

CONSTITUCION POLITICA Y FUNDAMENTO MATERIAL DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Jaime Náquira Riveros

Profesor Titular de Derecho Penal.

Director del Programa de Postgrado en Criminología
Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile

I. FORMULACION DE UN PROBLEMA

1. En la evolución histórica de la teoría del delito, uno de los principios de mayor trascendencia ha sido, sin duda, el reconocimiento del principio de culpabilidad. Con dicho reconocimiento, la doctrina y jurisprudencia ha logrado finalmente como garantía del ciudadano frente al *ius puniendi* del Estado que, para establecer y determinar la responsabilidad criminal, era necesario e ineludible (no sólo útil o conveniente) tener presente que: a) la culpabilidad supone un "juicio de reproche a la persona del autor" por la conducta típica y antijurídica perpetrada; b) que la culpabilidad es fundamento (y, para algunos, medida) de la pena; y c) que la culpabilidad, en cuanto juicio de reproche, requiere entre el autor y su hecho una imputación a título de dolo o de imprudencia; por lo tanto, no es posible sancionar penalmente sobre la base de una simple responsabilidad objetiva. En este contexto de ideas, la doctrina dominante postula que el fundamento material del juicio de reproche que implica la culpabilidad no puede ser sino el "libre albedrío o libertad de voluntad" (Mezger, Welzel, Maurach) y, de esta forma, se permite explicar de mejor manera un Derecho Penal retributivo (en Bolivia postulan este fundamento material Cajías¹ y Harb²).

2. En los últimos cuarenta años, un sector de la doctrina ha puesto en duda el fundamento material del principio de culpabilidad antes señalado. "Aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito" (Gimbernát)³. "Pero para examinar experimentalmente si una persona individual, que se hallaba en una determinada situación de acción, hubiera podido actuar de otra manera a como realmente lo ha hecho, sería preciso volver a colocar a aquella persona —como exactamente la misma individualidad— en la misma situación concreta, y observar, entonces, si alguna vez se produce un comportamiento distinto del que se produjo en el caso que ha dado origen al examen. Pero tales experimentos no ofrecen perspectivas de éxito en el sector ética y jurídico-penal relevante de la vida espiritual humana superior, pues el hombre, en especial el hombre imputable que es el que

¹ CAJIAS, H.: "Criminología", Ed. Urquiza, S.A., La Paz, 1986, p. 380.

² HARB, B.M.: "Derecho Penal". Parte General, Tomo I, Ed. Urquiza, S.A., La Paz, 1992, p. 263.

³ GIMBERNAT, E.: "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?" en Estudios de Derecho Penal, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1976, p. 61.

ahora nos interesa –y en amplia medida también el inimputable–, dispone de memoria, y, por ello, en una situación posterior tiene el recuerdo de la situación anterior del hecho anterior y de sus consecuencias, de las repercusiones espirituales, y en base a ello es ahora una persona distinta de la que antes fue. Con otras palabras: No es posible crear el presupuesto, necesario para nuestro experimento, de que se trate de la misma persona en la misma situación. De ahí que el experimento no pueda realizarse con éxito y que no pueda responderse en ese sentido exacto a la cuestión del haber -podido-actuar-de-otra-mañera. Tenemos que adherirnos a Nowakowski cuando él dice: ‘La polémica sobre el libre albedrío no puede ser decidida científico-ontológicamente’.” (Engisch)⁴.

3. La dificultad (o imposibilidad) denunciada por los partidarios de un Derecho Penal preventivo, en reemplazo de un Derecho Penal retributivo, ha llevado a algunos autores, que mantienen la capacidad de libertad de voluntad como fundamento material de la culpabilidad, a reformular dicho fundamento, en los siguientes términos: “Con frecuencia se entiende que el reproche de culpabilidad debe basarse en el ‘*poder evitar*’ individual del autor. Se pregunta si la persona que en concreto comparece como acusado ante el Tribunal hubiese estado en situación de actuar de otro modo, esto es, de acuerdo con las exigencias del orden jurídico. Pero no cabe dar a esta cuestión una respuesta racional, pues presupondría que puede demostrarse la existencia de libertad de voluntad para un individuo determinado y en un hecho concreto. Para que tenga sentido la pregunta, sólo puede plantearse en el sentido de si ‘otro’ en la situación del autor hubiera podido, según nuestra experiencia, resistir a la tentación de cometer el hecho”. “El baremo del juicio de culpabilidad lo ha de ofrecer, según lo anterior, un poder medio... El poder general no debe, evidentemente, entenderse en el sentido de un promedio estadístico, sino como el poder que en circunstancias normales se espera por la comunidad jurídica. Así, el juez debe, pues, preguntar si ‘se’ hubiera podido actuar de otro modo en las circunstancias concretas”. “El hecho de que se deduzcan de las cualidades morales de ‘otro’ las posibilidades de que disponía el autor en el momento del hecho, no puede reputarse injusto, puesto que la responsabilidad del hombre adulto y psíquicamente sano constituye un presupuesto imprescindible de todo orden social basado en la libertad” (Jeschek)⁵.

