

UNA APROXIMACIÓN NEUROFILOSÓFICA A LA JUSTIFICACIÓN, EXCUSACIÓN Y MITIGACIÓN COMO FORMAS DE EXCULPACIÓN

A NEUROPHILOSOPHICAL APPROACH TO JUSTIFICATION, EXCUSATION AND MITIGATION AS MEANS
OF EXONERATION

Anibal Monasterio Astobiza *

Resumen: Como todos sabemos el comportamiento es central para el Derecho, porque el Derecho debe ajustarse a la intencionalidad del individuo para adaptar su comportamiento a la ley. Nuevos desarrollos en filosofía de la mente y ciencias del cerebro en general, tienen importancia para el pensamiento legal en todos los aspectos, por el hecho de que su objeto de estudio es el comportamiento humano. Sobre la base de esto, diversas áreas de la filosofía y ciencias del cerebro han encontrado nuevos hallazgos sobre la naturaleza humana que resultan ser de suma importancia para el derecho. Uno de estos hallazgos tiene que ver con el hecho de cómo atribuir responsabilidad a alguien por lo que hace. En este escrito, reflexionamos estas y otras evidencias y sus consecuencias para la responsabilidad moral y criminal.

Abstract: As everyone knows behaviour is central to law, because law must fit the willingness of individuals to adapt their behaviour to law. New developments in philosophy of mind, and brain sciences in general, are important for legal thinking in all respects, because they study human behaviour. In relation to this, diverse philosophical areas and brain sciences have found intriguing findings about human behaviour which turns out to be of paramount importance for law. One of these findings deals with the very notion of how to held someone accountable for their actions. Here we discuss these and other findings and how have a huge impact on moral and criminal responsibility.

Palabras clave: Formas de exculpación, responsabilidad, intencionalidad, filosofía de la mente, ciencias del cerebro.

Key words: Forms of Exculpation, Responsibility, Intentionality, Philosophy of Mind, Brain Sciences.

Fecha de recepción: 16-09-2013

Fecha de aceptación: 11-11-2013

1. INTRODUCCIÓN

Principalmente al Derecho le concierne un objeto de estudio que es compartido por muchas disciplinas. Hablamos del comportamiento humano.

Entre las disciplinas o proyectos interdisciplinarios que se declaran estudiarlo se encuentran la antropología, psicología, filosofía, sociobiología, biología, economía, sociología, historia, inteligencia artificial, ciencia cognitiva, neurociencia... por citar unas pocas. Sin embargo, la ortodoxia y dogmática

* Institute for Logic, Cognition, Language and Information. Facultad de Filosofía y CC.EE. Universidad del País Vasco (España).

jurídica ha tenido muy poco contacto con muchas de ellas y de ello se deduce su sesgada percepción y sustanciación de la acción intencional. Acotando el espacio de análisis, el Derecho penal dice estudiar las relaciones causales entre la normatividad y el comportamiento que trasgrede o viola la norma; la teorización sobre el delito; las funciones del castigo; las teorías de la pena; victimología... y en rara ocasión la fundamentación metaética y filosófica de sus categorías.

Creo que es en esta última área, la fundamentación metaética y filosófica, donde se deben concentrar muchos más esfuerzos especialmente a la luz de nuevos y recientes avances, tanto conceptuales (filosofía de la mente), como empíricos (ciencias del cerebro). El *armamentium* conceptual (responsabilidad, intencionalidad, justificación...) que el Derecho penal hace suyo injustamente,¹ tras dichos avances, adquieren un nuevo significado que dista de estar reflejado en la dirección contemporánea de la dogmática o pensamiento legal.

En las siguientes páginas, tendremos ocasión de comprobar la diferencia entre el significado clásico de nociones como responsabilidad e intencionalidad y su contemplación en el Derecho, así como las nuevas conceptualizaciones derivadas de la filosofía de la mente y de la acción. Por otra parte, se resaltará la relevancia de las ciencias del cerebro y disciplinas adyacentes en la responsabilidad moral y penal; y finalmente el modelo normativo básico de las distintas formas de exculpación desde una aproximación neurofilosófica² contemporánea.

2. LAS NOCIONES DE INTENCIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD EN LA FILOSOFÍA DE LA MENTE Y DE LA ACCIÓN CONTEMPORÁNEA

Algunas veces, si no en todos los casos, conocer las etimologías de las palabras ayuda a entender su significado y lo que es más importante su uso. Sin embargo, en relación con los términos responsabilidad e intencionalidad, esto parece ser más un caso de excepción que de norma. En el lenguaje ordinario la responsabilidad se equipara a merecimiento, obligación, merito o inclusive hoy en la era de la ética de los negocios se confunde por el compromiso social que adquiere una corporación en sus prácticas comerciales (*institutional accountability*). Pero la responsabilidad no es nada de eso (Hurley, 2003: 2).

1 No es este el lugar para recordar al lector la necesidad de perspectiva histórica, la cual sitúa a la Filosofía como la madre de todas las ciencias (Russell, 1967). Pero si nos atenemos que para el caso del derecho (si es que le concedemos el estatuto de ciencia) la Filosofía ha sido relegada, a la sumo, a fuente de autoridad y surtido de citas clásicas de autores ilustres para rellenar manuales; entonces es necesario indicar que todos las categorías del Derecho han derivado de la reflexión e intuición filosófica en uno u otro sentido. Hecho este que reafirma la tesis central de este escrito, que no es otra que mostrar la obligada atención que ha de prestar el Derecho a la Filosofía. Particularmente a un tipo de filosofía que se encuentra en estrecho dialogo con la ciencia en sentido estricto actual, llámese *filosofía analítica*.

