

Certificación Internacional en Neurolaw (Neuroderecho)

**¿De vuelta al debate entre derecho penal de
acto y de autor? Una perspectiva compatibilista
desde el neuroderecho**

Ensayo

Alejandro Vilchis Robles

27/06/2021

ÍNDICE

Introducción.....	3
Planteamiento del problema.....	4
Justificación.....	4
Objetivos.....	5
Marco teórico conceptual.....	6
1. Neuroderecho.....	6
1.1. Orígenes del neuroderecho	7
1.2. Principales aportaciones en el derecho penal y en el sistema de justicia.....	9
1.3. ¿(Re)configurar el Derecho penal?	10
2. Culpabilidad y su relación con la pena.....	12
2.1. Vertientes del principio de culpabilidad.....	12
2.2. Derecho penal de acto y de autor: notas distintivas.....	14
2.3. Críticas al derecho penal de autor.....	16
2.4. Derecho penal de acto y de autor desde la visión de la judicatura	17
3. Una propuesta compatibilista desde la perspectiva del neuroderecho.....	20
3.1. ¿Armonización entre derecho penal de acto y de autor? Sí, pero ¿cómo?....	21
3.2. Retos y desafíos.....	23
3.3. Beneficios: ¿sanciones más justas?	24
Conclusiones.....	27
Bibliografía.....	27

¿DE VUELTA AL DEBATE ENTRE DERECHO PENAL DE ACTO Y DE AUTOR? UNA PERSPECTIVA COMPATIBILISTA DESDE EL NEURODERECHO

INTRODUCCIÓN

La culpabilidad es un concepto en cierta medida indeterminado. Esto obedece a los distintos cambios que ha tenido dentro de las escuelas *ius* penalistas, pero también a su complejidad como elemento categorial en la teoría del delito. Una de las vertientes del principio de culpabilidad es su función como fundamento de la pena: la sanción debe imponerse en función del grado de culpabilidad del autor.

Dentro de esta vertiente existen dos categorías, por un lado, el derecho penal de acto, que se basa esencialmente en la conducta concreta del sujeto; por otro lado, el derecho penal de autor, que, como su nombre lo indica, se identifica con aspectos personales o la personalidad del sujeto activo.

Dentro de la historia del derecho penal estas categorías han sido ampliamente analizadas. La doctrina mayoritaria rechaza frontalmente el paradigma del derecho penal de acto, al considerar que permite la arbitrariedad, la estigmatización de la persona y que resulta contrario a la dignidad humana. En su lugar, se decantan por un derecho penal de acto, que refleje el juicio de reproche únicamente en la conducta penalmente relevante. Este paradigma del acto también ha sido adoptado en la mayoría de los países de Latinoamérica.

Por otro lado, en los últimos tiempos la neurociencia ha dado muestras del funcionamiento del cerebro y su relación con la conducta humana. Estas investigaciones han comenzado a permear en distintas ciencias y disciplinas, y sugieren en ellas cambios estructurales. El derecho no está exento de los aportes de la neurociencia. Es así como a partir de la década de 1990 surge una nueva rama que comprende la interacción entre neurociencia y derecho: el neuroderecho (*neurolaw*).

Las investigaciones académicas y científicas de tiempos recientes dan cuenta de la necesidad de reevaluar o replantear las instituciones tradicionales del derecho, especialmente en el derecho penal. Desde el neuroderecho una de las figuras que más críticas ha recibido es la culpabilidad, particularmente el libre albedrío y la posibilidad del sujeto de actuar de un modo distinto.

El tema de este trabajo pretende analizar si a partir de las aportaciones del neuroderecho es posible armonizar los paradigmas de derecho penal de acto y de autor.

La elección del tema obedece, entre otras cosas, a la necesidad de evaluar la aplicación de un derecho penal que no desconozca las particularidades personales del sujeto que delinque, pues la neurociencia ha demostrado que en no pocas ocasiones el anormal funcionamiento del cerebro motiva al sujeto a realizar actos ilícitos; pero además, pretende determinar una forma de graduar la culpabilidad y la imposición de sanciones.

El objetivo central es proponer un solo paradigma de derecho penal, que contemple tanto el hecho delictivo como las situaciones personales del agente que concurrieran al momento de la conducta antisocial. Esto permitiría fijar una pena o medida acorde al grado de culpabilidad de la persona.

Para lograr este objetivo, en un primer apartado, analizaremos algunas aspectos generales del neuroderecho y su aplicación en el campo del derecho penal. En un segundo apartado, trataremos el tema de la culpabilidad y su relación con la pena, lo que permitirá conocer la ubicación del derecho penal de acto y de autor, así como sus características esenciales. Por último, el tercer apartado se enfoca propiamente a evaluar la posibilidad de admitir una postura compatibilista entre los paradigmas que hemos enunciado, representando los posibles retos y beneficios en el sistema jurídico.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La problemática que comprende este trabajo consiste en determinar si es posible armonizar los paradigmas del derecho penal de acto y de autor, con base en las aportaciones del neuroderecho. Este tema se inscribe en la culpabilidad penal como fundamento de la pena.

En la práctica suele suceder que los tribunales de justicia, para graduar la culpabilidad del agente y la imposición de sanciones, no toman en consideración los factores personales que en su caso hayan conminado a la persona a delinquir. Por su parte, los ordenamientos jurídicos no contemplan medidas de rehabilitación —concomitantes o alternativas a la pena de prisión— que puedan atender las posibles anomalías cerebrales o mentales de la persona.

JUSTIFICACIÓN

La neurociencia ha realizado aportaciones importantes a distintas ciencias y disciplinas. Entre ellas se encuentra el derecho y con mayor impacto la rama penal. Si

bien no se avizora, en principio, una transformación total del derecho penal, se esperan algunas repercusiones o al menos una reevaluación de ellas.

Uno de los tópicos que a la neurociencia le resulta más llamativo es la culpabilidad penal. El tema de investigación se inscribe en ese contexto, específicamente en la culpabilidad como presupuesto de la pena.

Cuando nos referimos al derecho penal de autor, probablemente la primera impresión será relacionarlo con un aspecto personal o subjetivo de la persona que delinque y, en esa medida, se rechace sin más su aplicación. Sin embargo, las aportaciones de la neurociencia nos convocan a reevaluar los postulados del derecho penal de autor y su posible homologación con el derecho penal de acto, en aras de lograr que el reproche penal tome en consideración tanto la conducta individualizada como las circunstancias personales del autor de esa conducta.

La elección del tema se justifica no solo por su novedad, sino además por el impacto que puede tener en el sistema jurídico, en la judicatura y en la sociedad; pero, sobre todo, por los beneficios que pueden obtener las personas sentenciadas por la comisión de un delito, que pueden ser desde la fijación de una pena reducida y acorde a su grado de culpabilidad hasta la implementación de mecanismos que contribuyan a su rehabilitación y reintegración a la sociedad.

Este trabajo encuentra respaldo, precisamente, en las investigaciones que existen en la actualidad sobre el cerebro y su interacción con la conducta humana. La propuesta busca una armonización entre el derecho penal de acto autor y de autor, cuyos paradigmas durante siglos han sido concebidos como polos opuestos.