II. CONSTITUCION POLITICA Y DERECHO PENAL

Partimos del supuesto que el legislador penal debe basar y erigir el Derecho Penal sobre el marco político-social y jurídico que, de manera expresa, una sociedad ha formulado como su ley suprema de vida. Toda Constitución implica una toma de decisión trascendente acerca del ciudadano y de sus derechos o garantías fundamentales, así como del Estado y su poder configurador de la vida social y de los mecanismos de control y de seguridad en la actividad de uno u otro. En toda Constitución es posible encontrar un reconocimiento a ciertas

⁴ ENGISCH, K.: Citado por Gimbernat, E., obra cit., nota 16, pp. 61 y 62.

⁵ JESCHEK, H.H.: “Tratado de Derecho Penal”. Parte General. Volumen primero, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 1981, p. 589.

ideas, principios o valores, los que, aunque muchas veces discutibles, son los que rigen e inspiran la formulación, interpretación o aplicación del Derecho positivo.

En este contexto, no es posible negar u olvidar que todas las cartas fundamentales en el ámbito iberoamericano, europeo o pertenecientes al mundo anglosajón, de manera explícita han dejado constancia, al igual que las principales declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos, que la concepción que del hombre asumen es la de una persona libre y digna. Es esta concepción antropológica, y no otra, la razón en cuya virtud las declaraciones internacionales o cartas fundamentales de diversos países se preocupan de explicitar aquel conjunto de garantías, derechos o 'libertades' inherentes a la persona del ciudadano. Como ejemplo de lo anterior, baste citar algunos trozos de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): de su Preámbulo... *"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"*... *"Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso"*... *"La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse..."*

Art. 1º: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Art. 22: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social... indispensable a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

Más aún, la libertad para autodeterminarse, Naciones Unidas se la ha reconocido no sólo a los individuos, sino también a los pueblos: *"Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación: en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural"* (punto 2 de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, 1960).

Por otro lado, si examinamos algunas Constituciones Políticas, podemos constatar:

Constitución de Bolivia:

Art. 6º II: "La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado".

Constitución de Chile:

Art. 1º, inc. 1º: "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

Constitución de España:

Art. 1.1: "España se constituye como un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Art. 9.2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas..."

Art. 10.2: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos..."

Art. 17.1: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la dignidad".

Establecido que la concepción antropológica del hombre en cuanto ser libre y digno y con derecho al libre desarrollo de su personalidad se encuentra consagrada en la mayor parte de las Constituciones, queda por decidir si ello no es sino una simple "declaración romántica" sin peso o trascendencia para el legislador, o bien, si dicha concepción es un "presupuesto normativo constitucional" y portador de una visión existencial cuyo valor es obligatorio para el Estado, so pena de incurrir en una inconstitucionalidad si el legislador penal la omite u olvida. Por otro lado, ningún cientista político o constitucionalista pone en duda el valor de la dignidad del ser humano. Cabe preguntarse, ¿es posible concebir la dignidad de la persona sin reclamar para ello de su libertad para autodeeterminarse? Somos de opinión que, hoy en día, la totalidad de los partidarios de un Derecho Penal preventivo considera que la dignidad del ser humano requiere o exige el respeto a su vida y a su libertad para autorrealizarse como tal. En consecuencia, es el propio marco jurídico-constitucional el que ha establecido el libre albedrío en el sentido de autodeterminación como fundamento material de la culpabilidad, razón por la cual el legislador penal no podría omitirlo o cambiarlo. Aquí cobra pleno sentido y vigencia lo afirmado por Gimbernat, siguiendo a Engisch, cuando dice: "La dogmática 'nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho', debe averiguar qué es lo que dice el Derecho"⁶ y, para ello (agregamos nosotros) se debe comenzar por reconocer la concepción antropológica que del hombre ha consagrado la Constitución Política en cada Estado.

