

Adrian Sgarbi

Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil



Sobre Libertad y Elecciones
Un Análisis del Ámbito de los Límites y las Posibilidades del
Neuroderecho

draft text – work in progress – please don't quote
comments are welcome

Working Paper n. 22

asgarbi@puc-rio.br

Paper prepared for the Bocconi University meeting, Milan, Italy.

09/15/2011

Abstract

The theme of free will has been regarded, although not always with clarity, in three distinct levels: a) as a descriptive question; b) as a substantive question; and as c) a prescriptive question. On the first plane it is asked what is involved when free will is spoken of; on the second plane, what is important to know is if human beings possess or not this characteristic of free will; on the third plane, the question involved is what we must do with this knowledge. The problem is that the isolation caused by isolationist's descriptions, either in the neuro-scientific field, or in the philosophical field, has led to deadlocks, which effect is the assertion of free human behavior being an illusion, and free will, a great mystery. This article offers an analysis of the problematic relationship between these three levels starting from a criticism of certain descriptive postures, in order to adjust the debate to what appears to be most relevant to the juridical discourse: the sphere of human actions which are subject to the judgments of responsibility.

Keywords: Free will; law; human action; responsibility; neurolaw.

Acknowledgements

Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto DER2010-21331-C02-02, del Ministerio de Ciencia e Innovación (España) y conforme al acuerdo celebrado entre la Universidad de Girona y la Pontificia Universidade Católica de Rio de Janeiro, Brasil. Me Gustaría expresar mi agradecimiento a los profesores Jordi Ferrer, Maribel Narvaez, Nicola Muffato, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Daniel Gonzales Lagier y Jonatan Valenzuela por las observaciones hechas, por la paciencia con los accidentes de mi castellano y por su amistad.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. ¿PERSONAS COMO ORDENADORES?.....	5
III. CONCEPTO DE "SER LIBRE"	10
1. La condición de la autodeterminación del agente	10
2. La condición de las posibilidades empíricas de las elecciones	12
IV. EL MISTERIO DE LA LIBERTAD	14
1. Primera Oposición.....	14
2. Segunda Oposición.....	16
V. APENAS UNA ILUSIÓN.....	18
VI. MI CEREBRO ME HIZO HACER ESO	20
1. State of Utah v. Tomas R. Herrera.....	20
2. People State New York v. Herbert Weinstein	21
3. Roper v. Simmons	23
4. Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Ass'n.....	25
V. EXPLOTANDO POR OTRO COSTADO	27
1. Primer ajuste: Ajuste de Categoría	29
2. Segundo ajuste: Ajuste de Proyecto	31
3. Tercer ajuste: El Ajuste de la Razón.....	34
VIII. CONCLUSIONES.....	38

I'm free to do what I want any old time
I'm free to do what I want any old time
So love me hold me love me hold me
I'm free any old time to get what I want¹
-Rolling Stones

I. INTRODUCCIÓN

En lo referente al caso *de Steward Mach. Co. v. Davis* Justice Benjamin Nathan Cardozo afirmó que “Hasta el momento, el derecho ha sido orientado por un fuerte sentido común que asume la libertad de la voluntad como una hipótesis de trabajo en la solución de los problemas jurídicos”². Dicha hipótesis, que ya había sido defendida cuando apenas se

¹ *I'm free*, Out of Our Heads, 1965.

² U.S. Supreme Court, *Chas. C. Steward Mach. C. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937).

circunscribe a reflexiones filosóficas acerca de la responsabilidad humana³, parece sufrir ahora un nuevo frente de consideraciones. Esto se debe a que la neurociencia aparece en los discursos de los tribunales para ser contestada, ya sea en casos que involucran el derecho civil o el derecho criminal⁴. En los medios de comunicación⁵, con mayor o menor amplitud, los especialistas han difundido todo tipo de experimento y presentado dichos experimentos con gráficos, opiniones técnicas y nuevas máquinas a través de las cuales, afirman, demuestran lo que dicen.⁶ Actualmente, el uso judicial de algunas de estas técnicas y su poca sostenibilidad en algunas situaciones ha sido enfatizado, a su vez, sobre todo, en el contexto de la prueba judicial y de la duda razonable.⁷

³ A. Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Los Angeles, University of California Press, 1975.

⁴ Vea el ítem VI de este estudio y también: *Entertainment Software Ass'n. v. Blagojevich*, 404 F. Supp. 2d 1051 (N.D. Ill. 2005) (Caso “videojuegos violentos”); *Fini v. General Motors Corp*, No. 227592, 2003 Mich. App. LEXIS 884 (Mich. Ct. App. Apr. 8 2003) (Caso “daños cerebrales después de un accidente e indemnización”); *People v. Weinstein*, 591 N.Y.S.2d 715 (N.Y. Sup. Ct. 1992) (Caso “deformación cerebral y acto violento”); *People v. Goldstein*, 786 N.Y.S.2d 428 (N.Y. Sup. Ct. 2004) (Caso “enfermedad mental de un agente que ha empujado a una mujer a los rieles del metro causando su muerte”).

⁵ S. Kershaw, *The Hunt for Sniper: The Dead. Escaping the Grip of Cancer, Only to Die at a Sniper's Hand*, New York Times, October 16, 2002; s/a, *The Future of Mind Control. People Already Worry about Genetics*, The Economist, May 23rd, 2002; M.S. Gazzaniga/M.S. Steven, *Neuroscience and the Law*, Scientific American, 16, 2005; A. Liptak, *Supreme Court Rule on Executing Young Killers*, The New York Times, January 4, 2005; C. Lane, *5-4 Supreme Court Abolishes Juvenile Executions*, The Washington Post, March 2, 2005; D. Overbye, *Free Will: Now You Have It, Now You Don't*, The New York Times, January 2, 2007; J. Rosen, *The Brain on the Stand: How Neuroscience is Transforming the Legal System*, The New York Times Magazine, March 11, 2007; S. Saul, *"The Ambien Case" - Some Sleeping Pill Users Range Far Beyond Bed*, The New York Times, 2008; R.L. Hotz, *The Brain, Your Honor, Will Take the Witness Stand (Researchers Probe How the Mind Determines Crime and Punishment, but Science Isn't Beyond a Reasonable Doubt)*, The Wall Street Journal, January, 15, 2009; A. Liptak, *Justices Limit Life Sentences for Juveniles*, New York Times, March 17, 2010; D. Eagleman, *The Brain on Trial*, The Atlantic Magazine, July/August, 2011.

⁶ fMRI o funcional MRI (Functional Magnetic Resonance Imaging), por ejemplo, se hizo recurrente en casos que involucran la pena de muerte. O.R. Goodenough/K. Prehn, *A Neuroscientific Approach to Normative Judgement in Law and Justice*, in "The Royal Society", 2004; T. Chorvat/K. MacCabe, *The Brain and the Law*, in "The Royal Society", 2004; W. Sinnott-Armstrong/A. Roskies/T. Brown/E. Murphy, *Brain Images as Legal Evidence*, in "Episteme", 2008.

⁷ F. Schauer, *Can Bad Science be Good Evidence?*, in "Cornell Law Review", 95, 2010.

En este sentido, se puede decir que el tema del libre albedrío ha sido considerado, aunque no siempre con claridad, en tres niveles distintos: a) como una pregunta descriptiva; b) como una pregunta sustantiva; y c) como una pregunta prescriptiva. En el primer plano se pregunta qué es lo que hay involucrado cuando se habla del libre albedrío; en el segundo plano, lo que importa saber es si los seres humanos poseen o no esta característica de libre albedrío; en el tercer plano, la pregunta involucrada es qué debemos hacer con este conocimiento [II-IV].

Este artículo ofrece un análisis de la problemática relación entre estos tres niveles comenzando por una crítica de ciertas posturas descriptivas. Al final, se sugiere que las descripciones aisladas, ya sea en el campo neuro-científico, o en el campo filosófico, han llevado a un callejón sin salida, cuyo efecto es la aseveración de que el comportamiento humano libre es una ilusión, y el libre albedrío, un gran misterio [V]. Como posible salida, se presentan tres ajustes al debate de forma que no sólo sea inteligible al campo jurídico [VI], sino también provechoso para el uso de los avances del neuro-derecho (*neurolaw*), circunscribiéndolo [VII].

II. ¿PERSONAS COMO ORDENADORES?

Cuando enciendo mi ordenador cada pieza que lo compone desempeña una función. Él contiene muchos componentes y cada uno de ellos cumple una determinada tarea. En el supuesto caso que alguno de esos componentes no esté funcionando perfectamente, mi ordenador podrá no desarrollar bien lo que yo espero al ejecutar un programa. Siendo así, al encender mi ordenador y no obtener ninguna respuesta, apenas se constata que la situación de frustración en relación a la imposibilidad de su uso era inevitable por las insuficientes condiciones físicas de la máquina.

Con el término “determinismo” se designa la tesis genérica según la cual todo evento o estado de cosas es provocado por eventos o estado de cosas anteriores considerando que ellos están regidos por las leyes de la naturaleza.⁸ Se dice, asimismo, que un hecho está causalmente regido por los hechos anteriores, así como por las leyes de la

⁸ R.C. Weatherford, *Determinism*, in Ted Honderich (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

naturaleza, cuando esos acontecimientos no pueden dejar de ocurrir sin violar leyes físicas o sin que hechos anteriores diferentes hayan ocurrido.

Sin embargo, a pesar de que la afirmación anterior sea relativamente simple, la noción de causalidad se ha expandido en los últimos años con el objetivo de alcanzar fenómenos relativos a la propia formación fisiológica de los seres humanos y a sus causas síquicas. Esto se debe al hecho de que la ciencia contemporánea reconoce la existencia de factores intrínsecos a la mente humana y a la herencia genética, como también al medio ambiente, que puede influenciar en la manera de reacción del ser humano.⁹ A partir de la exacerbación de estas afirmaciones, dos argumentos se volvieron frecuentes: el argumento de 1) “la causalidad a distancia” y el argumento de 2) “la inevitabilidad”.¹⁰

(1) Conforme al argumento de la “causalidad a distancia” la acción de los agentes es apenas un reflejo de condicionamientos genéticos, del ambiente e inclusive de la formación social (determinismo genético). Se reconoce así, que las acciones humanas son tan libres como la acción de un ordenador que cumple las especificaciones de “fábrica”, es decir, las mismas provienen de programaciones biológicas que pueden presentar defectos y son previsibles.¹¹

(2) Según el argumento de la “inevitabilidad”, los seres humanos son considerados meramente como seres reactivos en términos de sus capacidades síquicas (determinismo psicológico). Siendo así, un cleptómano reacciona de acuerdo con su situación peculiar la cual lo impulsa a hurtar; aquel que sufre de una compulsión psicológica intrusiva realiza repetidas veces el mismo acto; el niño maltratado apenas puede volverse un agente peligroso al llegar a ser adulto; y, en ninguno de esos casos tiene mucho sentido atribuirle cualquier libertad a la reacción, de modo que ellos apenas hacen lo que pueden hacer.¹²

⁹ E. Sober, *Core Questions in Philosophy: A Text with Readings*, New York, Prentice Hall, 2004, pp. 67-74; C.S. Nino, *Los Límites de la Responsabilidad Penal: Una Teoría Liberal del Delito*, Buenos Aires, ASTREA, 1980, pp. 367-368.

¹⁰ C.S. Nino, *Los Límites de la Responsabilidad Penal: Una Teoría Liberal del Delito*, pp. 368-369.

¹¹ E. Sober, *Core Questions in Philosophy: A Text with Readings*, pp. 73-74.

¹² E. Sober, *Core Questions in Philosophy: A Text with Readings*, p. 74; T.S.F. Jr., *Liberdade e Responsabilidade Penal*, in "Seqüência", 1980, pp. 99-105.

Como es posible notar, la noción de determinismo parece colocar en duda la libertad humana y, en último análisis, la propia utilidad de las normas. Esto se debe a que, como los seres humanos hacen parte del mundo natural, siempre se podrá cuestionar: si todos los fenómenos ocurren necesariamente, ¿será que hay algún margen para acciones libres? ¿Los seres humanos son esclavos del determinismo? ¿Esto significa que no existe libertad posible?

