

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA

(Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)

Fernando MOLINA FERNÁNDEZ

Profesor de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

La invención de los mitos y de las religiones, la construcción de vastos sistemas filosóficos, son el precio que el hombre debe pagar para sobrevivir como animal social sin caer en un puro automatismo

JACQUES MONOD

(«El azar y la necesidad»)

LA finalidad de este trabajo es analizar el concepto de responsabilidad, y en particular la responsabilidad jurídica y su relación con la responsabilidad subjetiva o moral. Está dividido en dos apartados relativamente independientes. Objetivos del primero son, en primer lugar, precisar los diferentes significados del término, especialmente en la teoría jurídica, y mostrar su relación con otros términos afines habitualmente utilizados, como imputación, culpabilidad, causalidad o acción; en segundo lugar, delimitar los criterios prácticos y de justicia que sirven para fundamentar la responsabilidad jurídica, entre los que el más importante es la realización del hecho en condiciones que permitan considerar subjetivamente responsable al autor, y por ello merecedor de la consecuencia jurídica que se le aplica. En el segundo apartado se analiza el concepto de responsabilidad subjetiva y se discute el tradicional problema de su compatibilidad o incompatibilidad con la posible estructura determinada del mundo. La finalidad última de esta parte es ofrecer una explicación de la responsabilidad subjetiva coherente con la explicación científica; compatible con la tradición filosófica que ve al hombre como agente moral; y, principalmente, capaz de servir de presupuesto legitimador de la

AFDUAM 4 (2000), pp. 57-137.

aplicación de consecuencias jurídicas gravosas tomando como base criterios de justicia distributiva. En Derecho penal, ello tendría aplicación sobre todo a la hora de brindar una fundamentación material a la culpabilidad y a la pena.

I. RESPONSABILIDAD

1. Dos significados de responsabilidad

Pocos términos son de uso tan frecuente en la teoría del derecho, en las ciencias sociales en general y en el propio lenguaje ordinario como el de responsabilidad. Ello se debe, seguramente, a que con él se alude a algo tan básico como la posición del ser humano como *agente* en el mundo que le rodea, que condiciona no sólo su percepción de sí mismo y de los demás, sino sus relaciones mutuas, sus derechos y obligaciones. Pero bajo este genérico, y forzosamente vago, criterio aunador, son distintos los significados con los que se utiliza en el lenguaje ordinario esta expresión. En un conocido ensayo, Hart ha identificado cuatro (1): responsabilidad como competencia sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social (*Role-Responsibility*); responsabilidad como antecedente causal de un hecho (*Causal-Responsibility*); responsabilidad como sometimiento (*Liability-responsibility*, que puede ser legal o moral); y responsabilidad como capacidad (*Capacity-Responsibility*).

Sin negar valor a esta clasificación, creo que los cuatro usos del término que ha identificado Hart, y otros que se han sugerido (2), pueden ordenarse en torno a dos significados principales, que tienen en común el hecho, situación o acontecimiento básico por el que se responde, y que apuntan a dos cuestiones en principio distintas, pero estrechamente conectadas. El primer grupo de significado mira al pasado, a los acontecimientos previos al hecho, e intenta encontrar antecedentes que expliquen su existencia, que sean «responsables» de su aparición. El segundo grupo mira más bien al futuro, a las consecuencias del hecho, e identifica quién o quiénes deben «responder» de él, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a la existencia del hecho. Para evitar posibles equívocos, utilizaré ocasionalmente la expresión «responsabilidad₁» para el primer grupo y «responsabilidad₂» para el segundo.

(1) «Responsibility and Retribution», «Postscript» a *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1970, pp. 210 y ss.

(2) Por ejemplo, Alf ROSS ha distinguido entre «responsabilidad de rendir cuentas», que en el lenguaje ordinario se asocia a la expresión «tener la responsabilidad sobre», y «responsabilidad de condena», que traduce la usual expresión «ser responsable de», aunque esta última también se emplea en el otro sentido: *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milán, 1972 (traducción de Birgit Bendixen y Pier Luigi Lucchini del original en danés, *Skyld, ansvar og straf*, Berlingske Forlag, Copenhage, 1970, pp. 34 y ss.). Aunque en principio podría tratarse de una distinción próxima a la clásica entre responsabilidad prospectiva –en la línea de la Role-responsibility de Hart– y retrospectiva –similar a la Liability-responsibility–, la forma en la que Ross desarrolla la distinción la hace poco clara. Así, la relaciona con distinciones procesales –ser justamente acusado frente a ser justamente condenado (p. 34)– y materiales –referirse a los presupuestos objetivos de la condena o a los subjetivos (p. 35)–, distinciones que ni concuerdan necesariamente entre ellas, ni con la de responsabilidad prospectiva y retrospectiva, a la que parece aludir la denominación utilizada. Sobre esta última distinción, por ejemplo, A. HELLER, *Ética general*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995 (traducción de Ángel Rivero Rodríguez del original en inglés, *General Ethics*), pp. 91 y ss.–, que apunta que es «tan vieja y se da tan por sentado que con frecuencia ha esquivado el examen», cit., p. 93).

La distinción de estos dos planos no es habitual en los análisis sobre la responsabilidad. Más bien es frecuente que ambas cuestiones se traten conjunta e indiferenciadamente. Ello se debe seguramente a la existencia de un indudable puente de conexión entre los dos significados. El primer y más importante criterio para responder ₂ de un hecho es ser el responsable ₁ de él. En este caso coincidirían los sujetos de la imputación de cada uno de los juicios, lo que seguramente explica que hayan acabado compartiendo un mismo término. Pero la conexión de ambos significados es contingente. Ser responsable ₁ no es condición suficiente ni necesaria para responder ₂ de un hecho. Ello se ve especialmente bien en el derecho, donde la responsabilidad jurídica puede ser por completo independiente de la responsabilidad subjetiva, pero no en la filosofía moral, donde van entrelazadas. La independencia de los dos significados aconseja entonces examinarlos inicialmente por separado.

a) Responsabilidad ₁ como originación del hecho

El primer significado alude a la conexión entre el hecho y otros hechos antecedentes que guardan con aquél una relación que podríamos denominar *genética*. «Relación causal» podría ser también una expresión para describir este vínculo entre acontecimientos, si no fuera porque hoy mayoritariamente esta expresión se utiliza sólo para una subclase dentro de lo que aquí denomino conexión genética.

En este primer sentido, cuando preguntamos quién o qué es responsable de un hecho queremos identificar otros hechos antecedentes que de alguna forma expliquen la existencia de aquél. Por ello, otra posible denominación para este vínculo es la de conexión *explicativa*. Habitualmente los antecedentes a los que se ancla la responsabilidad ₁ son comportamientos humanos, y dentro de ellos los que reúnen ciertas condiciones que permiten una imputación subjetiva, pero es cierto que en el lenguaje ordinario también se aplica en ocasiones el término a cualquier antecedente causal del hecho, sean comportamientos humanos involuntarios o incluso meros hechos naturales –por ejemplo, cuando se afirma que el «responsable» del fallecimiento de A fue el cáncer que padecía–.

Por ello, en este primer grupo de significado, y atendiendo al tipo de vínculo que se establezca entre los antecedentes y el hecho, pueden a su vez distinguirse varios usos conexos pero parcialmente diferentes de la expresión responsabilidad. Los dos más habituales serían, por un lado, la conexión meramente causal entre el hecho y sus antecedentes (responsabilidad como causalidad, lo que en el esquema de Hart coincide con la *Causal-Responsibility*); por otro, la conexión subjetiva o conexión a la culpabilidad, característica de la a su vez denominada responsabilidad subjetiva o responsabilidad moral. Estas dos conexiones representan de alguna manera los dos extremos del campo semántico de la responsabilidad por originación, pero son concebibles a su vez otros niveles intermedios que requieran algo más que la mera conexión de causalidad, pero algo menos que la de culpabilidad. Ello se percibe de manera especialmente nítida al examinar algunos de estos niveles que han aparecido en la evolución histórica de la teoría del delito en Derecho penal.

Simplificando, aunque al final la responsabilidad ₂ penal es siempre responsabilidad ₁ culpable (al menos en los sistemas que siguen la tradición de la doctrina germánica), es tradicional distinguir dentro de los presupuestos de la responsabilidad entre aquellos que definen la antijuridicidad de la acción y los que afectan a la

culpabilidad (3). El reparto de elementos en ambas categorías refleja, entre otras cosas, el reconocimiento de diferentes niveles de imputación del hecho a acciones causantes. Tradicionalmente, en la teoría causal, dominante a comienzos del siglo xx, la antijuridicidad se centraba en la nuda causalidad y la culpabilidad en la imputación subjetiva. Sin embargo, ya desde el principio se pusieron de relieve las dificultades de mantener para la imputación un concepto científico de causalidad y muchos autores aceptaron un concepto jurídico, como el propuesto por la teoría de la adecuación. Como más adelante se demostraría, ello no hacía más que fundir dos niveles de imputación, el de la pura causalidad y el de la después denominada imputación objetiva. Un nuevo nivel de imputación surge con la teoría finalista al desplazar desde la culpabilidad al tipo de injusto el dolo y la imprudencia, que pasan a constituir el denominado tipo subjetivo. Por último, la evolución más reciente muestra un renovado interés por el tipo objetivo (sin que ello signifique abandonar la construcción del tipo subjetivo propuesta por el finalismo), en el que se reconocen explícitamente los dos niveles de imputación latentes en la teoría de la adecuación, la causalidad, entendida en un sentido naturalista, y la imputación objetiva, con un contenido marcadamente jurídico centrado en la peligrosidad *ex ante* de la acción (4).

Esto significa que son hoy muchos los autores que reconocen al menos cuatro niveles, jerárquicamente ordenados (los posteriores se construyen *añadiendo* un elemento nuevo a los precedentes, y, por ello, los engloban), de vinculación entre el acto humano y el resultado que se le quiere imputar: En primer lugar la causalidad de la acción humana, entendida en un sentido exclusivamente científico como vinculación conforme a leyes naturales; en segundo lugar la imputación objetiva, como vínculo normativo en el que se atiende a si el resultado es, además de causado, la concreción del peligro jurídicamente desaprobado que encierra la acción o si ésta es la frustración de una expectativa social fijada en un rol; en tercer lugar, al menos en el delito doloso (5), el hecho objetivamente imputable debe ser además efecto del dolo (natural, referido al hecho, pero no al conocimiento de la antijuridicidad) del autor que se erige en elemento central del tipo subjetivo; por último, al vínculo de tipicidad objetivo-subjetiva se suman el resto de los elementos de la

(3) Prescindo de las particularidades que introduce en este esquema la tipicidad.

(4) Pero incluso el esquema puede hacerse más complicado si se repara en que, por ejemplo, en el primer nivel puede distinguirse la mera causalidad de cualquier tipo de acontecimiento y la causalidad de las acciones humanas, y en el segundo, en la imputación objetiva, caben a su vez diversos sub-niveles según cómo se fijen las bases del juicio de peligro: por los conocimientos públicos de toda la humanidad; por los de un hombre medio del círculo del autor; por los del hombre medio complementados con los superiores del autor; por los del propio autor, etc.

(5) En la imprudencia la solución doctrinal resulta inconsecuente porque el elemento que se desplaza desde la culpabilidad al injusto es la infracción del deber objetivo de cuidado, que en realidad no es otra cosa que el análisis de la peligrosidad de la acción tal y como lo realiza la teoría de la imputación objetiva, con lo cual en el tipo imprudente, según la doctrina penal mayoritaria, no habría realmente tipo subjetivo. En este caso los niveles de imputación serían sólo tres: causalidad de la acción; imputación objetiva/infracción del deber objetivo de cuidado; y culpabilidad. Esta insatisfactoria situación pretende ser modificada por quienes reclaman la presencia de un tipo subjetivo o quienes entienden que el tipo imprudente entraña la infracción del deber *subjetivo* de cuidado. Sobre ello, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, JMB, Barcelona, 2001, pp. 471 y ss. y 712 y ss.

imputación subjetiva examinados en la culpabilidad, lo que permite afirmar la presencia de un vínculo de imputación completo. En una imagen gráfica, los niveles inferiores de imputación serían algo así como las sucesivas capas de la cebolla, que representaría la imputación subjetiva completa. Aunque para la responsabilidad penal son todos necesarios, la distinción no sólo cumpliría una función analítica, sino práctica. La separación de antijuridicidad y culpabilidad, por ejemplo, se ha vinculado siempre al correcto tratamiento de cuestiones como la participación, la posibilidad de defenderse legítimamente, la aplicación de medidas de seguridad o la propia responsabilidad civil (6), y actualmente comienza a haber voces que apuntan en la línea de vincular efectos distintos a hechos causales pero atípicos según lo sean por falta de imputación subjetiva u objetiva (7).

Este breve examen de la teoría penal muestra que efectivamente son diversos los niveles en los que puede fijarse la vinculación entre una acción y un resultado, y los juristas han recurrido a muchos de ellos. Ello pone de relieve que la responsabilidad jurídica puede ser más o menos exigente en los criterios de imputación a los que liga sus consecuencias. Puede ser el hecho plenamente culpable, pero también el doloso, o el que permita la imputación objetiva, o simplemente el causal. Es más, ni siquiera es necesario que exista un vínculo de originación entre el hecho lesivo y la actuación de la persona que ha de responder, como muestra la existencia de responsabilidad objetiva no causal. Pero todavía no nos interesa la responsabilidad en el segundo sentido –como responsabilidad jurídica–, sino en el primero –como responsabilidad como originación–. Aquella que permitiría afirmar que alguien es el responsable ₁ de que el hecho lesivo haya acaecido y no meramente la persona que debe hacerse cargo ₂ de sus consecuencias perjudiciales. Y la cuestión central en este punto es cuál o cuáles de los niveles de «originación» que hemos examinado (si es que alguno), encajan en este primer significado de responsabilidad.

La respuesta que me parece más plausible, y que iré desarrollando a lo largo del trabajo, es la siguiente. Por un lado, creo que hay razones decisivas para excluir todos los niveles menos el último, la denominada responsabilidad subjetiva o culpabilidad. Sólo en este caso podría tener sentido decir de alguien que es responsable ₁ de que algo haya acaecido. Por otro lado, hay razones, aunque de otro orden, para excluir también en este último caso la idea de responsabilidad por originación si ésta se entiende en uno de los sentidos más usuales del término, como responsabilidad basada en la capacidad de actuar de manera distinta, idea que enlaza con la vieja polémica acerca de la libertad de voluntad como fundamento de la responsabilidad (cuestión que trato en la segunda parte del trabajo). Ello, inicialmente, parece apuntar a un vaciamiento de contenido de la responsabilidad subjetiva, que quedaría despojada de algunos de los elementos que la han convertido en un concepto central de la filosofía moral. Pese a ello, creo que es posible encontrar un sentido (aunque parcialmente restringido) a este concepto que permite mantenerlo no sólo como un criterio más de imputación ₂ de consecuencias, sino como uno espe-

(6) Más dudoso es que efectivamente esta distinción pueda cumplir las funciones que se le asignan en estos campos.

(7) Por ejemplo en el ámbito de las acciones defensivas, en la línea propuesta por BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»* JMBosch, Barcelona, 1994.

cial, y que sirva para enlazar con la larga tradición filosófica y jurídica que se encuentra tras el concepto de responsabilidad moral o culpable. La conclusión en este caso sería mantener los dos significados de responsabilidad, aludiendo el primero a la responsabilidad o imputación subjetiva, ligada a la libertad, y el segundo a la responsabilidad jurídica, entendida como imposición de consecuencias lesivas si se cumplen ciertos presupuestos, entre los que el más destacado sería la existencia de responsabilidad subjetiva, pero también otros presupuestos objetivos como la mera causalidad, la imputación basada en riesgos evaluados con criterios generales, etc., todos ellos ordenados en torno a la idea de una justa distribución de cargas y beneficios.

b) Responsabilidad₂ como atribución de consecuencias por el hecho lesivo: la responsabilidad jurídica

En este segundo sentido la responsabilidad mira al futuro y no al pasado del hecho. No apunta a las circunstancias que lo originaron, sino a las consecuencias que de él se deducen. Responsable es la persona que tiene que hacerse cargo de los efectos perjudiciales del hecho; quien responde de él.

Éste es el significado más habitual del término en la ciencia jurídica, y el objeto inicial de interés en este trabajo, en el que se trata de delimitar las circunstancias que permiten justificar la imposición de responsabilidad jurídica. Cuando decimos en Derecho que alguien es responsable civil, penal, etc., de un hecho lesivo queremos indicar que, como reacción frente a este hecho, se le van a imponer ciertas consecuencias jurídicas que entrañan una carga para él, como sufrir una pena o reparar el daño, por citar las más habituales.

Éste es un concepto que se utiliza habitualmente también en otros ámbitos no jurídicos. Cuando se habla de responsabilidad política se alude generalmente a la circunstancia de que alguien debe cargar con las consecuencias de una decisión política errónea, normalmente dimitiendo de su cargo. También en ocasiones se habla de responsabilidad moral en este sentido para referirse a las obligaciones morales que surgen de la existencia de un hecho. Seguramente por ello, dentro del concepto de Liability-Responsibility Hart distingue la jurídica de la moral. Lo que sucede es que, como el propio Hart reconoce, si en el ámbito jurídico este sentido de responsabilidad puede ser independiente de la responsabilidad subjetiva (8), en el caso de la moral esta escisión no parece posible porque la responsabilidad₂ moral es siempre y sólo la del sujeto responsable₁ (9)

Generalmente en este contexto el término responsabilidad se utiliza sólo para aludir a consecuencias que el sujeto sufre, no a las que disfruta, pero probablemente esto no es más que un hábito del lenguaje motivado por la predominancia de consecuencias negativas. Ello no sucede, o al menos no de manera tan acusada, en el otro significado de responsabilidad₁ como originación, en el que no es infrecuente aludir al autor de una obra o un hecho valioso como su responsable. Pero cuando se trata de la atribución de ciertas consecuencias ante un hecho o situación

(8) *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 222 y ss.

(9) *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 226 y s.

sólo se habla de responsabilidad cuando el hecho es malo y las consecuencias onerosas para el que las sufre.

Escasa trascendencia tiene el determinar si éste es el significado original del término responsabilidad o si es una derivación histórica del de responsabilidad subjetiva. Es probable que fuera el sentido originario. Responsabilidad procede etimológicamente de responder. Alude a la persona que debe responder o hacerse cargo de algo. Un indicio puede ser que las dos definiciones que contempla el Diccionario de la Real Academia se encuentran en esta línea (10).

Más importante es la razón por la cual, pese a su distinto contenido, ambos conceptos han terminado por reunirse bajo un mismo vocablo. Aunque nuestro objeto de atención inmediato es la responsabilidad jurídica, y más en concreto la delimitación de los criterios que justifican la imposición de consecuencias gravosas, nos interesa también la responsabilidad como originación precisamente porque su concurrencia parece constituir el primero y más importante de estos criterios. Generalmente la imposición de responsabilidad jurídica se vincula a la presencia de algún tipo de responsabilidad en la originación, ya sea la mera causalidad, la plena responsabilidad subjetiva o cualquier estadio intermedio entre ambas. La persona a la que se atribuye la producción del hecho, especialmente si lo hace de manera plenamente imputable, es también la que debe hacerse cargo de sus consecuencias lesivas. Es la responsabilidad₁ la que brinda, al menos aparentemente, el criterio legitimador fundamental de la responsabilidad₂ jurídica. Al ser la persona responsable de sus actos, debe también sufrir las consecuencias negativas que lleven aparejados.

Si esta conexión fuera constante, como lo es por ejemplo en Derecho penal (11), seguramente no haría falta distinguir los dos significados del término, pero esto no es siempre así y por eso es importante examinarlos por separado. Si además aceptamos que sólo la plena imputación subjetiva permite una genuina atribución de responsabilidad₁, aun resulta más perentoria la distinción.

2. Relación con términos afines: imputación, culpabilidad, acción, causalidad

El término responsabilidad, en sus dos significados principales, guarda conexión con otros términos afines, como *imputación*, *culpabilidad*, *acción* o *causalidad*. Todos ellos tienen un campo semántico amplio. Algunos de sus significados coinciden entre sí y con el de responsabilidad.

a) *Imputación* es seguramente el término que guarda mayores afinidades con responsabilidad. No es extraño que desde el comienzo de la ciencia penal, y hoy de

(10) Las dos hacen referencia a las cargas –jurídicas o morales respectivamente– que se derivan de un hecho disvalioso: 1. «Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal». 2. «Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado». Pero las referencias en la definición primera al delito y en la segunda al yerro apuntan a la conexión habitual entre los dos sentidos de responsabilidad.

(11) Aunque esta idea básica no siempre es mantenida hasta sus últimas consecuencias, como demuestra la punición de la denominada imprudencia inconsciente o la desmesurada importancia que se atribuye a la intención del autor en el dolo de primer grado. Una agresión más radical se produce en las teorías que prescinden de la culpabilidad o la normativizan hasta el extremo de mantenerla únicamente como expresión de las necesidades de la responsabilidad jurídica (las necesidades preventivas de imposición de una sanción). De ello trataré en la segunda parte del trabajo.

manera especialmente destacada, se haya utilizado profusamente esta expresión al fijar los elementos del delito. En otras ramas del Derecho es también una expresión habitual.

Con carácter general, se utiliza en dos contextos distintos, bien en el ámbito mercantil, (posiblemente el primero en el que surge (12), donde equivale a «señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta» (13), bien en el ámbito moral o jurídico, donde se utiliza con diferentes matices, siendo el principal el que alude a la relación de atribución de un hecho a una persona. El elemento semántico común, que explica la denominación compartida, parece ser el establecimiento de una relación de asignación o atribución entre dos entidades, sea una cantidad que se asigna a un determinado fin mercantil, sea un hecho que se asigna a una persona.

En la filosofía moral y en la teoría jurídica se ha utilizado y todavía se utiliza con diferentes significados que coinciden parcialmente con los de responsabilidad. El significado nuclear en este ámbito es el de imputación moral o imputación subjetiva que se corresponde con el primer concepto de responsabilidad examinado, responsabilidad como originación, y en particular con la originación voluntaria o libre del hecho, esto es, con la habitualmente denominada responsabilidad moral o subjetiva. Como concepto moral, la imputación no se limita a determinar una relación causal cualquiera entre un hecho y un sujeto (a lo que generalmente se aludía con la expresión *imputatio physica*), sino una relación específicamente moral: la relación entre el hecho y la persona entendida como su *causa libre*. Este concepto es el clásico de los autores del Derecho natural –Pufendorf, Wolff, Daries, etc. (14)–, que acoge

(12) FEUERBACH consideraba, siguiendo a Thomasius, que el concepto original de imputación era un concepto físico (asignar en un sentido contable) y sólo más adelante adquirió por analogía un contenido moral de atribución del hecho a un sujeto –*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. vol. I, Henningschen Buchhandlung, Erfurt, 1799; hay reimposición facsímil, Scientia Verlag, Aalen, 1966, pp. 151-152–. También GRÜNHUT –*Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*. Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft. V. III. W. Gente, Hamburgo, 1922; hay reproducción facsímil, Scientia Verlag, Aalen, 1978, p. 74–.

(13) Ésta es la definición primera del *Diccionario* de la Real Academia.

(14) Un extenso examen de la evolución histórica de la teoría de la imputación desde Aristóteles hasta la actualidad puede verse en HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*. Cram de Gruyter & C.º, Hamburgo, 1957. Analiza la evolución desde Pufendorf hasta Feuerbach, GRÜNHUT –*op. cit.* pp. 74 y ss.–. Especialmente sobre la imputación en los autores del derecho natural, HRUSCHKA «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa», *ZStW* 96 (1984), pp. 661 y ss.; «Imputation», en Eser, A./Fletcher, G. P. (edits.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)*, vol. I, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, 1987, pp. 121-174 (publicado inicialmente en la *Brigham Young University Law Review*, 1986, pp. 123 y ss.); Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3.ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1965, pp. 157 y ss. y 169 y ss. Son muy numerosos los estudios sobre la imputación en la escuela hegeliana; pueden destacarse el clásico trabajo de LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»*, Leipzig, 1927 (reimpresión facsímil: Scientia Verlag, Aalen, 1970) y el de BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1966) especialmente pp. 36 y ss.

Kant (15), y Feuerbach, y a la vez la noción que adquiere relevancia en Derecho penal en la teoría de la acción y especialmente de la culpabilidad (16).

Tradicionalmente se denominó a esta imputación *imputatio moralis*, que se contraponía a la *imputatio physica*, basada exclusivamente en la causación (17). Aunque no siempre se utilizaron estas expresiones con idéntico significado (18), podemos tomar como referencia la distinción de Feuerbach, inspirada en la clásica de Daries. La *imputatio physica* se correspondería con un sentido amplio del término, en el que se atiende a si el sujeto ha sido la causa material de un acontecimiento (19). Coincide, por tanto, con la responsabilidad por causación (la Causal-Responsibility de la clasificación de Hart). Pero, aun reconociendo este significado amplio de imputación, generalmente se entendía que no era el principal. Feuerbach lo expresaba de la siguiente manera:

«hay un sentido más restringido y auténtico del término, y en éste imputación significa aquel juicio por medio del cual se pone de manifiesto que un sujeto es la causa libre de un hecho. [...] En este sentido puede perfectamente decirse «yo he realizado la acción pero no puede imputárseme». La he realizado, en cuanto soy una causa externa de ella; pero no se me puede imputar en la medida en que no soy una causa interna, absoluta, de ella. La imputación en sentido amplio se denomina imputación física (*imputatio physica*); la imputación en sentido estricto se denomina imputación moral (*imputatio moralis*)» (20).

(15) *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg 1797, p. XXIX. La conocida definición de imputación de KANT reza: «La imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por el que alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces es denominada hecho (*factum*) y está sometido a las leyes» [«Zurechnung (*imputatio*) in moralischer Bedeutung ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann That (*factum*) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird»].

(16) La referencia a la imputación en la teoría penal de finales del siglo XVIII y en todo el siglo XIX es constante en todos los autores al tratar de los elementos subjetivos del delito. Vide autores y obras citadas en la nota 14. En España el recurso a la imputación es especialmente notable en SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte primera, 2.^a ed., Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903, cap. XXXII, pp. 104 y ss.

(17) Acerca de los antecedentes de las expresiones «*imputatio physica*» y «*moralis*», no hay acuerdo. HRUSCHKA, que se ha ocupado del tema, reconoce no haber podido establecer su procedencia aunque estima como más probable la obra de Christian WOLFF (aparecen ya en la *Philosophia Practica Universalis* de Wolff de 1738 (§ 642), o algún autor de su escuela (*Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1976, p. 35 n. 25).

(18) Referencias sobre significados alternativos pueden verse en FEUERBACH, *Revision*, vol. 1 (como en nota 12), p. 153, nota.

(19) Según DARIES, «In *physica imputatione* non quaeritur, an existantia ejus, quod obveniens est, ad *alicujus voluntatem* possit referri, sed an quis ejusmodi existantiae sit causa» [*Observationes iuris naturalis socialis et gentium*, vol. II, obs. XLII § 17 –cito por FEUERBACH *Revision*, 1 (como en nota 14), pp. 153-154–]. También TITTMAN aceptaba este concepto de imputación física (*Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Erster Theil: Handbuch des gemeinen deutschen Peinlichen Rechts, I*, Hemmerde und Schwetschke, Halle, 1806; reimpresión facsímil, Keip Verlag (Frankfurt a. Main, 1986, pp. 219 y ss.).

(20) *Revision*, 1, pp. 152-153. La correspondiente definición de DARIES es: «In *imputatione vero morali* non quaeritur, an quis sit ejus, quod abveniens est causa, sed an existantia ejus, quod abveniens est, ad *alicujus voluntatem* possit referri» –*Observationes iuris naturalis socialis et gentium*, vol. II, obs. XLII § 17 [cito por FEUERBACH, *Revision*, 1 (como en nota 12), pp. 153-154].

En el Derecho penal moderno aparece el término imputación con renovada fuerza a través de la teoría de la imputación objetiva. Se trata también de un concepto ligado al de responsabilidad como originación, sólo que en este caso la imputación requiere algo más que la mera causalidad (imputación física), y algo menos que la imputación moral o subjetiva. Frente a la teoría clásica que examinaba en los tipos de resultado la causalidad, en un sentido puramente objetivo, y luego imputaba el hecho subjetivamente a su autor en la culpabilidad, la teoría de la imputación objetiva trata de enriquecer el contenido objetivo del hecho con elementos normativos. Conforme a esta teoría, la imputación de un resultado lesivo a una acción no requiere sólo su causación, sino además que cree un riesgo jurídicamente desaprobado –que exceda el riesgo permitido–, y que se traduzca en el resultado típico (21). En algunas de sus formulaciones más conocidas guarda una estrecha conexión con la Role-responsibility de Hart (22).

El término imputación se emplea también en ocasiones en un sentido similar al segundo significado de responsabilidad₂, lo que muestra hasta qué punto hay una conexión entre ambos. En este sentido se habla de imputación al autor de las consecuencias jurídicas: se le imputa la pena, la reparación del daño, etc. Además se trata de un concepto más neutro que el de responsabilidad, de manera que si éste se utiliza sólo cuando las consecuencias jurídicas son onerosas, aquél puede también aplicarse cuando son beneficiosas. De quien sufre la pena se dice que responde penalmente, pero de quien recibe un premio no se dice que responde de él, pero nada impide afirmar que se le imputa el premio.

b) También el término *culpabilidad* guarda estrecha relación con los de responsabilidad e imputación. En particular, se utiliza con un significado próximo al de responsabilidad₁ subjetiva (moral). El matiz diferencial entre ambos es que la culpabilidad sólo se aplica en caso de que el hecho que se impute sea malo, lo que desde luego no sucede con la expresión imputación subjetiva, pero tampoco siempre, aunque sea lo más habitual, con responsabilidad subjetiva. Ello explica que la atribución de culpabilidad tenga un matiz de reproche, moral o jurídico, que no siempre se da en los otros términos.

En la moderna teoría del delito el término culpabilidad tiene un contenido más estrecho que los de imputación o responsabilidad subjetiva. El desplazamiento que hace la doctrina mayoritaria del dolo y la imprudencia al juicio de antijuricidad reduce el campo de la culpabilidad (23), que ya sólo se refiere a ciertos aspectos de la imputación subjetiva –en concreto a la imputabilidad, el conocimiento de la prohibición y la ausencia de causas de inexigibilidad–. Pese a ello, todavía es fre-

(21) Entre la abundantísima literatura a que ha dado lugar la teoría de la imputación objetiva, *vid.* por todos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, Santa Fé de Bogotá, 1994; FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995.

(22) Así, en la obra de JAKOBS; por ejemplo, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cívitas, Madrid, 1996 (traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá y un Estudio Preliminar de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá).

(23) No así en quienes siguen manteniendo que dolo y culpa forman parte, y como elemento nuclear, de la culpabilidad. En estos casos suele equipararse principio de culpabilidad y principio de imputación subjetiva. *Vide*, por ejemplo, en este sentido, CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.^a edic., Tirant lo Blanch, Valencia-Madrid, 1996, pp. 210 y ss.

cuenta englobar todos los presupuestos de la imputación subjetiva bajo el rótulo genérico de principio de culpabilidad en sentido amplio (24), y además una importante, aunque minoritaria corriente doctrinal sigue reservando la categoría culpabilidad para la imputación subjetiva completa. En este trabajo utilizaré normalmente los términos como sinónimos: culpabilidad como responsabilidad subjetiva referida a hechos lesivos.

c) El término *acción* puede utilizarse también para referirse al hecho responsable₁ o subjetivamente imputable (y por ello también culpable: el hecho desvalorado sólo sería acción si es culpablemente cometido). En esta acepción restringida la acción de una persona abarcaría sólo aquellos hechos o parcelas de la realidad que pueden serle personalmente imputados. Éste era el concepto de Hegel, para el que la acción alude a la realización exterior de la voluntad del sujeto (coincidencia del aspecto interno –la voluntad libre– y el externo –las consecuencias en el mundo exterior–) (25). Sólo aquellos aspectos de la realidad que son abarcados por la voluntad consciente del sujeto pueden imputársele como su acción (26). La principal ventaja de este concepto, que también se ha manejado en la moderna discusión filosófica sobre la libertad de acción como base de la responsabilidad subjetiva, es que desde un principio separa lo que son meros acontecimientos naturales (en los que eventualmente también puede aparecer implicada una persona) y acciones humanas que permiten una imputación subjetiva (27).

No es éste, sin embargo, el significado más habitual en derecho, sino otro más restringido que sólo abarca ciertos aspectos de la imputación subjetiva. En Derecho penal, por ejemplo, aunque se discute vivamente qué es una acción, prácticamente todo el mundo está de acuerdo en su delimitación negativa, en las causas que la excluyen –fuerza irresistible; movimientos reflejos; y situaciones de inconsciencia–, lo que hace pensar que también hay más acuerdo del que se pretende en su delimitación positiva, que viene a coincidir con la realización voluntaria de un movimiento o inactividad corporal con efectos causales. El resto de elementos subjetivos necesarios para una plena imputación se examinan posteriormente en la antijuridicidad o, principalmente, en la culpabilidad. Sin embargo, ocasionalmente se ha defendido también un concepto de acción enriquecido que abarca hasta la culpabilidad, en la línea hegeliana (28).

