

LA PRUEBA PREDICTIVA EN LOS PROCESOS PENALES: ¿POR QUÉ EL DERECHO PENAL DEBE TRATAR A LAS PERSONAS COMO SI TUVIERAN LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE?

Amit Pundik

RESUMEN: En los procesos penales, a efectos de la determinación de si un individuo ejecutó una acción culpable, la prueba predictiva es usualmente ignorada. Por ejemplo, la elevada tasa de delitos que involucran armas de fuego ilegales en cierto vecindario no es usada en sustento de una condena en contra de una persona que allí reside por un delito que involucra un arma de fuego ilegal. Este artículo procura explicar y justificar la hostilidad del derecho penal hacia la prueba predictiva, sugiriendo que el derecho penal, en lo concerniente a la determinación de los hechos, se adhiere implícitamente a la visión según la cual la conducta culpable presupone un libre arbitrio necesariamente *impredecible*. Se argumenta luego que el derecho penal debe tratar a las personas sobre la base de la asunción de que ellas poseen libre albedrío impredecible, *incluso en caso de que esta asunción carezca de fundamento o resulte falsa*. El argumento procede mostrando cómo el uso de pruebas predictivas socava la efectividad del reproche. Se muestra también que esta justificación tiene una ventaja considerable frente a la justificación popular basada en los incentivos.

PALABRAS CLAVE: prueba estadística, relevancia, prueba, reproche, puenteo.

PREDICTIVE EVIDENCE IN CRIMINAL TRIALS: WHY CRIMINAL LAW SHOULD TREAT PEOPLE AS IF THEY HAVE UNPREDICTABLE FREE WILL?

ABSTRACT: When determining whether an individual performed a certain culpable action, predictive evidence is often ignored in criminal proceedings. For example, the high rate of crimes involving

illegal firearms in a certain neighbourhood is not used to support the conviction of an individual resident in a crime involving an illegal firearm. This article seeks to explain and justify the hostility of criminal proceedings toward predictive evidence by suggesting that criminal fact-finding implicitly adheres to the view that culpable conduct requires free will that is necessarily *unpredictable*. It further argues that criminal law should treat people based on the assumption that they have unpredictable free will, *even if this assumption is unfounded or even false*. The argument proceeds by showing how the use of predictive evidence undermines the effectiveness of condemnation. It is also shown that this justification has a considerable advantage over the popular incentive-based justification.

KEYWORDS: statistical evidence, relevance, proof, condemnation, bypassing.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. MI CONCEPCIÓN DE LA CULPABILIDAD: 2.1. La justificación de la hostilidad hacia la prueba predictiva. 2.2. La extensión acotada de mi concepción de la culpabilidad.— 3. LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE.— 4. ¿POR QUÉ EL DERECHO PENAL DEBERÍA TRATAR A LAS PERSONAS COMO POSEEDORAS DE LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE?— 5. REPROCHE VS. INCENTIVOS PARA UNA CONDUCTA ACORDE A DERECHO.— 6. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando en los procesos penales se intenta establecer si una determinada persona ejecutó cierta acción culpable, la prueba predictiva es a menudo rechazada¹. Concretamente, y solo con algunas pocas excepciones, las bases estadísticas quedan excluidas². El empleo de dicha prueba en los tribunales parece también *intuitivamente inapropiado*. Por ejemplo, parece altamente objetable apelar a una tasa elevada de delitos que involucran armas de fuego ilegales en un cierto vecindario a efectos de condenar a una persona que allí reside por un delito que involucra un arma de fuego ilegal (en adelante, «escenario con tasa de criminalidad»). La objeción contra las bases estadísticas no solo apunta contra la suficiencia de dicha prueba (en virtud de que las tasas de criminalidad son insuficientes por sí mismas para probar que el individuo es culpable). La objeción enfatiza, además, que dicha prueba no debería ser empleada en absoluto a efectos de determinar si una persona individualmente considerada es culpable: las tasas de criminalidad deberían considerarse *inadmisibles* en el proceso penal³. La hostilidad hacia la prueba predictiva en el marco de la determinación

¹ Me valgo de la distinción de Uviller (1982, p. 847) entre rastros probatorios (*trace evidence*) y prueba predictiva (*predictive evidence*): la primera resulta de un evento pasado que deja ciertos rastros en el presente (como testigos o huellas digitales), mientras que la segunda «mira hacia adelante a partir de un evento o rasgo establecidos a efectos de predecir la probable repetición de su ocurrencia».

² Para un estudio descriptivo del uso de índices estadísticos en Estados Unidos, véase Koehler (2002).

³ Esta objeción intuitiva contra la admisibilidad permite distinguir este ejemplo de aquellos otros relativos a las paradojas de la lotería o del prefacio (en epistemología) y a las paradojas del prisionero y del colado (en teoría del derecho). En el texto que acompaña a la nota 30 se discute esta última.

de los hechos en el proceso penal (*criminal fact-finding*) es evidente también en la sospecha, profundamente arraigada, que suscita la apelación al mal carácter y a las condenas previas⁴.

He intentado explicar y justificar esta hostilidad en trabajos previos (Pundik, 2020)⁵, sugiriendo que el derecho penal, en lo concerniente a la determinación de los hechos, se adhiere implícitamente a la visión según la cual la conducta culpable presupone un libre arbitrio necesariamente *impredecible*. Al tiempo que los teóricos tienden a acordar que es posible predecir la acción libre, al menos con cierto grado de confianza, sostengo que la visión adoptada en el marco de la determinación de los hechos en el proceso penal niega que puedan atribuirse probabilidades tanto subjetivas como objetivas a las acciones libres. No es solo la falta de información suficiente lo que impide una predicción precisa acerca de cómo va a actuar libremente un agente: las acciones libres *no pueden predecirse* porque su probabilidad no existe.

Pero a pesar de que el libre albedrío impredecible suministra, como arguyo, una justificación unificada de por qué ciertos tipos de prueba predictiva no deberían admitirse para la averiguación de los hechos en el proceso penal, esta justificación se asienta en una teoría del libre albedrío que es, contemporánea y abiertamente, contraintuitiva y demasiado demandante en sus compromisos metafísicos. Aunque tiendo a pensar que si el libre albedrío existe se ajusta a esta teoría radical, aquí no me ocuparé de su defensa. En este trabajo intentaré mostrar, en cambio, que la justificación que propongo puede ser usada por quienes *niegan* que tengamos libre albedrío impredecible (sea porque nuestro libre albedrío es predecible, sea porque no tenemos libre albedrío en absoluto)⁶. Para ello, sostendré que, con independencia de la postura que se adopte frente a la pregunta metafísica de si las personas poseen libre albedrío y de si este último es impredecible, *el derecho penal debería tratar a las personas partiendo de la suposición de que poseen libre albedrío impredecible*⁷.

Para empezar, para el derecho penal puede ser racional suponer que la gente posee libre albedrío impredecible *aun si la suposición carece de fundamento* o incluso si es falsa. En varias áreas del derecho, algunos conceptos se interpretan de modo que no pretenden ser fieles a su significado «verdadero» (sea lo que fuere lo que «verdadero» signifique), ni a su uso común en el lenguaje ordinario o incluso ni siquiera a su más

⁴ «La sospecha del derecho inglés respecto de la prueba del mal carácter y de las inconductas ajenas se ha cultivado por siglos. Se encuentra profundamente arraigada en la cultura judicial inglesa y en sus instituciones, y con frecuencia se la propone y celebra», véase Roberts y Zuckerman (2010, p.586).

⁵ En apariencia, mi posición podría evocar el trabajo de Sancinetti (1991) sobre tentativa, así como su uso del concepto de «propensión». Quiero agradecer al/la revisor anónimo/a que me señaló este punto.

⁶ Esta justificación puede resultar atractiva también para quienes sostienen que el derecho penal debiera permanecer neutral en el debate sobre libre albedrío y determinismo. Véanse, por ejemplo, Roxin (1992, p. 799 y ss.) y Jakobs (1992, p. 584 y ss.). Quiero agradecer a un/a revisor anónimo/a por señalarme este punto.

⁷ Sin embargo, para una crítica a las teorías compatibilistas del derecho penal que adoptan una visión *como si* respecto del libre albedrío, véase Moore (1985, p. 1121-1128).

defendible conceptualización filosófica. En contraste, su interpretación está guiada por los objetivos o valores que el derecho en cuestión pretende promover. Un ejemplo familiar es el de causalidad jurídica que difiere considerablemente de la noción de causalidad fáctica (Hart y Honoré, 1985)⁸. Además, el derecho penal adopta a veces suposiciones evidentemente falsas: la ignorancia del derecho no es una defensa porque se presume que la gente está familiarizada con el ordenamiento. Aun así, es difícil creer que toda persona imputada conozca cada una de las prohibiciones penales existentes en su jurisdicción y mucho menos su definición exacta. Análogamente, quizás el derecho penal deba asumir que las personas tienen libre albedrío impredecible sin importar si de hecho es así (por ejemplo, porque ello fomenta la conducta acorde al derecho). Después de todo, incluso filósofos que son profundamente escépticos acerca del libre albedrío y que lo consideran una ilusión arguyen en ocasiones que la sociedad podría, no obstante, beneficiarse de que las personas sigan creyendo que de hecho lo poseen⁹. El propósito de este texto es, por tanto, proponer un argumento justificativo de por qué el derecho penal no solo debería tratar a la gente como si tuviera libre albedrío, sino además como si tuviera libre albedrío impredecible.

En el apartado 2 presento mi concepción de la culpabilidad y detallo cómo la teoría del libre albedrío impredecible tiene aptitud para explicar y justificar la hostilidad hacia la prueba predictiva en el ámbito de la determinación de los hechos en el proceso penal. En el apartado 3 bosquejo esta teoría del libre albedrío y la defiendo de la objeción que alega que ella conduce a que todas las elecciones libres se tornen irracionales, arbitrarias o antojadizas. En el apartado 4 expongo por qué el derecho penal debería asumir que las personas poseen libre albedrío impredecible. Por último, en el apartado 5 arguyo que mi justificación para no emplear prueba predictiva presenta una ventaja considerable respecto de la justificación corriente de conformidad con la cual, condenar a la gente sobre la base de prueba predictiva socava el incentivo para abstenerse de la conducta delictiva.

2. MI CONCEPCIÓN DE LA CULPABILIDAD

De acuerdo con el modo en que concibo la culpabilidad, la prueba predictiva solo sustenta la pretensión acusatoria —según la cual la persona acusada cometió el delito que se le atribuye— en la medida en que la conducta de esa persona haya estado determinada por cierto factor *causal*, lo que priva de libertad a su conducta. Sin embargo, en el contexto de la atribución de culpabilidad es necesario presuponer exactamente lo contrario: que la persona acusada tenía libertad para determinar su propia conducta. El uso de este tipo de generalizaciones a efectos de determinar

⁸ Una manera alternativa de defender la distinción es aceptando el pluralismo causal, es decir, la tesis según la cual el concepto de causación varía de contexto a contexto, por ejemplo, de la ciencia al derecho. He propuesto un argumento a favor del pluralismo causal en Pundik (2007).

⁹ Véase, en especial, Smilansky (2000).

la culpabilidad es objetable porque entraña presuposiciones *contradictorias* sobre la conducta del individuo¹⁰.

Esta concepción de la culpabilidad arguye, primero, que las inferencias acerca de la conducta humana, sea que se las realice con finalidad predictiva o con propósito de condena, exigen valerse de generalizaciones *causales*; es decir, generalizaciones que reflejan una conexión causal entre el tipo de hecho desde el cual la inferencia inicia y el tipo de hecho que la inferencia procura establecer. Si una inferencia se basa en una generalización no causal, una mera correlación, se tratará de una inferencia no habilitada y, por tanto, inválida¹¹. La relación causal puede operar directamente o a través de una causa común. La inferencia según la cual un fumador tiene más probabilidades de contraer cáncer que un no fumador se basa en la generalización causal de que fumar es una causa del cáncer (de pulmón). En contraste, la inferencia de que un bebedor de Coca-Cola tiene más probabilidades de contraer cáncer que un no consumidor de esa bebida remite a una generalización que se remonta a una causa común. La causa común del cáncer (de piel) y de beber Coca-Cola es la de vivir en un país caluroso. Esta concepción de la culpabilidad no nos exige *especificar* la generalización causal (directa o indirecta); solo exige la presuposición de la *existencia* de una generalización causal de ese tipo¹².

Pero si las inferencias sobre la conducta humana exigen valerse de generalizaciones causales, ¿por qué las acciones libres no pueden probarse por medio de esas generalizaciones? Empecemos con un ejemplo simple. Supongamos que Ricardo es expuesto a un tipo particular de radiación que afecta a su sistema nervioso, de lo que resulta que le aparecen manchas en toda la piel y un impulso irresistible por atacar a toda persona a su alrededor. Supongamos, además, que *cada* persona expuesta a este tipo de radiación desarrolla estos síntomas. Cuando Ricardo es ingresado al hospital no parece problemático inferir de sus manchas que, llegada la oportunidad, se enfurecerá, de modo que debería ser retenido. Sin embargo, parece intuitivamente problemático inferir a partir de estas marcas, y con el propósito de condenarlo por un delito violento, que fue Ricardo (y no otra persona) quien cometió una cierta acción violenta ocurrida antes de su ingreso al hospital.

¹⁰ El hecho de que la determinación de la culpabilidad no deba basarse en presuposiciones contradictorias no debe confundirse con la pretensión más fuerte de que *todo* caso de adopción de una decisión práctica esté sujeta a *todas* las normas epistémicas; una pretensión que no suscribo. Tampoco se asume que suscribir creencias contradictorias sea, en sí mismo, moralmente incorrecto, solo que es incorrecto valerse de creencias contradictorias para tratar a alguien como culpable.

¹¹ Esta tesis forma parte del Principio de Causa Común; véanse Reichenbach (1991, p. 158–159); Arntzenius (1992).

¹² Me opongo a la visión contraria, según la cual una mera correlación entre dos tipos de hechos puede ser suficiente para inferir un hecho desconocido de uno conocido, puesto que para esa visión es difícil rechazar *correlaciones espurias*, como la correlación estadísticamente significativa entre el número de personas ahogadas por caer a una piscina y el número de películas en que actúa Nicholas Cage (véase Vigen [s. f.]). Para mayores detalles, véase Pundik (2017, p. 199-200).