Estas cuestiones están lejos de ser nuevas, asimismo, continúan despertando perplejidad y produciendo disconformidad. El porqué de ellas, sencillamente, parece derivar de que los hombres no pueden ser libres.¹³

Estas son las dos proposiciones relacionadas en el debate:

(*PD*) Proposición Determinista: «Todas las acciones poseen causas que las determinan»;

(*PL*) Proposición de la Libertad: «Somos libres en nuestras acciones».

A partir de estas proposiciones, dos tipos de teorías buscan contestar al problema de la libertad: a) el incompatibilismo y b) el compatibilismo. Por un lado, los incompatibilistas defienden que el enunciado «Todas las acciones poseen causas que las determinan» es inconciliable con el enunciado «Somos libres en nuestras acciones»; por otro lado, los compatibilistas afirman que los mismos son enunciados conciliables y prosiguen en la defensa de esta tesis.

Según la proposición elemental del incompatibilismo, los enunciados *PD* y *PL* son inconciliables, de modo que ambos son mutuamente exclusivos y conjuntamente exhaustivos. Sin embargo, los teóricos incompatibilistas no forman una única línea de pensamiento con relación a las consecuencias de aceptarse esa imposibilidad de convivencia.¹⁴ De ahí la diferencia entre:

¹³ M.D. Caro, *Determinismo e Libero Arbitrio: Rinascita di una Controversia*, in M.D. Caro, *Caso, Necessità, Libertà*, Napoli, CIEN, 1998, pp. 167-195.

¹⁴ R. Kane, *The Significance of Free Will*, New York, Oxford University Press, 1996; T. O'Connor, *Persons and Causes: The Metaphysics of Free Will*, New York, Oxford University Press, 2000.

(I) Teóricos incompatibilistas “radicales” (*hard determinism*); y

(II) Teóricos incompatibilistas “libertistas”.

Para los “incompatibilistas radicales” (I), por ser el primer enunciado verdadero, de eso resulta que carecemos de cualquier libertad. Por lo tanto, ellos son llamados “*hard determinists*” porque aunque eso sea una verdad difícil de ser aceptada, el hecho es que la libertad es una ilusión resultante de una equivocada proyección subjetiva humana; el hombre no está, realmente, dotado de ninguna voluntad libre dado el hecho de que sus decisiones están determinadas. Es decir, que:

Si *PD*, entonces *no-PL*

PD

Por lo tanto, *no-PL*

En cambio, para el “libertismo” (II) es el segundo enunciado, el enunciado verdadero. En estos términos:

Si *PD*, entonces *no-PL*

PL

Por lo tanto, *no-PD*

La tesis central del libertismo es que apenas es posible que haya libertad en un ambiente indeterminístico.¹⁵ Según entienden sus defensores, ese ambiente indeterminista se encuentra en alguna parte de nuestra construcción cerebral que posibilita voluntades autoformadas, las SFA's (*self-forming actions*). Dichas voluntades autoformadas son las que constituyen nuestro carácter y motivos, convirtiéndonos en lo que somos.¹⁶

Apartándose de estos contrastes, lo que más importa es que ambas formulaciones “incompatibilistas” poseen en común la concordancia con la afirmación de ser inconciliables *PD* y *PL*. Porque ser “incompatibilista” es defender la tesis de la imposible convivencia entre la “libertad” y el “determinismo”. Asimismo, mientras el

¹⁵ S. Wolf, *The Importance of Free Will*, in "Mind", 90, 1981, pp. 386-390.

¹⁶ S. Nichols, *The Folk Psychology of Free Will: Fits and Starts*, in "Mind & Language", 19, 2004, pp. 473-502.

“incompatibilismo radical” afirma esta incompatibilidad para negar la libertad, el “libertismo” afirma esta incompatibilidad para negar el propio determinismo en nuestras decisiones.

El problema es que si la libertad y el determinismo parecen ser incompatibles, lo mismo puede decirse con respecto al indeterminismo. Porque decir que las decisiones tomadas por nuestro cerebro son consecuencias de eventos indeterminados es lo mismo que decir que la libertad afirmada se funda en la falta de control sobre nuestras acciones o está constituida por efectos aleatorios, de modo que nuestras elecciones serían seleccionadas, al fin, sin relación con nuestros objetivos u opiniones. En este sentido, no es un hecho que el proverbio “el enemigo de mi enemigo es mi amigo” sea verdadero en todas las situaciones.

Como se desprende de lo dicho, contra el incompatibilismo, y como salida para el indeterminismo, se ha defendido la tesis del determinismo que no excluye el enunciado de la libertad. Esta tesis es designada “compatibilismo” (*compatibilism*). Para el “compatibilismo”, si el enunciado *PD* es verdadero (en el caso que todas las acciones sean determinadas causalmente) nada impedirá que no seamos libres, es decir, *PL* puede ser un enunciado también verdadero.¹⁷ Por lo tanto, según el compatibilismo, la proposición determinista y la proposición de la libertad son ambas verdaderas.

Esto significa que el determinismo es verdadero, pero podemos actuar con libertad; las acciones humanas son libres y al mismo tiempo causalmente determinadas. Para el compatibilismo la libertad no exige la ausencia del determinismo causal y mucho menos implica la negación de las relaciones psicológicas de nuestras acciones. Y afirman esto, en último análisis, señalando que el choque entre la libertad y el determinismo es apenas aparente. Para poder explicarlo, los compatibilistas afirman que se debe indagar “lo que se entiende por libertad”.¹⁸ O sea, ellos no se atreven a negar la existencia del enunciado *PD* y la importancia de la comprensión de la causalidad física, psicológica o genética. Lo que está en destaque es el refinamiento del segundo enunciado, es decir, el enunciado *PL*.

¹⁷ D. Davidson, *Libertad para Actuar*, in D. Davidson, *Ensayos sobre Acciones y Sucesos*, Mexico, Critica, 1995, pp. 85-106; D. Lewis, *Are we Free to Break the Law?*, in "Theoria", 47, 1982, pp. 113-121; S. Wolf, *The Importance of Free Will*, pp. 386-405.

¹⁸ C.S. Nino, *Los Límites de la Responsabilidad Penal: Una Teoría Liberal del Delito*, pp. 373-374.

Procediendo así, el compatibilismo no apenas niega el incompatibilismo en todas sus formas, sea en la forma del “libertismo”, sea en la forma *hard* del determinismo radical, sino que también asume la tarea de comprobar aquello que afirma.

III. CONCEPTO DE "SER LIBRE"

Sobre la base de los problemas anteriormente citados, conforme se ha referido, la estrategia compatibilista consiste en proponer una reformulación del enunciado de la libertad para que evidencie los engaños del incompatibilismo. A partir de ahora, esa estrategia se expondrá a través de la explicitación de dos condiciones frecuentemente afirmadas por los compatibilistas como “las condiciones de la libertad”:

- (1) la condición de la “autodeterminación” del agente; y
- (2) la condición de las “posibilidades empíricas de elegir”.

1. La condición de la autodeterminación del agente

Todos los días realizamos una serie de previsiones sobre lo que va a ocurrir basándonos en la experiencia: al colocar algunas cucharadas de azúcar en el café solo o americano se “endulza”; al proyectar nuestras piernas hacia adelante entramos en “movimiento”; al beber agua “satisfacemos” nuestra sed, etc.; la implicación obvia de esas experiencias es la de confiar en que algo funcione o funcionará como ya ocurrió en el pasado y apoyamos esa impresión en la noción que generalmente poseemos sobre la causalidad. Uno de los más elementales ejemplos de eso es el control a través de reprimendas a algunos comportamientos, como también los elogios dirigidos a las conductas aprobadas en el Derecho.¹⁹ Creemos que ellos tienen alguna utilidad porque les atribuimos alguna eficiencia en términos de provocar cambios en el mundo.

Con el objetivo de explicar todo esto salvaguardando el campo de la libertad, los compatibilistas sustentan la exigencia de la autonomía (o capacidad de autodeterminación del individuo) como primera condición para definir a alguien como libre. Según esta

¹⁹ H. Kelsen, *The Law as a Specific Social Technique*, in H. Kelsen, *What is Justice? (Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science)*, Los Angeles, University of California Press, 1957, p. 231; N. Bobbio, *Le Sanzioni Positive*, in N. Bobbio, Milano, Comunità, 1977, pp. 33-42.

exigencia, el agente actúa libremente apenas cuando sus acciones no están determinadas exclusivamente por factores ajenos a su voluntad, sean estos factores genéticos o fisiológicos de alguna naturaleza.

Así, para Harry Frankfurt, la cuestión de la autodeterminación se resuelve con una jerarquía de voluntad. Su construcción es compatibilista porque entiende que su teoría posibilita identificar una voluntad libre que tiene sentido delante del determinismo.²⁰

La diferencia entre los seres humanos y los demás mamíferos (Frankfurt los denomina “mamíferos inferiores”) es que los seres humanos son capaces de tener deseos sobre deseos. A esos estados mentales complejos Frankfurt los llama “deseos de segundo orden”. Por ejemplo, todos los días yo deseo comer tortillas de patatas (papas). Este es mi deseo de primer orden. Aunque eso sea verdad, yo también deseo no tener el deseo de comer tortillas de patatas todos los días porque comiendo tortillas de patatas todos los días estoy engordando. El segundo deseo puede ser traducido en yo no quiero desear comer tortillas de patatas o tantas tortillas de patatas todos los días.

Según Frankfurt, los animales menos sofisticados que los seres humanos pueden tener deseos de primer orden, pero no deseos de segundo orden. Un perro puede desear comer carne, y, por lo tanto, es capaz de sentir deseos de primer orden. Sin embargo, él, el perro, no es capaz de desear no comer carne todos los días. Él no es capaz de tener deseos de segundo orden, de reflexionar con respecto al deseo inicial y negarlos, si es ese el caso.²¹

Los deseos de segundo orden, pueden asumir versiones distintas.²²

La primera de ellas es no querer tener el deseo que se tuvo inicialmente. Aquí tenemos el ejemplo de las tortillas de patatas nuevamente.

²⁰ H. Frankfurt, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, in "The Journal of Philosophy", 68, 1971, pp. 9-10.

²¹ H. Frankfurt, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, pp. 10-11.

²² H. Frankfurt, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, pp. 17-18.

La segunda es querer adquirir el deseo que no se tiene. Piénsese en esta situación. Yo no tengo el deseo de comer comida saludable todos los días, pero me gustaría tener este deseo.

La tercera es la de que los deseos de primer orden están en conflicto con otro deseo de primer orden. Yo quiero adelgazar y al mismo tiempo quiero comer tortillas de patatas. El deseo de segundo orden en este escenario es que yo quiero que el deseo de adelgazar prevalezca sobre el deseo de comer tortillas todos los días porque entiendo que el deseo de comer tortillas todos los días es un deseo malo debido al hecho de que yo quiero adelgazar.

Según Frankfurt, los seres humanos son capaces de pensar sobre sus deseos y reflexionar lo que les gustaría continuar deseando o no; y, eso, porque son seres que actúan conforme a razones o motivos. Por lo tanto, siempre que los seres humanos actúan conforme a sus deseos de segundo orden ellos están actuando con libertad. En este sentido, los viciados en determinada droga, agentes mentalmente perturbados, como aquellos que tienen la compulsión de lavarse las manos hasta llegar al hueso, ellos no son libres porque no tienen la capacidad de establecer deseos de segundo orden. Aunque ellos establezcan el deseo de no desear usar drogas, siempre que ese deseo no prevalece ellos no están siendo libres. En síntesis, la libertad para Frankfurt es la voluntad que es eficaz en producir comportamiento, de modo que cuando el agente manifiesta eficazmente la voluntad que desea, la voluntad como él quiere, él tiene voluntad libre, él tiene libertad, él tiene *free will*.²³

Así, para Frankfurt, los niños, las personas con problemas mentales o, inclusive, las personas con compulsiones (como la cleptomanía) no son autónomas y, siendo así, no son libres, porque aunque puedan establecer deseos de primer orden no están en condiciones de establecer preferencias o deseos de segundo orden eficaces. Esos agentes viven apenas en un mundo sin capacidad autorreflexiva y, por lo tanto, apenas tienen deseos determinados.

