

ALDE RODRÍGUEZ

tema, no cabe como el parecer, claramente se anticipan de una

enal, tanto sus, deben ser aplicadas propiamente aquellos aspectos la exigencia de retroactividad rdicción del bis

ualitativamente cias en relación — como todo lo tratamiento de los s jurídicas y los ; causales de jus-

o anunciamos al aquella pena asignada en virtud de una : responsabilidad ntra sometido el

LA CULPABILIDAD EN EL ILÍCITO INFRACCIONAL

Domingo Valdés Prieto

Profesor de Derecho Económico y Libre Competencia
Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez (Chile)

I. LA CONTROVERSIA ACERCA DE LA NATURALEZA DEL ILÍCITO INFRACCIONAL

Los delitos, que en su sentido lato y primigenio aluden a un “abandonar la ley”, pueden clasificarse en dos grandes grupos: los injustos penales-infraccionales y los delitos civiles. A continuación nos ocuparemos de la primera categoría, dando cuenta de las diversas escuelas que se perfilan en el debate acerca de su naturaleza y de las relaciones existentes entre los injustos penales, por una parte, y los injustos infraccionales, por otra.

La determinación de la naturaleza de los ilícitos infraccionales y sus vinculaciones con los injustos penales no constituye un ejercicio académico, sino antes bien un fundamental dilema jurídico de cuya resolución se siguen trascendentales consecuencias para el actuar humano en sociedad. En efecto cabe consignar, a título meramente ilustrativo, entre tales ilícitos infraccionales los injustos monopólicos, los relativos a la protección al consumidor, los tributarios, los aduaneros, los cambiarios, los bancarios, los relativos al mercado de valores y los relativos a las industrias reguladas por su condición de monopolio natural (eléctricos, sanitarios, telecomunicacionales).

Sobre este grupo de delitos calificados genéricamente como ilícitos infraccionales o administrativos se han perfilado tres grandes visiones: la primera les concibe como delitos regidos por el Derecho Criminal, sea que se les incluya en su formulación común o sean considerados como integradores de un Derecho Penal especial comprensivo de los denominados delitos administrativos; la segunda, concibe estos delitos como infracciones o contravenciones administrativas regidas por un Derecho Administrativo Sancionatorio general o bien por uno con características especiales, produciéndose un debate acerca de si se les han de comunicar o no las garantías diseñadas para proteger a los acusados sometidos a proceso o condenados en relación con los delitos criminales; por último, la tercera posición pretende una suerte de autonomía basada en la específica naturaleza del ilícito, refractaria a la clasificación trimembre antes expuesta, lo cual es sin perjuicio de aceptar el encontrarse integrada por principios generales predicables de toda norma jurídica sancionatoria.

En nuestra opinión y siguiendo la doctrina prevalente en nuestro país y en el extranjero (especialmente Alemania y España), existe un continuo de naturaleza entre el ámbito penal y el ámbito administrativo sancionatorio o infraccional. Así, parafraseando a Günther Jakobs, los ilícitos administrativos no corresponden a transgresiones de las normas cen-

trales o nucleares del Código Penal, sino que se sitúan alrededor de este centro o núcleo cuyos límites sólo se pueden determinar difusamente, presentándose aquellos ilícitos administrativos en círculos de normas derivadas que muestran un decrecimiento progresivo en importancia a medida que se alejan de aquel núcleo, acompañándose de un incremento progresivo en semejanza con lo socialmente aceptable¹.

Es por ello que, si bien creemos que estamos ante verdaderos ilícitos infraccionales que exhiben una diferencia de grado con el ámbito penal, lo que motiva que se hallen regidos por un Derecho Administrativo Sancionatorio, hemos resuelto desarrollar con mayor latitud las relaciones entre los injustos penales y los injustos administrativos, relaciones que dan lugar a posiciones que, para efectos sinópticos, hemos denominado escuelas². Cabe observar que hemos omitido desarrollar las variadas e intrincadas posiciones intermedias que se han perfilado en el tiempo, como, por ejemplo, aquélla que pretende explicar el injusto penal y el injusto administrativo mediante una teoría común y general para sus respectivas sanciones, que cristaliza en una Teoría General del Derecho Punitivo Estatal³. Las dos grandes posiciones en la materia son las correspondientes a las denominadas Escuelas Cuantitativa y Cualitativa.

A. Escuela Cuantitativa

Para aquellos autores y sector de la doctrina que adhieren a esta escuela, la distinción entre delitos penales y administrativos o infraccionales es una cuestión de grados y no de diversa naturaleza jurídica⁴. Los argumentos sobre los que descansa esta concepción de diferencia de grados entre ambas formas de ilícitos pueden sintetizarse así: i) en ambas formas de ilícitos se busca restringir la autonomía privada y la libertad jurídica en aras de bienes públicos, dotados de valor ético y necesarios al bien común nacional en su dimensión jurídica. Lo que marca la diferencia es que, por regla general, un injusto administrativo exhibe inferior entidad ético-social al ser comparado con un injusto penal. En efecto, mientras un injusto administrativo se refiere a hechos que atentan contra la estructura y organización de la administración estatal o contra otros bienes jurídicos que se vinculan con las funciones encomendadas por la Constitución o las leyes al Estado, el injusto penal busca cautelar los bienes jurídicos más trascendentales para la sociedad toda: la vida, el honor, la integridad física y psíquica, la propiedad, etc. Esto explica por qué las sanciones asociadas al injusto administrativo suelen ser inferiores en términos cualitativos y cuantitativos al ser comparadas con las asignadas a un delito penal; ii) Tratándose de una cuestión

¹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Libro I, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, Cap. I, p. 63.