2 Neurofilosofía es la aproximación a los problemas clásicos de la filosofía (qué es el conocimiento, qué es la mente, qué es la ética y la moral etc.) desde el conocimiento empírico de la neurociencia. (Churchland, 1989).

Al margen de la lexicografía, filosóficamente las cosas tampoco son muy distintas a primera vista, y el concepto de responsabilidad es un concepto disputado. Algunos piensan que dependiendo de los objetivos de cada teoría, la responsabilidad puede entenderse de una u otra manera (Frey y Morris, 1991); otros a su vez, desfallecen y encuentran múltiples sentidos al concepto de responsabilidad antes de poder definirla (Hamilton, 1978). Sin embargo, esto es resultado de no saber mirar en la dirección correcta.

Para entender la importancia de una correcta definición de responsabilidad imaginemos la siguiente situación: Mi brazo se alza. ¿Es el brazo que se alza algo que me sucede a mí? Es decir, ¿es un movimiento causado por un espasmo muscular o por alguien que mueve mi brazo con unas cuerdas atadas a mi muñeca, o es mi acción intencional por la cual levanto mi brazo? La naturaleza de la acción, la explicación de la acción y la agencia son temas centrales en la filosofía de la acción que se han venido analizando sistemáticamente durante años y que tiene una relevancia fundamental para el Derecho (González Lagier, 2013). ¿Por qué? Porque si de la acción de alzarse mi brazo una persona muere se tendrá que dilucidar las causas explicativas de mis acciones, y por tanto, interpretar las intenciones de mis acciones, y en última instancia, las responsabilidades sociales derivadas. Para establecer un puente entre la teoría de la acción filosófica y el Derecho se introduce una taxonomía sobre tipos de responsabilidad.

La responsabilidad para empezar es una adscripción (que puede ser social o individual) de relación entre una causa y un efecto, de un individuo y su capacidad para obrar (ya sea por acción u omisión) o simplemente la observación de la causalidad; que además esta íntimamente entrelazada con los conceptos de normatividad y sus operadores deontológicos (prohibido/permitido/requerido) y operadores modales (necesidad/posibilidad/imposibilidad), además de la intencionalidad que más adelante discutiremos. A partir de esta concepción de responsabilidad la Filosofía Legal, que no el Derecho, ha diferenciado cuatro tipos de responsabilidad (Hart, 1968).

Estas cuatro formas de responsabilidad son: la responsabilidad causal (por causar un acto); la responsabilidad de rol (deberes contraídos por un determinado rol); responsabilidad de capacidad (control volitivo de nuestras acciones) y responsabilidad por la posibilidad de incurrir en un delito (la considerada por el Derecho).

Extendiendo esta taxonomía clásica e irremplazable por su vigencia explicativa, se encuentra que por cada una de las cuatro distinciones existen una serie de sub-distinciones. Estas son: para responsabilidad causal (responsabilidad directa/indirecta, total/parcial, forzada/libre y de primer orden/segundo orden); para responsabilidad de rol (responsabilidad por omisión/acto y negligencia/conocimiento); para responsabilidad de capacidad

(responsabilidad activa/pasiva)³; y por ultimo en el caso de la responsabilidad por la posibilidad de incurrir en un delito (responsabilidad contextual, que quiere decir que la responsabilidad depende de los valores e ideales del momento en la sociedad así como de su tipificación jurídica)⁴.

Para comprender mejor los tipos y sub-distinciones de la responsabilidad presentamos la siguiente tabla gráfica.

Tabla 1. Taxonomía de la responsabilidad.

Responsabilidad	
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Responsabilidad causal</i> -directa/indirecta -total/parcial -forzada/libre -primer/segundo orden 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Responsabilidad capacidad</i> -activa/pasiva
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Responsabilidad de rol</i> -omisión/acto -negligencia/conocimiento 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Responsabilidad de incurrir delito</i> -contextual

Para el lector interesado en seguir profundizando en la noción de responsabilidad es muy recomendable la obra de Moore (2011), donde se realiza un examen del concepto de causalidad en dos contextos donde es imprescindible: el de la responsabilidad moral y el de la explicación científica.

No obstante, con presentar una taxonomía tipológica de la responsabilidad y sus sub-distinciones no se entiende el problema filosófico de la responsabilidad que el Derecho penal no acerca a comprender y por ello necesita de la filosofía, particularmente de la filosofía de la mente y de la acción. Un esquema conceptual interesante es el que presenta González Lagier (2013). Para González Lagier de las teorías más importantes de la filosofía de la acción y su aplicabilidad para la dogmática penal cabe distinguir estos aspectos de las acciones: los movimientos corporales (la dimensión natural), lo que se hace

3 Aunque el modelo de exculpación que presentaremos en las siguientes secciones se puede aplicar a todos los tipos y sub-distinciones de responsabilidad delineados aquí, es quizás en la responsabilidad de capacidad y sus sub-distinciones propias, donde más intuitivo se hace pensar en la mitigación de la responsabilidad atribuida a un agente. Pensemos por ejemplo en la defensa por enajenación mental, que cae bajo este tipo de responsabilidad, y el asentimiento publico y popular de exculpar a quien se prueba enajenado.