(24) En realidad, entre quienes aceptan la inclusión del dolo y la imprudencia dentro del tipo subjetivo no hay pleno acuerdo en la terminología cuando se trata de referirse al denominado «principio de culpabilidad». Algunos autores, como MIR PUIG –*Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edic., PPU, Barcelona: PPU, 1998, pp. 95 y ss.–, distinguen entre principio de culpabilidad en sentido estricto, también denominado de imputación personal, y principio de culpabilidad en sentido amplio; otros, como LUZÓN, distinguen entre principio de imputación subjetiva y principio de culpabilidad –«Principio de responsabilidad subjetiva», voz de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5088–.

(25) *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) (edición a cargo de Johannes Hofmeister, 4.ª ed., 1955), §§ 113 y ss. En general, sobre la acción en Hegel y sus discípulos, *vid.* las obras citadas en la nota 14.

(26) *Grundlinien...*, § 117 (como en nota 25).

(27) *Vid.*, por ejemplo, O'CONNOR, *Free Will*, Macmillan Press, Londres/Basingtoke, 1977), pp. 3 y ss.

(28) *Vid.* JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», en G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, UAM ediciones/Civitas, Madrid, 1997, pp. 101 y ss., esp. 121 y ss.

d) Con el término *causalidad* se alude a una determinada vinculación material entre acontecimientos según leyes naturales, que en ocasiones se expresa también mediante los términos responsabilidad o imputación. Ya hemos visto que en la teoría clásica de la imputación se denominaba *imputatio physica* a la conexión causal, y Hart ha puesto de relieve que coloquialmente se utiliza también la palabra «responsable» para identificar a ciertos antecedentes causales de un hecho –como cuando se dice que una larga sequía fue responsable del hambre en la India–, lo que ha denominado Causal-Responsibility (29). En todo caso, como ya había destacado Feuerbach, se trata de usos secundarios de estos términos. Pero el concepto científico de causalidad, hoy dominante, no es el único posible. Históricamente también se ha utilizado la expresión para referirse a los antecedentes de un hecho que tienen carácter originario porque proceden de una voluntad libre. En estos casos lo normal es hablar de *causa libera* (30), para distinguirla de la causa que es a su vez causada –*causa causata*–. Así utilizada, la expresión se encuentra en el mismo grupo de significado que responsabilidad/imputación subjetiva o acción, como puede observarse en la definición de imputación de Kant, más arriba recogida (31). También en la discusión moderna sobre el libre albedrío se ha acudido ocasionalmente a la imagen de un agente causal originario como prototipo de actuación subjetivamente responsable (32).

Del breve repaso anterior destaca la abundancia de términos cuyo significado principal o secundario está relacionado con la responsabilidad ₁ subjetiva o moral, cosa que no sucede con la responsabilidad ₂ jurídica. De los examinados, sólo el término imputación, y no en su significado más usual, se utiliza también para aludir a la imposición jurídica de consecuencias lesivas. Ello pone de relieve la extraordinaria importancia del primero, y no sólo en el ámbito del derecho. Desde los comienzos del pensamiento filosófico se convierte en objeto primordial de interés la determinación de lo que haya de singular en la actuación humana, frente a otros acontecimientos naturales. Responsabilidad subjetiva, imputación, culpabilidad o acción, son algunos de los términos que expresan dicha singularidad. Se trata de conceptos básicos que reflejan una determinada visión de nosotros mismos. El ordenamiento jurídico está edificado sobre esta imagen, la de un ser que no es mero espectador de la realidad, sino que la conforma con sus actos libres. Que es responsable de dichos actos, y por ello disfruta de lo bueno que aporten, pero también responde de lo malo.

Pero ni toda consecuencia jurídica que se imponga a alguien como respuesta por un hecho lesivo requiere una previa actuación subjetivamente responsable, ni el propio concepto de responsabilidad subjetiva está exento de problemas; más bien al contrario. Se discute si existe una libertad como la que parece reclamar la

(29) *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 214 y s.

(30) Sobre el concepto de causa libre *vid.*, por ejemplo, JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*. Schriften zum Strafrecht, 78, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, pp. 24 y s.

(31) *Supra* nota 15.

(32) *Vid.*, por ejemplo, CHISHOLM, «Human Freedom and the Self», en Gary Watson (ed.), *Free Will*, Oxford University Press, Oxford, 1982, pp. 24 y ss. Como veremos en la segunda parte del trabajo, ésta es una posición frecuente entre los defensores más radicales del libre albedrío (libertarios), que requieren que el curso de antecedentes causales de un hecho imputable termine en el agente.

responsabilidad subjetiva. La cuestión tiene extraordinaria importancia para la responsabilidad jurídica, para la imposición de consecuencias lesivas, porque su justificación más sólida es precisamente la existencia de responsabilidad subjetiva.

Dos son, entonces, las cuestiones que es necesario abordar. En primer lugar los criterios que permiten justificar la responsabilidad jurídica. En segundo lugar el problema específico de la libertad y su vinculación con la responsabilidad subjetiva.

3. Criterios de fundamentación de la responsabilidad jurídica

Exigir responsabilidad jurídica frente a hechos lesivos es uno de los instrumentos clásicos del derecho para conseguir sus fines. Para determinar los criterios que pueden fundamentarla puede ser útil situarnos inicialmente en el plano superior de los fines que, en general, se pueden asignar a las disposiciones jurídicas.

El derecho sirve a la configuración y mantenimiento de un orden social mediante la protección de realidades valiosas, individuales y supraindividuales, a las que se alude con diferentes expresiones: derechos, intereses, bienes jurídicos, etc. Las normas jurídicas, entre las que se encuentran las que fijan responsabilidades, tratan de evitar en último extremo que se lesionen bienes jurídicos, lo cual puede hacerse básicamente de dos maneras: previniendo el daño o reparándolo. En la prevención se trata de adoptar medidas que eviten que el mal llegue a producirse; en la reparación el daño ya se ha causado, pero pueden evitarse parcial o totalmente sus efectos adversos mediante medidas reparadoras.

Las medidas jurídicas preventivas o reparadoras pueden ser de dos clases: lesivas o no lesivas. Las primeras producen sus efectos benéficos causando a su vez cierto daño. Son, por ello medidas con efecto dual, a la vez protectoras y lesivas. Las segundas sólo tienen efectos positivos: previenen o reparan males sin causar otros. Un ejemplo de las primeras puede ser la imposición de una pena criminal o la permisión de lesiones causadas en legítima defensa, y un ejemplo de las segundas podrían ser las disposiciones jurídicas que promueven el acceso a la educación y a la cultura. Como regla general puede decirse que sólo las primeras son verdaderamente problemáticas en su justificación, como corresponde a su carácter lesivo, y sólo de ellas vamos a ocuparnos ya que las medidas de responsabilidad jurídica son, en su mayor parte, de este tipo.

Que una medida jurídica sea lesiva significa necesariamente que de uno u otro modo *distribuye o redistribuye males*. Desde la perspectiva del sujeto lesionado (o amenazado de lesión), la distribución puede ser interna o externa. En la *interna* se cambia un mal propio por otro igualmente propio y menos grave. En la mayor parte de los casos es el propio sujeto el que realiza la distribución de su fortuna o desgracia (autodistribución interna). La renuncia a una actividad deseada pero peligrosa para la vida entraña cambiar un daño probable grave –la muerte– por otro seguro leve –renunciar a lo querido–. La suscripción de seguros de responsabilidad civil tiene esta misma finalidad: se cambia una probable responsabilidad civil grave por el gasto seguro de la prima. En otros casos la distribución, aunque sigue siendo interna, es realizada por un tercero (heterodistribución interna). El médico que amputa la pierna gangrenada de una persona inconsciente cambia un mal gravísimo altamente probable por otro menos grave pero seguro. Normal-

mente la distribución interna no es problemática ni siquiera cuando la realiza un tercero en beneficio nuestro. Puede serlo y lo es cuando hay discrepancia sobre lo que está en juego y sobre quién decide. Cuando, por ejemplo, se niega al sujeto el derecho a disponer sobre sus propios bienes partiendo de una justificación paternalista o de otro tipo –imposición de transfusiones contra los sentimientos religiosos; prohibición del suicidio; restricción o prohibición de actividades peligrosas para uno mismo; etc.–.

Las dificultades surgen con toda su fuerza cuando la distribución o redistribución es *externa*; cuando se cambia un mal propio (cierto o probable) por otro ajeno (que admite las mismas variantes). En unos casos la reasignación supone una ventaja neta en la protección global de intereses –se previene un mal grave propio causando uno leve a otro–, pero en otros casos la reasignación será estrictamente eso: trasladar un mismo mal desde un sujeto a otro.

De todas las medidas jurídicas (entendiendo esta expresión en un sentido amplio), que previenen o reparan daños, sólo algunas se encuadran bajo el término responsabilidad. Las medidas que imponen y desarrollan la educación obligatoria, las ayudas a los damnificados por grandes catástrofes, o las normas que regulan el tráfico rodado, por ejemplo, cumplen finalidades preventivas o reparadoras, pero no son medidas de responsabilidad jurídica. La comprobación de los usos habituales en el lenguaje jurídico muestra en este punto una cierta arbitrariedad. No existe un único criterio o perspectiva cuya concurrencia sea a la vez condición necesaria y suficiente para encuadrar un hecho bajo el término responsabilidad jurídica, sino más bien un conjunto de criterios difusos que en ocasiones operan solos y otras combinados. A ello se añaden, además, razones históricas o de proximidad sistemática, que al final convierten el uso de la denominación en parcialmente arbitrario. Hay, sin embargo, ciertos criterios que forman lo que podríamos denominar uso *nuclear* del término: se utiliza preferentemente cuando se imponen consecuencias jurídicas gravosas; cuando hay un cierto desequilibrio en su imposición; y cuando estas consecuencias operan como reacción frente a un hecho jurídicamente incorrecto que se considera en algún sentido subjetivamente imputable a quien debe responder.

El primer criterio es quizás el más constante. Así como el término imputación, tanto si se refiere a acciones como a consecuencias, se utiliza para el mérito y el demérito –se imputan penas pero también subvenciones–, el término responsabilidad suele reservarse para la imposición al sujeto de consecuencias jurídicas desfavorables (aunque, como ya hemos visto, cuando se trata del otro uso del término, la responsabilidad, como originación, también se utilice para atribuir lo bueno). El segundo criterio suele ser también habitual en la responsabilidad, aunque no siempre. En la mayor parte de los casos la responsabilidad jurídica supone que alguna o algunas personas van a sufrir todo el peso de la consecuencia jurídica. Ello no es así en los casos en los que la carga se difumina, bien por medio de la institución del seguro, sobre todo cuando opera en ámbitos sociales en las que todo el mundo interviene, bien porque el Estado es el responsable. En todo caso, el desequilibrio en la imposición es sin lugar a dudas el factor más problemático a la hora de justificar cualquier responsabilidad jurídica, y por ello merecerá una especial atención. En cuanto al tercer criterio, aunque resulta evidente que se habla de responsabilidad en casos en los que no se da –por ejemplo,

en la denominada responsabilidad civil objetiva—, lo cierto es que es el criterio que, estando presente, permite conectar los dos conceptos de responsabilidad: responde jurídicamente del hecho dañoso quien es subjetivamente responsable de él. Además esta conexión es la que, aparentemente, hace menos problemática la responsabilidad jurídica cuando se enfoca desde la perspectiva de la justa distribución de cargas.

El problema de *justificar* las normas que imponen responsabilidad jurídica no es diferente, aunque sí seguramente más agudo, que el de cualquier norma que restrinja o anule derechos. La responsabilidad jurídica supone que alguien va a sufrir una privación o restricción de derechos por razón de un hecho lesivo previo que trata de repararse o de un hecho futuro que se intenta prevenir. Como cualquier otra medida que entrañe privación de derechos, requiere justificación en dos sentidos: desde la perspectiva de su *utilidad práctica* debe explicarse cómo es que un ordenamiento que tiene por finalidad la preservación de bienes jurídicos, puede imponer consecuencias que consistan materialmente en lesionarlos; y desde la óptica de su *distribución* debe explicarse por qué el efecto beneficioso final que espera obtenerse con la imposición de consecuencias se hace precisamente a costa del responsable jurídico, y no de otros. En la medida en que los ordenamientos jurídicos adoptan ciertos principios morales como la igualdad, la solidaridad o la interdicción de la arbitrariedad como parte de su ideario, ambas cuestiones se pueden condensar en una sola: ¿cómo encaja en un derecho protector de bienes jurídicos la imposición de consecuencias que provocan a su vez efectos lesivos en dichos bienes, tanto por su contenido —por lo que imponen— como, eventualmente, por su distribución —por a quién se imponen—?

En cualquier ordenamiento normativo, una medida lesiva de intereses protegidos sólo puede ser justificada si resulta un medio adecuado para la preservación de intereses que en el caso concreto resulten preponderantes según la vara de medida del propio ordenamiento. Se trata, por tanto, de obtener un resultado valioso a partir de un hecho que aisladamente considerado es un mal, pero que deja de serlo en el contexto justificante en el que se impone.

Nos encontramos aquí ante un problema genérico (y fundamental) de todo ordenamiento jurídico complejo: la fijación de criterios de solución de conflictos en situaciones que no pueden ser resueltas sin daño para alguien. Aunque lo estamos examinando desde la perspectiva de las normas que imponen responsabilidad, se trata de un problema general, una de cuyas manifestaciones más conocidas es la discusión en torno a las denominadas causas de justificación, que permiten (y en ocasiones imponen) realizar acciones u omisiones que en ausencia del contexto justificante estarían prohibidas. Las disposiciones que imponen responsabilidad pueden considerarse en este sentido como causas de justificación específicas que obligan a los órganos de la justicia a imponer a los ciudadanos medidas restrictivas o lesivas de derechos en ciertos contextos justificantes, definidos generalmente por la comisión de un hecho desvalorado a lo que suele sumarse un criterio de imputación adicional.

En todas estas situaciones la acción lesiva que trata de justificarse —la imposición de una pena, de una reparación civil, o la lesión necesaria para evitar una agresión ilegítima, por ejemplo—, es, utilizando la plástica expresión de

Baldó (33), una *actio duplex*, que por un lado salvaguarda bienes jurídicos, pero por otro de forma inevitable los lesiona.

¿Qué regla o reglas de solución pueden proponerse? La respuesta a esta cuestión es, de alguna forma, ambivalente. Por un lado puede afirmarse que sólo hay una regla básica, que es además muy simple en su formulación elemental, pero, por otro lado, su desarrollo singular es altamente complejo, lo que se plasma precisamente en la necesidad de crear infinidad de subreglas de nivel inferior cuya finalidad es sólo precisar la principal.

Cualquier sistema normativo complejo de valoración de acciones, como puede ser un orden jurídico, debe contener disposiciones que determinen los estados de cosas valorados o desvalorados que quieren respectivamente promoverse o evitarse –o, empleando una expresión habitual en la ciencia penal, disposiciones que precisen el valor o desvalor de resultado–, y disposiciones que fijen los criterios para trasladar el valor o desvalor de los estados de cosas a las acciones u omisiones genéticamente conectadas con ellos –disposiciones que precisen el valor o desvalor de las acciones (34)–. Y entre las primeras son necesarias tanto disposiciones que fijen qué se protege, como otras que establezcan la jerarquía respectiva de los intereses protegidos, lo que permitirá precisar qué prevalece en caso de conflicto. Las causas de justificación no son otra cosa que reglas en las que está presente de manera especialmente clara esta función última, pero todo el ordenamiento jurídico puede interpretarse a su vez como un sistema ordenado y complejo de resolución de conflictos entre intereses contrapuestos. Toda norma preceptiva o prohibitiva limita derechos del obligado en beneficio de otros intereses estimados superiores, y requiere una ponderación cuidadosa de lo que está en juego. En las normas que establecen responsabilidad, caracterizadas habitualmente por un desequilibrio claro en la asignación del mal, la necesidad de ponderación se hace especialmente acuciante.

La regla básica de solución es, más que una verdadera regla de ponderación, la plasmación de un *principio elemental de racionalidad* en la solución de conflictos: en situaciones en las que la preservación de ciertos intereses jurídicos dependa de la lesión de otros, el ordenamiento debe inclinarse por aquellos que preponderen conforme a su propio esquema de valores. Como ha indicado Nino, «si no hay controversia acerca de qué es lo que constituyen males y acerca de la relativa importancia de los distintos males implicados, sería simplemente irracional tratar de proteger algo contra cierto mal usando una medida que implicara un daño mayor a la misma cosa, o, que fuera inefectiva o innecesaria» (35). En otros términos, si algún mal es inevitable, que sea el menor posible. Ésta es la fórmula común a cualquier causa de justificación y en general a cualquier restricción de derechos jurídicamente impuesta para preservar otros intereses, fórmula que además coincide en lo esencial

(33) *Estado de necesidad y legítima defensa* (como en nota 7), p. 17.

(34) Conexión que puede ser de diferentes tipos. Un ordenamiento puede medir el desvalor de una acción por los efectos causales que *ex post* provoca o no evita (desvalor de la acción causante de un resultado lesivo); por lo que en el momento de llevarse a cabo resulta previsible, en una valoración *ex ante* objetiva o subjetiva (desvalor del peligro de la acción); por la intención lesiva que anima al autor (desvalor de la intención), etc.

(35) *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980, cit., p. 210.

con la regulación del estado de necesidad en el Código penal (36). También las normas que imponen responsabilidad deben ajustarse a ella. La pena criminal, la sanción administrativa o la reparación civil sólo son justificables si su concurso permite una protección de bienes jurídicos que compense el daño que se inflige con su imposición.

La sencillez de este principio elemental no puede ocultar la complejidad que encierra su aplicación práctica; tanta que la mayor parte de las normas del ordenamiento se dedican a desarrollarlo. El problema surge de las dificultades para ponderar adecuadamente los intereses en juego. Y ello, al menos, por tres razones. En primer lugar por la dificultad de graduar cualitativa y cuantitativamente el valor respectivo de los bienes protegidos; en segundo lugar, por la existencia dentro de una misma sociedad de valoraciones contrapuestas; en tercer lugar, por la complejidad inherente a las relaciones entre bienes y por nuestras limitadas capacidades predictivas, lo que impide captar fácilmente los efectos de las acciones, tanto en una perspectiva sincrónica como diacrónica.

Si todo lo que está en juego en cada conflicto fuera cuantificable en términos numéricos –ideal, por ejemplo, del análisis económico del derecho– la justificación de cualquier medida restrictiva de derechos sería sencilla, pero no siendo así, la ponderación resulta un proceso arduo, lastrado por el alto número de variables que deben ser tenidas en cuenta y por la limitación de contar sólo con un conocimiento parcial de la realidad. Las distintas disposiciones del ordenamiento, desde las más generales declaraciones de derechos de la Constitución hasta la última disposición municipal reflejan compromisos, más o menos acertados, entre intereses en conflicto. Las normas que imponen responsabilidad jurídica también lo hacen, y en la medida en que su aplicación es especialmente lesiva, sobre todo en el caso de la responsabilidad penal, sus exigencias de justificación son mayores

Con este punto de partida común, a efectos de análisis conviene distinguir entre criterios de utilidad *cuantitativos* que permiten una mayor protección en el conjunto de los bienes jurídicos y criterios *distributivos* que permiten una mejor asignación. Naturalmente esta distinción sólo es válida en la medida en que la distribución sea un valor a ponderar en el conflicto porque se reconozcan derechos individuales que puedan entrar en colisión con intereses generales.

A) CRITERIOS DE UTILIDAD CUANTITATIVOS

Desde esta perspectiva, la imposición de responsabilidad jurídica puede justificarse cuando su concurso provoque una mayor protección de bienes jurídicos (excluidos los que aluden a la justa distribución). Ello sólo puede darse en dos tipos de situaciones: cuando una medida lesiva previene la causación de un daño

(36) Por eso puede estimarse adecuada la extendida pero a la vez controvertida opinión que ve en el principio del interés preponderante, expresado en la regla justificatoria del estado de necesidad, el elemento común a cualquier causa de justificación. Sobre ello, pormenorizadamente, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario I, 2000, pp., 199 y ss. Reconoce que la regla genérica de solución de conflictos se corresponde con la del estado de necesidad, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), p. 210.

superior o cuando reduce o hace desaparecer un daño previo ya ocasionado. Quedarían al margen de este primer apartado los casos de mera reasignación de un daño a otra persona, sin mejora global.

El ideal a este respecto es alcanzar una intervención de máxima eficacia conforme al criterio de menor lesividad, esto es, intervenir con los medios y en el momento menos lesivo. La complejidad de las relaciones sociales y nuestra capacidad limitada de predecir los efectos de nuestras acciones hacen que el objetivo ideal sea sólo un horizonte al que aspirar. Sólo caben aproximaciones más o menos certeras. Algunas plasmaciones concretas del principio de menor lesividad, por lo demás lo suficientemente conocidas y evidentes como para requerir justificación especial, son las siguientes: dar prioridad a las medidas preventivas sobre las reparadoras; impedir que las situaciones de peligro lleguen a originarse, lo que entraña preferir medidas que aumenten la eficiencia social –educación, organización, cooperación, etc.– sobre las paliativas de un sistema ineficiente –represión, reparación, sanción, etc.–; atribuir valor lesivo a la propia intervención jurídica, que tiene costes procesales y que genera frecuentemente desigualdades en la aplicación (no es imparcial) (37); etc. La responsabilidad jurídica debe ser, entonces, subsidiaria de otras medidas menos lesivas, y dentro de ella las intromisiones más graves, como la responsabilidad penal, subsidiaria de las más leves, como la administrativa o civil.

No es posible ni necesario entrar aquí en el análisis de si las distintas modalidades de responsabilidad jurídica satisfacen el criterio material de menor lesividad arriba expuesto. *Grosso modo* podría decirse que, si puede discutirse la utilidad de aplicaciones singulares, la responsabilidad jurídica como tal, en sus distintas variantes penal, civil, etc., no es discutida. Incluso la más gravosa, la penal, se entiende como un mal del que, desgraciadamente, no se puede prescindir sin provocar una importante merma en la protección de bienes jurídicos. Pero esta justificación del todo no debería hacer olvidar la necesidad de someter cada una de sus aplicaciones singulares al filtro de la proporcionalidad o adecuación. Esta idea se plasma en Derecho penal en el escrupuloso respeto al principio de intervención mínima en sus dos manifestaciones principales: el carácter fragmentario –sólo deben someterse a pena los atentados más graves contra los bienes esenciales–, y el principio de subsidiariedad o *ultima ratio legis* –sólo es lícita la intervención cuando no haya un medio menos lesivo de protección–.

El que las diferentes modalidades de responsabilidad jurídica, frecuentemente desligadas de la responsabilidad subjetiva, puedan satisfacer el criterio cuantitativo de protección de bienes jurídicos, nos permite destacar algunos aspectos relevantes de la relación entre ambos conceptos. La responsabilidad jurídica se inserta, como hemos visto, como una modalidad dentro del catálogo amplio de medidas preventivas y reparadoras jurídicas. Pero no es fácil definir los parámetros que per-

(37) Ello aconseja no intervenir cuando el daño que se quiere combatir y el que provoca la medida jurídica son sustancialmente iguales o hay escasas diferencias entre ellos. Esta idea se encuentra en la línea de interpretaciones restrictivas del estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes iguales como las que destacan la relevancia de la perturbación del orden jurídico –por ejemplo, CORDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, T. I (Artículos 1-22)*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 288; MIR PUIG, *Parte General* (como en nota 24), p. 471–.

miten la identificación de ese subconjunto y le conceden homogeneidad, aunque los tres antes apuntados delimiten su núcleo principal. Quizás se hubieran facilitado las cosas, al menos desde una perspectiva terminológica, si el uso habitual del lenguaje hubiera impuesto una utilización coordinada de ambos términos, de manera que sólo se hablara de responsabilidad jurídica para referirse a las medidas lesivas impuestas al responsable subjetivo o culpable del hecho; pero no ha sido así, al menos fuera del Derecho penal (38). Pese a ello, creo que es muy conveniente poner de manifiesto por qué la responsabilidad subjetiva ha sido y debe seguir un criterio principal de imputación de consecuencias jurídicas y no sólo desde la perspectiva de una justa distribución, sino también desde una perspectiva práctica.

Los daños a bienes jurídicos pueden proceder de hechos naturales o de acciones humanas, pero en cualquier caso el Derecho que quiere intervenir en la realidad evitando lesiones no puede hacerlo más que mediante normas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos. En unos casos, frente a hechos naturales o hechos humanos no dirigibles, sólo le cabe una acción indirecta que no recaea sobre la propia fuente de peligro, sino sobre la actividad humana —ésta sí dirigible— que puede controlarla. Frente a acciones humanas, por el contrario, la intervención puede ser tanto indirecta —normas dirigidas a terceros para que eviten el hecho—, como directa —normas dirigidas al propio autor—. Tanto unas como otras buscan un mismo fin (aunque de manera más o menos próxima) y utilizan idéntico mecanismo de acción: dirigir el comportamiento humano. Aunque no todas, una parte importante de las consecuencias que se imponen en la responsabilidad jurídica tienen como finalidad reforzar la eficacia de las normas de conducta anudando sanciones a su infracción (39). Un principio práctico elemental es que tales sanciones sólo pueden cumplir su función instrumental cuando estén presentes las condiciones que permitan al autor cumplir la norma a él dirigida, y estas condiciones son precisamente las que integran el concepto de responsabilidad subjetiva plena o culpabilidad (40). Esto quiere decir que, al margen de cuestiones de justicia distributiva, la existencia de las circunstancias subjetivas de la culpabilidad es un requisito esencial de operatividad práctica de una buena parte de las consecuencias jurídicas: en concreto de todas aquellas cuya finalidad sea, de uno u otro modo, favorecer la eficacia de las normas de comportamiento. Sólo las infracciones cul-

(38) Generalmente para las medidas jurídico-penales que se aplican a personas no culpables, concretamente las medidas de seguridad, no se utiliza el término «responsable penal», que se reserva sólo para el penado culpable.

(39) Naturalmente ello sólo puede conseguirse, a su vez, mediante otras normas secundarias (el Derecho opera mediante normas) dirigidas a terceros para que sancionen la infracción de la norma primaria. Como muy tempranamente puso de relieve BENTHAM (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Ed. a cargo de J. H. Burns y H. L. A. Hart. Methuen, con una nueva introducción a cargo de F. Rosen y un ensayo interpretativo de H. L. A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 302), también la norma secundaria de sanción es a la vez una norma primaria de conducta para el órgano de la justicia encargado de hacer cumplir la ley, y su infracción es sancionada por una norma secundaria —terciaria respecto de la primera— de sanción, que en derecho penal se contiene en el tipo de prevaricación.

(40) Sobre ello, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. 9.

pables de la norma primaria de comportamiento justifican la intervención de la norma secundaria de sanción que trata de reforzar su cumplimiento.

Este hecho permite explicar por qué quienes niegan que la culpabilidad pueda sustentarse en la capacidad de obrar de modo distinto siguen manteniendo esta categoría desde planteamientos puramente preventivos (41). Pero esta defensa del principio de culpabilidad sólo serviría si la justificación de la responsabilidad jurídica dependiera *exclusivamente* de argumentos de utilidad cuantitativos como los que ahora estamos examinando. Si se acepta que también es esencial atender a los criterios de justicia distributiva, falta demostrar que una culpabilidad basada en criterios sólo preventivos los cumple. Precisamente la conexión tradicional de esta categoría con la capacidad de actuar de manera distinta es lo que permitía la justificación atendiendo también a este segundo criterio valorativo. La actuación libre del autor da pie al reproche y con ello fundamenta el *merecimiento* de sanción, que es uno de los criterios clásicos de justicia distributiva.

B) CRITERIOS BASADOS EN UNA JUSTA DISTRIBUCIÓN DE CARGAS Y BENEFICIOS

La importancia de justificar la responsabilidad desde la perspectiva de una correcta distribución de cargas procede de la combinación de dos factores: en primer lugar, del hecho de que la redistribución del daño en la responsabilidad jurídica se hace habitualmente de manera *desequilibrada*, cargando sobre una o sobre pocas personas; en segundo lugar, del reconocimiento de nuestra *individualidad*, que se traduce en una concepción de la justicia que reconoce *límites valorativos* a la consecución del bienestar general cuando ello entraña el sacrificio no compensado de individuos singulares.

Este segundo factor tiene especial relieve. La utilidad a la hora de prevenir o reparar lesiones a bienes jurídicos sería el único criterio a tener en cuenta para justificar una consecuencia jurídica lesiva en una sociedad en la que el elemento de referencia valorativo para medir el bienestar fuera siempre el grupo como un todo y no sus individuos singulares. En una sociedad-hormiguero, cualquier sacrificio de un miembro en beneficio de otro que produjera un aumento del bienestar global estaría justificado (42), pero no en una sociedad de sujetos con derechos y obligaciones sociales y, también, individuales. En este caso, la imputación o distribución del mal es un criterio limitador esencial a la hora de justificar medidas lesivas. Como ha indicado RAWLS, esgrimiendo un argumento que se ha convertido en una clásica objeción contra el utilitarismo, «cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar [...] la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta

(41) Así ya en el clásico trabajo de GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en E. Gimbernat, *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140-161. (Inicialmente publicado en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 87-109).

(42) Claro está que en una sociedad de este tipo, si no es impuesta coactivamente sino sentida por sus miembros, como en el caso de las hormigas que poseen un incondicional instinto altruista para su grupo, los conflictos de intereses dentro del clan son infinitamente menores: sólo existen amenazas externas, de otros grupos o de la naturaleza, pero no internas, ya que la propia idea de la individualidad se diluye en el grupo.

por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros» (43). El peso que haya de tener este criterio como límite de la utilidad es directamente proporcional al grado de reconocimiento de la autonomía individual frente a los deberes sociales. En una sociedad regida por criterios de máxima solidaridad el peso será pequeño, y en una sociedad ultraliberal, grande.

Aceptando de partida esta relatividad, pueden esbozarse al menos ciertos criterios básicos de redistribución justa que se encuentran tras la mayor parte de las consecuencias impuestas en la responsabilidad jurídica. Aludiré ahora sólo a los criterios de justicia distributiva, en el bien entendido de que la justificación final surge de combinarlos con los de utilidad antes examinados, cuestión que será abordada más adelante. La pregunta sería entonces: ¿qué puede justificar una intervención jurídica redistributiva en ausencia de cualquier mejora cuantitativa en la protección de bienes?

Lo primero que conviene hacer es evitar un posible malentendido al que ya he hecho referencia y que tiene que ver con la relación entre criterios cuantitativos y distributivos. En un derecho que se define como protector de bienes, parece que la respuesta a la pregunta anterior debería ser: nada puede justificarlo. Pero es evidente que el derecho maneja criterios de distribución justa, y ello lo que nos indica es que estos criterios responden a su vez a valores que representan bienes jurídicos. Una medida redistributiva justa protege bienes como la igualdad, la dignidad o la autonomía individual, que tienen un valor en sí y a la vez instrumental para crear las condiciones en que otros bienes se desarrollen protegidos. Todos los bienes, mediatos e inmediatos, entran en la ponderación compleja. Por ello debe insistirse en que la distribución justa no es algo esencialmente distinto de la protección cuantitativa de bienes, sino más bien una protección en la que también se tienen en cuenta bienes referidos a la autonomía individual que deben ponderarse junto a otros que atienden al mayor bienestar general. Precisamente ello explica que pueda haber genuinos conflictos entre ellos (de los que luego me ocupo brevemente) que se resolverán según el peso respectivo de lo que esté en juego, lo que no excluye que ciertos valores individuales especialmente importantes, como la dignidad en sus manifestaciones más básicas, puedan tener un rango tan elevado que ninguna consideración sobre el bienestar general permita justificar su lesión (44).

(43) *Teoría de la justicia* (México/Madrid/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1979; traducción de María Dolores González del original en inglés, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971), cit. pp. 19 y s., más pormenorizadamente, pp. 40 y ss. En la misma línea, poniendo el acento en la justa distribución, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 218 y ss. Discutible es, sin embargo, si esta correcta objeción afecta decisivamente a los postulados del utilitarismo, como apuntan Rawls y Nino, o más bien puede ser superada sin salir del marco de una teoría consecuencialista introduciendo los criterios distributivos, como reflejo de derechos individuales, en el estado de cosas que sirve de base a la valoración. Sobre ello, por ejemplo, BAYÓN MOHÍNO, «Causalidad, consecuencialismo y deontologismo», *Doxa*, 6 (1989), pp. 470 y ss.

(44) Creo que esto es precisamente lo que sucede en el caso de la prohibición absoluta de las torturas y de las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes que contempla la Constitución en el artículo 15. No es que aquí la dignidad esté al margen de la ponderación de intereses, como en ocasiones se ha dicho, sino que en dicha ponderación se le atribuye normativamente un rango *máximo*. Sobre ello, detalladamente, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general» (como en nota 36), pp. 214 y ss. y 238 y ss.

Hecha esta salvedad, creo que hay dos tipos de posibles justificaciones de medidas lesivas, las que se basan en el *merecimiento* y las que lo hacen en un cierto entendimiento de la *equidad*. Las primeras enlazan la responsabilidad jurídica con la subjetiva, mientras que las segundas operan al margen de ésta.