² Las denominadas escuelas cuantitativa y cualitativa tienen correlato con la teoría de la ley meramente penal. En efecto, los defensores de la ley meramente penal acuden a criterios cualitativos para distinguir la sanción administrativa, en tanto que quienes rechazan la ley meramente penal descansan en argumentos de orden cuantitativo. Véase, ERÁZURIZ MACKENNA, Carlos José, *La Ley Meramente Penal ante la Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981.

³ NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 143 y ss.

⁴ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1956, p. 47, quien afirma: "en puridad, las faltas no son otra cosa que delitos en pequeño".

la conducta y su respectiva pena⁸; la irretroactividad absoluta de las leyes que crean injustos administrativos o que pretendan aplicar penas promulgadas posteriormente a la comisión de los hechos calificados como delictivos; la plena vigencia del principio de la juridicidad (legalidad) en el establecimiento de las penas; la prescriptibilidad de las sanciones; todas las anteriores como partes integrales de un significativo y más amplio pleto garantístico que informa nuestro orden jurídico.

Es importante destacar que esta escuela cuantitativa no sólo ha contado con gran acogida doctrinaria en nuestro país y en el extranjero erigiéndose en la posición preponderante, sino que también ha tenido una clara recepción por parte de nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha manifestado que los principios inspiradores del orden penal, contemplados en la Constitución Política de la República, han de regir el Derecho Administrativo Sancionatorio, puesto que ambos son manifestaciones del "ius puniendi" propio del Estado¹⁰.

B. Escuela Cualitativa

Esta escuela, que actualmente se bate en retirada en el Derecho Penal de los países del sistema jurídico continental, tuvo por fundador a Goldschmidt.

Quienes sostienen esta interpretación estiman que entre los delitos penales y los ilícitos administrativos existe una diferencia ontológica o de naturaleza, lo que impediría comunicar las garantías diseñadas por el Derecho Penal a los delitos administrativos. Esta escuela ha pretendido fundar la diferencia de naturaleza entre ambas clases de delitos en las siguientes premisas: i) mientras los delitos penales cautelan bienes jurídicos o exteriorizan conductas antisociales conculcatorias de los derechos naturales o individuales de las

Continuación nota 7

que éstas acarrear para la sociedad. Por lo anterior, no concordamos con las argumentaciones expuestas por Eduardo Saavedra Parra para rechazar la mentada presunción en el ámbito de la Libre Competencia, en "Promoción de la Competencia en Chile: Reflexiones a la Luz de las Recientes Modificaciones Legales", Publicación Día de la Competencia (30 de octubre de 2003), Fiscalía Nacional Económica, Santiago, p. 70.

⁸ La proporcionalidad entre la conducta delictiva y la pena a aplicar constituye una exigencia de la Justicia Distributiva, puesto que corresponde a esta forma de justicia la distribución de cargas —en la especie penas— en atención a la culpabilidad de quienes han incurrido en un delito. Así, el juzgador (no sólo el penal sino que también el antimonopólico) tiene el deber de guardar la igualdad geométrica o proporcional en la aplicación de las penas, de forma tal que todos los culpables reciban penas proporcionalmente iguales.

⁹ STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Edersa, Madrid, 1982, N° 57, p. 25. Afirma este jurista: "La Teoría del Derecho Penal ha tomado cartas en este asunto, procurando encontrar distinciones conceptuales entre lo injusto 'en sí' criminalmente reprochable, y lo injusto administrativo como mera desobediencia a las ordenanzas estatales. En la actualidad, según la opinión preponderante, se reconoce que sólo se trata de distintos niveles desde el punto de vista cuantitativo"; JAKOBS, Günther, *"Derecho Penal. Parte General"*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, Libro I, Cap. I, p. 67, 1995. Señala este penalista alemán: "El Derecho positivo se resiste a una delimitación cualitativa tajante de infracción penal y contravención [injusto administrativo]. No cabe determinar diferencias cualitativas entre infracción penal y contravención de claridad contrastable en la práctica...". En este mismo sentido, puede también consultarse JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares Editorial, Granada, 1993, p. 51, y MIR PUIG, Santiago, *"Derecho Penal. Parte General"*, Ediciones PPU, Barcelona, 1984, Nota 3, p. 6.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de agosto de 1996, Rol N° 244, Considerando 9°: "Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado".

de grados y no de naturaleza la diferencia entre un injusto infraccional y uno penal, es posible extender y efectivamente se han extendido las garantías diseñadas para los delitos penales a los ilícitos administrativos, confiriéndose por esta vía mayores resguardos a los miembros de la sociedad nacional. Destacan, entre otras, las siguientes garantías substantivas y adjetivas que resultan comunicadas desde el ámbito penal al ámbito infraccional: la seguridad de que la culpabilidad es un requisito "sine qua non" para la configuración de un ilícito infraccional, el que ha desplazado a la responsabilidad objetiva por los hechos⁵; el principio constitucional del justo y racional proceso o procedimiento cuyas garantías específicas ordena establecer al legislador; la aplicación del principio constitucional consistente en que ha de regir la ley más benigna, aun cuando ésta fuere posterior a la que se hallaba vigente al tiempo de la perpetración del injusto; el principio constitucional de la tipicidad que ordena que las conductas proscritas estén previamente y en lo substancial determinadas en una ley, así como la imposibilidad de extender las conductas típicas por analogía; la aplicación del principio del "non bis in idem"⁶; la carga de la prueba no debe resultar invertida en consonancia con la presunción de inocencia⁷; la relevancia jurídica del error; el principio de la proporcionalidad que obliga a una adecuación razonable entre