OBJETIVOS

El objetivo general de la investigación es, en términos generales, proponer un nuevo paradigma de derecho penal que tome en consideración los postulados del derecho penal de acto y de autor con base en las aportaciones del neuroderecho.

Los objetivos específicos son:

(i) Generar un nuevo entendimiento sobre las sanciones que se imponen a las persona que son sentenciadas por la comisión de un delito, para que al momento de graduar su culpabilidad, se consideren factores personales y no únicamente la conducta ilícita.

(ii) Conocer cómo la aplicación del paradigma del derecho penal de autor puede incidir en el grado de culpabilidad y, por ende, contribuir a fijar una pena más justa, que no desconozca aspectos subjetivos de la persona que delinque.

(iii) Con la investigación me gustaría lograr una reforma legislativa o generar un criterio judicial que armonice los paradigmas del derecho penal de acto y de autor, a partir del propio reconocimiento de las aportaciones neurocientíficas.

MARCO TÉORICO CONCEPTUAL

1. Neuroderecho

La neurociencia ha tenido una evolución muy importante en las últimas décadas y cuenta, en buena medida, con un soporte científico más o menos consolidado, pero suficiente para tomar con seriedad sus importantes aportaciones. Las distintas investigaciones sobre el funcionamiento del cerebro y su relación con la conducta humana han permeado a distintas áreas y disciplinas; el derecho, por supuesto, no es la excepción. Precisamente a partir de la interrelación entre neurociencia y derecho surge el neuroderecho.

El neuroderecho es el estudio del sistema jurídico y la justicia a través de la neurociencia (García y Mercurio, 2019, p.23). El puente de comunicación entre la neurociencia y el derecho es la psicopatología forense, pues como apunta el doctor Eric García-López (2020) esta puede implicar el estudio y la evaluación de los trastornos mentales, los problemas emocionales y las conductas desadaptativas de personas vinculadas a procesos legales con el fin directo de presentar dicha información ante las fiscalías y tribunales de justicia. La psicopatología forense es una muestra aplicada y visible de la interacción cotidiana entre sociedad, cerebro, emociones, cognición, conducta y tribunales de justicia (García y Mercurio, 2019, p.69).

El neuroderecho no es del todo una disciplina nueva, pero en la actualidad ha tenido un avance significativo no solo por las múltiples investigaciones científicas y académicas que existen, sino además por su aplicación en el campo forense. Un buen ejemplo de esto lo tenemos en el uso —cada vez más frecuente— de herramientas de neuroimagen en las cortes y tribunales de justicia. En ese contexto, el neuroderecho va más allá del plano teórico, trasciende al campo práctico y con bastante solidez.

La experiencia sugiere, sin embargo, actuar con cautela al aplicar las técnicas y herramientas que nos brinda la neurociencia. Antes es necesario comprender sus

beneficios y fortalezas, por un lado, así como sus limitaciones y debilidades, por otro. Esto supone, entre otras cosas, la necesidad de capacitar a las y los abogados, jueces y peritos, quienes serán los encargados de llevar a la práctica estas herramientas y lograr la consolidación del neuroderecho en la justicia. Se dice que en un futuro no tan lejano, será necesario que las y los operadores jurídicos deban incorporar a su formación profesional el andamiaje del neuroderecho.

1.1. Orígenes del neuroderecho

Shen (2016) ubica cuatro momentos relevantes en la historia del neuroderecho: (i) el diálogo médico legal fundamental en el siglo XIX y principios del XX, (ii) la introducción de evidencia electroencefalográfica en el sistema legal a mediados del siglo XX, (iii) el uso de la psicocirugía para la prevención de la violencia en la década de 1960 y 1970 y, más recientemente, (iv) el desarrollo del neuroderecho en litigios por lesiones personales a fines de los años ochenta y nueve.

En la década de 1990 se acuña el término *neurolaw* y a partir de esa época el neuroderecho experimenta un aumento considerable. El crecimiento y evolución de esta disciplina se explica esencialmente por las aportaciones de la neurociencia cognitiva al campo del derecho.

El desarrollo de la tecnología biomédica en las últimas décadas ha impactado en diferentes áreas del conocimiento, lo cual a su vez ha influido no solo en la medicina asistencial, sino también en el ámbito forense y otras disciplinas. En los últimos años, el desarrollo de modernas técnicas de imagen cerebral ha permitido un mayor conocimiento sobre cómo funciona el cerebro humano (García y Mercurio, 2019, p.1).

Después de todo, el desarrollo de las tecnologías, especialmente las técnicas de neuroimagen buscan conocer y comprender el funcionamiento del cerebro y de qué forman se vincula con los distintos aspectos de la conducta humana, desde el proceso para la toma de decisiones hasta la materialización de nuestras propias acciones.

En efecto, las modernas técnicas de imagen cerebral, como la resonancia magnética (RM), la resonancia magnética funcional (fMRI) la tomografía por emisión de fotón único (SPECT), la tomografía por emisión de positrones (PET), permitan ya no solo

conocer la morfología cerebral, sino también evaluar y medir funciones y disfunciones del cerebro en personas sanas y en aquellas que padecen alguna enfermedad mental (García y Mercurio, 2019, p.4).

En esta línea, el neuroderecho surge a partir del desarrollo de modernas técnicas de neuroimagen y su utilización en el campo forense. En este contexto, a partir del año 2000, la neurociencia cognitiva comienza a impactar con mayor fuerza en el ámbito del derecho penal. Muestra de ese impacto en materia forense puede apreciarse en el número de sentencias judiciales que mencionan evidencias neurocientíficas y evaluaciones neuropsicológicas en las cortes penales de Estados Unidos (García y Mercurio, 2019).

Como hemos anticipado, la interacción entre neurociencia y derecho apuesta por importantes transformaciones en el ámbito legal, pero a la vez importa interesantes y variadas discusiones, interrogantes, incluso escepticismos. En buena medida, uno de los temas centrales se refiere a las limitaciones de las técnicas de neuroimagen, su fiabilidad como prueba dentro de un juicio penal, la falta de su regulación legal, entre otras.¹

En este punto, Bigenwald y Chambon (2019) advierten que este enfoque debe reconocer y abordar los obstáculos técnicos, interpretativos y legales que limitan la aplicación uniforme de la neurociencia, por lo que en lugar de hablar de una revolución, la neurociencia demuestra más beneficios al entablar un diálogo sutil con la ley para ayudar a los tribunales a cumplir su función del descubrimiento de la verdad. En otras palabras, si bien el neuroderecho a menudo evoca la neurocientificación del derecho, podría referirse más propiamente a la juridificación de la neurociencia. En ese contexto, en el centro de los acalorados debates se encuentra el tema recurrente de una neuro-revolución, pero aún no es momento.