Desde otra perspectiva, y complementaria de lo anterior, podemos advertir lo siguiente. El Derecho es producto y parte de la cultura de un pueblo. Ahora bien, si aceptamos que ello es así, cabe preguntarse si el hombre de la calle ¿se identificará más con un Derecho Penal preventivo o con un Derecho Penal retributivo? Tenemos la sensación y convicción que la ciudadanía ante la pregunta de por qué un homicida, un violador o un ladrón deben recibir determinada sanción, su respuesta será: porque dichas personas hicieron algo injusto: se mató o se forzó sexualmente a alguien; o bien, se apropió ilegalmente de algo ajeno. Es decir, para la opinión pública constituye una convicción y sentir social que la pena es un mal que los infractores de la ley deben soportar por lo que hicieron y que la sanción impuesta es un castigo que la sociedad les aplica por ello (pensamiento retributivo). Encontrar ciudadanos que prescindan de la idea retributiva que acompaña a la sanción penal y que su reflexión gire, única y exclusivamente, sobre la necesidad y/o utilidad de prevención general y/o especial, salvo que se trate de estudiantes de Derecho o abogados conocedores y partidarios del Derecho Penal preventivo, de llegar a existir un porcentaje que se sienta interpretado por esta concepción será, en todo caso, muy reducido. Otra cosa muy distinta sería constatar un sector de la ciudadanía que, sobre la

⁶ GIMBERNAT, E., obra cit., p. 78.

base de un Derecho Penal retributivo, esté dispuesto a aceptar como criterios complementarios las ideas que encierra la concepción preventiva. En otras palabras, la generalidad de los ciudadanos frente a la pregunta: ¿por qué se sanciona? su respuesta es: para castigar a quien ha perpetrado un hecho delictivo; en cambio, si la pregunta es: ¿para qué se sanciona? su respuesta puede girar sobre consideraciones de prevención general o especial.

III. LA CAPACIDAD DE ACTUAR DE OTRA MANERA EN LA TEORIA DEL DELITO

Los partidarios de excluir la capacidad de actuar de otra manera como fundamento material de la culpabilidad, al parecer, creen que con ello la dificultad (o imposibilidad) denunciada desaparece de la teoría del delito. Empero, nos parece muy discutible aquella apreciación si se consideran los siguientes aspectos:

1° La incapacidad de culpabilidad establecida sobre la base de un método mixto (psiquiátrico y psicológico-jurídico) (v. gr., C.P. alemán, § 20; o el C. P. boliviano, Art. 17 N° 1). En este tipo de legislaciones penales, hay un reconocimiento explícito a una incapacidad para actuar conforme a sentido y valor, lo cual sólo se puede fundamentar y explicar sobre la base de una cierta libertad de voluntad. En efecto, lo anterior obliga al tribunal que está juzgando a una persona que aparece como inimputable, a investigar si la perturbación o enfermedad psíquica que padecía al momento de perpetrar el hecho delictivo era de tal entidad, que le incapacitó para actuar conforme a Derecho, bien sea por defecto intelectual-valorativo para alcanzar la conciencia acerca de lo injusto del hecho, bien por defecto volitivo para autodeterminarse conforme a Derecho.

2° La evitabilidad o inevitabilidad del error de tipo o de prohibición. Si el tratamiento de un error de tipo o de prohibición depende de si es calificable de evitable (vencible) o inevitable (invencible), dicho criterio supone en su base la capacidad del autor para haber podido actuar de otra manera a como lo hizo (error evitable), la que, de estar ausente conducirá, necesariamente, a calificar el error de inevitable o invencible.

En relación al error de prohibición, Gimbernat, siguiendo a Horn, cree que no se debe confundir entre libertad (la que conceptualiza correctamente como: "posibilidad de elegir entre realizar o no la conducta a que impulsa una determinada motivación") y capacidad de ser motivado, y considera que la clave que decide si el error era o no invencible es la de la posibilidad de motivación⁷. A nuestro juicio, toda "posibilidad de motivación" supone, necesariamente, "posibilidad de actuación de otra manera". Quien cuenta con la posibilidad de ser motivado por la norma, tiene la posibilidad de seguirla (o no seguirla); de lo contrario, ¿de qué clase de posibilidad estamos hablando? ¿Hablamos realmente de "posibilidad" o más bien de "fatalidad"? Todo motivo humano de carácter ético, religioso, afectivo, económico, intelectual, artístico o penal (como el que subyace en la norma orientada a la evitación de conductas delictivas) sólo supone una razón con determinada fuerza y sentido de dirección que surge en un momento dado en la vida del actor y que entra, necesariamente, a competir con otros motivos. Desde una perspectiva psicológica de un hombre común y