4 Con esto no queremos expresar un relativismo moral. Pero esto no quita que haya percepciones equivocadas o limitadas sobre lo que consiste ser un valor o virtud, de la misma forma que hay opiniones diversas sobre la teoría de la evolución. Pero las opiniones poco informadas no tienen nada que ver con la verdad de la teoría de la evolución. Aunque las opiniones poco informadas no tienen nada que ver con la verdad de la teoría de la evolución, de la misma forma que una concepción de lo que ha de ser un valor, nada tiene que ver con lo que de hecho es un valor.

intencionadamente al realizar esos movimientos corporales (la dimensión subjetiva), y las consecuencias socialmente relevantes que se pueden producir (la dimensión social). De estos aspectos surgen lo que González Lagier (2013: 113) llama el “acto básico”, el “acto-resultado” y el “acto-consecuencia”

Uno de los problemas centrales dentro de la dogmática penal es considerar qué hay más allá de la acción intencional (“acto-resultado”) para ser juzgada o interpretada como una acción responsable (“acto-consecuencia”). En este problema filosófico nuclear, el trabajo del filósofo norteamericano H. Frankfurt, ha supuesto un punto de inflexión a la hora de entender el debate.

En 1969, Frankfurt publicó un artículo original titulado *Alternate Possibilities and Moral Responsibility* en cual se lanza un virulento ataque en forma de experimentos mentales (que la literatura en filosofía moral posteriormente los denominara “casos Frankfurt”⁵) a la concepción clásica de responsabilidad que supone que para poder ser responsable uno ha de poder hacer otra cosa. Esta vieja articulación de la noción de responsabilidad atacada por Frankfurt, se la conoce como “habilidad para hacer otra cosa” y su principio es Posibilidades Alternativas.

Bajo esta condición de la responsabilidad, conocida como secuencia-alternativa de-actos, se han dirimido los debates filosóficos en torno al libre albedrío, determinismo y por lo tanto responsabilidad moral. Pero como decimos, Frankfurt propondrá la irrelevancia del principio de Posibilidades Alternativas y por consiguiente de la concepción de responsabilidad como secuencia-alternativa-de actos, alegando que lo único que importa para la responsabilidad es lo *que haces*, o en otras palabras la noción de responsabilidad como secuencia-actual-de actos.

Para ello, sirviéndose de experimentos mentales, sitúa a un sujeto en la siguiente tesitura. Este sujeto va a ser coaccionado si no hace lo que otra persona quiere que haga (coaccionador). Pero finalmente este sujeto *motu proprio* hace lo que el coaccionador en un principio quería que hiciese. La cuestión es: ¿es explicativamente relevante para la responsabilidad que el coaccionador tuviera los medios suficientes y necesarios⁶ para obligar a nuestro sujeto a hacer algo (secuencia alternativa de actos) cuando en última instancia ha hecho lo que él deseaba (secuencia actual de actos) y se da la casualidad que es exactamente lo que el coaccionador quería que hiciese?

Frankfurt y seguidores piensan que no, y por ello califican al principio de Posibilidades Alternativas y su concepción de responsabilidad como secuencia-alternativa de-actos como una opción intrascendente. Porque para Frankfurt y seguidores, el determinismo es compatible con la responsabilidad, incluso aunque esta sea incompatible con la habilidad para hacer otra cosa (Hurley,

5 Véase McKenna y Widerker (2003).

6 Frankfurt llega a proponer dispositivos cerebrales, personas, etc.

2003: 8). En esta nueva concepción de responsabilidad dibujada por Frankfurt, la responsabilidad no requiere la habilidad para hacer otra cosa, más bien lo que importa realmente para la responsabilidad es *lo que haces*. Como veremos cuando expongamos nuestro modelo de exculpación más adelante, esta nueva concepción de responsabilidad tendrá múltiples implicaciones a todos los niveles en el Derecho.

La intencionalidad es otro concepto recurrente en Derecho, al cual no se le hace honor ni se le entiende muy bien. En un sentido, la intencionalidad proviene de la distinción medieval entre objetos del pensamiento (*esse intentionale*) y objetos físicos (*esse naturale*). Ya los propios estoicos distinguían entre imágenes (*imagines*) y nociones (*notiones*). Las primeras, la representación de las cosas en nuestra mente, y las segundas, su uso en nuestros juicios y pensamientos. De acuerdo con esto, la intencionalidad hace referencia a la direccionalidad referencial o semántica de nuestros estados mentales, o su “estar por” otra cosa. Es a esta misma concepción y tradición a la que se sumara F. Brentano, al diferenciar los estados mentales de los estados físicos en términos de su orientación hacia algo, o en otras palabras, en su peculiaridad de ser conciencia *de algo*.

Pero hay otro sentido de intencionalidad. Este segundo sentido de intencionalidad tiene que ver directamente con la acción, y hace referencia a la capacidad o cualidad de la acción de un agente. La intencionalidad entendida de este modo corre paralela a la intención, que es el estado mental de un agente cuyo contenido es la acción misma, a diferencia de los deseos o creencias cuyo contenido es variable. Es decir, yo solo puedo tener en mi intención el contenido de aquello que yo voy hacer porque yo no puedo tener la intención de otra persona, pero en cambio los contenidos de mis deseos o creencias si que pueden estar dirigidos hacia lo imposible, incontrolable, etc. (Malle y Knobe, 1997).

