

## CULPABILIDAD, PENA Y LIBERTAD

FELIPE DE LA FUENTE HULAUD  
Universidad Católica de Valparaíso

### INTRODUCCION

Conforme a una visión tradicional del derecho penal cimentada en el principio de culpabilidad, el castigo del delincuente descansa, en lo que atañe a su subjetividad, sobre las siguiente premisas fundamentales:<sup>1</sup>

1. Actúa culpablemente, y por ende incurre en delito, quien voluntariamente realiza una conducta típica y antijurídica, sabiendo o debiendo saber que lo es y pudiendo haber obrado de un modo distinto a como lo hizo, es decir, siéndole exigible al autor haber actuado de un modo adecuado a derecho.
2. Al haber actuado por propia voluntad contra el derecho pudiendo obrar de acuerdo con él, el delincuente puede ser imputado subjetivamente por su acto y puede ser reprochado por él. De este modo, la imputación subjetiva de un acto de esa naturaleza a su autor adopta el carácter de un reproche.

---

<sup>1</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?*, en Cuadernos de Política Criminal de la Universidad Complutense de Madrid, N° 18, 1982, p. 473.

3. Este reproche legitima la posibilidad de imponer una pena al sujeto, la cual pasa a ser plenamente justa en la medida en que guarda proporción con el grado de reproche que puede dirigirse en contra de aquél. Vale decir, la reprochabilidad del acto a su autor es a la vez presupuesto (no el único, obviamente) y medida de la pena.

4. Por tales razones, la retribución del delito con el mal que representa la pena aparece como el principal fundamento de esta última, de forma tal que las demás funciones que ella pudiera desempeñar (prevención general o especial) no obstan a la imposición de pena, ni aún en el caso que ninguna de ellas pueda realizarse, puesto que no pasan de ser simples modelos de acción, sumamente deseables, a nivel de política legislativa y penitenciaria.

Semejante concatenación de ideas ha sido muy criticada y no puede hoy aceptarse tal como se encuentra descrita. Muchas de las críticas que se han dirigido en contra de esta visión tradicional del principio de culpabilidad son plenamente justificadas y ameritan un cambio de perspectiva. Otras, en cambio, no nos parecen ciertas.

El objetivo de este trabajo es revisar principalmente el primer postulado del principio de culpabilidad, desde diversas perspectivas, para establecer hasta qué punto la culpabilidad puede seguir asentándose sobre su base y si acaso es necesario o conveniente que así sea, tanto desde un punto de vista dogmático como desde un punto de vista político-criminal. Esto no puede llevarse a cabo, en el campo jurídico, sin adentrarse, aun cuando sólo en lo esencial, en las principales elaboraciones doctrinales que hoy se ofrecen como alternativas al principio de culpabilidad, ni puede hacerse tampoco sin examinar las premisas científicas del determinismo e indagar filosóficamente por la realidad de la libertad humana.

## CRITICAS A LA CULPABILIDAD

a) Se afirma, en primer lugar, que un semejante concepto de culpabilidad es insostenible científicamente porque se sustenta en la hipótesis inverificable del libre albedrío.

En efecto, sin libertad de voluntad es imposible reprochar a un sujeto el no haber actuado de un modo diverso a como lo hizo al incurrir en delito. Es precisamente la opción por la conducta reñida con el derecho lo que puede fundamentar un reproche dirigido al individuo.

Pero esta libertad, esta capacidad de autodeterminación no existe, o por lo menos, se afirma, es indemostrable y no puede tomarse como punto de partida de un derecho penal científico. A lo más, podrá mantenerse como una profesión de fe, e incluso adoptarse como tal por un ordenamiento jurídico concreto, pero en ningún caso podrá sentar las bases de un estudio serio sobre el delito y la pena.

