcidamente en un diálogo entre Bella y Edward Cullen, el vampiro enamorado que aparece en la saga *Crepúsculo*. Como “vampiro”, él estaría fatalmente determinado a matar y sorber la sangre de los humanos, incluso de su amada Bella; sin embargo, una progresiva autoconsciente “retracción” de sus pulsiones, filtrada por una criba de consideraciones normativas de segundo orden, recursivas, y típicas de una mente que se vuelve “consciente” en forma no-ilusoria, lo conduce, junto a otros vampiros, a comer carne de animales y no carne humana. ¡Vaya alegoría de nuestra vida moral! Si Cullen puede evitar cosas como éstas y nosotros también, parece que se cae de la estantería la presuposición fatal con que rodeamos la asunción del determi-

(21) Para esto último véase DANÓN, Laura. “Normatividad doxástica en animales no humanos”. En *Analítica*, año 5, N° 5, Lima, 2011 b.

(22) En rigor de verdad, en el derecho penal, en general, a la hora de atribuir responsabilidad, nos importa determinar en qué grados la conducta del agente podría haber evitado lo que hizo.

nismo. Por tanto es falso que el determinismo arrastre siempre futuros inevitables.

Hay algunos detalles más que no son de menor cuantía. Aceptando incluso la validez de una búsqueda obsesiva por asentar la “mente” en un alojamiento material llamado “cerebro”, no estamos forzados, como sugerí al comienzo de la presentación de mi postura compatibilista, a admitir que mente y cerebro son categorías semánticamente equivalentes.

Aquí quisiera afincarme en Searle. Este autor sostiene que el hecho de que la mente repose en una casa material como el cerebro no implica reducir la primera a la segunda, so riesgo de cometer una falacia de composición. La mente es un emergente sistémico superior que no se reduce a las partes que constituyen el cerebro o a los pequeños robots que trabajan dentro nuestro con roles específicamente diseñados. Esta no reducción de la mente tiene una contrapartida fecunda en la no reducción del análisis conceptual y la normatividad de ciertos conceptos a los componentes físicos de base o partida. La mente tiene un asiento material (y esto explica una sensibilidad por un naturalismo mínimo), pero ella no es lo mismo que un cerebro.

Vayamos un poco más allá: el hecho, aceptado también por Dennett, de que muchas veces parte de nuestro aprendizaje haya consistido en ponderar alternativas, en deliberar o reflexionar, parece sugerir una importante “distancia” entre mente y mundo. El hecho de que este aprendizaje esté ahora “enlatado” en lo que llamamos nuestra memoria puede explicar muchas decisiones “rápidas” que tomamos y que muy prontamente denominamos “irreflexivas”. La aparente “irreflexividad” de hoy descansa (ésta es la palabra) en reflexiones pasadas. No somos siempre criaturas del instante.

Como dice Dennett, somos también, o nos educamos para ello, criaturas “popperianas”, esto es, criaturas con capacidad de anticipar o proyectar o simular “futuros” (en plural y no en singular) posibles. También, agrego yo, podemos ser capaces de entrenar nuestras emociones. Con yoga kundalini, leyendo el Tao Te Ching, o leyendo Ética a Nicómaco, podemos tratar de “sacar lo mejor de nosotros”. En otras palabras, podemos educar nuestras “emociones”.

Si ponemos en marcha este proyecto educativo, no podemos decir tan apresuradamente que todas

las emociones son “ciegos ramalazos”, puros “empujones” que nos dan desde atrás. Las emociones pueden ser vistas, pues, como vehículos cognitivos que podemos luego reconstruir en modelos apropiados. Así, con arreglo a esta perspectiva, podemos, por ejemplo, aprender a no odiar, o podemos aprender cuándo podría ser pertinente odiar. Podríamos también apelar a instrumentos que son emergentes de nuestros diseños evolutivos: memes culturales, como diría Dawkins, que introducimos deliberadamente en nuestra interioridad. Así, podemos aprender cómo mejorar condiciones de nuestra moralidad, leyendo *El juego de los abalorios* de Hesse o *El evangelio según Jesucristo* de Saramago. También, si lo preferimos así, podemos leer *Imitación de Cristo* de Tomás de Kempis o *101 cuentos Zen* (23).