⁷ GIMBERNAT, E.: "El sistema de Derecho Penal en la actualidad" en Estudios de Derecho Penal, ob. cit., p. 103.

corriente y en un contexto situacional no-excepcional, lo que no es posible sostener es que los motivos cuando emergen en su vida, de inmediato e ineludiblemente, se posesionan de éste y le encadenan a él, transformándole en un mero objeto, como si se tratara de un caso de 'vis absoluta'. Los motivos, al igual que los estímulos, llaman la atención del individuo en una u otra dirección, aunque, en definitiva, será el sujeto quien, sobre la base de una determinada ponderación (correcta o incorrecta), opte o decida en uno u otro sentido y actúe. Afirmar que la norma penal, con su advertencia amenazante para quien se atreva a infringirla, es uno de los muchos estímulos que pueden influir en un sujeto para que éste resuelva actuar en una u otra forma, es algo perfectamente correcto. Sostener, en cambio, que por colocar el foco de atención sobre la existencia y eventual influencia de los motivos, se puede escamotear el problema de la libertad de autodeterminación del ser humano, es un error que puede terminar engañándonos a nosotros mismos.

3° El contexto situacional normal o excepcional. Si examinamos este factor vinculado a la culpabilidad, podemos apreciar que para la doctrina, de manera unánime, sea acudiendo a un criterio generalizador (la mayoría), bien sea sobre la base de un criterio individualizador (la minoría), reconoce la existencia de situaciones que, por su carácter excepcional o anormal, pueden configurar, en beneficio de su protagonista, una causal de exculpación toda vez que la sociedad y el Derecho en dichas hipótesis no tendrían derecho para exigirle que obrara como un santo o un héroe. Por lo tanto, su actuación contra Derecho se explicaría, ya que por lo anormal de las circunstancias concomitantes, la sociedad y su ordenamiento jurídico no podía haberle exigido que hubiere obrado de otra manera.

4° En el delito imprudente. La doctrina dominante y partidaria de un Derecho Penal preventivo, reconoce que es necesario para su configuración considerar el "poder subjetivo del autor" para ajustarse a la norma de cuidado. Así, para la mayoría de la doctrina, si el hecho es objetivamente adecuado al "poder medio", deberá eximirse de pena al autor, aunque "personalmente" pudiese haber actuado con mayor prudencia (Jeschek)⁸. Un sector, sin embargo, cree que lo anterior es insatisfactorio, ya que la "norma de cuidado debe llegar hasta el efectivo poder personal del autor. Quien podía haber actuado con mayor prudencia que el hombre medio y con ello evitar el resultado, *debió* hacerlo, y si no lo hizo actuó antijurídicamente. Por el contrario, quien no pudo comportarse con toda la prudencia que hubiese podido desplegar el hombre medio, no actuó ni siquiera antijurídicamente" (Stratenwerh)⁹. Además, agrega Jakobs¹⁰, "la norma es un imperativo dirigido a cada uno de los destinatarios, por lo que su límite se encuentra en el poder de cumplimiento del sujeto; por lo tanto, la norma de cuidado no puede ir más allá del poder del sujeto". "Lo decisivo ha de ser, pues, la posibilidad de emplear voluntariamente las facultades personales por parte del sujeto. Si pudiendo utilizarlas cuando fuera necesario el agente no lo hizo, el mismo no aplicó el cuidado debido desde el prisma de un observador objetivo —que es lo que importa en el injusto—, puesto que, conociendo la posibilidad de utilizar unas facultades excepcionales, consideraría obligado su

⁸ JERSCHKE, H.H., obra cit. p. 777.

⁹ STRATENWERTH, G.: Citado por Santiago Mir P., "Derecho Penal". Parte general. Ed. PPU, Barcelona 1985, p. 233.

¹⁰ JAKOBS, G., citado por Santiago Mir P., en obra cit., p. 233.

empleo para evitar la lesión del bien jurídico. En tal caso la conducta sería antijurídica, prohibida por la norma de cuidado. Por lo que respecta al poder excepcional no disponible a voluntad, la norma de cuidado no puede motivar a utilizarlo" (Mir Puig)¹¹.

