

REVISTA DE DERECHO, CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES

Año II N° 2 2000



UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN
CONCEPCIÓN - CHILE

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD – CULPABILIDAD

NOTAS SOBRE SU EVOLUCIÓN Y “CRISIS”

CARLOS KUNSEMULLER L.*

1. La jerarquía y trascendencia del postulado “*nullum crimen nulla poena sine culpa*” han sido destacadas en forma prácticamente unánime por la doctrina penal contemporánea. Al respecto y como botón de muestra, reproducimos algunos de los asertos y proposiciones que se han vertido en diferentes ámbitos y momentos del desarrollo del Derecho Penal:

- a) “El principio de culpabilidad es un imprescindible instrumento de la justicia”¹.
- b) “El principio de culpabilidad cuenta entre los postulados fundamentales de la doctrina jurídico-penal tradicional”².
- c) “El principio de culpabilidad es considerado actualmente por la doctrina penal mayoritaria en Europa rector y límite de cualquier política criminal”³.
- d) “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”⁴.
- e) “Que... no debe olvidarse que un pilar fundamental del Derecho Penal Moderno es el ‘principio de culpabilidad’, postulado básico, conforme al cual sólo debe ser castigado con una pena criminal el autor de una conducta típica y antijurídica, cuando ésta le pueda ser personalmente reprochada; solamente en este caso el sujeto es culpable. Repele, por tanto, al Derecho Punitivo la existencia de fórmulas de responsabilidad objetiva, devinculadas de un reproche personal, formulable al autor de una acción típicamente antijurídica”⁵.

Si bien la culpabilidad, en cuanto categoría normativa –y sobre todo en su “rol clásico” de fundamento y límite de la pena–, ha sido fuertemente cuestionada⁶, no creemos equivocarnos al sostener que el principio culpabilístico sigue representando, para la opi-

*Profesor de Derecho Penal, Presidente Sección Chilena A.I.D.P.

¹Luis Jiménez de Asúa, Tratado, T.V., pág. 38.

²Santiago Mir Puig, “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, en *El Poder Penal del Estado*, 1985, pág. 365 y s.s.

³Gonzalo Quintero Olivares, *Derecho Penal*, Parte General, 1986, pág. 94 y s.s.

⁴Jaime Náquira Riveros, “Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad”, *RCHD*, vol. 22, Nº 2, 1995, págs. 189-200.

⁵Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, *Gaceta Jurídica* 111, pág. 75.

⁶Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho Penal*, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, 1981, pág. 107 y s.s.

nión dominante, un baluarte esencial, que ha llegado a ser considerado como “uno de los conformantes del Derecho Penal propio de un Estado de Derecho”⁷. Nosotros hemos descrito a dicho principio como un postulado garantista esencial a un Derecho Penal democrático, en el cual la pena sólo puede ser impuesta al individuo a quien le es reprochable un quehacer personal suyo perpetrado con dolo o culpa⁸. El “nulla poena sine culpa” ha trascendido en su evolución histórica desde la órbita de una mera reserva legal (la exigencia de culpabilidad como presupuesto de la pena) hasta llegar a formar parte de las “bases constitucionales” del Derecho Penal, entendiéndose que complementa y refuerza el principio de legalidad, estando ambos en el mismo nivel normativo superior⁹.

2. La revisión de la literatura constitutiva de la opinión dominante a lo largo de más de cien años, evidencia un vínculo estrecho entre principio de culpabilidad y culpabilidad penal. Ello ha implicado apreciar al postulado que nos ocupa como inherente a una determinada caracterización del Derecho Penal (Derecho Penal culpabilístico) y referido a la culpabilidad, como su contenido, en tanto y en cuanto ella es un elemento del concepto de delito y la categoría normativa que fundamenta la imposición de una pena y limita su medida. Son dos las proposiciones a través de las cuales se proyecta el principio: “No hay pena sin culpabilidad” y “La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad”¹⁰. La culpabilidad es vista como “principio básico del Derecho Penal”, representativo de trascendentes garantías protectoras del individuo frente al poder penal estatal¹¹. En opinión de Kaufmann, uno de los más preclaros estudiosos del tema, “La culpabilidad es un presupuesto necesario para la legitimidad de la pena estatal”¹².

A la jurisprudencia de las distintas naciones le ha correspondido un rol muy destacado en el esfuerzo por someter de manera ineludible la sanción penal a la culpabilidad personal del hechor y reconocerle, al mismo tiempo, el carácter de principio rector del sistema jurídico-penal al “nulla poena sine culpa”. Hasta la fecha se le atribuye –por encima de las más modernas disputas sobre el concepto de culpabilidad– el carácter de “hito esencial” en la historia del Derecho Penal alemán¹³ –y en general, del Derecho Penal culpabilístico– a la conocidísima sentencia del Senado Penal del Tribunal Supremo Federal Alemán, cuya doctrina es –muy extractada por cierto– que “La pena presupone culpabilidad. La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al autor que no se haya comportando conforme a Derecho, que se haya decidido por lo que es contrario a Derecho, aunque hubiese podido comportarse conforme a Derecho, decidirse a favor del Derecho. La razón interna del reproche de culpabilidad está en que el ser humano está constituido para autodeterminarse libre, responsable y moralmente; por ello, es capaz de decidirse por el Derecho y en contra de lo antijurídico, de adecuar su comportamiento a las normas del deber jurídico y evitar lo

⁷Quintero Olivares, op. cit.

⁸Carlos Kunsemüller L., “Las hipótesis preterintencionales”, *G.J.* 204, pág. 7 y s.s.

⁹Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado*, T. III, pág. 425; Frías Caballero, *Teoría del delito*, 1993, págs. 61-62.

¹⁰García Pablos, *Derecho Penal*, “Introducción”, 1995, págs. 287-288.

¹¹Jescheck, *Tratado*, Pte. General, Vol. I, págs. 30-31.