Toda mi argumentación viene a refrendar dos cosas entonces. Primero, el determinismo, aun si verdadero, no nos enfrenta con tesis como un único futuro posible inevitable. Hay espacio, en nuestros complejos diseños, y en las características sistémicas de la mente, para la acción libre y responsable. Segundo, esto no significa borrar con el codo lo escrito con la mano. La acción humana no cuelga del cielo sino que forma parte del mundo causal; pero como emergente evolutivo “superviene”, se podría decir, a una consideración puramente material del mundo humano. Nuestra res cogitans forma parte de la carne de la res extensa; pero formar parte no es decir que son conceptualmente idénticas.

Entonces, una perspectiva evolutivista como la que estoy articulando no necesariamente erosiona nuestras bases normativas. Por ejemplo, si aplicamos una variante de psicología de juegos evolutivista podríamos probar que la versión empírico-conceptual más genuina sobre nuestra “naturaleza” no nos pone, en general, en el lugar del “súper codicioso” o del “súper modesto”. Espirales de equilibrio nos podrían llevar a lo que Dennett llama “benegoístas” o a lo que Herbert Hart en su *The Concept of Law* llamaba seres “relativamente altruistas”. Y estas bases benegoístas

(23) Por cierto esta versión donde las emociones son educadas presupone algo así como el poder causal de la deliberación consciente interior; una ponderación más precisa debería deslindar las restricciones o posibilidades de factores externos a nuestra deliberación. Aquí no discutiré este punto.

o relativamente altruistas (24) explicarían los cimientos medianamente estables de nuestras prácticas morales y jurídicas de responsabilidad, de elogio y censura.

La versión que estoy sugiriendo, empero, necesita todavía unos aditamentos para tornarse satisfactoria. Son dos estos aditamentos que tengo que explicitar, uno referido a qué lugar darle a una perspectiva evolutivista y otro ya, y para finalizar, sobre qué consecuencias podría sacar concretamente un jurista involucrado en la reflexión y/o aplicación de instituciones punitivas.

8. A menudo se dice que una cosa es el relato evolutivo, que es puramente explicativo, y por ende de estirpe empírica, y otra distinta el mundo de la normatividad. No siempre podemos alinear explicación y justificación. Eso está claro si uno recuerda, por ejemplo, a Moore cuando señala que lo bueno no se reduce a la explicación natural porque siempre queda abierta la pregunta de si “x” es bueno. O también la de un kantiano, á la Korsgaard, que podría decir que siempre podemos evaluar, desde un punto de vista conceptual, el aspecto crítico moral de “x”, esto es, nuevamente, podemos articular la “pregunta normativa” y lanzarla contra el mundo. Sería algo así como sacar cada tanto la cabeza del agua, para respirar, mientras nadamos en el río de las causas y los efectos. Es decir, que en un relato evolutivo, cualquiera éste sea, podemos interponer unas cuñas, unas “preguntas” “abiertas” o “normativas” a fin de evaluar si esto que vale en natura vale en normalandía. Creo que aquí hay un punto de enlace entre el relato evolutivo y las preguntas abiertas o normativas. Pero hay una separación conceptual que también es necesario hacer. El enlace está en que un evolutivista, como Dennett por caso, podría admitir que hemos sido diseñados para plantear estas preguntas; son las que, después de todo, nos permiten “ajustes” o

“reajustes” sobre nuestras prácticas: volver sobre nuestros pasos, rebobinar, y poner nuevamente play en el momento adecuado. Pero hay también una separación conceptual que hacer. Estas preguntas, aun si son emergentes supervinientes de un relato, mantienen una relativa independencia conceptual con respecto a la trama empírica del relato. Desde Hume, hasta nosotros, son preguntas de tipo “normativo” que debemos distinguir lógicamente de preguntas de tipo empírico; son preguntas por la justificación o no justificación de “x” (sea lo que sea “x”) y son funcionales al diseño evolutivo, en tanto y en cuanto presupongamos esta independencia conceptual de la que hablo. No sólo somos criaturas empíricas amantes de relatos evolutivos, sino criaturas normativas que inquieren, cuestionan, reculan, rechazan, reajustan, etcétera.