1.º *Responsabilidad jurídica merecida*

Una rasgo esencial de la perspectiva que tenemos de nuestra inserción en el teatro del mundo es que no somos ni sólo meros espectadores externos de lo que sucede, ni siempre marionetas controladas por fuerzas externas (aunque ambas cosas también lo seamos), sino también actores y guionistas de los que depende la definitiva configuración de la trama. Presuponemos que al menos una parte de lo que acaece es debida a nuestras acciones; puede imputárenos como propia. Consecuencia directa de esta forma de ver las cosas es que habitualmente distinguimos entre hechos que *suceden* y hechos que *hacemos que sucedan*. Lo primero es el campo del azar, lo segundo del merecimiento (45). Esta distinción no se empaña al reconocer que la mayor parte de los hechos resultan de la combinación de ambos factores, cada uno con mayor o menor peso. Predomina la suerte en la lotería, aunque para ganar haya que comprar el billete, y predomina el merecimiento en el éxito de un plan de ahorro a largo plazo, aunque el azar juegue un papel en las inversiones.

La responsabilidad jurídica lesiona intereses de quien la sufre, y para éste la lesión, en cuanto hecho, se presenta en lo referente a su origen como cualquier otro hecho: puede ser fruto del azar o de su propio merecimiento (46); puede caerle encima como una desgracia natural o puede habérsela ganado con sus actos previos. Ello nos sitúa de nuevo ante el otro concepto de responsabilidad, la que alude a los antecedentes del hecho, a su origen, y nos obliga a responder a una de las cuestiones que quedó entonces planteada: la de si cualquiera de los niveles de imputación de un hecho a sus antecedentes permite hablar de responsabilidad₁.

Apuntaba entonces que sólo la imputación subjetiva plena permite considerar a alguien responsable₁ de un hecho. Se trata ahora de justificar brevemente esa opinión y completarla con la siguiente: la imputación subjetiva plena o imputación a la culpabilidad hace responsable al autor y a la vez sirve de presupuesto único a la

(45) En el lenguaje ordinario e incluso en filosofía moral, el término «merecimiento» se utiliza con diversos significados, algunos más amplios que el del texto. No es infrecuente considerar merecido algo por la mera concurrencia de ciertos atributos objetivos en el sujeto, independientemente de cómo los haya obtenido: por su propia acción libre, por azar, por nacimiento, etc. Por ejemplo, cuando se afirma que alguien merece ganar el premio de belleza por ser el/la más guapo/a, o cuando se dice que cualquier persona merece ser respetada por el mero hecho de ser persona. En el texto utilizo el término en un sentido mucho más restringido, conectado a la acción previa y responsable del sujeto que le hace merecedor de lo bueno y lo malo que de ella se derive. Coloquialmente «merecer X» en este sentido equivale a «haberse ganado X». Un concepto de merecimiento ligado a la responsabilidad es, por lo demás, habitual en filosofía moral –*vid.*, por ejemplo, SADURSKI, *Giving Desert Its Due. Social Justice and Legal Theory* (D. Reidel, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985), pp. 116 y ss.; BETEGÓN, *La justificación del castigo* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992), pp. 209 y ss., esp. 220 y ss.

(46) El hecho de que en estos casos intervenga un tercero –los órganos administrativos o judiciales– que imponga la medida (normalmente en su caso de manera plenamente imputable, aunque puede no ser así) no altera en nada la perspectiva del afectado.

responsabilidad jurídica basada en el merecimiento. En otras palabras, sólo es merecida la responsabilidad jurídica del responsable subjetivo. Los demás criterios de imputación de un hecho a su causa original –imputación a la causalidad, imputación objetiva, imputación al dolo, etc.– sólo tendrán importancia por sí mismos (no en cuanto parte de la responsabilidad subjetiva plena) en la medida en que su concurrencia sea necesaria para una equitativa distribución en ausencia de merecimiento.

¿Por qué nos interesa mirar al pasado, a los antecedentes del hecho desvalorado que da origen a la responsabilidad jurídica? Inicialmente podríamos pensar que porque así obtenemos una explicación del hecho, pero la cuestión es, ¿para qué queremos explicar un hecho que ya ha sucedido, remontándonos a otros hechos anteriores sobre los que ya no tenemos influencia? Hay dos razones principales para este interés: en primer lugar, nos sirve para aumentar nuestra experiencia y así poder prevenir situaciones futuras semejantes; en segundo lugar, nos sirve para realizar juicios de desvalor de segundo nivel. Es esta segunda razón la que ahora nos interesa.

Si la realidad estuviera conformada por acontecimientos perfectamente individualizables e inconexos entre sí, cada uno de ellos podría ser objeto de valoración directa (primaria) atendiendo a su propia entidad. Pero, desde el momento en que reconocemos conexiones causales entre hechos, entra en juego una posible valoración de segundo nivel en la que un acontecimiento puede ser evaluado en función de otros acontecimientos, primariamente valorados, con los que guarda una relación genética. Un hecho que aisladamente considerado (valoración primaria) puede ser indiferente, valioso, o disvalioso, puede cambiar su calificación si se atiende a otros hechos con los que se encuentra causalmente relacionado (valoración secundaria). Ello no quiere decir que la nueva valoración anule las anteriores, sino simplemente que introduce un nuevo factor que modifica la valoración global (atendiendo a todos los factores) del hecho. La caída de un rayo, que aisladamente considerada puede ser un hecho indiferente, parece dejar de serlo si mata a una persona, convirtiéndose en un suceso desvalorado.

Aunque a primera vista el desvalor primario que identificamos en un hecho podría trasladarse a *cualquiera* de sus condiciones de existencia, sea cual sea su naturaleza, lo cierto es que la valoración secundaria requiere algo más. Esta valoración no se refiere a una mera apreciación de las características valiosas o disvaliosas de un hecho, como es el caso de la valoración primaria, sino que alude a la propia *existencia* del hecho primariamente valorado. Sólo es posible tal valoración cuando la condición del resultado tiene un carácter que, con todas las cautelas, podríamos denominar *originario*. Un ejemplo puede aclarar esta idea: si imaginamos un proceso físico cuyo resultado final es la producción de un resultado disvalioso –por ejemplo el incendio y destrucción de un bosque de especies arbóreas especialmente amenazadas, causado por un rayo–, nuestra atención puede fijarse en el propio resultado desvalorado –la extinción de una especie–, que constituye una valoración primaria, o en el hecho de que tal extinción haya llegado a producirse, que constituye una valoración secundaria, pero este último caso sólo tiene sentido cuando la situación fuera tal que el resultado podía o no producirse. En otras palabras, por mucho que podamos individualizar un antecedente condicional de un suceso, como puede ser el rayo respecto del incendio, no tiene sentido atri-

buirle una valoración propia como causa de tal suceso si su propia existencia resulta físicamente condicionada por una situación previa. En una sucesión causal podemos seleccionar una determinada parcela espacio-temporalmente definida la evaporación del agua que generan las nubes; los fenómenos atmosféricos que provocan la carga eléctrica; el propio rayo, etc.—, condicionalmente conectada con el resultado disvalioso que examinamos —la destrucción de árboles valiosos—, pero no hay nada en nuestra selección de condiciones que permita una valoración distinta de la primaria que ya hemos hecho. Podemos decir que el rayo es malo porque está conectado con el incendio, o que la carga eléctrica es mala porque está conectada con el rayo y éste con el incendio, etc., pero verdaderamente no habremos salido de la valoración de primer nivel.

Una valoración de segundo nivel, como la que nos interesa para la responsabilidad₁, no tiene que ver con esto, sino más bien con la idea antes apuntada de selección de acontecimientos de los que verdaderamente *dependa* el que un hecho se produzca o no. Y ello sólo se da en las acciones humanas cuando además se cumplen todos los requisitos de la imputación subjetiva, y no en cualquier otro acontecimiento causal antecedente. Si se dan estas condiciones, el hecho desvalorado es verdaderamente obra del autor, y entonces él mismo con sus actos ha aceptado las consecuencias beneficiosas o perjudiciales que de tal hecho se deriven, la distribución de males aparentemente desequilibrada que entraña la responsabilidad jurídica. Ya no tenemos una desgracia natural que el derecho redistribuye de manera desequilibrada sobre una persona, sino una desgracia creada voluntariamente por alguien, pero cuyos efectos dañinos no recaen en el creador, sino que éste la distribuye arbitrariamente sobre un tercero. El derecho se limita entonces a redistribuir el mal sobre el causante original.

Cuando esta redistribución es factible —por ejemplo, en la reparación civil—, la justificación no plantea problemas. El derecho consigue que quien causa daño de manera injustificada se lo cause a sí mismo, lo que a la vez tiene efectos preventivos, y de justicia reparadora. Muchos más problemas plantea la justificación de medidas sancionadoras, que, aparentemente, sólo añaden mal sobre mal ya causado. Éste es el caso de la pena criminal, y no es extraño que siempre y en todas partes su justificación haya dado lugar a intensas discusiones. No voy a entrar en el análisis de esta cuestión, que nos llevaría demasiado lejos, pero sí quisiera apuntar que tanto si su justificación se busca en la retribución del hecho cometido, como en la prevención de futuros hechos, el requisito del merecimiento resulta insoslayable. En la retribución no necesita especial justificación: es algo consustancial a la propia idea retributiva (47). Pero tampoco es distinto en la prevención si la pena ha de ser un instrumento no sólo útil, sino también justo. La carga que impone la pena es especialmente gravosa para el que la soporta, y en su naturaleza está que no puede ser compensada sin perder la finalidad que le es inherente. Este desequilibrio en la imposición sólo puede ser justificado si hay merecimiento.

No puede concluir este apartado sin dejar planteado el problema principal al que se enfrenta una responsabilidad jurídica basada en la responsabilidad subjetiva, que no es otro que la amenaza para el concepto de libertad que procede de una

(47) Un desarrollo pormenorizado de la idea de merecimiento aplicado a la justificación retributiva de la pena puede verse en BETEGÓN, *La justificación del castigo* (como en nota 45), pp. 284 y ss.

visión del mundo en la que el comportamiento humano que sirve de base a la responsabilidad queda sometido al principio causal como cualquier otro acontecimiento, desapareciendo entonces la posibilidad de actuar de manera distinta a como se hizo. Con ello parece caer por su base el criterio principal de justificación, que es la opción libre del autor por el hecho lesivo. De esta importante objeción, que enlaza con la clásica polémica acerca de la compatibilidad o incompatibilidad entre determinismo y libertad, me ocuparé en la segunda parte del trabajo.

2.º *Responsabilidad equitativa*

A falta de responsabilidad subjetiva de alguien en la causación del hecho lesivo, éste debe imputarse al azar. En esta situación, existe un derecho igual de todos a no soportar lesiones. Pero hay males que son inevitables y la cuestión que se plantea es quién debe cargar con ellos. Las reglas de distribución de los males inevitables deben atender, entonces, a la equidad, al mantenimiento de la situación de partida si es justa, o a su modificación mediante criterios correctores de justicia distributiva si no lo es.

Son tres las opciones de reparto con que contamos: no intervenir, dejando que el azar reparta suerte; desplazar el daño, total o parcialmente, a un tercero con apoyo en algún criterio de justicia; o distribuirlo universalmente entre todos los ciudadanos. Ninguna de las tres opciones es excluyente; todas pueden ser justas y adecuadas en ciertos contextos. Muchas veces, además, la elección de una u otra va a depender de criterios de utilidad.

La *distribución «natural» del daño*, si de verdad es natural, tiene una importante ventaja: no es manipulable y en ese sentido es completamente imparcial. Cada uno disfruta de lo bueno que le toque en la vida, pero también carga con lo malo, y entre ellos se produce generalmente un cierto equilibrio. Otra ventaja secundaria es que es totalmente económica desde una perspectiva procesal: al no haber reasignación, no hacen falta procedimientos jurídicos. En ciertos contextos, como frente a males de escasa entidad que procedan de fuente natural, es seguramente el mejor criterio posible tanto por su utilidad práctica como por su imparcialidad. Pero en otros contextos puede resultar injusto y contraproducente. Obviamente lo es cuando se aplica a males provocados por hechos culpables en los que la asignación inicial del daño es parcial, esto es, depende de la voluntad del lesionante; o cuando el daño es muy grave y difícilmente puede ser compensado por la buena suerte del que lo padece. También plantea problemas cuando se aplica a situaciones en las que es posible prevenir un mal natural o provocado causando otros males menores a terceros ajenos (situaciones clásicas del estado de necesidad). En cualquiera de estos casos pueden ser mejores opciones el desplazamiento a un tercero o la redistribución universal.

Desplazar el mal a terceros parece la solución más razonable desde un punto de vista de justicia distributiva, en dos casos: cuando media una causación culpable, lo que se ha examinado en el apartado anterior, o cuando alguien se beneficia de la actividad arriesgada que provoca el mal ajeno, en cuyo caso es el beneficiario quien deberá adoptar a su costa medidas preventivas para evitar la lesión, o repararla si ya se ha producido. Este desplazamiento tiene su aplicación principal en la responsabilidad civil por riesgo, basada en el principio *ubi commodum ibi et incommodum*. También en Derecho penal puede tener aplicación este principio;

por ejemplo en la delimitación de las posiciones de garantía en los delitos de omisión, especialmente en caso de injerencia.

La imputación de responsabilidad en estos casos plantea el problema complejo de determinar quién y hasta dónde es alguien beneficiario del riesgo que provoca el mal ajeno, pero si efectivamente puede concluirse que hay beneficio, entonces el argumento de justicia distributiva es claro: al imponerle responsabilidad se reinstaura el equilibrio inicial roto por el hecho lesivo. El reparto resulta plenamente equitativo.

Hay otras situaciones en las que el desplazamiento del daño a un tercero puede estar también justificado. Cuando la persona que ha sido dañada o está en peligro no es con certeza responsable subjetiva ni beneficiaria indirecta del hecho y hay otra u otras que lo son con una cierta probabilidad, tiene sentido invertir la carga de la prueba de la ausencia de responsabilidad, imputándosela inicialmente al presunto responsable. Incluso puede ser razonable establecer una responsabilidad puramente objetiva complementada con un seguro obligatorio, lo que supone en realidad una redistribución general del daño entre los que se benefician de la actividad arriesgada.

Por último, la *redistribución general del daño* entre todos los miembros del grupo social es ciertamente la mejor y más justa solución en muchos casos, ya que aparentemente mantiene la respectiva posición de las partes anterior a la amenaza o la lesión, pero ni es racional en algunos casos –en particular en aquellos examinados en el punto anterior–, ni es siempre justa –una misma carga aplicada linealmente puede agudizar la desigualdad de base en perjuicio de quienes parten ya de una posición inferior, aunque esto puede corregirse mediante redistribuciones no lineales sino escaladas (a través de impuestos progresivos, etc)–. Es especialmente adecuada para casos de daños de gran entidad que no pueden ser compensados por la propia fortuna. Normalmente la redistribución será indirecta, mediante compensación económica, porque el mal no podrá ser dividido.

C) CONFLICTOS ENTRE UTILIDAD Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Los dos aspectos que, a efectos de análisis, he distinguido dentro del problema general de la justificación de medidas jurídicas lesivas se refieren respectivamente a la comparación entre bienes salvados y lesionados (utilidad), y a la distribución de las cargas (justicia). La actuación de ambos principios de cara a la justificación de la responsabilidad puede orientarse en la misma dirección, pero también eventualmente en direcciones opuestas. Atendiendo a estos dos baremos, existen cuatro combinaciones posibles, dos extremas, en las que la justificación se produce siempre en una y nunca en la otra, y dos intermedias, en las que la justificación depende del respectivo peso de los factores favorables y desfavorables.

La primera combinación se produce cuando la lesión provocada no sólo produce una mejora cuantitativa en los intereses protegidos (o al menos un mantenimiento de la situación de partida), sino que a la vez está justamente distribuida. En estos casos el hecho estará siempre justificado, ya que hay un avance neto, sin contrapartidas. Ejemplos pueden ser, en el ámbito de la responsabilidad jurídica, la imposición de una pena criminal al autor culpable de un delito o la obligación de reparar civilmente un daño por parte del que lo ha causado dolosamente; en las causas de justificación, un trasplante ínter vivos con

consentimiento del donante que salva la vida del receptor del órgano, o una legítima defensa en la que se causa una lesión al agresor y con ello se evita la muerte de la víctima. En todos ellos el saldo de protección es favorable y la distribución justa.

Las dos combinaciones intermedias se producen cuando hay una mejora cuantitativa en los bienes protegidos pero una distribución injusta, o al revés, un empeoramiento en la protección pero una distribución adecuada. En ambos casos se produce un conflicto entre un hecho que apoya la justificación y otro que se opone a ella. Su peso respectivo decidirá. Un ejemplo del primer grupo, en el que no se produce la justificación, podría ser un trasplante de órganos como el mencionado anteriormente, pero impuesto coactivamente al donante. Aunque en este caso se salva la vida de alguien a cambio de una lesión en la integridad de menor valor cuantitativo, la distribución del daño resulta injusta porque falta el consentimiento. Como aquí el mal causado es, a su vez, de gran entidad, el margen de mejora cuantitativa es escaso y no es capaz de compensar el efecto negativo de una injusta distribución. El hecho no está justificado. Distinta es la cosa cuando el interés protegido prepondera de tal forma sobre el lesionado que incluso una distribución injusta no es suficiente para negar la justificación. La lesión de la propiedad ajena por parte de una persona sin recursos para salvar su propia vida o la de otro es lícita por más que al final el perjudicado sea un tercero que nada tenía que ver con la amenaza inicial. Otro ejemplo pueden ser los deberes de socorro legalmente impuestos por el delito de omisión del deber de socorro. En el primer caso, el ordenamiento impone una obligación de no hacer, que entraña la pérdida de un derecho de propiedad –debe soportar el daño, pese a que no va recibir compensación por ser indigente el causante–, y en el segundo de hacer, que limita la libertad –debe socorrer–, y en ambos casos el obligado es un tercero ajeno al riesgo inicial. En situaciones de este estilo es habitual considerar que es el principio de solidaridad interpersonal el que permite explicar el deber, pero también el caso anterior de la donación no consentida era un caso de solidaridad y no había justificación. Es la ponderación cuantitativa del mal amenazado y el causado la que decide los límites de la solidaridad. Por eso el trasplante es antijurídico y no la salvación de la vida a costa de una pérdida definitiva de la propiedad, y por eso puede omitirse el socorro cuando hay riesgo propio o ajeno (entran en juego nuevos intereses en la ponderación junto a la libertad) y no cuando no lo hay, y el único interés del que socorre que entra en conflicto con los del socorrido es su libertad para permanecer imponible.

Como en todo supuesto intermedio, sus límites se van haciendo cada vez más difusos según el peso respectivo de los factores favorables y desfavorables se va aproximando. Por ejemplo, entre los penalistas nadie duda que no cabe justificación en el caso del trasplante no consentido, pero se ha discutido vivamente si el estado de necesidad puede justificar una extracción de sangre no consentida que sirva para salvar la vida del transfundido. La mayor parte de la doctrina se muestra contraria, pero algunos autores cualificados, como Roxin, admiten la justificación (48). Y uno de los argumentos de este autor es precisamente que pequeñas

(48) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.^a ed. (Munich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1997), § 16, pp. 43 y s.

intervenciones corporales no consentidas, realizadas para salvar intereses ajenos, no llegan a lesionar la dignidad del obligado (49).

El caso inverso se produce cuando el interés lesionado es cuantitativamente mayor que el evitado, pero su distribución es correcta. Al igual que en el anterior, la justificación depende del peso respectivo de ambos factores, y, de la misma manera, los problemas de delimitación se agudizan en la zona media. Así, por ejemplo, está justificado por legítima defensa causar un daño superior al amenazado –por ejemplo una muerte para evitar una lesión de la integridad–, pero se requiere que haya una agresión ilegítima. En estos casos, la justa distribución del daño, que va a recaer sobre el agresor que, en cuanto tal, se hace merecedor a él, permite justificar un daño cuantitativamente superior (50). La solución favorable a la licitud no plantea problemas cuando la desproporción entre los males es pequeña, pero según va aumentando cada vez resulta más problemática, hasta el punto de que muchos ordenamientos limitan voluntariamente el alcance de la legítima defensa cuando hay una grave desproporción. En Francia, por ejemplo, no es lícito defender la propiedad si para ello es imprescindible causar dolosamente la muerte de otro, y en España el artículo 20.4.º CP pone a su vez límites al alcance de la defensa legítima del patrimonio.

La última combinación posible es la opuesta a la primera examinada. Se produce cuando la acción lesiva no provoca una mejora cuantitativa en la salvación de otros bienes y a la vez la distribución es injusta. Un ejemplo es el delito, que provoca lesiones no compensadas y recae sobre personas inocentes. En estos casos nunca cabe justificación.

La conclusión principal que debe extraerse del examen de los casos de conflicto es que ninguno de los dos factores que inciden en la justificación tiene un peso absoluto. La responsabilidad jurídica debe apoyarse en ambos. La segunda parte del trabajo se dedica al examen de la cuestión que había quedado pendiente: cómo justificar la responsabilidad subjetiva.

(49) En un caso como éste se muestran las ventajas de un análisis de la justificación como el aquí propuesto, en el que se distingue la utilidad y la justicia distributiva. Para apoyar su propuesta, Roxin alega, entre otros argumentos, que también son lícitas otras intervenciones forzosas sobre el cuerpo de una persona, como las impuestas por las leyes de vacunación, o la propia extracción de sangre para esclarecer delitos o comprobar la paternidad. Ello es cierto, pero es que en estos dos casos el criterio de distribución es favorable a estas medidas, cosa que no sucede en la extracción de sangre. Entre los criterios de distribución justa se encuentra el de que cada uno soporte su mala suerte natural sin desplazarla a terceros (salvo una redistribución general), lo que permite sin problemas justificar la vacunación obligatoria, ya que la posible fuente de contagio procede del que va a sufrir la restricción. En cuanto a la extracción con fines procesales, responde también a otro criterio distributivo, como es la presunción de culpabilidad. La extracción de sangre para salvamento, sin embargo, no está apoyada más que por un criterio de orden inferior, como es la reciprocidad impuesta.

(50) De ahí la importancia de restringir la legítima defensa a los casos de agresión culpable. Sólo aquí el criterio de distribución contra el plenamente responsable (criterio de orden primario) tiene el peso suficiente para justificar una lesión cuantitativamente superior a la evitada. Aunque no es tesis mayoritaria, un importante sector doctrinal se inclina por esta restricción del significado de la agresión ilegítima –sobre ello, *vid.*, por todos, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 230 y ss. y 333 y ss.

II. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y LIBERTAD

Cuando hablamos en Derecho de responsabilidad subjetiva, solemos hacerlo en el sentido de que la imposición de una consecuencia jurídica desfavorable, pena o reparación, depende de que se cumplan ciertos requisitos subjetivos que aluden a la persona del supuesto responsable o a su relación con el hecho, requisitos que permiten imputarle el hecho como obra suya. Generalmente decimos que el autor debe ser «culpable» del hecho antijurídico (51). Con ello lo que se está haciendo es fundir bajo una misma expresión los dos conceptos de responsabilidad que hemos distinguido anteriormente. Se habla de responsabilidad subjetiva para indicar la responsabilidad jurídica –imposición de penas y reparación– basada en la responsabilidad subjetiva o moral –causación culpable del hecho desvalorado–.

La existencia de responsabilidad subjetiva es, al menos aparentemente, el principal criterio legitimador de la responsabilidad normativa. Con su concurrencia parecen cumplirse los dos requisitos elementales de legitimidad de la intervención: utilidad y justicia. Es una intervención útil, porque los elementos que definen la responsabilidad subjetiva son el presupuesto elemental de efectividad directiva de las normas primarias de comportamiento, con lo que la exigencia de responsabilidad subjetiva se convierte en condición necesaria de la prevención. Es una intervención justa, porque se basa en el merecimiento, porque la distribución de los efectos lesivos se hace a costa de la persona que tuvo en sus manos que el mal no se hubiera producido.

Ambos requisitos, y manifiestamente el segundo, pueden quedar, sin embargo, afectados por la posibilidad de que la responsabilidad subjetiva carezca de una base ontológica firme en la que asentarse. De manera constante se ha vinculado la responsabilidad a la libertad del agente, y más concretamente a la posibilidad de que éste hubiera podido actuar de manera distinta a como lo hizo. Si no había alternativa real de acción correcta, el sujeto no puede ser hecho responsable de lo malo que haya causado. Pero este presupuesto básico de la responsabilidad se contradice con una visión de la realidad, que tiene importantes apoyos en la ciencia y en la filosofía, según la cual el mundo esta regido por la ley de la causalidad, de manera que todo acontecimiento, y la actividad humana no es una excepción, tiene su origen en hechos precedentes que lo condicionan necesariamente, no quedando entonces espacio para una acción original, no determinada, como la que parece requerir la responsabilidad subjetiva. Ayer ha planteado los términos básicos de la discusión de la siguiente manera:

«Cuando digo que he hecho algo por mi propia voluntad, estoy afirmando implícitamente que yo podía haber actuado de otra forma, y sólo cuando se acepta que yo podía haber actuado de otra forma estoy en posición de ser moralmente responsable por lo que he hecho, ya que un hombre no es considerado moralmente responsable por una acción que no pudo evitar. Pero si el

(51) Aunque en Derecho penal la doctrina mayoritaria ubica ciertos elementos fundamentales de la imputación subjetiva –dolo e imprudencia– en el ámbito del injusto, esta opción sistemática no afecta al núcleo del problema aquí tratado. Se examine en un sitio u otro, todo el mundo requiere la presencia de estos elementos.

comportamiento humano está completamente gobernado por leyes causales, no está claro cómo cualquier acción realizada hubiera podido evitarse. Podría decirse que el agente hubiera actuado de otra forma si las causas de su acción hubieran sido diferentes, pero de ser lo que fueron parece deducirse que estaba forzado a hacer lo que hizo. De manera que es comúnmente asumido a la vez que el hombre es capaz de actuar libremente, en el sentido necesario para hacerle moralmente responsable, y que el actuar humano está enteramente gobernado por leyes causales, y es el conflicto entre estas dos asunciones el que provoca el problema filosófico de la libertad de la voluntad» (52).

Este problema ronda la filosofía moral desde sus orígenes, permaneciendo hasta hoy como cuestión central y para muchos no resuelta de la responsabilidad. Aunque ya aparece planteada en los autores griegos (53), adquiere su verdadera dimensión con el extraordinario desarrollo de las ciencias naturales, especialmente la astronomía y la física, a partir del siglo XVI, que por primera vez puso ante los ojos del hombre el determinismo como una hipótesis científica que podía entrar en abierto conflicto con la supuesta libertad de voluntad (54).

En Derecho, la discusión se liga a la fijación de los presupuestos de la responsabilidad jurídica. Allí donde, como en el Derecho penal, se requiere como presupuesto necesario de la responsabilidad₂ la exigencia de culpabilidad, aflora el problema de determinar su fundamento material. Al igual que en las discusiones de la filosofía moral, y con un evidente paralelismo, se discute si el fundamento de la culpabilidad es la capacidad de actuar de modo distinto o si, partiendo de la indemostrabilidad del libre albedrío, deben buscarse soluciones alternativas, bien en forma de una distinta fundamentación de la categoría, bien incluso prescindiendo de ella (55).

(52) «Freedom and Necessity», en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford University Press, Oxford, 1982), cit. p. 15.

(53) Epicuro fue uno de los primeros autores en enfrentarse al problema que plantea el determinismo para la filosofía moral. De él procede, además, una de las más clásicas objeciones filosóficas al determinismo. Sobre Epicuro, *vid.* De WITT, Norman Wentworth, *Epicurus and his Philosophy* (University of Minnesota Press, Minneapolis, 1954), pp. 171 y ss., para quien Epicuro fue el primero en plantear el conflicto entre libertad y determinismo –p. 171–. También Aristóteles plantea de manera indirecta el problema al tratar de la acción voluntaria, que origina el hecho, como base de la responsabilidad. *Vide*, por ejemplo, MEYER, Susan Sauvé, *Aristotle on Moral Responsibility. Character and Cause* (Blackwell, Oxford, 1993); BROADIE, Sarah, *Ethics with Aristotle* (Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 1991), esp. pp. 124 y ss. y 149 y ss.; KENNY, Anthony, *Aristotle's Theory of the Will* (Duckworth, Londres, 1979), pp. 39 y ss. y 49 y ss.; IRWIN, Terence H., *Aristotle's First Principles* (Clarendon Press, Oxford, 1988), pp. 340 y ss.; «Reason and Responsibility in Aristotle», en Amélie Oksenberg Rorty (ed.), *Essays on Aristotle's Ethics* (University of California Press, Berkeley/Los Angeles/Londres, 1980), pp. 117 y ss.

(54) Así, VON WRIGHT, «Of Human Freedom», en *In The Shadow of Descartes. Essays in the Philosophy of Mind* (Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1998), pp. 1 y 29.

(55) Suele considerarse un momento decisivo en la discusión penal sobre el fundamento material de la culpabilidad la aparición de la monografía de ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart* (Berlín, 1963). Esta obra tuvo un efecto revulsivo, pero ya antes se había planteado con claridad el problema. Uno de los trabajos más relevantes y a la vez menos conocidos en esta línea es el de HÖPFNER, –«Zur Tragweite der Normenlehre», *ZStW*-23 (1903), pp. 653 y ss.–, que defendió la reformulación subjetiva de la norma penal entre otras razones para poder eliminar la culpabilidad de los requisitos del delito debido a la indemostrabilidad del libre albedrío. En España ha tenido gran influencia el trabajo de GIMBERNAT, «¿Tiene un futuro la dogmática

La discusión presenta evidentes similitudes en ambos campos, y también las soluciones ofrecidas, que se construyen combinando las respuestas que se den a dos cuestiones: en primer lugar, según se admita o no el determinismo como hipótesis ontológica de partida, lo que, siguiendo una terminología acuñada, permite distinguir entre posiciones deterministas y libertarias; en segundo lugar, según se admita o no la compatibilidad entre determinismo y responsabilidad subjetiva, lo que a su vez permite diferenciar compatibilistas de incompatibilistas. Aunque ambas cuestiones son, en principio, independientes, lo que arroja cuatro combinaciones teóricas, lo cierto es que prácticamente sólo se mantienen tres. Quienes niegan el determinismo suelen ser a la vez incompatibilistas y de hecho no es infrecuente que se adopte una posición favorable al libre albedrío precisamente como consecuencia de la asunción previa de la incompatibilidad entre determinismo y responsabilidad. En estos casos, la respuesta a la primera pregunta queda condicionada por la segunda, pese a que aquélla se presenta como una genuina cuestión ontológica cuya respuesta depende sólo de la real conformación del mundo –invariablemente sometido a leyes causales, o abierto a contingencias no determinadas–, y no de nuestras creencias o de los efectos que ello pueda tener sobre el concepto de responsabilidad.

Hay una respuesta a cada una de estas preguntas que hace innecesaria plantear la otra. Si se niega el determinismo y se acepta la posibilidad de un comportamiento libre no necesariamente condicionado por los antecedentes, no hace falta cuestionar la compatibilidad del determinismo con la responsabilidad. Pero, por otro lado, si se adopta una posición compatibilista, la cuestión de si el mundo está o no determinado resulta indiferente. Como generalmente se admite que hoy por hoy una respuesta definitiva a la cuestión de si el mundo está plenamente determinado es imposible, la polémica suele centrarse en la cuestión de la compatibilidad de responsabilidad y determinismo. Pero hay un factor que hace esta última discusión especialmente dramática y que permite entender los sucesivos intentos compatibilistas, y tiene que ver con la respuesta probable a la otra cuestión. Aunque generalmente se admite que todavía no es decidible de manera definitiva, e incluso aunque pueda defenderse que en un sentido fuerte nunca lo será, lo cierto es que son muchos los factores que juegan a favor de una respuesta favorable al determinismo o a un indeterminismo que, para la cuestión que estamos tratando, resulta en todo idéntico al determinismo estricto. Como ha indicado Honderich, «El problema real del determinismo y la libertad es encontrar o idear una respuesta *satisfactoria* a la probable verdad del determinismo» (56). Por ello, los intentos por desarrollar y fundamentar una teoría compatibilista resultan especialmente apre-

jurídico-penal?» (como en nota 41), pp. 140-161, al que luego hago referencia. Un resumen de las diversas perspectivas de la doctrina penal en relación con este problema puede verse en DREHER, *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten* (C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1987), pp. 29 y ss.; también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (Ediciones de la Universidad Autónoma, Madrid, 1990), pp. 93 y ss. Centrado en la teoría penal del siglo XIX, HOLZHAUER, *Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit* (Erich SCHMIDT Verlag, Berlín, 1970).

(56) *¿Hasta qué punto somos libres?, El problema del determinismo* (Tusquets, Barcelona, 1995) (traducción de Antonio-Prometeo Moya del original en inglés *How Free are You? The Determinism Problem*. Oxford University Press, Oxford, 1993.), cit. p. 141 (*subrayado* en el original).

miantes. Si la estructura de la realidad no parece en principio la que consideraríamos más idónea para soportar un concepto como el de responsabilidad subjetiva, ligado a la capacidad de actuar de manera distinta, resulta perentorio demostrar que, pese a ello, este concepto se asienta sobre bases sólidas.