¹²Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1961, 2ª edición 1976, pág. 15 y s.s.

¹³Jescheck, op. cit.

que se halla prohibido por el Derecho... "Argumentando sobre el efecto exculpante de un error de Derecho invencible, el Tribunal invoca "el principio sacrosanto de toda pena conforme al cual la culpabilidad es presupuesto de la pena"¹⁴. Albin Eser le reconoce al fallo, entre varios otros méritos, la demostración de que el principio de culpabilidad tiene *rango constitucional*, al estar consagrado —a través del principio de personalidad— en la configuración del Estado de Derecho¹⁵. La pertenencia del "nulla poena sine culpa" a los principios superiores constitucionales, garantizadores de la dignidad del individuo, es declarada explícitamente en 1966 por el Tribunal Federal Constitucional Alemán, conforme a cuya tesis el reproche jurídico-penal envuelto en la pena presupone la reprochabilidad, esto es, la culpabilidad jurídico penal; la punición penal de un hecho sin que haya culpabilidad del autor es contraria al Estado de Derecho y lesiona al afectado en su derecho fundamental emergente del artículo 1.1. de la Ley Fundamental ("La dignidad del hombre es intocable. Estimarla y protegerla es obligación de todo poder estatal"¹⁶). Los penalistas germanos están contestes en que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional y encuentra su raíz en el principio del Estado de Derecho¹⁷.

La Carta Fundamental italiana asegura a través de su artículo 27, que "la responsabilidad penale e personale", entendiendo la opinión dominante que se reconoce en este precepto el principio de culpabilidad y no sólo la prohibición de responsabilizar criminalmente por hechos ajenos¹⁸. En el año 1988, el Tribunal Constitucional eliminó del artículo 5. del C. Penal el principio tradicional "ignorantia iuris criminalis nocet", estableciendo la total impunidad del error de prohibición inevitable. Este fallo fue catalogado en la doctrina penal como "histórico", por ser una "importante y valiente sentencia" que, marcando un "hito", ha llegado a la completa afirmación del principio de culpabilidad como criterio cardinal del sistema penal¹⁹.

En España son varios los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han reconocido el rango constitucional del principio de culpabilidad²⁰, siendo especialmente destacable el fallo según el cual la Constitución consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal²¹. Al respecto, hay quienes postulan que, pese a los denodados esfuerzos que se hacen en tal sentido, la Constitución no ha recogido de modo expreso el principio de culpabilidad, ni tampoco lo ha sido en las declaraciones de derechos suscritas por España y, sin discutir que la exigencia de culpabilidad es un principio básico del sistema penal, le reprochan al T.C. que no aluda al precepto concreto que consagre el postulado que en sus sentencias reconoce²². Para algunos autores, el fundamento constitucional del principio está en los artículos 1.1. y 10.1. de la Carta, proclamación del Estado social y democrático de Derecho y de la dignidad de la persona²³; para otros, está implícito en el principio de legalidad²⁴.

¹⁴BGHSt, 194, NJW 1952, pág. 593.

¹⁵Eser-Burkhardt, *Derecho Penal*, 1995, pág. 14 y s.s.

¹⁶Bverf GE 20, 323/331.

¹⁷Reinhart Maurach-Heinz Zipf, *Derecho Penal*, Pte. General, Vol. I, págs. 30-31.

¹⁸Palazzo, "Estado constitucional de derecho y derecho penal", *Rev. Penal*, 2, Julio 1998, pág. 49 y s.s.

¹⁹G. Fiandaca, 1988, I-28, págs. 1386-1412.

²⁰STC, 76/90, STC 50/91, entre otras.

²¹STC 50/91.

²²María Dolores Fernández Rodríguez, "Los límites del ius puniendi", *ADPCP* T. XLVII, Fasc. 3, pág. 87 y s.s.

²³Cerezo Mir, "El delito como acción culpable", *ADPCP*, T. LIX, Fasc.1, 1996, pág. 11.

²⁴Cobo del Rosal y Vives Antón, *D. Penal*, Pte. General, I-II, 1982, pág. 96 y s.s.

En nuestro país, no hay acuerdo sobre una consagración explícita o implícita del apotegma garantístico. Para el profesor Cousiño, quien caracteriza al principio de culpabilidad como “un problema de derecho constitucional” y acepta que no se halla expresamente contemplado en la Carta, fluye sin embargo implícitamente de varias de sus disposiciones y del contexto general de su filosofía y estructura. Le parece indiscutible el imperio del principio con rango constitucional y extrae los soportes normativos de varios preceptos que cita²⁵. El alcance de Jorge Mera Figueroa es el de que si bien el principio fundamental no se encuentra expresamente establecido en la Constitución –“como sería deseable”– ni en los tratados sobre derechos humanos, el mismo se deduce de estos últimos, particularmente de la exigencia en orden a que las limitaciones a los derechos humanos deben ser sólo las necesarias en una sociedad democrática²⁶. Jaime Náquira sostiene que la Carta contiene en forma parcial e indirecta el principio culpabilístico, a través de su artículo 19 N° 3, el cual, relacionado con el artículo 11 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas de los artículos 42, 109 y 456 bis del C. Procedimiento Penal, permite sustentar de lege lata que el dogma está acogido por nuestro sistema penal²⁷. El profesor Etcheberry aborda el tema a partir de la prohibición del art. 19 N° 3 de la Carta, objetando la interpretación de quienes ven eliminada toda posibilidad de responsabilidad penal objetiva –y exigida, por tanto, la culpabilidad como principio superior– sobre la base de dicho precepto, estimando que no excluye la posibilidad de una ley que establezca casos de responsabilidad objetiva, es decir, en que la culpabilidad no se presume, sino que simplemente se prescinde de ella y se castiga un hecho haya o no culpabilidad. En su opinión, no hay regla constitucional expresa que exija que siempre deba haber culpabilidad para que pueda imponerse una pena (nulla poena sine culpa)²⁸. Estimamos imprescindible el lograr en breve un acuerdo o compromiso constitucional claro y explícito –inhibitorio de leyes inferiores excepcionadas– que elimine toda ambigüedad, indecisión o resoluciones de impreciso fundamento, en algo de suyo tan trascendental para el Estado de Derecho social y democrático, como lo es *el sí, el cómo y el cuánto de la pena*.