De conformidad con esta concepción de la culpabilidad, esta inferencia no debería usarse con el propósito de determinar la culpabilidad, puesto que conduce a una contradicción. Para inferir, a partir de las marcas en su piel, que Ricardo actuó violentamente, es necesario presuponer una generalización *causal*: o bien que una cosa causó la otra o bien que ambas poseen una causa común. En este ejemplo, la radiación causó tanto las manchas como la conducta violenta. No obstante, la acción violenta de Ricardo solo puede considerarse culpable si él actuó *libremente*. Determinar la culpabilidad de Ricardo infiriendo que actuó violentamente a partir de las marcas de su piel es, por lo tanto, contradictorio: cuando se juzga a Ricardo como culpable por su conducta, esta última es tratada como libre, pero cuando se considera que esa conducta fue causada por la radiación, se la trata simultáneamente como carente de libertad. Este ejemplo explica también por qué una inferencia idéntica parece no problemática a efectos de retener a Ricardo en el hospital puesto que, en el contexto médico, no es necesario presuponer que la conducta violenta de Ricardo sea libre y culpable.

Pasando ahora a generalizaciones problemáticas, consideremos la siguiente variación del ejemplo previo. Supongamos que Esteban queda expuesto a otro tipo de radiación que afecta el sistema nervioso y siempre causa ciertas manchas en la piel, pero que causa un impulso irresistible de atacar a otras personas, si la oportunidad se presenta, en solo el 80% de las ocasiones. De conformidad con la interpretación subjetiva de la probabilidad¹³, usualmente considerada la más apropiada a efectos jurídicos¹⁴, las generalizaciones probabilísticas reflejan más el estado limitado de nuestro conocimiento que la verdadera naturaleza del mundo. Aunque es probabilística, la generalización sobre la radiación refleja imperfectamente la realidad que puede ser determinista. Si el mundo es de hecho determinista, Esteban pertenece a uno de dos grupos posibles. Una posibilidad es que pertenezca al subgrupo de gente que posee una variable extra desconocida que, junto con la radiación, determina que se enfurecerá. La otra posibilidad es que él pertenezca al subgrupo de gente que no posee esa variable extra, en cuyo caso la exposición a la radiación no causará su enfurecimiento.

Condenar a Esteban sobre la base de inferir, a partir de las marcas en su piel, que es (80%) probable que él haya actuado violentamente, resulta problemático. Si Esteban posee, de hecho, la variable extra, entonces —al igual que con las generalizaciones deterministas— esta inferencia conduce a una contradicción: su conducta se toma al mismo tiempo como libre (puesto que se lo culpabiliza por esa conducta) y como no libre (puesto que sus acciones violentas estuvieron determinadas por la radiación junto con una variable adicional desconocida). Si, en cambio, Esteban no posee esa variable extra, inferir a partir de sus marcas en la piel que ha actuado violentamente es erróneo y engañoso, ya que si él pertenece al subgrupo de gente que no se ve arrastrada

¹³ Sobre la aplicación de mi concepción de la culpabilidad a la luz de la interpretación objetiva, véase Pundik (2007, p. 204–205).

¹⁴ Sobre el derecho penal, véase Alexander, Ferzan y Morse (2009, p. 31); sobre derecho de daños, véase Perry (1995, p. 333–335); sobre la regulación acerca de salud y seguridad, véase Adler (2005, p. 1247).

por la radiación a actuar violentamente, entonces la exposición a la radiación no altera en nada la probabilidad de que haya actuado violentamente. En suma, esta inferencia es, o bien contradictoria, porque requiere de presuposiciones inconsistentes, o bien engañosa, porque es errónea aunque se la presenta como informativa.

2.1. La justificación de la hostilidad hacia la prueba predictiva

La concepción de la culpabilidad delineada puede proporcionar una justificación unitaria de la hostilidad hacia la prueba predictiva en el campo de la determinación de los hechos en el proceso penal. Volvamos al escenario con tasa de criminalidad, en el que la parte acusadora pretende aducir una tasa elevada de delitos con armas de fuego ilegales en cierto vecindario como fundamento para condenar a una persona allí residente por un delito que involucra un arma de fuego ilegal. Inferir que es más probable que esa persona haya cometido el delito que involucra un arma de fuego ilegal a partir del dato de la tasa de criminalidad exige presuponer que hay una generalización causal que hace predecible hasta cierto punto la conducta de ese vecino o esa vecina, por ejemplo, algo relacionado con el carácter peligroso del vecindario o sus condiciones socioeconómicas. Ese factor causal está fuera del control del vecino individualmente considerado¹⁵. La inferencia que parte de la tasa de criminalidad y concluye que el vecino cometió el delito aludido es, por tanto, o bien inconsistente con su culpabilidad o bien errónea.

Esa concepción de la culpabilidad también da sustento a la sospecha del *common law* hacia las condenas previas y suscita algunas críticas a reformas recientes. Las reglas y precedentes que regulan la admisibilidad de información sobre condenas previas son vastas y complejas, y no puedo realizar aquí un análisis completo de unas y otros. Sin embargo, aplicar dicha concepción de la culpabilidad a casos de condenas previas por abusos infantiles podría servir para ejemplificar cómo habría de verse un análisis semejante. La información sobre condenas previas por abuso infantil es admisible tanto en Reino Unido como en Estados Unidos de América¹⁶. Sin embargo, aunque la admisión de esta información por condenas previas ha sido objeto de diversas críticas, tales como la de ser inconstitucional (Sheft, 1995), injusta (McCandless, 1997, p. 694), o incluso la de suprimir la verdad (*truth-suppressing*) (Cowley y Colyer, 2010), la conexión con la cuestión del libre albedrío parece haber pasado desapercibida. La condición de culpabilidad llevaría a poner atención en la importancia que tiene identificar la exacta generalización involucrada y elucidar si su uso a efectos

¹⁵ Alguien podría responder que el vecino o vecina podría todavía tener cierto control sobre cómo responder a este factor causal, lo que hace que su conducta sea tanto predecible como libre. Discuto esta respuesta en Pundik (2020, pp. 256-263).

¹⁶ Respecto de Reino Unido, véase la *Criminal Justice Act 2003*, c 44, pt 11, capítulo 1, s 103; respecto de Estados Unidos, véase la *Regla 414 de las Reglas Federales sobre Prueba*.

de condenar entra en conflicto con otras presuposiciones propias del proceso penal. Como toda inferencia sobre la conducta humana, la inferencia que extrae, a partir de las condenas previas de una persona acusada, la mayor probabilidad de que ella haya cometido un delito semejante que se le atribuye, se vale de generalizaciones causales. La información sobre condenas previas puede tener valor probatorio porque indica que la persona acusada sufre algún trastorno, como cierta perversión, enfermedad o adicción, que eleva la probabilidad de reincidencia. De acuerdo con mi concepción de la culpabilidad, si estas condenas previas dan, en efecto, sustento a la pretensión de la acusación según la cual la persona acusada cometió el delito que se le atribuye, ello solo podría ocurrir acarreado el costo de sacar a la luz que la conducta del acusado no es libre ni, por lo tanto, culpable¹⁷.

Un análisis semejante se aplica a los motivos. La prueba de los motivos es usualmente admisible en los tribunales¹⁸. Redmayne (2015, p. 70) sostiene incluso que «excluir la prueba de los motivos es contraintuitivo»¹⁹. Por ejemplo, que la esposa del acusado tuviera un *affaire* y que su matrimonio se rompiera «muestra que él tenía un motivo (aunque irracional) para matarla»²⁰. No comparto la intuición de Redmayne (por ejemplo, no estoy convencido de que la prueba indicadora de la pobreza de la persona acusada deba ser usada para cimentar su condena por robo). Lo que es más importante, se piensa a menudo que la postura general del derecho penal sustantivo al respecto es que los motivos de las personas acusadas son irrelevantes²¹. Mi concepción de la culpabilidad sugeriría, además, que la determinación de los hechos en el proceso penal debiera ser precavida frente a los motivos. Una manera en que los motivos pueden tener incidencia probatoria respecto de la conducta de la persona acusada es reflejando influencias externas que son ajenas a su control y que hacen que su conducta no sea libre. Si la pobreza tiene incidencia probatoria respecto del robo —porque la pobreza es *causa* de que (alguna) gente pobre robe— entonces, desde la concepción de la culpabilidad antes articulada puede plantearse la misma objeción que antes se postuló contra la idea de que la radiación es causa de que (alguna) gente se enfurezca. Una objeción similar puede hacerse si el adulterio tiene valor probatorio respecto del homicidio porque causa que (algunos) maridos engañados maten a sus esposas²².

¹⁷ Sobre el uso de información sobre condenas previas a efectos de refutar invocaciones de defensas, véase Pundik (2020, p. 250-252).

¹⁸ «Cuando los motivos son relevantes, la prueba dirigida a mostrar su existencia es usualmente admisible, quedando sujeta a exclusión si el riesgo de prejuicio injusto es demasiado alto» (Leonard, 2001, p. 439-440).

¹⁹ Véase también Husak (1989).

²⁰ *R v. Phillips* [2003].

²¹ «Difícilmente alguna parte del derecho penal esté más definitivamente establecida que aquella según la cual los motivos son irrelevantes» (Hall, 1960, p. 88); «Ha sido uniformemente aceptado por la jurisprudencia angloamericana que los motivos no son ni elementos del delito ni defensas contra su existencia» (Sachs, 1950, p. 1199).

²² Como expliqué detalladamente en otro trabajo (Pundik, 2022), esta concepción de la culpabilidad puede explicar también por qué a la defensa debería permitírsele aducir *algún* (pero no todo) tipo de prueba predictiva que la parte acusadora no debería estar habilitada a aducir.

2.2. La extensión acotada de mi concepción de la culpabilidad

Es importante percatarse de que la concepción de la culpabilidad delineada solo se opone a inferencias basadas en generalizaciones causales donde la *dirección* de la conexión causal va *desde* la característica que la persona comparte con la otra gente a la que la generalización le es aplicable *hacia* la conducta culpable. Es solo así que la prueba refleja una generalización causal que priva a la conducta de libertad y que es, por tanto, inapropiada para determinar la culpabilidad. A diferencia de lo que ocurre con las tasas de criminalidad, es perfectamente posible usar como prueba la sangre de la víctima hallada en la ropa de la persona acusada, aun cuando ello se vale de una generalización según la cual es más probable que sean las personas con sangre de la víctima en sus ropas quienes la mataron a que lo sean aquellas otras cuyas ropas no tienen rastros de esa sangre. La razón está en que esta inferencia no presupone ningún factor común y anterior que sea la causa de que las personas con rastros de sangre en su ropa cometan homicidios; por el contrario, *es su propia acción libre la que causa el factor común*, es el homicidio lo que causa que las ropas tengan manchas de sangre²³. La dirección de causación explica también por qué la concepción de la culpabilidad adoptada tampoco se opone a la prueba de la *oportunidad*. Si en la escena de un homicidio por apuñalamiento se encuentra a dos personas una de las cuales está completamente paralizada, parece intuitivo inferir que, de entre las dos, es más probable que la autora del delito sea la persona con movilidad. Como ocurre con las muestras de manchas de sangre, la pregunta es si estas inferencias están basadas en generalizaciones causales que van *desde* la característica que la persona acusada comparte con otra gente *hacia* la conducta culpable. Descartar a la persona paralizada como autora del delito y centrar las sospechas en la persona con movilidad no se basa en una generalización causal según la cual estar sano (o poder moverse) *causa* que la gente cometa homicidios. Por el contrario, las personas inmovilizadas por parálisis quedan lisa y llanamente fuera del grupo de potenciales sospechosos porque son *incapaces* de haber cometido el delito. Tener la capacidad o la oportunidad adecuada de cometer un delito es una condición necesaria o factor habilitante (*enabler*)²⁴ de la acción, pero no es su causa (así como la presencia de la víctima en la escena del crimen es una condición necesaria de su muerte, pero no su causa).

En especial, al tiempo que mi concepción de la culpabilidad ofrece una justificación unitaria para la exclusión de diversos tipos de pruebas predictivas (según la definición dada al inicio)²⁵, no se opone al uso de *prueba estadística* como tal. En

²³ Este ejemplo ilustra también una diferencia importante entre mi concepción de la culpabilidad y otros intentos explicativos respecto de qué es lo incorrecto en el uso de prueba estadística en los tribunales. Mientras que algunas explicaciones se centran en qué es lo que causó la *aparición de prueba* (por ejemplo, Thomson (1986), este texto se centra en qué es lo que causó la *conducta del individuo*.

²⁴ Véase la discusión en las referencias incluidas en la nota 56.

²⁵ Nota 1.

particular, la concepción de la culpabilidad adoptada no se opone a tipos de prueba estadística que, de hecho, actualmente se emplean en la determinación de los hechos en el proceso penal, tales como la prueba de ADN usada para la identificación. En lugar de presuponer que la conducta culpable de la persona acusada fue causada por su composición genética, la inferencia se basa en que su conducta culpable es la causa de que su composición genética haya sido encontrada en la escena del crimen²⁶. Como ilustran los ejemplos de las manchas de sangre, oportunidad y prueba de ADN, la extensión acotada de mi concepción de la culpabilidad no es una deficiencia sino una ventaja notable.

Un tipo de prueba estadística más polémico y no alcanzado por la extensión de la concepción de la culpabilidad es el de los escenarios hipotéticos, que suscitan, en apariencia, objeciones intuitivas semejantes a las relativas a los escenarios con tasa de criminalidad. En la que se conoce como «paradoja del colado» (*gatecrasher paradox*) (Cohen, 1977, p. 74), por ejemplo, aunque los organizadores de un rodeo venden 499 entradas, se cuentan 1.000 espectadores dentro del evento. Sobre la base de que 501 espectadores no pagaron para ingresar, los organizadores reclaman el precio de la entrada a espectadores seleccionados de manera aleatoria, argumentando que la probabilidad de que tal o cual espectador elegido al azar haya omitido el pago de su entrada es mayor a la probabilidad de que esa persona haya pagado. Responsabilizar jurídicamente a los espectadores seleccionados al azar sobre la base de esta única prueba parece intuitivamente erróneo²⁷, pero la concepción de la culpabilidad adoptada no aplica a esta cuestión, pues no hay conexión causal entre la propiedad compartida (la participación en este rodeo) y la conducta culpable (colarse).

Sea como fuere, dudo que esta extensión limitada genere un defecto en mi concepción de la culpabilidad, y mucho menos uno serio. Como argumenté en otro lugar, los escenarios hipotéticos y las intuiciones que suscitan no son teóricamente útiles para determinar qué pruebas no deberían ser usadas en la determinación de los hechos en el proceso penal (y por qué), puesto que esos escenarios incluyen rasgos que los tornan particularmente confusos e inútiles²⁸. Por ejemplo, la paradoja del colado suscita una intuición sobre la suficiencia (concretamente, que el espectador no debe ser condenado), pero no está claro qué intuición suscite en torno a la admisibilidad, que es la cuestión a la que apunta la concepción de la culpabilidad.

