

Universidad Torcuato Di Tella
Escuela de Derecho

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 25, Número 1, diciembre 2024

Incompatibilismo duro y derecho penal: una respuesta posible

Facundo J. Regis

Formato de cita recomendado

Facundo J. Regis, "Incompatibilismo duro y derecho penal. Una respuesta posible",
Revista Argentina de Teoría Jurídica 25 1 (2024)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a
revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad
Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

ISSN edición impresa 1851-6831

ISSN edición digital 1851-684X

Incompatibilismo duro y derecho penal: una respuesta posible

Facundo J. Regis[†]

Resumen: Derk Pereboom sostiene la tesis del incompatibilismo duro, esto es, que el determinismo físico es incompatible con la responsabilidad moral. Esto acarrea un problema para la justificación filosófica de la pena ya que el acto irresistible resulta intuitivamente irreprochable. Frente a ello, Pereboom brinda una respuesta. En este trabajo, se buscará, en primer lugar, discutir la compatibilidad de la respuesta de Pereboom respecto de las bases filosóficas y jurídicas de nuestro andamiaje penal. Luego, en segundo lugar, se propondrá una solución que, aunque contingente, logra dar respuesta al interrogante.

Palabras clave: incompatibilismo, determinismo, responsabilidad moral, justificación de la pena.

Abstract: Derk Pereboom supports the thesis of hard incompatibilism, i.e., that physical determinism is incompatible with moral responsibility. This causes a problem for the philosophical justification of punishment since the irresistible act is intuitively irreproachable. Pereboom provides an answer to this problem. In this paper, we first seek to discuss the compatibility between Pereboom's answer and the philosophical and legal bases of our penal framework. Then, we will propose a solution that, although contingent, provides an answer to that question.

Key words: incompatibilism, determinism, moral responsibility, justification of punishment.

[†] Abogado (UCA), Diplomado en Derecho Constitucional Profundizado (UCA), Diplomado en Abogacía Pública (ECAE).

1.- Introducción

Derk Pereboom es un defensor del incompatibilismo duro. La tesis defendida sostiene que, dado el determinismo causal -esto es, la idea de que la relación causal es inevitable y conduce necesariamente a efectos irresistibles-, el libre albedrío y, por derivación, la responsabilidad moral, son insostenibles.¹

Esto lleva a un problema fundamental al interior de nuestras prácticas jurídico-políticas. Una de ellas, el objeto de este trabajo, es la justificación de la pena como fundamento legitimante del accionar punitivo del Estado. Sin responsabilidad moral difícilmente sea sostenible la imposición de una pena a un agente que comete un delito. Pereboom es consciente de esta dificultad y propone una solución a partir de la recuperación de una tesis de Ferdinand Schoeman respecto de la justificación de las medidas de seguridad.

A pesar de esto, hay una serie de dificultades que subsisten, algunas de carácter jurídico y otras de carácter ético-político. Se señalarán algunas y cómo se puede terminar por justificar, y bajo qué condiciones, la tesis de Pereboom.

Para ello, se comenzará exponiendo la tesis de Pereboom sobre el llamado incompatibilismo duro y la propuesta que recupera de Schoeman para justificar la pena. Luego, se mostrará cómo se insertaría dicha tesis al interior de la concepción actual del derecho penal a nivel filosófico y a nivel jurídico, específicamente vinculada con las nociones de derecho penal de acto y de autor, y cómo esta vinculación implica un dilema. Finalmente, se propondrá una solución que resuelva contingentemente el problema.

2.- La justificación de la pena en el incompatibilismo duro

Pereboom defiende que: a) la responsabilidad moral se funda en la *fuerza* de la acción; y b) la responsabilidad es incompatible tanto con un sistema de determinismo causal como con uno

¹ Sobre esto, uno podría discutir varios puntos. Por un lado, el determinismo causal, para eso nos debiéramos valer de teorías filosóficas de la causalidad e incluso de teorías físicas. Por otro lado, se podría discutir la idea de responsabilidad y libre albedrío, esto es, sostener que el determinismo y la responsabilidad moral no son incompatibles. Pereboom se ha encargado de neutralizar estas alternativas, pero ello no será el punto de este trabajo.

indeterminista, lo que implica que cualquier forma de compatibilismo sea falsa.² Esta última tesis se denomina como incompatibilismo duro.³

En primer lugar, entiende que la responsabilidad moral se explica “...por el hecho de que la acción tiene una historia causal del tipo que le permite al agente ser la fuente de su acción de un modo específico”,⁴ a esto lo denomina responsabilidad moral de *fuentes*. No entraremos aquí a desarrollar sus argumentos. Simplemente nos limitaremos a señalar que su posición se diferencia de aquella que funda la responsabilidad moral en la posibilidad de alternativas múltiples o, dicho de otra manera, en el *margen* de acción.