La intención como estado mental causante de nuestras acciones puede preceder, concurrir durante la realización de una acción, o estar sin que se realice acción alguna. Sin embargo, lo contrario no es posible. Es decir, no puede haber intencionalidad sin intención. Dicho esto, la acción intencional se compone de cinco elementos que han de estar presentes para que una acción sea considerada intencional (Malle y Knobe, 1997). Estos son: 1) el deseo de querer hacer algo, 2) la creencia de que la acción en cuestión llevará a la satisfacción del deseo, 3) la razón para combinar deseo y creencia eficazmente, 4) la habilidad para realizar la acción, y finalmente, 5) la conciencia de que se lleva acabo la acción.

No obstante, no todas las acciones aun siendo intencionales son consideradas “acciones intencionales”, hay lo que se llama “cadenas causales desviadas”; y por supuesto secuencias paralelas de acciones hacia un mismo objeto que impiden la identificación de las causas reales. Para aclarar el tema de aquellas acciones intencionales, pero sin embargo no consideradas “acciones intencionales” hay que tener en mente la teoría causal de la acción clásica.

Esta teoría se retrotrae a los trabajos de G. E. M. Anscombe (1957) donde se introduce la noción clásica de intencionalidad como intencionalidad de acción, intencionalidad en la acción e intencionalidad de futuro; o lo que es lo mismo la distinción entre acciones deliberadas y meros accidentes, las razones por las cuales algo se hace y la planificación de futuras acciones.

Pero, como se indica más arriba, se obvian ciertos elementos que actualmente se han completado y cubierto en las versiones modernas de la noción de intencionalidad como hemos podido ver más arriba (Malle y Knobe, 1997). El problema es que desde esta versión clásica de la intencionalidad (quizás es la que el Derecho sostiene), si imaginamos la situación hipotética de un sujeto que quiere asesinar a su tío para heredar una inmensa fortuna y un buen día conduciendo hacia la casa de su tío esta pensando como hacerlo y despreocupadamente atropella a un viandante el cual resulta ser su tío; el razonamiento común sitúa que le ha asesinado intencionalmente cuando en una inspección más detallada esto resulta no ser así.

No es así, porque este ejemplo pone de manifiesto la “cadena causal desviada” de la que hablábamos, como problema central de la teoría causal de la acción. En el momento del atropello nuestro sujeto no está contemplando una intención directa que vaya a situarle en posición de realizar una acción de matar: estar pensando en la intención que le llevará a matar a su tío. Verdaderamente la intención de la cual es sujeto es la intención de conducir el coche, aunque despreocupadamente.

Por otra parte se pueden dar secuencias paralelas de acciones dirigidas hacia un único objeto, que impiden identificar la causa real de las acciones. Imaginemos el siguiente ejemplo que Dennett (2003) nos facilita. Un soldado de la legión extranjera, Fred, es realmente un incordio para sus compañeros y todos le odian. Una noche antes de la exploración por el desierto Tom le coloca a Fred veneno en el agua de la cantimplora. Luego Dick, sin saber que Tom le ha puesto veneno en el agua, quita el agua y le coloca arena a Fred. Finalmente, Harry que sin saber lo que ni Tom ni Dick han hecho, hace agujeros en la cantimplora. A la mañana siguiente, Fred se prepara para la exploración y se lleva la cantimplora pero más tarde encuentra que no tiene agua, ni veneno, ni arena sino nada y muere de sed. La pregunta es quién ha causada la muerte de Fred. Como expresa Dennett (2003: 74) muchos legisladores pueden sentirse tentados en ofrecer una explicación más o menos plausible e intuitiva sobre los hechos del ejemplo; pero no hay ninguna razón para no valorar cualquiera de los supuestos como la verdadera causa real de la muerte de Fred.

Este último ejemplo y la disquisición sobre la naturaleza conceptual de la responsabilidad y la intención que le han precedido, nos colocan en la posición de criticar severamente la metodología y el razonamiento legal empleado en el Derecho penal contemporáneo. En primer lugar, por no dotar de substancia y contenido a las nociones de responsabilidad e intencionalidad; ya que en ningún momento contemplan que hay mas allá de la acción intencional para

que pueda ser factible el libre albedrío (ejemplos: determinismo, compatibilismo, semi-compatibilismo, libertarismo...)

En este olvido de aspectos cruciales para la responsabilidad e intencionalidad (que aunque objeto de reflexión última no son baladí y por tanto no deben seguir el camino rawlsiano de ser aplazadas como cuestiones metafísicas a solucionar ulteriormente en pos de la práctica diaria) quizás es mucho más serio el hermetismo y autoreferencia metodológica y racional que el Derecho despliega. Es decir, uno no sabe muy bien la fuente de la cual obtienen sus instrumentos y herramientas para establecer el orden legal. Parecen ser más la intuición y el juicio a *priórico* del jurista en su despacho, que la verdadera comprensión por observación empírica de la naturaleza humana.

Esto parece ser así porque en múltiples manuales de Derecho penal (aunque muy de agradecer para cualquier filósofo) únicamente aparecen citas filosóficas descontextualizadas como en un intento fútil de fundamentar la autoridad del Derecho en autores del pensamiento. Pero jamás aparecerá ninguna mención explícita a textos filosóficos de tradición analítica donde se establece un diálogo directo con la ciencia, con la ciencia que estudia el comportamiento humano. Jamás se verá en un manual de Derecho penal mención alguna a procesos cerebrales afectados por secreciones hormonales o lesiones que según su zona de impacto afectan la conducta y pueden dar lugar a actos proscritos, ni tampoco el tipo de actividad neuronal que se corresponde con conductas sancionables. Mucho menos se verá referencia alguna a motivaciones psicológicas, los estímulos que las causan y todo esto ni siquiera en un intento de describir la conducta penal.