En ocasiones parece apuntarse que no estamos ante un verdadero problema (57). Desde la perspectiva de la filosofía moral, esta salida parece, cuando menos, discutible. Si un problema es una proposición o dificultad de solución dudosa, hay pocas cuestiones que lo sean tanto. Es difícil explicar cómo es posible que un pseudoproblema haya inquietado tanto a tantos en cualquier lugar y a lo largo de tanto tiempo, y hasta el punto de verse en muchos casos personalmente afectados por él (58).

Lo que se plantea es un conflicto entre dos visiones de la realidad aparentemente antagónicas: por un lado, la perspectiva que tenemos de nosotros mismos como seres al menos parcialmente libres y por ello responsables de las opciones que elegimos; por otra, la perspectiva general del mundo, ligada al pensamiento científico, que conecta cada acontecimiento —incluidas nuestras acciones— con otros acontecimientos precedentes que los originan siguiendo pautas necesarias expresables mediante leyes naturales, y así sucesivamente hasta el origen del universo. Pero si cada hecho está conectado necesariamente con los que le preceden, no se ve muy bien cómo puede ser alguien responsable de un hecho sobre la base de que podía haber actuado de manera distinta a como lo hizo. De hecho, esta visión de las cosas apunta a que nada puede ser de manera distinta a como realmente ha sido, y ello no sólo parece destruir la otra perspectiva que nos ve como seres libres, sino que a la vez parece que deja al desnudo todas aquellas actitudes y prácticas sociales que se basan en ella: el reproche y la alabanza, el remordimiento y la satisfacción por lo realizado.

Por si esta confrontación no fuera suficiente problema, aún hay más. De las dos perspectivas, nuestro interés se centra en la primera, en la libertad. Es ésta la que queremos defender frente a la amenaza del determinismo. Querríamos que nuestra percepción de las cosas se correspondiera con la estructura de la realidad. El determinismo, o el cuasideterminismo, no provocan nuestra devoción. Si los invocamos es porque representan opciones empíricas creíbles, o al menos razonables, acerca de la probable estructura de la realidad, y nuestra racionalidad nos aconseja adaptar nuestras creencias a la realidad y no al revés. El problema es que la perspectiva que nos interesa defender, la del hombre subjetivamente responsable de sus actos y merecedor de alabanzas o reproches, no sólo no parece compaginable con la ima-

(57) Discute la posición de Moritz Schlick en este sentido, CAMPBELL, «Is “Free Will” a Pseudo-Problem?», en Herbert Morris (ed.), *Freedom and Responsibility. Readings in Philosophy and Law* (Stanford University Press, Stanford, 1961), pp. 473 y ss. [inicialmente publicado en *Mind*, LX (1951), pp. 445-461]. También ROSS llega a afirmar que «el argumento determinista de que la noción de imputabilidad (responsabilidad moral) no tiene significado es demasiado implausible para que nadie lo haya tomado en serio» —«The Campaign against Punishment», *Scandinavian Studies in Law*, 14 (1970), cit. p. 129.

(58) En palabras de von Wright, esta cuestión ha atormentado a filósofos en los últimos tres siglos, en los que los descubrimientos científicos han hecho más plausible la hipótesis determinista —«Of Human Freedom» (como en nota 54), cit. p. 29—. Más adelante veremos algunos testimonios personales en esta línea.

gen de la realidad que ofrece la perspectiva determinista, sino con ninguna otra perspectiva imaginable. Si es difícil compatibilizar libertad y determinismo, mucho más difícil es encontrar una explicación indeterminista que satisfaga nuestra percepción de libertad. De esta objeción me ocuparé más adelante al tratar de las soluciones libertarias.

De ser cierto lo anterior, el problema se multiplica. Ya no tenemos sólo un conflicto entre cómo nos percibimos y una determinada perspectiva más o menos probable de cómo parece configurarse el mundo del que somos parte, sino un conflicto con cualquier estructura posible del mundo, ya que determinismo e indeterminismo agotan las posibilidades de descripción.

Tampoco para los juristas puede considerarse éste un pseudoproblema. Es cierto que, a diferencia de la filosofía moral, aquí no parece estar en juego el propio núcleo de la materia. Hemos visto que la responsabilidad jurídica puede desligarse, y de hecho se desliga frecuentemente, de la responsabilidad subjetiva o culpabilidad. Sin embargo, no es menos cierto que en algunos sectores jurídicos –el más representativo es el Derecho penal–, la culpabilidad ha adquirido a lo largo de la historia un papel imprescindible. Seguramente muchos penalistas estarían dispuestos a afirmar que el principio de culpabilidad es el principio esencial del Derecho penal moderno (59), incluso por encima del de legalidad, entre otras cosas porque el consecuente seguimiento de aquél entraña las más importantes garantías de seguridad y certeza propias de éste, pero no al revés (60). Aunque, como veremos, se ha propuesto en ocasiones la desaparición del principio de culpabilidad, y con más frecuencia su mantenimiento pero desligado de la posibilidad de actuar de manera distinta, lo cierto es que estas soluciones no dejan de ser problemáticas. En particular, las dificultades, no siempre advertidas, no tienen que ver con la pérdida de una justificación utilitaria de la pena, que puede obtenerse sin demasiados problemas de su función preventiva (61), sino del otro aspecto de justificación aludido en la primera parte de este trabajo: al caer la libertad, arrastra consigo el criterio de merecimiento que permitía justificar la inusualmente desequilibrada distribución de cargas que entraña la pena.

Fuera del Derecho penal y de la justificación de la pena se plantean también otros problemas jurídicos de alcance más general. Por ejemplo, la propia idea de *deber*, base de cualquier construcción jurídica, parece verse conmocionada en sus cimientos por el determinismo. Aun admitiendo las dificultades que encierra su interpretación, hay algo indudablemente cierto en el clásico principio «debe entraña puede». La imposición de deberes, al menos si se entiende como instru-

(59) Cita Ross –«The Campaign against Punishment» (como en nota 57), p. 147–, la acertada opinión del jurista danés Carl Goos para el que el principio de culpabilidad es la Magna Carta de los ciudadanos frente al poder del Estado.

(60) Como ha recordado ROXIN, es una idea antigua derivar el principio de legalidad del de culpabilidad –*Derecho penal. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Civitas, Madrid, 1997), § 5, pp. 24 y s., pp. 146 y s., y la bibliografía allí citada–. Muy claro en esta línea, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), p. 249.

(61) Así lo entiende Liborio HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR al considerar «plenamente convincente» desde una óptica estrictamente preventiva el argumento de Gimbernat para prescindir en la culpabilidad de la capacidad de actuar de modo distinto –«Libertad y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 565 y ss.–, al que, sin embargo, atribuye otros inconvenientes decisivos.

mento directivo de conducta, sólo tiene sentido dentro de las capacidades del destinatario del deber (62), y aquí el determinismo plantea un dilema en el que se han visto enredados algunos autores que han defendido a la vez la aplicación irrestricta del principio y una visión determinista de la realidad. Por ser uno de los que lo padeció de forma más aguda lo denominaré «dilema de Hold von Ferneck» (63), lo que además permitirá identificarlo en la discusión posterior. Si el nacimiento de un deber jurídico se vincula a la existencia de ciertos requisitos en el destinatario y en la situación que condicionan la capacidad para cumplir el deber (lo que parece muy razonable), y a la vez se admite que todo lo que acontece lo hace de manera necesaria y nada podía haber sido distinto a como fue, entonces, aparentemente, no cabe infringir deberes, ya que la infracción muestra de manera inmediata que no se daban las condiciones de cumplimiento, lo que a su vez hace desaparecer el deber (64). Este dilema no es en realidad más que una manifestación especialmente clara del problema general examinado. En un mundo sin contingencia (o sólo con contingencia puramente azarosa) no parece haber espacio para un deber-ser (65).

Por último, en Derecho penal el problema tiene también una evidente dimensión práctica. La exención de responsabilidad en las causas que excluyen la acción y en las de inimputabilidad tiene una base común, hasta el punto de que históricamente no se distinguía entre ellas (66). Las primeras suponen la admisión del nivel más elemental, y por ello universalmente admitido, del principio «debe entraña puede». Si el autor ni siquiera tenía la capacidad física de evitar (o realizar) el hecho, no habría acción (u omisión), desapareciendo con ello el presupuesto elemental de cualquier imputación. Las causas de inimputabilidad muestran una versión similar, aunque menos conspicua de este hecho. Habitualmente se considera que hay inimputabilidad cuando, por la existencia de anomalías psíquicas o de un desarrollo insuficiente, el autor no tenía capacidad para entender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (ésta es la regla que sigue el Código Penal en el art. 20.1 y 2). Al menos en los casos más claros de inimputabilidad –niños de escasa edad; grave perturbación mental– la ausencia de responsabilidad se vincula a la incapacidad del sujeto para dirigir su propio comportamiento. Las

(62) Sobre ello, pormenorizadamente, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. 9 y esp. pp. 524 y ss.

(63) En su obra *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, vol. I: *Der Begriff der Rechtswidrigkeit* (Gustav Fischer, Jena, 1903), pp. 121 y 169 y ss., y especialmente vol. II, 1.ª parte: *Notstand und Notwehr* (Gustav Fischer, Jena, 1905), p. 27.

(64) Aunque la cuestión no tiene aquí demasiada importancia, la solución que dio a este problema Hold von Ferneck fue incorrecta, y de hecho supuso la renuncia parcial a su planteamiento de partida sobre el deber. Sobre ello *vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. V, ap. 5, esp. pp. 339 y s.

(65) De hecho, una de las posibles definiciones de determinismo es la que excluye del mundo el poder-ser. Así, por ejemplo, para Von WRIGHT el determinismo son «las ideas con arreglo a las cuales lo que es, también (de una manera u otra) *ha tenido que ser*» –«El determinismo y el estudio del hombre», en Juha Manninen y Raimo Tuomela (comp.), *Ensayos sobre explicación y comprensión. Contribuciones a la filosofía de las ciencias humanas y sociales* (Madrid, Alianza editorial), cit. p. 183–.

(66) *Vid.* simplemente, a modo de ejemplo de una práctica entonces generalizada, la clasificación de las causas de inimputabilidad de WÄCHTER, *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. Erster Theil: enthaltend die Einleitung und den allgemeinen Theil*, J.B Metzler'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1825. (reimpresión facsimil, Keip Verlag, Frankfurt/Main, 1985), § 68 y ss., pp. 111 y ss.

situaciones anormales que originan inimputabilidad han ido ampliándose a lo largo de la historia, a la par que al avance de la ciencia. Modificaciones genéticas o enfermedades mentales que predisponen a cometer delitos eran históricamente desconocidas y consideradas como simple manifestación de una voluntad criminal libre. El caso de los cleptómanos es significativo. La pregunta es si el progresivo descubrimiento de circunstancias que condicionan la conducta no irá reduciendo el campo de la imputabilidad hasta hacerla desaparecer, borrando a la vez la distinción entre ausencia de acción e inimputabilidad.

Strawson y, en su misma línea, Nino, han negado que de la eventual aceptación del determinismo se derive una modificación en las actitudes reactivas que van normalmente asociadas a la idea de libertad, como el reproche, la alabanza, el remordimiento, etc. Por un lado, estiman poco probable que esto de hecho llegase a suceder de manera natural, visto lo bien asentados que están estas actitudes en nuestra vida social (respecto de la que más que un agregado son elemento constitutivo esencial). Por otro, tampoco ven argumentos para propugnar o inducir un cambio en esta línea como respuesta racional al determinismo (67). Nino añade, siguiendo a Soler, que la desaparición de la línea de demarcación entre imputables e inimputables, tomando como base el determinismo, obligaría a su vez a invalidar otras muchas instituciones jurídicas cuya validez depende de la libre voluntad de los participantes, como el matrimonio o los contratos, que siempre serían nulos por fuerza mayor (68).

Estas objeciones parten de perspectivas que tienen un gran interés para la cuestión de fondo, y a ellas me referiré más adelante, pero creo que no conmueven el argumento que ahora estamos evaluando. La primera se sitúa en el plano pragmático de cómo realmente actuamos en relación con los demás, y desde luego aquí es obvio que nos comportamos en gran medida presuponiendo la libertad, y si hasta ahora lo hemos hecho así es seguramente porque hay razones importantes para ello, pero, como reconoce el propio Strawson, ello no garantiza que no estemos equivocados en nuestra percepción. La segunda objeción da un nuevo paso y trata de mostrar además que es racional seguir comportándose de esta manera. Aunque no se ofrecen demasiados datos sobre por qué, más que el hecho de que forma parte de nuestra forma de ser —lo que seguramente es bastante explicación—, ello parece apuntar hacia una idea que me parece importante y que no ha recibido la suficiente atención, que es si, caso de incurrir en un error, no sería éste un error fructífero, lo que en el fondo parece que obligaría a propugnar una actitud de ceguera voluntaria frente al determinismo para no conmocionar este sentimiento. Esta posibilidad se inserta en el marco más amplio de la discusión, cada vez más viva, entre las posibles ventajas e inconvenientes de construir nuestras relaciones interpersonales sobre la base del determinismo. Pero la objeción de Strawson no toca el problema central que ahora nos importa. Es posible que sea racional y útil

(67) P. STRAWSON, «Freedom and Resentment», en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford University Press, Oxford, 1982), pp. 59 y ss.; NINO, «Introducción a la filosofía de la acción humana», Editorial Universitaria (Buenos Aires, 1987), pp. 106 y ss.; también en *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (como en nota 35), pp. 374 y ss.

(68) *Introducción a la filosofía de la acción humana* (como en nota 67), p. 107; *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 379 y ss.

seguir con nuestras actitudes como hasta ahora, pero ello no permite sortear el problema de la injusticia en la distribución que se provoca al reconocer que toda nuestra actuación está condicionada por antecedentes que nos son ajenos o por antecedentes propios necesariamente provocados a su vez por otros ajenos. Y aquí el recurso de la venda ante los ojos difícilmente vale. Si el mantener nuestras actitudes reactivas basadas en la libertad no sólo ha de ser útil, sino también justo, no queda más remedio que buscar una justificación que ya no puede ser el merecimiento basado en la previa originación libre. Esta crítica permite también explicar por qué la objeción de Soler/Nino no resulta decisiva. La validez del matrimonio o de los contratos no es problemática, porque su utilidad resulta evidente desde la perspectiva de nuestros intereses, y, en su caso, a diferencia del de las sanciones, no se ve afectada la idea de justicia distributiva, que queda perfectamente satisfecha por el beneficio que obtienen de ello los contrayentes, y que se expresa en su consentimiento (69).

Con ello no quiero decir que no se puedan encontrar argumentos que permitan seguir distinguiendo y tratando de diferente manera al loco del cuerdo, al menor del adulto, al que actúa a impulsos de sus propios deseos –voluntariamente– o de condicionamientos externos –coaccionado–, sino que, si se acepta el determinismo (o el cuasideterminismo) como hipótesis acerca de la realidad, las distinciones no pueden basarse en la posibilidad de actuar de manera distinta en el preciso sentido que es incompatible con esta hipótesis (aunque ello no impida que puedan encontrarse otras interpretaciones compatibles u otros principios), porque la realidad nos indica que desde esa perspectiva realmente no hay diferencias. Todo lo que alguien realiza está necesariamente condicionado por sus antecedentes.

Son muchos los *intentos de solución* que se han propuesto para el enfrentamiento entre nuestra percepción de libertad y la probable estructura del mundo al que pertenecemos. Hay dos grandes líneas de solución: o bien considerar la antítesis irreductible (incompatibilismo), y frente a ello negar el determinismo (libertarismo), o la libertad (determinismo fuerte), lo que a su vez puede arrastrar consigo la responsabilidad subjetiva, o propiciar la búsqueda de otra fundamentación ajena a la libertad (70); o bien estimar que ambas opciones son compatibles (compatibilismo).

En la filosofía moral predomina esta última opción, con diferentes variantes, y ello es lógico porque, de ser posible, sería a la vez respetuosa con la imagen del mundo que arroja la ciencia y permitiría preservar una base sólida para la responsabilidad moral. En Derecho penal las tesis compatibilistas han tenido menor importancia. Las opciones más bien se reparten entre libertarios, que niegan el determinismo o presumen normativamente la libertad, y deterministas fuertes en sus dos variantes, bien en la versión más radical (y por ello menos frecuente) que

(69) Aunque en el caso de Nino su posición resulta coherente, ya que considera que también la pena se justifica distributivamente por el consentimiento del imputado –*Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 225 y ss.

(70) Como ha apuntado KENNY, las dos variantes del incompatibilismo llegan a sus conclusiones mediante razonamientos que comparten la premisa mayor pero disienten acerca de la realidad reflejada en la premisa menor: «libertad y determinismo son incompatibles; sabemos que el determinismo es cierto; así que la libertad es ilusoria»; frente a «libertad y determinismo son incompatibles; sabemos que somos libres; así que el determinismo es falso» –*Will, Freedom and Power* (Basil Blackwell, Oxford, 1975), p. 145.

prescinde de la culpabilidad, bien en versiones moderadas que le buscan un fundamento distinto de la libertad. Esta última variante se aproxima en realidad bastante a las tesis compatibilistas en sus consecuencias.

Ninguna de las soluciones propuestas resulta plenamente satisfactoria, y es posible que ninguna lo sea, al menos a gusto de todos. Seguramente es éste un caso en el que entre lo que a muchos les gustaría que fuera y lo que es hay una irreducible contradicción (71). Creo que las tesis *incompatibilistas* tienen razón en algo esencial: un concepto de libertad ligado a la posibilidad genuina de actuar de manera distinta es directamente incompatible con la presumible estructura ontológica de la realidad. Hasta la fecha, ninguna tesis compatibilista ha conseguido superar este inconveniente. Si el determinismo o el cuasideterminismo son ciertos, entonces ninguna acción humana ha podido ser de manera distinta a como realmente ha sido en el preciso sentido requerido por el libre albedrío en su formulación más clásica, esto es, en el sentido de que ello dependa sólo del propio sujeto y no de condicionantes externos y previos o del mero azar. Pero la tesis *incompatibilista-libertaria* soluciona el problema renunciando a la visión científica del mundo, sustituyendo una explicación asentada en nuestra experiencia de la realidad y sus leyes por otra que, no sólo carece de referentes empíricos, sino que, y esto me parece una objeción decisiva, tampoco satisface las necesidades de una libertad como la que propugnan. Por su parte, la solución *incompatibilista-determinista*, que renuncia al libre albedrío, prescinde de un aspecto de la realidad que no sólo está ahí —que ha surgido determinadamente según sus propias premisas—, sino que ha mostrado que es difícilmente sustituible, y en ello tiene razón Strawson. No sólo no parece pragmáticamente posible, sino ni siquiera racionalmente aconsejable prescindir de las actitudes reactivas tradicionalmente asociadas a la libertad de voluntad (72).

De las posiciones *compatibilistas* el error principal ya ha sido destacado: su injustificable negativa a extraer las consecuencias que la tesis determinista implica. Ello les aproxima en ocasiones a las tesis libertarias que dicen combatir. Su principal mérito consiste en insistir pese a todo en la necesidad de la responsabilidad subjetiva para justificar las actitudes reactivas que tenemos frente a ciertos actos propios y ajenos, incluidas algunas medidas de responsabilidad jurídica como la pena.

La solución parece entonces presentarse como una —imposible— cuadratura del círculo. Para superar los inconvenientes denunciados, cualquier propuesta debería reunir las siguientes características: en primer lugar, ser respetuosa con la previsible estructura de la realidad que nos ofrece la ciencia (requisito de científicidad); en segundo lugar, ofrecer explicación desde esa misma estructura a un sentimiento de libertad que resulta en algunos aspectos incompatible con ella (capacidad expli-

(71) En este sentido, SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 134.

(72) En la misma línea, ha destacado SCHÜNEMANN insistentemente la relación entre libertad y una determinada «reconstrucción social de la realidad», «reconstrucción social de la realidad» que se encuentra asentada en la estructura básica de la sociedad —cfr. «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (Tecnos, Madrid, 1991; traducción, introducción y notas de J. M. Silva Sánchez), pp. 147 y ss., esp. pp. 152 y ss.

cativa); en tercer lugar, ser capaz de rellenar sin pérdidas excesivas (alguna es inevitable) y de manera congruente con el primer requisito, el hueco en la justificación de la responsabilidad subjetiva que deja la renuncia a la capacidad de actuar de modo distinto (congruencia y capacidad de justificación). Que no es fácil cumplir todos estos objetivos queda demostrado por la inacabable polémica histórica.

En lo que sigue intentaré esbozar una *teoría ecléctica* que satisfaga los criterios enunciados de científicidad, capacidad explicativa, congruencia y justificación. Coincido entonces con el propósito declarado de autores como Strawson, Honderich, o tantos otros que han tratado de encontrar esa vía intermedia de reconciliación de posturas aparentemente tan antagónicas. Pero ello requiere ante todo fijar con exactitud qué es lo que se intenta reconciliar, que en este caso es, por un lado, la probable estructura de la realidad tal y como la percibimos desde la ciencia, –que parece apuntar a un determinismo o cuasideterminismo– y, por otro, la percepción de nosotros mismos como seres libres y subjetivamente responsables de nuestros actos –que una muy extendida posición en la filosofía moral, la teoría jurídica e incluso en la visión intuitiva del hombre de la calle vincula a la capacidad para actuar de manera distinta–.

Una buena parte de la larga, y en muchos casos infructífera, discusión sobre este problema se alimenta de las inexactitudes iniciales a la hora de fijar los extremos que se tratan de conciliar. Esto es especialmente notorio en el caso de los análisis de la estructura de la realidad, tanto del determinismo como del indeterminismo. Diríase que nuestro inicial y natural rechazo al determinismo, a vernos como mero engranaje de un complejo mecanismo cósmico, condiciona, tanto nuestra percepción teórica de la hipótesis determinista (que se desdibuja mediante la ocultación velada de sus implicaciones menos gratas a nuestra percepción), como de las alternativas indeterministas que se proponen, más próximas al lenguaje poético que al científico, como se ha destacado con frecuencia (73). Por eso, cualquier intento de solución requiere como primera tarea poner de relieve qué nos dice la ciencia sobre la estructura probable del mundo.

1. **¿Determinismo? ¿indeterminismo? ¿azar?: la visión científica de la realidad**

Nuestra imagen de la realidad está condicionada por el desarrollo científico, y hasta ahora éste no permite obtener conclusiones definitivas sobre el tema que nos ocupa. Si así fuera, seguramente se habría aligerado hace tiempo la polémica. Pese a ello, hay ciertas ideas que presentan un alto grado de consenso y una de ellas es la visión causal del mundo. Esta imagen es la de un mundo en movimiento, no estático, en el que identificamos transformaciones continuas de unos estados de cosas a otros, regidos por leyes naturales que intentamos reconstruir inductiva-

(73) Así, expresamente WEATHERFORD, Roy, *The Implications of Determinism* (Routledge, Londres/Nueva York, 1991), p. 161, al comentar la solución libertaria de Chisholm. También STRAWSON, *Freedom and Resentment* (como en nota 67), p. 79. Por su parte, DENNET habla de «doctrina francamente misteriosa» –*La libertad de acción. Un análisis de la exigencia de libre albedrío* (Gedisa, Barcelona, 1992); traducción de Gabriela Ventureira del original en inglés, *Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting*, MIT, Cambridge, 1984–.

mente sobre la base del método científico. Ello se corresponde con el denominado principio causal (74), según el cual presuponemos que los diferentes estados de cosas que podamos observar en un corte cronológico (o al menos algunos de ellos) tienen su antecedente causal en estados anteriores y así sucesivamente en una cadena ininterrumpida que se remonta hasta el comienzo de los tiempos. El conocimiento de las leyes causales que operan la transformación de unos estados a otros es lo que nos permite predecir acontecimientos y, con ello, modificar la realidad de acuerdo con nuestros deseos. Un estadio menos elaborado de este mismo proceso se produce de manera natural en los animales, cuando aprenden instintivamente a evitar o buscar situaciones que en su experiencia pasada han sido respectivamente dolorosas o placenteras.

Si examinamos la naturaleza del principio causal, plantea más dificultades de las que a primera vista pudiera parecer. Su valor como principio sintético que habla acerca de la realidad, es en cierta forma paradójico: habla de la existencia de leyes naturales y a la vez entraña una generalización empírica similar a la que se encuentra en la base de éstas, pero con la diferencia de que no parece refutable, lo que le hace inicialmente sospechoso. Como ha indicado Hospers, «ningún elemento de juicio empírico nos exigiría abandonarlo: podríamos seguir manteniéndolo, no importa qué encontremos en la naturaleza» (75). El defensor del principio causal puede siempre atribuir la falta de explicación para un suceso a su propio desconocimiento o a limitaciones epistemológicas sobre lo cognoscible. Para evitar este inconveniente, y sortear también las dificultades propias de definirlo como una verdad analítica a priori, se ha propuesto entenderlo como un principio metodológico conductor de la investigación científica (76). Hay algo cierto en esta interpretación, que a la vez sirve para rescatar parte al menos de su validez como principio empírico. Si no se toma como principio absoluto (aunque pudiera serlo), sino como descripción de una parte de la realidad, el principio causal no es un elemento añadido al pensamiento científico ni una más de sus leyes, sino más bien una condición necesaria de su existencia. Hacer ciencia es buscar en la realidad las generalizaciones que conocemos como leyes naturales, y el principio causal se limita a afirmar que existen al menos algunas de estas leyes, lo que es tanto como

(74) Un desarrollo pormenorizado del principio causal y una defensa del mismo frente a las objeciones de Hume pueden verse en WILSON, *Lo mental como físico* (Fondo de Cultura Económica, México, 1985; traducción de Alfredo Guera del original en inglés, *The Mental as Physical*, Routledge & Kegan, Londres, 1979), pp. 185 y ss.

(75) *Introducción al análisis filosófico* (Alianza Editorial, Madrid, 1984; traducción de Julio César Armero San José y revisión de Néstor Míguez del original en inglés, *An Introduction to philosophical Analysis* (2.ª ed.), Prentice Hall, Englewood Cliffs, N.J., 1967), cit. pp. 384 y ss. y 394 y ss. cit. p. 395. POPPER ha considerado «metafísico» el principio de causalidad por no ser falsable desde una perspectiva empírica –*La lógica de la investigación científica* (Tecnos, Madrid, 1990, traducción de Víctor Sánchez de Zavala del original en inglés, *The Logic of Scientific Discovery*, Londres, Hutchinson & Co.) pp. 58 y s. y 229 y ss.–, por lo que ni lo adopta ni lo rechaza, sino que lo sustituye por «una regla metodológica que se corresponde tan exactamente con el «principio de causalidad, que éste podría considerarse como la versión metafísica de la primera». La regla es que «no abandonaremos la búsqueda de leyes universales y de un sistema teórico coherente, ni cesaremos en nuestros intentos de explicar causalmente todo tipo de acontecimientos que podamos describir» –cit. p. 59–. Analiza también el argumento de la no falsabilidad del principio causal, O'CONNOR, *Free Will* (como en nota 27), pp. 48 y ss.

(76) Sobre ello, HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico* (como en nota anterior), pp. 395 y ss. La posición de Popper citada en la nota anterior es una muestra de esta actitud.

decir que puede hacerse ciencia. La conexión, entonces, entre ciencia y principio causal es analítica, y ello muestra que su verificación empírica no es separable de la de las concretas leyes naturales a las que se refiere. Vale tanto y llega tan lejos como valgan y lleguen las diferentes leyes que la ciencia admite.

Distinta es la cuestión cuando el principio causal se presenta como una explicación exhaustiva y excluyente de la realidad; cuando se pasa del «por lo que hasta ahora sabemos, una parte de la realidad responde a la existencia de leyes causales» a otra como «toda la realidad responde al principio causal». Es esta versión la que en principio es sospechosa, porque no parece admitir refutación. Pero, si bien se observa, la versión fuerte del principio causal no es a su vez más que una generalización inductiva del mismo tipo de las que apoyan la existencia de cualquier ley natural, sólo que de *segundo orden*: es una generalización basada en la comprobación constante de otras generalizaciones. Igual que del hecho de que siempre que calentamos el hierro en condiciones normales éste se dilate inducimos una ley sobre la dilatación (77) del hecho de que siempre que busquemos una explicación causal para un acontecimiento acabemos encontrándola, inducimos que hay una ley general de la causalidad. El argumento está sometido a los mismos límites que cualquier otro razonamiento inductivo (78). En este sentido, aunque no pueda ser refutado, la creencia en él sólo será razonable si efectivamente seguimos encontrando generalizaciones causales de primer nivel –leyes causales–, y por eso podría y debería ser abandonado si de hecho se dieran ciertas condiciones. El siguiente pasaje de Hospers muestra plásticamente esta idea:

«Supongamos que una vez soltamos el lápiz y cae al suelo; la segunda vez vuela por el aire; la tercera vez se convierte en elefante; la cuarta desaparece sin dejar rastro; la quinta nos pega en la nariz y nos reprocha haberle soltado; y así sucesivamente. Supongamos que esto no sólo ocurre con el lápiz, sino con cualquier otra cosa, de modo que no pudiésemos ya descubrir ninguna condición uniforme de la cual dependan los acontecimientos. Seguiría siéndonos dado decir: «A pesar de todo, hay condiciones para cada uno de estos acontecimientos, pero son tan tremendamente complejas que no las he encontrado. Las causas, no obstante, existen; sólo que se ha tornado difícil encontrarlas». Pero también podríamos *abandonar* el principio, no decir ahora que

(77) Naturalmente, el método científico no se limita a esta simple comprobación de regularidades. La dilatación se inserta en un cuerpo teórico mucho más amplio, que incluye otras leyes, y con el que resulta plenamente congruente, lo que multiplica exponencialmente la fiabilidad de la ley, aunque nunca pueda lograrse una prueba definitiva de ella. Muy claro en este sentido, O'CONNOR, *Free Will* (como en nota 27), p. 49.

(78) Entre otros, a la objeción clásica de Hume contra la concepción de la causalidad como realidad ontológica, en la que se pone de relieve que ninguna proyección inductiva sobre una supuesta ley natural que defina conexiones necesarias entre acontecimientos equivale a su demostración, por muy largas y sin excepciones que sean las regularidades sobre las que se asiente la supuesta ley natural –*Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales*, tomo I (Calpe, Madrid, 1923 (traducción de Vicente Viqueira del original en inglés *Treatise of Human Nature*). [I, parte 3.^a, secciones II y ss. pp. 127 y ss., y esp. sección XXIV, pp. 250 y ss.–. La bibliografía sobre el problema de la causalidad y la inducción en Hume es inabordable. Una introducción muy clara a este problema puede verse en Max BLACK, *Inducción y probabilidad* (Cátedra, Madrid, 1984)], esp. pp. 37 y ss., con abundantes referencias. Crítico con la tesis de Hume, WILSON, *Lo mental como físico* (como en nota 74), pp. 188 y ss.

era falso (pues nunca hemos sostenido que fuera verdadero), pero podríamos dejar de considerar que valga la pena adoptar esa regla de juego» (79).

Ello muestra que el valor empírico de un principio causal fuerte es como el de cualquier generalización inductiva (80): vale mientras sea la explicación más plausible que tengamos. Algo debe ser, sin embargo, matizado, y creo que puede tener alguna importancia para la discusión posterior. Cuando Hospers apunta la posibilidad de renunciar al principio causal si los lápices comienzan a convertirse en elefantes parece referirse al principio causal en cualquiera de sus manifestaciones, pero en realidad sólo puede referirse a su versión más fuerte, la que lo convierte en una ley universal sin excepciones. La propia existencia de un organismo complejo que además razona, como es el espectador que observa el comportamiento de los lápices, es incompatible con la ausencia absoluta de cualquier principio causal. El sujeto debería percatarse de que él mismo y su razonamiento no son imaginables sin presuponer ciertas regularidades en la naturaleza que son las que se encuentran tras las leyes causales. Su opción por seguir o no una generalización inductiva general es a la vez una generalización particular afectada por su propio razonamiento. Si la mutación de los lápices se correspondiera con la definitiva desaparición del principio causal, el propio espectador se convertiría en elefante, volaría por los aires o desaparecería sin dejar rastro, y entonces ya sí que el principio causal dejaría de tener importancia alguna.

Las observaciones anteriores nos sitúan ya adecuadamente ante el problema del determinismo o indeterminismo. Nadie que admita que existen al menos algunas leyes naturales que determinan la transformación de la realidad puede negar el principio causal, aunque desde luego nada impide que tenga una aplicación sólo parcial. Que una buena parte (casi con seguridad la mayor parte) de la realidad responde al principio causal no es discutible, salvo que se esté dispuesto a poner en duda el propio pensamiento científico. El sorprendente éxito de la ciencia de los últimos siglos a la hora de descubrir las leyes naturales y aplicarlas a predecir y modificar la realidad no admite otra interpretación. La pregunta es si toda la realidad responde a este esquema o si ciertos aspectos de ella se escapan al principio causal. El determinismo es la teoría que afirma lo primero y el indeterminismo lo segundo. Su pretensión de vigencia es, por ello, asimétrica. El determinismo estricto niega al indeterminismo, pero no al revés. El indeterminismo como *única* explicación de la realidad no es una propuesta siquiera imaginable porque nada capaz de imaginar puede surgir de un mundo estrictamente caótico (al menos con alguna probabilidad que no sea meramente fantástica). Por ello, el contraste más bien se presenta entre determinismo total por un lado y determinismo parcial –que según deje más o menos campo a lo indeterminado será indeterminismo prevalente o cuasideterminismo– por otro. Reconocer esto es importante, porque con mucha frecuencia se identifica el rechazo del determinismo en sentido estricto (algo que la ciencia no ve con malos ojos) con rechazo del principio causal, sin advertir que la negación del determinismo sólo alcanza precisamente a aquellos aspectos de la realidad indeterminados, pero no a los otros. Si la libertad que se encuentra en

(79) *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit. pp. 396 y s.