A nuestro juicio –siendo esta una opinión provisional, que deberá someterse a un debate interdisciplinario más profundo y activo– una interpretación teleológica y contextual –apoyada en el principio racional de que las leyes deben interpretarse conforme a los fines constitucionales (bases constitucionales del sistema penal)– a partir de los postulados superiores de que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que el Estado está al servicio de la persona humana (artículo primero, incisos primero y cuarto de la Carta), en directa vinculación con el rechazo a las presunciones de derecho de la responsabilidad penal (y, con ello, de la culpabilidad), con la presunción de inocencia asegurada en los pactos internacionales vinculantes para el Estado y con la proclama en este último sentido (aunque imperfecta) del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, permitiría sustentar, de manera más bien débil y, por tanto, insatisfactoria, el reconocimiento del principio de culpabilidad en nuestro ordenamiento

²⁵Cousiño, *Derecho Penal chileno*, T. III, pág. 5 y s.s.

²⁶Mera Figueroa, *Derechos humanos en el Derecho Penal chileno*, 1998, pág. 160.

²⁷Náquira, *Teoría del delito*, 1998, pág. 323 y s.s.

²⁸Etcheberry, *Derecho Penal*, T. I, 3ª edic., 1998, pág. 67-68.

jurídico-penal, no pudiendo ser ocultadas, al propio tiempo, reprochables excepciones al postulado, como son los delitos calificados por el resultado –sobre cuya inconstitucionalidad se ha advertido por algunos pensadores²⁹– y los casos de Derecho Penal de autor³⁰. Utilizando la terminología de Schurmann Pacheco, nuestra legislación pertenecería a las "duales" o "bifrontes", caracterizadas por una "brecha" entre la solemne y abstracta proclamación del principio y la realidad concreta; reconocimiento y desconocimiento paralelo del postulado³¹.

En una "Declaración de Principios" del futuro Código Penal podrían contemplarse los siguientes enunciados generales (a similitud de la Declaración de Principios del Proyecto de C. Penal Tipo para Latinoamérica):

- "Sólo puede imponerse una pena a quien haya cometido con dolo o culpa y de un modo reprochable un hecho antijurídico legalmente descrito y punible.
- La ofensividad del hecho punible y la culpabilidad personal hechor son los criterios esenciales conforme a los cuales deberá determinarse o graduarse la pena"³².

Hace algunos años, la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema ha dictado una sentencia calificada de "histórica"³³, asignándosele el rol de marcar el rumbo de toda la evolución futura doctrinaria y –sobre todo– jurisprudencial. En dicho fallo se reconoce explícitamente la jerarquía constitucional del principio "nulla poena sine culpa", a través de la aceptación con todas sus letras de la eficacia excusante del *error invencible de prohibición*³⁴. Cabe recordar que en el año 1972, una sentencia del Tribunal de Alzada de Santiago, resolviendo sobre un caso de error relativo al supuesto de una causal de justificación –legítima defensa–, estableció que si falta la conciencia de obrar antijurídicamente es injusto penar; a partir de la exigencia de «voluntariedad», como nota del concepto de delito (artículo primero, inciso 1.- del C.P.), concluyendo que cuando está ausente el conocimiento "del disvalor que representa la conducta", se echa de menos uno de los ingredientes del dolo, el cual, por tanto, queda excluido³⁵. Como puede advertirse, la Corte se inclinó por la "teoría del dolo", para resolver sobre el reconocimiento del error de prohibición. También la I. Corte de Concepción se ocupó, varios años después, de la cuestión relativa al desconocimiento de las normas, motivando su fallo un comentario en la R.C.P.³⁶.

Los argumentos decisorios del fallo del Tribunal Supremo, precedentemente citado, pueden sistematizarse de la siguiente manera:

- a) Si el encausado creyó, erróneamente, que la vida o integridad de su hijo estaba en peligro por la acción de otro, y creyó, equivocadamente, que su acción de disparar sobre aquella persona era lícita, por destinada a defender a su pariente, incurrió en un error

²⁹Cury, *Derecho Penal*, Pte. General, T. II, págs. 3-4.

³⁰Art. 365 C. Penal, introducido por Ley 19617.

³¹Schurmann Pacheco, "Nullum crimen sine culpa, dogma y realidad", *DP* año 8, N° 29-32, pág. 413 y s.s.

³²Declaración de Principios elaborada para la Comisión Privada de Reforma del C. Penal, formada a fines de 1997.

³³Soto, Miguel, "Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del principio de culpabilidad en el Derecho Penal Chileno", *Revista de Derecho*, U. Finis Terrae, Año III, N° 3, 1999, pág. 233 y s.s.

³⁴Sentencia 04.08.98, Sala Penal C. S, G. J. 218, pág. 96 y s.s.

³⁵RCP, 1972, pág. 42 y s.s., nota de E. Cury.