Además, las inferencias en estos escenarios hipotéticos poseen una *estructura diferente* respecto de las delineadas a partir de prueba predictiva. Un rasgo distintivo de los escenarios hipotéticos es el hecho de que el caso específico en cuestión *pertenece* al grupo de casos a partir del cual la prueba es reunida. En la paradoja del colado,

²⁶ Puede encontrarse una explicación más detallada en Pundik (2017, p. 212-213).

²⁷ Algunas investigaciones empíricas muestran que la gente tiende a despreciar esta prueba: véase Kahneman y Tversky (1980). Sea como fuere, esta no es una intuición aceptada por todo el mundo (Brook, 1984, p. 330).

²⁸ Véase Pundik (2017, p. 192-193).

la persona demandada es una de las 1.000 que asisten al rodeo (de las cuales 501 no pagaron su entrada). En consecuencia, la inferencia parece puramente *analítica*, porque el paso de «501 de 1.000 espectadores se colaron» a «la probabilidad de que un espectador elegido al azar se haya colado es del 50,1%» no agrega información nueva. Para empezar, en los escenarios hipotéticos la prueba estadística *no* es predictiva, porque no «[mira] hacia adelante a partir de un evento o rasgo establecido a efectos de predecir la probable repetición de su ocurrencia» (Uviller, 1982, p. 847). Por el contrario, la predicción de conductas no es meramente analítica porque se basa en un grupo de casos observados que invita a la persona que indaga sobre los hechos a inferir algo respecto de un caso *inobservado*. En el caso de las tasas de criminalidad, por ejemplo, resulta obvio que el caso investigado no forma parte del grupo de casos de los que se supo que los vecinos actuaron violentamente, pues el hecho en disputa es, precisamente, si ese vecino en particular actuó violentamente o no. Es por esta diferencia de estructura que está lejos de ser obvio que la objeción intuitiva contra la prueba predictiva se aplique igualmente a los escenarios hipotéticos y sus justificaciones.

Una limitación más importante de la concepción de la culpabilidad delineada está relacionada con la reducción de condena. Alguien podría alegar que esa concepción de la culpabilidad contrasta con una visión intuitiva de la responsabilidad penal. Mientras que la concepción de la culpabilidad implica que la conducta del agente está o bien enteramente determinada o bien íntegramente inafectada, las prácticas de determinación de responsabilidad penal parecen asumir a menudo que un agente puede estar bajo una influencia causal parcial. Se trata al agente como si estuviera influenciado causalmente por algún factor, pero solo en cierto grado, lo que le deja un margen de libertad menor que el máximo. Por ejemplo, podría reducirse la condena en contra de un pedófilo por el hecho de haber sido él mismo víctima de abuso durante su niñez. De conformidad con esta visión, la reducción reconoce que la experiencia de su niñez influyó causalmente su manera actual de comportarse, pero dejándole la suficiente libertad para ser, por ello, responsable de abusar de otros niños.

La dificultad con esta visión de la responsabilidad penal es que no puede dar cuenta de la fase del veredicto en el juicio, donde se busca un resultado binario: o bien la persona acusada es culpable del delito que se le atribuye o bien no lo es. Condenarla requiere que sea culpable de la comisión del delito²⁹, lo que supone, en consecuencia, que haya actuado libremente³⁰. Así, la acción libre es una precondi-

²⁹ Esta condición no implica retribucionismo (es decir, que la pena se inflija en virtud de que sea merecida), porque se aplica a cualquier teoría del castigo que considere la culpabilidad una restricción sobre otros objetivos legítimos del castigo. La teoría mixta del castigo propuesta por Hart (2008, capítulo 9) constituye un ejemplo notable de este tipo de teorías, pues acepta la restricción retribucionista de conformidad con la cual «solo quienes hayan violado la ley —y lo hayan hecho voluntariamente— pueden ser castigados», al tiempo que rechaza el retribucionismo como el «fin justificativo general del sistema».

³⁰ Sobre teorías que sostienen que el libre albedrío no es una condición necesaria de la atribución de culpabilidad (por ejemplo, las semicompatibilistas y las teorías de las actitudes reactivas), véase el fragmento que acompaña la nota 48.

ción de la responsabilidad penal, y cuando queda socavada (en virtud de una defensa como la demencia o la coacción) conduce a que la persona acusada sea declarada *no culpable* y no *menos culpable*.

Una manera de explicar convincentemente la fuerza intuitiva de esta visión de la responsabilidad penal es subrayando que, aunque la cuestión de la culpabilidad es binaria, las consecuencias de la condena son típicamente graduales. El castigo puede acarrear un periodo más o menos largo de encarcelamiento o una multa más o menos alta. Es en la fase de fijación de la pena donde la experiencia de la niñez del pedófilo se toma en consideración. Pero puede haber varias explicaciones de por qué esta experiencia sirve para reducir la pena adecuada sin necesidad de recurrir a la influencia causal parcial. Solo para mencionar algunas alternativas, podría considerarse: el mayor efecto que la pena tendrá sobre él como resultado de su previa experiencia; su vulnerabilidad para convertirse en víctima nuevamente durante el encarcelamiento, o quizás incluso el intento de compensarlo por su mala fortuna en la infancia.

Sea cual fuere, la justificación no necesita apoyarse en una generalización causal, según la cual la experiencia de su niñez influyó causalmente llevándolo a cometer el delito que se le atribuye. Si una generalización causal como esta es empleada en el momento de la fijación de la pena, se torna difícil explicar por qué debería prohibirse a la acusación usar esa misma prueba antes del veredicto para fundamentar su alegación de que el acusado cometió el delito. Aquí el desafío es no solo el de identificar una objeción sólida contra el uso de esa prueba en el juicio penal (lo cual es más difícil de lo que podría parecer) (Schoeman, 1987; Redmayne, 2008)³¹, sino además explicar por qué esa misma objeción no resulta igualmente aplicable al momento de la fijación de la pena. Después de todo, si los antecedentes de la persona acusada le influyeron causalmente, significa que es más probable que haya cometido el delito, lo que conlleva que sus antecedentes cobren valor probatorio, de modo que no deberían ser ignorados al momento de dictar el veredicto. Puesto que explorar la justificación de esas reducciones queda fuera de los límites de este trabajo, basta con señalar que tomar en consideración los antecedentes de la niñez del pedófilo al momento de fijar la pena no tiene que fundamentarse necesariamente en su menor libertad para abusar del niño del que abusó. Este punto está en sintonía con el hecho de que la libertad es entendida, por casi todas las personas expertas en materia de libre albedrío como un concepto binario³².

Por último, mi concepción de la culpabilidad se limita a las áreas del derecho para las que la culpabilidad es condición de responsabilidad (*liability*). Se podría pensar que la hostilidad hacia la prueba predictiva se extiende incluso al derecho privado, al menos en algunos casos. Por ejemplo, podría parecer intuitivamente objetable sustentar una pretensión de negligencia médica contra una persona profesional de

³¹ He defendido esta visión en Pundik (2011; 2008a, p. 303; 2008b; 2006) y Dahlman y Pundik (2021).

³² Nomy Arpaly (2006) parece ser una excepción destacable.

la medicina en pruebas de su conducta negligente previa. Pero es importante señalar que en *Laughton v. Shalaby* (2014) esa prueba se consideró *admisible*, y la regla general es que la prueba del carácter es tratada de manera significativamente distinta en los procesos civiles y penales³³.

Uno podría insistir en que *Laughton v. Shalaby* debió haber sido decidido de otro modo, o en que la objeción intuitiva debería prevalecer al menos cuando la prueba predictiva se basa en las acciones de otras personas (como la tasa de conductas negligentes entre médicos del mismo hospital). Acaso esta intuición podría ser desacreditada calificándola como uno más de los ejemplos en que se (mal)entiende que la responsabilidad (*liability*) por daños presupone culpabilidad. De hecho, las referencias a la culpa no son infrecuentes en los casos de negligencia³⁴, ni tampoco las consideraciones de justicia retributiva (incluso en varias jurisdicciones) (Perry, 2006). En particular, en casos de negligencia médica, tanto demandantes como demandados ven la responsabilidad (*liability*) como reflejo de la culpabilidad (o de conceptos estrechamente relacionados, tales como *accountability* y *responsibility*)³⁵. Sin embargo, cualquiera sea el rol que intuitivamente se dé a la culpabilidad, podría decirse que el objetivo del derecho de daños no es castigar al agente dañador (*tortfeasor*)³⁶, sino compensar el daño de la víctima, promover niveles óptimos de cuidado o aumentar la justicia distributiva (Schwartz, 1997).

Más en general, la prueba predictiva se emplea en varias áreas no penales del derecho en adición a los casos de negligencia médica, tales como: la compensación por lucro cesante (para calcular la expectativa de vida de que el demandante hubiera gozado si el demandado no lo hubiera dañado antijurídicamente)³⁷; daños por agentes tóxicos (para probar la causalidad)³⁸; derecho laboral (para probar la discriminación por pertenencia a ciertos grupos)³⁹; derechos humanos (para probar la dimensión del

³³ Mientras que la admisibilidad de la prueba del carácter está regulada de manera robusta en el proceso penal, en el proceso civil «dicha prueba es admisible si posee valor probatorio potencial respecto de un asunto disputado». *O'Brien v. Chief Constable of South Wales Police* [2005, p. 53] UKHL 26, [53]. Véase también Roberts y Zuckerman (2010, p. 6).

³⁴ Véase, por ejemplo, en el derecho inglés: «Si no puede imputarse culpa al demandado, la acción, basada en la negligencia, ha de fracasar inevitablemente», en *Snelling v. Whitehead* [1998]; «Puesto que a mi juicio Mr. Tarleton actuó sin culpa, él no fue negligente», en *Mansfield v. Weetabix Ltd* [1998].

³⁵ En relación con esta visión de los demandantes, véase Dauer (2006). En torno a esta visión de los demandados, véase DeWees *et al.* (1996, p. 425).

³⁶ Para un ejemplo en el derecho inglés, véase: «[L]a responsabilidad jurídica por daños ha dejado de cimentarse, en muchos casos, en la reprochabilidad moral», *Nettleship v. Weston* [1971, pp. 709-710].

³⁷ Aunque el método exacto para llevar a cabo esta tarea es objeto de disputa (véanse Lewis [2002, p. 406]; *CA 10064/02 Migdal Insurance Company v. Rim Abu-Hana* [2005]), resulta indubitable que alguna generalización sobre la expectativa de vida ha de emplearse.

³⁸ Dicha prueba desempeña un papel clave en la litigación vinculada con el tabaco (véase, por ejemplo, *Blue Cross v Philip Morris* [2000]). Sin embargo, en otros casos esta prueba ha sido rechazada (véanse, entre otros, los casos sobre el amianto: *Cimino v. Raymark Industries* [1998] y *In re Fibreboard Corporation* [1990]).

³⁹ Quizás el caso más notable sea una *class action* de discriminación de género presentada a favor de dos millones de mujeres contra Walmart, el mayor empleador privado del mundo (*Walmart v. Dukes*,

daño causado por la violación de los derechos humanos del demandante);⁴⁰ y derecho de la competencia (para calcular el daño económico resultante de una fijación de precios)⁴¹. El hecho de que la concepción de la culpabilidad en cuestión se limite a áreas del derecho constreñidas por la culpabilidad no es por lo tanto una deficiencia, sino una fortaleza, ya que permite explicar y justificar por qué ciertas reglas de exclusión de prueba predictiva existen solo en los procesos penales.

3. LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE

Una teoría del libre albedrío que incluya la condición de impredecibilidad niega que las acciones libres admitan probabilidades, de modo que es necesariamente *incompatibilista*⁴². Para las teorías compatibilistas del libre albedrío, una acción puede ser libre incluso si está determinada por factores causales antecedentes. De modo que valerse de estos factores para predecir la acción de un agente no constituye una amenaza para la libertad mayor que la que entraña el propio determinismo causal (que no es una amenaza en absoluto). En contraste, si las acciones libres son *necesariamente* impredecibles, una acción determinada por factores causales fuera del control del agente *no puede* ser libre. Esto se debe a que esos factores causales harían que la acción fuera al menos potencialmente predecible (la posibilidad de predicción y su precisión dependerían del estado de nuestro conocimiento).

Una consideración semejante se aplicaría a las concepciones semicompatibilistas, como la influyente teoría de Fisher y Ravizza (1998, p. 31–34), que distingue entre «control regulativo», incompatible con el determinismo pero innecesario para la culpabilidad, y «control guía», suficiente para la culpabilidad y basado en la sensibilidad del agente respecto de las razones. Mientras que las personas que suscriben el semicompatibilismo conservan la división tajante entre acciones *libres* y acciones *culpables* y pueden aceptar que las acciones libres son impredecibles, sostienen al mismo tiempo, como quienes suscriben el compatibilismo «pleno», que las acciones *culpables* pueden ser predecibles (por ejemplo, porque pueden estar determinadas por factores causales que no socavan el control guía). En contraste, en el apartado 2 argumenté que la condición de impredecibilidad permite, a partir de la observación de cómo se prueban las acciones *culpables*, justificar la hostilidad del derecho penal hacia la prueba predictiva. En consecuencia, si mi tesis es correcta, estaría sugiriendo además que la teoría del libre albedrío a la que el derecho penal se adhiere es libertaria, y no compatibilista o semicompatibilista.

564 U.S. 338 [2011]), aunque la admisión de esta prueba para mostrar la discriminación no es nueva (véase, por ejemplo, *Alabama v. United States* [1962]).

⁴⁰ *Hilao v. Estate of Marcos* (1996).

⁴¹ *United States v. Columbia Pictures* (1960).

⁴² Mi trabajo precedente fue criticado por Picinali (2016) en virtud de no especificar la teoría del libre albedrío con que se comprometía. Espero que esta sección rectifique esa carencia.

Un rasgo constitutivo de las teorías libertarias del libre albedrío es la tesis según la cual, si la acción de las personas estuviera (totalmente) determinada por factores causales antecedentes fuera de su control, ellas no serían ni libres al hacer lo que hacen ni culpables por ello. Sin embargo, los libertarios tienden a aceptar la visión de que las acciones *libres* de un agente tienen *probabilidades objetivas*⁴³. De conformidad con la interpretación objetiva de la probabilidad, la misma realidad subyacente es indeterminista. Piénsese en la siguiente generalización probabilista: arrojar una copa desde cierta altura contra un suelo de madera causará la rotura de la copa en un 50% de los casos. De acuerdo con esta interpretación, arrojar la copa es un evento genuinamente indeterminado: aun conociendo todos los hechos relevantes (la peculiar fragilidad de la copa, la distancia respecto del suelo, etc.) y las leyes naturales aplicables, todavía sería imposible saber, antes de que la copa toque el suelo, si en este caso específico se romperá o no. Y la misma lógica se aplica a la conducta humana: bajo la interpretación objetiva, es imposible predecir con certeza cómo actuará un agente, aun si sabemos todo lo que puede ser sabido, porque la realidad subyacente misma es indeterminista. De todas maneras, así como es posible predecir que la probabilidad de que la copa se rompa es del 50%, también es posible predecir con cierto grado de confianza lo que el agente hará. Mientras mejor sea la predicción, más se acercará a la probabilidad objetiva de esa acción.