2. *La condición de las posibilidades empíricas de las elecciones*

Aunque se acepte el abordaje compatibilista, el mismo, propiamente, explica apenas la acción libre sobre el aspecto de la “libertad de decisión”. Y esta libertad es reconocida o

²³ H. Frankfurt, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, p. 20.

no a través de una lectura negativa: en caso que exista cualquier contaminación que, sola, sea la causa de la decisión, el agente no está libre. Entretanto, la ausencia de constricciones no es suficiente para atestiguar la libertad del agente; y no es suficiente porque el agente en cuestión puede bien no encontrar “condiciones para hacer lo que elige”. O sea, se trató de la “libertad de decisión”, pero no de la “libertad de acción”. Por lo tanto, nada se ha dicho al respecto del problema de la eficacia causal de la voluntad manifestada.²⁴

Por libertad de acción se puede entender la posibilidad de hacer lo que se quiere hacer. O sea, tener libertad de acción es poder convertir preferencias en un contexto realizativo.

Dos ejemplos pueden ilustrar la diferencia entre esas condiciones de la libertad:

(1) Condición de decisión sin la condición de acción: Un ejemplo evidente de la condición “de decisión” sin la condición “de acción” es la situación del coche averiado del hombre perezoso. Imaginemos que “José Perezoso” sale para comprar el pan manejando su coche y que la panadería donde compra su pan queda en la misma cuadra de donde él reside, de tal modo que para ir a la panadería él apenas precisa salir con su coche y siempre girar a la derecha. Imaginemos ahora que el coche de “José Perezoso” tiene un grave defecto, de modo que apenas es posible girar a la derecha. E imaginemos también que “José Perezoso” durante todo el tiempo que manejó su coche, aunque tuviera la condición de decidir maniobrar a la izquierda, él apenas maniobró a la derecha;

(2) Condición de acción sin condición de decisión: Al mismo tiempo, la situación de condición “de acción” sin condición “de decisión” puede ser imaginada cuando reflexionamos sobre la situación de aquel que, por sufrir de sonambulismo,²⁵ anda de un lado hacia el otro mientras duerme. Aun en el hecho de realizar movimientos, los mismos no son propiamente voluntarios.

Siendo así, la “acción libre” parece depender de dos cosas:

²⁴ T. O'Connor, *Alternative Possibilities and Responsibility*, in "Southern Journal of Philosophy", 31, 1993, pp. 49-52.

²⁵ S. Saul, *"The Ambien Case" - Some Sleeping Pill Users Range Far Beyond Bed*, ob. cit., 2008.

(a) Depende de que no existan impedimentos u obstáculos que imposibiliten al agente de realizar aquello que quiere. Como, también, la “acción libre”

(b) Depende de poder decidir realizar o no realizar algo, en atención a la propia voluntad no contaminada, por factores que impidan la acción física del agente.

Se concluye, de esta forma, que la “libertad” depende de la inexistencia de “imposiciones que contaminen la decisión” y de “imposiciones que contaminen la acción”.²⁶ Según esta noción, pensar en libertad sin decisión es pensar en algo sin sentido; y pensar en libertad sin acción es pensar en algo vacío.

IV. EL MISTERIO DE LA LIBERTAD

En atención a las condiciones anteriores, transcurrieron oposiciones incompatibilistas. Oposiciones en las cuales se apoyaron algunos autores para hablar de un “misterio de la libertad”, misterio que no raramente ha generado posturas escépticas con relación al problema garantizado por no tener solución.

1. Primera Oposición

Como primera oposición específica, se ha afirmado que aunque se acepte la condición de autodeterminación como una de las condiciones para que alguien sea libre, esta condición dice poco. Y dice poco porque siempre se podrá insistir que aun las decisiones “libres” conforme a la “condición de autodeterminación” están determinadas por

²⁶ En este aspecto los compatibilistas recurren a la obra «Principia Ethica» de George E. Moore, en la cual consta la siguiente formulación: «Se puede decir, en un sentido perfectamente legítimo, que una acción es imposible solamente porque la idea de ejecutarla no se nos ocurre. Entonces, en este sentido, las alternativas que se le ocurren a una persona serían las únicas alternativas posibles, y la mejor de ellas sería la mejor acción posible según las circunstancias, siendo, consecuentemente, abarcada por nuestra definición del “deber”. Pero cuando hablamos de la mejor acción posible como siendo nuestro deber, entendemos por el término cualquier acción que en ninguna otra circunstancia conocida evitaría, si la idea de la misma se nos hubiera ocurrido». G.E. Moore, *Principia Ethica*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 252. Esta condición puede ser dicha así: «Para que la acción humana sea libre, además de ser tributaria de una voluntad autodeterminada por el agente, esta decisión autodeterminada debe ser tal que, si el agente hubiese decidido diferentemente, también la acción de la cual ella depende sería diferente». H. Kahane, *Thinking about Basic Beliefs*, Belmont, Wadsworth, 1983, pp. 245-373.

influjos cerebrales “en el agente” que operan conforme a las especificaciones químico-físicas cuando éste delibera.

En este contexto, las tesis del “determinismo psicológico” y del “determinismo genético” suenan asustadoras. Porque considerada la tesis del determinismo psicológico, nuestro comportamiento es, de un modo o de otro, psicológicamente compulsivo; y, según la tesis del determinismo genético, hacemos lo que nuestra construcción genética posibilita. O sea, se puede decir que esa “voluntad relevante” es enteramente determinada. De esta forma, no habría real “voluntad libre”. Esto significaría que no apenas hay determinación de la voluntad en las situaciones patológicas, sino también en las de “normalidad”.

Además, como hemos analizado, si la propuesta de Frankfurt es que las personas actúen libremente cuando los deseos de segundo orden se relacionan de manera específica con los deseos de primer orden, esto significa que, la real libertad consiste en si se pueden alterar los deseos de primer orden reflexionando deseos sobre esos deseos. El problema de esta formulación es que se puede también preguntar por qué en su “meta-deseo” el agente es libre.

Considerando esta insistencia, un camino probable pasa a ser el de reconocer que pensar sobre la libertad es un desperdicio o, al menos, algo que, por estar predestinado al fracaso, no presenta muchas ventajas cuando nos ocupamos de ella.

Thomas Nagel, por ejemplo, asume esta posición. Para Nagel, «(...) existen diversas posibles soluciones [para el problema de la determinación de la libertad] y no sabemos cuál es la correcta. Este es un caso en el cual, en el transcurso de una amplia discusión pública sobre el tema, nadie (esta es mi opinión) propuso ninguna cosa increíble».²⁷

Además, Nagel no está solo en este punto. Es conocida la defensa de Peter Van Inwagen según la cual la libertad es un “misterio sin solución”.²⁸ De ahí afirmar que «(...) por considerar imposible encontrar una solución a este problema que creo que es interesante, la sugestión recientemente formulada por Noam Chomsky (...). Según Chomsky, en nuestra biología, en la forma con la cual el pensamiento fue “instalado” en

²⁷ T. Nagel, *Una Visión de Ningún Lugar*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 163.

²⁸ P.V. Inwagen, *An Essay on Free Will*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 174.

nuestros cerebros, existe alguna cosa que hace con que para nosotros, los seres humanos, sea imposible resolver el misterio de la libertad metafísica». Para apoyar sus conclusiones Van Inwagen no esconde referencias a las ideas de Colin MacGinn, autor que, como Chomsky, señaló que «el libre albedrío es un misterio y en eso consiste su imposibilidad».²⁹ O sea, lo que está por detrás de estos posicionamientos encuentra su razón de ser en la consideración del plan interno o mental de las decisiones.

A ese paso, la formulación de MacGinn es relativamente sencilla. Para MacGinn, cuando un agente quiere comer alguna cosa y ve una manzana sobre la mesa, él la coge para comérsela. Este es un ejemplo típico de causalidad mental. Sin embargo, en esta decisión, mejor dicho, en la trayectoria de esta causalidad mental, ¿Existe algún espacio para la libertad? Según MacGinn, no. De esta manera, tanto los incompatibilistas “libertistas” como los “compatibilistas” no habrían resuelto la cuestión satisfactoriamente: todas esas construcciones fallan teniendo en cuenta que la causalidad mental – que es según MacGinn el real lugar de discusión de la libertad – es irreductible a la causalidad física y, por lo tanto, no puede ser tratada como una “causa externa de constrictión”. Siendo así, siempre según MacGinn, un modelo explicativo de la causalidad mental que quiera ser suficiente al explicar las acciones no compulsivas debe abordar el problema del control que el agente posee sobre sus propias acciones y de la posibilidad de decidir diversamente delante de las opciones que le son presentadas. Concluye MacGinn que la pregunta sobre lo que es la libertad está destinada a la insuficiencia.³⁰

2. Segunda Oposición

Como segunda oposición específica se puede decir que la condición de las posibilidades alternativas de elección es cuestionable. En este punto se puede traer el ejemplo de la “habitación trancada” de Locke.

Locke en el §10 del Capítulo XXI titulado «Del Poder», en sus «Ensayos Sobre el Entendimiento Humano», pregunta si podemos dudar de la libertad de un agente que, en un sueño profundo, es conducido hasta una habitación donde se encuentra una persona que él

²⁹ C. MacGinn, *The Mysterious Flame*, New York, Basic Books, 1999, p. 168.

³⁰ C. MacGinn, *The Mysterious Flame*, pp. 167-168.

deseaba mucho ver.³¹ Cuestiona Locke, si supusiéramos que el agente al despertarse y al ver la referida persona se pusiera tan feliz que resolviese quedarse conversando con ella sin saber que la puerta fue trancada por fuera, si el agente puede ser considerado libre o no. La respuesta de Locke es que el agente continúa siendo libre; eso, aunque la puerta cerrada sea un real obstáculo a la opción alternativa. Según Locke, exactamente por la decisión del agente haber sido la de quedarse, poco importa si él desconoce que ésta era su única opción: porque apenas hay límite para la libertad si se anula el ejercicio del poder de actuar, lo que no ocurre en este caso.

Ya sabemos que el determinismo causal importa en cierta comprensión de “cómo” ciertas cosas ocurren en el mundo físico, es decir, partimos de la comprensión, según la cual, el mundo físico está causalmente reglado por acontecimientos precedentes y sucesivos, condicionados por los acontecimientos precedentes. Siendo así, el cuerpo humano está sometido a este dato elemental: cuando muevo la pierna hacia delante este movimiento está determinado por causas físicas que posibilitan el movimiento entre las cuales, algunas de ellas, yo puedo inclusive desconocer. Pero si esto fuese correcto para todas las situaciones, algo suena raro. Por ejemplo, cuando estoy con hambre, mi impulso es el de alimentarme. Entretanto, puedo negar este impulso y quedarme con hambre, de manera que al pasar por una tienda de frutas no cojo el alimento y simplemente resuelvo la cuestión de mi hambre, porque sé que esto sería hurtar. O sea, es cierto que hay algo de físico y determinado (el movimiento de mis piernas y de mis brazos al andar), pero también existe algo que, al menos, creemos que escapa a las leyes del mundo físico, es decir (manteniendo el ejemplo), el hecho de negarme a hurtar. Mejor dicho, es exactamente esta percepción que compone tan expresivamente el simbolismo de la “huelga de hambre”: decido a cada momento que no comeré, a pesar de que esto le esté haciendo mal a mi cuerpo y, en último análisis, que esta actitud pueda matarme.