³⁶RCP, 1982-1986, pág. 164 y s.s., nota de M. Soto.

sobre la licitud de la conducta, apreciándola como justificada, al tenor del artículo 10 N° 5 del C. Penal.

b) A la presunción de derecho de conocimiento de la ley no debió dársele jamás cabida en el D. Penal.

c) Una acción sólo puede ser "voluntaria", cuando ha sido ejecutada libremente por el sujeto, esto es, cuando ha tenido la responsabilidad de decidirse a proceder en otra forma. Pero, esto sólo puede suceder si el agente tenía conciencia de que al actuar del modo concreto en que lo hizo, tenía conciencia de lo antijurídico de su conducta.

d) Si sólo ejecuta una acción "voluntaria" el que la perpetra a sabiendas de su ilicitud, y si las acciones penadas por la ley sólo se presumen voluntarias a no ser que conste otra cosa, quiere decir que la cuestión de si el autor de un hecho punible obró a conciencia de lo injusto de su proceder admite prueba contraria y es, a lo sumo, una presunción legal.

e) La prohibición del artículo 19, N° 3, inciso 6to. de la C.P.R., refuerza la tesis anterior, toda vez que la culpabilidad es un presupuesto indispensable de la responsabilidad penal; y, si a su vez, la culpabilidad requiere la libertad de decisión, la que, a su vez, presupone la conciencia de ilicitud, resulta evidente que en la actualidad se halla constitucionalmente prohibido presumir la conciencia de lo injusto.

f) Si el error de prohibición fue inevitable o invencible para el agente, éste obró inculpablemente.

Tal como sucedió con el fallo de 1952 –"hito histórico"– del Tribunal Federal alemán, ha sido un caso de error de prohibición el que ha brindado a nuestra Corte Suprema la oportunidad para "asumir explícitamente el discurso dogmático y las categorías en que éste se estructura, constituyéndose en una (desde todo punto de vista) excepcional posibilidad de que se inicie un productivo diálogo entre jurisprudencia y doctrina"³⁷.

3. Binding caracterizó a la culpa penal como "la hija ilegítima del Derecho Penal"³⁸. En el Derecho Penal nacional y latinoamericano, en general, la teoría del error y específicamente, del error de prohibición, constituyeron, por largo tiempo, otra hija ilegítima, sobre todo, en el ámbito de la jurisprudencia, dada la resistencia a reconocer que el Derecho Penal debía deshacer sus ataduras al Derecho Civil, entre las cuales figuraba, con preponderancia, la presunción –indiscutida e indiscutible– de conocimiento de la ley y la total irrelevancia del error de derecho, distinguiéndose entre éste y el error de Hecho, como únicas categorías admisibles. Habitualmente, la elaboración dogmática y la jurisprudencial marchan a tiempos distintos, muchas veces, con extensos distanciamientos temporales, que suelen generar una negativa "incomunicación" entre ambos sectores. Los relevantes aportes hechos por nuestra judicatura en los últimos años, a fin de empuñar y, mejor que eso, eliminar la brecha aludida, permiten ser optimista en cuanto al afianzamiento de la comunicación y cooperación que, "... como se sabe, es una condición inadmisibles para que ambas puedan cumplir la función social que tienen

³⁷Soto, Miguel, op. cit. 33.

³⁸Binding, cit. por Juan Bustos, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, pág. 229.

asignada³⁹. Se ha vuelto imperioso —señala Gonzalo Fernández— tender puentes de integración entre ciencia y práctica penal, dado que tienen la meta común de resolver conflictos sociales⁴⁰. El sabio consejo formulado hace ya mucho tiempo por Stammer, "el científico debe oler el polvo de los expedientes, pero el práctico también ha de aspirar el polvo de las bibliotecas"⁴¹, mantiene sin duda su vigencia y no debería ser dejado de lado, en la medida que la exigencia dirigida al Derecho Penal es que opere críticamente sobre la realidad social y a ésta que influya de igual modo sobre aquél, cuando no está acorde con las realidades y los requerimientos sociales.

4. Si bien el consenso en torno a que el principio de culpabilidad, en cuanto proyección del principio de Estado de Derecho, constituye un eje del sistema penal, es sin duda muy amplio, es igualmente vasto e intenso el disenso sobre los contenidos de ese principio, en especial, lo relativo a la idea de culpabilidad. Un fuerte debate ha venido agitando, en los últimos treinta años, al pensamiento penal en torno a este tema, con tan fuertes implicancias y consecuencias, que sobrepasando a la discusión teórico-dogmática y político criminal, ha planteado la existencia de una "crisis", no sólo de la culpabilidad, sino del Derecho Penal en sí mismo, como ordenamiento regulativo.

La denominada "crisis", cuyos mayores síntomas comienzan a hacerse patentes a fines de la década de 1960, con el Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán (1966), surge atada a un cambio trascendental, que primero se sitúa en el concepto central de culpabilidad y, a poco andar, llega a poner en jaque, desde una perspectiva político-criminal de signo eminentemente preventivo, el rol social y la legitimidad intrínseca del Derecho Punitivo. Ya en el año 1961, comienza a hacerse conocida el concepto "crisis de la idea de culpabilidad en el Derecho Penal", advirtiéndose la existencia de corrientes que de tener acogida general, traerían como consecuencia una desfiguración o un abandono parcial de la idea de culpabilidad⁴².

La extensión y complejidad de este tema sólo permiten, dadas las evidentes limitaciones de espacio de esta nota, una tentativa por resumir apretadamente los principales hitos en la evolución del cuestionamiento dirigido a la culpabilidad, la que, según algunos, no padece sólo de una crisis que aconseje la revisión de su concepto, fundamentos y funciones, sino que debe ser lisa y llanamente abandonada, en cuanto elemento del delito y fundamento y medida de la pena, llenando su lugar los criterios eminentemente preventivos⁴³.

El examen de la voluminosa bibliografía vertida en torno al principio culpabilístico (continente) y la culpabilidad (su contenido), evidencia una estrecha ligazón entre el "nullum crimen nulla poena sine culpa" y la categoría de culpabilidad, más allá de la discusión en torno a una determinada concepción de la misma como "reprochabilidad individual formulada a quien habiendo podido obrar de otro modo, realizó el acto

³⁹Soto, Miguel, op. cit.

⁴⁰Fernández, Gonzalo, *Culpabilidad y teoría del delito*, pág. 25.

⁴¹Stammer, en Bacigalupo, *Técnica de resolución de casos penales*, pág. 19-20.