A pesar de que es difícil defender la visión de que las acciones libres poseen probabilidades objetivas⁴⁴, no es sorprendente que esa sea la visión dominante entre libertarios, puesto que les permite dar cuenta de la práctica común de predecir el curso de acción que un agente probablemente elegirá *de manera libre*. Si las acciones libres poseen probabilidades objetivas, podrían estar sujetas a influencia causal, lo cual incidiría en la probabilidad de que el agente elija actuar de cierto modo sin que su acción deje por ello de ser libre.

Sea como fuere, si en el marco de la determinación de los hechos en el proceso penal se adhiere a la condición de impredecibilidad, entonces no puede apelarse a ninguna teoría de la libertad que sostenga que las acciones libres poseen probabilidades objetivas⁴⁵. Al tiempo que esta adhesión exige un único tipo de teoría libertaria del

⁴³ Véase O'Connor (2000, p. 97; 2009, p. 189, 197).

⁴⁴ Se ha mostrado que el muy famoso argumento del *rollback* de van Inwagen, que procura mostrar que el libre albedrío es imposible en un mundo *indeterminista*, queda limitado solo a versiones del indeterminismo en que todas las acciones tienen probabilidades objetivas: véanse van Inwagen (2000, p. 14–18); Buchak (2013); Bernáth y Tőzsér (2020). Se ha argumentado también que la física cuántica no deja espacio para el libre albedrío libertario si aquella se entiende en el sentido de estimación de probabilidades objetivas para cada evento físico: véase Loewer (1996). En un sentido más específico, el modo en que O'Connor se vale de probabilidades objetivas parece particularmente indefendible: véase Vicens (2016). La réplica de O'Connor puede verse en O'Connor (2016).

⁴⁵ El compatibilismo no implica que el determinismo sea verdadero, sino tan solo que este no constituye una amenaza para la libertad. En consecuencia, es lógicamente admisible para el compatibilista aceptar que el mundo es indeterminista y que las acciones libres tienen probabilidades objetivas. Pero este es un camino que difícilmente el compatibilista tome, puesto que lo privaría de su objeción al

libre albedrío⁴⁶, y en tanto descarta la mayor parte de las teorías libertarias contemporáneas⁴⁷, nada en el compromiso hacia el libertarismo exige aceptar la visión según la cual las acciones libres tiene probabilidades objetivas (Buchak, 2013; Bernáth y Tózsér, 2020; Vicens, 2016).

Aun cuando ofrecer una articulación completa de una teoría libertaria que incluya la condición de impredecibilidad está fuera de los límites de este artículo, me gustaría hacer algunas observaciones tentativas a efectos de sugerir cómo habría de verse una teoría semejante. En especial, la condición de impredecibilidad opera más como condición necesaria que como condición suficiente de la libertad. Algunas teorías compatibilistas contemporáneas especifican condiciones que no poseen relación con el determinismo, como la sensibilidad a las razones (Fisher y Ravizza, 1998, p. 31–34). Es probable que una teoría libertaria que incluya la condición de impredecibilidad también incorpore esas condiciones⁴⁸.

Una teoría libertaria que incluya la condición de impredecibilidad no necesita negar que, en muchos casos, la conducta humana es predecible. Por ejemplo, si una persona bebe café casi cada mañana, podemos predecir con un alto grado de confianza que también mañana por la mañana beberá café. A pesar de que esas acciones pueden ser predichas, la teoría en cuestión negaría que se trate de acciones libres en el sentido que los libertarios atribuyen al término «libertad». Ciertamente, beber café puede ser una acción libre en varios sentidos significativos: puede ser libre de intervenciones externas como la coerción, el engaño o la manipulación; puede ser libre de interferencias políticas o sociales (beber café no es ni ilegal ni socialmente inaceptable); puede ser libre respecto de la escasez de granos de café, etc. Sin embargo, que la acción sea libre en cualquier de estos sentidos no implica que sea libre en el sentido que los libertarios atribuyen a la noción de libertad y que consideran necesaria para la culpabilidad. En este sentido específico, la acción es libre si está indeterminada por factores causales fuera del control del agente. Si lo que determina que la persona beba café mañana por la mañana es su composición genética o una adicción a la cafeína, todos los sentidos aludidos de «libertad» pueden quedar en pie y, aun así, los libertarios insistirían en que la acción de beber café de esa persona no es libre. Una teoría que incluya la impredecibilidad podría aceptar que muchas acciones son efectivamente predecibles pero sugerir que lo son *precisamente debido*

libertarismo basada en la suerte. Respecto del desafío que la suerte impone al libertarismo, véase Levy (2011, capítulo 3) (aunque Levy se define como un «compatibilista decepcionado» y argumenta que la suerte socava también el compatibilismo [capítulo 2 y capítulo 4]).

⁴⁶ Una versión kantiana de dicha teoría puede encontrarse en Bergson (1910). Una versión alternativa puede basarse en la semántica de los contrafácticos: las proposiciones contrafácticas sobre la acción que un agente hubiera ejecutado libremente bajo circunstancias diferentes carecen de valor de verdad, véase Sela (2017).

⁴⁷ Véase nota 45.

⁴⁸ «Ser capaz de apreciar razones y de actuar por ellas no es suficiente para ser un agente libre. Pero esa habilidad es necesaria para el libre albedrío» (Clarke, 2003, p. 15).

a que no son libres: el mismo factor que hace que la acción sea predecible la priva también de libertad⁴⁹.

Una teoría libertaria que incluya la condición de impredecibilidad necesitaría dar cuenta del papel de las razones subjetivas del agente en sus acciones libres. Una opción sería la de aceptar que una acción determinada por las razones del agente no puede considerarse libre (porque solo las acciones indeterminadas pueden ser libres), pero insistir en que, sin perjuicio de ello, dicha acción puede ser culpable, puesto que la culpabilidad puede derivarse de las acciones libres precedentes del agente de las que resultó la adquisición o conservación de esas razones subjetivas⁵⁰. Dado que la culpabilidad derivada cae fuera del alcance de este trabajo, quisiera enfocarme en una visión alternativa, también común entre libertarios, de conformidad con la cual *las razones no son causas* y las explicaciones en virtud de razones *no son causales*⁵¹. Esta visión no necesita negar que un agente pueda percibir ciertas motivaciones o razones subjetivas para la acción como más poderosas que otras (acaso porque son más coherentes con sus creencias, valores u objetivos)⁵². Por ejemplo, un agente puede elegir libremente hacer una donación a una institución de caridad *principalmente* porque quiere ayudar a otras personas *y también* porque quiere desgravar impuestos. Sin embargo, esta visión negaría que la diferencia de fuerza sea reflejo de una diferencia en la influencia causal que cada razón ejerce en el agente; rechazaría, así, la influyente tesis de Davidson (1963) según la cual las explicaciones por razones son explicaciones causales. Consecuentemente, desde esta perspectiva, no es que el agente se encuentre «impelido» por unas razones hacia un curso de acción y por otras hacia un curso de acción diferente hasta que algunas de ellas prevalezcan. En lugar de ser impelido, cuando actúa libremente, es el propio agente el que elige sobre la base de qué razones actuar⁵³.

Desde esta óptica, las razones operarían probablemente como *habilitantes* de decisiones libres⁵⁴. Además, una acción será libre solo si el agente tiene razones para cada

⁴⁹ Sela (2017) sugiere otra explicación en una orientación similar. De acuerdo con su concepción de «libertad de martes» ciertos tipos de acción se ejecutan con libertad solo *ocasionalmente*: la mayor parte de las mañanas, el agente bebe su café sin ejercer el libre albedrío, pero los martes el agente bebe (u omite beber) su café libremente. Las predicciones se basan en el patrón creado por las ocasiones no libres, de modo que son irrelevantes a efectos de predecir cómo actuará *libremente* el agente.

⁵⁰ Véase, especialmente, la noción de Kane (1996, p. 74) de *self-forming actions* (SFAs).

⁵¹ Véase, por ejemplo, Ginet (1989).

⁵² Quiero agradecer a Timothy O'Connor por señalarme este punto.

⁵³ El enunciado anterior presupone una teoría libertaria causalista respecto del agente en lugar de una teoría no causalista o causalista respecto de los eventos (las diferencias pueden verse en Clarke [2003, capítulo 2]). De todos modos, mi preferencia por una teoría causalista respecto del agente se basa en consideraciones independientes de la predecibilidad (siguiendo a Clarke [2003, capítulos 3-7]) y sería quizás posible incluir la condición de impredecibilidad en una teoría no causalista o en una causalista respecto de los eventos.

⁵⁴ Sobre la distinción entre causas y habilitantes (*enablers*), véase Lombard (1990). En otro trabajo (Pundik, 2022, p. 211-213) discuto en más profundidad esta distinción y su papel frente a mi concepción de la culpabilidad.

una de las opciones de entre las que escoge y si hace luego una elección consciente acerca de cómo actuar, prefiriendo, de tal modo, cierta(s) razón(es) sobre otras. Esta elección no necesariamente tiene que surgir de una deliberación pausada, meticulosa y ardua (cuáles sean exactamente las condiciones necesarias para que este proceso cognitivo posibilite la elección libre es algo que cae fuera del alcance de este artículo). Aquí lo importante es que las razones en conflicto *habilitan* (*enable*) la elección libre del agente entre diferentes cursos de acción, porque un agente no puede tratar una conducta como un curso de acción potencial si no tiene razón alguna para llevar a cabo esa acción.

Por ejemplo, para que la acción de un agente que dona a una institución de caridad sea libre, esa persona debe tener razones para conservar el dinero para sí misma. Si el agente no tuviera razón alguna para conservar el dinero, su decisión de donar no podría ser libre (pero si su decisión está determinada por un hábito o decisión previa de donar regularmente, bien podría resultar digno de elogio por haber desarrollado este hábito o por haber tomado esa decisión previa). Dicha acción puede ser explicable todavía en virtud de razones (por ejemplo, la persona donó porque quería ayudar a la gente necesitada), pero esta explicación es *no causal*, puesto que las razones no son causas. La causa de su conducta no libre yace en otro sitio: por ejemplo, en el hábito desarrollado (libremente o no). Concebir las razones como habilitantes en lugar de como causas es consistente con la tesis según la cual las acciones libres carecen de probabilidades objetivas. Por ejemplo, que un agente se debata entre dos opciones no quiere decir que la probabilidad objetiva de que elija cada una de ellas sea del 50%; la deliberación y la elección final entre razones en conflicto es un prerrequisito de la acción libre, no una medición de probabilidades.

Además, bajo esta óptica, las acciones libres pueden ser todavía explicadas racionalmente, en el sentido de que pueden ser explicadas por las razones subjetivas para la acción que el agente poseía⁵⁵. Piénsese en el Sr. Broyer, quien está parado fuera de un banco y delibera entre dos opciones: entrar y robar o seguir caminando⁵⁶. Bajo una teoría libertaria, la acción de Broyer no puede estar determinada por factores fuera de su control si es libre. Hasta que Broyer actúe, ni siquiera un transeúnte omnisciente (sea Dios o un neurocientífico maligno) podría saber lo que hará⁵⁷. La condición de impredecibilidad agrega que, si la acción de Broyer es libre, carece también de probabilidad objetiva. Un transeúnte omnisciente no solo está imposibilitado para saber lo que Broyer hará: tampoco puede hacer una

⁵⁵ La discusión presentada se basa en la discusión de Clarke sobre indeterminismo y explicación racional contrastiva (*contrastive*) (Clarke, 2003, p. 39–49). La discusión de Clarke se lleva a cabo en el contexto de las teorías del libre albedrío causalistas respecto de los eventos, pero es igualmente aplicable a las teorías causalistas respecto de los agentes.

⁵⁶ Este ejemplo se inspira en el caso israelí CrimA 9849/05 *State of Israel v Broyer*, (2006).

⁵⁷ El problema teológico del conocimiento previo y el libre albedrío podría diferir respecto del problema del determinismo y el libre albedrío, pero se apela aquí al primero de ellos solo con el propósito de ilustrar la condición de impredecibilidad.

estimación racional, pues toda estimación sobre cómo Broyer podría actuar sería igualmente buena (o, mejor, igualmente mala).

En la realidad, Broyer optó finalmente por entrar al banco y robarlo. Aunque bajo la condición de impredecibilidad era totalmente impredecible que él fuera a entrar al banco de forma libre, su acción no fue antojadiza o caprichosa, ya que es posible *explicar* por qué lo hizo sobre la base de sus razones para actuar de esta manera (necesitaba urgentemente el dinero que quería robar, por ejemplo). Lo que hace a las acciones libres tan peculiares es que, si Broyer hubiera seguido caminando, hubiera sido posible *también* explicar por qué hizo lo que hizo de acuerdo con otras razones (como su deseo de actuar conforme a derecho)⁵⁸. A fin de cuentas, estuvo un tiempo parado fuera del banco, deliberando, porque tenía razones en favor de ambas opciones⁵⁹.

Lo que *no puede* explicarse respecto de la acción de Broyer es por qué entró *en lugar de seguir caminando*⁶⁰. Ninguno de los factores causales fuera del control de Broyer, *ni siquiera sus razones*, determinaron este resultado. Lo que determinó que entrase en lugar de seguir caminando fue *Broyer mismo, como agente*, ejerciendo su voluntad para causar la acción. Generalizando el ejemplo: para que una acción sea libre el agente necesita tener una explicación racional para cada curso de acción que pueda adoptar libremente, pero una vez que actúa, ya no hay *explicación contrastiva* de por qué esa persona eligió libremente un curso de acción de entre todos los que sopesó⁶¹.

Es importante señalar que las clases e instancias de acciones que pueden ser libres bajo la condición de impredecibilidad son considerablemente menos que las que pueden serlo bajo otras teorías de la libertad (incluyendo muchas acciones usualmente consideradas «libres», como tomar café). Esta implicación de la condición de impredecibilidad puede considerarse indeseable: *prima facie*, mientras más acciones pueda una persona ejecutar libremente, mejor será su posición, puesto que poseerá «más» libertad. Dejando de lado la cuestión metodológica acerca de si el hecho de que una teoría tenga una implicación indeseable puede operar como un argumento en su contra, quisiera sugerir que esta implicación no es problemática, porque tener

⁵⁸ No estoy asumiendo que solo las elecciones que satisfagan algunas normas de racionalidad más densas (por ejemplo, el imperativo categórico kantiano) puedan ser libres.