(80) En este sentido, HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), pp. 397 y ss.

la base de la responsabilidad subjetiva se vincula precisamente a los aspectos determinados, y ésta es una opción que cada vez defienden más autores, el rechazo del determinismo no alivia nada el problema.

¿Qué nos dice la ciencia sobre esta alternativa –determinismo completo o parcial– y qué significado tiene para la polémica del libre albedrío? Para evitar confusiones posteriores, quizá convenga empezar por decir algo sobre el significado de determinismo.

Con frecuencia se han desatacado los distintos sentidos en los que puede hablarse de determinismo: así se distingue el determinismo en sentido lógico, físico, psicológico o teológico (81).

– El primero puede ser dejado de lado sin más. La lógica sirve para deducir consecuencias desconocidas a partir de premisas conocidas, pero en ausencia de éstas nada dice. El determinismo es una hipótesis acerca de la realidad física. Si fuera cierta, de ella podríamos deducir lógicamente ciertas consecuencias, de la misma manera que podría hacerse si fuera falsa, pero en ningún caso sirve para determinar el propio presupuesto: la verdad o falsedad del determinismo. Del hecho de que los acontecimientos futuros vayan a tener un día necesariamente el carácter de pasados, y por ello vayan a quedar definitivamente fijados –esto es, vayan a ser a partir de ese momento necesariamente ciertos o falsos en su existencia– no se deduce que antes de que acaezcan ello ya sea así. De hecho, la hipótesis indeterminista dice precisamente que la realidad está abierta, y que por ello el estado físico total del mundo en un momento determinado no fija de manera inmutable el futuro. Esto quiere decir que la dirección del tiempo es decisiva: hacia atrás el mundo estaría determinado, y los acontecimientos habrían sucedido o no; mientras que hacia adelante la realidad sería contingente, podría o no acontecer. Es entonces erróneo realizar afirmaciones lógicas sobre la realidad futura basándose en la estructura que tendrá dicha realidad cuando sea pasada. Como ha indicado Weatherford, el determinismo lógico es, o bien cierto pero trivial –si lo que se quiere decir es que las afirmaciones ciertas acerca del futuro son ciertas– o significativo pero falso –si del hecho de que al ser lo ya sucedido necesariamente verdadero o falso, se deduce que antes de suceder ya queda definida su condición– (82). El denominado determinismo lógico deja incontestada la pregunta esencial de si existen acontecimientos contingentes o si todo está sometido a la ley de la necesidad. Tiene, sin embargo, importancia porque suele estar en la base de la actitud psicológica ante la vida que conocemos como fatalismo, a la que luego haré mención.

– Tampoco el determinismo teológico tiene demasiado interés para nosotros, por más que posiblemente sea la teología el campo del pensamiento donde el dilema del determinismo se plantea primero (83) y donde presenta su faz más

(81) *Vid.*, por ejemplo, WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 171 y ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (Clarendon Press, Oxford, 1970), pp. 65 y ss..

(82) *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 175.

(83) VON WRIGHT ha destacado el antecedente de la discusión filosófica en la teológica, y ha puesto de relieve el paralelismo en sus presupuestos: cuando se fue difuminando la idea de un Dios omnipotente y omnisciente, su lugar fue ocupado por la mecánica determinista –«Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 29 y s.

amarga: se mueve entre el Escila del determinismo, que parece anular la responsabilidad moral del ser humano, haciéndole incapaz de pecado (84), y el Caribdis del indeterminismo, que parece poner en cuestión la omnisciencia y omnipotencia de Dios. Muchos autores han tratado de conciliar ambas afirmaciones, al menos aparentemente antagónicas (85). Pero a efectos de este trabajo la polémica no tiene importancia. Lo decisivo es si el mundo está o no determinado, y en el primer caso que lo esté porque la realidad responda en todos sus pormenores a los designios de un ser omnipotente, o que lo esté por la inexorable concatenación de los fenómenos físicos sometidos a leyes naturales inmutables, es indiferente.

– En cuanto al determinismo psicológico, en realidad no es algo distinto del determinismo físico, sino más bien su aplicación a la parcela de la realidad que constituye el comportamiento humano. Su presupuesto es que los acontecimientos mentales no son más que fenómenos físico-químicos especialmente complejos y sutiles, pero en último extremo sometidos a las mismas leyes que el resto de la naturaleza (86). Por ello, el comportamiento humano sería la resultante de la interacción entre la constitución física del cuerpo –determinada por los genes– y el ambiente en el que se desenvuelve.

La plausibilidad del determinismo psicológico depende en último extremo de la del determinismo físico. La afirmación de éste supone a la vez la de aquél (87). Sin embargo, la relación no funciona igual en la otra dirección. Es imaginable un cierto grado de indeterminismo físico –por ejemplo, el postulado por la física cuántica para los fenómenos subatómicos– compatible con un determinismo en el nivel atómico, incluyendo los fenómenos psíquicos.

– El concepto de determinismo físico resulta ser así el concepto central, en torno al que giran los demás. Su descripción de la realidad es la que corresponde a

(84) A esta amenaza para la libertad del hombre alude también KANT, *Crítica de la razón práctica* (Porrúa, México, 1998), pp. 161 y ss., que manifiesta dudas sobre su propia solución, reconociendo la dificultad del problema: «los maestros dogmáticos de la Metafísica han mostrado más astucia que sinceridad, apartando de la vista, en lo posible, este difícil punto» –cit. p. 162.

(85) Un estudio pormenorizado del dilema teológico puede verse en ZAGZEBSKI, L. T., *The Dilemma of Freedom and Foreknowledge* (Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 1991), que remonta el origen de la discusión hasta el siglo III d.C. –p. 3–, y en el que, entre otras propuestas de solución, se examina la del teólogo español del siglo XVI Luis de Molina, que ha tenido mucha repercusión posterior –pp. 125 y ss. y n. 1 al cap. V, p. 199–. Según KENNY, representa la primera formulación detallada de la doctrina compatibilista de la libertad como indiferencia –*Will, Freedom and Power* (como en nota 70), p. 123. Otras referencias a la solución teológica en DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), pp. 147 y ss.; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), pp. 22 y ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), pp. 71 y ss. Desde una perspectiva estrictamente lógica (y no teológica), plantea con agudeza el dilema BULYGIN, en «Omnipotencia, omnisciencia y libertad», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 545-559 [Publicado inicialmente en *Crítica*, X, núm. 28 (1978), pp. 545 y ss.].

(86) Un excelente desarrollo de la tesis de la identidad entre lo mental y lo físico es el de Edgar WILSON, *Lo mental como físico* (como en nota 74). Vid. también la explicación de HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), esp. capítulos III a V.

(87) Salvo que no existieran leyes psicológicas en el mismo sentido que las leyes naturales, en cuyo caso, como ha destacado WEATHERFORD, sería compatible un total determinismo del mundo físico con la ausencia de determinismo psicológico –*The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 187–.

un mundo en el que *todo* lo que sucede lo hace conforme al principio causal antes enunciado. Un mundo tal y como fue descrito en el famoso *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* de Laplace:

«Todos los acontecimientos, incluso aquellos que por su insignificancia parecen no atenerse a las grandes leyes de la naturaleza, no son sino una secuencia tan necesaria como las revoluciones del sol. Al ignorar los lazos que los unen al sistema total del universo, se los ha hecho depender de causas finales o del azar, según que ocurrieran o se sucedieran con regularidad o sin orden aparente, pero estas causas imaginarias han ido siendo descartadas a medida que se han ido ampliando las fronteras de nuestro conocimiento, y desaparecen por completo ante la sana filosofía que no ve en ellas más que la expresión de nuestra ignorancia de las verdaderas causas.»

«Los acontecimientos actuales mantienen con los que les preceden una relación basada en el principio evidente de que una cosa no puede comenzar a existir sin una causa que la produzca» (88).

En un mundo determinado, todo lo que acontece, incluido el comportamiento humano, lo hace de manera necesaria. Cada hecho está inescindiblemente unido a los que le preceden, y las transformaciones de unos estados a otros son inteligibles en términos de leyes naturales invariables que definen el universo. En un mundo así constituido no hay lugar para la contingencia. Cualquier hipótesis acerca de lo que puede suceder sólo es racionalmente interpretable como una predicción falible, fruto de un conocimiento incompleto de la realidad.

Una visión puramente mecanicista del mundo de estas características está muy extendida en las reflexiones más comunes acerca de la realidad, como muestra su presencia reiterada en mitos o tradiciones de las que se hace eco la literatura histórica (89), en el propio pensamiento filosófico (90), o teológico y, desde luego, subyace claramente a la visión científica del mundo, incluso tras las aportaciones de la física cuántica que aparentemente vienen a demostrar la invalidez del modelo (al menos entendido en términos absolutos) (91).

(88) *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* (Alianza Editorial, Madrid, 1985; traducción, introducción y notas de Pilar Castrillo al original en francés, *Essai philosophique sur les probabilités*), cit. pp. 24 y 25.

(89) *Vid.*, en este sentido, las referencias a Homero que cita JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), p. 16, o las de TOLSTOI en *Guerra y paz*, que cita entre otros autores KENNY, *Will, Freedom and Power* (como en nota 70), p. 145.

(90) Acerca de la evolución filosófica del determinismo *vid.*, DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), respectivamente, pp. 61 y ss. y pp. 148 y ss.

(91) Sobre la reticencia de una parte de los científicos aceptar las consecuencias indeterministas de la física cuántica, *vid.*, por ejemplo, HEISEMBERG, *Physics and Philosophy. The Revolution in Modern Science* (Harper & Row, Publishers, Nueva York, 1962, pp. 128 y ss.). El propio Einstein veía con recelo esta idea y de ahí su conocida expresión de que «Dios no juega a los dados». Véase la carta que envió a Popper y que aparece como apéndice de la *Lógica de la investigación científica* (como en nota 74) de este último –pp. 426 y ss.–. En general, una detallada exposición de las relaciones entre filosofía y física puede verse en la obra de Milic CAPEK, *El impacto filosófico de la física contemporánea* (Tecnos, Madrid, 1973; traducción de Eduardo Gallardo Ruiz del original en inglés, *The Philosophical Impact of Contemporary Physics*, D. Van Nostrand Company, Inc., Princeton, 1961), esp. pp. 294 y ss.

Dejando por ahora de lado las implicaciones de este modelo desde la perspectiva de la responsabilidad (imputación), me interesa destacar en este momento sólo su efecto en la teoría de la causalidad. En un mundo como el de Laplace no habría ningún acontecimiento que no estuviera relacionado con los demás por una ley natural invariable (92). Los sucesos aparentemente únicos, no explicables o azarosos, no serían tales, sino una mera consecuencia de nuestra ignorancia de las leyes causales (error o desconocimiento nomológico) o de los acontecimientos de la realidad que definen la situación examinada (error o desconocimiento ontológico), de manera que, si en vez de un sujeto parcialmente ignorante, pusiéramos en su lugar un dios o demonio omnisciente, «una inteligencia que en un momento determinado conociera todas las fuerzas que animan a la naturaleza, así como la situación respectiva de los seres que la componen» en la conocida expresión de Laplace, entonces tal inteligencia «podría abarcar en una sola fórmula los movimientos de los cuerpos más grandes del universo y los del átomo más ligero; nada le resultaría incierto y tanto el futuro como el pasado estarían presentes ante sus ojos» (93).

He destacado la última expresión de Laplace porque pone de manifiesto un aspecto paradójico de la relación entre una visión mecanicista del mundo y las expresiones en términos de causas y efectos, que además puede tener importancia para enfocar adecuadamente el problema de la libertad. Hemos visto que un mundo determinado es aquel en el que rige sin excepciones el principio causal. Que Laplace también lo entendía así, se deduce del pasaje citado. Pese a ello, y al menos si el sistema determinado se examina desde una perspectiva externa —precisamente la del dios o demonio de Laplace—, no parece fácil distinguir causas de efectos. Al no existir fenómenos contingentes, todos los sucesos en los que podamos arbitrariamente despreciar la realidad están tan íntimamente relacionados entre sí que todos son a la vez condición necesaria y suficiente de los demás (94). Cada descripción singular del mundo en un instante dado contiene en sí todas las posibles configuraciones alternativas, y, por ello, absolutamente todos los «sucesos» singulares son condiciones necesarias en sentido fuerte de todos los demás. Desde esta perspectiva, la propia referencia temporal desaparece, y con ella arrastra a la distinción de causas y efectos. Como ha apuntado Mackie (95), afirmar que entre dos acontecimientos X e Y se da una relación causal sólo tiene sentido si se parte de que ambos sucesos son distintas realidades, y no meramente distintas descripciones de una misma realidad. Al menos si se enfoca desde una perspectiva

(92) En este sentido, WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (Alianza editorial, Madrid, 1983 (traducción de M. Andreu, F. Carmona y V. Sánchez de Zavala del original en inglés *Conceptual Foundations of Scientific Thought: An Introduction to the Philosophy of Science*, 1968), p. 388.

(93) *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* (como en nota 87), cit., p. 25; la cursiva es mía. Ni que decir tiene que la confianza ciega de Laplace en su modelo determinista se veía extraordinariamente reforzada, como él mismo recuerda, por los espectaculares éxitos de la ciencia de la época en explicar y someter a leyes acontecimientos como el movimiento de los astros o la gravitación, que hasta poco tiempo antes eran considerados azarosos o inexplicables. La vinculación de determinismo y física clásica es un lugar común de cualquier estudio histórico de filosofía de la ciencia.

(94) Así, expresamente, WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (como en nota 92), p. 388.

(95) *The Cement of Universe. A Study of Causation* (Clarendon Press, Oxford, 1974), pp. 32 y ss.

externa, el determinismo absoluto implica la sustitución del principio causal por el principio de identidad (96).

Un mundo de estas características fue representado gráficamente por William James como un bloque de hierro macizo (*iron-block*):

«... El futuro no tiene posibilidades ambivalentes ocultas en su seno; la parte que denominamos presente es compatible con una totalidad tan sólo. Cualquier otra versión del futuro que la fijada desde la eternidad es imposible. El conjunto está en todas y cada una de las partes, y está soldado con el resto en una unidad absoluta, un bloque de hierro macizo donde no puede haber ningún equívoco, ningún asomo de cambio» (97).

Con esta imagen pretendía seguramente James hacer tangible el aspecto más desolador del determinismo. Estamos acostumbrados a ver el mundo como un espacio al menos parcialmente abierto, cuya futura configuración depende de nosotros, y no como el avance de la manecilla del reloj depende del giro del engranaje, sino en un sentido mucho más estricto, como la existencia de reales posibilidades, de opciones abiertas entre las que escoger. Pero en un mundo físicamente determinado no hay posibilidades. Hay, a lo sumo, apariencias de posibilidades que no reflejan más que un conocimiento limitado de la realidad. Un ser omnisciente no haría juicios de probabilidad, sino de necesidad, como destacó Laplace. No es extraño que la teoría epistemológica de la probabilidad comenzara su andadura precisamente a través de autores como Laplace en un momento histórico en el que los descubrimientos científicos apuntaban a un mundo estrictamente determinado regido por leyes físicas inmutables.

La imagen del universo como un bloque de hierro macizo se encuentra en la base de lo que en ocasiones se ha denominado pesadilla del determinista físico (98). Es significativo que muchos filósofos que han trabajado sobre este tema y que han aceptado como más plausible la hipótesis del determinismo, hayan descrito su vivencia personal tras este reconocimiento como una pesadilla. Honderich, sin duda uno de los filósofos que más tiempo ha dedicado al problema de la libertad, ha reconocido que le dejó «realmente deshecho» (99), y Gary Watson se ha expresado en términos similares: «en ocasiones nos sentimos golpeados (y algunos de manera crónica) por el inquietante pensamiento de que la libertad de voluntad es una *ilusión*...» (100). Para otros, la imagen ha sido lo suficientemente insoportable como para, sin más pruebas, rechazar el determinismo, lo que puede en algunos casos ser una sana medida profiláctica, pero poco científica: la eventual verdad

(96) En el mismo sentido, WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (como en nota 92), pp. 388-389.

(97) «The Dilemma of Determinism», en *The Will to Believe and Other Essays in Popular Philosophy*, Nueva York, 1923, p. 40 [tomo la cita de HONDERICH *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), p. 112].

(98) Así, POPPER, «Sobre nubes y relojes», en *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista* (Tecnos, Madrid, 1992), p. 203.

(99) *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), p. 113.

(100) «Introduction», en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford University Press, Oxford, 1982), cit. p. 1.

del determinismo depende sólo de la real estructura del mundo, no de lo que ello signifique para un ser consciente. Una buena parte de las tesis libertarias tiene como principal, y a veces único, apoyo el horror frente a la imagen del bloque macizo.

Obviamente, no todo el mundo se siente igual de amenazado por la eventual verdad del determinismo. Todo depende de la perspectiva que se adopte. La idea inquieta a muchos pensadores, y deja por completo indiferentes o incluso satisface a otros. Satisface normalmente al científico natural, que no se resigna a que parcelas de la realidad queden al margen de la explicación científica. Seguramente también al psiquiatra, que trata de encontrar razones para explicar el comportamiento anormal, pero también el normal. Inquieta profundamente al filósofo moral, que tiene miedo de quedarse sin objeto de estudio –de aquí la inacabable polémica–. También al penalista, aunque seguramente menos. Le inquieta porque una tesis fundamental de la ciencia penal es que no es lo mismo una pena que una medida de seguridad, y que la diferencia se encuentra en que en aquélla podemos hacer un juicio de reproche sobre el autor que no sería posible en ésta, y ese juicio de reproche –la culpabilidad– está generalmente unido a la responsabilidad subjetiva, a la posibilidad de haber actuado de manera distinta. Pero le inquieta menos que al filósofo moral porque aparentemente es posible encontrar apoyos para una responsabilidad₂ penal en la que la irrenunciable exigencia de culpabilidad se apoye en argumentos inmunes a la indemostrabilidad del libre albedrío (y, en este sentido, se alinea con las tesis compatibilistas de la filosofía moral), como muestra la argumentación de Gimbernat. En cuanto al teólogo, como ya hemos visto, su posición resulta ambivalente. El determinismo inquieta a aquellos que, sin olvidarse de Dios, buscan un lugar para una persona libre y autorresponsable, de ahí el ya mencionado desasosiego de Kant, pero a la vez puede satisfacer a quienes ponen el acento en un creador omnisciente y omnipotente que diseña el mundo en todos sus detalles sin dejar espacio para otros creadores originales (101).

Si esta es la imagen del determinismo estricto, ¿cómo se presenta la del indeterminismo? El indeterminismo postula que ciertos aspectos de la realidad no quedan sometidos a la ley de la causalidad en el mismo sentido que los demás. Hay dos candidatos a ocupar este espacio: en el mundo de la física estarían ciertos fenómenos subatómicos, como, por ejemplo, los procesos de desintegración radiactiva, establecidos por la física cuántica; en la filosofía las acciones libres de los hombres. Pero hasta ahora la ciencia sólo ha admitido lo primero, y estamos investigando la visión científica del mundo.

Hasta que se desarrolló en el siglo xx la física cuántica y más en concreto una cierta interpretación –conocida como interpretación de Copenhague– de uno de sus postulados principales, el principio de incertidumbre de Heisenberg (102), la

(101) Aunque la congruencia en este caso se acaba en lo creado por Dios, ya que el principio causal no se extiende a su propia existencia, que se concibe como *causa sui*, no creada a su vez.

(102) POPPER ha definido de la siguiente manera el «principio de incertidumbre»: «Toda medición física requiere un cambio de energía entre el objeto medido y el aparato de medida (que puede ser el mismo observador): puede dirigirse sobre el objeto un rayo de luz, por ejemplo, y absorberse parte de la luz dispersada por aquél en el instrumento de medición. Pero tal cambio de energía alterará el estado del objeto, que se encontrará, después de haber sido medido, en un estado diferente al que tenía antes; así pues, la medición hace algo así como darnos a conocer un estado que acaba de ser destruido por el

creencia en la validez general del principio causal, y por ello del determinismo, dentro de la ciencia era general (103) y quedaba reflejada en las palabras de Laplace. Frente al carácter esencialmente determinista de la física clásica, ajustada al modelo newtoniano, la física cuántica postula la existencia de indeterminación física objetiva en el nivel subatómico. En vez de las leyes necesarias del modelo clásico, aquí regirían leyes probabilísticas, pero no como expresión de un grado de creencia racional en situaciones de incertidumbre parcial (al estilo de las expresiones de probabilidad clásicas como las que se utilizan para describir el movimiento de las partículas de los gases o el movimiento browniano), sino como genuina expresión de la realidad objetiva. Como ha indicado Capeck, en esta interpretación «las leyes estadísticas observadas de la microfísica no son simples fenómenos superficiales, finalmente reducibles a los modelos causales clásicos; por el contrario (...) son consideradas como características últimas e irreducibles que constituyen la realidad física objetiva» (104).

Es importante destacar, de todas maneras, que el indeterminismo cuántico, de ser cierto —y ya vimos que no todo el mundo lo acepta—, lo sería sólo en un sentido muy limitado, por dos razones. En primer lugar porque el indeterminismo subatómico convive con un determinismo físico a nivel atómico (que sería además el propio del comportamiento humano); en segundo lugar porque incluso dicho indeterminismo refleja visibles regularidades que se expresan mediante leyes estadísticas.

¿Cabe imaginar otros tipos de indeterminismo que permitan sustentar la teoría de la libre voluntad que defienden los análisis libertarios? Sobre ello reina la mayor oscuridad, y la cuestión es esencial porque si efectivamente el determinismo es incompatible con la libertad, como propugnan, y a la vez determinismo e indeterminismo son descripciones que agotan el universo de lo posible, sólo se respetaría el criterio de cientificidad demostrando que existe en la realidad algún tipo de indeterminismo que permita dar cuenta de la solución propugnada. Pero esto no es todo. Se ha destacado insistentemente que no cualquier indeterminismo es compatible con la libertad. En particular, el único indeterminismo que hasta ahora cuenta con refrendo científico, el indeterminismo de la física cuántica, no sirve para este propósito; no es en ningún sentido una base sobre la que edificar una libertad responsable como la que estamos buscando (105). Esta idea ya había

proceso mismo de medición (...). Por tanto, a partir del resultado de una medición es imposible inferir el estado preciso de un objeto atómico inmediatamente *después* de haber sido medido; y, *en consecuencia, la medida no puede servir de base para hacer predicciones*». —*La lógica de la investigación científica* (como en nota 75), cit., pp. 203-204—. Sobre la interpretación de Copenhague, *infra* nota 104.

(103) O'CONNOR habla en este sentido de actitud intelectual estándar —*Free Will* (como en nota 27), p. 10—.

(104) *El impacto filosófico de la física contemporánea* (como en nota 91), cit., p. 302. Esta explicación, también conocida como interpretación de Copenhague, no es la única aunque sí la más seguida. Muchos autores, entre otros algunos tan significados como el propio Einstein, mantuvieron o mantienen la esperanza de que algún día las relaciones de incertidumbre cuántica serían reducibles a un esquema determinista. Sobre ello, v. LUCAS, *ob. cit.*, pp. 300 y ss y esp. nota 15 en p. 307; también WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 201; crítico con esta pretensión, LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), pp. 11 y ss. Sobre la interpretación de Copenhague en general, *vid.*, HEISENBERG, *Physics and Philosophy* (como en nota 91), pp. 44 y ss.

(105) Tan sólo puede aportar la esperanza de que si hay una excepción al principio causal, puede haber otras; idea que ha recogido, por ejemplo, DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), pp. 208 y ss.

sido puesta de relieve por Hume, al destacar los peligros de ligar libertad y azar: «la necesidad es un elemento esencial de la causalidad, y, por consiguiente, la libertad, suprimiendo la necesidad, suprime las causas y es lo mismo que el azar. Como el azar se considera comúnmente que implica una contradicción, y en último término es contrario a la experiencia, existen los mismos argumentos contra la libertad y el libre albedrío» (106). El indeterminismo azaroso tiene, como ha indicado Brandt, «implicaciones devastadoras» para la ética (107). Modernamente es una idea que goza de total unanimidad, tanto entre deterministas como entre libertarios (108).

Pero, ¿hay algún otro tipo de indeterminismo imaginable que pueda sustentar la posición libertaria? No se trata ya sólo de objetar a quienes defienden esta tesis que hasta ahora no hayan conseguido encontrar un soporte científico para ella (109), sino de apuntar que no lo podrán encontrar porque nada puede satisfacer sus pretensiones. En palabras de O'Connor, «es extremadamente difícil complementar la versión determinista de la acción libre con una condición que satisfaga a los defensores del libre albedrío y que sea a la vez inteligible, posible y bien apoyada por la evidencia» (110). Ello enfrentaría a la libertad defendida por los libertarios a un callejón sin salida: ya no se vería amenazada sólo por la probable verdad del deter-

(106) *Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales*. Tomo II (Calpe, Madrid, 1923), cit., p. 196.

(107) *Teoría ética* (Alianza Universidad, Madrid, 1982), pp. 584 y ss. cit., p. 584.

(108) *Vid.*, entre otros, CAMPBELL, «Is "Free Will" a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 484; CHISHOLM, «Human Freedom and the Self» (como en nota 32), pp. 24 y 27 y s.; DREHER, *Die Willensfreiheit*, pp. 207 y ss. (como en nota 55); P. FOOT, «Free Will as Involving Determinism», *The Philosophical Review*, LXVI, 4 (1957), pp. 439-450 [también en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres, 1966, pp. 95-108, por donde se cita]; R. E. HOBAR, «Free Will as Involving Determination and Inconceivable Without It», *Mind*, XLIII, 169 (1934), pp. 1-27 [también en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres, 1966, pp. 63-95, por donde se cita]; KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*. Schriften zur Rechtstheorie, Cuaderno 90 (Duncker & Humblot, Berlín, 1980), p. 91; LIPPOLD, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin. Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre*. Forschungen aus Staat und Recht, vol. 87. (Springer Verlag, Viena/Nueva York, 1989), pp. 230 y ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), p. 56; MACINTYRE, «Determinism», en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres, 1966, p. 240-256, cit., p. 243 [publicado originalmente en *Mind*, LXVI, 261 (1957), pp. 28-41]; MARTIN FISCHER/RAVIZZA, *Responsibility and Control. A Theory of Moral Responsibility* (University Press, Cambridge, 1999). p. 15 n. 24; NOWEL-SMIT, *Ethics*, Londres, 1954, pp. 281-282.; PENROSE, *La nueva mente del emperador* (Mondadori, Madrid, 1991; traducción de Javier García Sanz del original en inglés, *The Emperor's New Mind*, Oxford University Press, Oxford, 1991), p. 535; SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 133; WATSON «Introduction» (como en nota 100), p. 9; SMART, «Free Will, Praise and Will», en Gerald Dworkin (ed.), *Determinism, Free Will and Moral Responsibility* (Prentice-Hall, Englewood Cliffs, NJ, 1970), p. 199 [inicialmente publicado en *Mind*, LXX, 279 (1961), pp. 291-306]; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 199 y ss., esp. p. 202.

(109) Como ha recordado HOSPERS, «La única razón por la que el indeterminista quiere negar el Principio Causal es que desea hacer un hueco para la libertad: no tiene elementos de juicio de su punto de vista, sino que está convencido de que, si no niega el principio causal, la libertad humana no será posible» -*Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit., p. 406.

(110) *Free will* (como en nota 27), p. 82.

minismo, sino, lo que es más grave, por su propia incompatibilidad con cualquier descripción científica del mundo (111).

El problema radica en lo que estos autores exigen de una acción para que sea libre. O'Connor ha definido lo que él denomina condición X de los libertarios de la siguiente manera: «Un acto es libre si y sólo si el agente pudo actuar de manera distinta, *manteniéndose todas las circunstancias idénticas*» (112). Se trata entonces de un acto no sometido al principio causal. Pero ello sólo nos deja dos alternativas. O bien es fruto del azar, en el sentido del indeterminismo cuántico, en cuyo caso no es la obra de su autor y falla el primer requisito de la responsabilidad, o bien ha sido causado por el propio sujeto, por un acto de su voluntad, sin que a su vez éste haya sido causado por circunstancias antecedentes ajenas al sujeto. Pero en este último caso, ¿cómo se explica el hecho? Sólo se es responsable de los propios actos cuando estos proceden de sucesos internos del autor que le definen como persona: de sus razones para actuar, expresadas en deseos, creencias, motivos, etc. (113). Pero este paso atrás en la indagación no es suficiente. Sólo se satisface la condición de libertad si a su vez estos procesos internos no han sido meramente el efecto causal de hechos antecedentes y externos al sujeto. Pero ello, una vez más, sólo puede explicarse como fruto de un proceso azaroso interno, que no valdría, o de una decisión de segundo orden, lo que replantearía el problema en sus mismos términos y así sucesivamente en un regreso al infinito.

La defensa propuesta frente a este tipo de argumentos por parte de los libertarios no resulta satisfactoria. Por ejemplo, Campbell, tras defender un concepto de libertad contra-causal como condición necesaria de la responsabilidad moral (114), se enfrenta a la objeción de cómo puede considerarse acto de una persona algo que no procede de su carácter, y estima que se trata de la objeción más fuerte contra la libertad contra-causal (115). Su respuesta la busca distinguiendo entre una perspectiva externa, en la que no puede encontrarse dicha libertad, y la perspectiva interna del sujeto que delibera realizando lo que este autor denomina actividad creativa, dentro de la que se inserta precisamente la libre elección. Pero, como es habitual en estas teorías, la descripción de esta actividad creativa a la que se llega mediante introspección, es confusa y falta una explicación convincente de por qué el resultado de la misma no depende realmente de las circunstancias internas, pero

(111) Como ha indicado WATSON, en esta polémica «el compatibilista (o el escéptico) sospecha que la libertad requerida por el incompatibilista –una “autodeterminación” que no podría obtenerse en un mundo determinado– no puede obtenerse en ningún mundo» –«Introduction» (como en nota 100), cit., p. 9.

(112) *Free will* (como en nota 27), cit., p. 82. HOSPERS – *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), p. 418– cita referencias de otros autores en la misma línea. Así H. D. Lewis: «Sólo podemos mantener las ideas de obligación y culpa como ideas propiamente éticas, si también podemos creer en acciones que podían haber sido distintas de lo que fueron *aunque todo el resto del universo hubiese seguido siendo el mismo*»; o J. D. Mabbott: «La responsabilidad moral requiere que un hombre sea capaz de elegir acciones alternativas, siendo idéntico todo lo que haya en el Universo antes del acto, incluido él mismo».

(113) Como ha indicado VON WRIGHT, en las acciones fortuitas falta aquello que es la nota distintiva de las acciones libres, y es que se hayan hecho por razones – «Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 12 y 38–.

(114) «Is «Free Will» a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 482.

(115) «Is «Free Will» a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 485.

externamente causadas, del sujeto. Ello hace pensar que tiene razón Smart cuando afirma, criticando a Campbell, que no hay una tercera vía de libertad contra-causal entre la causalidad ininterrumpida y el azar (116).

Otro tanto sucede con la solución de Chisholm. Tras reconocer el problema central de la libertad de voluntad que es su aparente incompatibilidad con el determinismo, pero también con el indeterminismo (117), se plantea si no cabe una vía intermedia, algo que no sea externamente causado –no determinado– pero a la vez tampoco puramente azaroso o no causado –no indeterminado–. En su opinión tal cosa sólo puede darse en algo causado por el propio agente sin condicionamientos previos, lo que él califica de causación «inmanente» por oposición a la habitual causación «transeúnte» (118). Pero, al igual que sucedía con Campbell, la determinación de la mencionada causación inmanente se convierte más en poesía inspiracional, como le ha criticado Weatherford, que en algo científicamente contrastable (119). El propio Chisholm tiene que reconocer que, en un sentido estricto, su planteamiento aboca a considerar que no es posible una ciencia del hombre, ya que no pueden encontrarse explicaciones para la elección libre e inmanente del sujeto (120). Podríamos conocer absolutamente todas las creencias, deseos e intenciones del agente, todos sus estados mentales, y sin embargo no podríamos deducir de ahí lo que el autor va a realizar, que se presenta como una genuina opción libre. Pero entonces parece lícito preguntar, con Weatherford, por qué actuó de la manera que lo hizo el agente, y entonces, o bien lo hizo porque tenía razones para ello, en cuyo caso su acción es causada, o bien actuó sin razón alguna y entonces su acto es irracional y no cabe responsabilidad (121). ¿Cómo, sin apelar a razones preexistentes, decide el autor entre dos opciones? Incluso Searle, que comparte la idea de que en la actividad voluntaria las causas psicológicas antecedentes no son suficientes para causar el efecto, porque en el medio hay una brecha (*gap*) en la que residiría el libre albedrío, debe reconocer que «quizás en un nivel diferente de descripción, quizás en el nivel de las sinapsis y los neurotransmisores, las causas eran suficientes para los movimientos corporales» (122), lo que no es más que el reconocimiento del principio causal que él parece querer negar (123). ¿O es que, acaso, dichas conexiones neurológicas surgen de la nada?