⁴²Lang-Hinrichsen, "Acerca de la crisis del pensamiento de culpabilidad en Derecho Penal", ZStW, 73, Band 61, pág. 210 y s.s.

⁴³Gimbernat, op. cit. 6.

antijurídico"⁴⁴. Tal estrecho vínculo se demuestra, p. ej., en el razonamiento de Cerezo Mir: "El principio de culpabilidad, con arreglo al cual la culpabilidad constituye el fundamento y límite de la pena..."⁴⁵. Se identifica el principio con la categoría sistemática de la culpabilidad y, por ende, con una determinada noción de ella, con "una manera específica de entender la culpabilidad", imbricándose esta posición en una determinada teoría acerca de la pena –sus fundamentos, fines y límites– y, en definitiva, acerca del Derecho Penal, como sistema normativo regulador. La controversia sobre la culpabilidad se ha tornado particularmente compleja, debido a que –como advierte Zipf– no hay un concepto de culpabilidad, sino una pluralidad de conceptos diferentes⁴⁶. Podría postularse que la "crisis" de la culpabilidad (de una noción de ella) involucra necesariamente la "crisis" del principio de culpabilidad, en cuanto aquella (la categoría) es objeto y contenido del apotegma, hay una relación de "contenido" y "continente." Sin embargo, al análisis de "la crisis", permite apreciar que lo que se halla en una situación dificultosa o complicada, porque se duda de su continuación, modificación o cese, no es el postulado en sí mismo, en cuanto proclama garantista, ni su materia o contenido, la culpabilidad; el cuestionamiento recae sobre "una determinada manera de concebir y explicar la culpabilidad", sobre una cierta noción de ella, que puede denominarse "concepción tradicional de la culpabilidad"⁴⁷. Es el concepto de culpabilidad entendido en su "pureza originaria", es decir, como reproche dirigido al autor por haber decidido, en uso de su libre albedrío, optar por el mal cuando podía y sabía cuál era el bien e inclinarse por él⁴⁸. Son los elementos o componentes de esta noción los que no superan el examen crítico, denunciándose los como "*científicamente insostenibles*".

Schünemann, cuando analiza la evolución del principio de culpabilidad a lo largo de la historia del Derecho Penal, en cuyo vértice se ha producido una curva notoria, desde su reconocimiento pleno como principio jurídico-penal de la más alta jerarquía, hacia un serio debate sobre su abrogación total, *se refiere en realidad a la culpabilidad misma, a la caracterización del Derecho Penal por la culpabilidad*; lo que se hallaría en "crisis" es el Derecho Penal culpabilístico, vinculado, según sus oponentes, a un Derecho retributivo⁴⁹. La "curva notoria" que se extiende entre la plena aceptación y la derogación de la garantía "nulla poena sine culpa", se refiere a "una cierta noción de la culpabilidad", es ella la que se encontraría en "estado crítico", en cuanto se la entiende y define como "reprochabilidad", categoría ésta, vinculada a la "libertad de actuación", al "poder individual de comportarse de otro modo", todo esto ligado a su vez a la eterna discusión, a la "vexata quaestio" sobre el libre albedrío. Como es evidente, todo lo que ocurra con la noción de culpabilidad –caracterizada por la doctrina dominante como fundamento y límite de la pena– se transfiere sin duda hacia el ámbito del sentido, funciones y límites

⁴⁴Schünemann, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo", *Sistema moderno de Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, 1991, pág. 147 y s.s.; Quintero Olivares, op. cit.; Cobo del Rosal y Vives Antón, op. cit.; De Rivacoba y Rivacoba, "El principio de culpabilidad en el Código Penal Chileno", *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del C. P. Chileno*, 1975, pág. 49 y s.s.

⁴⁵Cerezo Mir, *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, 1982, pág. 179 y s.s.

⁴⁶Zipf, *Introducción a la Política Criminal*, 1979, pág. 49.

⁴⁷Zugaldía Espinar, "Acercas de la evolución del concepto de culpabilidad", Libro *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, pág.

565 y s.s.

⁴⁸Quintero Olivares, op. cit.

⁴⁹Schünemann, op. cit.

del Derecho Penal en su conjunto. No sin razón dijo Hafter hace ya largos setenta años, que "el problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho de castigar"⁵⁰.

Tres son las tesis que la doctrina identifica como mayormente representativas de la polarización que caracteriza a la dogmática moderna, sobre la base de los ataques dirigidos a la culpabilidad (a una específica noción de ella)⁵¹:

a) la de quienes postulan prescindir totalmente de la culpabilidad como elemento del delito y como presupuesto y medida de la pena, instalando como único fundamento de ésta *su necesidad*, vinculada a las exigencias de prevención general y especial.

b) la de quienes no niegan radicalmente la exigencia de culpabilidad, pero tratan de transformarla en una categoría de perfiles distintos a los que posee en la opinión dominante, "tradicional" o "clásica."

c) la de aquellos autores que manteniendo el concepto de culpabilidad construido por la teoría normativa, en su pureza esencial, reconocen algunas de las críticas e introducen ciertas rectificaciones puntuales, con especial incidencia en el estadio de la pena.