⁵⁹ Las cuestiones relativas a las condiciones necesarias para que un proceso mental constituya una «deliberación» y a las normas que dicho proceso tendría que respetar quedan fuera del marco de este artículo.

⁶⁰ Clarke (2004, p. 52) sugiere que, en algunos casos, sería posible proporcionar una explicación contrastable (por ejemplo, si el agente anticipa su acción con un juicio acerca de cuál es el curso de acción que sería mejor adoptar). Temo que esta sugerencia puede llevar a un regreso al infinito (porque ¿qué es lo que explica contrastivamente el juicio antecedente del agente?). Además, la condición de impredecibilidad es incompatible con esta sugerencia. Al tiempo que Clarke estipula que el juicio previo del agente está entre las causas de su acción, de acuerdo con la condición de impredecibilidad, la decisión ulterior solo es libre si carece de probabilidades objetivas, de modo que el juicio previo no puede influir causalmente.

⁶¹ Sobre las teorías de las explicaciones contrastivas, más en general: véanse van Fraassen (1980, p. 97–157); Lipton (1990, p. 247–266).

más oportunidades de actuar libremente no necesariamente mejora la posición de un agente. Primero, la magnitud de la pérdida por no tener «más» libertad, si es que la hay, parece depender más de la calidad de las acciones libres que de su cantidad: tomar libremente unas pocas decisiones importantes en la vida es más importante que tomar café libremente cada mañana. Segundo, muchas de las acciones predecibles *ni siquiera están abiertas a evaluación moral* (más allá de estar meramente permitidas). Tomar café puede no causar daño alguno a otras personas ni violar ningún derecho, etc., y, consecuentemente, ningún reproche o elogio puede dirigirse al agente por actuar de esa manera. En estos casos, aunque esas acciones no sean libres, el rango de acciones por las que el agente puede ser reprochado o elogiado se mantiene incólume. Por último, actuar libremente no carece de costos para el agente, porque podría requerir tiempo, esfuerzo y deliberación de su parte. Si de lo anterior resultase que solo unas pocas de nuestras acciones son libres, esto podría ser ya no una decepción, sino una constatación liberadora.

Alguien podría objetar, además, que la condición de impredecibilidad priva de libertad a muchas acciones intuitivamente culpables tornándolas, por tanto, no culpables. Por ejemplo, un conductor que causó un accidente porque estaba enviando un mensaje de texto mientras conducía puede no ser culpable si no se debatió entre diversas opciones antes de decidirse a enviar el mensaje de texto. Es discutible que dicha acción realmente sea inadvertida (*absent-minded*): que la decisión se haya adoptado precipitadamente o que no logre satisfacer los estándares de razonabilidad o de racionalidad objetiva no quiere decir que el conductor no haya deliberado entre varias opciones en conflicto y haya elegido libremente enviar el mensaje. Lo que es más importante, incluso si la acción de enviar el mensaje se adoptó sin deliberación o elección consciente alguna, la persona puede todavía ser *derivadamente* culpable (por ejemplo, por desarrollar el hábito de enviar mensajes de texto mientras conduce o por no luchar contra él). Como se dijo antes, cuándo, cómo y por qué la culpabilidad por una acción se derive de otra son cuestiones complicadas cuyo abordaje está fuera del ámbito de este artículo, pero el punto es que si el conductor es inadvertido (*absent-minded*), la única manera de considerarlo culpable por el accidente es a través de su culpabilidad por alguna acción previa. Al fin y al cabo, si no hay decisión consciente alguna que el conductor haya tomado libremente, ¿cuál es la base para considerarlo culpable?

4. ¿POR QUÉ EL DERECHO PENAL DEBERÍA TRATAR A LAS PERSONAS COMO POSEEDORAS DE LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE?

Quienes aceptan que tenemos libre albedrío impredecible pueden valerse de la concepción de la culpabilidad delineada para justificar la exclusión de prueba predictiva a efectos del veredicto. Sin embargo, incluso si el libre albedrío impredecible no es arbitrario ni antojadizo, e incluso si no proporciona una justificación unitaria de

por qué ciertos tipos de pruebas predictivas no deberían ser admitidos en el proceso penal, resulta indudablemente contraintuitivo y exigente en sus compromisos metafísicos. El objetivo de esta sección es, por tanto, demostrar cómo la concepción de la culpabilidad antes articulada puede ser empleada por quienes sostienen que nosotros *no poseemos* libre albedrío impredecible.

Para hacerlo, argumentaré que el derecho penal debería tratar a las personas como si poseyeran libre albedrío impredecible, exista este o no, porque el uso de pruebas predictivas con propósitos de condena penal socava *la efectividad del reproche*. Para que un veredicto de condena sea efectivo, debe ser entendido por el resto de la gente como la transmisión de un mensaje de reproche moral hacia el perpetrador condenado, su agencia, acciones y/o las consecuencias de sus acciones⁶². Un veredicto de condena penal debería además invitar a la ciudadanía a adoptar una actitud de reproche similar hacia el perpetrador (ya sea porque el reproche constituye parte del castigo que merece o porque reprochar al autor ayudaría a disuadir o impedir que esa misma persona u otras cometan en el futuro un delito semejante). Por lo tanto, si mi argumento logra mostrar que la prueba predictiva socava el reproche, proporcionará una razón fuerte contra el uso de dicha prueba a efectos de la condena, incluso para quienes niegan que poseamos libre albedrío impredecible.

Mi argumento se apoya en dos suposiciones. Primero, presupongo que el libre albedrío es necesario para un reproche moral apropiado; de modo que, toda vez que reprochamos a un agente por algo que hizo, debemos presuponer que el agente hizo ese «algo» libremente (en caso contrario, nuestro reproche estaría injustificado). Qué condiciones tengan que satisfacerse para que podamos decir que un agente actuó «libremente» es, por supuesto, algo que está en el centro del desacuerdo entre las teorías compatibilistas e incompatibilistas del libre albedrío. Al margen de estos desacuerdos, esta suposición tiene el propósito de hacer explícito que aquí no suscribo la visión según la cual el reproche moral es posible sin la creencia, o acaso la ilusión, de que el libre albedrío existe. Segundo, doy por hecho que el reproche es una de las funciones principales del proceso penal⁶³. En consecuencia, mi argumento no apunta contra quienes niegan que la condena penal deba conllevar un mensaje de reproche moral (porque creen, por ejemplo, que las personas condenadas son también víctimas, de modo que lo adecuado sería más una rehabilitación que un castigo,

⁶² Sobre las relaciones entre la culpabilidad del agente, la ilicitud (*wrongfulness*) de la conducta y la de sus consecuencias, véase Segev (2023). Tiendo a estar de acuerdo con este autor respecto de que la ilicitud (*wrongfulness*) de la conducta, en oposición a la culpabilidad del agente, no es importante en sí misma para la criminalización, pero esto se debe a que considero que la ilicitud (*wrongfulness*) es condición necesaria de la culpabilidad, y esta última una condición necesaria de la criminalización. Sea como fuere, estas cuestiones son innecesarias a efectos del argumento que ahora sostengo. Segev (2020) afirma también que, en algunos casos, está justificado criminalizar conductas no culpables, pero no me ocuparé de su argumento ahora.

⁶³ Assumo también que solo los agentes culpables pueden ser criminalizados. La visión contraria, según la cual cabe la posibilidad de criminalizar justificadamente a los agentes no culpables, puede verse en Segev (2020).

o porque abogan por la abolición del sistema de justicia penal en su conjunto). En lugar de ello, mi argumento es relevante para todas aquellas personas que piensen que el objetivo del derecho penal es la retribución, la disuasión o la prevención (o algún tipo de combinación entre ellas), dado que condenar perpetradores culpables es un medio necesario —crucial, de hecho— para alcanzar cualquiera de esos objetivos⁶⁴.

Puesto que el reproche que la condena procura formular se dirige a la ciudadanía en general, permítaseme comenzar con el desacuerdo en la filosofía experimental acerca de qué es lo que las personas legas creen respecto del libre albedrío (por oposición a aquellas formadas en filosofía)⁶⁵. La creencia en la existencia del libre albedrío está generalizada, incluso entre adolescentes y adultos encarcelados (Laurene *et al.*, 2011), pero se ha generado una controversia acerca de si los legos creen que el libre albedrío es compatible con el determinismo. El incompatibilismo lleva mucho tiempo afirmando que «la mayor parte de la gente empieza como incompatibilista natural» (Kane, 1999, p. 218), creyendo que si el determinismo es verdadero, no hay libre albedrío⁶⁶. En respuesta, los filósofos experimentales compatibilistas han intentado mostrar que «el incompatibilismo no es tan intuitivo como los incompatibilistas han supuesto tradicionalmente» (Nahmias *et al.*, 2006, p. 28–29). A quienes participaron en estos experimentos les fueron presentados diversos escenarios donde el mundo estipulado era determinista (por ejemplo, existe una supercomputadora capaz de predecir todas las acciones humanas futuras) y se les pidió evaluar la responsabilidad moral de una persona que había cometido cierto delito. Llamativamente, la mayor parte de los participantes consideró responsable al perpetrador. De manera análoga, la percepción de que la conducta había sido libre, que la mayor parte de la gente compartía, se mantuvo intacta incluso después de que se informase de que esa conducta era perfectamente predecible en base a información neuronal (Nahmias *et al.*, 2014). En respuesta, el incompatibilismo volvió con sus propios experimentos mostrando que, cuando a las personas se les pregunta directamente si creen que nuestro mundo es enteramente determinista, casi todas responden negativamente, aceptando la visión de que la toma de decisiones humanas es excepcional y no está determinada por el pasado (Nichols y Knobe, 2007)⁶⁷. Estas respuestas parecen reflejar la creencia en un libre albedrío *libertario*, pues las personas involucradas indicaban creer que en nuestro universo existen decisiones humanas indeterminadas⁶⁸. Más recientemente,

⁶⁴ Creo también que el reproche es *exclusivo* del proceso penal (en comparación con el civil): mientras que otras formas de regulación jurídica —entre ellas notablemente el derecho tributario no punitivo— pueden imponer ciertos costos o limitaciones a determinadas conductas (por ejemplo, hacer que la gente internalice la totalidad de su costo), tratan la conducta ya sea como neutral, ya sea como deseable; la criminalización, en contraste, implica tratar la conducta como moralmente incorrecta. En cualquier caso, no es necesario asumir que el reproche es exclusivo del proceso penal a efectos del argumento antes articulado.

⁶⁵ Un estudio más detallado de este desacuerdo puede hallarse en Knobe y Nichols (2017).

⁶⁶ Véanse también los numerosos ejemplos citados en Nahmias *et al.* (2006, p. 29).

⁶⁷ En varias culturas no occidentales se hallaron resultados similares: véase Sarkissian *et al.*, (2010).

⁶⁸ Sin embargo, los incompatibilistas no han tenido éxito en la búsqueda de una explicación para rechazar el hallazgo compatibilista de experimentos anteriores. Por ejemplo, se sugirió que estos hallaz-

ciertos experimentos han mostrado que las creencias dualistas no físicas respecto de cuerpo y mente predicen mejor la creencia en el libre albedrío que la creencia en el determinismo, y lo mismo ocurre con conceptos relacionados, tales como compatibilismo y libertarismo (Wisniewski *et al.*, 2019). Puesto que lo usual es asociar el dualismo más a las teorías libertarias del libre albedrío que a las compatibilistas, estos experimentos parecen dar sustento a la posición incompatibilista.

Tomando como punto de partida la posibilidad de que la gente lea posea un concepto intuitivo y libertario de libre albedrío, permítaseme asumir además, por mor de la simplicidad, que este concepto libertario incluye también la condición de impredecibilidad (al final de esta sección extenderé mi argumento a una versión libertaria y predecible del libre albedrío). Si una proporción suficientemente significativa de la gente posee un concepto libertario del libre albedrío impredecible, el uso de prueba predictiva socava la pretensión de que un acusado cometió el supuesto delito libremente y diluye, por ello, la pretensión de que el acusado es *culpable* de haber cometido el delito. En consecuencia, incluso quienes niegan que la gente goce de arbitrio libertario impredecible podrían valerse de la concepción de la culpabilidad delineada en el apartado 2 a efectos de justificar por qué la prueba predictiva no debería ser empleada para fundamentar condenas. Si el derecho penal ha de enviar al público su mensaje de reproche con efectividad, no debería ignorar a una parte significativa de su pretendida audiencia, aun cuando esta gente suscriba creencias sobre el libre albedrío que muchos profesionales de la filosofía considerarían equivocadas.

Por cierto, la proporción exacta de la ciudadanía que sostiene esta creencia es actualmente desconocida. Además, no está claro cuál es la proporción de la ciudadanía que habría de contar como «suficientemente significativa» a efectos de justificar los altos costos asociados a la exclusión de prueba predictiva. Quienes sostienen que carecemos de libertad impredecible (o quienes rechazan la concepción de la culpabilidad adoptada por otras razones) no pueden justificar la exclusión de prueba predictiva, tales como las «tasas de criminalidad», solo a partir de poner de manifiesto las presuposiciones contradictorias que ello supone. Si pretenden justificar esta exclusión, estas personas podrían proporcionar una concepción alternativa a la mía para mostrar por qué la prueba predictiva es irrelevante, o bien aceptar que de hecho *es* relevante y argüir que debería ser de todos modos excluida por alguna razón⁶⁹. La primera opción es más difícil de lo que parece⁷⁰, y la segunda exige aceptar que, aun cuando esté justificada en virtud de ciertas consideraciones pragmáticas, la exclusión de prueba predictiva entraña el alto costo de denegar pruebas relevantes a las personas

gos están distorsionados por las reacciones emocionales que los escenarios empleados en los experimentos probablemente provocaron: véase Nichols y Knobe (2007). Pero estudios ulteriores mostraron que las emociones jugaban un papel significativo en la generación de juicios compatibilistas: véase Feltz y Cova (2014).

⁶⁹ Por supuesto, podrían hacer de tripas corazón y aceptar que los procedimientos penales deberían ser reformados de manera radical a efectos de permitir el uso de prueba predictiva.

⁷⁰ Nota 30.

encargadas de la determinación de los hechos en el proceso penal. La exclusión de pruebas relevantes llevaría a determinaciones fácticas menos exactas, lo que tiene por resultado que o bien más personas inocentes sean erróneamente condenadas, o bien más personas culpables erróneamente absueltas (o ambas).