⁵ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 81. Señala este tratadista: "Por otra parte tampoco existe un motivo atendible para independizar la sanción gubernativa de la exigencia de culpabilidad. Lo mismo que las penas penales, éstas sólo pueden ser impuestas a quien puede dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida"; ABUNDIO, Rodrigo, "Infracciones en el Código Tributario", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Vol. N° 51, N° 174, julio-diciembre, 1983, p. 96, quien afirma: "toda acción con trascendencia jurídica ya sea en el campo penal o civil, requiere subjetividad. De la misma forma la subjetividad es del todo necesaria en las acciones que pueden dar origen a una simple infracción tributaria".

El Proyecto de Ley que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios (Mensaje N° 541-350 de 25 de marzo de 2004) dispone en su artículo noveno que en la imposición de sanciones administrativas deberá guardarse la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, para lo cual se considerará, entre otros criterios, la intencionalidad y la reiteración. Una formulación muy semejante es la que se halla en el artículo 16 N° 6, letra d), de la ley N° 18.410, modificada por la ley N° 19.613, que contempla las atribuciones sancionatorias de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

⁶ En nuestro concepto este principio exhibe una cuádruple dimensión. En primer lugar, la tradicional según la cual no podría un mismo hecho ser castigado con dos penas penales; en segundo lugar, la aplicación de la escuela cuantitativa según la cual el mentado principio impediría que un mismo hecho fuese castigado con dos penas administrativas; en tercer lugar, también en aplicación de la común naturaleza de los delitos penales y los delitos administrativos, la improcedencia de que un mismo hecho fuese castigado con una pena penal y una pena administrativa (esto último ha sido fallado en el sentido indicado por el Supremo Tribunal Constitucional de España, 30 en. 81), y en cuarto lugar, la aplicación del principio del *non bis in idem* entre penas y medidas concurrentes sobre un mismo hecho.

En Chile, procede recordar el Proyecto de Ley que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios (Mensaje N° 541-350 de 25 de marzo de 2004), el cual dispone en su artículo doce la aplicación imperativa del Principio del Non Bis in Idem en las tres primeras dimensiones que hemos señalado anteriormente, aun cuando todas ellas están supeditadas a una acreditación de la identidad del sujeto, del hecho y de su fundamento.

Conviene advertir que, en algunas legislaciones, el principio del *non bis in idem* ha sido supeditado a la exigencia de que las penas concurrentes obedezcan a un mismo bien jurídico tutelado. Así, si las penas se fundan en bienes jurídicos diversos no sería aplicable —en tales legislaciones— el principio del *non bis in idem*.

⁷ Así, por ejemplo, la presunción de inocencia se halla plenamente justificada en el Derecho de la Libre Competencia, puesto que pueden existir colusiones y cartelizaciones que entreguen un poder de mercado irrelevante para la competencia en el mercado respectivo y fusiones y concentraciones que resulten justificadas por las economías y sinergias

personas, los ilícitos administrativos se limitan a dar cuenta de infracciones formales a preceptos meramente administrativos¹¹ y que resultan culturalmente indiferentes. Por consiguiente en los ilícitos administrativos no media juicio ético alguno de desvalor¹² y, por tanto, aquéllos muestran un injusto de menor contenido que el que exhiben los delitos penales¹³. ii) Adicionalmente, esta escuela se ha basado en que el delito penal importaría una lesión o riesgo inmediato para determinados bienes jurídicos; en tanto, los ilícitos administrativos sólo suponen un simple peligro o riesgo para tales bienes. iii) Asimismo, se argumenta que la jurisdicción, tratándose de las infracciones administrativas, corresponde a la propia Administración o al contencioso-administrativo, que es el que ha de juzgar y condenar aquéllas. iv) Otros intentos de establecer diferencias entre tales delitos han descansado en la necesidad de acreditar la culpabilidad en materia penal por oposición a lo requerido por el Derecho Administrativo, que no siempre precisaría culpabilidad. Argumenta esta escuela que tales diferencias se manifiestan en la naturaleza de las penas que ordinariamente aplica la Administración: de multa o de nulidad de actos; en que la pena administrativa no es una pena de corrección, sino más bien de orden; en que se trata de delitos contra la administración pública; en que no se castiga la tentativa, ni se admiten las penas privativas de libertad, etc. Desde la óptica del derecho positivo, esta escuela ha sostenido que el artículo 20 del Código Penal impide aceptar la visión cuantitativa al crear una diferencia substancial entre penas administrativas y criminales. Dispone dicho artículo:

"No se reputan penas, la restricción de la libertad de los procesados, la separación de los empleos públicos acordada por autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal ni atribuciones gubernativas".

A ese argumento ha respondido la escuela cuantitativa afirmando que las medidas allí descritas "no se reputan penas", es decir, no se juzgarán como si fuesen penas y se hace necesario así establecerlo precisamente porque son penas, de la misma naturaleza que las asociadas a los delitos. De otra forma el artículo 20 habría dicho: "no son penas".

Modernamente, los autores suelen distinguir entre la multa como pena criminal y como pena administrativa o policial, donde la diferencia —según algunos— vendría dada por el monto de la multa.