Enrique Gimbernat, principal exponente de la propuesta de abandono total de la culpabilidad y sustitución de ellas por criterios preventivos, de necesidad, explica que esta tesis no implica, en modo alguno, poner en peligro los principios liberales y respetuosos de la persona humana, a los que la concepción de la culpabilidad ha querido responder⁵². Córdoba Roda propone que la necesidad de la pena sea un elemento *que no sustituya a la culpabilidad, sino que se añada a ella*, se decir, se trata de una *exigencia adicional*⁵³. En este punto se suele trazar una diferencia entre la culpabilidad, su concepto "clásico", y las consecuencias garantistas derivadas de ella, proyectadas a través del respaldo constitucional del principio de culpabilidad. Se objeta el fundamento teórico hasta sus raíces más profundas, pero nadie se atreve —apunta Morales Prats— a negar la relevancia penal de las causas de inimputabilidad, del error de prohibición ni de las circunstancias que aminoran la exigibilidad de conducirse conforme a Derecho⁵⁴. Entre nuestros penalistas, Cousiño Mac Iver cataloga a la tesis de Gimbernat como provocadora de *una catástrofe*, toda vez que si bien niega la libertad de la voluntad, por imposibilidad de comprobación científica, sostiene, paralelamente, que el fundamento de la pena se halla en el efecto de prevención que trae consigo la pena, el que también resiste a toda prueba científica. Le atribuye a los efectos preventivos el carácter de verdaderos artículos de fe, dada su indemostrabilidad empírica⁵⁵. El autor argentino Creus califica de *traumática* para el orden de relaciones entre la teoría del delito y de la pena, la proposición de Gimbernat, ya que postula el desplazamiento total de la culpabilidad, no sólo como fundamento, sino también como límite de la sanción, sustituyéndola en ambos roles, por el fin pre-

⁵⁰Hafter, Lehrbuch, T.I, cit. por Jiménez de Asúa, *Tratado*, T.V.

⁵¹Gimbernat, op. cit.

⁵²Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Pte.General, III, pág. 11 y s.s.

⁵³Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, pág. 38.

⁵⁴Morales Prats, en Quintero Olivares, op. cit.

⁵⁵Cousiño, op. cit.

ventivo⁵⁶. Para Schünemann, uno de los más destacados discípulos de Roxin, “un abandono de la noción clásica de culpabilidad llevaría a una seria puesta en peligro de nuestro Derecho Penal, presidido por los principios del Estado de Derecho. La sustitución del concepto de culpabilidad por las exigencias de la prevención general destruiría, por tanto, la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad y que es absolutamente fundamental para el Derecho Penal de un Estado de Derecho, puesto que las consideraciones preventivo-generales pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena pero no su defendibilidad en términos axiológicos”⁵⁷.

En la controversia acerca de la mantención o reemplazo del concepto “clásico” de culpabilidad, se está mucho más allá de una simple polémica doctrinaria y político-criminal, se definen aquí elementos esenciales de un Derecho Penal respetuoso del Estado de Derecho⁵⁸.

5. El Proyecto Alternativo Alemán de Código Penal (1966) inicia el embate contra las concepciones (retribucionistas) clásicas, apartándose drásticamente de la compensación retributiva de la culpabilidad: “Penas y medidas de seguridad sirven a la protección de bienes jurídicos y a la reincorporación del sujeto en la comunidad jurídica” (Directriz Programática, Par. 2); “El Derecho Penal asegura el prevalimiento del orden pacífico, necesario para el hombre del Derecho... Imponer la pena no es un proceso metafísico, sino una amarga necesidad dentro de una comunidad de seres imperfectos como son los hombres”. (Exposic.de Motivos, pág. 29). Partiendo de la concepciones de Von Liszt, se sientan las bases de un Derecho Penal “orientado a fines y consecuencias”, más allá del hecho cometido y la expiación de la personal culpabilidad. El Proyecto de Código Penal Alemán de 1962 (Proyecto Oficial) había sustentado, entre otros fundamentos, que “la ciencia no puede privar de fundamento al convencimiento de que existe culpabilidad en el actuar humano, como lo demuestran las más recientes investigaciones”; que la culpabilidad es reprochabilidad de connotación moral (desvalor) respecto del comportamiento humano; y que la pena es el mal irrogado al infractor para retribuir su culpabilidad y posibilitar la expiación de la misma. El abandono del modelo retributivo, plasmado, como se ha dicho, con explícita claridad en el Proyecto Alternativo, marca “el adiós a Kant y Hegel”⁵⁹, el rompimiento con los postulados metafísicos y moralizantes.

Prevención general y prevención especial, como únicos fines a alcanzar por la sanción penal, con absoluta dejación de la retribución por el delito perpetrado (“quia peccatum est”), ponen en jaque a la categoría de la culpabilidad, desde la década de 1960, surgiendo, con especial énfasis y fuerza, los criterios de la “resocialización” (prevención especial). Las ideologías del “tratamiento”, de la “reinserción social del delincuente” pretenden monopolizar la determinación de los fines de la pena, lo que influye, sin duda, en la teoría del delito –acción culpable– y en la teoría de la pena –presupuesto y fundamento–, todo atado a la pena “necesaria”, exigible únicamente por fines socialmente útiles, alejados de toda idea retributiva. Sin embargo, a poco andar, comenzaron a hacerse oír las

⁵⁶Creus, *Introducción a la nueva doctrina penal*, pág.98.

⁵⁷Schünemann, op. cit.

⁵⁸Rusconi, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno*, pág. 31.

⁵⁹Klug, en Baumann, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, pág. 36 y s.s.

críticas a las tesis preventistas, apoyadas, esencialmente, en la defraudatoria experiencia práctica. Comienza a hablarse del "mito de la resocialización"⁶⁰, de la "falsía resocializadora"⁶¹, de la "euforia verbal" producida en torno a la resocialización⁶², de la patente discrepancia entre pretensión y realidad⁶³. Para García Pablos, el pensamiento resocializador es "un cajón de sastre y una caja de sorpresas", bajo este lema militan muy distintas concepciones del Derecho, con muchas y nobles esperanzas, pero también muchas y absurdas contradicciones, utopías, mitos e, incluso, bellas palabras que encubren engañosos afanes represivos⁶⁴. El concepto de "resocialización" devino en una palabra de moda, un "Modewort", sin tenerse una idea precisa de su contenido, de qué es lo que se quiere decir con ello⁶⁵. En Chile, escuchamos con gran frecuencia voces altisonantes que campean por la "resocialización", por la "reinserción social" de los penados. Empero, estas mismas voces suelen hacerse oír para exigir la mantención de la pena de muerte en nuestro Código y la ejecución sin obstáculos de ella, en casos concretos, "para proteger a la sociedad". Estamos con García Pablos, en cuanto a que todo programa resocializador que prescindiera del ser humano, que sea "despersonalizado", es rechazable, por "inhumano"⁶⁶, pudiendo agregar que mal puede resocializar o socializar aquello que, por esencia, "desocializa", como la cárcel, al menos, la cárcel que conocemos en nuestra región americana. Debemos luchar en aras de una "progresiva racionalización del Derecho Penal", prefiriendo esta meta a las propuestas de su reemplazo o eliminación.