9. Unas palabras finales sobre los juristas. Creo que he dado un recorrido por los caminos del determinismo para terminar concluyendo que no basta con decir, simplemente: “Mire señor, las categorías de culpabilidad son normativas” y lo suyo es empírico. Tampoco basta con afirmar, como me ha dicho Milton Peralta, que los dogmáticos “sí se ocupan de neurociencias”. De esta ocupación no se sigue, sin embargo, que los dogmáticos, “al menos en general”, brinden reconstrucciones teóricas afinadas. Tales reconstrucciones tienen que llevar adelante el intento de equilibrar verdades causales y metafísicas del mundo con postulados normativos plausibles de responsabilidad. A muchos este intento les parecerá un canje de “piedritas de color” por piezas de oro. Si el determinismo tiene algo de verdad, no podemos pretender ser como Paracelso y descubrir la piedra filosofal (sea que la piedra simbolice alguna variante del azar cuántico, del milagro de Chisholm o del fingir que el determinismo no nos incumbe).

Entiendo, más bien, que hay varias “ronchas epistémicas” en la llamada dogmática jurídica que hay que rascar. La evolución de la dogmática hacia un paradigma “normativo” y “mono disciplinar” no nos debería dispensar de reflexionar sobre muchas cosas. Sólo a título ejemplificativo voy a terminar el trabajo mencionando las dos siguientes. Primero, a menos que se defienda con buenos argumentos una versión esencialista de lo que “es” la dogmática y lo que significa “ser” un dogmático, prescindir de una reflexión conceptual sobre datos empíricos no dogmáticos a cuenta de

(24) En Dennett el valor de la sensibilidad por objetivos comunes se basa en un juicio instrumental; similarmente, en Hart el altruismo limitado es una condición posibilitante de un diseño institucional. En la mayoría de los relatos de tipo evolutivo como los de Dennett los valores de tipo moral son instrumentales. Pero, como digo más adelante en el cuerpo de mi texto, una diferencia conceptual entre la explicación y la evaluación normativa se puede presuponer sin alterar el relato evolutivista. Esta independencia conceptual aseguraría que los valores, al menos a veces, se reputen no instrumentales y los juicios normativos, en consecuencia, sean categóricos y no hipotéticos, para usar la vieja terminología kantiana.

que ello diluiría la esencia de la dogmática, es una petición de principio, una circularidad viciosa, no fundada lógicamente de manera adecuada. Segundo, preferir un modo de trabajo disciplinar endogámico, cerrado sobre sus propias filas, es un modo de meter como el avestruz la cabeza debajo de la arena. Una reflexión epistemológica sería sobre la “interdisciplina” no amenazaría la buena marcha de la dogmática. Éste es un temor infundado, el mismo temor que llevaba al desdén, al fingimiento o, en general, a reconstrucciones teóricas filosóficamente poco astutas frente al reto determinista.

A todo lo que he intentado construir en mi trabajo se le podrían objetar, cuando menos, dos cosas. La primera: hasta qué punto mi reconstrucción filosófica no deja las mismas piezas de la dogmática jurídica tal como están (25). En realidad, diría la objeción, no he hecho más que un cambio de maquillaje a cosas que los dogmáticos ya dicen, aunque sea de un modo menos astuto filosóficamente hablando. Mi réplica es: de acuerdo, aceptemos que el dogmático sí atiende a estas cuestiones; sin embargo, mi reconstrucción no es un simple maquillaje para que la dogmática se vea más bonita sino que presenta de una manera conceptualmente más firme e intuitiva postulados de la dogmática. Estos postulados, en mi versión, encajan armónicamente con verdades del mundo empírico sin dañar la normatividad de los conceptos jurídicos y éticos.

Pero mi reconstrucción es todavía más ambiciosa. De mi trabajo podría seguirse un reacomodamiento de la clásica división del trabajo intelectual. Clásicamente, los filósofos nos ocupábamos de los presupuestos conceptuales que el dogmático no atendía en forma suficiente, mientras el jurista dogmático se ocupaba de los aspectos finos de la dogmática que el filósofo “sobrevolaba”. Los filósofos, creo, nos hallamos limitados por el tiempo y nuestros intereses y estilo especulativo. Esta división clásica debería ser reformulada. Más que una dogmática jurídica penal (o civil, ambiental, etc.) deberíamos propiciar filosofías más “especializadas”; más que una dogmática penal, deberíamos alentar una filosofía del derecho penal, donde el jurista ya no es un dogmático “a secas” sino un filósofo especializado en un área.