Pero no son éstas las únicas objeciones posibles a las tesis libertarias. Hay un argumento que siempre ha resultado perturbador para cualquier hipótesis indeterminista aplicada a la actividad del hombre, y es que presupone en ella algún tipo

(116) «Free Will, Praise and Will» (como en nota 108), pp. 198 y ss. y esp. 202 y ss.

(117) «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 24.

(118) «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 28.

(119) *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 161.

(120) «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 33.

(121) *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 161.

(122) *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (Ediciones Nobel, Oviedo, 2000; traducción y glosario de Luis M. Valdés Villanueva), cit., p. 95.

(123) Pero el punto de vista de Searle es interesante para mostrar lo que más adelante denomino perspectiva interna, en la que reside nuestra percepción de libertad, y cuya indagación es esencial para comprender el problema del libre albedrío. Ahora bien, como veremos, la existencia de una perspectiva interna no ofrece argumento alguno a favor de las tesis libertarias, contra lo que podría deducirse de algunos pronunciamientos de Searle, pero sí obliga a analizar la actividad humana en sucesivos niveles de progresiva complejidad.

de singularidad que resulta francamente fantasmal si se enfoca desde una óptica científica. Lucas ha expresado esta idea: «El hombre, científicamente hablando, no es diferente del resto de las cosas. Al menos en cuanto concierne a la ciencia, no hay ningún privilegio de la humanidad que haga al comportamiento humano no sometible a la investigación y explicación científica. Debe haber causas para el comportamiento humano igual que las hay para cualquier otra cosa». Y concluye, «Pensar de otra forma es pura superstición» (124).

En este ámbito se manifiestan, una vez más, las viejas tendencias antropocéntricas que tratan de hacer del hombre algo completamente aparte del resto de la naturaleza. La teoría de la evolución de Darwin asestó un importante golpe a nuestra supuesta singularidad, haciéndonos parientes próximos de los animales (y de ahí la resistencia que tuvo que vencer para acabar imponiéndose), pero los viejos hábitos persisten. No es infrecuente que la evidencia científica sea dejada a un lado para hacer un hueco al pedestal de nuestra soberbia (125). Como recuerda Stephen Jay Gould, aunque los planteamientos varían, «su intención es siempre la misma: separar al hombre de la naturaleza» (126).

Todavía podrían citarse otras dos cuestiones especialmente incómodas para el libertarismo: en primer lugar, ¿en qué puede consistir desde el punto de vista físico algo como la libertad?; en segundo lugar, una vez aceptado el postulado básico de la teoría de la evolución, ¿cómo puede explicarse la aparición de este fenómeno a partir de la materia inerte?

La primera cuestión representa un escollo difícil de superar por las propuestas libertarias. Un mundo explicado en términos de regularidades causales derivadas de la existencia de leyes naturales resulta perfectamente inteligible, por más que puedan abrumarnos sus implicaciones filosóficas. Estamos acostumbrados a esta visión del mundo. Una buena parte del progreso de la humanidad se explica como el paso de una visión mítica a otra científica anclada en la causalidad. Por el contrario, cuando intentamos ofrecer una imagen de la realidad que integre la libertad nos faltan las palabras porque, al margen de nuestro sentimiento favorable, carecemos de referentes empíricos en los que basarnos. Si se explica un comportamiento violento apelando a la presencia de un gen que activa mecanismos químicos que alteran el proceso neurológico del cerebro, en combinación con ciertos factores ambientales, más o menos conocidos, y con la presencia de estímulos externos desencadenantes, todo ello completado con la actividad mental deliberante del sujeto, esta explicación —que puede ser tan larga y compleja como sea necesaria para captar los igualmente complejos condicionantes de la actividad humana—, encaja sin fisuras en el cuerpo de conocimientos genéticos, biológicos, psicológi-

(124) *The Freedom of the Will* (como en nota 81), cit., p. 1. Sin embargo Lucas dedica su obra a defender el libre albedrío.

(125) GOULD recoge algunos sorprendentes ejemplos históricos de cómo autores con una sólida formación científica aceptaban en sus teorías biológicas excepciones, no apoyadas por base empírica alguna, para dar cuenta de la singularidad del ser humano, actitud que plásticamente define este autor como «construcción de una verja en torno a su propia especie». Así, por ejemplo «La selección natural y el cerebro humano: Darwin frente a Wallace», en *El pulgar del panda* (Crítica, Barcelona, 1994), pp. 43 y ss.; «En lo mejor de la vida», *ob. cit.*, pp. 116 y ss., cit., p. 118.

(126) *El pulgar del panda* (como en nota anterior), p. 118.

cos, sociológicos, etc., que la ciencia ha ido lentamente extractando, pero si se argumenta que el autor realizó su acto violento en una situación en la que genuinamente tenía varias posibilidades, en el sentido de que sus antecedentes, entre los que naturalmente se encuentran aquellos que permiten y condicionan su propio razonamiento consciente, no forzaban la opción por uno de ellos, comenzamos a perder pie irremisiblemente. Simplemente carecemos de experiencias similares con las que contrastar esta afirmación. Pensamos que algo de su constitución o de sus antecedentes o de ambas cosas combinadas puede explicar el hecho. Pensar en términos causales –todo cuanto acontece tiene una causa– es parte de nuestra manera de ver la realidad. La actitud que tomamos ante los acontecimientos inexplicados, sin una base causal contrastada, es una buena muestra de esta forma de pensar. No achacamos el hecho a un insalvable azar, sino a una causa desconocida. Incluso la explicación religiosa de algo tan poco mundano como se supone que son los milagros no remite a la ausencia de causas, sino a la causa divina.

La segunda cuestión resulta igualmente difícil de responder sin acudir una vez más a comodines metafísicos. Si desde la materia inerte hasta el hombre hay una línea evolutiva ininterrumpida, ¿en qué momento surge la libertad?; ¿cuál es y en qué momento se produce el salto evolutivo que introduce en el mundo la libre opción entre alternativas, supuestamente propia del género humano, no sometida a las leyes físicas y biológicas que definen la actuación del resto de la naturaleza? Y lo mismo puede decirse del proceso de maduración del embrión hasta hacerse persona. ¿En qué momento de la división celular o del proceso de educación del niño desaparecen las leyes de la química y la biología para dar paso a la genuina libertad de obrar? No es fácil dar una respuesta a estas preguntas; en realidad ni siquiera es fácil imaginar qué tipo de respuesta serviría. La progresiva complejidad de los seres vivos, que culmina en el cerebro humano, no parece admitir discontinuidades. El cerebro es materia viva especialmente compleja, pero materia viva al fin y al cabo. Neuronas que interaccionan. Ciertamente tenemos la conciencia, que parece suponer un salto cualitativo esencial respecto a otros seres vivos, pero al margen de las dudas que hoy pueda suscitar si somos los únicos poseedores de este recurso, lo cierto es que no parece que la conciencia deba quedar al margen de las leyes de la neurología. Científicamente nuestra psique, nuestra alma, reside en el cerebro, y por ello nuestras acciones voluntarias, nuestras decisiones, nuestro pensamiento consciente no pueden ser más que una función de la actividad neuronal. Afirmar que en un momento determinado las leyes de la neurología se interrumpen para dar lugar a un yo originador no externamente condicionado ni sometido a la causalidad, es una afirmación sin base científica conocida y tan sospechosa de «edificar una verja en torno a la propia especie» como las viejas teorías creacionistas (127) que, contra Darwin, negaban que el hombre pudiera tener antepasados comunes con los monos o los ratones.

La persistente incapacidad de las posiciones libertarias para ofrecer un concepto de libre albedrío compatible con la probable estructura del mundo reafirma la idea antes apuntada de que, no es que no se haya encontrado todavía, sino que es imposible encontrarlo porque requiere presupuestos inconciliables. Falta en ellas,

(127) Desgraciadamente no del todo inactuales, a juzgar por la polémica que todavía hoy se vive en algunos estados de Estados Unidos sobre qué teoría debe explicarse en las escuelas.

entonces, el primer requisito exigible para una teoría de la responsabilidad subjetiva: una base científica sólida. Pero hay algo de sus planteamientos que me parece correcto y es su insistencia en la incompatibilidad entre determinismo (o cuasideterminismo) y responsabilidad subjetiva basada en la capacidad de actuar de manera distinta. Sobre ello volveré después, al criticar algunas de las más frecuentes teorías compatibilistas.

La conclusión principal obtenida hasta ahora es que el principio causal, base del determinismo, no sólo tiene un apoyo sólido en el pensamiento científico, sino que parece también resultar necesario para la responsabilidad (128). Ello no demuestra que el mundo esté completamente determinado –de hecho hoy en día la ciencia admite una teoría parcialmente indeterminista; una combinación de indeterminismo en ciertos fenómenos subatómicos y determinismo en el resto–, ni hace falta esta demostración. Es suficiente con que las acciones humanas responsables se vean sometidas al principio causal (129) para que quede planteado en toda su extensión el problema de fondo del libre albedrío. Ya no tenemos un bloque de hierro macizo universal, pero en la esfera de la realidad sometida al principio causal, en la que se sitúa también la actividad humana consciente, sí tenemos bloques parciales en los que los antecedentes se derivan necesariamente de los consecuentes. Con estos presupuestos no es extraño que cada vez más la batalla a favor de la libertad se intente librar en el marco de teorías compatibilistas y no en el de las libertarias, tan vulnerables en sus presupuestos empíricos. Pero antes de pasar a analizar algunas de aquéllas quisiera comentar brevemente dos líneas de solución del problema que se ha utilizado con frecuencia en el mundo jurídico, y que sin ser tesis libertarias –de hecho no es infrecuente que partan del presupuesto contrario– llegan a soluciones en cierta forma equiparables pero por una vía indirecta: afirman la responsabilidad mediante presunciones normativas, bien apelando a un poder medio, bien presuponiendo la libertad individual.

(128) Desarrollan detalladamente esta idea, FOOT, «Free Will as Involving Determinism» (como en nota 108) y R. E. HOBAR, «Free Will as Involving Determination and Inconceivable Without It» (como en nota 108).

(129) Ello no supone aceptar necesariamente los presupuestos de la denominada tesis de la Inteligencia Artificial fuerte (basada en las ideas de Turing sobre la capacidad de pensamiento de las máquinas), según la cual toda la actividad del hombre, incluido su pensamiento consciente, son expresables en términos de un algoritmo lo suficientemente complejo, lo que permitiría reproducirlo en un ordenador que pasaría a pensar, sentir y tener percepción de libertad como nosotros. No es descartable que, como apunta PENROSE, haya algo en el funcionamiento del cerebro, en su ontología, que permita el pensamiento consciente y no pueda ser expresado en términos meramente algorítmicos, aunque sin salir del mundo de la determinación física –*La nueva mente del emperador* (como en nota 108), esp. cap. 10, pp. 502 y ss.–. Quizás sea SEARLE quien con más insistencia se ha pronunciado contra los postulados básicos de la Inteligencia Artificial fuerte (la propia denominación procede de él) – «Minds, Brains, and Programs», en D. R. Hofstadter y D. D. Dennet (ed.), *The Mind's I. Fantasies and Reflections on Self and Soul* (Penguin Books, Harmondsworth, 1982), pp. 353 y ss.; *El redescubrimiento de la mente* (Crítica, Barcelona, 1996), esp. pp. 57 y ss.–. Sobre el planteamiento inicial de la Inteligencia Artificial, v. A.M. TURING, *¿Puede pensar una máquina?* [Universidad de Valencia, Valencia, 1974; traducción de Manuel Garrido y Amador Antón del original en inglés, «Computing Machinery and Intelligence», *Mind* 59 (1950)]. En un breve pasaje de esta obra reconoce Turing, sin embargo, que respecto a la conciencia, «hay algo de paradójico en lo que se refiere a cualquier intento de localizarla» –cit., p. 41–.

Para evitar las dificultades que plantea la indemostrabilidad del poder de actuar de modo distinto en el caso singular se ha propuesto en Derecho penal acudir a un *poder medio*, en el sentido de aquello que es esperable en circunstancias normales por la comunidad jurídica (130). Pero esta solución incumple varios de los criterios que hemos considerado importantes para resolver satisfactoriamente el problema. Por un lado no respeta el principio de cientificidad. Si se presupone que la capacidad de actuar de modo distinto es imposible de verificar respecto de un sujeto singular no se ve muy bien cómo puede constatarse respecto de un hombre medio. Para llegar a esta conclusión sería necesario al menos haber podido constatar esta capacidad en un número suficiente de personas reales como para poder configurar un criterio general, pero como se acepta que tal cosa es imposible, cae por su base el fundamento apuntado.

Por otra parte, y ésta me parece una objeción decisiva, la tesis del hombre medio no ofrece argumentos para justificar la responsabilidad subjetiva. Un principio elemental de ésta es la individualidad del juicio de imputación. Imputar un hecho a alguien basándose no en sus propias circunstancias sino en las de otro, aunque sea un hombre medio, contraviene de manera grave este principio (131). El evidente desequilibrio en la distribución que entraña la pena pierde entonces cualquier posible justificación basado en el merecimiento. Para que pueda cumplir su función de garantía, el principio de culpabilidad debe seguir siendo un juicio eminentemente individual. Como ha indicado Torío, «en la culpabilidad trata de enjuiciarse la conexión en que se encuentra la acción con el sujeto que la realiza. Hablar de culpabilidad general o social es, pues, contradictorio» (132). Ello no quiere decir que, al igual que en cualquier juicio, no se utilicen criterios tomados de la experiencia común. Es imposible juzgar sin sentimientos o percepciones compartidas. Pero una vez fijados normativamente los criterios relevantes del juicio, juzgar consiste en verificar si concurren personalmente en el juzgado, y no en otro hombre real o medio.

Una idea que aparece frecuentemente en las discusiones jurídicas sobre la responsabilidad y su dependencia de la capacidad de actuar de manera distinta, es la de que, sea cuál sea la real conformación del mundo, la libertad debe *presuponerse normativamente*. Tanto si el hombre es libre como si no lo es, debe tratarse como libre. Así por ejemplo Roxin, explica su concepción de la culpabilidad como «actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa» (133) de la siguiente manera: «Cuando existe dicha asequibilidad normativa, partimos, sin poder ni pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se

(130) Vid. en esta línea, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español a la 3.^a edic. por Santiago MIR PUIG y Francisco Muñoz Conde, vol. I. (Bosch, Barcelona, 1981), p. 589. Otras referencias, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), p. 110 y n. 178.

(131) Sobre ello, con abundantes referencias, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), p. 111. La incongruencia de esta posición con los postulados de partida del indeterminismo ha sido destacada acertadamente por ROXIN, *PG I* (como en nota 60), §19, nm. 20, p. 800.

(132) «El concepto individual de culpabilidad», en *Crime and Criminal Policy (Homenaje a López-Rey)*, Roma, 1985, cit., p. 683.

(133) *PG I* (como en nota 60), §19, nm. 34 y ss., p. 807

convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él». En opinión de Roxin, tanto el determinista como el indeterminista pueden aceptar esta suposición «pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo que precisamente no podemos saber– sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, *se le trata como libre*. La suposición de libertad es una “aserción normativa”, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales» (134).

La formulación de Roxin expresa bastante bien el núcleo de las diferentes teorías, que aquí no pueden ser analizadas (135), pero que comparten como elemento común la presunción normativa de libertad. Creo que hay una crítica contra ellas que resulta decisiva, y que seguramente explica por qué no es ésta una solución a la que se acuda fuera del derecho, y tiene que ver con el significado y el valor de las presunciones.

En derecho se aceptan dos tipos de presunciones, las que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*) y las que no (*iuris et de iure*) (136). Si se ponen en relación con aquello que se presume, hay entre ellas una diferencia importante: en las primeras lo presumido importa hasta cierto punto; en las segundas nada. Pero si esto es así, y enseguida me ocuparé de ello, las presunciones normativas de libertad no pueden ser la respuesta al problema planteado porque, si se conciben como *iuris tantum*, entonces la capacidad de actuar de manera distinta sí que importa, es necesaria, y entonces sigue abierta la cuestión de fondo: ¿es o no el determinismo, como probable estructura de la realidad, compatible con dicha capacidad?; y si se concibe como *iuris et de iure*, lo que significa es que la libertad realmente no es aquí importante, lo cual es falso, como demuestra el interés en establecer la presunción.

Las presunciones *iuris tantum* tienen un significado claro y el recurso a ellas en derecho puede estar perfectamente justificado. Su finalidad es distribuir, con arreglo a ciertos criterios, la carga de la prueba de un hecho o circunstancia que tiene trascendencia jurídica en situaciones de incertidumbre relativa. Una presunción a favor del reo, como la de inocencia, desplaza a la acusación la carga de probar la

(134) PG I (como en nota 60), §19, nm. 35, pp. 807 y s. La expresión en cursiva se destaca en negrita en el original. En términos similares se pronuncia L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: «el juez, al condenar a un inculpado imponiéndole una pena prevista por la ley penal, *trata al imputado como si fuera un ser racional y libre*» (...) «El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que *convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral*» – «Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), cit., p. 568–. Con estas palabras parece apuntar a una presunción normativa de libertad no modificable por los hechos, y sin embargo poco después admite que podría demostrarse en el caso concreto la ausencia de libre albedrío –*ob. loc. cit.*–. Pero si esto es así, ya no estamos ante una presunción necesaria, ante un presupuesto esencial del sistema como se afirma, sino precisamente ante un dato empírico, sólo que presumido *iuris tantum*, y el problema aquí es que la evidencia científica a favor del principio causal hace que la carga de la prueba de que existe la posibilidad de actuar de manera distinta no se sitúe donde la coloca Hierro, sino en la posición contraria; corresponde tal prueba a quien afirma la libertad así entendida.

(135) Sobre ello, *vid.*, por ejemplo, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (Ediciones de la Universidad Autónoma, Madrid, 1990), pp. 104 y ss. DíEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas* (Tirant lo Blanch, Valencia, 1990), pp. 90 y ss.

(136) *Vid.* artículo 1251 CC.

comisión del delito, con lo que se puede a la vez interpretar como una presunción en contra de la acusación. Se mire desde la perspectiva que se mire, lo cierto es que estas presunciones reconocen expresamente la importancia de que lo presumido se dé en la realidad –por eso la prueba en contrario tiene efectos–. La presunción sólo hace una asignación provisional de verdad por razones prácticas. Ya hemos visto que en el campo de la responsabilidad jurídica son habituales como criterio de imputación, y no plantean problemas de justificación.

Nada de esto ocurre con las presunciones *iuris et de iure* que, si no se reinterpretan adecuadamente, resultan un sinsentido. Tomemos como ejemplo el antiguo artículo 108 CC que establecía una presunción de filiación legítima para los hijos nacidos en el matrimonio, contra la que no se admitía otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en un plazo definido. En este caso la presunción lo que venía a indicar es que el hecho real de la paternidad biológica carecía de relevancia, salvo en el caso extremo de la imposibilidad de acceso carnal, porque prevalecía el interés de preservar la institución familiar, y en este campo el real vínculo de sangre no es imprescindible. Pero si se quisiera extender el alcance de la presunción a ámbitos en los que la consanguinidad fuera decisiva –por ejemplo, a la obligatoriedad de someter a pruebas genéticas a los hijos de un portador de una enfermedad hereditaria– la norma se mostraría sencillamente irracional.

Si aplicamos estas observaciones a la presunción de libertad resulta lo siguiente. Si se concibe como una presunción *iuris tantum*, podría tener sentido, pero no resolvería el problema planteado. La ausencia de argumentos definitivos a favor del determinismo hace que una presunción a favor del indeterminismo resulte concebible, mientras no haya prueba en contra, pero según el estado actual de la ciencia resulta altamente improbable, por lo que vulneraría el criterio de cientificidad en el mismo sentido que lo hacen las teorías libertarias ya descartadas. Si se concibe, entonces, como una presunción *iuris et de iure*, y ésta parece ser la visión habitual que le dan sus defensores, ello significa que realmente la libertad en sí, la capacidad de actuar de modo distinto, carece de importancia. Sin embargo, hasta ahora el problema era cómo compatibilizar la libertad del hombre con la probable estructura de la realidad, y esta solución lo que hace es prescindir de la libertad, con lo que se aproximan de facto a las tesis incompatibilistas-deterministas que prescinden de la culpabilidad o la vinculan sólo a las necesidades preventivas. Pero, a diferencia de éstas, su planteamiento no se hace explícito, sino que se oculta con la referencia a la libertad presumida. Así puede interpretarse la alusión de Roxin a que se trata sólo de «una regla social de juego». Ahora bien, ¿para qué sirve dicha regla?; ¿qué sentido tiene tratar como libre a quien de verdad no lo sea?; y, finalmente, ¿con qué criterios se determina quiénes deben ser tratados como libres?

La capacidad de actuar de manera distinta puede ser decisiva para la responsabilidad o no serlo, pero si lo es no pueden simplemente cerrarse los ojos a la posible prueba de que en un caso no concurre este requisito mediante el expediente de una presunción normativa no rebatible. Roxin apunta que la situación con la libertad es idéntica a la que se da con la igualdad. En su opinión, cuando el ordenamiento parte de la igualdad de todas las personas no sienta «la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales», sino que ordena que todas reci-

ban un mismo trato (137). Pero ésta es una afirmación por lo menos discutible. Si el ordenamiento ordena un trato igual para todos es precisamente porque considera que todos *somos* realmente iguales en lo que importa. Es lo que Roxin denomina «absurda máxima» lo que justifica el mandato de igualdad. No somos iguales en inteligencia, en belleza, en educación, en posesión de bienes, pero somos exactamente iguales en cuanto personas y éste es el único criterio determinante para el mandato de igualdad. Con la libertad debería pasar lo mismo. Si efectivamente llegamos a la conclusión de que en nuestros actos pudimos actuar de manera distinta, y que este dato es relevante, debe tenerse en cuenta, pero si no es así, cualquier presunción en contra es irracional e injusta. Muestra que verdaderamente tal criterio no tiene importancia.

Ello enlaza con la última cuestión antes planteada, ¿cómo se determina quiénes deben ser tratados como libres? Repárese en que aquí, a diferencia de la igualdad, se admite que a algunos no hay que tratarlos como libres. La pregunta es, ¿por qué?; ¿es acaso el legislador quien lo decide normativamente a su gusto, o pueden establecerse realmente diferencias empíricas entre unos y otros sujetos?; si es bueno tratar a las personas como libres aunque puedan no serlo, ¿por qué no hacerlo así también con los denominados inimputables? Salvo que las construcciones normativas se entiendan como algo que puede ser definido totalmente al margen de la realidad, algo que queda por completo a disposición de quien emite la norma (cosa que a veces parece desprenderse de la manera en que se concibe la normatividad, pero que seguramente nadie estaría dispuesto a reconocer explícitamente), tendrá que haber algún criterio que permita explicar por qué el trato como libres se aplica a unas personas y no a otras. ¿Cómo se podría si no desde una posición normativa criticar una concepción de la culpabilidad según la cual, por ejemplo, se estimara culpable de un hecho lesivo sólo a quien se encuentre físicamente situado en un radio de acción de 15 metros del hecho y que además tenga los ojos verdes, o que fijara la edad de imputabilidad entre los dos y los tres años? Frente a absurdas regulaciones de este estilo el intérprete, incluso el que acepta una definición normativa de culpabilidad, no se encuentra inerte, y no lo está porque si bien el legislador tiene libertad para emitir normas con el texto que más le guste, no la tiene para dotar de sentido a lo que legisla por el simple hecho de prescribirlo. El legislador puede emitir normas de cumplimiento imposible –ordenar a quien está en coma que socorra a un tercero–, incoherentes –vestir ropas que sean a la vez exclusivamente azules y exclusivamente amarillas–, pragmáticamente contradictorias –imponer, con el fin de preservar la salud, vacunas que científicamente no sólo no previenen la enfermedad, sino que la contagian–, puramente arbitrarias –el caso antes citado de los ojos verdes–. En cualquiera de estos casos es fácil poner de relieve lo inapropiada que resulta la norma, y es así porque las normas, como las categorías dogmáticas que se construyen a partir de ellas, no están al margen de la realidad, o, dicho de forma más precisa, su realidad no es únicamente la voluntad del legislador, sino ésta en relación con el mundo regulado.

¿Cuál es, entonces, el criterio normativo utilizado? La referencia genérica a una regla social de juego no es suficiente, porque nada se dice de por qué sólo juegan algunos. La explicación más plausible es que sólo pueden jugar los que reúnan

(137) *PG I* (como nota 60), § 19, núm. 35, p. 808.

las condiciones para el juego, pero entonces, de nuevo, *deben poseerse* estas condiciones y no presumirse normativamente. Si se entiende que la capacidad de actuar de modo distinto es un presupuesto para jugar al juego de la responsabilidad, debe exigirse su comprobación. En las causas de ausencia de acción nadie suple las circunstancias del sujeto singular por las del hombre medio, ni nadie presume normativamente la capacidad de acción. Por el contrario, la aplicación de estas circunstancias se hace depender de la real presencia de circunstancias fácticas que impidan al sujeto operar de manera distinta a como lo hizo. En este caso la evidencia del argumento que trato de generalizar es tal que incluso el más normativista prescinde de su punto de partida. Una norma dirigida a una persona en coma es papel mojado y si aquí se presumiera normativamente la libertad habría que dudar de la cordura del que lo propusiera. ¿Por qué en los sujetos que la ley presume «culpables» la cosa se supone que es distinta?; ¿porque lo dice la ley? Si en una situación de ausencia de acción la ley predicara responsabilidad –afirmara normativamente que también una persona en coma es culpable–, no por ello cambiaría la realidad. La diferencia entre el inconsciente y el que consideramos responsable es que presuponemos –porque creemos que la realidad es así– que éste y no aquél tenía en sus manos la posibilidad de no haber infringido la norma. Por eso, y no por la pura decisión normativa, es por lo que establecemos diferencias los teóricos y las acoge el legislador como base de sus normas. Por eso no tendríamos ningún problema en mostrar lo absurdo de la norma de los ojos verdes o de la que definiera el límite de la inimputabilidad en la minoría de edad en los dos años. Claro que el legislador puede llamar responsables a los mayores de dos años e imputarles culpabilidad, pero es evidente que el significado de dicho término no tendría nada que ver con el que habitualmente usa la doctrina cuando se afana en determinar qué es la responsabilidad subjetiva.

En realidad quienes apelan a presunciones normativas en la culpabilidad no prescinden de la realidad, de lo ontológico. Simplemente se mantienen en la ontología del libre albedrío sin reconocerlo, o bien cambian una ontología –la reprochabilidad basada en el libre albedrío–, por otra –la posibilidad empírica de operar preventivamente sobre otro mediante la pena–. Con ello entroncan con la antigua tradición que, partiendo de la indemostrabilidad del libre albedrío, intenta seguir manteniendo la categoría culpabilidad anclada en otros presupuestos, o bien prescinde de ella y generalmente también de la pena en favor de un sistema monista de medidas de seguridad. Pero hay otra alternativa que no se resigna a prescindir de la libertad en un sentido real, y no meramente presumido, sino que trata de demostrar que puede ser compatible con la eventual verdad del determinismo.

Una teoría *compatibilista* es aquella que considera que la eventual verdad del determinismo en la actuación humana no amenaza el concepto de libertad que se encuentra en la base de la responsabilidad subjetiva. Esta forma de ver las cosas resulta, en una primera aproximación, sorprendente, y los autores incompatibilistas creen que definitivamente lo es; que una vez aceptado el determinismo no queda hueco para una acción libre. Y tienen razón, al menos si el concepto de libertad exigido es el que ellos propugnan. Una acción a la vez original, no necesariamente causada por hechos externos al sujeto, y determinada por el principio causal es sencillamente una contradicción en los términos. De ahí que los incompatibilistas libertarios nieguen el determinismo, incluso sin ofrecer nada a cambio, y los

incompatibilistas deterministas nieguen la libertad, pese a nuestra percepción interna de ella. Lo que propone el compatibilismo es, entonces, un concepto de libertad distinto, con menos exigencias que el de los libertarios, que sea a la vez compatible con la estructura del mundo, capaz de dar cuenta de nuestra percepción interna de libertad y de servir de soporte a la responsabilidad subjetiva, lo que coincide con los requisitos de solución del problema enunciados anteriormente. Creo que algunos planteamientos están en condiciones de cumplir las dos primeras exigencias, pero no la tercera, y en eso tienen razón los libertarios.

Si acerca de qué es el determinismo hay bastante acuerdo, pese a las protestas de algunos autores que afirman no saber bien cuál es la tesis determinista (138), menos acuerdo hay acerca de qué es la libertad, que supuestamente sirve de base a la responsabilidad moral o la culpabilidad. Las discrepancias en este punto provocan que tanto los que afirman su incompatibilidad con el determinismo como los que la niegan puedan estar a la vez en lo cierto: definida de una manera sería incompatible con el determinismo, pero de otra no. La cuestión es si cualquiera de estas formas de definir la libertad es capaz de dar pie a la responsabilidad moral.

El concepto de libertad manejado por los libertarios, que es a su vez el más generalizado en las percepciones intuitivas que tenemos acerca de nuestras propias acciones, puede definirse por medio del habitual recurso a la figura de un yo originador, con genuina capacidad de opción entre alternativas. La *originación* es la idea central de este concepto. Lo decisivo para la adscripción de responsabilidad, para imputar un hecho al autor, no es que su cuerpo haya intervenido causalmente en el hecho, ni siquiera que lo haya hecho de una manera voluntaria en el sentido limitado de que surja de sus propias motivaciones internas, sino que lo haya originado, que la cadena causal acabe en él. «Cuando consideramos a alguien moralmente responsable por una acción –afirma Susan Sauvé Meyer–, asumimos que la secuencia de causas que desembocan en la acción, en cierto sentido empieza en el agente» (139). Que en ocasiones tenemos ese sentimiento de originación y que muchas de nuestras actitudes vitales están condicionadas por este hecho, no debería ser dudoso (140). Este concepto de libre albedrío es el que refleja la idea de poder actuar de modo distinto en su significado más estricto, y en esta medida es totalmente incompatible con el determinismo. En esto tienen plena razón los incompatibilistas, y aquí reside una buena parte del problema examinado. Muchos autores creen que es precisamente esta concepción intuitiva la que de verdad importa, y que una responsabilidad moral privada de esta circunstancia no es sufi-

(138) Éste es precisamente el caso de STRAWSON, que empieza su conocido artículo con este reconocimiento. Sin embargo, nada después hace pensar que tenga dudas sobre el particular, y más bien parte de los mismos presupuestos que todo el mundo, por lo que su confesión más parece un recurso para captar la atención del lector que una genuina exposición de perplejidad –*Freedom and Resentment* (como en nota 67), p. 59–. En la misma línea, crítico con la posición de Austin, que también consideró que el determinismo es algo poco claro, WIGGINS –«Towards a Reasonable Libertarianism», en Ted Honderich (ed.), *Essays on Freedom of Action* Londres/Henley/Boston (Routledge & Kegan Paul, 1973), p. 36.

(139) *Aristotle on moral responsibility* (como en nota 53), cit., p. 149.

(140) Así HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 133 y ss. y pp. 137 y s., que estima que en realidad poseemos la percepción de las dos clases de libertad en disputa, el yo originador y el meramente voluntario.

ciente. Los compatibilistas creen, sin embargo, que un concepto menos exigente de libertad, compatible con la eventual verdad del determinismo, es suficiente para justificar la responsabilidad moral. Creo que sólo en parte tienen razón. De las ideas que normalmente asociamos al concepto de responsabilidad subjetiva, esta libertad aligerada permite explicar algunas, pero no todas, y aquéllas sólo bajo ciertas condiciones que no se dan siempre. Si no me equivoco, esto significa que debe completarse el modelo limitado de libertad con algún requisito adicional, y además deben reconocerse sus límites justificatorios.

La línea tradicional en el análisis de la libertad de los compatibilistas parte de Hobbes (141) y Hume (142) y se plasma en la conocida argumentación de G. E. Moore: «un agente *pudo* realizar una acción dada que no realizó siempre que sea cierto que pudo hacerla *si* lo hubiera elegido» (143). Con esta reformulación la responsabilidad no se hace ya depender de lo que alguien pudo realizar en un sentido absoluto, sino en el más limitado y condicional de «podría si lo hubiera elegido», lo que, según Moore, entraña una gran diferencia, ente otras cosas porque esto último puede darse perfectamente también en un mundo determinado. Con ello se distinguen dos significados de libertad: por un lado la libertad de acción, a la que, utilizando una expresión tradicional, también se ha denominado «libertad como espontaneidad», y por otro la libertad de elección o de voluntad, también llamada «libertad como indiferencia» (144).

Son muchas las críticas que ha merecido este planteamiento desde su formulación (145). El argumento central de todas ellas es que esta solución no hace más que retrasar el problema un paso (146). La acción es libre porque fue elegida por el agente, pero ¿fue éste libre *al elegirla*? Si se admite el principio causal, y al menos no negarlo es un presupuesto del compatibilismo, entonces resulta evidente que también los deseos y creencias internas del autor, que condicionan su elección, han

(141) *Leviatan* (Madrid: Tecnos, 1965), cap. XXI, pp. 180 y ss.