Desde este punto de vista, no es tan siquiera la prueba del determinismo lo que debe llevar a rechazar la fundamentación del derecho penal en una pretendida libertad humana, puesto que aquél tampoco es susceptible de prueba, sino que ya el simple hecho de su indemostrabilidad directa debe conducir a su abandono definitivo. "Precisamente por ello, todo concepto de culpabilidad que intente fundamentarse en una de estas dos ideas, que intente hacer de uno de esos dos puntos de partida su base y su razón de ser, está condenado apriorísticamente a carecer de fundamento racionalmente verificable" <sup>2</sup>

b) Junto a lo anterior, y con mayor énfasis aún, se hace hincapié en que de todas formas la libertad es una hipótesis inverificable en concreto, en la medida en que no es posible saber con métodos científicos si el autor, en el momento en que actuó, podía haber obrado de otra manera. Es imposible recrear la totalidad de las condiciones bajo las cuales actuó el sujeto. Por tanto, también en concreto fracasa la idea de recurrir a la libertad para fundamentar el castigo que intente imponerse a un individuo determinado. Y siendo imposible establecer si el sujeto pudo obrar de otro modo a como lo hizo, ya no puede tener lugar ningún juicio de reproche en contra de su persona.

---

<sup>2</sup> ZUGALDIA, Agustín, *Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad*, en Libro Homenaje al Profesor J. Anton Oneca, 1982, p. 568.

c) Por añadidura, desde la perspectiva del psicoanálisis se ha llamado la atención acerca del juicio de reproche que el concepto de culpabilidad conlleva, en el sentido que detrás de él se esconden en los individuos que conforman la sociedad oscuras motivaciones inconscientes de autorrepresión, por una parte, y de pretendida superioridad para justificar el castigo, por otra. "La mayor parte de sus miembros lucha con esfuerzo por respetar las normas sociales y jurídicas cuya infracción puede determinar la imposición de sanciones. Quien no hace este esfuerzo suscita especiales reacciones agresivas contra su persona. Lo esencial no es el daño producido. Con la punición del delincuente se persigue más bien castigar la propia asociabilidad e insociabilidad, que el ciudadano honrado posee, odia y reprime"<sup>3</sup>

d) También se indica que la reprochabilidad, en el fondo, responde a una traslación inadmisibles de conceptos morales al orden jurídico. El derecho debe desvincularse de lo moral y renunciar a cualquier reproche sobre los individuos, de lo contrario no será más que una herramienta social para imponer un determinado orden ético propugnado por la clase dominante<sup>4</sup>

e) El juicio de reproche que se enarbola en contra del delincuente sin fundamento racional, lo estigmatiza además frente a la sociedad, con todo lo que ello significa a la hora de procurar la efectiva reinserción social del sujeto en cuestión. En lugar de ello, la propia sociedad debiera reconocer su responsabilidad en los hechos delictuales, antes que empezar a etiquetar moralmente a los ciudadanos que han delinquido

f) Por último, también se cuestiona el mencionado principio por la vía de criticar la pena entendida como retribución, concepto este

---

<sup>3</sup> LÜDERSEN, Klaus. *La imputación individualizadora de lesiones de bienes jurídicos: un límite infranqueable para las alternativas de la pena*, en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1982, p. 172

<sup>4</sup> Cfr. ZUGALDIA, op. cit., p. 572

último que emanaría justamente, tal como mencionamos más arriba, de los postulados básicos de la culpabilidad. Pues bien, sabido es que en contra de la pena retributiva se esgrime fundamentalmente que pretende una compensación irracional del mal con el mal, que propugna un castigo sin provecho social ni individual alguno, que da la espalda a las necesidades de prevención de delitos, etc.

## ASPECTOS VALIOSOS DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Junto con señalar los defectos de la visión tradicional de un derecho penal de culpabilidad, los autores, casi sin excepción, se ven en la necesidad de reconocer que el principio criticado ha permitido conquistas de civilidad al derecho que no pueden dejarse de lado y que es menester conservar de algún modo.