¹ Al respecto, el profesor Jordi Nieva Fenoll (2016) considera que el uso judicial de esas técnicas abre un futuro incierto, como siempre en materia científica. En cuanto al estudio neurocientífico, señala que por desgracia, es víctima a veces de gurús que oscurecen las conclusiones verdaderamente útiles de los investigadores serios, en virtud de que la conclusión más inquietante de dichos estudios, la posibilidad de “leer” mentes, es remota en realidad. En ese sentido, apunta que el acceso a estas pruebas no debiera proceder mediante una autorización judicial, puesto que dicha autorización, en teoría, puede limitar, pero nunca anular completamente un derecho fundamental, aunque no se haya solido destacar de ese modo hasta ahora por la doctrina y la razón es que los derechos fundamentales son nuestra única defensa como ciudadanos frente al poder del Estado (p. 143).

1.2. Principales aportaciones en el derecho penal y en el sistema de justicia

Los nuevos descubrimientos de la neurociencia tienen un importante impacto en lo que concierne al derecho penal, puesto que hoy en día comienzan a explorar mecanismos cerebrales que posibilitan la comprensión de la función que desempeña la genética en la configuración del cerebro humano y la que cumplen los sistemas neuronales para percibir el mundo externo, así como la importancia de la experiencia en la orientación de las acciones futuras (Balbuena, 2020, p.190).

El estudio del funcionamiento del cerebro ha tenido una influencia notable en el derecho penal, con especial atención en la teoría del delito y particularmente en la libertad de voluntad. La evidencia neurocientífica y el uso de técnicas de imagen cerebral ha permitido evaluar y a la vez cuestionar los sólidos pilares del derecho penal, que fueron edificados durante siglos. En el ámbito sustantivo son de especial interés para el neuroderecho las teorías de la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad.

En el ámbito procesal penal, el neuroderecho pretende contribuir a mejorar la calidad en la impartición de justicia, sobre todo en el sistema de justicia penal acusatorio. Los principales aportes se encuentran dirigidos a la detección de mentiras de los testigos o su capacidad para recordar el hecho, el daño moral o la afectación mental sufrida por la víctima u ofendido del delito, así como los factores que concurren en la toma de decisiones judiciales.

Otros campos en los que se aprecian importantes repercusiones son la etapa de ejecución de sentencias y el sistema penitenciario. El neuroderecho explora las falencias y la necesidad de disminuir las penas de prisión; la prevención general en lugar del retribución y del populismo punitivo; la restauración de la salud mental de las personas sentenciadas para lograr su reinserción social; la fijación de criterios de peligrosidad; la neuroprevención de los delitos y la muy reciente neuropredicción.

Por lo demás, la evidencia neurocientífica en el derecho penal ha cobrado gran interés y atención en determinadas poblaciones específicas —como las adicciones y la psicopatía—, generando en algunos casos importantes cambios en la política criminal de EUA, como, por ejemplo, en el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Asimismo, se ha comenzado a discutir sobre las diferencias en el funcionamiento cerebral

halladas en los adolescentes y sus implicaciones en términos penales (García y Mercurio, 2019, p.13).

1.3. ¿(Re)configurar el derecho penal?

Es un lugar común pensar que el neuroderecho debe permear en todos los ámbitos del campo jurídico y que, en esa medida, permitirá la transformación o evolución de sus instituciones. A partir de distintas investigaciones neurocientíficas, el neuroderecho ha puesto especial atención en los elementos de la dogmática jurídico-penal y sugiere un replanteamiento o —al menos— una reflexión para determinar la forma en que sus elementos pueden armonizarse con los descubrimientos de la neurociencia.

Desde luego que los postulados del Neuroderecho aplicados al ámbito penal han generado polémica y un acalorado debate. Por un lado, un gran sector de penalistas —como el profesor Zaffaroni— se han opuesto radicalmente a modificar las instituciones del derecho penal y rechazan las propuestas de la neurociencia; otros —como el profesor Eduardo Demetrio Crespo— han adoptado una postura intermedia, en donde al tiempo en que reconocen los aportes de la neurociencia, buscan proponer doctrinas compatibilistas que incorporen estos conocimientos a las figuras tradicionales de la teoría del delito. Por otro lado, un sector de biólogos y neurocientíficos —como Gerhard Roth y Wolf Singer— combaten y cuestionan frontalmente las doctrinas del derecho penal, al resultar insostenibles desde el punto de vista de la neurociencia. Entre los temas más debatidos se encuentra la (in)existencia del libre albedrío y la libertad de voluntad.²

El profesor Winfried Hassemer ha entendido las implicaciones del neuroderecho en el derecho penal y al respecto ha abordado una serie de temas que son de especial interés para entender la forma en que el derecho penal debe actuar frente a la neurociencia, pero además los posibles escenarios negativos de esa interacción.

Hassemer (2011) apunta que los aportes de la neurociencia al derecho se traducen en un «canto de sirenas», pues la mayoría de los penalistas no anhelaban sus canciones, pero su canto ha aumentado en los últimos tiempos tanto su volumen que ya no es posible cerrar los oídos ante él.

² En este aspecto, la profesora Mercedes Alonso (2020) considera que la investigación en neurociencias ha reabierto la vieja discusión sobre la existencia de la libertad de la voluntad. Aquí vamos a partir de que el problema de la existencia de la libertad alcanza no solo a la fundamentación de la culpabilidad jurídica sino también, y previamente, a la acción en sentido jurídico-penal (p. 6).

En esa línea, señala que los neurocientíficos han alcanzado con su trabajo conocimientos que, en caso de que sean correctos e idóneos, sustraen la base a buena parte de nuestros puntos de partida sobre el derecho penal y su mundo; esto explica las características de las reacciones desde la ciencia del derecho penal. No es posible ver una línea en ellas. Llegan desde un distanciamiento lúdico en el plano de la teoría de la ciencia, pasando por profundos programas alternativos, que quieren establecer un cortafuegos salvador entre los cantos de sirena y la dogmática jurídico-penal de la culpabilidad, mostrando un desesperado empeño en mantener con vida el Derecho penal de la culpabilidad aún bajo los golpes de la biología humana (Hassemer, 2011).

El profesor alemán considera que en el campo de la teoría del conocimiento y de la ciencia surge un «error categorial» que frecuentemente es cometido por biólogos humanos arrogantes, pero también por penalistas asustados. En este caso, los biólogos incurren en este «pecado mortal» mediante su convicción de que los resultados por ellos alcanzados falsan la posibilidad del libre albedrío y de la responsabilidad. Los científicos del Derecho penal, en cambio, cometen ese pecado mediante su convicción de que los biólogos humanos tienen razón, por lo que habría de remodelar el derecho penal y medir *ex novo* el conocimiento necesario para el proceso penal (Hassemer, 2011).

De uno u otro lado, parece que la recepción de la neurociencia en el derecho penal debe ser cautelosa, para evitar incurrir en ese «error categorial» que en alguna medida nos lleva a adoptar posiciones radicales. Podemos afirmar que la dogmática penal en ningún momento ha rechazado los conocimientos científicos. Por el contrario, basta observar que elementos como la inimputabilidad se sustentan, en un grado superlativo, en pruebas periciales que son utilizadas para determinar si el sujeto, al cometer el delito, tenía la «capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta o conducirse conforme a esa comprensión» derivado de algún trastorno permanente o transitorio. En esa línea, el derecho penal debe mantenerse abierto a los conocimientos científicos y con mayor relevancia cuando se relacionan con temas vinculados a la responsabilidad penal del autor o su exclusión.