¹¹ En este sentido, NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica Ediar ConoSur Ltda., Santiago, 1985, p. 259, y COUSINO MAC-IVER, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, p. 25.

¹² Contra esta afirmación, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990, p. 157, quien señala: "La teoría del injusto moralmente indiferente —se ha entendido— es insostenible. Es de observar la relación que mantienen entre sí los contenidos de las normas jurídicas y morales, y no las decisiones jurídicas y morales de casos particulares. La afirmación de la indiferencia moral de determinados preceptos jurídicos contiene la negación de la obligatoriedad y, con ello, del poder vinculante de estos preceptos jurídicos: la obligación constituye, en cuanto tal, un tipo moral. Un deber jurídico indiferente desde el punto de vista moral encierra una contradicción en sí".

¹³ La impropiedad de esta descripción ha sido demostrada por JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares Editorial, Granada, 1993, p. 51. Explica Jescheck: "Sin embargo, ninguno de tales criterios es válido para todas las infracciones administrativas creadas mientras tanto por el legislador".

Mucho se ha discutido acerca de si la convertibilidad de la multa en arresto es una propiedad común al injusto penal y al ilícito administrativo o privativa del primero. No obstante esta común naturaleza, existen ciertas diferencias técnicas: el delito penal admite conmutación e indulto, en tanto que el injusto administrativo no; dada la menor entidad del bien jurídico tutelado por el injusto administrativo, éste tolera como sujeto punitivo a la persona jurídica, además de la persona natural¹⁴.

Según la antigua concepción de Goldschmidt del delito administrativo "sólo queda pues, la característica omisión del reforzamiento de la Administración estatal dirigido al fomento del bien público o del Estado, o bien lo que aparece ficticiamente como el fomento. En esto consiste la infracción administrativa"¹⁵. Así, esta concepción exhibe al menos, tres elementos caracterizadores del injusto administrativo y que en buena medida sintetizan lo expuesto:

i) elemento orgánico: el delito infraccional se distingue porque la pena es tramitada e impuesta por la Administración del Estado, quedando su ejecución entregada a los Tribunales Administrativos. Se ha dicho también—lo cual es claramente aplicable en el Derecho Administrativo Sancionatorio alemán—que el procedimiento de imposición de sanciones administrativas queda regido por un principio de oportunidad sujeto a leal discrecionalidad y, por tanto, no hay obligación de la Administración de perseguir el respectivo injusto administrativo.

ii) elemento material: el delito infraccional resulta sancionado con penas administrativas, entendiendo por estas últimas aquéllas que se aplican a hechos atentatorios contra la estructura y organización de la Administración estatal dirigida al fomento del bien público o del Estado o contra bienes jurídicos estrechamente vinculados a aquélla. Esta acepción es tributaria de la noción de Derecho Administrativo que se adopte y, en tal sentido, conviene recordar que, como fruto de la evolución de este importante sector del Derecho Público, modernamente se ha arribado a la conclusión de que el derecho administrativo no sólo estudia la actividad de la Administración Pública, sino que el total de la actividad de índole administrativa, cualquiera que sea el poder del Estado que la realice (Poder Legislativo, Administrativo, Judicial, Contralor, de Banca Central, etc.)¹⁶.

iii) elemento punitivo: modernamente las contravenciones se caracterizan por estar conminadas con multas que no pueden transformarse en penas privativas de libertad sustitutivas, pero que sí son reclamables mediante arresto coercitivo. Adicionalmente, estas multas pueden imponerse no sólo a personas naturales, sino que también a personas jurídicas.

Modernamente, la calificación de un injusto administrativo sólo es aceptada considerando los criterios i) y iii). Incluso el criterio i) se presenta difuminado por la existencia de tribunales contencioso administrativos que conocen y aplican las denominadas sancio-

¹⁴ Un ejemplo de ello lo constituye el decreto ley N° 211 de 1973 que contempla la posibilidad de aplicar multa a personas jurídicas por infracciones monopólicas.

¹⁵ Citado por JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, Libro I, Cap. I, p. 65.

¹⁶ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, IV-10, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1974.

nes administrativas, en tanto que el criterio iii) ha dado lugar a un intenso debate en relación a cuál es el umbral que transforma una multa administrativa en una pena penal. Si a lo anterior se añade la falta de sustento de la escuela cualitativa, no es extraño que arribemos a definiciones del ilícito administrativo como la siguiente, que resultan formuladas por la escuela opuesta, la cuantitativa: "La infracción administrativa es una acción típica, antijurídica y reprochable, castigada con multa administrativa"¹⁷. La importancia de esta definición es que pone en evidencia la común naturaleza del delito penal y del ilícito administrativo haciendo extensible a éste los especiales principios y garantías que rigen aquél.

Respecto del criterio ii), procede señalar que la ilicitud está determinada por un conjunto de valoraciones o bienes jurídicos (que las autoridades públicas deben realizar en conformidad con el Derecho Natural y con miras al bien común político de la respectiva nación) para cuya tutela se procede a sancionar conductas que lesionan aspectos fundamentales de la vida moral, intelectual y física de una nación. De allí que la ilicitud se construye en torno a bienes jurídicos, los cuales no son pertenencia exclusiva del Derecho Penal como pretendiera la escuela cualitativa. En consecuencia, no resulta aceptable la idea de sancionar una conducta porque ésta ha sido prohibida, puesto que ello implicaría: a) pura arbitrariedad y, por tanto, ha de ser rechazada como muestra de totalitarismo, o b) se ha omitido una fase lógica y jurídica previa, cual es la determinación del valor o bien jurídico que resulta adecuado proteger a través de la respectiva prohibición. De allí que una *mala prohibita*, esto es, que una conducta sea mala o antijurídica por la sola circunstancia de estar prohibida no tiene cabida en un verdadero Estado de Derecho.

II. PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO *NULLA POENA SINE CULPA*

Nuestra adhesión a la escuela cuantitativa se funda en la común naturaleza que exhibe el delito penal y el ilícito administrativo y en que la diferencia que éstos muestran es de grado. Consecuencia de lo anterior es que el sistema de garantías diseñado para el injusto penal ha de extenderse al ilícito administrativo. Entre tales garantías se yergue el fundamental principio *nulla poena sine culpa*, el cual sirve de fundamento a diversas garantías específicas.

Consideramos que el principio general del derecho consistente en que no hay pena sin culpa inspira e informa todo el orden jurídico y, por tanto, alcanza a todas las modalidades de penas, sea que éstas correspondan a cualquiera de las tres grandes categorías de delitos que enunciábamos al tratar del injusto de monopolio: delitos penales, ilícitos administrativos y delitos civiles.

Nuestra Constitución Política de la República dispone en su primer capítulo, primer artículo y primera frase que "*las personas nacen libres*". Esta libertad a que alude el primero de todos los preceptos de nuestra Constitución no se refiere a la libertad ambulatoria, ya que de ella se ocupan otros pasajes de la Carta Fundamental. Este primer precepto constitucional trata de ese natural atributo de la persona humana y, por tanto, anterior al Estado y sus organismos, que se conoce como libre albedrío y sin el cual no podría distinguirse entre actos inocentes y actos culpables.

¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares Editorial, Granada, 1993, p. 51.

Esta formulación constitucional da cuenta de un imperativo dirigido a todo legislador -y por ello también a todo el que formule tipos infraccionales-, en el sentido de que siendo las personas libres por naturaleza, sólo allí donde la conducta concreta y específica cuya ilicitud se debate sea calificada de libre, podrá seguirse adelante en la determinación de si ésta es susceptible de ser declarada inocente o culpable. De allí que sólo se castigue a quien es dueño de su conducta o, al decir del penalista alemán Hans Welzel, tiene el dominio de los cursos causales. Ser dueño de la propia conducta equivale a ser libre respecto de la misma y, por lo tanto, autor en su sentido más profundo. Ese ser dueño de la propia conducta exige:

a) Que el sujeto tenga capacidad para dominar su intelecto y su voluntad. Sólo quien tiene capacidad para conocer su actuar y sus consecuencias puede autodeterminarse. Esto es lo que se conoce como imputabilidad y es un problema interno del sujeto.

b) Intencionalidad en el acto concreto que realiza el sujeto.

c) Que el sujeto, en el caso concreto de que se trate, haya podido obrar de otra forma. Esta es la "exigibilidad de otra conducta", es decir, que no haya habido coacción derivada de circunstancias externas, cuyas causas pueden emanar de un hecho de la naturaleza, de una autoridad pública, de un tercero o de una combinación de las anteriores. Éste es un problema externo al sujeto y debe observarse que la exigibilidad de otra conducta ha de medirse en las circunstancias concomitantes a la perpetración de la conducta que se analiza.

d) Que el sujeto, siendo imputable y pudiéndose haber exigido otra conducta, haya autodeterminado su intelecto y voluntad disponiendo de una razonable conciencia normativa. Esto es una noción básica acerca de que la conducta que está ejecutando no contraviene el orden jurídico. Es decir, lo que se conoce como conciencia de la ilicitud o, si se prefiere, del mandato o prohibición inteligible.

En síntesis, una conducta es libre o propiedad de su autor cuando ésta es imputable, ha obrado intencionadamente, se le podía exigir otra conducta y disponía de una razonable conciencia normativa.

Que el acto sea libre es un requisito *sine qua non* para que pueda determinarse si aquél es inocente o culpable. La culpabilidad presupone necesariamente la libertad, pero no todo acto libre es culpable. Sólo donde hay culpabilidad puede haber sanción; no tiene sentido penar un acto inculpable y no libre, así como carece de lógica penar un acto libre inocente. De allí, el fundamental principio jurídico del *nulla poena sine culpa* (no hay pena sin culpa), cuya formulación más moderna es "a la culpa sigue la pena".

Este principio halla sus orígenes en Aristóteles, quien advierte que los legisladores deben distinguir lo voluntario y lo involuntario, con vistas a los honores y los castigos¹⁸. Una acertada interpretación de esta afirmación debe hacer equivalente el término "voluntario" a libre y el término "involuntario" a necesario o carente de libertad, lo cual sabemos no es estrictamente riguroso.

Más preciso es, sin duda, Santo Tomás de Aquino al observar: "Los mandatos y las prohibiciones deben imponerse únicamente a quien puede obrar y dejar de obrar: de lo contrario se impondrían en vano". Para luego agregar: "Nadie ha de ser castigado o pre-

miado por aquello que no p
nadie puede ser castigado po
de un precepto imperativo-
precepto prohibitivo-.