(25) Esta es una objeción de Juan Vega.

La segunda objeción a mi planteo teórico sería ésta: usted ha descuidado las consecuencias “prácticas” de su planteo. ¿Qué debería un dogmático defender ahora? ¿El abandono de la punición y el abrazo de medidas de tratamiento o la pura medicalización del ámbito penal? Mi réplica sería que los filósofos no podemos —aunque queramos— ser el “ojo de Dios” que divisa todas las consecuencias prácticas de sus tesis. Empero, presionado por la pregunta arriesgaría que mi reconstrucción no tiene necesariamente que aceptar el reemplazo total de las penas por medidas de tratamiento. Esto porque mi postura es de una clase de compatibilismo que, al conjugar de manera coherente, categorías conceptuales, permite preservar en un cuadro coherente dos verdades que al principio parecían irreconciliables: determinismo y libertad.

Bibliografía

1. BALCARCE, Fabián. “Derecho penal y neurociencia: aproximaciones”. Manuscrito inédito cedido por gentileza del autor, 2014.
2. BENNET, Maxwell; HACKER, Peter. “Selections from philosophical foundations of neuroscience”. En BENNET; HACKER; DENNET; SEARLE. *Neuroscience and philosophy: brain, mind, and language*. Columbia University Press, Columbia, 2007.
3. BURKHARDT, Björn; GÜNTHER, Klaus; GÜNTHER, Jakobs. En ALCÁCER GUIRAO, Rafael (comp.). *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
4. CESANO, Daniel. “Derecho penal y neurociencias”. Manuscrito inédito cedido por gentileza del autor, 2014.
5. CHISHOLM, Roderick. “Human Freedom and the Self”. En *The Lindley Lecture*. University of Kansas, Kansas, 1964.
6. DANÓN, Laura. “Naturalismo metafilosófico y análisis conceptual”. En OSELLA, M. (comp.). *Tres escritos metafilosóficos*. Editorial de la Universidad de Río Cuarto, Río Cuarto, 2011.
7. “Normatividad doxástica en animales no humanos”. En *Analítica*, año 5, N° 5, Lima, 2011.
8. DEMETRIO CRESPO, E. “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho

penal". En *InDret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2011.

9. "Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal". En DEMETRIO CRESPO, E. (director). *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. B de F Editor, Buenos Aires-Montevideo, 2013.

10. DENNET, Daniel. *La evolución de la libertad*. Traducción de Vilá Vernis. Paidós, Barcelona, 2004.

11. FRANKFURT, Harry. G. "Posibilidades alternativas y responsabilidad moral". En *La importancia de lo que nos preocupa. Ensayos filosóficos*. Katz editor, Buenos Aires, 2006.

12. HASSEMER, Winfried. "Neurociencias y culpabilidad en derecho penal". En *InDret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2011.

13. LIBET, Benjamin; GLEASON, C.A; WRIGHT, E.; PEARL, D. K. "Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activities

(Readiness Potential): The Unconscious Initiation of a Freely Voluntary Act". En *Brain*, 106, 1983.

14. SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo. "La libertad del derecho penal: ¿de qué hablamos cuando hablamos de libertad?". En *InDret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2014.

15. SEARLE, John. *La libertad y la neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*. Traducción de Miguel Candel. Paidós, Barcelona, 2005.

16. STRAWSON, Galen. "The impossibility of moral responsibility". En *Philosophical Studies. An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Vol. 75, No. 1/2, 1994, pp. 5-24.

17. STRAWSON, Peter F. "Libertad y Resentimiento". Traducción de Laura Lecuona. En *Cuadernos de Crítica*, 47, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

18. TOVAR, José. *Gramática emocional. Bases cognitivas y sociales del juicio moral*. Tesis para optar al grado de Doctor en Filosofía, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2011. ♦

.....