El debate sobre la necesidad de aplicar las investigaciones del neuroderecho al campo penal no solamente es necesario para pensar en una (r)evolución del derecho penal sino también para evaluar los posibles riesgos y consecuencias que pueden surgir en ese devenir.

Si pudiéramos hablar de una posible reconfiguración de la teoría del delito, seguramente el elemento categorial en el que se suscitarían mayores cambios sería la

culpabilidad, pues los conocimientos neurocientíficos apuntan a cuestionar la existencia de dos conceptos medulares de la culpabilidad, de un lado, el libre albedrío y, de otro, «la capacidad de actuar de un modo distinto». Entre tanto se resuelven esos problemas, la justicia penal, como apunta el profesor Hassemer (2011), no puede suspender sus enjuiciamientos hasta la conclusión de la discusión en torno al libre albedrío, que puede durar décadas o siglos, y esto significa: no puede dar por válido el determinismo. Durante la semana, jueces y fiscales han de ejecutar el principio de culpabilidad, y sólo el fin de semana podrán formular una encendida defensa del determinismo.

2. Culpabilidad y su relación con la pena

La culpabilidad es la institución que mayores cambios ha tenido en la historia de la teoría del delito. Desde el causalismo clásico hasta el funcionalismo moderno la culpabilidad ha generado distintos debates y problemáticas, tanto por su ubicación en la dogmática penal como por los elementos que la conforman. Ha pasado de ser considerada como una simple relación psicológica entre el hecho y su autor hasta ser catalogada como un componente esencialmente normativo, que se traduce en un juicio de reproche al autor del delito.

La pena, por su parte, también ha tenido un tratamiento diferenciado y evolutivo según el sistema jurídico-penal en el que se ubique. Autores como Castellanos Tena (2015), Muñoz Conde y García Arán (2010) han ubicado a la pena como un auténtico elemento del delito, al comprenderla dentro de los conceptos de punibilidad o penalidad. Sin embargo, un gran sector de doctrinarios penalistas no considera a la pena como un elemento del delito, sino como una consecuencia de la culpabilidad.

En ese contexto, pues, culpabilidad y pena comparten un vínculo indisoluble, en la medida en que la sanción penal, vista como represión, como castigo o como reacción punitiva frente al delito, debe basarse en el grado de culpabilidad del sujeto activo. De esta manera, la pena tiene su fundamento en la culpabilidad del autor. En los siguientes apartados explicaremos con mayor profundidad la relación que existe entre ambos elementos.

2.1. Vertientes del principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad aparece como un medio imprescindible para limitar la intervención penal estatal, pues tiene la función de asegurar al individuo que el estado no

extenderá su potestad penal más allá de la responsabilidad que le corresponde a una persona concebida como libre y capaz de culpabilidad (Villareal, 2001).

Con todo y lo complejo que resulta el andamiaje de la culpabilidad, esta puede concebirse desde tres vertientes: (i) como elemento del delito, (ii) como elemento legitimador y límite de la pena (*ius puniendi*) y (iii) como fundamento de la pena.

En su vertiente de elemento, la culpabilidad integra, al lado de la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad, un elemento más del delito y puede definirse, en términos generales, como el juicio de reproche individualizado que se formula al autor de un injusto penal, por haber podido actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo. En cuanto a los componentes de la culpabilidad, sin ánimo de adentrarnos en las distintas escuelas *ius* penalistas, la literatura penal moderna se decanta por establecer tres componentes: (i) la imputabilidad, (ii) el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y (iii) la exigibilidad de un comportamiento distinto.

Desde la vertiente del límite de la pena, la culpabilidad se identifica con el margen dentro del cual el órgano jurisdiccional debe imponer la pena por la comisión de un delito, la cual debe fijarse en función, precisamente, de la medida de la culpabilidad del autor. La sanción suele identificarse con el grado de culpabilidad del agente y para fijarlo, el tribunal debe valorar determinados factores como las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución de la conducta, la intensidad de afectación al bien jurídico tutelado por la ley penal, la forma de intervención de la persona inculpada y, en su caso, factores personales del agente.

El grado de culpabilidad será medido en relación directa con la intensidad del juicio de reproche que ha hecho el juzgador al individuo que ha cometido el delito (Ramos, 2009, p.138). Su importancia radica en que a partir de este grado de culpabilidad se individualizará la pena, por lo general sobre la base de marcos mínimos y máximos de punibilidad.

Como fundamento de la pena, la culpabilidad se resume en el principio según el cual no hay pena si no hay culpabilidad. Existen dos posiciones que pretenden determinar este fundamento. La primera supone que la pena debe basarse únicamente en función de la conducta del sujeto. A esta corriente se le denomina «derecho penal de acto». La segunda posición, por el contrario, propone que la pena que debe basarse en la personalidad del delincuente y se le conoce como «derecho penal de autor».

2.2. Derecho penal de acto y de autor: notas distintivas

Se trata, pues, de dos categorías o paradigmas que durante la historia del derecho penal han sido motivo de incesantes discusiones. Pero además se conciben como esquemas diametralmente opuestos; es decir, la elección de una supone, por tanto, el rechazo de la otra.

En el derecho penal de acto para determinar la culpabilidad del agente se toma como base la conducta o acción concreta. A la persona se le impone una sanción en función de lo hizo, por la forma en que externó su comportamiento para realizar el hecho penalmente relevante. En el Derecho penal de autor, en cambio, se sanciona a la persona por lo que es y ha sido, por su personalidad, incluso, por la manera en que ha conducido su vida.

Con gran claridad, el profesor Claus Roxin (1997) apunta que por derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. "Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que solo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal"; "allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal" (pp. 176-177).

El derecho penal de autor podría definirse como un derecho penal en el que está en primer plano la peculiaridad del autor, y que también proporciona el criterio fundamental para graduar la pena; un extremo derecho penal de autor, tendría una peculiaridad del autor también en causa de la pena e incluso en punto de partida de la pena, como ocurriría con las medidas o sanciones de peligrosidad predelictual, la

punición de la tentativa inidónea y todas aquellas medidas que se le aplican a un individuo por considerarlo inferior y peligroso (y en todo caso, una “no persona” o persona incompleta, por presentar la mencionada determinación) (Schulman, 2012, p. 268).

El derecho penal de autor vincula la definición del delito (delito como “delito natural”) a la actitud del autor. Es decir, pena por lo que el sujeto es; por sus características personales. El acto, en el mejor de los casos, sólo tiene una función sintomática y los tipos penales legales requieren ser complementados por un tipo jurídico de autor. Con lo cual, todo hecho legalmente tipificado no puede comprobarse si no se lo contempla mediante una tipificación judicial del autor (Schulman, 2012, p. 268).

Al respecto, Eugenio Raúl Zaffaroni (2007) considera que el derecho penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar. Si bien no puede legitimar la pena, porque la retribución del reproche se deslegitima éticamente frente a la inevitable selectividad del poder punitivo, tiene incuestionables ventajas sobre el derecho penal.