Ni siquiera aparecerán reflejados los últimos avances en neurociencia social, o tal y como se define para el caso del Derecho “neurojurisprudencia,” que investiga sobre los centros neuronales activados durante la percepción y experiencia de emociones extremas y que sabemos son factores que elicitán la proactividad o reactividad hostil, las conductas patológicas y mórbidas, si los criminales tienen un patrón de actividad neuronal distinto de los no-criminales como para que se pueda predecir su reincidencia, si es posible introducir neurotecnología (resonancia magnética funcional u otras técnicas) en los tribunales para detectar testimonios falsos etc. (Goodenough y Prhen, 2004; Aronson, 2010; Arnaudo, 2011; Rumbold, 2013).

En este sentido el Derecho en general, tan importante en nuestras vidas por su propósito de regular y normativizar la vida social, parece como si estuviera viviendo en el último reino de Taifas ajeno a la multidisciplinaridad

de las ciencias sociales y por supuesto naturales; las cuales promulgan la integración de saberes en un programa conocido como *consilience*⁷.

El Derecho esta sosteniendo, a un alto precio, lo que se denomina el Principio de Autonomía. Principio cuyo *dictum* general es prohibir cualquier tipo de intromisión por parte de una disciplina ajena, como si el Derecho creyera que la conducta humana es su objeto de estudio exclusivo. Pero tan equivocada está la dogmática y ortodoxia legal, que en las siguientes secciones de este escrito comprobaremos de primera mano lo mucho que tienen que decir muchas otras disciplinas en el Derecho, principalmente las ciencias del cerebro⁸, al mismo tiempo que analizaremos el nuevo modelo de exculpación que se ha de ajustar a la revolución conceptual en las nociones de responsabilidad e intencionalidad tal y como hemos visto.

3. EL NUEVO MODELO DE EXCULPACIÓN TRAS LA REVOLUCIÓN CONCEPTUAL EN LA RESPONSABILIDAD E INTENCIONALIDAD Y LOS AVANCES DE LAS CIENCIAS DEL CEREBRO, FILOSOFÍA DE LA MENTE Y DE LA ACCIÓN

La filosofía no solo ha madurado los conceptos de responsabilidad e intencionalidad que el Derecho utiliza, también ha contribuido a la definición y distinción de dos de los supuestos que actualmente se emplean como formas de exculpación. De entre las formas de exculpación, existen tres supuestos básicos que son los que analizaremos. Dos de ellos, como decimos, se han introducido en el Derecho gracias a la reflexión filosófica y son: la justificación y la excusación⁹. El último supuesto es la mitigación. En las dos últimas formas de exculpación, la excusación y la mitigación, debido a los recientes avances en las ciencias del cerebro particularmente en la psiquiatría¹⁰, se ha producido una transformación semántica que el Derecho aún no ha sabido apreciar y que comentaremos brevemente.

Aunque la tradición legal haya superpuesto una y otra vez la justificación con la excusación o excusa, estas dos formas de exculpación no son lógicamente equivalentes. Como cualquiera de las tres formas de exculpación, la justificación y la excusación intentan establecer una concepción normativa

7 *Consilience* es un término inglés intraducible por primera vez utilizado por W. Whewell en 1840 y que significa la explicación de los fenómenos desde múltiples niveles que se prueban como consistentes uno con el otro. Para un análisis más detallado, véase Wilson (1999).

8 Hasta ahora hemos visto como la Filosofía y su tratamiento de nociones filosóficas como la responsabilidad e intencionalidad, ha ofrecido mucho al Derecho.

9 Por excusación entendemos una forma de exculpación y no el término común del lenguaje procesal para referirse a los casos en los que jueces, árbitros o peritos se apartan de la instrucción de un auto por creer que pudieran obstruir la búsqueda de la verdad.

10 Junto con la psiquiatría también contribuye lo que actualmente se denomina "neurojurisprudencia", "neurociencia social" e incluso "neuroeconomía". Para no tener que precisar los orígenes, programas metodológicos y fines de estos tres campos de estudio multidisciplinares, es preferible usar el epíteto genérico "ciencias del cerebro" que aquí hemos estado usando a lo largo del escrito.

que niegue la culpa de un agente en la realización de un acto proscrito. Pero son dos tipos de hacer a un agente *ex culpa* totalmente distintos. La justificación acepta la responsabilidad del acto, pero niega que sea un acto incorrecto. En cambio, la excusa admite que es un acto incorrecto, pero niega cualquier tipo de responsabilidad (Austin, 1956).

La justificación se emplea en casos donde hay una interpretación consecuencialista de la norma o ética, principalmente como medio argumentativo que incide en la evitación del mal mayor. Por ejemplo, si un avión es secuestrado en pleno vuelo y los secuestradores, un grupo de terroristas fundamentalistas, planean estrellarlo contra un núcleo urbano en el cual viven más de cien mil personas y los mandos militares y fuerzas del Estado decidieran derribarlo aún a sabiendas de la pérdida de las vidas de los pasajeros inocentes; estarían evitando el mal mayor con su decisión. Y si se les pidiera responsabilidad, entonces se justificarían.