Sea como fuere, si bien es cierto que quizás haya un precio que pagar por la exclusión de pruebas predictivas, ello no constituiría un precedente: en el proceso penal angloamericano hay una gran cantidad de pruebas *relevantes* de las que, no obstante, se prescinde a efectos de determinar la culpabilidad de la persona acusada. Y esto es así aun cuando por lo general se las considera pruebas que, en un caso concreto, podrían ayudar a la persona llamada a decidir a efectuar determinaciones fácticas más exactas (por nombrar solo algunos ejemplos, pruebas ilegalmente obtenidas, condenas previas de la persona acusada o la vida sexual previa de la persona denunciante)⁷¹. De hecho, aunque solo la prueba relevante es admisible en los juicios penales⁷², *todas* las reglas de exclusión de prueba en el proceso penal se aplican a pruebas *relevantes* (Roberts y Zuckerman, 2010, p. 73). Si el uso de prueba predictiva a efectos de condenar contrasta con la percepción de culpabilidad de mucha gente, este efecto en el reproche serviría como una fuerte consideración en favor de excluir prueba relevante, especialmente cuando su contribución a la exactitud de una determinación fáctica no resulte decisiva. Esta regla de exclusión se sumaría a las muchas otras que ornamentan el sistema penal angloamericano⁷³.

Por lo tanto, si una proporción «suficientemente significativa» de la ciudadanía cree en el libre albedrío impredecible, quienes niegan que lo poseamos podrían todavía valerse de la concepción de la culpabilidad delineada a efectos de justificar la exclusión de prueba predictiva. Al tiempo que esta línea argumental puede ser usada por compatibilistas y libertarios que creen que tenemos libre albedrío *predecible*, debería resultar particularmente atractiva para los escépticos respecto de la libertad, quienes piensan que el libre albedrío no existe. Al igual que Smilansky (2000) un destacado escéptico, ellos podrían sostener que, a pesar de que el libre albedrío es una mera ilusión, la creencia de las personas legas en su existencia debería fomentarse, puesto que la suscripción de esta creencia está correlacionada con una conducta acorde a derecho⁷⁴, así como también con otros bienes sociales deseables⁷⁵. De hecho,

⁷¹ Aunque algunos de estos ejemplos son polémicos, la controversia concierne por lo común a la cuestión de su admisibilidad (si dicha prueba debe o no ser usada para determinar la culpabilidad o inocencia de la persona acusada) al tiempo que la cuestión concerniente a su relevancia está relativamente resuelta. Respecto de la relevancia de las pruebas sobre condenas previas y del mal carácter, véase Redmayne (2015, capítulo 2). Sobre la relevancia de la historia sexual previa, véase Redmayne (2003).

⁷² Por ejemplo, en Estados Unidos la *Regla 402 de las Reglas Federales sobre Prueba* establece que «la prueba carente de relevancia no es admisible».

⁷³ Tradicionalmente, todo el campo del derecho probatorio fue tratado como un conjunto de reglas de exclusión, una enumeración de excepciones a la regla general de admisibilidad de la prueba relevante, véase Thayer (1898). Véase también Twining (1985).

⁷⁴ Por ejemplo, Vohs y Schooler (2008).

⁷⁵ Para tomar un ejemplo, ciertos experimentos han mostrado que la creencia en el libre albedrío se correlaciona con menores prejuicios hacia las minorías: véase Zhao *et al.*, (2014).

una serie de experimentos ha demostrado que la creencia en el libre albedrío está correlacionada con la tendencia de la gente a sobreestimar la influencia de factores internos (como el carácter, las actitudes o el temperamento) sobre los factores externos (como las normas sociales, la atmósfera u otros factores contextuales) al interpretar la conducta ajena (Genschow *et al.*, 2017). Aunque esta tendencia es técnicamente un sesgo (más específicamente, el sesgo de correspondencia), los escépticos podrían argüir que las políticas sociales deberían procurar preservarlo, quizás incluso fortalecerlo, puesto que este sesgo alienta a la gente a ejercer un mayor control sobre su conducta llevándola a enfocarse más en factores internos que en factores externos que quedan fuera de su control (aunque no me resulta del todo claro qué es lo que, bajo este tipo de escepticismo, contaría como «su control»).

No obstante, las personas que se valgan de esta línea argumental podrían ser apropiadamente criticadas por su disposición a manipular a las personas legas a efectos de que preserven o adopten creencias que ellas mismas consideran falsas⁷⁶. Pero estas personas podrían ofrecer un argumento alternativo, remitiendo al fenómeno conocido como «puenteo» (*bypassing*). En un influyente trabajo, Murray y Nahmias (2014) intentaron proporcionar una explicación adecuada del descubrimiento de los incompatibilistas antes descrito sugiriendo que quienes participaban del experimento erróneamente entendieron determinismo como puenteo, lo que ocurre cuando las acciones propias no son causalmente dependientes de los propios estados y procesos mentales relevantes, como las creencias, deseos, deliberaciones y decisiones» (p. 440). En otras palabras, los participantes interpretaron equivocadamente que el determinismo equivale a la vida en un mundo en que factores causales no mentales, como la genética, la educación o el entorno «puentean» (*bypass*) los estados y procesos mentales del agente de modo que su conducta es directamente causada por esos factores, sin que los estados y procesos mentales del agente hagan diferencia alguna en el resultado. Quizás la versión más familiar del puenteo, y la más proclive a ser confundida con el determinismo, es el *fatalismo*:

La tesis de que ciertas cosas ocurrirán *sin importar qué* es lo que uno quiera, decida o intente hacer, de modo que nada distinto de lo que efectivamente ocurre podría ocurrir, ni siquiera si los estados mentales propios del pasado, tales como los deseos, hubieran sido diferentes (p. 440).

Pero los compatibilistas han insistido con razón y por largo tiempo en que compatibilismo no implica fatalismo (Murray y Nahmias, 2014, p. 440)⁷⁷. El puenteo no solo socava el libre albedrío libertario, sino que infringe además las condiciones que las teorías compatibilistas del libre albedrío requieren a efectos de que una acción sea libre (p. 440). Por ello, sostienen Murray y Nahmias, los participantes probablemente confundieron determinismo con puenteo, de modo que, después de todo, sus respuestas no expresan una creencia en el libre albedrío libertario.

⁷⁶ Quiero agradecer a Michał Rupniewski por plantearme esta cuestión.

⁷⁷ Véase también Russell (2013).

Quienes acepten que la noción lega del libre albedrío no es necesariamente libertaria podrían todavía valerse de la concepción de la culpabilidad para justificar la exclusión de prueba predictiva. Podrían hacerlo señalando que, puesto que las personas legas son proclives a confundir compatibilismo con fatalismo, podría interpretar inadecuadamente que prueba predictiva implica punteo, aun cuando no es así. El uso de prueba predictiva para determinar si el agente cometió el delito atribuido suscita creencias equivocadas respecto del punteo porque dicha prueba pone de relieve una conexión causal entre cierto factor ajeno al control del agente y su conducta criminal. Piénsese una vez más en el escenario con tasas de criminalidad. La persona que indaga sobre los hechos es invitada a inferir, a partir de la alta tasa de delitos con armas de fuego ilegales en un cierto vecindario, la mayor probabilidad de que el acusado allí residente haya cometido el delito que involucra un arma de fuego ilegal. Como he argumentado antes⁷⁸, dicha inferencia tiene que presuponer una conexión causal de algún tipo, refiriendo, por ejemplo, al carácter peligroso del vecindario o a las condiciones socioeconómicas. Estos factores causales están fuera del control del vecino concreto, y ningún papel se atribuye a los estados o procesos mentales del agente. Por consiguiente, aun si fuera el caso que las personas legas no creen en el libre albedrío libertario o, más aún, en el libre albedrío libertario impredecible, quienes nieguen que poseemos libre albedrío impredecible podrían todavía justificar la exclusión de prueba predictiva, como las tasas de criminalidad, sobre la base de la falsa percepción de punteo que podría suscitar.

Aquí podría surgir la sospecha de que esta justificación basada en el punteo es, como mínimo, parcial; pues, incluso si un cierto tipo de prueba predictiva suscita creencias erróneas de punteo, no necesariamente todo tipo de prueba predictiva lo hace: si los estados y procesos mentales del agente se incluyen entre los datos, el riesgo de suscitar la falsa percepción de punteo podría minimizarse, si no eliminarse sin más. Por ejemplo, en lugar de examinar la relación entre residir en un cierto vecindario y cometer un cierto delito, la prueba habría de describir el lazo entre poseer un cierto estado mental o desarrollar un cierto proceso mental y cometer determinado delito. Aunque no sería posible remitir al punteo para justificar la exclusión de esa prueba, su uso para la condena parece tan intuitivamente objetable como el uso de tasas de criminalidad.

Sin embargo, tales estudios son mucho más fáciles de sugerir que de llevar a cabo. Primero, a diferencia de lo que ocurre con los factores no mentales (como la residencia en cierto vecindario), los estados y procesos mentales son difíciles de identificar, clasificar y medir. Segundo, muchos de los estados y procesos mentales que se perciben como punteados no son predictivos de la conducta misma, sino que se limitan a establecer que la persona acusada posee la *capacidad* para cometer *libremente* el delito atribuido. Es decir, más que establecer que el acusado cometió el delito en cuestión, esa prueba elimina la preocupación potencial de que el acusado no pueda ser respon-

⁷⁸ Véase el fragmento que acompaña a la nota 10.

sabilizado por el delito en virtud de no satisfacer ciertas condiciones necesarias para ello. Piénsese, por ejemplo, en la sensibilidad a razones de Fisher y Ravizza (1998). En nuestro ejemplo, aun si se obtuviesen pruebas de la conexión entre, por un lado, la sensibilidad a razones de los residentes de dicho barrio y, por el otro, la comisión por parte de ellos de delitos que involucran armas de fuego ilegales, lo que esas pruebas mostrarían es la mayor o menor probabilidad de que la persona acusada haya sido capaz de ejercer el «control guía» necesario para ser moralmente responsable por la comisión del delito aludido. Esas pruebas no ayudarían en nada a efectos de establecer *cómo* fue que el acusado hizo uso de su control guía.

Tercero, aun cuando ciertos estados y procesos mentales pudieran ser no solo condiciones de capacidad de la responsabilidad penal, sino además predictores de conductas delictivas, es difícil imaginar cómo podrían recogerse pruebas de tales estados o procesos mentales. Para establecer que la posesión de un estado mental o el desarrollo de un proceso mental tiene incidencia probatoria respecto de la comisión de un cierto delito, es necesario comparar dos grupos de personas: 1) aquellas que cometieron el delito *con* el estado o proceso mental putativo y 2) aquellas que cometieron el delito sin el estado o proceso mental. Si hubiera un aumento significativo en la comisión de ese delito por parte de las personas del primer grupo, entonces poseer el estado o proceso mental putativo suministraría elementos probatorios en sustento de la afirmación de que un acusado que tenía ese estado mental también cometió el delito en cuestión.

El problema es que las personas que cometieron esos delitos y poseían esos estados o proceso mentales tendrían un fuerte interés en suprimir esta verdad y en negarse a sí mismas, o negar a quienes investigan, haber poseído los estados o procesos mentales relevantes. Piénsese en las varias teorías compatibilistas del libre albedrío que sostienen que una persona es reprochable si su conducta refleja una voluntad que posee cierta *cualidad*⁷⁹. Así, Wallace (1994) y Scanlon (1988, p. 124–133) se enfocan en cómo la conducta del agente refleja su *juicio*, mientras que McKenna (2012, p. 59) menciona otra teoría que se enfoca en cómo la conducta del agente refleja «la consideración o preocupación de una persona hacia otras (o hacia sí misma)». Ambas conectan algún elemento de la agencia del perpetrador con su conducta delictiva, lo que posiblemente torna al agente en un blanco adecuado para una cierta actitud reactiva negativa, como el reproche o el resentimiento, que podemos dirigir contra ella o él una vez que descubrimos lo que hizo. Estas cualidades nocivas de la voluntad bien podrían ser predictores de la conducta delictiva, pero es difícil ver cómo habría de reunirse la prueba de dichas cualidades con independencia de la conducta misma. Incluso las personas cuya conducta refleja un mal juicio o desprecio hacia las demás podrían tratar de persuadirse a sí mismas, o de persuadir a quienes investigan, de que su conducta no refleja esas cualidades. Por ejemplo, esos agentes podrían reconstruir

⁷⁹ Para una mirada crítica sobre los diversos enfoques y propuestas de una concepción pluralista que combina varios elementos, véase Shoemaker (2013).

el evento en su memoria o testimonio como si no hubieran sido conscientes de un cierto hecho crucial, aun habiendo sido plenamente conscientes de todos los hechos relevantes en el momento de ejecutar sus acciones. Estas personas tienen mucho que ganar al suscribir y proferir tales afirmaciones, puesto que estas entran en, de acuerdo con estas teorías compatibilistas, que los agentes no son responsables de los delitos que cometieron en virtud de que su voluntad carece de la cualidad nociva que opera como condición necesaria para que su conducta sea susceptible de reproche moral. Por lo dicho, resultará inmensamente difícil reunir pruebas predictivas que se enfoquen en estados y procesos mentales a efectos de evitar sospechas de puenteo⁸⁰.

Por cierto, para poder justificar la exclusión de prueba predictiva apelando al riesgo de que suscite creencias erradas de puenteo, es necesario mostrar que no hay un mejor modo de rectificar la incompreensión del puenteo (por ejemplo, a través de la educación de las personas legas acerca de la diferencia entre fatalismo y compatibilismo). Además, es necesario mostrar que el derecho penal debe adaptarse a las incompreensiones de la gente y no confrontar directamente las creencias aparentemente erradas o ignorarlas sin más (del mismo modo que seguramente debe evitar adaptarse a los sesgos racistas, sin importar cómo de comunes sean)⁸¹. Pero quizás todavía sea posible justificar la exclusión de prueba predictiva como una medida interina, hasta que la difundida confusión entre fatalismo y compatibilismo quede disipada o, al menos, significativamente erosionada⁸².

Algunos incompatibilistas no se han persuadido respecto del rol del puenteo en las creencias de las personas legas acerca del libre albedrío⁸³. Aunque la confusión entre determinismo y puenteo es una explicación posible, ellos sugieren otra: las personas infieren primero que, si el determinismo es verdadero, entonces no hay libre albedrío y, luego, *a partir de la ausencia de libre albedrío*, infieren el puenteo. En otras palabras, una vez que aceptan que no hay libre albedrío (porque el universo es determinista) llegan a la conclusión de que nuestros estados y procesos mentales son ineficaces en la determinación de las conductas. De acuerdo con esta explicación, aun cuando el puenteo esté involucrado, los descubrimientos a partir de los expe-

⁸⁰ Sin embargo, al final, un tipo de conexión en el que dicha prueba sí puede ser reunida es aquella entre el mal carácter y la conducta delictiva. Aun así, la justificación centrada en el puenteo podría todavía ser usada para dar sustento a la exclusión de las pruebas predictivas claramente objetables, tales como la tasa de criminalidad, bien aceptando que la prueba del mal carácter debe ser admitida o formulando una objeción alternativa, específicamente dirigida a la prueba del mal carácter.