Estas ventajas, en concepto del actual juez interamericano, son: (a) requiere que los conflictos se limiten a los provocados por acciones humanas (*nullum crimen sine conducta*), (b) exige una estricta delimitación de los mismos en la criminalización primaria, porque no reconoce ningún delito natural (*nullum crimen sine lege*), (c) la culpabilidad por el acto opera como límite de la pena (*nullum crimen sine culpa*), (d) en el plano procesal exige un debate de partes ceñido a lo que sea materia de acusación y, por ende, (e) separa las funciones del acusador, del defensor y del juez (acusatorio).

Por su parte, Edmundo Mezger (1958) planteaba una idea por demás interesante acerca de una unión u homologación entre la culpabilidad por el hecho y la culpabilidad de autor. Básicamente, el maestro alemán proponía una estructuración de la pena sobre la base de los principios que se deducen directamente de la esencia de la pena como imposición de un mal proporcionado al hecho cometido. En su concepción, la graduación judicial de la pena toma en cuenta, por un lado, el grado de lesión del derecho y, por el otro, el de culpabilidad tanto la culpabilidad por el hecho en sentido estricto, como la culpabilidad por la conducta del autor, tal como están contenidos en el hecho concreto. Así, pues, al graduar la pena, el juez, además de esta culpabilidad por el hecho en

sentido estricto, considerará también como agravante la culpabilidad de conducta de autor, esto es, toda su anterior conducta criminal y antisocial.

2.3. Críticas al derecho penal de autor

Según hemos visto, un gran sector de la doctrina penal rechaza radicalmente el derecho penal de autor. En este apartado analizaremos cuáles son las principales críticas.

Para Zaffaroni (2007) el derecho penal de autor imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales. En su coherencia completa, el derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio del juicio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes lo padecen y también de quienes lo practican.

En esa línea, la peor expresión del derecho penal máximo es el Derecho penal de autor, pues reprimir la personalidad es, además de contraproducente y contrario a un derecho penal liberal y que se precie de “moderno”, claramente violatorio de la legalidad que surge de nuestras constituciones nacionales, y los pactos internacionales, ya que vulnera todos sus principios fundamentales empezando por su principio vertebral de la dignidad humana y prosiguiendo con los derechos fundamentales de la intimidad personal, libertad de conciencia, libre desarrollo de la personalidad (Schulman, 2012, p. 268).

Otro argumento para negar el derecho penal de autor es que resulta contrario a los principios de seguridad y certeza jurídica, en la medida en que impide a las y los ciudadanos conocer qué conductas son susceptibles de castigarse con una pena. Así, conforme a este paradigma se analizaría *prima facie* si la persona se ajusta a la personalidad delictiva que se haya previsto, con lo cual se cometerían arbitrariedades.

Ciertamente el derecho penal de autor, en mayor o menor medida, se edifica sobre la base de un criterio determinista, pues el agente responde por su personalidad que se considera peligrosa para la sociedad o por su supuesta inclinación natural al delito; por tanto, no es relevante que la persona cometa delitos, sino que tenga la potencialidad de cometerlos. Por lo mismo, se considera que la culpabilidad fundada

en la personalidad constituye una amenaza latente de un derecho penal liberal y la prohibición de juzgar a una persona en orden a su ideología personal o su carácter.

Por otro lado, se piensa que la peligrosidad es la forma más clara del derecho penal de autor. La peligrosidad tiene su origen en el constructo elaborado por Garófalo y Lombroso de “*Temibilitá*”, mediante el cual se hacía referencia al estado que se sustenta en las características y atributos personales del sujeto que justifican el riesgo de futuros comportamientos violentos (Schulman, 2012). Si bien es verdad que para imponer la pena se requiere que exista un hecho punible, lo relevante es que lo ha cometido la persona “peligrosa”, por lo cual, además de su carácter estigmatizante, se sanciona a la persona más allá de su culpabilidad.

En suma, la aceptación del derecho penal de autor implicaría, ante todo, una suerte de discriminación al considerar «delincuente» a una persona por virtud de su personalidad o rasgos personales, y se estaría castigando a la personas por sus cualidades y no por las acciones u omisiones que lleve a cabo. Por lo tanto, se considera que este paradigma no es compatible con un Estado social y democrático de Derecho.

2.4. Derecho penal de acto y de autor desde la visión de la judicatura

En apartados previos hemos anotado los principales rasgos diferenciadores entre el derecho penal de acto y su antagónico derecho penal de autor, así como algunas críticas que se han formulado al segundo de ellos. Esto sería suficiente para tener un panorama general sobre ambos paradigmas. Sin embargo, es necesario entender como operan en la *praxis* judicial, concretamente en Latinoamérica. Para tal efecto, analizaremos algunos pronunciamientos judiciales derivados de tres tribunales supremos: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) y Corte Constitucional de Colombia.

En primer término, se destaca el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala,³ resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Esta sentencia trata el caso del señor Fermín, quien fue sentenciado a la pena de muerte por los delitos de violación y asesinato de una niña. En este interesante precedente, el tribunal supranacional analizó, entre otros temas, la posible compatibilidad del principio de legalidad con el derecho penal de autor y determinó, al respecto, que el concepto de peligrosidad constituye una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características

³ Sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafos 94 y 95.

personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.

De igual forma, el tribunal interamericano (2005) consideró que:

La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado (p. 53).

En el caso de México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo directo en revisión 1562/2011. En este precedente, la Corte destacó las diferencias entre derecho penal de autor y de acto. Expuso que el paradigma del derecho penal de autor asume que las características personales del inculpado son un factor imprescindible a tomar en cuenta para justificar por qué debe imponerse una pena. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento e incluso el decremento de la pena. En esa lógica, es posible castigar al sujeto por sus cualidades morales o por su personalidad y el comportamiento precedente frente a la sociedad. La Corte consideró que la pena es vista como el remedio idóneo y justo para lograr la corrección. Por eso, su *quantum* está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo.

En cuanto al derecho penal del acto, la Primera Sala estimó que no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora. No busca el arrepentimiento del sujeto infractor. Lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, como un sujeto que puede y debe hacerse responsable por sus propios actos. Como su nombre lo dice, lo único que se castiga es el acto.

En una nueva oportunidad, la misma Primera Sala de la corte mexicana resolvió la contradicción de tesis 298/2014. En esta sentencia consideró que si la Constitución se decanta por el paradigma del derecho penal de acto, cuando los juzgadores se encuentran en condiciones de hacer uso de su prudente arbitrio para individualizar la pena, deben rechazar la posibilidad de ponderar la supuesta peligrosidad de la persona, así como cualquier prejuicio sobre alguna supuesta proclividad al delito, bajo la idea de que la persona cuenta con antecedentes penales. En ese sentido, subrayó que las personas solamente pueden ser sancionadas por la comisión de conductas penales establecidas previamente en la ley; nunca con apoyo en juicios de valor sobre su personalidad.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, a través de diversos precedentes, ha generado una abundante doctrina constitucional sobre las diferencias entre el derecho penal de acto y de autor, así como la aceptación del primero de ellos en el sistema jurídico colombiano. Nos centraremos en tres sentencias.