La excusa, por el contrario, se relaciona con la idea aristotélica de responsabilidad de carácter. Para Aristóteles el carácter, derivado del léxico griego *craso* que significa “grabar”, es un modo de ser que se origina a través de la habituación por el ejercicio de la virtud, la introyección de las normas sociales o el castigo y la recompensa. A su vez, esta noción de excusa relacionada con la idea aristotélica de responsabilidad de carácter, debe diferenciar dos componentes de la excusa: la ignorancia o la compulsividad. Así, si yo me excuso es o bien porque ignoro los efectos de mis actos, o porque me es imposible evitar actuar tal y como lo he hecho (Barnes, 1999).

Pero en la excusa como forma de exculpación, es difícil saber realmente si hay exención en función del *carácter constitutivo* o *carácter disposicional*. El primero de ellos es la naturaleza individual, genética diríamos hoy en día. El segundo tipo de carácter es el que me voy construyendo a través de mis actos. Pero ambos están interrelacionados y según ciertos resultados de las ciencias del cerebro y el análisis conceptual de la filosofía en la responsabilidad e intencionalidad como hemos visto; tanto la excusa como la mitigación (la última forma de exculpación que veremos en seguida) se han de eliminar de todo modelo de exculpación.

Se han de eliminar, porque no cabe entender ningún tipo de determinismo en el autocontrol y el libre albedrío que interfiera con la libertad requerida para la responsabilidad moral e incluso penal. Pero antes de presentar las evidencias que nos llevan a eliminar la excusación y mitigación y crear un nuevo modelo de exculpación, pasemos a caracterizar la última forma de exculpación que hasta ahora se había asumido, la mitigación. Ésta, la última de las tres formas de exculpación, es la reducción o atenuación de la culpa atribuida a un agente por la realización de un acto proscrito. Es en muchos aspectos similar a la excusación y al igual que esta, ha sufrido un ataque tras los últimos avances en las ciencias del cerebro y el análisis filosófico por lo que debe ser arrojada del nuevo modelo de exculpación.

Si recordamos el trabajo de H. Frankfurt cuando discutíamos la responsabilidad mas arriba, entenderemos por qué la excusación y la mitigación no tienen cabida en los modelos de exculpación contemporáneos. La principal contribución del trabajo seminal de Frankfurt fue mostrar la irrelevancia de la secuencia-alternativa de-actos y por consiguiente, el principio de Posibilidades Alternativas para ser moralmente responsable. En otras palabras, lo que verdaderamente importa para ser responsable es *lo que haces*. Pues bien, si concluimos que la posibilidad para hacer otra cosa no es necesaria para la responsabilidad porque solo lo que haces cuenta, entonces los fantasmas del determinismo desaparecen.

No hay interferencia alguna al control de nuestras acciones es la principal tesis de este escrito. Si a esto sumamos que las ciencias del cerebro han acumulado una ingente cantidad de evidencias a favor de la reconsideración de la exculpación, y consiguiente incapacitación y retribución, de ciertos agentes que tradicionalmente se les ha considerado exentos de responsabilidad tenemos que la libertad humana es real, y muy real, y por tanto las categorías del Derecho se han de modificar. La neurociencia está empezando a cambiar las nociones del Derecho sobre la conducta humana. Sin embargo, existen tendencias antitéticas en la actual neurojurisprudencia o el estudio de la aplicación de la neurociencia al Derecho. Por un lado, se encuentra la tendencia determinista que presenta algunas evidencias que ponen en cuestión el libre albedrío humano (Libet, 1999), y por el otro lado, una tendencia compatibilista que sostiene la compatibilidad entre el determinismo de la ciencia junto con la existencia de la libertad humana (Gazzaniga, 2011). Ambas tendencias de una u otra forma de ser incorporadas en la dogmática y pensamiento legal transformarían el Derecho. Pero se cree que la transformación será aún más radical de aceptar el determinismo frente a aceptar el compatibilismo. En este escrito se defiende el compatibilismo y de ser lo suficientemente razonable para ser aceptado este también trastoca muchas creencias acerca de la conducta humana como veremos más adelante.

El determinismo, la posición filosófica que dice que todos los estados actuales y futuros, intenciones, deseos y acciones están causados por acciones previas en combinación con las leyes de la naturaleza, entra en conflicto con categorías tradicionales del Derecho. La responsabilidad, la intencionalidad, la decisión, volición y culpabilidad quedarían suprimidas en su totalidad desde un marco de concepción determinista de la conducta humana. Los verdaderos fundamentos de nuestro sistema legal se tambalearían.

Porque sobre la base del escenario filosófico en el que se redefine la articulación de la responsabilidad frankfurtiana, no hay persona o individuo que siendo agente moral no pueda hacer frente a los requerimientos morales o en palabras de Strawson (1962) “actitudes moralmente reactivas” de aprobación o desaprobación, castigo o recompensa, dado que el determinismo como impedimento para atribuir responsabilidad se niega. Por otro lado, la clase de personas consideradas como agentes morales (las cuales no tienen ningún

impedimento para ser responsables según el concepto de responsabilidad frankfurtiano), ahora se extiende y abarca individuos que antes eran considerados exentos de responsabilidad. Los individuos que antes tenían exención de cualquier tipo de responsabilidad eran las personas con diagnóstico clínico (trastorno mental) y los niños. Si el determinismo socavaba los mismos principios de la viabilidad del sistema legal, el compatibilismo por su parte niega que haya ninguna persona jurídica exenta de responsabilidad.