⁸¹ Para un caso potente en contra de la exclusión de prueba estadística basada en la percepción pública, véase Shaviro (1989).

⁸² En principio, quienes suscriben el compatibilismo pueden también valerse de la concepción de la culpabilidad aquí adoptada para justificar la exclusión de categorías específicas de pruebas predictivas, si su uso presupone un factor causal que sea de aquellos que privan a la conducta de libertad, de acuerdo con el criterio compatibilista respectivo (por ejemplo, remitiendo al fragmento que acompaña la nota 12, si la radiación priva de libertad a la conducta de Ricardo, incluso para los compatibilistas). Sin embargo, como expliqué antes, la aplicación de mi concepción de la culpabilidad bajo teorías compatibilistas es significativamente más limitada, véase Pundik (2021, p. 123-126).

⁸³ Por ejemplo, Björnsson y Pereboom (2014).

rimentos incompatibilistas muestran todavía que la gente cree en el libre albedrío libertario, porque el punteo no es causa de esta creencia sino producto de ella. Los incompatibilistas han intentado mostrar que su explicación es la correcta a partir de experimentos ulteriores y modelos causales estadísticos (Björnsson, 2014; Rose y Nichols, 2013).

Por consiguiente, hay quienes podrían sostener que las personas legas creen en el libre albedrío libertario pero negar que ellas creen en un libre albedrío *impredecible*. Sin embargo, quienes sostienen esta tesis, también deberían estar preocupados por la mala interpretación que las personas legas hacen de la prueba predictiva. Como se dijo antes⁸⁴, los libertarios contemporáneos tienden a sostener que las acciones libres tienen probabilidades objetivas y pueden, por tanto, predecirse hasta cierto grado. Por esto, esos libertarios aceptan que hay algunos factores causales que quedan fuera del control del agente y que, sin embargo, afectan la probabilidad de que el agente adopte cierto curso de acción sin que su acción deje de ser libre. En consecuencia, necesitan distinguir entre factores causales bajo cuya influencia la acción libre todavía es posible y factores causales cuya influencia elimina la libertad de acción. Si cierta prueba predictiva implica un factor causal bajo cuya influencia la acción del agente no puede ser libre, la concepción de la culpabilidad aquí adoptada se aplicaría directamente, tal como se detalló en el apartado 2. En cambio, si el factor causal puede incidir causalmente en la conducta del agente sin privarla de libertad, todavía podría provocarse una confusión como la del punteo: al tiempo que personas entrenadas en filosofía o en ciencias podrían ser capaces de identificar al factor causal en cuestión como uno de los que, a pesar de estar fuera del control del agente, todavía permiten que la acción sea libre, pero las personas legas podrían considerarlo un factor bajo cuya incidencia la acción libre es imposible.

Aunque no estoy al tanto de experimentos que sustenten o refuten esta preocupación, dicha confusión entre las personas legas parece, como mínimo, tan probable como la confusión entre compatibilismo y fatalismo. Esto se debe a que los intentos libertarios existentes dirigidos a distinguir entre factores causales supresores de libertad y factores causales compatibles con la libertad parecen propender a la confusión. Una manera de trazar esta distinción es apelando a la fuente de la incidencia causal (por ejemplo, las previas decisiones libres del agente vs. toda otra fuente) (Kane, 1996).. Desde esta óptica, el grupo de factores causales supresores de libertad es más bien amplio y, en consecuencia, la concepción de la culpabilidad se aplicaría directamente toda vez que el uso de prueba predictiva exija a quien indaga sobre los hechos asumir la existencia de un factor causal perteneciente a este grupo. Adicionalmente, de manera análoga a cuanto ocurre con la recolección de prueba predictiva basada en estados y procesos mentales, reunir prueba predictiva basada en estos factores causales pretendidamente compatibles con la libertad parece, como mínimo, difícil. E incluso si fuera posible reunir esa prueba predictiva, las personas legas podrían

⁸⁴ Véase el fragmento que acompaña a la nota 45.

todavía interpretar erróneamente que implica otro factor causal, uno de aquellos que no deja espacio para la conducta libre.

Otra forma de trazar esta distinción es apelando a la fuerza de la influencia causal. Por ejemplo, los factores causales externos son supresores de libertad si *determinan* la conducta, pero son compatibles con la libertad si solo incrementan la *probabilidad* de que el agente lleve a cabo cierta acción, aunque dejando espacio para que se conduzca de otro modo⁸⁵. Esta diferenciación alude a la distinción entre causación determinista y causación probabilista, lo que involucra además información e inferencias estadísticas, de modo que es fácil ver cómo puede producirse la confusión respecto de a qué grupo corresponde cada factor causal. Solo para tomar un ejemplo, las probabilidades *objetivas* de los factores causales compatibles con la libertad (es decir, factores que incrementan la probabilidad de la conducta sin determinarla) podrían ser fácilmente confundidas con las probabilidades *subjetivas* (es decir, factores causales que *determinan* la conducta, pero solo en un subgrupo de casos), tal como se señaló antes⁸⁶. De modo que, sea como fuere que se trace la distinción entre factores causales que suprimen la libertad y factores causales compatibles con ella, es altamente probable que la confusión se produzca. En consecuencia, quienes compartan la visión de que las personas legas creen en el libre albedrío libertario pero predecible podrían de todos modos justificar la exclusión de prueba predictiva, incluso cuando el uso de esa prueba implique factores causales compatibles con la libertad de acción a pesar de estar fuera del control del agente.

En suma, quienes sostengan que poseemos libre albedrío impredecible podrían argüir que la prueba predictiva debe ser excluida porque su uso presupone que la conducta de la persona acusada no fue libre. Quienes nieguen que tengamos dicha libertad pero acepten que una porción significativa de la ciudadanía cree en el libre albedrío impredecible podrían todavía justificar la exclusión, enfatizando los beneficios de la creencia lega en el libre albedrío. Quienes compartan la visión de que el libre albedrío en que las personas legas creen es *no* libertario podrían valerse de la concepción de la culpabilidad delineada haciendo alusión al fenómeno del punteo. Estas personas podrían alegar que la prueba predictiva debe ser excluida dado el peligro de que las personas legas la malinterpreten dando por hecho que implica otro factor causal que puntea los estados y procesos mentales del agente, socavando de tal modo su culpabilidad y la efectividad del reproche moral a él o ella dirigidos. Por último, quienes compartan la visión de que las personas legas creen en un libre albedrío libertario pero predecible podrían alegar una preocupación semejante a la del punteo: que las personas legas podrían malinterpretar la prueba predictiva presuponiendo que implica un factor causal supresor de libertad, incluso en los casos en que no es así.

⁸⁵ Una exposición de esta visión y una potente crítica en su contra puede verse en Lockie (2018, p. 197–198).

⁸⁶ Véase el fragmento que acompaña a la nota 13

5. REPROCHE VS. INCENTIVOS PARA UNA CONDUCTA ACORDE A DERECHO

El argumento que aquí he propuesto contra el uso de prueba predictiva a efectos de sustentar condenas tiene una ventaja significativa sobre otros argumentos pragmáticos basados en los *incentivos*⁸⁷. La idea de que la prueba predictiva no debiera ser usada en los tribunales en virtud de los efectos que tiene sobre los incentivos primarios de potenciales delincuentes fue explorada por Posner (1999, p. 1510), Sanchirico (2001, p. 1262), Dahlman (2020, p. 173–177) y Enoch *et al.* (2012, p. 217–218). De acuerdo con la concepción de los incentivos, condenar a una persona acusada sobre la base de prueba predictiva no contribuiría positivamente a la estructura de incentivos para una conducta acorde a derecho.

Considérese la siguiente variación del escenario del motín carcelario introducido inicialmente por Nesson (1979, p. 1192–1193): 100 personas reclusas se encuentran en un patio, una de ellas se separa del resto y se esconde, mientras las demás atacan y matan a un guardia. Supóngase que es imposible identificar al recluso que escapó, de modo que la única prueba disponible es que 99 de 100 reclusos participaron en el homicidio. Al considerar el caso contra cada una de esas 100 personas, puede decirse que hay un 99% de probabilidad de que cada una de ellas haya participado en el homicidio, aun cuando condenar a un individuo por homicidio solo en base a esta prueba parece intuitivamente objetable. La perspectiva enfocada en los incentivos sugiere que esa prueba no debería ser empleada porque una condena basada en ella no daría ningún incentivo a otras personas reclusas que en el futuro se encuentren en situaciones semejantes para abstenerse de participar en la agresión a un guardia. En virtud de que la participación en el motín es suficiente para la condena, el perpetrador potencial sabría que será condenado por participar en el homicidio, decida participar en el motín o no. En contraste, una condena basada en rastros probatorios (*trace evidence*) (como la declaración de un testigo que afirma haber visto a la persona acusada participar en el homicidio) efectivamente suministra a los potenciales perpetradores que en el futuro se encuentren en un motín un incentivo para abstenerse de atacar a un guardia. Esto es así porque la abstención reduciría significativamente la probabilidad de que esa prueba se produzca, sea hallada y usada contra esas personas. Es cierto, podría no disponerse de rastros probatorios tales incluso si el individuo decide, en efecto, atacar al guardia (falso negativo). De la misma manera, un potencial perpetrador que haya elegido abstenerse de atacar al guardia podría ser equivocadamente identificado por un testigo como uno de los homicidas (falso positivo). Pero, en todo caso, el punto importante es que resulta significativamente más probable que el rastro probatorio se genere, sea hallado y empleado contra el perpetrador potencial si él elige *sí* atacar al guardia. La perspectiva enfocada en los incentivos concluye que,

⁸⁷ Esta discusión se basa en Dahlman y Pundik (2021).

por todo ello, los incentivos para una conducta acorde a derecho que las condenas han de reforzar quedarían socavados si los perpetradores pudieran ser condenados en base a prueba predictiva como la empleada en el escenario del motín⁸⁸. Una limitación importante de la perspectiva enfocada en los incentivos es que solo proporciona una explicación de por qué la prueba predictiva es insuficiente para condenar. No ofrece un argumento de por qué debería ser inadmisibile. Imagínese una variación adicional del escenario del motín en la que, además de la prueba predictiva, se dispone de otros tipos de prueba (declaraciones de testigos y huellas digitales, por ejemplo). En la medida en que una condena contribuiría positivamente a la estructura de incentivos para una conducta acorde a derecho, no hay «argumento del incentivo» que torne inadmisibile la prueba predictiva. La razón de por qué la perspectiva de los incentivos no puede justificar la exclusión de prueba predictiva reside en el modo en que la gente responde a un aumento del riesgo que depende tanto de factores que puede controlar como de factores que están fuera de su control. Piénsese en el siguiente ejemplo: cuando un médico dice a una persona que tiene mayor probabilidad de contraer cáncer de piel porque posee piel clara (un factor fuera del control de esa persona), la mayoría consideraría el mayor riesgo como incentivo para *reducir* ese riesgo adoptando más medidas precautorias, tales como usar cremas (un factor controlable). De manera semejante, un juzgamiento en el escenario del motín basado en una combinación de prueba predictiva y rastros probatorios proporciona un incentivo a potenciales perpetradores en futuros motines para no participar en el homicidio de guardias. En la medida en que esas personas están participando en el motín, no está bajo su control deshacerse de la prueba predictiva; pero, pudiendo abstenerse de participar en el homicidio del guardia, *sí* está bajo su control evitar generar cualquier rastro probatorio. De manera similar, en la medida en que el caso de la acusación incluya rastros probatorios, la perspectiva enfocada en los incentivos carece de herramientas para explicar por qué la alta tasa de criminalidad que involucra armas de fuego ilegales en un cierto vecindario no debería ser usada a efectos de reforzar la hipótesis acusatoria y fundamentar la condena de un cierto vecino en un delito que involucra un arma de fuego ilegal. En contraste, el argumento que propuse se enfoca en cómo la ciudadanía, y no tanto potenciales perpetradores, podría responder ante condenas alcanzadas usando pruebas predictivas. Lo que es más importante, como se detalló con anterioridad, ello explica por qué pruebas predictivas como las tasas de criminalidad no debieran ser usadas para condenar, incluso si se dispone de otros rastros probatorios.

⁸⁸ Este no es más que un ejemplo simple, pero existen casos en que la estructura de incentivos es más compleja, de modo que la aproximación a la prueba predictiva a partir de la concepción de los incentivos se torna más complicada. Para un análisis de esas situaciones, véanse Enoch *et al.*, (2012, p. 28–29) y Dahlman (2020, p. 174–176).

6. CONCLUSIÓN

Es usual entre juristas creer que apelar a la cuestión del libre albedrío a efectos de discutir sobre reglas jurídicas es inútil, puesto que ello enreda la discusión con un asunto que sigue siendo altamente controvertido a pesar de haber sido debatido durante siglos. Mi punto de vista es otro: a despecho de que cuestiones filosóficas como las relativas a la justicia, los derechos o la causación (solo por poner algunos ejemplos) no han sido resueltas a pesar de haber sido debatidas durante siglos, la sociedad no puede articular sus leyes sin abordar estas preguntas o, al menos, sin reconocer cuáles son las respuestas que el derecho existente implica frente a esas preguntas. No obstante, algunas personas consideran que cualquier discusión filosófica sobre el libre albedrío es vana, puesto que es un asunto que involucra convicciones profundas; tal vez una pura cuestión de fe. De hecho, tengo la sospecha de que pocas personas con una opinión fundada sobre la existencia del libre albedrío o sobre su naturaleza hayan cambiado su parecer de manera radical luego de haber leído algún artículo académico opuesto a su visión. En consecuencia, en este trabajo he adoptado un enfoque diferente, tanto respecto al asunto del libre albedrío como al problema de la prueba predictiva. He delineado una teoría del libre albedrío de acuerdo con la cual una acción puede ser libre solo si resulta impredecible, esto es: si carece de probabilidades tanto subjetivas como objetivas. Luego, en lugar de continuar argumentando que poseemos ese tipo de libre albedrío (y que el derecho penal debe por tanto ser diseñado de acuerdo con ello), he argumentado que el derecho penal debe tratar a las personas como si tuvieran libre albedrío impredecible, *sin importar si en efecto lo tienen*.