En la sentencia C-181/2016, el tribunal constitucional apuntó que la jurisprudencia ha establecido que la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer.

En la sentencia C-226/2002, la Corte destacó la importancia de adoptar un derecho penal de acto, pues, implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a las personas por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos.

Mientras que en la sentencia C-077/2006, la Corte colombiana estimó que el derecho penal de acto está inspirado por la filosofía liberal y fundado en la dignidad humana, ha sido acogido por los regímenes políticos democráticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constitución colombiana. Por sus fundamentos filosóficos y políticos, la responsabilidad derivada de esta última concepción del derecho

penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta.

Como podemos apreciar, en el contexto latinoamericano se siga la misma línea que la doctrina *ius* penalista en cuanto a distinguir entre derecho penal de acto y derecho penal de autor; pero lo que más resalta es el posicionamiento según el cual el sistema jurídico penal debe adoptar el paradigma del derecho penal de acto y rechazar, en consecuencia, su similar de autor. De forma tal que la pena sea un reflejo de la conducta realizada por el agente del delito y no un juicio valorativo sobre su personalidad.

3. Una propuesta compatibilista desde la perspectiva del neuroderecho

Siendo el punto de partida el neuroderecho, la búsqueda de un compatibilismo supone, en términos simples: buscar un punto intermedio entre los paradigmas del Derecho penal de acto y de autor. De esta manera queda descartada —al menos para efectos de este trabajo— la clásica concepción de que ambas categorías son contrarias.

Ya hemos dicho que los aportes de la neurociencia ponen en entredicho una gran parte de las instituciones del derecho penal y con mayor ahínco tratándose de la culpabilidad. En ese sentido, el catedrático Gonzalo D. Fernández (2021) nos recuerda que la crisis de seguridad teórica para el derecho penal amaga ahondarse cuando, desde otras disciplinas ajenas al derecho, se cuestionan los puntos de partida empleados para la atribución de responsabilidad criminal. Así ocurrió en su momento con la criminología, emergente en la segunda mitad del siglo XIX y, en particular, ello se redita ahora, en el arranque del siglo XXI, cuando súbitamente las neurociencias embisten contra la libertad de voluntad del hombre, sobre la cual se cimenta el reproche de culpabilidad penal (p. 5).

Y es que esta aparente crisis del elemento categorial denominado culpabilidad se acentúa con la propia crisis de la idea retributiva de la pena, en tanto forman un vínculo indisoluble. De ahí que la reconstrucción o reformulación de la culpabilidad es una solución bastante aceptable. En este camino, sin embargo, no debe pasarse por alto, como dice Bigenwald y Chambon (2019), que los requisitos para la responsabilidad son normativos, es decir, son estándares que afirman tener su origen en una elección social y tener autoridad práctica.

Para hablar de un compatibilismo, resulta ilustrativo cuestionarnos si la culpabilidad ¿es compatible con el principio del hecho —nadie puede ser sancionado por el pensamiento, por su modo de ser, sino por el hecho delictivo— y con la proscripción del

derecho penal de autor, inherentes y esenciales en el derecho penal del Estado de derecho, esta forma de determinación del sí y de la magnitud de la respuesta penal ajenas al hecho y anclada en las características o condiciones personales de su autor? (Pérez, 2011, p. 24).

La respuesta a esta interrogante se comprende, precisamente, en la propuesta compatibilista. Aunque lo primero que merece destacar es que el paradigma del Derecho penal de autor no parece despreciable a la luz del Neuroderecho, pues, como apunta la profesora Mercedes Pérez (2011), la neurociencia está aportando conocimientos fundamentales sobre la incidencia de ciertas patologías o factores neuronales en ciertos comportamientos delictivos, de modo que se abre la vía del tratamiento neurológico como instrumento de prevención especial.

En una primera aproximación es posible afirmar que la neurociencia constituye una base plausible sobre la cual se puede edificar la propuesta compatibilista. Para ello es preciso tomar en consideración tanto elementos del derecho penal de acto como del derecho penal de autor. El resultado que esperamos es una nueva categoría que sustente la sanción penal como reflejo de la adecuada culpabilidad penal del sujeto activo. Esto es, al tiempo en que se toma en cuenta el hecho criminal, se consideran aspectos personales si es que concurrieran.

Por lo demás, la inclusión de factores de derecho penal de autor para fijar la culpabilidad responde a una idea lógica y a la vez simple: detrás de todo acto hay un autor.

3.1. ¿Armonización entre Derecho penal de acto y de autor? Sí, pero ¿cómo?

Partiendo de la idea de que sí sería posible, en función de una visión compatibilista, conjuntar los elementos del derecho penal de acto y autor para conformar un solo paradigma, corresponde ahora determinar cuáles son los parámetros que deben tomarse en consideración.

De inicio, la función del tipo penal debe ser, como hasta ahora, la de regular de forma clara y precisa los elementos de la conducta delictiva (acción u omisión) y la sanción que corresponda aplicar. Esto permite a las y los ciudadanos conocer cuáles son las conductas que el ordenamiento jurídico considera antisociales y que ameritan el castigo del Estado, generalmente mediante la imposición de una pena. Este primer elemento garantiza los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica.

Como segundo punto, para determinar la culpabilidad del agente, el derecho penal debe tomar en consideración, por un lado, la conducta realizada por el sujeto activo, así como sus modalidades o agravantes y, por otro, la forma de intervención de la persona, esto es, el mayor o menor dominio que haya tenido sobre el hecho o la intensidad de su participación. Los elementos descritos son los más representativos del derecho penal de acto, en la medida en que el juicio de culpabilidad en contra del agente se sustenta en su conducta concreta.

Un tercer elemento, ahora conforme al derecho penal de autor, es ponderar los aspectos personales de la persona enjuiciada. En este punto, deben descartarse aquellas interpretaciones que estigmaticen o consideren a la persona como un ser anormal, incompleto o peligroso. Cuando hablamos de los aspectos personales nos referimos más bien —de forma enunciativa mas no limitativa— a los posibles trastornos, patologías o anomalías cerebrales que concurran al tiempo en que se cometió el injusto penal, o bien que hayan motivado al sujeto a cometer el delito.

Este es un tópico de la mayor relevancia, en virtud de que abrirá una puerta para que la neurociencia pueda determinar de qué forma el funcionamiento del cerebro del agente influye en su comportamiento y particularmente cuando comete un delito. En la actualidad, las herramientas neurocientíficas por lo general están enfocadas en la inimputabilidad de la persona, esto es, la falta de capacidad del sujeto en el momento en que delinque. Sin embargo, el punto que estamos tratando es distinto, pues partimos de la base de que la persona debe considerarse culpable y, por ende, acreedora a una sanción; pero esta debe imponerse en la medida de su justa culpabilidad, lo que supone evaluar, además del hecho, su (a)normalidad cerebral.