A nuestro entender, quienes acuden como fundamento de un hecho injusto imprudente al poder personal del autor, en la medida en que dicha capacidad puede ser ejercitada a voluntad, no están haciendo otra cosa que reconocer que el fundamento para la punibilidad de un delito imprudente es la capacidad del actor de haber podido obrar de otra manera (diligentemente) y, porque ello no ocurrió, ha incurrido en una conducta imprudente; en caso contrario, es decir, cuando el sujeto en el caso concreto en que se encontraba, no podía haber actuado de manera distinta a como lo hizo, no existiría imprudencia y el hecho sería calificable de caso fortuito.

5º En el delito omisivo. La doctrina considera, de forma unánime, que la capacidad del actor de haber podido realizar la acción omitida es un factor constitutivo e ineludible de esta clase de delito. "La capacidad de acción exigida debe concurrir en el concreto autor (poder personal), no bastando el que *otro* pudiera actuar según el mandato normativo". "...como en la teoría de la adecuación, sólo el juicio de un espectador medio situado en el momento de la acción, aunque a la vista de las concretas circunstancias objetivas y subjetivas del autor puede decidir si éste podía o no realizar la acción determinada" (Mir Puig)¹². Tratándose de un delito de comisión por omisión a la ausencia de un acción debida, se agrega la capacidad del autor de haber podido evitar el resultado. También aquí, a nuestro entender, la exigencia en el autor de una cierta capacidad para haber podido ejecutar la acción legal debida y, en el caso de un delito de comisión por omisión, de haber podido evitar la producción de un resultado, descansa en el reconocimiento en el actor de una capacidad de haber podido actuar de otra manera y, porque no obró de conformidad a las expectativas legales, debe asumir su responsabilidad omisiva.

6º El dolo como expresión de voluntad. El delito doloso supone desde su origen la existencia de una decisión voluntaria del autor para poner en peligro o dañar un bien jurídico determinado. No es posible concebir un comportamiento doloso sin reconocer que ello no es sino expresión de la facultad que todos los seres humanos poseen para decidirse a actuar o no, para dirigirse en uno u otro sentido, para desenvolverse en el mundo de relación con o sin quebranto de las normas, principios o valores existentes en la sociedad.

7º El concepto de acción en Derecho Penal y la función de la norma penal en un Estado social y democrático de Derecho. Para los partidarios de un Derecho Penal preventivo, el concepto de acción y la función de la norma penal se encuentran de tal manera unidos que, en un Estado social y democrático de Derecho, sólo puede ser considerado un comportamiento humano jurídicopenalmente relevante en la medida que éste tenga existencia en la realidad externa y que sea final. Las normas penales pretenden motivar a los ciudadanos conforme a determinado sentido y valor social y, de esta forma, tratar de evitar que evitar que sus destinatarios lleven a cabo comportamientos indeseables, disvaliosos y, por ello, considerados delictivos. "Las normas penales no tienen

¹¹ MIR, S., obra cit., p. 234.

¹² MIR, S., obra cit., p. 260.

entonces sentido en orden a evitar comportamientos que no pueden ser evitados mediante su motivación normativa. Pues bien: éste es el caso de los hechos que el hombre no conduce finalmente, aquéllos cuya realización no obedece al control final de su voluntad y, por tanto, no podría su autor decidir dejar de realizar por influjo de una norma que se los prohibiera. La motivación de la norma se dirige a la voluntad (finalidad) de su destinatario, para que omita *por obra de dicha voluntad* determinadas conductas, y el sujeto no podría omitir voluntariamente (finalmente) los comportamientos no guiados por su voluntad (finales)” (Mir Puig)¹³.

Del texto transcrito se desprende en forma evidente que, para quienes se identifican con él, en la base de toda conducta y para ser estimada jurídicopenalmente relevante, es necesario que sea resultado o efecto de una resolución o decisión de la voluntad del autor en un sentido contrario a la norma. Ello no es sino consecuencia de partir de la base que el hombre, en el ejercicio de su capacidad de autodeterminación, *puede* (o no) contravenir la norma penal, y con ello, el Derecho.

IV. ALGUNAS ALTERNATIVAS PROPUESTAS COMO FUNDAMENTO MATERIAL A LA CULPABILIDAD

1. *La solución alternativa de Roxin: la abordabilidad normativa.* Para Roxin, la culpabilidad hay que afirmarla, “cuando él en el hecho, conforme a su constitución espiritual y anímica, estaba en disposición para la llamada de la norma, cuando le eran accesibles (todavía) ‘posibilidades de decisión para un comportamiento orientado por la norma’ (Albrecht), “cuando la posibilidad de dirección síquica (sea libre, sea determinada), que está dada en la mayoría de las situaciones en los adultos sanos, estaba presente en el caso concreto”. “Pues no se dice que el autor podía obrar de otra manera en los hechos –lo cual no podemos saberlo–, sino solamente que será tratado como libre en el caso de intacta capacidad de conducción y con la consecuente abordabilidad normativa”¹⁴.