Desde el compatibilismo tanto las personas con trastorno mental como los niños cumplen con las demandas de responsabilidad moral, e inclusive responsabilidad penal, si nos atenemos a las evidencias traídas de las ciencias del cerebro. El neurocientífico Michael Gazzaniga (2011) sostiene que el determinismo cerebral (la idea de que la actividad cerebral responsable de nuestra vida mental obedece leyes físicas) no tiene nada que ver con la idea de responsabilidad personal. El cerebro vive en un mundo social de normas que tiene que procesar si quiere interactuar con otras personas. De la misma forma que hay leyes de tráfico para que los coches interactúen, existen normas de convivencia (mediadas por el sistema legal) que hacen que las personas interactúen. Como para entender las normas de circulación y tráfico no examinamos el interior de los coches y su mecánica, para entender la responsabilidad no tenemos que centrarnos en el mecanicismo del cerebro. La responsabilidad opera a un nivel distinto del cerebro: el nivel social.

Pero sin tener que recurrir al constructivismo social de Gazzaniga, las ciencias del cerebro pueden aportar evidencias a favor de la existencia plena de la volición y libre albedrío, y aún más, con ayuda del análisis conceptual de la filosofía extenderla a todo agente independientemente del supuesto. Dos supuestos tradicionales a los que el modelo de la exculpación clásica les eximia de responsabilidad han sido la personas con trastornos mentales y el niño.

La idea popular de la impunidad del enfermo mental proviene del Derecho romano. Los juristas romanos distinguieron tres clases de enfermo mental: *demens*, *furiosus* y *mentecaptus*. Cada una de estas clases con un grado de responsabilidad, aunque por lo general asumían que había incapacidad para una actuación culpable. En nuestro país en el siglo XVI, Carlos V decretó una ordenanza con carácter penal que dejaba impunes a los enfermos mentales. En el siglo XVIII se homogenizan los criterios y se dictamina que quien este falto de razón no es capaz de cometer delito.

Actualmente, nuestro Código penal, el español, reconoce qué causas son suficientes y necesarias para la imputabilidad, pero aún se observa una cierta concepción de la responsabilidad como concepto exclusivamente jurídico donde nada tienen que decir las ciencias del cerebro o el análisis sistemático de la neurofilosofía. Es evidente que es un error. Los juristas y los tribunales son los instrumentos reconocidos para determinar cuando se comete un acto ilegal.

Pero en la medida en que sean las motivaciones, creencias, deseos (en definitiva los estados de nuestro cerebro) las entidades generadoras de nuestra conducta, la ciencia del cerebro junto con un análisis riguroso es indispensable para la justicia informada. Y tanto la ciencia del cerebro como el análisis riguroso, muestran que hay un tipo de responsabilidad que es atribuible aún en la aflicción de un trastorno mental severo debido a una autonomía residual y autógena en el trastorno mental (Mitchell, 2003).

En este sentido la persona con trastornos mentales no se ve acogido a lo que Dennett en su día denominó el *terrorífico tribunal exculpatorio*. Las verdaderas amenazas a la responsabilidad¹¹ (libre albedrío) no son metafísicas, sino políticas y sociales (Dennett, 2003: 289 y ss.). Porque en las salas de justicia, quizás debido a un razonamiento jurídico-legal poco atento a los avances en las ciencias del cerebro, a cómo se forman nuestras mentes, a lo que conocemos de sus causas y efectos en la conducta, a la potencialidad de nuestra libertad que sobresale de la congelación de la explicación causal y el presunto determinismo físico; se este favoreciendo la idea de la imposibilidad de la libertad humana y por ende de la responsabilidad.

Pero ¿el caso del niño es distinto? Siendo coherentes con los datos que nos ofrecen la psicología del desarrollo, la neuropsicología y la conexión lógica y sistematización de todo ese conocimiento por parte de la filosofía de la mente; la casuística del niño no es muy diferente.

Gracias al desarrollo de las técnicas de exploración ultrasonora (ecografía, cardiocografía) se ha confirmado que el niño desde el periodo fetal recibe y procesa una gran cantidad de entradas sensoriales. Estas evidencias han dado carta de naturaleza al estudio de la cognición fetal. De acuerdo con los investigadores en cognición fetal, el feto comienza aprender desde el mismo útero (Spence y DeCasper, 1987; Mehler y Dupoux, 1994). A pesar de que el ser humano es un mamífero altricio¹², las células corticales se diferencian a los cuarenta días de la fertilización, el sistema auditivo madura a la trigésima semana de gestación y mucho antes lo hacen las fibras nerviosas del sistema motor (Fernández Guinea, 2003).

Distintas partes del cerebro (hipocampo, ganglios basales, cerebelo) lo hacen durante el intervalo que comprende el nacimiento y los cuatro años, la facultad del lenguaje y su función comunicativa a los cinco años esta altamente desarrollada; y la atención, memoria y funciones ejecutivas a los seis ya se cristalizan. Filosóficamente hablando, el trabajo de los teóricos del contenido no conceptual (CNC), evidencia la necesidad de aceptar instancias de autoconciencia presentes en el ser humano desde el nacimiento sin necesidad del

11 Ya sea del paciente con trastornos mentales o del niño, añadimos nosotros.

12 *Altricial* es un anglicismo de difícil traducción que se aplica en biología del desarrollo y etología. Hemos optado por traducirlo como "altricio". Este termino describe a las aves jóvenes o mamíferos que tienen un desarrollo sensoriomotor tardío y que por tanto dependen de sus padres para la alimentación y supervivencia hasta su completa maduración.

lenguaje (e incluso en otros animales) que son ontológicamente más primitivas que los estados de conciencia de alto nivel (Bermúdez, 2003).