La culpabilidad es un r
aplicación de las penas. Sólo
o dueño de ésta y sólo exist
sido ejecutada con conocim
autor de la misma. En otras
era causal y psicológicamer
en otra forma, esto es confor
delito significa etimológica
es preciso haberlo sabido y
donar la ley no existe un ac
puede haber delito y, por t
tica de todo delito y la im
libre del autor mediante l
prefiriéndose abandonar e

El Derecho debe recor
por parte del Legislador se
una concepción errónea o i
El ser humano es racional

La propia Constitució
está al servicio de la person
claro de la sistemática del
primero de la Carta Fun
mano.

Según la inmortal de
vidual de naturaleza racio
que una característica ese
dese que la libertad es el

La importancia de re
las libertades políticas y
presuponer y aceptar es:

Si el ser humano ca
privadas de eficacia, pu
que los destinatarios de
rían de la capacidad de
contrario a lo que se cre
que base de todo el Dere

¹⁸ ARISTÓTELES, *Ética Nicomachea*, Editorial Gredos, Madrid, 2000, Libro V, 1110b 30.

¹⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, Tomo II, Ediciones BAC, Ma

²⁰ FERRATER MORA, J., D

miado por aquello que no puede hacer o dejar de hacer"¹⁹. Manifiesta el Aquinate que nadie puede ser castigado por aquello que se le exige hacer y no puede hacer –infracción de un precepto imperativo– o por aquello que no puede dejar de hacer –infracción de un precepto prohibitivo–.

La culpabilidad es un requisito esencial e inamovible para el establecimiento y la aplicación de las penas. Sólo cabe imponer una pena por una conducta a quien sea autor o dueño de ésta y sólo existe señorío sobre una conducta propia en tanto que ésta haya sido ejecutada con conocimiento y voluntad de lo que se estaba realizando por parte del autor de la misma. En otras palabras, sólo puede haber culpabilidad allí donde la conducta era causal y psicológicamente conducida por el autor y pudiendo éste haberla realizado en otra forma, esto es conforme a derecho, no lo hizo. Es por ello que, según hemos señalado, delito significa etimológicamente abandono de la ley; sin embargo, para abandonar la ley es preciso haberlo sabido y querido así. Si falta el conocimiento y la voluntad de abandonar la ley no existe un acto propiamente humano, esto es racional y libre, y por ello no puede haber delito y, por tanto, tampoco pena. De allí que la reprochabilidad característica de todo delito y la imposición de la pena consiguiente descansan en una conducta libre del autor mediante la cual éste no quiso someterse a las prescripciones de la ley prefiriéndose abandonar esta última.

El Derecho debe reconocer al hombre tal cual es. Otra forma de concebir el hombre por parte del Legislador se estrellará contra la realidad y las normas jurídicas emitidas bajo una concepción errónea o incompleta sólo generarán injusticias y la ineficacia de las mismas. El ser humano es racional y en derivación de tal racionalidad es libre.

La propia Constitución Política de la República se encarga de advertir que "el Estado está al servicio de la persona humana" y todo hombre es considerado persona, según resulta claro de la sistemática del artículo primero, inciso primero, y artículo diecinueve numeral primero de la Carta Fundamental, por contraste con lo que ocurría en el Derecho Romano.

Según la inmortal definición de Boecio, la persona humana es una substancia individual de naturaleza racional (*Persona est naturae rationalis individua substantia*)²⁰, puesto que una característica esencial de ésta es su racionalidad y, por tanto, su libertad. Recuerdese que la libertad es el apetito elícito derivado del conocimiento intelectual.

La importancia de reconocer este libre albedrío natural, base y fundamento de todas las libertades políticas y económicas, radica en que todo orden jurídico positivo debe presuponer y aceptar esa libertad natural del hombre.

Si el ser humano careciese de libre albedrío las prescripciones jurídicas se hallarían privadas de eficacia, puesto que sería azaroso e inútil la emisión de las mismas atendido que los destinatarios de tales mandatos o no podrían conocerlas o conociéndolas carecerían de la capacidad de acatarlas así como de la capacidad de desobedecerlas. Por ello, contrario a lo que se cree, el libre albedrío no sólo es fundamento del Derecho Penal sino que base de todo el Derecho y por ello ha señalado un eximio jurista chileno que el principio

¹⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Cuestión del Libre Albedrío*, a.1 .sc5 y 6, p. 456, en *Opúsculos y Cuestiones Selectas*, Tomo II, Ediciones BAC, Madrid, 2003.

²⁰ FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Tomo III, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1999, p. 2761.

de la culpabilidad es "un problema de derecho constitucional y no de pertenencia exclusiva del derecho penal, puesto que se refiere a los derechos fundamentales del hombre"²¹.

Ciertamente que, por desgracia, no todos los hombres pueden ejercitar su libre albedrío en razón de ciertas enfermedades psicológicas o somáticas que hacen que, en forma permanente o transitoria, se encuentren privados de tan fundamental atributo; de allí las excepciones de inimputabilidad. Resulta especialmente aguda la observación de la profesora Hilde Kaufmann en el sentido de que si se prescinde del libre albedrío cae el fundamento de todo derecho y como consecuencia de ello el poder sancionador estatal carecerá de límite al no quedar reducido a aquellos casos en los cuales hubo culpabilidad, esto es, podía obrarse de otro modo²². En otras palabras, la prescindencia en la emisión de normas jurídicas del libre albedrío y de la culpabilidad en general constituyen una clara pavimentación del camino hacia el peor de los totalitarismos que pueda conocer la humanidad.