(142) «Of Liberty and Necessity», *Enquiry Concerning the Human Understanding*. En general sobre la evolución del compatibilismo, *vid.*, por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 125 y ss. En particular sobre Hume, v. RUSSELL, Paul, *Freedom and Moral Sentiment. Hume's Way of Naturalizing Responsibility* (Oxford University Press, Nueva York; Oxford, 1995).

(143) *Ethics* (Londres/Oxford/Nueva York: Oxford University Press, 1978; primera publicación, Clarendon Press, Oxford, 1912), *cit.*, p. 85.

(144) Distingue entre libertad de acción y de elección, VON WRIGHT, «Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 9. Utiliza la terminología clásica, entre otros, KENNY, *Will, Freedom and Power* (como en nota 70), pp. 122 y ss., al que sigue en este punto NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana* (como en nota 35), pp. 104 y ss.

(145) *Vid.*, por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 126 y ss., para las críticas más antiguas. La réplica clásica es la de John L. AUSTIN —«Sis y puedes», en *Ensayos filosóficos*. Compilación de J. O. Urmson y G. J. Warnock. Alianza. Madrid, 1989, pp. 193 a 215 [traducción de A. García Suárez del original inglés «Ifs and Cans», en *Philosophical Papers*. 2.^a ed., The Clarendon Press. Oxford, 1970 (inicialmente publicado en *Proceedings of the British Academy*, 1956)]—. Entre las modernas, a modo de ejemplo, VAN INWAGEN, «The Incompatibility of Free Will and Determinism», en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford University Press, Oxford, 1982), pp. 46 y ss.; RICHMANN, *God, Free Will, and Morality. Prolegomena to a Theory of Practical Reasoning* (D. Reidel, Dordrecht/Boston Lancaster, 1983), pp. 31 y ss.; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73, pp. 142 y ss.; WATSON, «Introduction» (como en nota 100), p. 3; CHISHOLM, «Human Freedom and the Self» (como en nota 32), p. 25.

(146) Así, expresamente, Von WRIGHT —«Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 9.

sido causadas por hechos precedentes sobre los que éste no ha tenido influencia posible, y no se ve entonces cómo se puede afirmar que es responsable de las acciones que tales deseos no imputables provocan. En palabras de Hospers, el sujeto «puede hacer lo que le plazca, pero no puede placerle lo que le plazca» (147). Se trata de una situación inversa a la de la *actio libera in causa*. Aquí habrá más bien una *actio serva in causa*.

Creo que es conveniente insistir aquí en una idea ya apuntada, que es la tendencia de los compatibilistas a despojar al determinismo, o si se prefiere al principio causal, de una parte de su ominosa carga, algo que se hace presente en la argumentación criticada. Frente a ello debe recordarse que todo lo sometido al principio causal no puede haber sido de manera distinta a como fue en el sentido más fuerte que admite esta expresión. Fijadas las condiciones iniciales –entre las que se encuentra el propio pensamiento consciente del sujeto– las cosas suceden necesariamente y no hay campo para la contingencia (salvo los fenómenos indeterminados cuánticos que ni operan en el nivel macroscópico, ni sirven para fundamentar la responsabilidad del agente por su carácter azaroso). La referencia a los actos voluntarios del sujeto es, entonces, insuficiente para justificar la responsabilidad. Si verdaderamente ésta depende de la posibilidad de actuar de manera distinta, la interpretación hipotética del poder defendida por los compatibilistas no sirve: el hecho hubiera sido distinto si el sujeto lo hubiese querido, pero no podía quererlo, por lo que el resultado final está tan definido en el bloque de hierro como aquel en el que directamente falta la propia libertad de acción.

El concepto de libertad que necesitamos es otro. Una libertad que sirva de base a la responsabilidad personal y que a la vez sea compatible con la estructura causal de la realidad no puede basarse en una capacidad de actuar de manera distinta, que es sencillamente contradictoria con esta estructura. Pero, ¿es imaginable tal cosa? Los incompatibilistas creen que no. Piensan que sólo un concepto de libertad original, no causalmente condicionado por sus antecedentes externos permite fundar la responsabilidad subjetiva, pero ya hemos visto que ninguno de los intentos realizados ha podido ofrecer ni siquiera un atisbo de explicación científica de ese extraño fenómeno, sin relación aparente con ninguno de los otros hechos con los que está acostumbrada a tratar la ciencia, y además hay razones para pensar que tal explicación es imposible, que no hay vía intermedia entre el azar y la causalidad.

Frente a ello no es extraño que algunos autores incompatibilistas hayan acogido con militancia (148) la otra alternativa del incompatibilismo que todavía no hemos examinado: la negación de la libertad y, consecuentemente de la responsabilidad subjetiva entendida al modo tradicional, lo que en ocasiones se ha denominado *determinismo duro* por oposición al de los compatibilistas que sería un determinismo blando. Esta posición admite dos variantes, una extrema, que elimina por completo la idea de responsabilidad subjetiva o culpabilidad, y otra más limitada, que la mantiene pero con un fundamento ajeno a la libertad como puede

(147) *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit., p. 414. Similar VON WRIGHT, «Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 2

(148) Como lo ha descrito plásticamente WEATHERFORD, para muchos autores que defienden esta posición, «si la libertad de voluntad es incompatible con el determinismo, tanto peor para la libertad». *The Implications of Determinism* (como en nota 73), cit., p. 93.

ser su utilidad desde un punto de vista preventivo. Es en derecho penal donde más importancia han adquirido estas ideas, sobre todo la segunda.

La supresión de la culpabilidad como fundamento de la pena ha aparecido esporádicamente en la doctrina penal y filosófica. En la tradición continental suele citarse el caso de la Escuela Positiva italiana de principios de siglo, cuyos autores más significativos fueron Lombroso, Garófalo, y Ferri. Sobre la base de una crítica frontal al libre albedrío, propusieron un derecho penal puramente preventivo basado en la peligrosidad criminal del autor, en el que la responsabilidad personal desaparece en favor de una responsabilidad social. En la práctica ello suponía la desaparición o desnaturalización de la figura tradicional de la pena que pasaba a fundirse dentro de la categoría genérica de las medidas de seguridad (149). En el mundo anglonorteamericano una de las referencias habituales es la posición de Barbara Wooton, contraria al concepto de culpabilidad (150). En España uno de los autores más significados en esta línea fue, sin duda, Dorado Montero (151), muy influenciado por la escuela positiva italiana. Este autor pertenece a una tradición que no se puede decir que goce hoy de grandes simpatías, pero cuyos puntos de vista merecen atención porque enlazan con la idea de justicia en la distribución. Es la línea en la que destacan autores históricos tan sintomáticos como el barón Holbach (152) o Darrow (153). Para todos ellos el delito no es la obra de una persona que en uso de una libre capacidad de acción opta por realizar el delito, sino el efecto determinado de circunstancias sociales y naturales que le abocan al crimen. El delincuente, como diría Dorado, es «un individuo débil, débil de cuerpo o de espíritu, o de ambas cosas, y por tal motivo necesitado de fortalecimiento y ayuda» (154). Frente a actos de tales personas la mejor solución no es la represiva, sino la reforma social y el tratamiento del delincuente. «El juez severo, adusto y temible debe desaparecer, para dejar el puesto al médico cariñoso y entendido (y por entendido, precisamente indulgente: *tout comprendre c'est tout pardonner*), al médico, a la vez del cuerpo y del alma, cuya única preocupación consistirá en levantar al caído y ayudar al menesteroso» (155).

Casi no hace falta insistir en la ingenuidad que entraña un planteamiento como el de Dorado. Pero merece la pena rescatar de su pensamiento y del de los demás autores

(149) Sobre la Escuela Positiva, *vid.*, entre otros, SAINZ CANTERO, *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución* (Bosch Barcelona, Barcelona, 1970 (reimpresión: Bosch, 1977, por la que se cita), pp. 78 y ss.; ROSS, *Colpa, responsabilità e pena* (como en nota 2), pp. 205 y ss. «The Campaign against Punishment» (como en nota 57), pp. 114 y ss.; L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), pp. 562 y ss.

(150) Sobre ello, ROSS, *Colpa, responsabilità e pena* (como en nota 2), pp. 211 y ss. «The Campaign against Punishment» (como en nota 57), pp. 116 y ss.; HART, *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 178 y ss. y esp. 193 y ss.

(151) *Vid.*, por ejemplo, *Bases para un nuevo derecho penal* (Barcelona: Sucesores de Manuel Soler), pp. 74 y ss. Sobre Dorado Montero, v. ONECA, *La utopía penal de Dorado Montero* (Universidad de Salamanca, Salamanca, 1951); CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General, I: Introducción*. 5.^a ed. (Tecnos, Madrid, 1996), pp. 95 y ss. y la bibliografía allí citada.

(152) Referencias en WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 91 y ss.

(153) *Vid.* WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 96 y ss.

(154) *Bases para un nuevo derecho penal* (como en nota 151), cit., p. 76

(155) *Bases para un nuevo derecho penal* (como en nota 151), cit., p. 79.

próximos, la idea de que no se puede cerrar los ojos a la evidencia que conecta de manera constante la criminalidad a condiciones sociales de marginación, a abusos sufridos en la infancia, a la ausencia de un medio familiar y social donde poder crecer como persona. La visión del hombre libre y responsable que alimenta muchas de las tesis libertarias resulta no sólo científicamente falsa, sino que es además injusta porque olvida la relación entre delito y condiciones iniciales injustas en el reparto de los bienes, y no sólo patrimoniales, sino de salud, afecto, educación, etc. Ello enlaza con la posición de algunos defensores modernos del determinismo, que han destacado las ventajas de este planteamiento desde un punto de vista humanístico (156), frente a la habitual visión catastrófica que se ofrece de él desde posiciones libertarias. Creo que este aspecto del problema debe tener relevancia en el concepto de responsabilidad subjetiva que tratamos de encontrar. Un reproche sustentado sobre la genuina capacidad de actuar de manera distinta no puede mantenerse en sus mismos términos cuando ésta cae, arrastrada por la irrealidad de los planteamientos libertarios y la incapacidad de los compatibilistas para rellenar el hueco.

Pero los planteamientos deterministas fuertes (incompatibilistas) que estamos examinando no pueden ser tampoco la solución. Puede que haya algún error en nuestra visión del mundo –y creo que lo hay en la originación–, pero no puede ser todo un error. No parece que la solución al problema sea prescindir de la filosofía moral, que sería el último escalón de dicha vía. En alguna medida estas posiciones acaban traicionando sus propios presupuestos. Pese a tomar como punto de partida el escrupuloso respeto a la realidad y a lo que de ella nos dice la ciencia, acaban prescindiendo por completo de una parte esencial de dicha realidad. La capacidad de actuar de manera distinta puede ser una ilusión común entre las personas, pero un dato que no puede sortearse es el indudable hecho de que las relaciones interpersonales, toda la estructura social, e incluso las relaciones individuales de cada uno consigo mismo, están cortadas a la medida de este sentimiento. El hombre se ve a sí mismo no como un mecanismo, sino como un agente moral, capaz de responsabilidad. Suponer, entonces, que racionalmente deberíamos prescindir de aquello que nos define como seres racionales no parece una solución acertada. Ha sido sin duda Strawson quien mejor ha utilizado esta argumentación. En su opinión, no es posible ni razonable suprimir las actitudes reactivas inter o intrapersonales basadas en la percepción del otro o de uno mismo como ser responsable por actitudes neutras, objetivas, como las que adoptamos frente a desgracias naturales, a comportamientos de animales, o incluso ante hechos de personas inimputables. Quienes prescinden de las actitudes morales «sobrintelectualizan» sus posiciones cayendo en un «empirismo incompleto» o «utilitarismo tuerto» (157).

(156) V., por ejemplo, WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 220 y ss. y 236 y ss. Destaca la relación entre estas tesis y los sentimientos de compasión por la víctima. SIDNEY HOOK, «Necessity, Indeterminism, and Sentimentalism», en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism* (Nueva York/Londres: Harper & Row, 1966), p. 48 y ss.

(157) *Freedom and Resentment* (como en nota 67), pp. 78 y s. Aunque la acusación de Strawson en este caso es contra los compatibilistas –que él denomina optimistas– que creen que puede prescindirse del concepto de originación sin consecuencias, puede aplicarse también contra los deterministas fuertes que llevan ese planteamiento al extremo prescindiendo de cualquier referencia a la libertad.

Es en general contra todos quienes creen que puede prescindirse de la capacidad de actuar de modo distinto.

Esta réplica puede aplicarse también a quienes defienden una versión menos radical acerca de la desaparición de la culpabilidad. En un artículo ya clásico, Gimbernat Ordeig ha defendido desde un planteamiento determinista la necesidad de desvincular por completo la culpabilidad de la capacidad de actuar de otro modo. En su opinión, ello no entraña suprimir las circunstancias subjetivas que hoy integran el juicio de culpabilidad, que podrían perfectamente mantenerse desde una óptica puramente preventiva (158). Esta observación es, en lo sustancial correcta, pero no deja de plantear algunas dudas para los casos límite. Ya vimos que la concurrencia de los elementos de la culpabilidad es un requisito esencial de la capacidad directiva de las normas de conducta, pero apelar sólo a la prevención parece dejar siempre una puerta abierta a medidas sancionadoras que sin duda son preventivamente eficaces, y sin embargo completamente injustificables. Por ejemplo, no sería del todo irracional amenazar con una sanción penal a una persona inocente para así conseguir amedrentar a un tercero que fuera, por ejemplo, familiar próximo de aquél. En este caso la pena no serviría para nada respecto del castigado, pero sí respecto del posible delincuente. Naturalmente podría contestarse que la responsabilidad penal es personal, que sólo puede aplicarse a quien ha cometido un delito, que debe siempre respetarse la dignidad de la persona, pero lo difícil es justificar estas afirmaciones sin acudir a algún tipo de argumentación moral, que también podría verse afectada por la posible verdad del determinismo (159).

Pero incluso si llegásemos a la conclusión de que el determinismo no impide afirmar la dignidad ni otros valores morales, aunque sí dejaría fuera la posibilidad de actuar de manera distinta –y efectivamente creo que esto es posible– hay otra objeción contra los planteamientos preventivos que me parece difícil de sortear, y es que acaban cayendo en lo que más arriba denominé «dilema de Hold von Ferneck» (160). Si admitimos, con Gimbernat, que los requisitos de la culpabilidad son exigibles porque en su ausencia no es posible la motivación normativa, entonces en un mundo determinado la comisión de un delito es la prueba incontrovertible de que concurre una causa de exclusión de la responsabilidad porque el sujeto no era en el caso concreto motivable. En un mundo determinado el que es motivable en el caso concreto por la norma se motiva, y si no lo hace es porque no es motivable. Claro está que si se aceptara esta conclusión el efecto preventivo de la pena desaparecería, y por eso resulta evidente que en estos casos no puede renunciarse al castigo, pero la objeción de fondo contra el planteamiento teórico subsiste: si lo decisivo es la motivación, ¿por qué se sanciona a quien cometió un delito siendo inmotivable? La respuesta sólo puede ser «para que sea motivable en el futuro», pero ello entraña la sustitución del principio de culpabilidad –sólo se responde por el hecho cometido culpablemente– por el principio de peligrosidad, que es precisamente lo que se trataba de evitar.

Un último argumento contra estas teorías, que ya ha sido suficientemente destacado, es que no ofrecen una justificación de la desequilibrada distribución de

(158) «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?» (como en nota 41), pp. 151 y ss.

(159) Esta es una de las críticas que HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR esgrime contra el planteamiento de Gimbernat –«Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), p. 567–.

(160) *Supra* notas 63 y 64.

males que entraña la pena. Renuncian al libre albedrío, en el que se basaba la justificación por merecimiento, y no lo sustituyen por ningún otro criterio distributivo (161).

2. Hacia una solución ecléctica

Estamos ya en condiciones de plantear si es posible una concepción de la responsabilidad subjetiva que responda a los criterios antes enunciados: que sea compatible con el estado actual de la ciencia; que pueda explicar la existencia cierta de actitudes morales y que a la vez permita justificar la imposición de medidas de responsabilidad jurídica. El punto de partida debe ser, entonces, situar la responsabilidad en el marco de la visión científica del mundo.

¿Cómo se presenta la acción humana desde una perspectiva científica? El análisis realizado muestra ante todo el fracaso de las teorías libertarias a la hora de encontrar un apoyo empírico a su concepto de libertad basada en una capacidad originaria –no causada a su vez– de elección. No se ha descubierto hasta ahora ni parece posible que exista un fenómeno indeterminista que pueda dar cuenta de la capacidad libre de actuar de manera distinta, y que no sea ni puramente azaroso ni externamente causado.

La alternativa es, entonces, la que hoy mayoritariamente ofrece la ciencia: un mundo con una altísima dosis de determinación –de sometimiento al principio causal–, y con ciertos fenómenos indeterministas azarosos que operan en el nivel subatómico y que son expresables mediante leyes estadísticas.

Esta visión de las cosas plantea el problema de la responsabilidad en toda su crudeza. Si el mundo está plenamente determinado, entonces es como lo describió Laplace, y nada pudo ser de manera distinta a como fue. Y esta afirmación seguiría siendo válida aunque una figura como el demonio o dios de Laplace no sea empíricamente posible. Si, como hoy se acepta, hay un cierto grado de indeterminismo, ello sólo nos ahorra una parte de la visión más amenazante del determinismo, la imagen del bloque de hierro único cuyas infinitas manifestaciones a lo largo del tiempo estaban ya contenidas en el momento inicial del universo; pero no nos evita la otra imagen, que es la que verdaderamente nos preocupa: la de una acción humana plenamente determinada por sus antecedentes y sólo eventualmente modificada por la contingente presencia de un fenómeno cuántico, sobre el que el propio sujeto carece también de influencia.

Si aplicamos estas conclusiones a la pregunta de si cabe actuar de manera distinta, la respuesta sólo puede ser negativa. En un mundo plenamente sometido al principio causal *nada*, y tampoco la acción humana, pudo ser de manera distinta a como fue. Y en un mundo en el que se combinen transformaciones sometidas al principio causal y otras dependientes del azar, este último factor introduce la contingencia, por lo que algunas cosas en principio podrían ser distintas a como han sido, pero, por un lado, siempre dentro del estrechísimo marco que predice la física –determinismo prácticamente total en el nivel macroscópico debido a la regulari-

(161) Muy claro en este sentido, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 363 y s.

dad estadística de los procesos indeterministas—, y por otro, y esto es decisivo, de manera puramente azarosa y no sobre la base de una decisión del agente que permita imputarle responsabilidad.

Si no me equivoco, estamos en el punto en el que ya muchos consideran que no hay nada que hacer. Que la responsabilidad que pueda construirse sobre estos presupuestos no es suficiente. Los autores compatibilistas no están de acuerdo, pero no siempre plantean las cosas de manera tan clara. Algunas soluciones resultan calculadamente ambiguas para, por un lado aparecer como científicas —así que no niegan el determinismo o cuasideterminismo— pero por otro lado no cerrar por completo las puertas a la capacidad de actuar de modo distinto —así que usan un concepto de libertad de acción, independiente de la libertad de voluntad, en la que parece todavía apuntarse la existencia de alternativas—. Creo que esta actitud es incorrecta y no sirve más que para alentar posiciones metafísicas inconstruibles, como las que yacen bajo la mayor parte de las propuestas libertarias.

Aceptado este estado de cosas, resulta evidente que tenemos una percepción de nuestras acciones que no es exactamente la descrita. Es cierto que tampoco nos engañamos ingenuamente [en toda sociedad y época —en algunas culturas más que en otras— se encuentran referencias a la idea de que las cosas son de la única forma que podían ser (162)], pero con carácter general percibimos que ciertas opciones están abiertas, que podemos hacer X o Y, y el determinismo parece decirnos que no, que todo está escrito de antemano. Algunos autores deterministas, como Hospers, han mostrado que la creencia en el determinismo no supone caer en el fatalismo (163), y, como veremos, es cierto si se interpreta adecuadamente, pero hay que reconocer que en una primera aproximación parece favorecer esa actitud vital (164).

¿Cómo podemos compaginar la estructura causal de nuestros actos que nos sugiere la ciencia con la percepción interna de libertad que está en la base de nuestras actitudes morales? Creo que hay al menos dos maneras: la primera sería considerar que, como en tantas otras cosas, nuestra percepción es errónea, lo que plantea el problema de qué actitud deberíamos tomar entonces, en cuanto seres racionales, una vez descubierto el error; la segunda consistiría en desarrollar una teoría empírica de la libertad. Esta segunda me parece la perspectiva más fructífera, y es la que trataré de esbozar una vez descartada la primera.

– ¿Es la libertad un error de percepción?

Si la percepción que tenemos de nuestras acciones es que pueden operar como genuinas causas originales, completamente independientes (al menos en un cierto margen) de antecedentes causales, entonces es cierto que incurrimos en un error, porque lo que nos dice la ciencia es que la realidad no es así. ¿Cabría entonces pensar en una modificación de nuestras actitudes una vez conocida la falsedad de las creencias? Aun cuando ésta fuera efectivamente nuestra percepción de libertad, la conclusión no tendría por qué ser la renuncia a ella por su incompatibilidad con la ciencia. En primer lugar, es posible que esta renuncia sea imposible. La percep-

(162) Actitud que suele asociarse al fatalismo, a su vez conectado al determinismo lógico.

(163) *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 74), pp. 402 y ss.

(164) S. HOOK, llega a plantear si es concebible un determinista que no sea a la vez fatalista —«Necessity, Indeterminism, and Sentimentalism» (como en nota 156), p. 50.

ción de libertad es seguramente tan antigua como el pensamiento consciente, y tan arraigada en nuestra forma de ser que muy probablemente ningún argumento racional pueda sobreponerse a su impronta natural (165). Pero, como ha indicado Strawson, esta objeción basada en lo que probablemente ocurra no evita preguntarse por la actitud racional a tomar frente a ello. El propio autor responde, sin embargo, que difícilmente puede estimarse racional en el marco de nuestra concepción de la vida prescindir de las relaciones interpersonales que son parte esencial de dicho marco (166). Creo, sin embargo, que esta salida sólo sería correcta desde el punto de vista de la racionalidad si pudiera demostrarse que efectivamente se trata de un error fructífero, y la cuestión es discutible.

Normalmente, tener un mejor conocimiento de la realidad es una ventaja más que un inconveniente —en eso se basa el avance científico—, pero cabe pensar en situaciones en las que la ignorancia de un hecho amenazante pueda favorecer ciertas actitudes positivas que no se darían si el sujeto fuera consciente de la realidad. Casos como ocultar su enfermedad a un enfermo terminal están en la mente de todos. Creo, sin embargo, que éste no puede ser el caso en la libertad. En primer lugar, ya resultaría difícil decidir qué plan seguir para promover la ceguera colectiva en torno a esta cuestión y justificarla «moralmente». El mismo planteamiento de la cuestión muestra lo irreal de la hipótesis. Pero es que, además, el progresivo avance de la ciencia, y la reafirmación del principio causal que ello implica, haría inútil cualquier esfuerzo en esa línea. De hecho, de cuando Strawson escribió su artículo al momento actual se han sucedido espectaculares avances en el conocimiento del cerebro, en el desarrollo de programas de inteligencia artificial y en la decodificación de las bases genéticas de nuestra existencia, y es de esperar que haya más.

Pero, con todo, esto serían cuestiones secundarias. El principal argumento contra una eventual política de venda en los ojos es de orden ético y jurídico. La afirmación de la libertad originaria del hombre no sólo tiene efectos positivos, sino también negativos. Tomando como base esa libertad se exige responsabilidad jurídica a quien ha cometido un hecho ilícito. Sí resultara falso el presupuesto, sería inmoral imponer la consecuencia. La responsabilidad jurídica quedaría desprovista del criterio legitimador que permite una imposición tan desequilibrada de males (167).

Creo, sin embargo, que las objeciones pueden sortearse admitiendo que el concepto de libertad que sentimos real no es necesariamente el de una originación incondicionada y no entraña un error, o al menos no del tipo que deba preocuparnos.

– Hacia una teoría empírica de la libertad.

No se trata aquí, como es lógico, de desarrollar una teoría ni siquiera parcial de los presupuestos psicofísicos que permitirían explicar la libertad desde un punto de vista científico (168). No sólo desbordaría con mucho el alcance de este trabajo y

(165) En este sentido, muy claramente, STRAWSON, *Freedom and Resentment* (como en nota 67), p. 68; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 89.

(166) *Freedom and Resentment*, p. 70.

(167) En este sentido, SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 133

(168) Sobre ello, por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), esp. caps. 3 a 5; JOHNSON-LAIRD, P. N., *El ordenador y la mente* (Paidós, 2000, Barcelona; traducción

de mis conocimientos, sino que ni siquiera existe todavía algo que pudiera considerarse como una teoría global del pensamiento consciente y de la libertad. Existen aportaciones parciales de diversas ciencias, pero todavía hoy sufrimos importantes lagunas a la hora de explicar cómo funciona el cerebro, en el que reside nuestro pensamiento consciente. Admito, sin embargo, que pese a estas lagunas, es correcto el postulado central empirista de que nuestro pensamiento consciente y todo lo que lleva aparejado (incluida la percepción de libertad), son el resultado de la actividad físico-química de un cerebro que interactúa con el mundo, y de nada más. No hay, por tanto, una dualidad cartesiana mente-cuerpo. Admito también que se trata de fenómenos cuya aparición es explicable de acuerdo a los postulados básicos de la teoría de la evolución. Esta ubicación de lo mental en lo físico permite situar la actividad del hombre de forma plena en el marco de la ciencia, sin necesidad de acudir a instancias metafísicas que marquen una barrera en torno a nuestra especie, tentación que siempre está presente en esta materia.

Con estos presupuestos, mi propósito ahora es mucho más limitado. Se trata sólo de situar el problema de la aparente incompatibilidad entre estructura del mundo y libertad en un marco que nos permita justificar o descartar la responsabilidad personal, lo que resulta imprescindible a su vez para legitimar la imposición de consecuencias lesivas. En esta línea, creo que un enfoque fructífero para empezar puede ser la distinción entre dos posibles *perspectivas* que cabe adoptar frente al mundo circundante en el que rige (de manera completa o parcial) el principio causal: una es la perspectiva externa de quien contempla el mundo desde fuera, sin intervenir en él; otra es la perspectiva de un sujeto que interviene activamente en el mundo, que es parte causal del mismo. Intentaré defender tres ideas: *a*) en primer lugar, que nuestra percepción de libertad es una consecuencia necesaria de la perspectiva interna, esto es, es la posición que adoptaría un ser consciente y activo dentro de un sistema causal (y, por tanto, la *sensación* de libertad es plenamente conciliable con una estructura regida por el principio causal); *b*) en segundo lugar, que esta perspectiva no es, al menos en uno de los enfoques posibles, errónea (lo que contradice un postulado central del fatalismo), y a la vez resulta extraordinariamente fructífera para crear sociedades complejas, siendo una muestra refinada de adaptación al medio; *c*) por último, que tomando como base dicha libertad se puede justificar una responsabilidad subjetiva no tan amplia como querrían los libertarios, pero sí suficiente para legitimar la responsabilidad jurídica siempre que se introduzcan ciertos criterios correctores.

A) LIBERTAD Y PERSPECTIVA INTERNA

En un momento anterior de este trabajo quedó apuntada la relación paradójica que se da entre determinismo y causalidad. El carácter paradójico procede de que precisamente la vinculación causal, conforme a leyes, entre acontecimientos es la característica que define un sistema determinado, pero a la vez en tal sistema todo está intrínsecamente relacionado con todo lo demás —de aquí el símil del bloque de hierro— por lo que la distinción entre causas y efectos parece resultar caprichosa.

de Alfonso Medina y revisión de J. A. García Madruga del original en inglés, *The Computer and the Mind: An Introduction to Cognitive Science*, Fontana Press, Londres, 1993, pp. 333 y ss.

La paradoja se resuelve pasando de la perspectiva externa de quien contempla idealmente desde fuera un sistema determinado, a la interna de quien se encuentra inmerso en él y sometido a la dimensión temporal (169). Cuando el mundo determinado se examina desde dentro del propio sistema [en sentido estricto, ésta es la única posibilidad real (170)] por un observador interno que además tiene capacidad de influir en la realidad (171) y que tiene una dimensión temporal, la expresión en términos de causalidad vuelve a adquirir sentido para él. La observación de regularidades en el suceder de los acontecimientos le permite inducir leyes causales que pueden proyectarse sobre acontecimientos venideros y así sirven para predecir el futuro con un cierto grado de probabilidad, lo que a su vez condiciona el propio comportamiento del espectador (172). Lo que desde una perspectiva externa, atemporal, es un bloque cerrado de materia que cambia de forma, en el que se pueden individualizar sucesos, pero siempre conectados indefectiblemente

(169) Hay otro factor que puede favorecer la paradójica relación entre causalidad y determinismo, que es el doble significado del término causalidad en su evolución histórica. Aunque hoy predomina un concepto de causalidad ligado a la conexión entre acontecimientos conforme a leyes naturales, en el que cuenta como causa de un hecho el conjunto de todas sus condiciones previas, lo cierto es que originalmente el término se utilizó para designar sólo las condiciones originarias, en las que no cabe remontarse a un momento anterior. Como tales condiciones originarias son incompatibles con un modelo determinista, que responde a la estructura de un bloque macizo, la paradoja está servida. Sobre este concepto de causalidad y su vinculación con la responsabilidad subjetiva véase, por ejemplo, JOERDEN *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), pp. 16 y ss. y 30 y ss. Sumamente interesante sigue siendo el clásico trabajo de KELSEN «La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución», en *La idea del derecho natural y otros ensayos* (Editora Nacional, México, 1979), pp. 53-112.

(170) Por definición, un sistema plenamente determinado es aquel que no puede ser modificado, y ello entraña que nada externo puede tener influencia alguna sobre él, ya que, en caso contrario, si el elemento «externo» estuviera a su vez completamente determinado, dejaría de ser externo para integrarse en el propio sistema como uno más de sus elementos, y si no lo estuviera – ésta parece ser la situación de la «inteligencia» de Laplace –, entonces puede suceder que tenga capacidad de intervención en el sistema, o que sea un mero observador. En el primer caso, automáticamente dejaría de existir un sistema determinado, en la medida en que la posible, pero no necesaria, intervención externa convierte el sistema en contingente (tendríamos entonces un sistema parcialmente indeterminado); en el segundo caso, un hipotético observador sin capacidad de intervención, y por ello ajeno al sistema, plantea a su vez dos tipos de problemas: su naturaleza y la naturaleza de sus conocimientos sobre el sistema. En cuanto a lo primero, tal sujeto externo sólo podría ser un ente metafísico, lo que inmediatamente le aleja de nuestro interés empírico. Cualquier sujeto (físico) que pueda observar un sistema físico es a la vez parte de dicho sistema, en la medida en que la observación entraña transferencia de energía y ésta constituye un elemento esencial en la definición de pertenencia a un sistema. Desde el punto de vista físico, un sistema estrictamente determinado constituye, por definición, un mundo independiente, sin conexiones con otros eventuales sistemas o mundos, por lo que la «inteligencia» de Laplace sólo podría ser, como acertadamente se la ha caracterizado, un dios o un demonio en el sentido metafísico de ambos términos. Lo mismo sucede con la naturaleza del conocimiento de dicho ser: sólo puede consistir en algún tipo de conocimiento metafísico que no entrañe alteración del sistema «observado». Por ello, debe ser un conocimiento *a priori* y no obtenido a partir de la observación o experimentación sobre el sistema.

(171) En sentido estricto esto es una redundancia ya que, como vimos en la nota anterior, no es físicamente posible un mero observador no participante, ni externo ni interno. Lo que sí es posible –en realidad es lo habitual– es un espectador interno con capacidad limitada de acción, esto es, que pueda interferir en menos acontecimientos de los que pueda percibir.

(172) Y este proceso no tiene porque ser consciente. También los animales aprenden del pasado por ensayo y error y modifican su comportamiento en virtud de lo aprendido. Esta capacidad de extraer regularidades al observar la realidad, impuesta por la evolución, ha resultado decisiva para el desarrollo y supervivencia de los seres vivos más complejos.

con el resto de fenómenos, examinado en una dimensión temporal son hechos que condicionan la existencia posterior de otros hechos, y cuya manipulación por el agente interno *conforma* la realidad. Ello no quiere decir que la actuación del sujeto no sea a su vez un efecto de anteriores causas. De hecho, la perspectiva externa muestra que, piense lo que piense el autor, en un sistema causal esto es siempre así, al menos para la parte de la realidad sometida a dicho principio. Pero a la vez es cierto que él se convierte en eslabón causal de la cadena y ello provoca efectos cuando entra en acción la conciencia. Igual que la causalidad sólo adquiere sentido desde una perspectiva interna, lo mismo pasa con la libertad o con el deber.

Como estamos interesados en el análisis de la elección responsable, podemos tomar como punto de partida una situación hipotética en la que haya una alternativa entre dos acontecimientos X o Y, ambos lógicamente posibles, en un mundo rígido por el principio causal y que va adquiriendo niveles crecientes de complejidad. Creo que podrían distinguirse al menos cuatro niveles, y en cada uno es preciso examinar las perspectivas externa e interna.