En segundo lugar, Pereboom sostiene que esa responsabilidad de *fuentes* es incompatible tanto respecto de un esquema determinista⁵ como de uno indeterminista. Para sostener su tesis recurre a su “argumento de los cuatro casos” en el cual, a través de un experimento mental en el que plantea cuatro escenarios distintos en los que se evidencian las causas de las acciones de un agente, muestra cómo ellas son incompatibles respecto de nuestras exigencias intuitivas para imputar responsabilidad moral. No entraremos aquí a discutir dichos argumentos, sino que tanto este, como el expuesto en el párrafo anterior, serán dados por sentado.

Establecidas sus tesis, Pereboom se preguntará si es posible, y si lo es, en qué medida, justificar la pena en los casos de conducta criminal. Para ello, analizará distintas posturas en torno a la justificación de la pena. En primer lugar, descarta el retribucionismo. Para esta postura, la aplicación de la pena se justifica por el merecimiento del delincuente: quien comete un delito merece la pena. Sin embargo, el concepto de merecimiento requiere necesariamente de una responsabilidad moral cuya posibilidad aquí fue descartada. Por lo tanto, el retribucionismo no es una buena alternativa.

En segundo lugar, considera la postura que justifica a la pena en su faceta educativa. Hay quienes consideran que la pena está justificada en tanto eduque al delincuente y lo permita insertarse armónicamente en la sociedad. Pero se carece de evidencias empíricas que demuestren

² “Yo sostengo (...) que no seríamos moralmente responsables si el determinismo fuera verdad, pero también que careceríamos de responsabilidad moral si el indeterminismo fuera verdad y si las causas de nuestras acciones fueran exclusivamente estados o eventos. Si las causas de nuestras acciones fueran exclusivamente estados o eventos, las historias causales indeterminadas de las acciones serían tan amenazantes para la responsabilidad moral como las historias deterministas lo son”. (Pereboom, D. (2013). *Incompatibilismo duro*. En J. M. Fischer, R. Kane, D. Pereboom, & M. Vargas, *Cuatro perspectivas sobre la libertad*. Marcial Pons, p. 111)

³ Pereboom señala que “aceptar el incompatibilismo duro requiere negar nuestra visión ordinaria de nosotros mismos como culpables de acciones inmorales y dignos de elogio por acciones que son moralmente ejemplares” (Ibíd., p. 143).

⁴ Ibíd., p. 112.

⁵ Por *determinismo* entendemos “la tesis de que en cualquier momento (hasta el fin) el universo tiene exactamente un futuro físicamente posible” (J. M. Fischer, R. Kane, D. Pereboom, & M. Vargas, *Cuatro perspectivas sobre la libertad*. Marcial Pons, p. 16).

que esto sea posible. Las penas criminales son demasiado gravosas como para fundarlas en bases tan endebles. Aún más, si ello fuera posible y la única función de la pena fuera la educativa, probablemente haya métodos de reinserción menos agresivos y, por lo tanto, preferibles.

En tercer lugar, otro de los intentos de justificar la pena es su carácter disuasivo. Esta postura suele defenderse por dos teorías de justificación de la pena, la utilitarista y aquella que sostiene que la pena es una aplicación de la legítima defensa. La primera es cuestionable ya que llevaría a conclusiones tan absurdas como la aplicación de una pena a un inocente sólo porque maximiza el bienestar general. Por otro lado, la teoría que justifica la pena como la aplicación de la legítima defensa frente a la agresión ilegítima de otros tiene el problema de que, cuando es condenado, el delincuente no representa un riesgo para nadie. No se repudia una agresión ilegítima porque su peligro no es concreto.