Se tiene, por consiguiente, la percepción según la cual si lo mental fuese reducido apenas a lo físico, yo estaría completamente determinado por la causalidad física y, por consiguiente, no podría actuar sino conforme a las relaciones causales físicas implicadas. Y esas consideraciones parecen incomodar a medida en que se nota la presencia de partes de nuestro cuerpo físico las cuales parecen depender de una decisión nuestra (como mis pasos)

³¹ J. Locke, *Ensayo sobre el Entendimiento Humano* (1690), Fondo de Cultura Económica, 2000, Cap. XXI.

y otras que son independientes de ella (el funcionamiento de mis riñones). Pero si parto de la noción de que la mente y el cuerpo son distintos, como parece ser inevitable para hacer el enunciado «Soy libre para hacer lo que quiero» verdadero o plausible, preciso admitir que lo mental está regido por leyes propias, esto significa que no todo mi cuerpo está causalmente determinado. El problema es que, siendo así, dos explicaciones son asumidas por mí como correctas, aunque sean excluyentes en la explicación de un mismo fenómeno: mi acción (la acción humana en general) se encuentra regida por dos series causales, cuales sean, una física y otra mental, como si hubiese una “mente desencarnada”. Y en esto se resume el “misterio de la libertad”: *la opción mental no es una solución si yo estuviera condicionado a ella como lo estoy en mi vida física*. Pero si ella no estuviese regida por la causalidad, ella (mi vida mental) ¿estaría regida por qué?

V. APENAS UNA ILUSIÓN

Se puede preguntar cuál es la solución para la libertad delante de todos los obstáculos evidenciados, sobre todo, en el apartado precedente. Porque, si por un lado comprender la libertad en su relación última de los impulsos mentales parece llevarnos a un callejón sin salida, por otro lado admitir que no somos libres parece resultar en la aceptación de la irresponsabilidad social³² y de la ineficiencia de las normas como instrumentos de control social.

³² Esta percepción, de cualquier modo, según entendemos, es falsa. Aunque este no sea el objeto de este estudio (dado que este aspecto se relaciona más con el proyecto “normativo” referido en la introducción que con el substancial), se puede resolver este punto asumiéndose una posición justificativa consecuencialista de la punición en lugar de la retribucionista. Como se sabe, el “retribucionismo” se basa en la idea de que el agente debe ser punido porque “merece ser punido” y en la medida de esta “merecida punición”; el “consecuencialismo” se basa en la idea, más utilitarista, según la cual el agente debe ser punido para “beneficio del grupo o la sociedad” de modo que los agentes potencialmente peligrosos podrían ser “detenidos para evitar más crímenes”. Siendo así, aunque bajo el primer punto de vista un agente completamente determinado no “merecería la punición” nada impide que asumiendo el segundo modelo él sea punido para “beneficio del grupo”. Entretanto, esta opción necesaria por el segundo modelo - y únicamente por el segundo modelo - es apenas consistente cuando se está en el plano de teorías descriptivas restrictivas de la libertad. Conforme a la corrección que proponemos en este estudio nada impide que se asuman, al final, justificativas retribucionistas para determinadas situaciones y consecuencialistas para otras. El aspecto clave es la percepción de la libertad que está en juego.

Delante de esto, algunos autores se han referido al vocablo “ilusión” y han dicho que hay una “función social de la ilusión de la libertad” o de la “aceptación de que somos libres sin más amplias indagaciones”.

Así, para Saul Smilansky, por “ilusiones” se debe entender el posicionamiento frecuentemente asumido como lo necesario para que nosotros seamos libres. La “ayuda de esta ilusión” se sitúa en la propia función que desempeña; y por ser muy importante en términos de organización social, la misma debe ser mantenida.³³ Porque creer en la ilusión de las decisiones libres, en términos básicos, posibilita que las personas asuman sus actos sintiéndolos como propios y con eso puedan sentir remordimientos.³⁴

La humanidad, dice Smilansky, afortunadamente se decidió por esta ilusión y fue por esta decisión que la civilización pudo avanzar con la moral y los valores personales de cada uno. De ahí afirmar que la ilusión de la libertad está compuesta, por un lado, por la conclusión falsa de la libertad; y, por otro lado, por la necesidad de mantener esta percepción falsa de las cosas.³⁵

La ilusión a la cual se refiere Smilansky, bien entendida, no está fundada en afirmaciones de mentiras, sino en las incoherentes y contrarias creencias que hacen con que las personas defiendan nuestra capacidad de explicar la libertad. Mejor dicho, la ilusión de la libertad atiende a una necesidad práctica: la necesidad de reprimir, de aprender y de que, con esto, podamos ser felices gobernados por parámetros que nosotros mismos establecemos socialmente. Pero esto no significa que esta ilusión iguale la voluntad contaminada con la no contaminada. Hace parte de ella la restricción de situaciones en que el agente actúa y la consecuencia por su acto debe encontrar menos reprimenda que en otros casos. En ese sentido, en la mayoría de los casos, esta ilusión es positiva, teniendo en cuenta que la “ilusión de la libertad” posibilita alguna percepción colectiva.³⁶

³³ S. Smilansky, *Free Will and Illusion*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 169-170.

³⁴ S. Smilansky, *Free Will: From Nature to Illusion, Meeting of Aristotelian Society*, 20th November, Senate House, 2000, pp. 88-94.

³⁵ S. Smilansky, *Free Will and Illusion*, pp. 170-171.

³⁶ S. Smilansky, *Free Will and Illusion*, pp. 204-205.

En resumen, a los problemas del debate entre los incompatibilistas y los compatibilistas, Smilansky encuentra la respuesta de la necesidad. Siendo así, para Smilansky, hay buenas razones psicológicas y filosóficas para la ilusión: la ilusión es una condición humana.

VI. MI CEREBRO ME HIZO HACER ESO

Unas de las afirmaciones sólidas en la literatura sobre el cerebro es que nosotros somos nuestro cerebro o, al menos, cuando nuestro cerebro sufre alguna alteración hay registros de “alteración en nuestro yo”. Esto no ocurre, por ejemplo, cuando somos alcanzados en nuestro brazo o pierna o, inclusive, en la espalda. Pero cuando partes de nuestra cabeza son alcanzadas perdemos la capacidad de hablar, de expresar emociones, de ver, en fin, de realizar actividades comunes.

1. *State of Utah v. Tomas R. Herrera*

Pocos minutos después de la medianoche del día 6 de junio de 1991, Tomas R. Herrera entró en la casa de su ex-novia Cláudia Martínez.³⁷ Se dirige a la habitación de Cláudia, y, después de una breve estrangulación, le dispara en la cabeza dos veces, provocándole la muerte. Al salir de la habitación, Herrera encuentra a la madre de Cláudia, Rosa, en la sala. Rosa, notando lo ocurrido intenta escapar yendo a la habitación de su hijo Reuben. Herrera la persegue y, una vez dentro de la habitación de Reuben, le dispara a Rosa causándole lesiones no fatales. Se dirige a Reuben y también le dispara errando el blanco. Intenta algunas veces más, pero se queda sin munición.

Avisada por los vecinos, llega la policía y prende a Herrera leyéndole sus derechos. Herrera le cuenta a la policía que estaba conduciendo su coche cerca de la residencia de Cláudia cuando pierde el control sobre sí mismo y decide matar a Cláudia. Herrera admite haber matado a Cláudia y haber atentado contra la vida de Rosa y Reuben. El Estado de Utah ejerce una acción penal contra Herrera acusándolo de homicidio y de doble atentado a la vida.

³⁷ Supreme Court of State of Utah, *Plaintiff and Appellee v. Tomas R. Herrera*, Defendant and Appellant., No. 980145, FILED June 29, 1999.

El Dr. Breck Lebegue, especialista forense, es llamado para examinar el estado mental de Herrera en el momento de los disparos. Basándose en el examen realizado, el Dr. Breck Lebegue concluye que Herrera sufría del Síndrome de Capgrass. Conforme a su opinión, cuando Herrera mató a Cláudia “él creía que estaba matando a un ser que no era un ser humano”. Según Herrera la mafia capturó a su ex-novia y colocó en su lugar a una impostora.³⁸

También conforme a la opinión del Dr. Breck cuando Herrera atentó contra la vida de Rosa y Reuben, él sabía que estaba atentando contra la vida de seres humanos.

Herrera fue condenado por el atentado a la vida de Rosa y Reuben y considerado mentalmente enfermo en cuanto a la acusación de matar a Cláudia.

La defensa de Herrera argumentó para el recurso que teniendo en cuenta que se ha considerado enfermo a Herrera y, por lo tanto, no pasible de encarcelación por la muerte de Cláudia, se debería utilizar el mismo argumento de los atentados contra la vida de Rosa y Reuben, teniendo en cuenta que forman parte del mismo episodio de crisis. Este argumento fue rechazado por el juez considerando que, según la opinión del especialista, distinguir víctimas no es incompatible con el síndrome, de modo que puede sufrir locura en cuanto a determinadas personas y no en cuanto a otras.

2. *People State New York v. Herbert Weinstein*

“Yo no hice eso, fue mi cerebro” es la síntesis de una defensa paradójica según la cual los defectos en el cerebro - demostrados por fMRI (Resonancias Magnéticas Funcionales) - sugieren el origen del acto violento.

³⁸ El Síndrome de Capgrass fue descrito por primera vez por Joseph Capgrass, siquiata francés, el cual describió ese desorden en 1923 al estudiar una paciente que continuamente reclamaba que “dobles” habían tomado el lugar de su marido y conocidos. Una característica de este síndrome es el no reconocimiento de personas, lugares u objetos como “reales”, pudiéndose manifestar de forma blanda como muy severa. En casos severos las personas son consideradas como “impostoras”, “alienígenas” o “robots”. Este síndrome se relaciona con sucesos de lesiones cerebrales comunes en accidentes que envuelven la cabeza. H.D. Ellis/M.B. Lewis, *Capgrass Delusion: a Window on Face Recognition*, in "Trends in Cognitive Sciences", 5, 2001.

En lo referente al caso *People State New York v. Herbert Weinstein*,³⁹ año de 1992, el abogado de 65 años de edad Herbert Weinstein fue acusado de asesinato. Conforme a la acusación, Weinstein mató a su mujer, Barbara, por estrangulación, y para encubrir el crimen, fingió un suicidio arrojándola desde el 12º piso del apartamento en el que vivían en Manhattan.

Con el objetivo de apoyar la defensa, se anexaron los escáneres del cerebro de Weinstein (PET - *Positron Emission Tomography*). El propósito de las imágenes era el de posibilitar que neurólogos y psiquiatras estudiaran las funciones metabólicas del cerebro de Weinstein en sus varias regiones. La defensa de Weinstein afirma que él tenía lesiones en el lóbulo frontal del cerebro causado por un quiste aracnoideo, de modo que, según los especialistas, su presencia se encontraría exactamente en la parte del cerebro que controla todo el pensamiento y el comportamiento voluntario.⁴⁰

La acusación arguyó que la evidencia del quiste aracnoideo no debería ser admitida en la Corte. Conforme a la decisión del juez Richard Carruthers, bajo la admisibilidad de la prueba, pueden mostrarse las imágenes del cerebro, pero no sería posible decirles a los jurados que la misma estaría relacionada con la violencia. Fundamenta su decisión invocando precedentes de *People v. Stone* (35 N.Y.2d 69 [1974]) y *People v. Sugden* (35 N.Y.2d 453 [1974]). El especialista forense Daniel Martell, por lo tanto, declaró que la tecnología era nueva y prometedora en el análisis del comportamiento humano.

Conforme a lo expuesto por el especialista Dr. Daniel Martell, “las debilidades cognitivas son señales de disfunción en el lóbulo frontal”. Según el mismo especialista, “los daños en el lóbulo frontal pueden presentar erosiones en el poder de juzgamiento de la persona. Este es el aspecto generalmente aceptado como válido en el campo de la psiquiatría, psicología y neurología”. Esas lesiones fueron provocadas por un quiste aracnoideo. Los quistes aracnoideos son sacos de líquido localizados entre las membranas

³⁹ Supreme Court of New York, *People State New York v. Herbert Weinstein*, October 8 (1992).