– Un primer nivel sería el de una realidad compuesta por materia inanimada, que además ni siquiera puede singularizarse como entes independientes. En este nivel sólo operan factores causales externos que provocan el resultado X o Y de manera necesaria (o bien azarosa si el proceso está sometido a indeterminación cuántica). Para un observador externo la predicción es posible a partir del conocimiento de las condiciones iniciales y de las leyes causales de transformación. Perspectiva interna no existe, como es obvio.

– Un segundo nivel aparecería con la presencia de seres independientes, animados o no, que interaccionan con el ambiente y a la vez responden a sus propios estímulos o mecanismos internos. En este caso la situación es muy similar a la anterior. La única diferencia relevante es que entra en juego una dimensión interna que de alguna manera define al propio ser, y que se suma al resto de factores ambientales. El observador externo necesita conocer ambos grupos de factores para poder hacer una predicción causal fiable, y ello puede volverse más complicado según aumente la complejidad del organismo actuante, pero en principio es algo posible. Tampoco aquí hay observadores internos.

– Un tercer nivel se corresponde con la presencia de seres conscientes, una parte de cuyas actividades son acciones explicables en términos de razones. En este caso son ya tres los factores a tener en cuenta para cualquier predicción: los ambientales ajenos al sujeto, los internos de éste pero no conscientes, y por último los internos conscientes que además ejercen el control último en ciertas actividades. En este nivel surge por primera vez la perspectiva interna, el yo. El mismo sujeto que opera causalmente, goza de conciencia para percibir su propia actividad. Pero por ahora es una intervención limitada en su alcance, que no abarca la reflexión del sujeto sobre su propio proceso decisorio. Sin embargo, ya en este nivel puede darse una primera explicación a la habitual percepción de libertad que sentimos. Esta percepción es el resultado de la combinación de dos factores: por un lado la conciencia, y por otro la capacidad de intervención física sobre la realidad a impulsos de factores internos al sujeto (propósitos, intenciones, deseos, etc.) de antecedente causal no explícito. Si el sujeto no es capaz de ver los antecedentes causales de sus motivaciones internas se sentirá libre, pero su hecho no dejará por ello de estar externamente condicionado.

Para un espectador externo, predecir la elección se vuelve más difícil, porque tiene que barajar más factores, pero en principio no es imposible. Además de la situación externa y la interna no consciente, deberá conocer todas las motivaciones internas conscientes del autor –todas sus posibles razones para la acción– y el orden de preferencia que resuelve los posibles conflictos. La existencia de razones dominantes para X o Y inclinará la balanza en uno u otro sentido.

– El cuarto nivel surge cuando el sujeto elabora conscientemente su elección con autoreferencia a la propia elección. Igual que el sujeto adquiere conciencia de sus deseos o intereses internos y reflexiona sobre ellos, puede a su vez reflexionar sobre la propia elección. Se produce entonces un efecto de retroalimentación en la deliberación que puede llevar a provocar un bucle, paralizando la toma de decisión del autor. Ello se debe a que el centro nervioso que controla la resolución última que precede a la activación motora, y que procesa las diferentes razones que afectan al sujeto –impulsos primarios, deseos, intereses, valores–, puede referirse a su propia decisión, convirtiéndola en una razón (de segundo nivel) más para actuar. La confluencia de esta nueva razón de segundo grado con las precedentes provoca una nueva decisión que a su vez puede de nuevo reintegrarse como razón de tercer orden, etc. Este bucle, que generaría la incapacidad de decisión del autor, puede ser cortado mediante el recurso a un auxilio externo –tirar una moneda, por ejemplo– o mediante un procedimiento interno que ponga fin a la retroalimentación –un limitador de ciclos, o incluso un dispositivo aleatorio interno–, y que a su vez no pueda ser conocido por la conciencia porque en ese caso se reintegraría también en el proceso de decisión.

En este nivel la perspectiva interna adquiere complicaciones añadidas. Por ejemplo, ¿podría el sujeto predecir su propio comportamiento? Atendiendo al proceso de retroalimentación examinado, parece que es imposible, ya que cualquier predicción sobre la acción a tomar crea automáticamente las condiciones para cambiarla. Si no me equivoco, ello crea de manera natural la percepción de libertad, de no estar necesariamente sujeto. Y es importante destacar que desde la perspectiva interna del autor, y a diferencia de lo que sucedía en el caso anterior (173), aquí *no* se trata de un error en la percepción acerca de la propia capacidad de acción, sino que *para él* la elección no puede estar determinada. La conciencia introduce un elemento causal de segundo orden –la reflexión sobre el propio proceso de decisión–, y con ello una elección *externamente* necesaria se convierte en *internamente* contingente. Cuando se combina la situación de indeterminación descrita en el nivel anterior con la de éste se produce en toda su extensión el fenómeno de la percepción de libertad, como *perspectiva interna de sus actos que tiene el ser consciente que actúa a impulsos de factores internos de antecedente causal no explícito y que a la vez reflexiona sobre su elección*.

¿Qué sucede en este último caso con la perspectiva externa?; ¿puede predecirse la actuación del sujeto? Si estamos en un mundo determinado, sea cual sea la perspectiva interna, el hecho es teóricamente predecible. Pero en este caso el espectador externo deberá conocer no sólo los factores ambientales y los internos conscientes o inconscientes del autor, sino también el sistema de corte del bucle

(173) En realidad el caso tercero es más una hipótesis de trabajo que un caso real ya que la conciencia sobre la elección no es algo añadido y posterior a la conciencia sobre otras razones internas, sino que va unida directamente a ellas.

que permite la acción. Naturalmente si este consistiera en un mecanismo activado por procesos físicos indeterministas la predicción sería imposible.

El contraste entre las perspectivas interna y externa puede ser esclarecedor para distintos problemas (174), y especialmente para las dos cuestiones que nos quedan por ver: por un lado el papel que ha cumplido la percepción de libertad en nuestro desarrollo como personas y la eventual amenaza que supondría la creencia en el determinismo; por otro la justificación de la responsabilidad subjetiva.

B) LIBERTAD, DETERMINISMO Y FATALISMO

La percepción de libertad que surge de manera inevitable de la perspectiva interna, de la conciencia, ha jugado un papel esencial en el desarrollo de la moralidad, que a su vez puede considerarse como un instrumento sofisticado de adaptación al medio (175). Permite una más que adecuada combinación de individuo y sociedad. No es tan eficiente para crear lazos sociales como el instinto férreo que se da por ejemplo en los hormigueros, pero a cambio permite aprovechar las ventajas de la iniciativa egoísta. Pero si el pensamiento moral depende en buena medida de que nos veamos como agentes libres, capaces de elegir entre alternativas, cabe preguntarse en qué medida la creencia en el determinismo puede alterar esta percepción.

El problema filosófico del determinismo no surge con el determinismo –si el mundo está determinado también lo ha estado hasta ahora y ha surgido la sensación de libertad–, ni siquiera con la conciencia, con la perspectiva interna, sino cuando ésta percibe y asume racionalmente la perspectiva externa. Este conocimiento puede convertirse en un nuevo factor de determinación –de tercer nivel– que actúe sobre el proceso de decisión del autor. Pero, de haber alguno, sus efectos perjudiciales sólo pueden ser menores, por dos razones. En primer lugar, porque el proceso interno descrito garantiza que la determinación nunca pueda ser internamente sentida por el sujeto, sino a lo sumo intelectualmente asumida, y ello tiene en general una fuerza mucho menor que la del sentimiento. En segundo lugar, porque incluso entre quienes pudieran sentirse obligados a seguir sus percepciones

(174) Entre otras cosas creo que podría servir para plantear adecuadamente la conocida «paradoja de Newcombe». MACKIE la resume de la siguiente manera: «Estás jugando un juego con un Ser que parece tener poderes predictivos extraordinarios. Delante de ti hay dos cajas en una de las cuales puedes ver 1000 \$. La otra está cerrada y no puedes ver lo que contiene pero sabes que el Ser ha puesto un millón de dólares en ella si ha predicho que tú tomarás esa caja sólo, y no ha puesto nada si ha predicho que tú tomarás las dos cajas; tú puedes tomar tanto las dos cajas como sólo la cerrada. Hasta la fecha el Ser ha predicho correctamente la elección de todos los que han jugado con él. ¿Qué deberías hacer?» –«Newcomb's Paradox and the Direction of Causation», *Selected Papers, V. I, Logic and Knowledge* (Clarendon Press, Oxford, 1985)–. La paradoja refleja una situación en la que en la deliberación interna de un sujeto intervienen factores relativos a los objetos elegibles, a su propia elección, y además a la predicción causal que un ser supuestamente omnisciente adoptaría desde la perspectiva externa. El sujeto elector, que es consciente de las dos perspectivas, y por tanto sabe que él no puede genuinamente predecir su hecho, pero sí lo puede hacer el ser con alta capacidad predictiva (salvo que la rotura del bucle que permite finalmente adoptar una decisión opere mediante un mecanismo intrínsecamente indeterminado), debería tomar la caja que contiene el millón de dólares porque en caso contrario efectivamente lo perdería todo.

(175) Como ha afirmado Ross, «son las fuerzas morales las que cementan la sociedad», *Colpa, responsabilità e pena* (como en nota 2), cit., p. 147.

intelectuales firmemente creídas, la comprensión razonada de la perspectiva externa no aboca de ninguna manera al fatalismo; no extrae al sujeto del mundo causal convirtiéndolo en mero espectador pasivo, sino que le sigue concediendo un papel activo esencial. El único efecto que efectivamente podría producirse en caso de una sobreintelectualización del problema, es la relativización del yo como ente original. Pero, aunque la perspectiva externa pone de relieve que realmente no existe un yo originario no causado, tampoco este hecho debería tener gran trascendencia en la actitud del sujeto. Actuando racionalmente, cualquier persona debería asumir que, al menos en su manifestación más profunda, el yo no es algo añadido a él, sino que *es* él; es lo que le define como persona. Podemos lamentar la mala suerte que nos ha tocado en el reparto de dones o atributos que consideramos sustituibles sin que dejemos de ser quienes somos, pero es imposible cuestionar el yo profundo. De hecho, quien se manifiesta disconforme con su manera de ser está indicando que hay otra más profunda –precisamente desde la que surge el lamento– que a su vez no puede ser cuestionada. Creo que este dato es importante para abordar el último punto: la justificación de la responsabilidad subjetiva.

C) LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

En la primera parte de este trabajo concluimos que hay dos criterios principales para justificar la responsabilidad₂ jurídica desde la perspectiva de una justa distribución de cargas: el merecimiento y la equidad. El primero de ellos es el que se vincula a la responsabilidad subjetiva o culpabilidad, que a su vez se fundamenta generalmente en la libertad del sujeto actuante, entendida como capacidad de actuar de manera distinta. Y es esta libertad la que es puesta en entredicho por el reconocimiento de que también las acciones humanas quedan sometidas al principio causal. Las tres vías que se han seguido para dar respuesta a este problema no resultan satisfactorias por distintos motivos, que pueden ahora revisarse a la luz de la distinción realizada entre perspectiva externa e interna.

El problema de las teorías incompatibilistas, tanto las libertarias como las deterministas fuertes, es que dan excesiva importancia a la perspectiva externa, aunque lo hacen por razones opuestas. Las libertarias porque creen que sólo si la imagen del mundo que arroja la perspectiva externa es falsa puede seguir manteniéndose un concepto de libertad como el que se necesita para la responsabilidad subjetiva, y ello les lleva a abandonar la perspectiva científica sustituyéndola por una no explicada causalidad originaria sin referente empírico conocido y ni siquiera imaginable. Las deterministas fuertes porque simplemente desdeñan la perspectiva interna y se quedan sólo con el bloque de hierro. La imagen de la persona y de las relaciones interpersonales que ofrecen es, no sólo irreconocible para el pensamiento consciente, sino a la vez inadecuadamente restrictiva desde la propia perspectiva científica que supuestamente tratan de preservar. La perspectiva interna quedaría irremediabilmente mutilada si se interpretara como una mera percepción errónea de la realidad, que debe ser combatida mediante la asunción racional de la perspectiva externa apoyada por la ciencia. Como he tratado de mostrar, se trata más bien de una consecuencia inevitable del pensamiento consciente autorreflexivo, que no puede ser sustituida por una visión objetivo-externa que no es la del sujeto. En cuanto a las teorías, abundantes en la teoría jurídica, que pretenden

sustituir la libertad por una presunción normativa fuerte de libertad, o bien son contradictorias, o bien merecen la misma crítica que las libertarias. La única diferencia reseñable es que si éstas se mantienen, al menos formalmente, en el plano de la realidad, aunque luego postulen una imagen del mundo inconciliable con lo que nos dice la ciencia, las normativas, amparándose en la no por extendida menos extraña opinión de que si el legislador presume algo consigue traer al mundo sus efectos incluso en ausencia de la cosa, sustituyen la verificación empírica de una libertad que consideran esencial por su presunción al margen de si verdaderamente existe. Con ello, o bien postulan sin hacerlo expreso una visión del mundo como la de los libertarios, en la que la libertad contracausal de estos se sustituye por una libertad generada normativamente, con lo que se hacen acreedores a sus mismas objeciones, o bien admiten, una vez más de forma tácita, que la libertad no es importante, incurriendo en contradicción con lo que proclaman.

Las teorías compatibilistas siguen una vía más adecuada. Al vincular la responsabilidad a la libertad de acción –a la libertad del sujeto para seguir su propias razones–, y no a la más amplia libertad de voluntad –a la libertad de elegir sus razones últimas–, se sitúan en la perspectiva interna. Su inconveniente principal es el contrario que las incompatibilistas: su olvido de las implicaciones que se derivan de la perspectiva externa, a lo que normalmente llegan ocultando su verdadero significado –afirmando incorrectamente que un mundo estrictamente determinado es compatible con la posibilidad de actuar de manera distinta–, y extendiendo en consecuencia el alcance de lo que permite justificar la perspectiva interna.

Creo que una solución equilibrada sólo puede alcanzarse teniendo en cuenta *ambas perspectivas*. Y ello requiere primeramente reconocer lo que hay de correcto en cada una de las posiciones encontradas: en particular, que la imagen de la realidad que ofrece la ciencia es incompatible con una libertad como la que quieren los libertarios, con la genuina capacidad de actuar de manera distinta; pero que a la vez la libertad restringida que se encuentra presente en la perspectiva interna, y que es compatible con la vigencia del principio causal, no permite una asignación de responsabilidad como la que permitiría aquélla.

Si la libertad se entiende como la genuina capacidad del agente de obrar de modo distinto a como lo hizo, de originar hechos sin antecedente causal, entonces tal libertad simplemente no existe. La extensión del principio causal a las acciones humanas muestra que las razones internas que se encuentran tras ellas no pueden surgir *ex nihilo* del propio agente, sino que encuentran su causa en antecedentes sobre los que el autor no tiene ningún control. De hecho, si no existieran procesos indeterministas azarosos como los que hoy postula la ciencia, la imagen del mundo que percibiría un hipotético espectador externo omnisciente, como el Ser de Laplace, sería la del bloque de hierro de James. La presencia de estos procesos altera el modelo externo, pero no en un sentido que pueda ayudar a encontrar un fundamento razonable a la libertad. Seguiríamos teniendo un mundo sometido en su mayor parte al principio causal, aunque a la vez abierto a posibles modificaciones como efecto de las relaciones de incertidumbre. En todo caso, la enorme regularidad causal que se percibe al observar el mundo desde la ciencia hace pensar que este factor tiene una importancia menor. Pero es que, además, tenga la que tenga desde la perspectiva física, no tiene ninguna como base de un posible apoyo a la libertad, que si resulta difícil de conciliar con el determinismo, es imposible

con el azar. De las tesis libertarias sólo resulta correcta su afirmación de incompatibilismo entre la capacidad de actuar de modo distinto y el determinismo. Desde una perspectiva externa tienen toda la razón. Pero la alternativa que proponen no se basa en nada que sea científicamente verificable o siquiera imaginable, con lo que prácticamente el único apoyo de su tesis es que como no queremos prescindir de la libertad, la ciencia debe equivocarse. Ello las condena necesariamente al mundo de las afirmaciones metafísicas incontrastables.

Si, por el contrario, se restringen los requisitos de la libertad, situándola en el campo más limitado de la elección voluntaria –no sometida a razones externas– y consciente –autorreflexiva– de personas inmersas en el seno de un sistema causal que por evolución ha llegado a dicho grado de complejidad, entonces ello no sólo resulta compatible con la vigencia del principio causal, sino que requiere su existencia. Pero, a la vez, el alcance de los juicios de responsabilidad basados en una libertad restringida son también restringidos. Con ello llegamos al corazón del problema de la responsabilidad.

La constante vinculación histórica entre imputación/responsabilidad y causa libre, o la insistencia de los autores libertarios, continuadores de aquella tradición, en detener la búsqueda de causas en un autor original, responden a una misma preocupación: encontrar un *punto de corte* en los antecedentes causales del hecho que impida remontar su originación hasta el infinito, como parece inevitable en un sistema determinado. Ya vimos que incluso la propia idea de causalidad se ve amenazada por la de identidad, por el bloque de hierro. Sólo la percepción *temporal* de alguien inmerso en tal sistema hace brotar la idea de causalidad, que se convierte así en un fenómeno interno, ajeno a la perspectiva de un espectador omnisciente. Pero el reconocimiento de la dimensión temporal no es suficiente para la responsabilidad. ¿Dónde y con qué criterios rompemos la cadena causal para imputar un hecho a uno de sus antecedentes y no a su vez a los que preceden causalmente a éste? La solución sería la causa libre, originaria, la genuina capacidad de actuar de manera distinta, pero tal cosa no existe. Si nos conformamos con menos, con una causa voluntaria, libre sólo en la forma restringida que hemos examinado, surge con toda su fuerza el argumento esgrimido insistentemente contra los compatibilistas, ¿por qué detenernos aquí?; ¿por qué no tomar en consideración que las razones del sujeto para actuar son a su vez el efecto de hechos anteriores ajenos a su control?; ¿qué es la libertad de acción sin libertad de elección?

La respuesta a estas cuestiones, que además permite dar un fundamento racional a la responsabilidad subjetiva preservando sus rasgos esenciales, se encuentra cuando las enfocamos desde la perspectiva interna, y más concretamente desde la idea de persona, desde el yo, que tiene allí su acomodo. Cuando actuamos, cuando sentimos, cuando hablamos, incluso cuando reflexionamos sobre el determinismo (y, por ello, sobre la perspectiva externa del mundo) lo hacemos necesariamente desde nuestra condición de personas, desde el yo. Aunque frente a ciertas características de nuestra personalidad (como podrían ser las físicas exteriores, pero también muchas psíquicas internas incluidas una buena parte de las razones para la acción que manejamos) podemos adoptar la actitud crítica del espectador externo, hay otras, que configuran la estructura básica de la personalidad, en las que esta visión es imposible. Podemos intelectualmente asumir que todas las razones internas que manejamos en la deliberación que precede a la acción son a su vez exter-

namente causadas —esto es precisamente lo que hace quien acepta un planteamiento determinista—, pero algunas de esas razones no son meros añadidos a nuestra personalidad, *son nuestra personalidad*. Este dato resulta crucial.

Si tratamos de asuntos relativos a personas, y la responsabilidad se mueve desde luego en esta órbita, el punto de partida no puede ser otro que la persona. Ahora bien, la perspectiva externa, aun siendo cierta como visión del mundo, no es la de la persona. De hecho en ella se diluye la personalidad transformándose en un segmento más de la cadena causal, tan determinado (o azarosamente indeterminado) como los demás segmentos en que podamos arbitrariamente dividirla. Para el yo consciente ese segmento no es uno más como cualquier otro, es él mismo, el punto de partida y de llegada de todo lo demás. Pero entonces todo aquello que emana del yo, todas sus razones más íntimas no pueden ser reinterpretadas internamente como meros efectos causales de hechos anteriores sin que la propia personalidad desaparezca. En otros términos, el respeto a la personalidad, que es un elemento esencial de la responsabilidad moral, obliga a detener la indagación causal precisamente en el punto en el que quedaría cuestionada la propia personalidad. Con ello hemos alcanzado un punto de corte de los antecedentes causales como el que estábamos buscando. Este punto no marca la originación del hecho en términos absolutos, ya que tal cosa no existe en un mundo causal pero sí marca el punto de arranque del hecho como emanación de la personalidad, que es lo único que verdaderamente debe importarnos. Cuando consideramos a alguien subjetivamente responsable de un hecho consciente y voluntario que surge de su yo, estamos haciendo algo más que vincularlo causalmente con el hecho, estamos reafirmando como persona. Al imputarle el hecho a él y no a antecedentes causales que se remontan más allá de él le *reconocemos su condición personal*. Cada acto de imputación es una pieza de construcción del edificio de la personalidad. Sean cuales sean los perjuicios que se asocien al hecho imputado, de ello el autor obtiene siempre el beneficio de la afirmación de su propio yo, lo que permite justificar una distribución inicialmente desequilibrada.

La idea expuesta, convenientemente desarrollada, puede ser fecunda para delimitar adecuadamente la responsabilidad₁ subjetiva, y con ello la responsabilidad₂ jurídica basada en el merecimiento, y ello sin necesidad de acudir a presunciones normativas. Al determinar si un sujeto singular puede ser considerado responsable de un hecho la cuestión a indagar no es si pudo actuar de manera distinta a como lo hizo, sino si el hecho es expresión (manifestación singular) de su personalidad y si él se lo representa de esa manera. En caso afirmativo, la respuesta frente al hecho ya no puede ser del mismo tipo que la que empleamos frente a hechos naturales o a hechos humanos no responsables, en los que nos limitamos a realizar una valoración *objetiva* del hecho atendiendo a sus efectos beneficiosos o perjudiciales, sin que este tratamiento afecte a la personalidad del autor, que ve el hecho como algo en cierta forma ajeno a él. Frente al hecho responsable, emanado del yo del autor, la respuesta lo es a la vez a las características objetivas del hecho y *al propio autor*.

De este enfoque no pueden esperarse grandes cambios en la fijación de las causas que excluyen la responsabilidad, aunque seguramente sí una mejor fundamentación que permita además tratar adecuadamente los casos límite. En este punto, el desarrollo histórico de los ordenamientos jurídicos ha seguido patrones muy sen-

satos (176) y, en lo sustancial, no parece necesario cambiarlos. Pero, el punto de vista sugerido, que enlaza con ideas de larga tradición en la filosofía moral y que han tenido influencia decisiva en el progresivo afianzamiento del principio de culpabilidad, debe servir para mantener esta línea, refinando la aplicación práctica del principio y protegiéndolo frente a los cíclicos ataques que sufre (177).

Ahora bien, la solución propuesta al problema de la responsabilidad subjetiva no se agota en la conexión del hecho con el yo del autor, en la perspectiva interna. También las teorías basadas en la capacidad de actuar de modo distinto apelaban a este mismo dato (aunque no lo interpretaran de la misma manera). Quizás el aspecto más destacado de la propuesta sea la consideración de que, si bien la perspectiva interna es el marco básico para una teoría de la responsabilidad personal, no es el único marco. El reconocimiento de que no hay un yo originador en el sentido estricto del término no puede ser pasado por alto cuando se trata de una justa distribución. Porque si bien es cierto que al fijar el corte causal en la acción imputable a la persona la reconocemos como tal, a la vez hemos de aceptar que las razones profundas que configuran el yo no proceden (no pueden proceder) del propio yo, sino de antecedentes que le son ajenos (178). La suerte se convierte así en un factor decisivo en la conformación de la personalidad, y somos conscientes de ello porque intelectualmente podemos situarnos en la perspectiva externa. Por lo ya apuntado, no parece posible *sentir* plenamente las ataduras causales de nuestro yo, pero sí reconocerlas intelectualmente como una consecuencia más de la estructura general de la realidad descrita por la ciencia. Ante este hecho la actitud no puede ser olvidarnos de la perspectiva interna, porque ello diluiría la persona en el mundo de los eventos, pero tampoco olvidarse de la externa, sino más bien tratar de encontrar un punto de equilibrio entre ambas, lo que a la vez puede servir para reconciliar dos visiones históricas antagónicas sobre el significado del determinismo para nuestras vidas, la que lo ve como una amenaza que debe ser conjurada y la que destaca sus efectos positivos. Creo que en ambas se encuentra una parte de la razón, que sólo puede obtenerse completa combinándolas.

(176) Repárese, por ejemplo, en que para apoyar una eventual circunstancia de inimputabilidad en el lenguaje ordinario no se apela a argumentos como «no pudo actuar de manera distinta a como lo hizo», sino a otros –que se mueven en la línea del criterio sugerido de desconexión del hecho y la personalidad del autor–, como «no era él»; «estaba fuera de sí»; «estaba enajenado», etc.

(177) Un ejemplo discutido, tomado del Derecho penal, puede ser ilustrativo: el tratamiento de la denominada imprudencia inconsciente. Mayoritariamente se admite en la doctrina penal que el hecho imprudente inconsciente da lugar a responsabilidad. De hecho, las dificultades para abarcar la imprudencia inconsciente fue uno de los argumentos de peso para el abandono por la doctrina de la concepción psicológica de la culpabilidad en favor de la normativa. Sin embargo en este caso no hay posibilidad de genuina imputación, porque falta un elemento central de la responsabilidad subjetiva: el hecho no procede de la personalidad del autor sino que para él se presenta como un acontecimiento fortuito. Un consecuente desarrollo del principio de culpabilidad debería llevar a excluir de la responsabilidad penal todas aquellas imprudencias que sean inconscientes en sentido estricto, esto es, que no puedan ser remitidas a un momento consciente previo. Más detalladamente sobre esta cuestión, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), pp. 724 y ss.

(178) Como ha afirmado Von WRIGHT, no tiene sentido preguntar si depende del agente tener las razones que tiene, las razones son «hechos sobre el hombre» pero «no son sus hechos» –«Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 13 y s.–.

La visión más habitual asociada al determinismo es que supone una amenaza para nuestra condición de personas, de seres conscientes y responsables de nuestros actos. De aquí surge la denominada pesadilla del determinista. También es frecuente considerar que la creencia en el determinismo favorece, cuando no aboca necesariamente, al fatalismo, una actitud vital con merecida mala fama. Como hemos tenido ocasión de ver, las posiciones libertarias muchas veces no presentan otro punto de apoyo que el rechazo visceral a aceptar que las cosas son así. Pero no todo el mundo ve el determinismo como una amenaza. Son cada vez más quienes creen que aceptar la sumisión del hombre al principio causal no sólo no nos arroja en brazos del fatalismo, sino que nos hace a la vez más humanos en el trato con nuestros semejantes, y menos soberbios en las relaciones con el resto de la naturaleza.

Creo que estas dos maneras contrapuestas de ver el determinismo tienen parte de razón. El determinismo es una amenaza si la creencia en él nos arrastra a minusvalorar nuestra capacidad de acción, cayendo en una apatía fatalista, pero no creo que esto sea un verdadero riesgo. Hay muchos pensadores que se han resignado hace tiempo a aceptar la determinación de sus actos, sin que ello haya afectado a su energía vital. La razón es evidente: el determinismo es compatible con cualquier grado de iniciativa. Si se cree en el fatalismo, se actuará de manera fatalista; si se cree en la iniciativa individual, el saber que esa creencia procede de los genes, el ambiente o cualquier combinación de ambos no alterará en un ápice las ganas de hacer cosas. El determinismo es *neutro* en sus implicaciones porque *siempre da la razón a cualquier cosa que haga el agente*. El fatalista dirá que él tenía razón y será cierto, pero a la vez no se dará cuenta de que es precisamente su creencia en el fatalismo lo que hace a éste verdadero. Teóricamente, sin embargo, debería percatarse de este hecho al contemplar la actividad de quienes tienen iniciativa; tan determinados como él y a la vez tan activos. También a ellos les da la razón el determinismo.

Más peligrosa, por más real, me parece la tendencia a interpretar el determinismo de una manera excesivamente reduccionista, como si su aceptación implicara la necesidad de prescindir de la responsabilidad personal y en general de la moralidad, y sustituirla por actitudes objetivas que no entrañen reproche o alabanza alguna. Ciertamente no es fácil que esta actitud pueda cuajar de manera generalizada, como acertadamente han destacado Strawson desde la filosofía moral y Schünemann desde el derecho penal, pero sí podría favorecer respuestas parciales en esta línea, y buena prueba de ello son algunas de las propuestas de eliminar la culpabilidad sustituyéndola por la peligrosidad del autor. Frente a ello, la propuesta que aquí se hace conjura este peligro apelando a la perspectiva interna del sujeto consciente, en la que la responsabilidad subjetiva es parte inseparable del proceso de afirmación de la identidad personal.

Pero quienes destacan las ventajas de aceptar nuestra sumisión al principio causal también tiene razón. La creencia en una libertad originaria establece una barrera en torno a nuestra especie; entraña la aceptación de una «especial y desconcertante separación del mundo natural» que favorece nuestra arrogancia (179). La aceptación de que también en esto somos parte de la naturaleza puede provocar

(179) WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), cit., p. 225, también p. 239.

un efecto beneficioso en nuestras relaciones con otros seres vivos, como sin duda provocó la teoría darwinista de la evolución.

Más importante son las ventajas que podría tener en las relaciones interpersonales. El concepto de responsabilidad hoy dominante, al menos en occidente, se basa en una imagen maniquea del hombre, precisamente la imagen propia de quienes hipertrofian la perspectiva interna y se olvidan de la externa. Se fija la atención en la acción libre que emana de la persona pero se oculta la determinación causal del yo, afirmando un falso libre albedrío para ser como se es; y ello es injusto. La imagen libertaria, que está en la base de esta forma de ver la responsabilidad, es la de un ser incontaminado al que se sitúa en el mundo sin condicionamientos previos, sin razones externas a él mismo, y que puede libérricamente elegir entre el bien y el mal, y en esta situación hay quien decide escribir la Crítica de la razón pura y quien opta por degradarse cometiendo atroces delitos. Ni la ciencia ni el sentido común permiten conclusiones de este tipo. Frente a ello, entre los autores deterministas ha habido siempre una elogiada corriente que ha interpretado la aceptación del determinismo no como una vía franca a la degradación moral de la persona, sino como una llamada de atención sobre la escasa equidad en el reparto natural o social de ciertos dones y sobre la necesidad de una visión tolerante, humana, de los demás.

Recuperar para el concepto de responsabilidad lo bueno de esta visión me parece esencial y se consigue introduciendo en el debate la perspectiva externa. Desde un punto de vista práctico ello debería provocar la *atenuación* del juicio de reproche que se formula al autor por sus actos. No se trata ya de un reproche absoluto como el que correspondería al autor originario, sino de algo más matizado en el que se pone de manifiesto la incorrección del acto, su carácter intolerable para la vida social y a la vez el reproche al autor porque el acto emana de su persona. Y puede hacerse el reproche en términos duros, acordes a la gravedad del hecho y a la culpabilidad, pero sin un reproche añadido por ser como se es, lo que debería permitir una más fácil aceptación por el autor de razones que hasta ahora no pesaban en su decisión. Por otra parte, el reconocimiento de que la comisión de delitos suele ir asociada a situaciones de infortunio en el desarrollo vital del autor –falta de medios, de afecto, de educación–, debería también orientar la aplicación del castigo, insistiendo siempre en la idea de resocialización, facilitando al condenado con generosidad los medios que puedan servir para un replanteamiento de aquellos aspectos de su personalidad incompatibles con una pacífica convivencia. En este punto los criterios de equidad, de compensación del infortunio en la responsabilidad jurídica deben actuar también como elemento limitador de la idea de merecimiento.

Con ello llegamos al final del trabajo. Comenzaba analizando el concepto de responsabilidad, y el desarrollo de aquella idea nos ha llevado lejos. La finalidad inicial de la investigación era determinar qué criterios permiten justificar la responsabilidad jurídica, la imposición reglada de consecuencias gravosas, lo que trajo consigo la necesidad de analizar en la segunda parte el principal de estos criterios: la comisión subjetivamente responsable del hecho que origina la responsabilidad jurídica, adentrándonos así en una de las más clásicas polémicas de la filosofía moral y del derecho.

Uno de los trabajos citados comienza con una confesión de escepticismo del autor acerca de la posibilidad de decir algo significativamente novedoso en este tema (180). Desde entonces han pasado bastantes años, y siguen publicándose sin interrupción artículos y monografías que lo abordan desde cualquiera de sus múltiples dimensiones, lo que es un indicio a la vez del interés que despierta y del escaso acuerdo obtenido en su resolución. Ello hace pensar que más que algo nuevo, lo difícil aquí es decir algo que pueda resultar convincente a todo el mundo, seguramente porque están en juego demasiadas cosas. Podría pensarse que el progresivo avance de la ciencia nos dará algún día, quizás no muy lejano, una respuesta a algunas de las cuestiones planteadas, pero hasta eso resulta dudoso. Entran aquí en colisión dos perspectivas muy diferentes y en cierta forma antitéticas de enfocar el problema, la perspectiva interna de quien conscientemente actúa en el mundo, y la externa de quien se examina a sí mismo y a los demás como parte de un mundo científicamente explicable. Mi intención ha sido mostrar que si hay alguna solución al problema, debe venir de la aceptación de ambas perspectivas.

(180) CHISHOLM, «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 24.