Siguiendo la misma línea del derecho penal de autor, para evaluar la culpabilidad que debe sustentar el juicio de reproche al autor del delito, es necesario valorar, además, otros factores personales como son, entre otros: la edad, las condiciones económicas, los motivos que impulsaron a la persona a delinquir, la pertenencia del agente a una comunidad indígena.

La estimación de estos factores también contribuiría a fijar un grado de culpabilidad acorde al autor del hecho. Por ejemplo, tratándose de la edad del agente, las investigaciones neurocientíficas han demostrado que el cerebro de las personas no alcanza su madurez a los dieciocho años —como se ha estimado en gran parte de los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica—, sino que oscila entre los veintidós a veinticinco años. Posiblemente la propuesta en este rubro sería un cambio en la mayoría

de edad para efectos del derecho penal, pero lo que interesa destacar en relación con la culpabilidad es que una persona que cometa un delito y no haya alcanzado la *madurez cerebral* nos permitiría sugerir, en principio, que no debe ser sancionada con el mismo rigor que una persona que sí haya alcanzado esa madurez.

En cuanto a los restantes factores, debido a la limitación del presente trabajo, no sería posible abordarlos con puntualidad, pero podemos mencionar que se trata de aspectos personales en virtud de que en mayor o menor medida tienen el potencial de motivar a una persona para realizar conductas delictivas, por tanto, se deben evaluar al momento de analizar su culpabilidad penal.

Un quinto elemento que debe tomarse en cuenta y que puede resultar polémico, es la fijación de grados de peligrosidad del agente. Dejando de lado el aspecto que pueda resultar estigmatizante, lo que aquí interesa es que el uso de técnicas neurocientíficas que permitan revelar el grado de peligrosidad del sujeto activo permitiría no tanto fijar la culpabilidad del autor, sino la pena o la medida de seguridad que debe imponerse, la cual atenderá justamente a ese grado de peligrosidad. Este elemento incluso puede ser estudiado desde el enfoque de la neuroprevención y atenderá, entre otras cosas, a la posibilidad de lograr la reinserción social de la persona y evitar la reincidencia delictiva.

Los cinco elementos que hemos enunciado pretenden integrar la propuesta compatibilista entre derecho penal de acto y de autor, cuya base es el neuroderecho. En nuestro concepto, la propuesta está llamada a buscar una solución más justa de la culpabilidad penal como fundamento de la pena, en tanto incorpora factores del hecho antisocial como del sujeto que lo cometió. Además, la idea del compatibilismo no desconoce los derechos humanos ni los principios garantistas del derecho penal; por el contrario, los incorpora como ejes rectores.

No sobra mencionar que la aplicación de este nuevo modelo compatibilista debe incorporarse al ordenamiento jurídico, bien sea a través de una reforma legislativa o bien por la vía jurisprudencial.

3.2. Retos y desafíos

Como propuesta que es, el compatibilismo entre derecho penal de acto y autor enfrentará enormes retos y desafíos. En una primera aproximación, la exigencia de factores relacionados al sujeto no garantizará *per se* la fijación de una culpabilidad adecuada y una pena más justa, en la medida en que esto dependerá de las

circunstancias del caso, las cargas probatorias de las partes, la especialización del órgano jurisdiccional en neurociencia, entre otras.

En efecto, no en todos los casos resultará necesario o conveniente la implementación de herramientas o técnicas neurocientíficas, porque no todas las personas que delinquen están motivadas por alguna anomalía cerebral o mental. En estos casos la comisión del delito no estaría precedida de algún aspecto personal del agente que deba ser evaluado, sino por la libre elección —si podemos denominarlo así— del sujeto para delinquir.

También puede acontecer que las partes del procedimiento penal, especialmente la persona acusada, no asuman la carga de probar las posibles afectaciones mentales o cerebrales del sujeto al momento de cometer el delito, ya sea por el desconocimiento de las propias pruebas o simplemente porque no cuenten con los recursos necesarios para acceder a las evidencias neurocientíficas.

Ahora, desde el punto de vista técnico, es posible que los resultados de las herramientas y técnicas neurocientíficas, especialmente de neuroimagen, no sean tan contundentes para los fines esperados. Esto es, que no reflejen con claridad cuál es la anomalía que motivó la comisión del delito, o bien, que aun identificándola no sea posible definir si es permanente o temporal, pero, sobre todo, si la anomalía estuvo presente en el momento en que se materializó el delito.

Otro aspecto en el que hemos insistido es precisamente la capacitación de las y los operadores jurídicos. En el caso de los tribunales de justicia es indispensable que cuenten con los conocimientos necesarios en neurociencia y neuroderecho para medir el impacto de las periciales neurocientíficas. De nada serviría acreditar que al momento de cometer el delito la persona acusada padecía alguna afectación cerebral o mental si el órgano judicial no valora o no interpreta debidamente las conclusiones de las pruebas neurocientíficas.

3.3. Beneficios: ¿sanciones más justas?

Al margen de los retos que pueda enfrentar el compatibilismo, lo cierto es que se visualizan aspectos benéficos, principalmente en la imposición de la sanción y en la selección de la pena, medida de seguridad o medida alternativa que se debe imponer como resultado de la culpabilidad del agente.

Como punto de partida, debemos recordar que las teorías legitimantes de la pena (del poder punitivo) son teorías del derecho penal, de modo que su clasificación puede reordenarse desde cualquiera de sus consecuencias, pudiendo hacerse desde la esencia del delito, en razón de las diferentes concepciones de la relación del delito con el autor. (Zaffaroni, 2007).

Mucho se ha hablado sobre el tratamiento de la pena en el ámbito penal, sobre todo la prisión. Con frecuencia se piensa que el derecho penal todo lo quiere sancionar con prisión y sobre esa base se cuestiona si ¿la pena de prisión es realmente eficaz? En países como México se genera un fenómeno denominado punitivismo populista, que implica el incremento desproporcionado y ampliación de las penas como una forma de reacción aparentemente eficaz del Estado frente a la delincuencia. Sin embargo, la realidad ha demostrado que el incremento de las penas de prisión lejos de constituir una medida disuasiva, en realidad genera desconfianza en las y los ciudadanos sobre el desempeño de las autoridades en el combate y la prevención del delito. Una política criminal basada en este punitivismo no resuelve el problema del delito. En ese sentido, el abuso de la prisión es ineficaz y esto se acentúa cuando el sistema penitenciario no contribuye a la reinserción social del reo.

Con todo, en el contexto del compatibilismo, no se trata de erradicar la pena de prisión sino buscar un punto intermedio. Este sería, en principio, reducir el uso de la prisión y al mismo tiempo contemplar otras alternativas para sancionar. En esa línea de pensamiento, el maestro Demetrio Crespo (parafraseando a Radbruch) expone que no se trata de negar la posibilidad de acciones voluntarias y tampoco de no castigar, sino de hacerlo, en su caso, de otra forma, posiblemente una más humana e inteligente (2021). Esta forma más humana e inteligente no es un derecho penal de medidas de seguridad, sino uno menos invasivo y más capaz de contemplar la enorme diversidad de situaciones a las que se enfrenta el ser humano. En concreto, la visión de un derecho penal basado en el tratamiento y no en el castigo (Demetrio, 2021).