La "crisis" de la prevención especial provoca una "huida" de la dogmática hacia la prevención general, alcanzando una sólida preeminencia la "prevención general positiva" o "prevención general de integración", liderada por Jakobs y que Roxin ha calificado de "casi dominante"⁶⁷. Esta "versión renovada" de la prevención general ha generado no pocos temores y aprensiones, siendo numerosos los autores que la combaten, sobre todo, por cuanto la pena es puesta al servicio del afianzamiento coactivo de sentimientos morales, fidelidades ético-normativas (fidelidad ciudadana al Derecho, a las normas), en definitiva, fenómenos de la vida espiritual personal; se persigue la integración de los individuos al sistema, éste se halla por encima de ellos, se invierte la relación persona-Estado, se enfatiza la subordinación de la persona frente al Estado, la pérdida de su autonomía, está ausente la vinculación con los bienes jurídicos con los valores ético-sociales, que han de operar como límites de la violencia estatal⁶⁸.

6. El rechazo de la culpabilidad entendida como reprochabilidad, fundada en el poder individual de comportarse de otro modo, derivado de la libertad de decisión y actuación del ser humano (libre albedrío), ha sido, a no dudarlo, el núcleo de la controversia

⁶⁰Muñoz Conde, "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito", Libro *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, pág. 377 y s.s.

⁶¹Bergalli, "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España", *D. P.*, 1986, pág. 577 y s.s.

⁶²Zipf, op. cit.

⁶³Zipf, op. cit.

⁶⁴García Pablos, "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal. Utopía, mito y eufemismo", *ADPCR T.* XXXII, Fasc. III, pág. 645 y s.s.

⁶⁵Muñoz Conde, op. cit. 60.

⁶⁶García Pablos, op. cit. 64.

⁶⁷Cit. por Schünemann, op. cit.

⁶⁸Bustos, *Política Criminal y Estado*, G. J. N° 194, pág. 20 y s.s.

doctrinaria a lo largo de las décadas. El problema de la culpabilidad representa, en la actualidad, el problema más controvertido en la dogmática jurídico-penal. El fundamento de la culpabilidad, entendida como "reprochabilidad" por la conducta ilícita, remite a una "vexata quaestio", a un problema que inquieta a la humanidad desde los albores de la civilización: el problema del libre albedrío⁶⁹. Esta inquietud no ha disminuido, no obstante, lo antiguo de su existencia, como lo evidencia la lectura de recientes publicaciones⁷⁰. Toda la dogmática de la culpabilidad es elaborada —establece Gonzalo Fernández— a partir de ciertos supuestos filosóficos, esto es, a partir de la imagen antropológica de un hombre dotado de libertad⁷¹. Sin libertad de voluntad —precisa Hassemer— no hay alternativas de comportamiento y sin alternativas de comportamiento no hay reproche de culpabilidad⁷². Eugenio Raúl Zaffaroni, al abordar el Derecho Penal de culpabilidad, explica que éste presupone una elección por *una determinada concepción del hombre*, que lo concibe como un ser con autonomía ética (un ser con autonomía moral es una persona; muy categóricamente. "En síntesis: *el derecho penal de culpabilidad es el que concibe al hombre como persona*"⁷³. Acierta el profesor transandino en destacar el inescindible nexo entre una determinada concepción del hombre y un Derecho Penal basado en la culpabilidad. Cabe recordar la conocida *tesis hegeliana*: sólo la pena impuesta al individuo por razón de su culpabilidad le honra como ser racional y libre. La pena que responde exclusivamente a razones de prevención le instrumentaliza⁷⁴.

Jaime Náquira recuerda que todas las Cartas Fundamentales han dejado constancia, de manera explícita, al igual que los acuerdos sobre derechos humanos, que la concepción del hombre que asumen es la de una persona libre y digna. Esta concepción del individuo, como ser libre y digno, capacitado para autodeterminarse libremente a favor o en contra del Derecho, representa un "presupuesto normativo", cuyo valor obliga al Estado, al legislador penal y a la autoridad judicial penal⁷⁵.

Más allá de la venerable disputa filosófica, en la ciencia penal se tomó conciencia que ni el determinismo ni el indeterminismo fundamentan adecuadamente el reproche de la culpabilidad, la desaprobación normativa de la libertad de elección y decisión expresada en el acto. Es posible hablar de un "empate argumentativo" entre ambas tesis⁷⁶. Si bien cabe aceptar que el libre albedrío es algo no probado empíricamente (improbado), debe complementarse este aserto con el de que el extremo opuesto, el determinismo humano es algo tan igualmente improbable como el libre albedrío; de esta base de trabajo no es posible inferir, sin más, la disyuntiva cerrada de aceptar o no aceptar la culpabilidad⁷⁷. Para el profesor Etcheberry, la libertad metafísica puede ser indemostrable, pero la "libertad fenomenológica" es aprehensible por contemplación y en Derecho se trabaja con

⁶⁹Cobo del Rosal-Vives Antón, op. cit.

⁷⁰Politoff, *Derecho Penal*, Pte. General, 1997; Náquira *D. Penal*, Teoría del Delito, I, 1998.

⁷¹Fernández, op. cit.

⁷²Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, pág. 266 y s.s.

⁷³Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, 1979, pág. 44.