Entre las consecuencias máspreciadas del principio se cuentan:<sup>5</sup>

a) La exclusión de la responsabilidad penal por el resultado. En la antigüedad fue común la imposición de castigos por la mera causación de un resultado dañoso, sin atender a la existencia de alguna vinculación subjetiva entre el autor del acto y la lesión derivada de éste. Pero aún hoy persisten algunos resabios de dichas prácticas en las figuras delictivas que conocemos como delitos calificados por el resultado, pues en éstas se da a la base del castigo una conducta dolosa por cuya realización se provoca un resultado más grave respecto del cual no se formula ninguna exigencia de orden subjetivo, sin importar siquiera si dicho mayor resultado era previsible para el autor. Aun cuando se discute si en nuestro ordenamiento jurídico existen figuras de esa índole, cabe citar, por ejemplo, los Arts. 141, inciso cuarto; 142 N° 1, y 474, inciso tercero, del C. Penal. Otro caso de radicación de la responsabilidad fundamentalmente en la mera causación del resultado era el del *versari en re illicita*, en cuya virtud quien ejecutaba un acto antijurídico debía responder de todas las consecuencias ilícitas derivadas de él. Sólo hace pocos decenios ha

<sup>5</sup> Cfr. ROXIN, Claus, ¿Qué queda...?, op. cit., p. 673 y ss.

quedado claro que esta figura no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico penal

b) Permite distinguir y valorar grados de participación interna en un hecho delictivo, en virtud de la cual responde con mayor intensidad quien ha actuado con dolo que quien ha obrado sólo con culpa. A su vez, al interior de estas categorías es posible distinguir entre dolo directo, dolo indirecto o de consecuencias necesarias y dolo eventual, y entre diversos grados de culpa (imprudencia simple o temeraria) o formas de ésta (culpa consciente o inconsciente).

c) El principio de culpabilidad ha desempeñado un importante papel en la exclusión de la responsabilidad penal de los inimputables, no sólo por demencia o por edad, sino también a causa de lo que en nuestro medio conocemos imperfectamente como privación temporal de razón o de sentido. El mencionado principio permite también la atenuación de la pena en las situaciones de imputabilidad no del todo normal o disminuida.

d) También ha sido determinante el principio que nos ocupa al conceder efecto absolutorio al error inevitable de derecho, sea de tipo o de prohibición, en contra de los principios tradicionalmente aceptados.

e) En la medida en que el principio de culpabilidad formula una exigencia de proporcionalidad entre la real participación interna en el hecho y la pena a aplicar a cada autor concreto, se convierte en la "única medida de la magnitud de la pena generalmente reconocida, que limita el poder punitivo estatal en forma adecuada al Estado de derecho" <sup>6</sup>

f) También debe reconocerse al principio de culpabilidad, por una parte, una fuerza reformadora de los ordenamientos jurídicos, y por otra, el ofrecer un criterio rector en la interpretación de múltiples figuras penales que necesitan de una adecuación a los criterios de justicia a que hemos aludido. El propio caso de los delitos calificados

---

<sup>6</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 675.

por el resultado es una muestra de ello, pues es claro que de una lectura absolutamente objetiva de los artículos mencionados en a) puede fácilmente llegarse a la conclusión de que no queda otra alternativa que imponer una sanción en los casos de calificación por el resultado que ellos contienen. Siguiendo la huella del principio de culpabilidad, en cambio, un mínimo criterio subjetivo se impone y lleva a formular, en los casos en que ello es posible, exigencias de previsibilidad que el texto legal no contiene. Este efecto humanizante del principio como elemento orientador de la hermenéutica es de vital importancia.

g) Finalmente, y aunque esta consecuencia depende también de entender el delito como acción, el principio de culpabilidad de acto importa una limitación fundamental en la intervención del Estado en la esfera de los individuos. Lo único que interesa a los efectos de establecer la imputación subjetiva de una conducta a su autor es precisamente el proceso interno de su voluntad en ese mismo acto. La responsabilidad, entonces, es por la acción específica ejecutada, y no por la conducción de la vida o por el carácter, u otra fórmula más o menos amplia que permita hacer responder a un sujeto por lo que es.<sup>7</sup>

Ante este panorama, aun los que proponen la erradicación de la culpabilidad del ámbito del derecho penal se preocupan por presentar alguna alternativa conceptual que permita, a su juicio, mantener estas consecuencias a nivel dogmático. Así, por ejemplo, Gimbernat, quien pese a ser de una línea que podríamos llamar extrema, propugna el reemplazo de la noción de culpabilidad por la de necesidad de la pena.