⁴⁰ El lóbulo frontal en los seres humanos es responsable por el control de las llamadas funciones ejecutivas del cerebro. La habilidad de actuar racionalmente y de planear constituyen sus más importantes funciones. El lóbulo frontal, en otras palabras, es el área responsable por el poder cognitivo humano. Según evidencias, los daños al lóbulo frontal pueden generar efectos adversos en la capacidad de la persona de actuar racionalmente.

que cubren el cerebro que forma una red parecida a una tela de araña, como el propio nombre lo dice. Los quistes aracnoideos son de naturaleza congénita, es decir, ya están presentes en el nacimiento.

11 días después del cierre de las consideraciones, el acusado fue condenado con una reducción de pena. Después de este episodio, la pericia de neurocientíficos aparece en otros casos, sobre todo, norteamericanos.

3. *Roper v. Simmons*

Los niños pueden saber lo que está correcto y lo que está errado. Estudios señalan que los niños de hasta 6 años de edad saben que matar está “errado”. Entretanto, dada la inmadurez de sus cerebros, los niños y los adolescentes tienen menor condición de establecer control sobre sus impulsos, de usar la razón como guía de comportamiento o, inclusive, reflexionar con respecto a las posibles implicaciones de sus actos. Esta la conclusión del caso *Roper v. Simmons*, según la cual condenar niños y adolescentes a la muerte viola la Constitución Norteamericana.⁴¹

Con apenas 17 años de edad, Christopher Simmons planeó el asesinato de Shirley Crook conjuntamente con dos amigos: Charler Benjamin y John Tessmer. El plan era cometer un asalto y matar a la víctima arrojándola desde un puente. En el medio de la noche los tres se encuentran, pero John Tessmer desiste en el último instante. Simmons y Benjamin entran en la casa de la víctima; roban y cubriéndole la cabeza a Shirley y atándole las manos la arrojan desde el puente.

En el juicio las pruebas en contra de Simmons fueron consideradas consistentes, inclusive contando con su confesión habiendo sido hecha una reconstitución del crimen con la presencia del propio Simons y grabada en video para ser mostrada al Jurado. Después de deliberar, el Jurado retorna con el veredicto de pena de muerte, incluso habiendo tenido en cuenta las circunstancias atenuantes del caso. Simmons a partir de entonces aguardaría la fecha para su ejecución.

Sin embargo, en el año 2002, la Suprema Corte decide el caso *Atkins v. Virginia* según el cual las personas con problemas mentales no podrían ser condenadas a la pena de

⁴¹ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

muerte. La defensa de Simmons, así, presenta una solicitud para que se considere el caso de adolescentes con el fin de extender la imposibilidad de la pena de muerte.

El 13 de octubre de 2004 la Suprema Corte retoma el caso Simmons y, aceptando la posición de especialistas, establece, en decisión, tres razones para impedir que jóvenes criminales sean incluidos entre los criminales pasibles de pena de muerte.⁴²

En primer lugar, "[la] falta de madurez y un sentido de responsabilidad subdesarrollado se encuentra con más frecuencia en jóvenes que en adultos; y son más comprensibles entre los jóvenes. Estas cualidades muchas veces tienen como resultado acciones y decisiones impetuosas o irreflexivas (Johnson, *supra*, at 367, 125 L. Ed. 2d 290, 113 S. Ct. 2658; see also Eddings, *supra*, at 115-116, 71 L. Ed. 2d 1, 102 S. Ct. 869)".

La segunda área de diferencia es que los jóvenes son más vulnerables o susceptibles a influencias negativas y presiones externas, incluyendo la presión de los colegas (Eddings, *supra*, at 115, 71 L. Ed. 2d 1, 102 S. Ct. 869). "La [J]uventud es más que un hecho cronológico. Es un tiempo y una condición de vida, cuando una persona puede ser más susceptible a la influencia y a los daños psicológicos". "Esto se explica en parte por la circunstancia predominante de que los jóvenes tienen menos control, o menos experiencia con el control, sobre su propio ambiente" (See Steinberg & Scott, *Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty*, 58 *Am. Psychologist* 1009, 1014 (2003) (hereinafter Steinberg & Scott)).

La tercera gran diferencia es que el carácter de un joven no está tan bien formado como el de un adulto. Los trazos de personalidad de los jóvenes son más transitorios, menos fijos. Esas diferencias convierten en sospechosas cualesquiera conclusiones de que un joven se encaje entre los peores criminales. La susceptibilidad de juveniles de comportamiento inmaduro e irresponsable significa que "su conducta irresponsable no es tan moralmente reprobable como la de un adulto." Su propia vulnerabilidad y comparable falta de control sobre su entorno inmediato significa que los jóvenes tienen una demanda mayor que los adultos de ser perdonados por no escapar de las influencias negativas en

⁴² US Supreme Court, n° 03-633, *Donald P. Roper v. Christopher Simmons*, Brief for the American Psychological Association, and the Missouri Psychological Association as Amici Curiae, pp. 1-30.

todo su medio ambiente (Stanford, 492 U.S., at 395, 106 L. Ed. 2d 306, 109 S. Ct. 2969 (Brennan, J., dissenting))”.

En este sentido, en *Simmons* la Corte decidió que: a) Personas menores de 18 años son diferentes y esta diferencia resulta de un proceso cerebral en formación; b) Puede haber excepciones a la afirmación presente en “a”, pero nadie puede decir con certeza qué excepciones son esas; e c) En el contexto de pena de muerte, la Corte establece una barrera a penas de ejecución a menores de 18 años de edad.

4. *Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Ass'n*

Recientemente, en el caso *Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Ass'n*, la Suprema Corte Norteamericana derrumbó una ley del Estado de California que prohibía la venta o el alquiler de videojuegos a menores los cuales hayan sido “catalogados como juegos violentos” (California Civil Code Section 1746.1).⁴³ La base de la legislación californiana es la afirmación según la cual los videojuegos violentos pueden causar problemas psicológicos serios en menores de 18 años de edad.

El caso se inició el 7 de octubre de 2005 cuando el entonces gobernador del Estado de California, Arnold Schwarzenegger firmó la ley California Civil Code §§ 1746–1746.5 que prohíbe el alquiler o la venta de juegos violentos a menores estableciendo una punición de 1.000 dólares por violación. Según la definición de la referida ley, son juegos violentos:

“Videojuego en el que la gama de opciones disponibles para un jugador incluye asesinato, mutilación, desmembramiento, o abuso sexual de la imagen de un ser humano, si esos actos están representados en el juego de una manera que realiza cualquiera de los siguientes:

(A) Se inscribe en todas las descripciones siguientes: (i) Una persona razonable, teniendo en cuenta el juego en su conjunto, encontraría apelaciones [sic] a un interés desviado o morboso de los menores.

⁴³ *Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Association*, 08-1448.

(ii) Es claramente ofensivo a las normas vigentes en la comunidad en cuanto a lo apropiado para menores. (iii) Hace que el juego, en su conjunto, carezca en forma grave de valor literario, artístico, político o científico para los menores.

(B) Permite al jugador infligir virtualmente graves lesiones a las imágenes de seres humanos o personajes con características sustancialmente humanas de una manera que es especialmente atroz, cruel o depravada en cuanto implica abuso físico o tortura grave a la víctima”.

Antes que la ley produzca sus efectos, Entertainment Merchants Association y Entertainment Software Association, alegando violación del derecho de libre expresión en violación a la Primera Enmienda de la Constitución Americana, invocan su inconstitucionalidad.⁴⁴ El Estado de California presenta en sus alegaciones la opinión de especialistas y varias escenas violentas de videojuegos, tales como “Grand Theft Auto Vice City” y “Duke Nukem 3D” en los cuales las personas son asesinadas de formas distintas y brutales. El tribunal distrital decide a favor de los productores y distribuidores de juegos. Después de apelar la 9ª Corte distrital mantiene la decisión local.

El Estado de California arguye en la Suprema Corte que la Suprema Corte debería afirmar la constitucionalidad de la ley californiana bajo el estándar legal establecido en *Ginsberg v. New York* cuyo contenido era la prohibición de la exposición de material de contenido sexual. Para reforzar su posición anexó estudios analizando el impacto de materiales violentos, incluyendo en ellos videojuegos. Considerando el vasto interés del mercado en el caso, 31 opiniones de especialistas fueron anexadas al caso financiadas tanto por defensores de la ley como por aquellos que deseaban la declaración de su inconstitucionalidad y, por tanto, la libertad de venta de los videojuegos.

Apoyando la posición del Estado de California, “Tanto la Asociación Americana de Psicología (APA, por sus siglas en inglés, 2005) y la Academia Americana de Pediatría (AAP, por sus siglas en inglés, 2009) han emitido declaraciones formales que indican que investigaciones científicas sobre los videojuegos violentos muestran claramente que este tipo de juegos están causalmente relacionados con el comportamiento posterior agresivo en

⁴⁴ Amendment I. “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

niños y adolescentes... en general, los datos de las investigaciones concluyen que la exposición a videojuegos violentos provoca un aumento en la probabilidad de este tipo de comportamiento. También se ha apreciado que los juegos de video violentos aumentan los pensamientos agresivos, los sentimientos de agresividad, la desensibilización a la violencia física, y disminuye el comportamiento prosocial”.⁴⁵

Conforme a la decisión de la Suprema Corte, “Porque el acto implica una restricción en el contenido del discurso protegido, esto es inválido a menos que California pueda demostrar que ello traspasó el escrutinio estricto, esto está justificado por un interés gubernamental convincente y está estrechamente demarcado para servir dicho interés. California no logró presentar este estándar”.⁴⁶

VII. EXPLOTANDO POR OTRO COSTADO

Como se ha destacado en el inicio, la hipótesis de la libertad es una hipótesis de trabajo en el contexto jurídico, al menos, americano.⁴⁷

⁴⁵ Brief of Amicus Curiae of California State Senator Leland Y. Yee, Ph.D., the California Chapter of the American Academy of Pediatrics, and the California Psychological Association in Support of Petitioners, *Brown v. Entm’t Merchs. Ass’n*, 130 S. Ct. 2398 (2010) (No. 08-1448), 2010 WL 2937557 [hereinafter Gruel Brief].

⁴⁶ Supreme Court, *Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Association*, Argued November 2, 2010, Decided June 27, 2011.

⁴⁷ *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548, 590 (1937). See also *Bethea v. United States*, 365 A.2d 64, 83 n.39 (D.C. 1976) (While the deterministic theory of behavior “has some adherents, the notion that a person’s conduct is a simple function of extrinsic forces and circumstances over which he has no control is an unacceptable contradiction of the concept of free will, which is the sine qua non of our criminal justice system”); *Kwosek v. State*, 100 N.W.2d 339, 345 (Wisc. 1960) (“A human being has inherently and within himself a free will—the power of self-control”); See *United States v. Grayson*, 438 U.S. 41, 52 (1978); *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 250 (1952); “[t]he lawyers in all countries will answer ‘if there is no reason, no choice, no will, then there can be no law...’”. *Blocker v. United States*, 288 F.2d 853, 867-868 (D.C. Cir. 1961); *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548, 590 (1937); see also *Bethea v. United States*, 365 A.2d 64, 83 n.39 (D.C. 1976); “[f]or protection of society the law accepts the thesis that all men are invested with free will...”. *State v. Sikora*, 210 A.2d 193, 202 (N.J. 1965); “Our jurisprudence . . . ultimately rests on a premise of freedom of will. This is not to be viewed as an exercise in philosophic discourse, but as a governmental fusion of ethics and necessity, which takes into account that a system of rewards and punishments is itself part of the environment that influences and shapes human conduct”. *United States v. Brawner*, 471 F.2d 969, 995 (D.C. Cir. 1972).