Todas estas evidencias presentadas si se les dota de sentido y estructura y no los vemos únicamente como hallazgos inconexos pertenecientes a campos de estudio particulares, nos dicen que el niño es un agente consciente y por lo tanto responsable desde mucho antes de lo que pensábamos; al igual que la persona con desordenes mentales.

4. DISCUSIONES

El Derecho tal y como actualmente lo entendemos puede redefinirse y transformarse a la luz de los nuevos avances de la neurociencia y de la teorización filosófica. Múltiples disciplinas están contribuyendo a un cambio radical en la concepción de varias categorías de suma importancia para el Derecho. Entre los cambios más drásticos, junto con la reconsideración de la responsabilidad e intencionalidad, está la introducción de un nuevo modelo de exculpación limitada y restringida el cual acepta la responsabilidad y albedrío humano libre de interferencia alguna independientemente del supuesto considerado. Este nuevo modelo de exculpación es deflacionista e inflacionista al mismo tiempo. Por una parte, es deflacionista porque reduce la aplicación de exculpaciones, y por otra parte, es inflacionista porque aumenta el número de personas consideradas como agentes morales. Deflacionista en la medida en que el agente cuando actúa lo hace por razones causales que emergen de la maquinaria cognoscitiva y decisoria de un sistema físico como el cerebro que se rige por leyes estocásticas (probabilísticas y por tanto no-determinadas). Por último, inflacionista en la medida en que amplía el margen potencial de agentes morales al considerarse que no hay exculpaciones fuertes en tanto que la causalidad de la maquinaria cognoscitiva de los sujetos funciona de un modo no-determinado.

5. BIBLIOGRAFÍA

Anscombe G. E. M. (1957), *Intention*. Blackwell.

Arnaudo L. (2011), "Cognitive Law: An Introduction". *Law Journal*. 19, 1-12.

Aronson J. (2010), "The Law's Use of Brain Evidence". *Annual Review of Law and Social Science*. 6, 93-108.

Austin J.L. (1956), "A Plea for Excuses". *Proceedings of the Aristotelian Society*, 57, 1-30.

Barnes J. (1999), *Aristoteles*. Madrid: Cátedra.

Bermúdez J. L., (2003), *Thinking without Words*. Oxford: Oxford University Press.

Churchland P. (1989), *Neurophilosophy: Toward a Unified Science of the Mind-Brain*. Cambridge. MIT Press.

Dennett D. (2003), *Freedom Evolves*. Londres: Allen Lane.

Fernández Guinea S., (2003), "Desarrollo y maduración del cerebro y adquisición de capacidades cognitivas". En Á. Ruano Hernández (coord.) *Neuropsicología infantil*. Madrid: Fundación MAPFRE Medicina.

Frey R. y Morris C. (1991), "Introduction". En R. Frey y C. Morris (eds) *Liability and Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gazzaniga M. (2011), *Who's In Charge? Free Will and the Science of the Brain*. Nueva York: Ecco.

González Lagier D. (2013), *Las Paradojas de la Acción: Una Introducción a la Teoría de la Acción Humana desde el Punto de Vista del Derecho y de la Filosofía*. Madrid. Marcial Pons.

Goodenough O. y Prehn K. (2004), "A Neuroscientific Approach to Normative Judgment in Law and Justice". *Philosophical Transaction of the Royal Society of London B*, 359, 1709-1726.

Hamilton V. (1978), "Who is Responsible? Towards a Social Psychology of Responsibility Attribution". *Social Psychology* 41, 316-328.

Hart H.L.A. (1968), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press.

Hurley S. L. (2003), *Justice, Luck and Knowledge*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.

Libet B. (1999), Do We Have Free Will? *Journal of Consciousness Studies*. 6, 47-57.

Malle B. y Knobe J. (1997), "The Folk Concept of Intentionality". *Journal of Experimental Social Psychology* 33, 101-121.

McKenna M. y Widerker D. (2003), "Introduction". En D. Widerker y M. McKenna (eds) *Moral Responsibility and Alternative Possibilities: Essays on the Importance of Alternative Possibilities*. Hampshire: Ashgate.

Mehler J., Dupoux E. (1994), *What Infants Know: The New Cognitive Science of Early Development*. Cambridge: Blackwell.

Mitchell E. W. (2003), *Self-Made Madness: Rethinking Illness and Criminal Responsibility*. Hampshire: Ashgate.

Moore M. (2011), *Causalidad y Responsabilidad: Un Ensayo sobre Derecho, Moral y Metafísica*. Madrid: Marcial Pons.

Rumbold J. (2013), "Neurolaw and the future". *Kaleidoscope* 5, 146-150.

Russell B. (1967), *The Problems of Philosophy*. Oxford: Oxford University press.

Spence M. J. y DeCasper A. J. (1987), "Prenatal Experience with Low-Frequency Maternal Voice Sounds Influences Neonatal Perception of Maternal Voice Samples". *Infant Behaviour and Development*, 10.133-42.

Strawson P.F. (1962), "Freedom and Resentment". *Proceeding of British Academy*. xviii, 1-20.

Wilson E. O. (1999), *Consilience: La Unidad del Conocimiento*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.