Lo que se discute, por tanto, más que la mantención del concepto de culpabilidad o su rechazo, es la manera de conservar sus consecuencias positivas sobre la base de una fundamentación diversa, que sea conciliable con las exigencias de la política criminal actual

---

<sup>7</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires 1979, pp. 446 a 448.

En esta empresa, la teoría de la pena ha desempeñado un papel principalísimo, puesto que las nuevas corrientes en materia de culpabilidad propugnan la reformulación de ésta, y también la del delito entero, a partir de las finalidades preventivas de la coerción penal.

## LA CULPABILIDAD A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA PENA

Para Claus Roxin, la culpabilidad desempeña dos funciones que, a su juicio, son perfectamente separables la una de la otra. La primera es la que erige al principio de culpabilidad en fundamento de la pena. Ella, según este autor, "sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución. Una tal retribución, entendida como imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, supone lógicamente la existencia de una culpabilidad que pueda ser compensada ('anulada', 'expiada'). De este modo, la culpabilidad tiene un efecto perjudicial para el acusado, legitimando el mal que se le impone".<sup>8</sup>

La segunda función del principio es la que concierne a su carácter limitativo de la pena, en cuanto que ésta no puede sobrepasar los parámetros de la culpabilidad, sea cual fuere la conveniencia social de la imposición de una pena de mayor envergadura o duración. De este cometido del principio nos habla Roxin en los siguientes términos: "La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta segunda función del principio de culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad".<sup>9</sup>

Hechas estas precisiones, la tesis del autor es la siguiente: "El concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus, *Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad*, traducción de Francisco Muñoz Conde, en "Culpabilidad y Prevención", editorial Reus S.A., Madrid, 1981, p. 42.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 43.

insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función".<sup>10</sup> Veamos, entonces, cuál es ese fundamento.

De acuerdo a las ideas del profesor alemán, el carácter limitativo de la pena que encierra el criterio de culpabilidad no tiene un origen metafísico, como la retribución, sino que tiene su origen en liberalismo ilustrado, por esencia limitativo de la intervención estatal. El principio brinda así una protección insustituible del individuo frente a los intereses sociales de prevención general o especial mediante intimidaciones o tratamientos exagerados. Y, agrega, en la medida en que esto es así, no cabría objetar a la consagración limitativa del principio con el argumento de la indemostrabilidad de la libertad, dado que este argumento sólo tiene fuerza en contra de la tentativa de justificar la imposición de una pena sobre la base de esa libertad, pero no cuando de lo que se trata es de favorecer al ciudadano. "Las presunciones en favor del individuo son un medio técnico-jurídico usual y perfectamente admisible desde el punto de vista de un Estado de derecho. (...) No se trata de formular declaraciones ontológicas, sino de un postulado político-criminal dirigido a los jueces: 'Debéis tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona capaz de una decisión autónoma y de responsabilidad, siempre que su capacidad de motivación no esté anulada por perturbaciones psíquicas'"<sup>11</sup> De este modo, conforme a este autor, la culpabilidad limita la pena, pero no la fundamenta.

Y es debido al papel asignado a la culpabilidad que, sostiene Roxin, no es necesario ya demostrar la libertad como fundamento de ella. Por decirlo así, la afirmación de que no hay pena sin culpabilidad no expresa nada que deba ser verdadero y demostrable acerca de la libertad, sino que sólo representa una orientación para los jueces que, precisamente en la medida en que tiende a proteger a los indivi-

---

<sup>10</sup> Ibid

<sup>11</sup> Ibid., p. 48

duos. puede ser admitida sin necesidades prueba científica de su fundamento

Pero no es esto todo lo que nos ofrece el autor germano. También nos presenta una reformulación de este principio del derecho penal, a partir de la teoría de la pena