El punto es que, aunque asuman la hipótesis de la libertad, las cortes también han acomodado situaciones en que el agente parece sufrir algún tipo de determinación, tales como en los casos de enfermedad mental, crímenes cometidos por adolescentes, y problemas cerebrales variados, aunque exista la tendencia de que los tribunales rechacen todo y cualquier factor como suficiente para interferir en las acciones humanas de modo expresivo.⁴⁸

Para adecuar esas inconsistencias,⁴⁹ una de las posibilidades es asumir la posición del autoengaño de la libertad basándose en los beneficios prácticos de esa amplia aceptación. De ese modo, los ajustes hechos en sede judicial se podrían comprender, de este modo, como acomodaciones de esa ilusión de la libertad, nada más.⁵⁰

Conforme entendemos, ese malabarismo puede ser evitado en caso que se acepte la tesis según la cual el problema está tanto en la reducción de la libertad al cerebro, como en las disputas lingüísticas, además de cierta confusión entre fatalismo y determinismo.⁵¹ Eso se debe a que la neurociencia explica el mecanismo de funcionamiento del cerebro, pero explicar el funcionamiento del cerebro (o buscar explicar cómo funciona el cerebro) es algo diferente de decir que un determinado resultado es necesario.⁵²

Además, afirmar que alguien actuó exclusivamente en razón de cierto mecanismo es colocar mal el problema porque como somos agentes biológicos siempre será posible

⁴⁸ *Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Association*, 08-1448.

⁴⁹ One court notes that “[t]he foundation of the law in free will and free moral agency contrasts starkly with the belief systems of certain founders of psychological science... who believed in determinism ...”. United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, *Weeks v. Jones*, 52 F.3d 1559, 1567 n.10 (11th Cir. 1995); [I]t is a negation of our entire tradition to say that every social transgression is the result of ‘illness’. Supreme Court of Appeals of West Virginia, *State ex rel. D.D.H. v. Dostert*, 269 S.E.2d 401.

⁵⁰ Ver ítem V de este estudio. Santiago Nino, con respecto al problema filosófico de la libertad, llega a afirmar que el aspecto destructivo de las nociones en disputa, renuncian a la libre voluntad, pero no colocan nada en su lugar.

⁵¹ F. Molina, *Presupuestos de Responsabilidad Jurídica (Análisis de la Relación entre Libertad y Responsabilidad)*, in "ADPCP", LIII, 2000, pp. 272-274.

⁵² No todos los agentes con un problema en el lóbulo central son criminales o cometen delitos.

señalar algún mecanismo, por ejemplo, cerebral, involucrado en nuestras acciones. En otras palabras, los cerebros pueden funcionar con mecanismos automáticos, pero la “libertad” que importa es encontrada en la interacción social.⁵³ En otras palabras, si es un engaño pensar la libertad como apenas una cuestión lingüística, también lo es pensar la libertad apenas en términos de automatismo.

A partir de este punto presentaremos tres ajustes sobre la manera de pensar el tema de la libertad expuesto hasta ahora. A estos ajustes los designaremos, respectivamente: ajuste de "categoría"; ajuste de "proyecto" y, finalmente, ajuste "de la razón". Con estos ajustes, pensamos, la libertad es colocada en términos distintos del reduccionismo descriptivo lo cual es provechoso no apenas para la comprensión “social de la libertad”, sino también para abrir un campo interesante en las investigaciones neurocientíficas con un posible impacto en el campo jurídico.⁵⁴

1. Primer ajuste: Ajuste de Categoría

Como observa Von Wright, es un engaño pensar en el determinismo de las ciencias de la naturaleza y el determinismo de las ciencias sociales como siendo lo mismo. Porque mientras el primero tiene por base la universalidad fundada en las experiencias físicas, el último se encuentra vinculado a convenciones y presiones sociales.⁵⁵ Por eso el objetivo de ambos es diferente: mientras las ciencias de la naturaleza estudian los fenómenos del reino de las leyes naturales, las ciencias humanas estudian el reino social de las instituciones y de sus reglas.⁵⁶

Esto no significa, conforme a lo que señala Von Wright, que no existen analogías entre las ciencias naturales y humanas, pues tanto las leyes sociales como las leyes naturales “gobiernan” sus campos: la “sociedad” y la “naturaleza”, aunque en un sentido

⁵³ F. Molina, *Presupuestos de Responsabilidad Jurídica (Análisis de la Relación entre Libertad y Responsabilidad)*, p. 277.

⁵⁴ A. Belcher/W. Sinnott-Armstrong, *Neurolaw*, in "Cognitive Science", 1, 2010.

⁵⁵ G.H.V. Wright, *Determinism and the Study of Man*, in G.H.V. Wright, *Essay on Explanation and Understanding*, Kluwer, Dordrecht, 1976, p. 415.

⁵⁶ G.H.V. Wright, *Determinism and the Study of Man*, p. 415.

prescriptivo para la primera y apenas descriptivo para la segunda.⁵⁷ Sin embargo, las diferencias son relevantes: «En las ciencias naturales las ideas deterministas se encuentran relacionadas con otras ideas, las cuales asumen la regularidad universal, la repetición, y el control experimental. En las ciencias humanas, las conexiones inmediatas están limitadas a la motivación y a la presión social, a las directivas y a la intencionalidad. En las ciencias naturales el determinismo sirve ampliamente para establecer predicciones; en las ciencias humanas la mirada más fuerte enfatiza explicaciones retrospectivas».⁵⁸

En esos términos, las ideas determinísticas, teniendo en cuenta las diferencias señaladas, no son las mismas. Y esas diferencias de ninguna manera pueden ser ignoradas, a pesar de que muchos insistan en la mistificación de la naturaleza intentando englobar al hombre en consideraciones que no le caben, considerando las peculiaridades interferentes en las cuales se encuentra sometido. Y es esta equivocación que, según Von Wright, ha limitado el análisis del hombre a las causas internas cuando la libertad debe ser analizada también sobre el aspecto social, mejor dicho, en su voluntad, en sus deseos, en sus pasiones, en sus sentimientos y en sus deliberaciones manifestadas. Por esa razón, la libertad humana está mejor circunscrita cuando se analiza sobre el aspecto contextual de las relaciones humanas institucionales, y no como “relaciones químico-eléctricas”.

En vista de esto, la pregunta inicial, sea en los términos propuestos por los incompatibilistas o por los compatibilistas estaría mal colocada: lo que importa no es propiamente la cuestión «¿Somos nosotros libres?», sino «¿Cuáles acciones predicamos ser libres o voluntarias?».

Utilizándose a Von Wright, lo que se ha observado puede, ahora, ser referido, con Schlick, con la expresión “error de categoría”. Porque Schlick, al referirse a las leyes sociales y a las leyes humanas, aclara que esas no pertenecen a la misma categoría de sentido, y lo hace, en primer lugar, con notas de precisión sobre los sentidos de “ley”.⁵⁹

Resalta Schlick que, en la práctica, por “ley” se han designado ciertas prescripciones direccionadas al comportamiento de los individuos. Una de las maneras más

⁵⁷ G.H.V. Wright, *Determinism and the Study of Man*, pp. 415-416.

⁵⁸ G.H.V. Wright, *Determinism and the Study of Man*, p. 416.

⁵⁹ M. Schlick, *Problems of Ethics*, New York, Prentice-Hall, 1939, p. 146.

eficientes de hacerlos obedecer es estableciendo sanciones (penalidades) que en razón de sus consecuencias obligan a los agentes a actuar de determinada manera. Sin embargo, en las ciencias de la naturaleza “ley” significa algo distinto; “ley” no es una prescripción que establece cómo debemos actuar, sino una fórmula, una descripción de cómo funciona la naturaleza. Queda claro que ambas “leyes” (natural y social) presentan algo en común: ambas expresan una “fórmula”, es decir, de cómo debemos proceder (leyes sociales) y de cómo opera la naturaleza (leyes de la naturaleza). Exceptuando esto, dice Schlick, nada más las aproxima. La ley de la mecánica del universo no determina a los planetas cómo ellos deben moverse, esto significa que, la teoría de Kepler en nada interfiere en el movimiento de los planetas. De esto resulta la confusión relacionada con los eventos y con la necesidad natural. Se dice que los eventos humanos y los eventos físicos ambos obligan a los individuos cuando ninguna voluntad existe en la naturaleza.⁶⁰

Siendo así, afirma Schlick, “libertad” es lo opuesto a “imposición”; un hombre “libre” es un hombre que no está sometido a “imposiciones” que lo estorben para poder realizar sus deseos, como el enfermo mental y en ciertos casos, las drogas. Aunque la naturaleza no prescribe, ella no impone nada. Por eso que la validez universal de las leyes de las ciencias naturales no puede ser confundida con la aplicación de las leyes del Estado, ni siquiera la propia naturaleza excluye la libertad.⁶¹

Teniendo en cuenta esos datos, para un compatibilista, la correcta comprensión de la libertad implica en tenerla en un espacio de “ausencia de constricción” y, por lo tanto, comprender el significado de “ser compelido a”.⁶² Porque “ser compelido” implica una relación de poder y la naturaleza no ejerce ninguna relación intencional; ella no ejerce un “poder” sobre los hombres, al menos que se asuma el vocablo “poder” de modo desencajado de sus implicaciones sociales intersubjetivas.

2. *Segundo ajuste: Ajuste de Proyecto*

⁶⁰ M. Schlick, *Problems of Ethics*, p. 149.

⁶¹ M. Schlick, *Problems of Ethics*, pp. 146-147

⁶² T. O'Connor, *Indeterminism and Free Agency: Three Recent Views*, in "Philosophy and Phenomenological Research", 53, 1993, pp. 499-500.

El segundo ajuste se basa en el estudio de John L. Austin llevado a cabo en el ensayo «A Plea for Excuses», trabajo publicado en los *Proceedings of the Aristotelian Society*, años de 1956-1957. El enfoque del trabajo de Austin es la “disculpa” o el “acto de disculparse”⁶³ y como tal es decisivo para la comprensión de lo que puede designarse aquí función social de la noción de libertad.

Según Austin, cuando nos disculpamos por algo, eso expresa que una acción nuestra no salió bien o como nos hubiese gustado que saliera. Por lo tanto, el vocablo “disculpa” es una etiqueta bastante general que abarca toda una familia de nociones, tales como: la “justificación”, “atenuantes”, “excusas”, “pretextos”, “agravantes”, “paliativos” etc. A todos estos sustantivos pueden ser añadidos los términos que sirven para calificar las acciones; conjuntamente considerados, ellos sirven para caracterizar las acciones humanas. Y algunos de los términos que califican las acciones son más comunes que los otros, como “libremente”, “torpemente”, “espontáneamente”, “obligatoriamente”, “deliberadamente”, etc. Entiende Austin que, de esta manera, el estudio de las disculpas es parte relevante del examen de las acciones y este es el camino para el estudio de la libertad humana.⁶⁴

Austin llama la atención sobre la diferencia existente entre el acto de “disculparse” y el de “justificarse” con alguien. Ambas son formas de defensa delante de una acción defectuosa.

Supongamos que un agente X hizo algo y se “disculpa” por haberlo hecho. P, su abogado, admite que X realizó el acto por el cual se le está siendo imputado, pero niega que haya habido un crimen. Esto es “justificar” la acción de X. Sin embargo, existe otra línea aún más frágil. Se puede decir que aunque X haya realizado lo que se le imputa y por eso mismo que su acto sea reprochable, él, el agente X, no lo realizó de modo “puro”: la furia de la cual estaba tomado hizo con que X no tuviese condiciones de controlarse. Lo que ocurre aquí es una “disculpa”. La cuestión es que si X actuó libremente y hay una acción la cual le es imputada como negativa socialmente (un crimen), en este último caso él

⁶³ J.L. Austin, *A Plea for Excuses*, in "Proceedings of the Aristotelian Society", 24, 1955-1957, pp. 1-3.

⁶⁴ J.L. Austin, *A Plea for Excuses*, p. 3.

está mereciendo tal castigo. No obstante, menos acentuada, considerando las peculiaridades del caso.⁶⁵

Los ejemplos anteriores de Austin, cambiando lo que debe ser cambiado, son aplicables al problema de la libertad. Porque un agente es responsable (al menos moralmente) por sus acciones cuando éstas son realizadas libremente. Entonces, ¿Cuándo es que el adverbio “libremente” puede ser utilizado? Esta cuestión hace más claro algo que había escapado a la percepción del problema de la libertad explotada en los apartados anteriores: la cuestión de la libertad no es una cuestión de “o se es libre para todas las acciones o no se es libre para todas las acciones”. Por lo tanto, en la búsqueda de las condiciones de la libertad debe incluirse la percepción de que el abordaje entre determinismo y libertad es, en gran escala, equivocado, pues la comprensión de la libertad está circunscrita a la caracterización de ciertas acciones, no a todas las acciones: apenas se puede ser libre en lo que se es posible actuar libremente. El abuso en el empleo de adverbios como “libremente” sin este mínimo cuidado produce falsos problemas y descripciones absurdas o aberrantes.