Si se prescinde del libre albedrío no puede haber justicia en general, que es el objeto del Derecho, puesto que no se podrá dar a cada cual lo suyo. Luego, si se prescinde de la culpabilidad no puede haber Justicia Distributiva, atendido que la autoridad pública no podrá asignar o distribuir las penas guardando la igualdad geométrica; esto es, considerando quiénes son culpables y quiénes son inocentes y entre aquéllos distinguiendo grados de culpabilidad y sus diversas circunstancias atenuantes y agravantes. De esta forma, las penas se impondrán por igual a ciertas categorías de destinatarios sin distinguir si libremente o no han incurrido en las conductas tipificadas como delitos y en el evento de haber incurrido libremente en éstas sin diferenciar grados de voluntariedad, niveles de ofensividad ni matizar en forma alguna; con todo lo cual no podrá cumplirse con las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria. Por esta vía, las penas devendrán en cargas aleatorias e injustas que serían impuestas por la autoridad pública sin consideración de proporcionalidad entre delitos y penas. Una situación como la descrita no se ajusta al mandato constitucional previsto en el inciso cuarto del artículo primero y recibido por el Estado de:

"...contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

Nótese que este mandato tiene dos partes y ninguna de las dos se cumple con una prescindencia del principio *nulla poena sine culpa*: la segunda parte refiere a las garantías constitucionales que manifiestamente se hallan incumplidas. La primera parte tampoco se cumple: un sistema inicu de cargas que simulan ser penas no puede contribuir a la mayor realización espiritual y material de los integrantes de la comunidad nacional.

Cabe observarse que a partir de la década de los sesenta se ha iniciado un movimiento de cuestionamiento de la culpabilidad sobre la base de dudar acerca de la demostrabilidad de la libertad humana. Sobre el particular estimamos necesario destacar que la libertad humana no admite demostración al modo de las actuales ciencias experimentales, lo cual

²¹ COUSINHO MAC IVER, Luis, *Tratado de Derecho Penal Chileno*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

²² KAUFMANN, Hilde, "Derecho Penal de Culpabilidad, Concepto de la Pena y Ejecución Orientada al Tratamiento", en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 3, 1974, pp. 109 y ss.

no es óbice para que diariamente cada uno de nosotros tenga conciencia y directa experiencia de cómo adopta libremente ciertas decisiones. Es por ello que la libertad de albedrío será lo normal en la actuación de un ser humano que haya alcanzado el uso de razón y la imposibilidad de tal uso deberá ser objeto de prueba.

El dilema de la libertad humana, atributo que es aceptado por la mayoría significativa de la comunidad penal nacional e internacional, ha derivado en cómo acreditar que en un acto concreto hubo o no libertad toda vez que tal reconstrucción tiene lugar a posteriori con muchos años de retardo. Estimamos que tal problema es consubstancial a todo el derecho sancionatorio y lo que, en definitiva, deberá probarse son las faltas de libertad antes que demostrarse la existencia de libertad en el sujeto a la fecha de comisión de la conducta sancionable. En efecto, creemos razonable que si se trata de un sujeto en edad de usar la razón a la fecha de comisión de la conducta, lo probable será que aquél dispusiese de ésta y lo excepcional será que tal sujeto se hallase privado de libertad, debiendo esta situación excepcional demostrarse.

Vistos estos argumentos y el principio jurídico fundamental de que a lo imposible nadie está obligado, por lo cual tampoco puede estar obligado a conducir los cursos causales de una manera determinada quien no tiene el dominio de los mismos, resulta que la responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpabilidad debe ser la situación generalísima no sólo en nuestro Derecho Penal, sino que también en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. En efecto, estimando la prevalencia de la Escuela Cuantitativa, esto es, que sólo hay diferencia de grados entre el delito penal y el ilícito administrativo, resulta lógico que ese principio general de la responsabilidad subjetiva o por culpabilidad se aplique no sólo al delito penal, sino que también al ilícito administrativo atendido que ambas categorías delictivas obedecen a la misma naturaleza. A mayor abundamiento, cabe recordar que los delitos y cuasidelitos civiles, por regla general, también se estructuran sobre la base de una responsabilidad subjetiva o por culpabilidad. Todo lo anterior no es un azar; es la consecuencia ineludible de la forma de operar de la persona humana mediante el ejercicio del libre albedrío que radica en sus potencias superiores: intelecto y voluntad.

III. APLICACIONES DEL PRINCIPIO *NULLA POENA SINE CULPA*

Si el libre albedrío es inexistente o ilusorio, carece de sentido toda prescripción moral y jurídica puesto que el destinatario de la misma aun cuando crea poder dar cumplimiento a una u otra, no puede hacerlo. Si el destinatario de tales prescripciones no puede modificar su actuación a fin de dar cumplimiento a esas prescripciones, éstas son completamente ineficaces y carece de sentido promulgarlas e intimarlas. Luego, conceder más y mejores libertades o derechos políticos a la ciudadanía es irrelevante porque los integrantes de la sociedad civil actuarán como actuarán con más o menos libertades ciudadanas, siendo esto un dato exógeno e indiferente para la felicidad ciudadana.