La solución alternativa propuesta por Roxin nos merece el siguiente comentario:

- a) Estamos de acuerdo con este autor cuando reconoce que “la suposición de libertad es en tal medida un ‘punto de partida normativo’, una regla de juego social, cuyo valor social es independiente del problema teórico cognoscitivo y científico natural del libre albedrío”. En efecto, ya hemos señalado que toda Constitución Política, todo ordenamiento jurídico nacional, así como el ordenamiento jurídico internacional, adopta fundada o infundadamente, correcta o incorrectamente, una determinada concepción antropológica sobre el ser humano, la que, a nuestro juicio, ha sido, sin duda ninguna, la de un hombre libre y digno.
- b) Fijar el fundamento material de la culpabilidad en un momento anterior (aunque tan sólo sea breve) al instante en que el sujeto ejecutó la conducta antijurídica, como expresión de su voluntad contraria a la norma penal, no

¹³ MIR, S., obra cit., pp. 133 y 134.

¹⁴ ROXIN, C.: “Sobre la culpabilidad en Derecho Penal” en Política Criminal y Estructura del Delito. Ed. PPU, Barcelona, 1992, p. 136.

nos parece adecuado, justo ni compatible con el principio de culpabilidad por el hecho. En efecto, hoy en día toda la doctrina, sin excepción, reclama que la culpabilidad debe estar siempre atada a un hecho antijurídico y no a una condición o estado previo, sobre todo si al actor no le es imputable (lo que lleva a Roxin a rechazar la doctrina de la culpabilidad por el carácter), o bien, si el estado o condición previo no es algo que pueda ser calificado jurídico-penalmente de típico ni antijurídico, como sería el estado en que encuentra el sujeto con anterioridad a la ejecución de su resolución delictiva, y, según este autor, de haberse encontrado “a disposición para la llamada de la norma, cuando le eran accesibles (todavía) ‘posibilidades de decisión para un comportamiento orientado por la norma’”. De conformidad al principio de culpabilidad por el hecho, el fundamento material de aquélla debe, necesariamente, existir al momento en que el sujeto ejecuta su hecho prohibido y no antes o después de llevarse a cabo.

- c) Hablar de “posibilidades de decisión para un comportamiento orientado por la norma”, o bien, sostener que el fundamento de la culpabilidad existe “cuando la posibilidad de dirección síquica, que está dada en la mayoría de las situaciones en los adultos sanos, estaba presente en el caso concreto”, obliga necesariamente a reconocer que el actor, no obstante haber tenido posibilidades de haberse guiado por la norma, a pesar de ello, optó y decidió quebrantarla, es porque podía haber actuado de otra manera a como lo hizo. Además, si el fundamento material de la culpabilidad propuesto por Roxin parte de la base de la existencia de “posibilidades de decisión” para un comportamiento orientado por la norma; por tratarse de una presunción *iuris tantum*, en los casos en que se discuta, v.gr., un caso de inimputabilidad, será necesario investigar si el autor, en el caso concreto en que se encontraba, disponía o no de aquellas posibilidades; es decir, se deberá indagar acerca de si el sujeto podía o no haber actuado de otra manera a como lo hizo. Si podía haber actuado conforme a Derecho, se podrá concluir que él tuvo dichas posibilidades: en caso contrario, si no podía haber actuado conforme a la norma, el autor no contaba con aquellas posibilidades, razón por la cual no se podrá afirmar su culpabilidad.

2. *La posición de Jakobs: la asignación de necesidades preventivo-generales.* Sobre la base de una concepción teórico-sistémica, Jakobs ha desarrollado un “concepto funcional de culpabilidad”, la que entiende como una asignación preventivo-general. Para este autor, “la culpabilidad (está) determinada por el fin”. “Sólo el fin da contenido al concepto de culpabilidad”. El fin viene dado por la prevención general no entendida en forma negativa o intimidatoria, sino de ejercicio de fidelidad en el Derecho: es la estabilización de la confianza en el orden destruida por el comportamiento delictivo”. El carácter claramente ‘utilitario’ del criterio de prevención sostenido por Jakobs queda en evidencia cuando sostiene, en relación a la exculpación de los autores por tendencia, que ella pudo ser discutible, después que la medicina consiguió ofrecer recetas para su tratamiento. En relación a la imputabilidad, declara que “la autonomía se asigna como capacidad, en caso que sea adecuado, y sólo puede faltar cuando existe la posibilidad de elaboración del conflicto de otra manera”¹⁵.