De esto se extrae que, saber lo que es una acción “no libre” constituye la clave para la solución del problema de la libertad, y no la formulación incondicional de libertad. Y es el camino trazado por Austin, pensar en lo que implica la “coacción”, “la obligación física en relación con la acción de alguien”, la “hipnosis” y las “compulsiones”, por operar en el campo de lo posible impidiendo que esto se realice conforme a lo esperado, son ejemplos adecuados de cómo debe ser la libertad, a través de una percepción negativa, analizada.

En el fondo, lo que está aquí en aprecio es la noción de “libertad metafísica”, por un lado, y, por otro, la noción de “libertad social”.⁶⁶ Mientras la investigación de la libertad metafísica la coloca en el marco de la atemporalidad e intenta entender sus posibilidades en abstracto, significando que, en un análisis de índole ontológica, la libertad social (que puede ser “política”, “moral”, “religiosa”, “jurídica”, “económica” etc.) es pragmática y

⁶⁵ J.L. Austin, *A Plea for Excuses*, pp. 3-4.

⁶⁶ Este aspecto hace comprensible la afirmación de Strawson (in P.F. Strawson, *Freedom and Resentment*, in P.F. Strawson, *Free Will*, Oxford, Oxford University Press, 1982) según la cual “A sustained objectivity of inter-personal attitude, and the human isolation which that would entail, does not seem to be something of which human beings would be capable, even if some general truth were a theoretical ground for it”.

considera datos específicos como ya operantes, puesto que las formas de constricción social son múltiples. O sea, mientras las cuestiones colocadas por la libertad metafísica son cuestiones relativas a la relación hombre-naturaleza, la libertad social se centra en la discusión de la relación individuo-poder.⁶⁷

3. Tercer ajuste: El Ajuste de la Razón

El tercer ajuste es el ajuste de la razón. Para aclararlo, seguimos una vez más a Von Wright. Eso se debe a que, coherentemente con el postulado asumido en «The Varieties of Goodness», según el cual la moralidad es medida en relación con la forma con que la acción realizada por una persona afecta el bienestar de sus congéneres, Von Wright destaca que las acciones humanas, aunque estén sujetas a determinantes y constrictiones, conciernen a las motivaciones humanas y a las presiones sociales, no a las determinaciones causales.⁶⁸ Porque, propiamente, el problema, si hay alguno, es el de la convergencia entre las causas y la libertad en la acción humana, ya que no existe una causalidad considerada que opera con “mano de hierro” impidiendo reflexionar esta acción en el mundo. Inclusive porque, en caso que no hubiese ningún espacio para la acción, pensar en libertad tendría poco o ningún sentido físico.⁶⁹

Para que pueda comprenderse bien este punto es importante destacar la diferencia que Von Wright resalta entre el campo perteneciente al determinismo y el campo perteneciente a la libertad.⁷⁰

Según Von Wright, el campo del determinismo es el espacio de lo natural y su estudio es realizado por las ciencias de la naturaleza; no obstante, el campo de la libertad es

⁶⁷ Para esta relación con el campo político: T.S.F. Jr., *Participación y Libertad: Un Análisis Conceptual, Filosofía del Derecho y Problemas de Filosofía Social (Memoria del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social)*, 1981, pp. 199-200.

⁶⁸ G.H.V. Wright, *The Varieties of Goodness*, London, Routledge & Keagan, 1963, pp. 189-190.

⁶⁹ G.H.V. Wright, *Of Human Freedom, The Tanner Lectures of Human Values*, Helsinki, 1984, pp. 109-112.

⁷⁰ G.H.V. Wright, *Causality and Determinism, Wordbridge Lectures (October and November of 1972)*, New York, 1974, pp. 1-2; G.H.V. Wright, *Of Human Freedom*, pp. 113-114.

el espacio de lo humano y de lo social, su estudio es el de la filosofía social. De ahí la diferenciación entre la naturaleza física por un lado y, por otro lado, la intencionalidad. Aunque causalidad (parte del mundo físico) y libertad (parte del mundo social) se crucen, ellas constituyen categorías diferentes. Mientras la primera es propia de la determinación, la segunda es el espacio de lo mental. Sólo apenas si las razones humanas fuesen entendidas como causas es que la cuestión del determinismo afectaría la acción humana.

En otras palabras, para Von Wright las acciones humanas están adscritas a las razones, y como tales, no están previamente determinadas. De este modo, un mensaje del cerebro a mi cuerpo “no causa” (a no ser en un sentido puramente metafórico) una acción, sino que activa el deseo del agente de emprenderla. El camino de este “mensaje” es puramente mental-químico; lo cognitivo y lo informacional no tienen en él su lugar.

Siendo así, Von Wright asocia la noción de libertad con las capacidades humanas. Y, en este caso, decir que alguien actuó en el mundo libremente es lo mismo que determinar que él, el agente, podría haber actuado de otra manera. ¿Pero qué es actuar de otra manera?

Tres cosas se dicen, según Von Wright, cuando se afirma la posibilidad de actuar de otra manera:

(I) Que la acción, desde un punto de vista lógico, es una acción contingente, o sea, que describir una omisión no es una contradicción;

(II) Que el agente tenía la capacidad de hacer (u omitir) la acción en cuestión; y

(III) Que el agente actuó como quiso porque actuó movido por una razón.

Se debe notar que, mientras el primer punto es formal, el segundo punto es empírico porque expresa potencialidad de acción no realizada de hecho (pero todas probables); finalmente, el tercer punto expresa la autodeterminación del agente. Por lo tanto, “posibilidades lógicas”, “capacidades” y “razón” son los elementos constitutivos de la libertad para Von Wright.

La suma de todo esto es que, si el agente tuviese otra razón, él habría actuado de otra manera. Por lo tanto, cuantas más razones un agente tenga, más libre será, porque su libertad se amplía a medida que sus elecciones se dan por las posibilidades que visualiza en

su actuar con esas mismas razones. Dicho de otro modo, cuanto más capacidad deliberativa tenga el agente, más libre él será, de ahí su dependencia con la instrucción, la educación, etc.

Así, el agente racional ideal de Von Wright es aquel que decide actuar tomando en atención los fines. Esta es la “dimensión de la libertad” de Von Wright, dimensión que presenta fuerte enlace con la realidad concreta de los individuos. Por eso que la idea de libertad humana no es la misma para todas las sociedades o culturas, siendo un desatino pensar en una “esencia de la libertad” que será revelada. La libertad griega no es la misma que la libertad socialista; ésta no es la misma que la de un país fundamentalista, ni siquiera la de un país democrático liberal: las aspiraciones, las capacidades y las razones que cada uno de los agentes en estas épocas dispone delante de sí no son las mismas. No existe una noción de libertad que escape a la historia y a la cultura.

Von Wright, al entender la “libertad” como la capacidad de hacer o realizar cosas diferentes, distingue o categoriza la libertad en “libertad potencial” y “libertad real”.⁷¹ La

(1) “Libertad potencial” es esta capacidad genérica; la

(2) “Libertad real” es aquella relativa a la capacidad de hacer u omitir al agente de acciones concretas.

Por eso ésta depende del número de restricciones que actúa sobre su libertad potencial. Tales restricciones son “internas” y “externas”.

(a) Por “restricciones externas” Von Wright designa las restricciones de naturaleza física que impiden o imposibilitan a alguien de hacer algo, así como las restricciones normativas de carácter legal, moral y otros órdenes que componen el mundo social del agente.⁷² Ya las

(b) “Restricciones internas”, ellas son tanto (b1) "sicológicas" como (b2) "normativas".

⁷¹ G.H.V. Wright, *Of Human Freedom*, p. 116.

⁷² G.H.V. Wright, *Of Human Freedom*, p. 117.

En primer plano, (b1), están situados tanto los deseos como el temor y el odio; en segundo, (b2), las normas internalizadas por el agente y que regulan su vida. Tanto las restricciones internas como las externas pueden ser tales que impiden que se considere un agente libre y, por lo tanto, responsable.

Considerados los párrafos precedentes, la conclusión de Von Wright es que para que se pueda considerar una acción como una acción libre o de un agente que haya actuado libremente ésta debe obedecer a las razones del agente por más que la misma esté restringida potencialmente. Exactamente este posicionamiento teórico, posicionamiento de comprender las limitaciones institucionales del actuar humano y sus consecuencias en relación con sus instituciones, es el que permite analizar la libertad como una acción controlable por deliberaciones humanas individuales y regidas por reglas socialmente establecidas. Como tales, esas reglas no son fijas, ellas son contingentes y, por lo tanto, variables entre las distintas sociedades. A estos estímulos externos Von Wright se refiere como “presión normativa”.⁷³

En este sentido, se debe considerar que cuando se trata de las posibilidades alternativas es el campo jurídico el que institucionaliza dichas posibilidades y sus restricciones. Piénsese aquí en los "crímenes imposibles", conforme a la cualificación penal, y en los detalles que los juzgados van agregando con el objetivo de determinar lo que se debe considerar como una acción relevante o no para que se tenga un crimen imposible.⁷⁴

Las consecuencias de esa presión normativa varían de acuerdo a la regla institucional en juego, o sea, si es tan solamente moral o jurídica. Pero, de todos modos, lo que importa es que esta determinante externa, de a poco, es asimilada por los destinatarios de las normas, volviéndose una determinante interna. Esto hace con que se reduzca paulatinamente la necesidad de intervención externa a todo instante. A este proceso de

⁷³ G.H.V. Wright, *Determinism and the Study of Man*, p. 419.

⁷⁴ El Supremo Tribunal Federal (STF) sigue tal entendimiento a través del Sumario N° 145, que dice “No hay crimen cuando la preparación del flagrante por parte de la policía imposibilita su consumación”. No se debe confundir, sin embargo, flagrante preparado con flagrante esperado. En este último caso, no hay agente provocador. La policía teniendo conciencia de la práctica delictuosa simplemente aguarda su realización, que, inclusive, podría ocurrir de modo totalmente diverso al esperado.

pasaje, entre una determinación externa para el ámbito interno, nuestro autor atribuye el nombre de “internalización”.⁷⁵

Por lo tanto, lo que Von Wright está afirmando es que, dada la multiplicidad de empleos del vocablo “libertad”, se han confundido las relaciones entre individuo y naturaleza por un lado y, por el otro, entre individuo y sociedad; una relación que se establece entre individuo y poder, esto significa, individuo y autoridad. Esto se debe a que, mientras las “leyes” del Estado son modalidades deónticas (estatuyen lo obligatorio, lo permitido, lo prohibido), las “leyes” físicas son modalidades aléticas (expresan lo que es posible, imposible y necesario).⁷⁶ De esta manera, no apenas Von Wright elimina el determinismo causal, sino también, a través de las referencias de internalización asociada a la capacidad de que el agente autoevalúe sus acciones, el indeterminismo social: las acciones humanas, están sujetas a razones y a constricciones socialmente establecidas.

Y es a partir de esos datos que Von Wright sostiene la tesis que aquí será reconocida con la designación de “tesis Von Wright”: «Todos los conceptos usados para describir y explicar las acciones de un hombre – como motivos, razones, intenciones, elecciones, deliberaciones etc. – están relacionadas con la idea de ‘libertad’. Negar que un agente sea libre equivale a cometer una contradicción en los términos. El ‘misterio’ de la libertad, si existe tal cosa, es el ‘misterio’ del hecho de que somos agentes de acciones».⁷⁷

VIII. CONCLUSIONES

Enfrentar la cuestión de la libertad, a lo que todo indica, permite indagaciones de índole considerablemente diversas. Lo que se puede entender por libertad de actuar o si los seres humanos disfrutan de la libertad de decisión, son apenas algunos ejemplos de obvio interés, no apenas jurídico, sino también filosófico, sociológico, religioso, etc.