BIBLIOGRAFÍA

- Adler, M. D. (2005). Against «Individual Risk»: A Sympathetic Critique of Risk Assessment. *University of Pennsylvania Law Review*, 153, 1121-1250, 1247.
- Alexander, L., Ferzan, K. K. y Morse, S. (2009). *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*. Cambridge University Press.
- Arntzenius, F. (1992). The Common Cause Principle. *PSA. Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, 2, 227-237.
- Arpaly, N. (2006). *Merit, Meaning, and Human Bondage: An Essay on Free Will*. Princeton University Press.
- Bergson, H. (1910). *Time and Free Will: An Essay on the Immediate Data of Consciousness* (trad. Frank Lubecki Pogson). Kessinger Publishing Company.
- Bernáth, L. y Tözsér, J. (2020). Rolling Back the Rollback Argument. *Teorema*, 39(2), 43-62.
- Björnsson, G. (2014). Incompatibilism and «Bypassed» Agency. En A. R. Mele (Ed.), *Surrounding Free Will*. Oxford University Press.
- Björnsson, G. y Pereboom, D. (2014). Free Will Skepticism and Bypassing. En W. Sinnott-Armstrong (Ed.), *Moral Psychology: Vol. 4*. MIT Press.
- Brook, J. (1984). The Use of Statistical Evidence of Identification in Civil Litigation: Well-Worn Hypotheticals, Real Cases, and Controversy. *St Louis University Law Journal*, 29, 293-352.

- Buchak, L. (2013). Free Acts and Chance: Why the Rollback Argument Fails. *Philosophical Quarterly*, 63, 20-28.
- Clarke, R. (2003). *Libertarian Accounts of Free Will*. Oxford University Press.
- Clarke, R. (2004). Reflections on an Argument from Luck. *Philosophical Topics*, 32, 47-64.
- Cohen, L. J. (1977). *The Probable and the Provable*. Clarendon: Oxford University Press.
- Cowley, M. y Colyer, J. (2010). Asymmetries in Prior Conviction Reasoning: Truth Suppression Effects in Child Protection Contexts. *Psychology, Crime & Law*, 16, 211-231.
- Dahlman, C. (2020). Naked Statistical Evidence and Incentives for Lawful Conduct. *International Journal of Evidence and Proof*, 24, 162-179.
- Dahlman, C. y Pundik, A. (2021). The Problem of Naked Statistical Evidence. En C. Dahlman, A. Stein y G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Dauer, E. A. (2006). Strong Reciprocity and Accountability: Behavioural Analysis of Patients Legal Responses to Medical Injury. *International Journal of Law in Context*, 22, 257-276.
- Davidson, D. (1963). Actions, Reasons, and Causes. *Journal of Philosophy*, 60, 685-700.
- DeWees, D., Duff, D. y Trebilcock, M. (1996). *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously*. Oxford University Press.
- Enoch, D., Spectre, L. y Fisher, T. (2012). Statistical Evidence, Sensitivity and the Legal Value of Knowledge. *Philosophy and Public Affairs*, 40, 197-224.
- Fischer, J. y Ravizza, M. (1998). *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*. Cambridge University Press.
- Fraassen, B. (1980). *The Scientific Image*. Oxford University Press.
- Feltz, A. y Cova, F. (2014). Moral Responsibility and Free Will: A MetaAnalysis. *Consciousness and Cognition*, 30, 234-246.
- Genschow, O., Rigoni, D. y Brass, M. (2017). Belief in Free Will and Correspondence Bias. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 114.
- Ginet, C. (1989). Reasons Explanation of Action: An Incompatibilist Account. *Philosophical Perspectives*, 3, 17-46.
- Hall, J. (1960). *General Principles of Criminal Law* (2ª ed.). Bobbs-Merrill.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility* (2ª ed.). Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. y Honoré, T. (1985). *Causation in the Law* (2ª ed.). Clarendon Press.
- Husak, D. N. (1989). Motive and Criminal Liability. *Criminal Justice Ethics*, 8.
- Jakobs, G. (1992). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. De Gruyter.
- Kahneman, D. y Tversky, A. (1980). Causal Schemas in Judgment under Uncertainty. En M. Fishbein (Ed.), *Progress in Social Psychology*. Erlbaum.
- Kane, R. (1996). *The Significance of Free Will*. Oxford University Press.
- Kane, R. (1999). Responsibility, Luck, and Chance: Reflections on Free Will and Indeterminism. *Journal of Philosophy*, 96, 217-240.
- Knobe, J. y Nichols, S. (2017) Experimental Philosophy. En Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 27/9/2023. <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/experimental-philosophy/>
- Koehler, J. J. (2002). When Do Courts Think Base Rate Statistics Are Relevant? *Jurimetrics Journal*, 42, 373-402.
- Laurene, K. R., Rakos, R. F., Tisak, M. S., Robichaud, A. L. y Horvath, M. (2011). Perception of Free Will: The Perspective of Incarcerated Adolescent and Adult Offenders. *Review of Philosophy and Psychology*, 2, 723-740.
- Leonard, D. P. (2001). Character and Motive in Evidence Law. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 34, 439-536.
- Levy, N. (2011). *Hard Luck*. Oxford University Press.
- Lewis, R., McNabb, R., Robinson, H. y Wass, V. (2002). Court Awards of Damages for Loss of Future Earnings: An Empirical Study and an Alternative Method of Calculation. *Journal of Law and Society*, 29.

- Lipton, P. (1990). Contrastive Explanation. En D. Knowles (Ed.), *Explanation and its Limits*. Royal Institute of Philosophy.
- Lockie, R. (2018). *Free Will and Epistemology: A Defence of the Transcendental Argument for Freedom*. Bloomsbury.
- Loewer, B. (1996). Freedom from Physics: Quantum Mechanics and Free Will. *Philosophical Topics*, 24, 91-112.
- Lombard, L. B. (1990). Causes, Enablers and the Counterfactual Analysis. *Philosophical Studies*, 59, 195-211.
- McCandless, J. (1997). Prior Bad Acts and Two Bad Rules: The Fundamental Unfairness of Federal Rules of Evidence 413 and 414. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 5, 689-715.
- McKenna, M. (2012). *Conversation and Responsibility*. Oxford University Press.
- Moore, M. (1985). Causation and the Excuses. *California Law Review*, 73, 1091-1149.
- Murray, D. y Nahmias, E. (2014). Explaining Away Incompatibilist Intuitions. *Philosophy and Phenomenological Research*, 88, 434-467.
- Nahmias, E., Morris, S. G., Nadelhoffer, T. y Turner, J. (2006). Is Incompatibilism Intuitive? *Philosophy and Phenomenological Research*, 73, 28-53.
- Nahmias, E., Shepard, J. y Reuter, S. (2014). Its OK if «My Brain Made Me Do It»: People's Intuitions about Free Will and Neuroscientific Prediction. *Cognition*, 133, 502-516.
- Nesson, C. (1979). Reasonable Doubt and Permissive Inference: The Value of Complexity. *Harvard Law Review*, 92, 1187-1225.
- Nichols, S. y Knobe, J. (2007). Moral Responsibility and Determinism: The Cognitive Science of Folk Intuitions. *Noûs*, 41, 663-635.
- O'Connor, T. (2000). *Persons and Causes: The Metaphysics of Free Will*. Oxford University Press.
- O'Connor, T. (2009). Agent-Causal Power. En T. Handfield (Ed.), *Dispositions and Causes*. Oxford University Press.
- O'Connor, T. (2016). Probability and Freedom: A Reply to Vicens. *Res Philosophica*, 93, 289-294.
- Perry, S. (1995). Risk, Harm, and Responsibility. En D. G. Owen (Ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford University Press.
- Perry, R. (2006). The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory. *Tennessee Law Review*, 73, 177-236.
- Picinali, F. (2016). Generalisations, Causal Relationships and Moral Responsibility. *International Journal of Evidence and Proof*, 20, 121-147.
- Posner, R. (1999). An Economic Approach to the Law of Evidence. *Stanford Law Review*, 51, 1477-1546.
- Pundik, A. (2006). Epistemology and the Law of Evidence: Four Doubts about Alex Steins Foundations of Evidence Law. *Civil Justice Quarterly*, 25, 504-528.
- Pundik, A. (2007). Can One Deny Both Causation by Omission and Causal Pluralism? The Case of Legal Causation. En F. Russo y J. Williamson (Ed.), *Causality and Probability in the Sciences*. College Publications.
- Pundik, A. (2008a). Statistical Evidence and Individual Litigants: A Reconsideration of Wassermans Argument from Autonomy. *International Journal of Evidence and Proof*, 12, 303-324.
- Pundik, A. (2008b). What is Wrong with Statistical Evidence? The Attempts to Establish an Epistemic Deficiency. *Civil Justice Quarterly*, 27, 461-493.
- Pundik, A. (2011). The Epistemology of Statistical Evidence. *International Journal of Evidence and Proof*, 15, 117-143.
- Pundik, A. (2017). Freedom and Generalisation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 37, 189-216.
- Pundik, A. (2020). Predictive Evidence and Unpredictable Freedom. *Oxford Journal of Legal Studies*, 40, 238-264.
- Pundik, A. (2021). Rethinking the Use of Statistical Evidence to Prove Causation in Criminal Cases: A Tale of (Im)Probability and Free Will. *Law & Philosophy*, 40, 97-128.

- Pundik, A. (2022). Should Murder Be More Difficult to Prove than Theft? Beccaria and Differential Standards of Proof. En A. du Bois-Pedain y S. Eldar (Ed.), *Re-reading Beccaria: On the Contemporary Significance of a Penal Classic*. Bloomsbury.
- Redmayne, M. (2003). Myths, Relationships and Coincidences: The New Problems of Sexual History. *International Journal of Evidence and Proof*, 7, 75-101.
- Redmayne, M. (2008). Exploring the Proof Paradoxes. *Legal Theory*, 14, 281-309.
- Redmayne, M. (2015). *Character in the Criminal Trial*. Oxford University Press.
- Reichenbach, H. (1991). *The Direction of Time* (2ª ed.). University of California Press.
- Roberts, P. y Zuckerman, A. A. S. (2010). *Criminal Evidence* (2ª ed., 586). Oxford University Press.
- Rose, D. y Nichols, S. (2013). The Lesson of Bypassing. *Review of Philosophy and Psychology*, 4, 599-619.
- Roxin, C. (1992). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre*. C. H. Beck 799.
- Russell, P. (2013). Compatibilist-Fatalism. En P. Russell y O. Deery (Eds.), *The Philosophy of Free Will: Essential Readings from the Contemporary Debates*. Oxford University Press.
- Sachs, T. (1950). Criminal Law: Humanitarian Motive as a Defense to Homicide—State v. Sander (N.H. 1950). *Michigan Law Review*, 48, 1199-1201.
- Sanchirico, C. (2001). Character Evidence and the Object of Trial. *Columbia Law Review*, 101(6), 1227-1311.
- Sancinetti, M. (1991). *Casos de Derecho penal*. Hammurabi.
- Sarkissian, H., Chatterjee, A., de Brigard, F., Knobe, J., Nichols, S. y Sirker, S. (2010). Is Belief in Free Will a Cultural Universal? *Mind & Language*, 25, 346-358.
- Scanlon, T. M. (1988). The Significance of Choice. En S. McMurrin (Ed.), *The Tanner Lectures on Human Values: Vol. 8*. University of Utah Press.
- Schoeman, F. (1987). Statistical vs. Direct Evidence. *Noûs*, 21, 179-198.
- Schwartz, G. T. (1997). Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice. *Texas Law Review*, 75, 1801-1834.
- Segev, R. (2020). Moral Innocence and the Criminal Law: Non-Mala Actions and Non-Culpable Agents. *Cambridge Law Journal*, 79, 549-577.
- Segev, R. (2023). Actions, Agents, and Consequences. *Criminal Justice Ethics*, 42, 99-132.
- Sela, G. (2017). *Torts as Self-Defense* [Tesis Doctoral]. Universidad de Oxford.
- Shaviro, D. (1989). Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice. *Harvard Law Review*, 103, 530-554.
- Sheft, M. (1995). Federal Rule of Evidence 413: A Dangerous New Frontier. *American Criminal Law Review*, 33, 57-87.
- Shoemaker, D. (2013). Qualities of Will. *Social Philosophy and Policy*, 30, 95-120.
- Smilansky, S. (2000). *Free Will and Illusion*. Oxford University Press.
- Thayer, J. B. (1898). *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Little, Brown & Co.
- Thomson, J. J. (1986). Liability and Individualized Evidence. *Law & Contemporary Problems*, 49, 199-219.
- Twining, W. (1985). *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*. Weidenfeld and Nicolson.
- Uviller, R. (1982). Evidence of Character to Prove Conduct: Illusion, Illogic, and Injustice in the Courtroom. *Penn Law Review*, 130, 845-891.
- van Inwagen, P. (2000). Free Will Remains a Mystery. *Philosophical Perspectives*, 14, 1-19.
- Vicens, L. (2016). Objective Probabilities of Free Choice. *Res Philosophica*, 93, 125-135.
- Vigen, T. (s. f.). *Spurious Correlations*. Tylervigen.com. <https://tylervigen.com/spurious-correlations>
- Vohs, K. D. y Schooler, J. W. (2008). The Value of Believing in Free Will: Encouraging a Belief in Determinism Increases Cheating. *Psychological Science*, 19, 49-55.
- Wallace, R. J. (1994). *Freedom and the Moral Sentiments*. Harvard University Press.
- Wisniewski, D., Deutschländer, R. y Haynes J. D. (2019). Free Will Beliefs Are Better Predicted by Dualism than Determinism Beliefs across Different Cultures, *PLOS ONE*, 14(9).

Zhao, X., Liu, L., Zhang, X., Shi J. y Huang Z. (2014). The Effect of Belief in Free Will on Prejudice. *PLOS ONE*, 9(3).

Lista de referencias bibliográficas de legislación y jurisprudencia

- Alabama v. United States*, 371 U.S. 37 (1962)
Blue Cross Blue Shield of N.J. v. Philip Morris, 113 F. Supp. 2d 345 (E.D.N.Y. 2000)
Cimino v. Raymark Industries, Inc. 151 F.3d 297 (5th Cir. 1998)
Criminal Justice Act 2003, c. 44. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>
Federal Rules of Evidence (Estados Unidos). <https://www.uscourts.gov/file/64248/download>
Hilao v. Estate of Marcos, 103 F.3d 767 (9th Cir. 1996)
In re Fibreboard Corp., 893 F.2d 706 (5th Cir. 1990)
Laughton v. Shalaby (2014) EWCA Civ 1450
Mansfield v. Weetabix (1998) 1 WLR 1263
Migdal Insurance Company Ltd. v. Abu-Hana, CA 10064/02, Corte Suprema de Israel, 2005
Nettleship v. Weston (1971) 2 QB 691
O'Brien v. Chief Constable of South Wales Police (2005) UKHL 26
R v. Phillips (2003) EWCA Crim 1379
Snelling v. Whitehead (1998) RTR 385, 386 (Lord Wilberforce)
State of Israel v. Broyer, CrimA 9849/05, 66 PD 726, 2006
United States v. Columbia Pictures Corporation, 25 FRD 497 (S.D.N.Y. 1960)
Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. 338 (2011)