¹⁵ JAKOBS, G.: Citado por Roxin en obra cit., pp. 132 y 133.

A nuestro juicio, un fundamento puramente utilitario como el propuesto por Jakobs atenta gravemente en contra de la concepción antropológica reconocida expresamente por la comunidad jurídica internacional y por las diversas Constituciones Políticas del mundo iberoamericano: el hombre es un ser libre y digno y, por ello, la comunidad internacional y los distintos Estados, le han reconocido diversos derechos o libertados y se han encargado de protegerlo. Pretender eliminar la categoría de la culpabilidad y, en su reemplazo, establecer únicamente la necesidad preventivo-general de la pena, como lo propone este autor, encierra una serie de peligros:

- a) De conformidad al principio de culpabilidad por el hecho, la sociedad sólo puede responder ante la pregunta, ¿por qué podemos sancionar a una persona determinada?, diciendo: por el hecho típico prohibido realizado, lo cual pasa a ser el fundamento insustituible de legitimidad de la sanción penal. En cambio, frente a la interrogante ¿para qué sancionar de tal o cuál manera?, el legislador puede tener a la vista consideraciones preventivas. Las consideraciones preventivas sólo pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena (lo que criminológicamente es, de por sí, discutible); pero, en ningún caso, pueden proporcionar un fundamento axiológico de ella. La legitimidad de la aplicación de una pena sólo puede justificarse sobre la base de la culpabilidad del autor respecto de su comportamiento antijurídico. Frente a la supuesta utilidad de un fin preventivo factible de lograr mediante la imposición de una pena, es preciso contrastarla con el real (no supuesto) menoscabo o limitación de los bienes jurídicos pertenecientes a la persona del condenado. Lo anterior supone una decisión valorativa ineludible para el Derecho Penal y dicha estimación sólo puede llevarse a cabo considerando la culpabilidad del autor por su hecho prohibido (Maihofer). "Pues bajo la vigencia del principio de culpabilidad cabe argumentar a cualquiera que él, al actuar, sabía o podía saber qué le esperaba y que, en consecuencia, sólo recibe lo que pudo prever y evitar. Por tanto, únicamente el principio de culpabilidad autoriza al Estado a hacer responsable al individuo por sus delitos y a imponerle sanciones que afectan al núcleo de su personalidad" (Schünemann)¹⁶.
- b) El principio de culpabilidad constituye una barrera infranqueable a la pretensión preventiva del *ius puniendi* del Estado, el cual, trabajando sólo con el criterio funcional y utilitario de la necesidad de pena, bien podría llegar a establecerla con prescindencia de la culpabilidad. En dichas hipótesis, si bien podría ser 'funcionalmente útil' la imposición de una sanción penal, por estar ausente la culpabilidad del actor, carecería de legitimidad en un Estado de Derecho (baste recordar las presunciones de dolo o de responsabilidad objetiva, excluidas gracias al principio de culpabilidad).
- c) La dignidad del ser humano impide que éste sea tratado como un simple "medio" para la obtención de un fin: refuerzo de la prevención negativa (intimidación) o positiva (confianza en el Derecho). Otra cosa muy distinta será que, respetando el principio de culpabilidad por el hecho y sobre la base de consideraciones preventivas, el legislador pretenda como un efecto indirecto o secundario el refuerzo de aquéllas.

¹⁶ SCHÜNEMANN, B.: "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo" en *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Ed. Tecnos, S.A., Madrid 1991, p. 162.

V. LA DETERMINACION DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE OTRA MANERA

La capacidad de obrar de otra manera es, sin duda alguna, parte integrante y esencial de la concepción antropológica asumida por la mayor parte de la comunidad jurídica internacional de manera expresa y directa y, además, de la estructura penal del hecho delictivo. Situado dicho reconocimiento en el campo del Derecho Penal es posible sostener:

- a) La ley penal, consecuente con el reconocimiento expreso que el constituyente ha hecho de aquella facultad, presume *ius tantum* que los ciudadanos son seres libres y, en su proceso de autorrealización, tienen la posibilidad para autodeterminarse conforme o contra el Derecho.
- b) De conformidad al principio de culpabilidad por el hecho y sobre la base de la presunción antes señalada, quien comete un hecho delictivo se le supone capaz de culpabilidad a no ser que se demuestre lo contrario.
- c) Si se alea una causal de exculpación, v.gr., inimputabilidad, el tribunal debe investigar la verdad o falsedad de ello. Esta indagación no puede ser realizada en un marco de investigación y con la metodología y exactitud de una ciencia exacta, ya que el problema no es de tal índole; es un problema de carácter jurídico-penal; por lo tanto, la respuesta debe ser de igual índole. No cabe duda que el libre albedrío es un problema filosófico, antropológico y que se puede proyectar a diversas ciencias empíricas. No obstante, en el campo del Derecho Penal dicho problema asume un carácter normativo. Además, no hay que olvidar la existencia de un Derecho Procesal Penal que establece la forma cómo se ha de investigar, el tipo o clase de pruebas factibles de establecer (entre ellas, las presunciones legales o judiciales) y su valor probatorio.

En este contexto, a nuestro juicio, si queremos ser consecuentes con el principio de culpabilidad por el hecho y sostener que la culpabilidad es un juicio de reproche a la "persona del actor" por el hecho antijurídico perpetrado, es ineludible acudir a un criterio individualizador (criterio personal-objetivo) para dirimir las situaciones discutibles. A nuestro entender, quedarse con un criterio generalizador (hombre-medio en la situación del actor) no es un patrón que permita formular un juicio de reproche "eminente" personal; sólo un criterio individualizador puede fundar ello. Para esto, de lo que se trata es de elaborar un perfil de la persona del enjuiciado sobre la base de sus cualidades o potencialidades (lo que él es), así como de sus debilidades o limitaciones (lo que él no es) y, sobre dicho perfil, decidir si él podía razonablemente (no otro), en el caso concreto en que se encontraba, haber actuado de otra manera. Que esta estimación y decisión no pueda estar revestida de la certeza o seguridad plena, es algo que no nos puede extrañar. ¿Podemos sostener que en todas las decisiones axiológicas que adoptamos día a día, lo hacemos con la total y absoluta convicción que lo que hemos decidido es lo correcto? Así, por ejemplo, cuando un profesor de Derecho aprueba o reprueba a un estudiante de Derecho en un examen final y, después de haberlo interrogado personalmente por espacio de veinte minutos, ¿se queda siempre con la completa seguridad que la aprobación o reprobación era lo justo? Lo que necesita un tribunal para acoger o desechar una causal de exculpación por, v.gr., inimputabilidad, es disponer de información seria y objetiva sobre la persona del

sujeto, sus capacidades y limitaciones, y, sobre dicha base, decidir fundada y razonablemente si éste podía o no haber actuado de otra manera a como lo hizo.

VI. ¿QUE DEJA EN PIE LA CONSTITUCION POLITICA
DE LA LIBERTAD DE VOLUNTAD COMO FUNDAMENTO
MATERIAL DE LA CULPABILIDAD?

A la luz de las consideraciones formuladas en nuestro trabajo, podemos concluir que:

1) La Constitución Política en el mundo europeo-continental e iberoamericano consagra de *lege lata*, de manera expresa y directa, la concepción antropológica del hombre en cuanto ser libre y digno y, consecuente con ello, le reconoce su capacidad para autodeterminarse libremente a favor o en contra del Derecho. Dicha concepción antropológica constituye un "presupuesto normativo constitucional" que, ineludiblemente, debe respetar el legislador penal en su actividad de creación de tipos penales, o bien, la autoridad judicial en la de investigación de las categorías que conforman un hecho delictivo al establecer a excluir la responsabilidad criminal de un sujeto.

2) La doctrina y jurisprudencia en el Derecho Penal europeo-continental e iberoamericano en el desarrollo de la teoría del delito ha trabajado, y continúa haciéndolo, con el supuesto normativo de la capacidad del hombre para actuar de otra manera, no sólo en el ámbito de la culpabilidad, sino en las diversas categorías que estructuran la conducta delictiva.

3) Las consideraciones preventivas en el Derecho Penal son, sin duda, variables funcionales y utilitarias que se nos presentan como factores razonables que, sobre la base de la culpabilidad, pueden complementar la decisión político-criminal o judicial al establecer la naturaleza, modalidad o magnitud de la sanción penal; pero, en modo alguno, pueden erigirse como su fundamento valorativo de legitimación para su imposición, lo cual está reservado, única y exclusivamente, a la culpabilidad del autor por su hecho antijurídico.