Por último, encuentra una posible respuesta en un artículo de Ferdinand Schoeman. Allí, el autor busca establecer una justificación para la aplicación de medidas de seguridad civiles a los sujetos. Las medidas de seguridad se aplican a sujetos peligrosos de manera preventiva, pero no revisten el carácter de pena propio del derecho penal. El típico caso es el de un sujeto peligroso, pero que no tiene control de sí mismo por, por ejemplo, padecer de alguna deficiencia cognitiva. Schoeman propone equiparar esta situación con la de una cuarentena. Supongamos que un barco arriba a los puertos nacionales y se detecta que su tripulación se halla infectada por un virus. Esta infección no genera un compromiso grave a la salud de los tripulantes, pero su alta contagiosidad produciría una rápida e inevitable expansión en la población del Estado al que arriba. Al respecto, Pereboom sostiene:

Si un niño está infectado con un virus contagioso y mortal que adquirió antes de nacer, la cuarentena puede a pesar de todo ser legítima. Ahora bien, supongamos que un asesino en serie sigue siendo un grave peligro para una comunidad. Incluso si no es moralmente responsable por sus crímenes, sería legítimo detenerlo como es poner en cuarentena a un portador de una enfermedad contagiosa mortal que no es responsable de ello.⁶

Esta idea permite sostener la necesidad de neutralizar la peligrosidad del agente como fundamento de la pena. Ahora ya no restringida al ámbito de las medidas de seguridad, sino extendida al derecho penal. Además, da una explicación razonable de ciertas características del derecho penal vigente. La graduación de la pena se justifica a partir del grado de peligrosidad del agente. No es lo mismo la peligrosidad que implica el hurto de una manzana que el asesinato en serie. Otra explicación que brinda este enfoque es que da un marco teórico a la pretensión de

⁶ *Ibíd.*, p. 145.

rehabilitación de nuestro sistema penal en tanto en este esquema implica la disminución o pérdida de peligrosidad del agente.

Entonces, si el determinismo es el caso y Pereboom está en lo cierto en afirmar que una de sus consecuencias es su incompatibilidad respecto de cualquier tipo de responsabilidad moral, la diferencia entre un caso que exija una medida de seguridad y uno en el que se exija una pena del derecho penal deviene una mera cuestión de grados. No hay una diferencia sustancial entre ambos casos basada en la reprochabilidad moral en un caso y en la irreprochabilidad moral, sumada a la peligrosidad, del otro. En ambos casos, el énfasis recae en la peligrosidad del agente. No hay otro móvil que justifique la pena.

Ahora bien, surge el interrogante de cuán compatible es la propuesta de Pereboom respecto a la justificación de la pena con nuestro sistema penal vigente. A continuación, se desarrollarán algunas ideas al respecto.

3.- La pena como neutralización del peligro en el derecho penal liberal

El derecho penal liberal es la filosofía política de base que hace a los sistemas jurídicos penales de los estados occidentales.⁷ Se la suele caracterizar como aquella que tiende a la protección de un margen de autonomía de los individuos frente al *ius puniendi* estatal. Ante la tendencia expansiva del poder punitivo estatal, el derecho penal liberal busca garantizar una esfera de protección individual.⁸

Uno de los elementos distintivos del derecho penal liberal es el principio jurídico del *nullum crimen sine lege praevia* (ningún crimen sin una ley previa), también llamado principio de legalidad, que permite adecuar preventivamente la conducta a las exigencias sustanciales del ordenamiento jurídico en cuestión. Esta idea tiene una vinculación esencial con el concepto de estado de derecho, esto es, la idea de derecho como armazón formal que garantiza la previsibilidad respecto de las reglas de juego aplicables a un Estado.

A su vez, del principio de legalidad se derivan una serie de prohibiciones cuyo incumplimiento compromete al propio principio. Claus Roxin, en este sentido, señala las prohibiciones de la analogía, de la aplicación de la costumbre como fuente de derecho penal, de la retroactividad penal y de la indeterminación en leyes penales y penas.⁹

⁷ Esto a pesar de que ciertos autores consideran que actualmente dicha ideología se encuentra en peligro. Ver Rosler A. (2022). *Si quiere una garantía compre una tostadora*. Ediciones del Sur.

⁸ Ver Creus, C. y Basílico, R. (2020). *Derecho penal. Parte general*. Astrea, p. 15.

⁹ Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Parte General, Tomo 1*. Civitas, p. 140 y sigs.