La visión compatibilista entre derecho penal de acto y de autor, sobre la base del neuroderecho, comporta múltiples beneficios. El primero de ellos y que sería en todo caso el eje rector es la determinación de una justa culpabilidad por el delito cometido, que es aquella que contempla simultáneamente tanto la conducta concreta como las peculiaridades de la persona.

En materia de sanciones, el compatibilismo propone la aplicación de sanciones más justas o alternativas, siempre en función de la culpabilidad del autor del delito.⁴ En este punto, si el delito amerita pena de prisión, esta debe encontrar su límite en la acción u omisión penalmente relevante, pero también en las condiciones personales del autor. Este entendimiento permitiría fijar penas privativas de libertad en una escala reducida y adicionar o sustituir la pena de prisión por medidas alternativas. En uno u otro caso, esto sería el resultado de los aportes de las evidencias neurocientíficas.

Cuando hablamos de imponer al agente medidas alternativas no nos referimos necesariamente a sustituir la prisión por medidas de seguridad, que dicho sea de paso también resultaría una solución más humanista, sino más bien a contemplar medidas rehabilitadoras. Si, por ejemplo, las técnicas de imagen cerebral revelan que el sujeto activo al momento de cometer el delito tenía disfunciones cerebrales que en un grado superlativo lo motivaron a realizar la conducta reprochada (sin que necesariamente conduzcan a determinar su inimputabilidad), bien pudiera considerarse la aplicación de medidas basadas en tratamientos neurológicos que le permitan a la persona, en su caso, corregir el anormal funcionamiento de su cerebro o restablecer su salud mental.

Este nuevo paradigma no pretende, en lo absoluto, desconocer la necesidad de sancionar los delitos, pues toda conducta que sea contraria al orden jurídico debe tener una consecuencia. Pero tampoco debe desconocerse que en algunos casos las personas que cometen delitos presentan deficiencias o anormalidades cerebrales o mentales que las motivan a cometer conductas antisociales. En el contexto actual, estos factores no son tomados en consideración por los tribunales de justicia para graduar la culpabilidad ni las sanciones y menos aún se consideran medidas enfocadas en lograr la rehabilitación de las personas. En esto radica el problema.

⁴ A propósito de la aplicación de las sanciones en el actual contexto del derecho penal, el profesor Demetrio Crespo (2021) señala que lo curioso es que el derecho penal excluye la culpabilidad del autor ante graves déficits psíquicos del autor, por considerarlos casos de inimputabilidad, pero castiga más severamente cuando se trata de autores violentos, respecto de los cuales se han constatado asimismo empíricamente problemas mentales de considerable importancia. En diversos estudios se ha podido comprobar que, a diferencia de la población normal, los criminales violentos y, en general, las personas con elevada agresividad padecen con frecuencia diversos déficits cerebrales en el área prefrontal y del córtex órbita frontal y cingular anterior, así como en el córtex temporal y en las regiones límbicas, que afectan todas ellas al control de los estados afectivos y emocionales (p 40).

CONCLUSIONES

Primera. El neuroderecho nos ofrece una multiplicidad de razones sobre la necesidad de reevaluar las instituciones del derecho penal; no obstante, la experiencia aconseja tratar con cautela las posibles implicaciones que puedan derivarse, pues como dice Shen (2016): para disfrutar de un futuro exitoso para el neuroderecho, debemos aprender de nuestro pasado (693).

Segunda. Existen dos posiciones que pretenden determinar la culpabilidad como fundamento de la pena: por un lado, el derecho penal de acto, que atiende a la conducta específica del sujeto y, por otro, el derecho penal de autor, que se identifica con aspectos personales del agente. Tanto la doctrina como la judicatura ha considerado que estos paradigmas son contrarios entre sí y, en esa medida, rechazan el derecho penal de autor.

Tercero. El compatibilismo entre derecho penal de acto y de autor se erige como una categoría intermedia, que pretende conjuntar aspectos de la conducta concreta con situaciones personales del sujeto, cuya finalidad será determinar una adecuada culpabilidad y la imposición de sanciones más justas.

Cuarta. Para esta propuesta compatibilista se vislumbran distintos retos, pero a la vez distintos beneficios. La fijación de la culpabilidad conforme al compatibilismo supone la aplicación de penas reducidas, o bien, la aplicación de medidas de seguridad o rehabilitadoras enfocadas en corregir el anormal funcionamiento del cerebro o la rehabilitación de la salud mental de la persona.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, M. (2020). *Acción, capacidad de acción y capacidad de culpabilidad: problemas de delimitación*. 2021, junio 1, de Dykinson Recuperado de <https://www.dykinson.com/revistas/cuadernos-de-politica-criminal/accion-capacidad-de-accion-y-capacidad-de-culpabilidad-problemas-de-elimitacion/9009/>
- Balbuena, D. (2020). *Derecho penal y neuronas espejo*. En *Derecho penal y Neurociencia* (p. 190). Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Bigenwald, A & Chambon, V. (2019). *Criminal Responsibility and Neuroscience: No revolution Yet*. 2021, junio 27, de Frontiers Recuperado de <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2019.01406/full>
- Demetrio, E. (2021). *Fragmentos sobre neurociencias y derecho penal*. Buenos Aires: IBdeIF.
- Castellanos, F. (2015). *Lineamientos elementales del derecho penal. Parte general*. México: Porrúa.

- Fernández, G. (2021). *A modo de introducción. En Fragmentos sobre neurociencias y derecho penal* (pp. 1-18). Buenos Aires: IBdelF.
- García, E. (2020). *Neuroderecho y psicopatología forense para el sistema de justicia*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- _____ & Mercurio, E. (2019). *Psicopatología forense y justicia restaurativa: perspectivas desde el neuroderecho*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Hassemer, W. (2011). *Neurociencias y culpabilidad en derecho penal*. 2021, junio 20, de Indret Recuperado de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/821.pdf>
- Mezger, E. (1958). *Derecho penal. Libro de estudio parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.
- Muñoz, F & García, M. (2010). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Nieva, J. (2016). *Neurociencia y juicio jurisdiccional: pasado, presente. ¿Futuro?*. 2021, junio 15, de Ub Recuperado de <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/Nieva-2016.pdf>
- Pérez, M. (2011). *Fundamento y fines del Derecho penal. Una visión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*. 2021, junio 1, de Dialnet Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3636917>
- Ramos, E. (2009). *La individualización judicial de la pena. Teoría y práctica*. México: Porrúa.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general*. Madrid: Civitas.
- Shen, F. (2015). *The Overlooked History of Neurolaw*. 2021, junio 27, de Fordham Lay Review Recuperado de <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol85/iss2/13>
- Schulman, D. (2012). *Peligrosidad y derecho penal de autor*. 2021, junio 15, de Acta academia Recuperado de <https://www.aacademica.org/000-072/65.pdf>
- Villareal, A. (2001). *Culpabilidad y pena*. Ciudad de México: Porrúa.
- Zaffaroni, E. (2007). *Culpabilidad y pena*. Buenos Aires: Ediar.