⁷⁵ G.H.V. Wright, *Determinism and the Study of Man*, pp. 419-420.

⁷⁶ F. Kiefer, *Modality*, in R. E. Asher (ed.), *The Encyclopedia of Language and Linguistics*, Oxford, Pergamon Press, 1994, p. 77; G.H.V. Wright, *Essays on Modal Logic*, Amsterdam, North-Holland, 1951, p. 78.

⁷⁷ G.H.V. Wright, *Essays on Modal Logic*, pp. 78-79.

Indudablemente, la indagación ontológica acerca de la posibilidad de que el hombre sea libre delante de la naturaleza ejerce expresiva fuerza atractiva en todas esas reflexiones.

Ha llegado el momento de retomar esas cuestiones y, en los términos de lo que ha sido presentado, ofrecer algunas conclusiones, considerándose, principalmente, los apartados 3 y 6 de este estudio.

a) La noción de la libertad en el campo jurídico ha sido utilizada en juzgados como en hipótesis de trabajo. En el campo teórico esta hipótesis fue defendida contra afirmaciones que superestiman o interpretan mal el significado de “determinismo” en las acciones humanas. Sin embargo, han surgido casos jurídicos con nuevas afirmaciones de amenaza a la hipótesis de la libertad y los jueces algunas veces aceptan el uso de tecnologías como material probatorio.

b) La cuestión de la libertad, sin embargo, que ha sido colocada como amenazada por la neurociencia es el resultado de una reducción descriptiva de las acciones humanas al mecanismo cerebral y al fatalismo. Aquí el problema es que explicar cómo funciona el mecanismo cerebral es colocar mal la cuestión, porque como somos agentes biológicos siempre será posible señalar algún mecanismo, por ejemplo, el cerebral, involucrado en nuestras acciones. En otras palabras, los cerebros pueden funcionar con mecanismos automáticos, pero la “libertad” que importa es encontrada en la interacción social.

c) A pesar de la consistencia del cuestionamiento ontológico y de cuántos problemas suscita, se debe indagar si el nexo que establece es inseparable en atención a la libertad en su sentido social teniendo en cuenta que aquí el punto de gravitación es la noción de poder y de actuación institucional. Porque en este caso, se está moldeando la noción de libertad y cuánto los condicionamientos para reconocerla repercuten en el “discurso de la responsabilidad de los agentes”, es decir, en lo que se entiende que son “sus actos”.

d) Se puede decir que la “presión normativa” referida por Von Wright es decisiva para la formación de los deseos de segundo orden en los términos colocados por Harry Frankfurt. Porque el deseo de segundo orden de Frankfurt es un “deseo educado”, un deseo del agente que posee la capacidad de reflexionar sobre sus impulsos iniciales y determinar su conducta a partir de esa capacidad de reflexión. Por tanto, una posición

crítica del agente que, sometida a la educación y a la presión normativa, es constitutiva de la “libertad social de este mismo agente”.

e) La construcción de Frankfurt sobre los deseos de segundo orden cuando se trasladan al contexto normativo, ellos dejan de ser apenas ejemplos ilustrativos de un intento de formulación descriptivo de lo que es la libertad en términos abstractos para asumir la posición de razones informadas por reglas. Porque si para Frankfurt es la capacidad que el agente posee de reflexionar sobre sus deseos lo que los hace libres (por tanto, la capacidad de tener deseos de segundo orden), para el mundo social de la libertad, conforme a lo descrito por Von Wright, es la capacidad que el agente posee, o no, de decidir en los términos de las reglas sociales que los hace agentes de libertad en el mundo social.

f) La cuestión de la habitación trancada de Locke no presenta problemas cuando se comprende en el campo normativo del derecho. Eso porque, lo que es o no acción u opciones posibles de actuar también está regulado por normas, así como sus excepciones. Es decir, la cuestión de las posibilidades alternativas de elecciones es traducida por el derecho como las posibilidades de actuar o no actuar que sufren restricciones o ampliaciones institucionales.

g) Decir que la libertad tiene como una de sus condiciones la capacidad de actuar según razones no significa que el agente actúe siempre racionalmente. La condición de poder reflexionar sobre los deseos de primer orden no exige que siempre se actúe de modo sensato según la evaluación que alguien pueda hacer, pero sí que el agente tenga condiciones de reflexionar y evaluar sus propios actos.

h) Por todo lo que se ha dicho, considerando que las razones y la capacidad de actuar conforme a razones es crucial para el derecho, el actual campo de investigación del neuroderecho (*neurolaw*) presenta relevancia en la medida en que presenta estudios indicativos de los momentos en que la capacidad de actuar según razones es afectada de algún modo o, inclusive, suprimida. En este sentido, los estudios sobre el impacto de las emociones y su intensidad en los comportamientos, posibilitándose justificar o no la atenuación o el agravamiento de las medidas punitivas, los estudios sobre las etapas del desarrollo cerebral y los actos de violencia y su relación con el uso de puniciones, o,

inclusive, la evaluación de la capacidad de discernimiento para efectos de los actos civiles, son algunos campos de posible y de deseable colaboración.

Referencias bibliográficas

- AUSTIN, J. L. *A Plea for Excuses*, in "Proceedings of the Aristotelian Society", 24, 1955-1957.
- BELCHER, ANNABELLE, and SINNOTT-ARMSTRONG, WALTER. *Neurolaw*, in "Cognitive Science", 1, 2010.
- BOBBIO, NORBERTO. *Le Sanzioni Positive*, Milano, Comunità, 1977.
- CARO, M. D. *Determinismo e Libero Arbitrio: Rinascita di una Controversia*, in *Caso, Necessità, Libertà*, Napoli, CIEN, 1998.
- CHORVAT, TERRENCE, and MACCABE, KEVIN. *The Brain and the Law*, in "The Royal Society", 2004.
- DAVIDSON, DONALD. *Libertad para Actuar*, in *Ensayos sobre Acciones y Sucesos*, Mexico, Critica, 1995.
- EAGLEMAN, DAVID. *The Brain on Trial*, The Atlantic Magazine, July/August, 2011.
- ELLIS, HADYN D., and LEWIS, MICHAEL B. *Capgrass Delusion: a Window on Face Recognition*, in "Trends in Cognitive Sciences", 5, 2001.
- FRANKFURT, HARRY. *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, in "The Journal of Philosophy", 68, 1971.
- GAZZANIGA, MICHAEL S., and STEVEN, MEGAN S. *Neuroscience and the Law*, Scientific American, 16, 2005.
- GOODENOUGH, OLIVER R., and PREHN, KRISTIN. *A Neuroscientific Approach to Normative Judgement in Law and Justice*, in "The Royal Society", 2004.
- HOTZ, ROBERT LEE. *The Brain, Your Honor, Will Take the Witness Stand (Researchers Probe How the Mind Determines Crime and Punishment, but Science Isn't Beyond a Reasonable Doubt)*, The Wall Street Journal, January, 15, 2009.
- INWAGEN, PETER VAN. *An Essay on Free Will* Oxford, Oxford University Press, 1983.
- JR., TERCIO SAMPAIO FERRAZ. *Liberdade e Responsabilidade Penal*, in "Seqüência", 1980.
- _____. *Participación y Libertad: Un Análisis Conceptual*, Paper read at *Filosofía del Derecho y Problemas de Filosofía Social (Memória del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social)*, 1981.
- KAHANE, H. *Thinking about Basic Beliefs* Belmont, Wadsworth, 1983.
- KANE, ROBERT. *The Significance of Free Will* New York, Oxford University Press, 1996.

- KELSEN, HANS. *The Law as a Specific Social Technique*, in *What is Justice? (Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science)*, Los Angeles, University of California Press, 1957.
- KERSHAW, SARAH. *The Hunt for Sniper: The Dead. Escaping the Grip of Cancer; Only to Die at a Sniper's Hand*, New York Times, October 16, 2002.
- KIEFER, F. *Modality*, in R. E. Asher (ed.), *The Encyclopedia of Language and Linguistics*, Oxford, Pergamon Press, 1994.
- LANE, CHARLES. *5-4 Supreme Court Abolishes Juvenile Executions*, The Washington Post, March 2, 2005.
- LEWIS, DAVID. *Are we Free to Break the Law?*, in "Theoria", 47, 1982.
- LIPTAK, ADAM. *Supreme Court Rule on Executing Young Killers*, The New York Times, January 4, 2005.
- _____. *Justices Limit Life Sentences for Juveniles*, New York Times, March 17, 2010.
- LOCKE, JOHN, *Ensayo sobre el Entendimiento Humano* (1690), Fondo de Cultura Económica, 2000.
- MACGINN, COLIN. *The Mysterious Flame* New York, Basic Books, 1999.
- MOLINA, FERNANDO. *Presupuestos de Responsabilidad Jurídica (Análisis de la Relación entre Libertad y Responsabilidad)*, in "ADPCP", LIII, 2000.
- MOORE, GEORGE E. *Principia Ethica* Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- NAGEL, THOMAS. *Una Visión de Ningún Lugar* Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- NICHOLS, SHAUN. *The Folk Psychology of Free Will: Fits and Starts*, in "Mind & Language", 19, 2004.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. *Los Límites de la Responsabilidad Penal: Una Teoría Liberal del Delito* Buenos Aires, ASTREA, 1980.
- O'CONNOR, TIM. *Alternative Possibilities and Responsibility*, in "Southern Journal of Philosophy", 31, 1993.
- _____. *Indeterminism and Free Agency: Three Recent Views*, in "Philosophy and Phenomenological Research", 53, 1993.
- _____. *Persons and Causes: The Metaphysics of Free Will* New York, Oxford University Press, 2000.
- OVERBYE, DENNIS. *Free Will: Now You Have It, Now You Don't*, The New York Times, January 2, 2007.
- ROSEN, JEFFREY. *The Brain on the Stand: How Neuroscience is Transforming the Legal System*, The New York Times Magazine, March 11, 2007.

- ROSS, ALF. *On Guilt, Responsibility and Punishment* Los Angeles, University of California Press, 1975.
- S/A. *The Future of Mind Control. Peole Already Worry about Genetics*, *The Economist*, May 23rd, 2002.
- SAUL, S. "*The Ambien Case*" - *Some Sleeping Pill Users Range Far Beyond Bed*, *The New York Times*, 2008.
- SCHAUER, FREDERICK. *Can Bad Science be Good Evidence?*, in "*Cornell Law Review*", 95, 2010.
- SCHLICK, M. *Problems of Ethics* New York, Prentice-Hall, 1939.
- SINNOT-ARMSTRONG, WALTER, ROSKIES, ADINA, BROWN, TENEILLE, and MURPHY, EMILY. *Brain Images as Legal Evidence*, in "*Episteme*", 2008.
- SMILANSKY, SAUL. *Free Will and Illusion* Oxford, Oxford University Press, 2000.
- _____. *Free Will: From Nature to Illusion*, Paper read at *Meeting of Aristotelian Society*, 20th November, Senate House, 2000.
- SOBER, E. *Core Questions in Philosophy: A Text with Readings* New York, Prentice Hall, 2004.
- STRAWSON, P.F. *Freedom and Resentment*, in *Free Will*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- WEATHERFORD, R. C. *Determinism*, in T. Honderich (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- WOLF, SUSAN. *The Importance of Free Will*, in "*Mind*", 90, 1981.
- WRIGHT, GEORG HENRIK VON. *Essays on Modal Logic* Amsterdam, North-Holland, 1951.
- _____. *The Varieties of Goodness* London, Routledge & Keagan, 1963.
- _____. *Causality and Determinism*, Paper read at *Wordbridge Lectures (October and November of 1972)*, New York, 1974.
- _____. *Determinism and the Study of Man*, in *Essay on Explanation and Understanding*, Kluwer, Dordrecht, 1976.
- _____. *Of Human Freedom*, Paper read at *The Tanner Lectures of Human Values*, Helsinki, 1984.