Respecto de la última de las prohibiciones, el principio de legalidad devendría superfluo si no debiera especificar las características del hecho punible.¹⁰ De allí que la ley debe definir con determinado grado de precisión aquellas conductas que deben de considerarse delito. En Argentina, la principal ley penal es el Código Penal. Allí, se establecen de manera taxativa los delitos punibles, el rango de su pena, ciertas condiciones generales sobre las exigencias para que una acción sea considerada delito y para que un sujeto sea imputado de aquel y criterios también generales para la aplicación de la pena. Ahora bien, todo este conjunto normativo presupone la noción de delito, noción que no es definida por la propia ley argentina. Fue tarea de los autores de la dogmática penal definirlo, lo hicieron como *la acción típica, antijurídica y culpable*.

No ahondaremos sobre los adjetivos, sino sobre el sustantivo. El delito es una acción. Los autores de la dogmática penal no se ponen de acuerdo sobre los alcances de esta noción. Hay distintas teorías en pugna por su definición. Sin embargo, todas tienen algunos caracteres en común. Ramón Luis González, luego de desarrollar las distintas propuestas y como conclusión, sostiene que “debe mantenerse una noción de acción, por razones prácticas, para evitar la consideración del tipo ante sucesos indomables por la voluntad humana”.¹¹ En el mismo sentido, Claus Roxin sostiene que:

...el concepto de acción tiene el cometido de excluir todo lo que (...) no se toma en consideración para un enjuiciamiento jurídico penal: así, sucesos causados por animales, actos de personas jurídicas, meros pensamientos y actitudes internas, pero también modificaciones del mundo exterior no sometidas al control y dirección del aparato psíquico, como sucede con los ataques convulsivos, los delirios, etc.¹²

Luego, define a la acción de la siguiente manera:

... es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal ("somática") del hombre, o "del ámbito material, vital y animal del ser", sin estar sometidos al control del "yo", de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano.¹³

Para estos autores, entonces, es necesario que la voluntad domine a la conducta para estar en presencia de una acción en sentido penal.¹⁴ Esto vislumbra un problema respecto de la tesis de

¹⁰ *Ibíd.*, p. 141.

¹¹ Ramón Luis González, «Sobre el concepto jurídico-penal de acción en el derecho penal moderno», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*. 4, n.º 7 (s. f.): 276.

¹² Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*. Civitas, pp. 234 y 235.

¹³ *Ibíd.*, p. 252.

¹⁴ Otro punto interesante, pero que no hace al punto de este trabajo, es que la idea de acción que tienen estos autores parece acercarse a aquella tesis de Pereboom respecto de la responsabilidad moral como fuente. Es la causalidad redirigida por el “yo” la que permite calificar de acción a una conducta en términos penales y es determinado carácter

Pereboom. Se podrían discutir los alcances de la noción de dominación de la acción. Hay quienes sostienen que el determinismo no implica con necesidad la negación de la dominación. En tanto el carácter del sujeto afecte el flujo causal de los eventos, ese sujeto se constituye como causa y en esto se fundaría la supuesta responsabilidad moral. Pereboom niega esta posibilidad, la voluntad humana no domina los actos porque estos, en definitiva, no dependen de él.

Retornando a la teoría del delito, con este paréntesis respecto del rol de la acción al interior de la estructura del delito queremos mostrar que toda justificación occidental del poder punitivo del Estado reside en una idea fundamental. El centro de imputación que decide si es aplicable o no la pena es la comisión de una acción, una acción cuya definición involucra la idea de dominación. Esta noción, central a todo ordenamiento jurídico-penal occidental, es llamada por los autores como *derecho penal de acto* o *derecho penal de hecho*.¹⁵

El derecho penal de acto tiene su fundamento jurídico en el orden constitucional. Esto implica que, en caso de considerar deseable una modificación jurídica, no sea suficiente la sanción de una ley, sino que se exige una reforma constitucional. Al respecto, Marcelo Sancinetti señala que:

... puede entenderse contenido o presupuesto en el “principio de legalidad”, al menos en tanto la formulación de éste en el texto constitucional argentino (art. 18, Const. Nacional) habla de “... sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. La pena presupone, pues, una infracción a la norma, la cual debe identificar un hecho, no una clase de autor (ser “vago o maleante”). Esto ya implica una decisión en contra de una posición como la del antiguo positivismo criminológico: no es legítimo ir en busca de un “tipo de autor”; es condición de la reacción penal “un hecho típico”.¹⁶

En definitiva, el ordenamiento jurídico en su totalidad, desde la cúspide constitucional hasta las ramificaciones en los derechos específicos, exigen que lo que penalmente se juzgue y lo que *justifica* la pena sea la comisión de determinado acto indeseable y no las características del agente comisor.

de la causalidad el que permite imputar responsabilidad moral en el marco de la tesis de la fuente, carácter que bien puede ser las características de ese “yo”. Este concepto de acción en términos penales no hace referencia a la posibilidad de alternativas múltiples.