Por el contrario, si se quiere preservar el *ius puniendi* del Estado, es preciso reconocer una culpabilidad que sirva de fundamento y proporción de las penas. Una culpabilidad completamente desvinculada del libre albedrío no pasa de ser un artificio destinado a soslayar el verdadero problema del nexo entre éste y aquélla. En efecto, la propia experiencia nos muestra que la persona humana es una fuente de decisiones, que pueden o no externalizarse y que resultan de una consciente y libre determinación; tales decisiones son

las únicas que pueden dar lugar a verdadera culpa y, por tanto, a verdadera pena. En efecto, el mero principio de causalidad carece de entidad para ser reconocido como principio jurídico que se baste a sí mismo; así, la causalidad y el resultado sólo pueden ser imputados a una persona humana, en tanto y en cuanto van unidos con la culpabilidad. El gran jurista que fue Pío XII señaló sobre el particular:

"La esencia de la culpa es la oposición libre a la ley reconocida como obligatoria, es la ruptura y la violación consciente y querida del orden justo. Una vez que se ha producido, es imposible hacer que no exista. Pero, no obstante, en cuanto se pueda dar satisfacción al orden violado, hay que dársela. Es una exigencia fundamental de la justicia. Su papel en el dominio de la moralidad es mantener la igualdad existente y justificada, conservar el equilibrio y restablecer la igualdad comprometida. Ésta pide que, por la pena, el responsable sea sometido por la fuerza al orden. El cumplimiento de esta exigencia proclama la absoluta supremacía del bien sobre el mal; por medio de ella se ejercita la soberanía absoluta del derecho sobre la injusticia"²³.

El concepto de culpabilidad fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que éste no omitió la acción típica y antijurídica aun cuando podía omitirla. En otras palabras, la esencia de la culpabilidad—en un sentido jurídico—es la reprochabilidad a la persona humana de haber realizado, como verdadero autor o dueño, una conducta típica y antijurídica. Tal reprochabilidad existe en tanto y en cuanto el autor de la conducta típica y antijurídica podía someterse a las prescripciones imperativas que le imponía el derecho y no obstante ello no lo hizo. Sólo a partir de esa constatación, la conducta típica y antijurídica puede ser considerada obra del autor. La culpabilidad tiene la importancia de excluir la denominada responsabilidad objetiva, de servir de fundamento de la reacción punitiva y de medida de la pena.

No obstante esa voluntariedad, puede acontecer que la conducta típica y antijurídica no sea reprochable; por ejemplo, acontece esto si quien realiza una conducta infraccional la ejecuta bajo amenaza o fuerza moral irresistible²⁴. Sobre el particular, cabe recordar las palabras de Hans Welsel: "Sólo Dohna (*Aufbau der Verbrechenslehre*, 1935) respecto de lo último distinguió nítidamente entre reprochabilidad como 'valoración' y dolo como 'objeto de valoración' y limitó el reproche de culpabilidad a la valoración del objeto (la desaprobación de la determinación de la voluntad). La teoría final de la acción asignó al dolo, que con esto había quedado como 'apátrida', su lugar adecuado (como especie de la voluntad final de la acción) en el tipo subjetivo de los delitos dolosos y estableció—también desde la teoría de la culpabilidad— la situación a que ya había llegado el propio desarrollo de la teoría de lo injusto. (...) Así como Frank al final (1931) la vinculó a la libertad (antes del S 51 m), la teoría finalista de la acción continuando una larga tradición jurídica y filosófica la determinó como el 'poder en lugar de ello' de la persona respecto de la estructuración antijurídica de la voluntad"²⁵.

²³ Pío XII, "El Derecho Penal Internacional", discurso al VI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Roma, 3 de octubre de 1953: AAS 45 (1953) 730-744, en *Doctrina Pontificia*, Tomo V, Documentos Jurídicos, Ediciones BAC, 1960, pp. 413 y 414.

²⁴ DÍAZ PALOS, Fernando, *Teoría General de la Imputabilidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 1965, pp. 85 y ss.

²⁵ WELSEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 199 y 200.

Ello presupone que el autor se hallaba en pleno uso de sus facultades intelectiva y volitiva para conocer la norma y motivarse a cumplir con la prohibición contenida en dicha norma y que, no obstante conocer o deber reconocer la antijuridicidad de su conducta, realizó esta última. Como acertadamente describe Pío XII:

"El camino de la culpa, por tanto, es éste: el espíritu del hombre se halla en esta postura: ante un 'hacer' o un 'omitir' que se le presenta como algo simplemente obligatorio, como un absoluto 'tú debes' (le urge), una exigencia incondicional de pronunciarse con determinación personal. El hombre rehusa obedecer a esta exigencia: rechaza el bien, abraza el mal. A la resolución interna, cuando no acaba en sí misma, sigue la acción externa. De esta suerte, el acto culpable queda completado en sus elementos interno y externo"²⁶.

En conclusión, antes que el importante principio del "*nulla poena sine lege*", se encuentra el anterior y preeminente "ninguna pena sin culpa", lo que significa que sólo a una acción propiamente humana—por tanto deliberada—contraria a derecho, puede seguir una pena²⁷. Luego, no caben los ilícitos administrativos estructurados sobre responsabilidad objetiva y debe comunicarse a aquéllos todos y cada uno de los principios y garantías diseñados para el orden penal.

²⁶ Pío XII, "La Culpa y la Pena en sus Mutuas Conexiones", discurso al VI Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos, 5 de diciembre de 1954 y 25 de febrero de 1955: AAS 47 (1955) 60-85, en Doctrina Pontificia, Tomo V, Documentos Jurídicos, Ediciones BAC, 1960, p. 498.

²⁷ Para un análisis ético-jurídico de este principio, véase FRIDOLIN UTZ, Arthur, *Ética Social*, Tomo II, *Filosofía del Derecho*, Editorial Herder, Barcelona, 1965, pp. 206 y ss.