⁷⁴Hegel, cit. por Mir Puig, en *D. Penal*, Pte. General, pág. 82.

⁷⁵Náquira, op. cit. pág. 336.

⁷⁶Maurach-Zipf, *Derecho Penal*, Parte General, T. II, pág. 600-601.

⁷⁷Cury, "Contribución al estudio de la pena", *RCP*, Enero-Abril 1973, T. XXXII, pág. 53 y s.s.; ver además el debate en las sesiones del Coloquio Internacional, pág. 171 y s.s.

⁷⁸Etcheberry, Idem, *RCP*, pág. 215 y s.s.

ella. No se la demuestra desde el punto de vista metafísico, pero si la vivimos como una experiencia común esto es suficiente para que el jurista pueda trabajar con ella⁷⁸. Roxin ha hablado del "principio regulativo" de que la culpabilidad existe, esto es, una presunción que el ser humano es libre, en todo lo que le sea favorable⁷⁹. Schönemann, crítico del concepto "clásico" de culpabilidad, ha establecido, después de abundar en consideraciones sobre lingüística comparada, que "el que aboga por un completo abandono de la idea de libre albedrío en Derecho Penal se comporta, en el fondo, en forma tanto ingenua como desvalida". Se comporta ingenuamente porque no advierte que el libre albedrío se haya asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y, por ello, tiene una presencia real en la sociedad. Obra sin apoyo alguno, por ser absolutamente imposible la puesta en práctica consecuente de un Derecho Penal que partiera de la ausencia de un libre albedrío en el hombre⁸⁰. Los defensores de la culpabilidad y sus funciones de fundamento y límite de la pena llaman la atención sobre que ella debe ser entendida como "culpabilidad jurídica", no como "culpabilidad moral". En sentido penal —apunta Wessels— culpabilidad es culpabilidad jurídica y no moral o ética, para el reproche culpabilístico sólo son decisivas las representaciones de valor del ordenamiento⁸¹. Sabiamente ha dicho Hilde Kaufmann, que "... un juicio concreto de culpabilidad jurídica debe comprenderse siempre como una atribución pura de responsabilidad jurídica y no como un juicio moral⁸².

Las dificultades, más que nada "forenses", para comprobar que un sujeto, en una situación concreta, hubiera podido actuar de modo distinto, no antijurídico, llevaron a proponer la figura del "hombre medio", esto es, que la valoración normativa de la situación concreta del individuo que actuó contra Derecho, está sometida al "poder medio de actuación" diferente de un tercero, el "hombre medio". Este criterio, conocido como "juicio de culpabilidad comparativo", ha sido objeto de intensa controversia, desde que ateniéndose a él, el "baremo del juicio de culpabilidad" lo ha de ofrecer un "poder medio de actuación", el juicio de culpabilidad ya no es individualizado o personal, sino "comparativo"; se compara al autor concreto, al sujeto actuante en la realidad con un genérico e impersonal "hombre medio", la base del reproche no es el poder individual de actuación distinta, sino el "poder general de actuar de otro modo". Roxin, Jescheck, Bockelmann y Lenckner han liderado en Alemania la posición dogmática conocida como "teoría general de la culpabilidad", que rechaza el "reproche personal" basado en el poder decidirse libremente a favor o en contra de la norma.

Entre nosotros, Jorge Mera Figueroa —con quien coincidimos plenamente— advierte que la referencia al "poder general del hombre medio", implica acudir a un "mito", a una creación ficticia, que no puede ser idónea para apreciar un juicio que, como el de culpabilidad, ha de ser siempre "personal e individualizado"⁸³. Como lo precisa Torío, "el sujeto no es penado por su propia culpabilidad, sino atendiendo al poder impersonal de

⁷⁹Roxin, La culpabilidad como criterio limitativo de la pena, *RCP* Enero-Abril 1973, T. XXXII, pág.16.

⁸⁰Schönemann, op. cit.

⁸¹Wessels, *Derecho Penal*, Parte General, 1980, pág. 109.

⁸²Hilde Kaufmann, "Derecho penal de culpabilidad. Concepto de la pena y ejecución orientada al tratamiento", *NPP* Año 1974, pág. 109. y. s. s.

⁸³Mera Figueroa, op. cit.

otro, es decir, de un sujeto hipotético, imaginario, que en esa situación hubiera procedido de modo diverso a como lo hizo el hombre real”⁸⁴.

Tal sujeto hipotético, imaginario, irreal, “normativamente creado”, corresponde al “homunculus” de que habla Hassemer, caracterizándolo –en un sentido metafísico– por oposición al “homo”, como “un fenómeno”⁸⁵.

7. Las consideraciones precedentes –muy breves, por cierto, dadas las inevitables limitaciones de espacio– evidencian que uno de los “problemas sustanciales” del Derecho Penal sigue siendo la culpabilidad, su contenido, sus funciones, en fin, su necesidad o prescindencia y, por reflejo, el principio limitativo que la encierra como contenido y la proyecta como garantía esencial del individuo frente al ius puniendi estatal. Queremos insistir en la reivindicación del carácter eminentemente individualizador de la culpabilidad, enjuiciadora de la conexión personal existente entre el hechor concreto y el hecho tipificado como delito, apareciendo como una muy fundada aspiración la de que en el nuevo Código Penal se la reconozca explícitamente, con sus roles esenciales (y ojalá, incluso en la Carta Constitucional, en términos más satisfactorios que los débiles y controversiales actuales).

Finalizamos estas líneas, recordando el clásico postulado de Mayer: “la dignidad del Derecho Penal tiene como fundamento el reconocimiento de la culpabilidad”⁸⁶.

⁸⁴Torío López, “El concepto individualizador de culpabilidad”, *ADPCP*, T. XXXVIII, Fasc. II, pág. 285 y s.s.

⁸⁵Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, pág. 288.

⁸⁶Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. Auflage, 1923, pág. 228 y s.s.