¹⁵ Cabe aclarar cierto alcance conceptual de la noción de derecho penal de acto. En lo que sigue, se considerará al acto como condición necesaria y no suficiente para la imposición de determinado castigo. Dicho recorte no compromete la idea fundamental de considerar al derecho penal de acto como una derivación del principio de legalidad penal.

¹⁶ Sancinetti, M. (2020). *Casos de derecho penal: parte general*. Hammurabi, p. 66.

En la vereda opuesta al derecho penal de acto y repudiado unánimemente por los juristas, se encuentra el *derecho penal de autor*.¹⁷ Consiste en una imputabilidad no centrada en el acto, sino en las características personales del agente comisor. Si consideramos disvalioso determinado rasgo del carácter, entonces la pena se justifica en tanto se neutralice dicho rasgo. Resulta inevitable vincular esta idea con la tesis de Pereboom de asociar la pena con la peligrosidad de un agente. No importan las acciones concretas del sujeto, sino una característica disvaliosa de su personalidad. Entonces, resulta encuadrable dicha tesis dentro del derecho penal de autor.

Nuestro ordenamiento rechaza de raíz esta alternativa. Roxin señala cómo el derecho penal de acto es una necesaria derivación del principio de legalidad que establece que “no hay delito ni pena sin ley”, troncal de nuestro ordenamiento jurídico penal:

Está claro que el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a “un elemento criminógeno permanente” en la persona del autor o “al ser-así humano de la personalidad que hay que castigar” y que midan por ese baremo la clase y cuantía de la sanción. Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho.¹⁸

Los doctrinarios dan por supuesto los motivos para rechazar esta opción y defender un derecho penal de acto. Resulta muy intuitiva la indeseabilidad moral de esta alternativa, preferimos juzgar lo que las personas hacen a lo que las personas son.

Zaffaroni sostiene que hay dos tipos de defensas posibles para el derecho penal de autor: la espiritualista y la materialista:

El derecho penal de autor imagina que el delito es síntoma de un *estado del autor*, siempre inferior al del resto de las personas consideradas *normales*. Este estado de inferioridad puede sostenerse desde el espiritualismo o desde el materialismo mecanicista. Para los espiritualistas tiene naturaleza *moral* y, por ende, se trata de una *versión secularizada de un estado de pecado jurídico*, en tanto que para los otros es de naturaleza *mecánica* y, por ende, se trata de un *estado peligroso*.¹⁹

¹⁷ De manera espejada a la nota al pie n.º 11, el derecho penal de autor será entendido bajo el alcance conceptual de que los rasgos considerados peligrosos del autor serán condición necesaria y no suficiente para la imposición de un castigo. Dicho recorte no compromete las críticas vertidas contra dicha postura.

¹⁸ Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Parte General, Tomo 1*. Civitas, p. 176.

¹⁹ Zaffaroni, E. R. (2007). *Manual de Derecho Penal*. Ediar, p. 49.

Entre estos dos tipos, aquel al que la tesis de Pereboom nos conduce es al derecho penal de autor materialista. Esto en tanto es el mecanicismo determinista el que configura la personalidad dañosa del agente. La tarea del derecho penal será neutralizar esa peligrosidad de manera tal que la probabilidad de que acontezcan hechos que consideramos indeseables se vea reducida.

El derecho penal de autor, entonces, implica que la imputabilidad de una pena no recae sobre las características de un hecho, sino en las del sujeto. Se deben penar ciertos rasgos de la personalidad considerados indeseables y cuya neutralización en la sociedad se encuentra justificada.

Lo que en este apartado se buscó mostrar es cómo de la noción de derecho penal liberal se desprende el principio de legalidad que, a través de la exigencia de la noción de delito, implica una determinada idea de acción vinculada con el derecho penal de acto.²⁰ A su vez, mostrar que el derecho penal de autor es repudiado por la dogmática penal y el ordenamiento jurídico.

A continuación, se cruzarán dichas nociones con la postura de Pereboom respecto de la justificación de la pena.

4.- El dilema jurídico-moral

Pereboom, al recuperar la tesis de Schoeman, sacarla del ámbito de las medidas de seguridad y aplicarla al derecho penal, busca justificar la pena como método para la neutralización de la peligrosidad de los sujetos. Ahora bien, si la peligrosidad se manifiesta en ciertos rasgos de la personalidad del agente, entonces son determinadas personalidades las que operarían como centro de imputación de la pena. Si lo que queremos evitar es retirar a los sujetos peligrosos de la sociedad y la peligrosidad es un rasgo de la personalidad, entonces se les deberían aplicar penas privativas de la libertad a aquellos sujetos que posean dichos rasgos. Esta es la tesis de Pereboom que equipara su postura con el derecho penal de autor.

Se puede rechazar por políticamente incorrecta una postura de dicho tipo. Es la respuesta que uno puede esperar de un sujeto que vive en una sociedad donde sea reconocida la doctrina de los derechos humanos y el consecuente derecho penal liberal. Sin embargo, el punto de este trabajo no es hacer un análisis de dicho tipo sino rastrear las consecuencias a las que se arribaría tomando como premisa cierta a la tesis de Pereboom.

²⁰ El derecho penal de acto es una derivación del derecho penal liberal, pero no lo agota. En este trabajo, sin embargo, nos ceñimos al análisis del compromiso que la tesis de Pereboom implica respecto del derecho penal de acto y, por carácter derivado, del derecho penal liberal.

El problema que hace a este trabajo es el siguiente. Dado que el fundamento de la pena es la neutralización de la peligrosidad, entonces, verificada la peligrosidad, es imputable la pena. Este razonamiento no requiere la comisión de ningún acto delictivo. Es decir, no hay razones para no penar a un sujeto cuya peligrosidad haya sido verificada, pero que no haya cometido ningún delito. Si un sujeto comete un delito menor, pero es menos peligroso que otro que no cometió ningún delito, entonces este último sería más susceptible de reproche penal. Más aún, si el criterio justificador es la disminución de la peligrosidad al interior de la sociedad, entonces el mejor sistema penal, el más eficiente, es aquel que garantice la ausencia de delitos por estar todos los sujetos peligrosos previamente privados de libertad. Este razonamiento, que parece consistente con la tesis de Pereboom, colisiona con nuestras intuiciones morales y con todo el sistema penal occidental donde el criterio de la imputación reside en los actos delictivos y no en los rasgos de la personalidad.

Surge, entonces, un dilema. En un cuerno tenemos la alternativa de rechazar la opción de basar nuestra teoría de la pena en la peligrosidad del agente manteniéndonos como estábamos, pero, como nuestra premisa de análisis es dar por sentada la tesis de Pereboom, asumiríamos nuestra inconsistencia. Esta decisión sería puramente pragmática, aun a costa de la solidez del argumento. El otro cuerno del dilema consiste en asumir hasta las últimas consecuencias a la neutralización de la peligrosidad del agente como justificación de la pena. Esto llevaría a omitir las exigencias de nuestras intuiciones morales permitiendo, y exigiendo, que sean penados los rasgos de los agentes, antes que sus actos, aun en circunstancias a primera vista absurdas como las que vimos con anterioridad. Sumado a ello, se exigiría una reformulación de todo nuestro sistema penal, incluyendo normativa legal, constitucional e internacional de los derechos humanos.

A partir de una distinción conceptual podríamos elaborar una respuesta que permita salvar el problema. La tesis de Pereboom implica que la *justificación de la pena* recaiga en los rasgos peligrosos de la personalidad del agente y no en su accionar. Pero no necesariamente esto implica que el *centro de imputación* en el caso concreto recaiga sobre esos rasgos. Si logramos justificar que todavía tiene sentido, en un escenario donde la responsabilidad moral no lo tiene, imputar la pena al acto y no al rasgo de la personalidad, entonces habremos salvado el problema.

Cuando se busca justificar la pena se busca responder al interrogante acerca de por qué podríamos penar a nuestros pares, qué razones tenemos para privarlos de su libertad. Otra cuestión es determinar el elemento que funciona como centro de imputación del delito, es decir, el elemento que vincula esa finalidad buscada por la justificación de la pena con el agente al que esa pena se le imputa. Habiendo legitimado al poder punitivo del Estado a partir de la justificación de la pena, entonces necesitamos un elemento que permita establecer un vínculo entre ese poder punitivo y

el agente. Ese enlace no necesariamente tiene que ser el rasgo de la personalidad, podría ser un hecho. A continuación, ensayaremos una respuesta en este sentido.

5.- Una solución contingente

Schoeman en su artículo sostiene que uno de los problemas que surgen a la hora de medir la peligrosidad son los instrumentos de medición. A esta altura del desarrollo técnico resulta imposible establecer criterios certeros de medición de la peligrosidad, máxime si se considera la gravedad de las consecuencias que la imputabilidad de la peligrosidad podría acarrear. Si en el escenario de las medidas de seguridad esto es un problema, más aún lo es en el de las penas del derecho penal en tanto estas resultan más gravosas.

Según ciertos autores,²¹ el poder punitivo del Estado tiende a maximizar su pulsión punitiva. El derecho penal liberal²² pretende contener dicha pulsión como un dique permitiendo abrir su cauce bajo determinadas y estrictas condiciones. Una de estas garantías es el denominado principio *in dubio pro reo*, cuya implicancia es que, en un marco probatorio, en caso de duda se resolverá en favor del acusado. Si se sigue este razonamiento, el cual resulta intuitivamente convincente, se exigiría en el caso de la detección de peligrosidad en el marco de la tesis de Pereboom un juzgamiento restrictivo de la peligrosidad. Esto significa que sólo en un escenario de certeza se considera derrotada la presunción de inocencia. En cualquier marco de duda se considera que el imputado es inocente.

Si tomamos ambos puntos, por un lado, la imposibilidad técnica de determinar la peligrosidad del agente, por el otro, las garantías penales liberales, entonces tenemos un problema práctico: no habría forma de derribar la presunción de inocencia. Entonces, cabe preguntarse, ¿de qué manera podríamos encontrar un elemento lo suficientemente seguro como para sostener la certeza de peligrosidad y, a la vez, sea corroborable técnicamente?

Actualmente, no contamos con los medios técnicos necesarios para corroborar con certeza ni la existencia de peligrosidad en un agente ni el grado en que ella se encuentra,²³ pero contamos con un elemento que satisface las intuiciones morales y las exigencias objetivas de peligrosidad:

²¹ Ver Zaffaroni, E. R. (2007). *Manual de Derecho Penal*. Ediar.

²² O derecho penal garantista, lo que es lo mismo.

²³ En la película de ciencia ficción *Minority Report*, John Anderton, el personaje protagonizado por Tom Cruise, es un policía de una división especial encargada del *precrimen*. A partir de las visiones de tres sujetos modificados genéticamente llamados *precogs*, se puede prever con certeza la comisión de un delito. La división de *precrimen* es la encargada de detener al sujeto que va a cometer el delito antes de que lo haga. Ese escenario muestra un sistema penal que pena la peligrosidad del agente independientemente de la comisión o no del delito. Sin embargo, a diferencia de nuestra realidad, allí se cuenta con los medios tecnológicos adecuados para garantizar la certeza en el resultado.

la comisión del hecho delictivo. El haber realizado la conducta disvaliosa es la mejor evidencia en favor de la peligrosidad del agente.

Bien se podría sostener que, si la finalidad del derecho penal es la neutralización del peligro del agente, entonces esperar a la comisión del hecho dañoso para aplicar la pena deviene un sinsentido. Sin embargo, eso sería considerar a la peligrosidad respecto de una conducta particular, cuando lo que se busca es neutralizarla respecto de la conducta repetida del agente. Esto porque un agente peligroso no es quien comete un delito, sino quien tiene tendencia a cometerlo independientemente de su concreción.

También se podría sostener que es posible que un sujeto cometa un delito cuya consecuencia sea más disvaliosa que otro delito, pero que el agente comisario sea menos peligroso. Sin embargo, es inherente al concepto de derecho el establecimiento de criterios generales según los cuales los sujetos se someten a leyes que les son previas y donde, sea quien sea quién comete el hecho disvalioso, se configura el antecedente fáctico que dispara la sanción penal. Esa generalidad, derivada de los principios jurídicos y constitucionales de legalidad y de igualdad y que es, por lo tanto, necesaria al ordenamiento jurídico, plasmada en criterios de tal índole, trae como consecuencia que exista cierta brecha entre la finalidad de la norma y las consecuencias concretas de ella. Muchas veces existe una brecha en ese sentido derivada de una mala técnica legislativa, pero necesariamente hay una irreductible e insanable derivada del carácter general de la ley y de la naturaleza abierta del lenguaje. Este tipo de brechas deben ser toleradas ya que la alternativa sería un derecho sin ley, es decir, un derecho donde los jueces decidan según su conciencia y sin limitaciones preestablecidas cuál es la pena justa aplicable al caso.²⁴ La herramienta jurídica para sanear, en la medida de lo posible, dicha brecha es la graduación de la pena por parte del juez. La comisión del delito es el hecho que manifiesta más certeramente la peligrosidad de un agente.

Retomando la distinción introducida en el apartado anterior entre la justificación de la pena y su centro de imputación, aquí la justificación, es decir, el motivo por el que resulta deseable la pena sigue siendo la neutralización de la peligrosidad del agente. Esto permite ser fieles a la tesis de Schoeman en tanto la pena del derecho penal se encuentra justificada porque aísla al sujeto peligroso de la sociedad. Por otro lado, el centro de imputación, es decir, el elemento que permite adjudicar con certeza la peligrosidad del agente y por lo tanto la necesidad de la pena, no es sino más la peligrosidad sino ella manifestada en un hecho calificado como delito.²⁵ Esto permite ser consecuente respecto de los principios rectores del derecho penal liberal.

²⁴ En ese sentido, se podría sostener que dicha práctica ni siquiera podría ser calificada como derecho. Por lo tanto, ese es un problema de teoría del derecho y no de justificación de la pena.

²⁵ Para H.L.A Hart, las instituciones sociales no sólo deberían afirmarse sobre su propósito general, sino que deben considerarse los efectos disvaliosos que la aplicación irrestricta de las medidas tendientes a la protección de dicho

En definitiva, los cimientos fundamentales del edificio del derecho penal se modifican. Pasan de una concepción iluminista y basada en la libertad del agente a una determinista basada en su peligrosidad. Pero, ello no trae la consecuencia de destruir el edificio del derecho penal para construir uno nuevo. La llave que estabiliza al sistema es la concreción del hecho delictivo como manifestación indudable de la peligrosidad del agente.

6.- Conclusión

La finalidad de esta monografía fue rastrear las consecuencias que tendría tomar como premisa verdadera a la tesis de Pereboom respecto de la justificación de la pena en un escenario determinista. Ello condujo a notar cierto desfasaje entre dichas consecuencias y el estado actual de la disciplina del derecho penal, no sólo esto en el orden normativo, sino en el más profundo orden filosófico-jurídico. La principal colisión que se evidencia es entre los principios que fundan el derecho penal de acto y la justificación de la pena basada en la neutralización del peligro social.

Como posible neutralización de dicho problema se propuso una solución contingente: en tanto el estado de la técnica no logre determinar con certeza la peligrosidad de un agente, servirá como la mejor evidencia posible la comisión del acto previamente calificado como delito por vía de una ley. Es decir, será tomado como peligroso aquel agente que cometió el hecho que deriva de su peligrosidad.

Esta solución puede tener gusto a poco. Resulta sospechosamente oportuno terminar en el lugar desde el que se partió. Sin embargo, esto no implica, con necesidad, la debilidad del argumento. De todos modos, se deja abierta la puerta a que en un futuro donde la peligrosidad sea detectable y cuantificable busquemos nuevas razones para actuar como actuamos.

propósito produciría sobre otros principios valorativamente relevantes. Por ello, propuso distinguir entre el objeto primario de la ley, al que llamó, en el marco del análisis de la institución del castigo, justificación general del castigo y los criterios para adjudicar la pena, a los que llamó distribución de la pena (ver Hart, H.L.A. (2019). *Castigo y responsabilidad*. Marcial Pons, pp. 47 y sigs.). Dichas nociones resultan equiparables a lo que aquí hemos llamado justificación y centro de imputación, respectivamente.

7.- Bibliografía

Creus, C. y Basílico, R. (2020). Derecho penal. Parte general. Astrea.

Hart, H.L.A. (2019). Castigo y responsabilidad. Marcial Pons.

Pereboom, D. (2013). Incompatibilismo duro. En J. M. Fischer, R. Kane, D. Pereboom, & M. Vargas, Cuatro perspectivas sobre la libertad. Marcial Pons.

Ramón Luis González, «Sobre el concepto jurídico-penal de acción en el derecho penal moderno», Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. 4, n.o 7 (s. f.): 276.

Rosler A. (2022). Si quiere una garantía compre una tostadora. Ediciones del Sur.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal: Parte General, Tomo 1. Civitas.

Sancinetti, M. (2020). Casos de derecho penal: parte general. Hammurabi.

Zaffaroni, E. R. (2007). Manual de Derecho Penal. Ediar.