En efecto, después de pasar revista a distintos intentos de la doctrina por comprender bajo un solo criterio rector los múltiples elementos que se incluyen en la culpabilidad, como último componente del delito, Roxin concluye que una adecuada teoría del fin de la pena es capaz de explicar la inclusión de todos los elementos de la culpabilidad dentro del concepto dogmático de delito, cosa que no puede hacer ningún otro criterio por sí solo y en forma acabada. Para él, mientras el tipo prohíbe en general la conducta, y la antijuridicidad representa la ausencia de criterios legitimantes en caso de conflicto, la culpabilidad "hace referencia a la cuestión de si es necesaria una sanción contra el autor concreto desde puntos de vista jurídico penales"<sup>12</sup> Imputabilidad, conocimiento de la ilicitud del acto y exigibilidad de otra conducta son todos elementos derivables de consideraciones político-criminales de carácter preventivo general. Donde no hay imputabilidad, la norma penal no puede desplegar una función preventiva. Quien por cualquier causa está impedido de conocer la prohibición legal de la conducta tampoco merece ser castigado, por idénticas razones. Y, finalmente, el contenido mismo de la exigibilidad de otra conducta como elemento de la culpabilidad es el reflejo normativo de situaciones de conflicto en las cuales no es posible exigir bajo pena una acción que requiere un sacrificio mayor que el que el derecho puede exigir de los ciudadanos.

De tal forma, el principio de culpabilidad en su función limitativa de la pena admite ser recogido teóricamente en el seno de una adecuada elaboración de los fines de la pena. Es decir, entre las condiciones que posibilitan que la amenaza penal despliegue una función socialmente útil de prevención, se encuentran todas las que

---

<sup>12</sup> ROXIN, Claus, 'Culpabilidad' y 'responsabilidad' como categorías sistemáticas jurídico-penales, en op. cit., p. 70

la doctrina incluye como elementos configuradores de la culpabilidad. Las limitaciones que impone el principio estudiado deben ser todas incluidas en la formulación de una teoría de la pena.

En España, Santiago Mir se ha preocupado de perfilar con detenimiento una tesis semejante a la de Roxin, pues también fundamenta la culpabilidad en la necesidad de la pena, la cual generalmente "existe ante los sujetos normales pero que acaso deje de concurrir respecto de quienes actúan en alguno de los supuestos tradicionalmente incluidos entre las causas de exclusión de la culpabilidad".<sup>13</sup> Así, por ejemplo, la absolución del inimputable no afecta a la eficacia de la prohibición general contenida en la norma, toda vez que la colectividad no exige un castigo ni se escandaliza por su impunidad. ¿Por qué es esto así?, o ¿por qué bastan frente a ellos las medidas de seguridad que eventualmente se pudieran adoptar en caso de peligrosidad, sin que sea menester amenazarlos ni imponerles una pena? Porque, dice comúnmente en la doctrina, el inimputable es un sujeto *no motivable mediante normas*. Frente a esta postura, Mir plantea con acierto algunos reparos que lo llevan a perfilar una respuesta más matizada frente a las razones de la inculpabilidad en tales casos. Observa, por una parte, que sólo una minoría de los inimputables delinquen, lo cual demostraría que si son efectivamente motivables por normas los menores de edad, por ejemplo. Y por la otra, destaca que en las situaciones de inexigibilidad el individuo no pierde su "capacidad de atender al llamado de la norma, como lo prueba no sólo la posibilidad de actos heroicos, sino también el que, en ciertos casos (bomberos, militares, etc.), la ley imponga un mayor nivel de exigencia". En verdad, sostiene, no es la sola posibilidad de motivación, sino fundamentalmente la *normalidad de motivación* la que puede fundar la atribución de culpabilidad al individuo. En las situaciones de minoría de edad o de inexigibilidad no es que falte por entero la motivabilidad del sujeto, lo que ocurre es que la norma no

---

<sup>13</sup> Cfr. MIR, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de derecho*, Edit. Bosch, Barcelona, 1979

puede desplegar normalmente su función motivadora.<sup>14</sup> A su juicio, pues, "si la antijuridicidad es el ámbito de los hechos que el derecho puede desear prevenir de la colectividad, la culpabilidad es la esfera en que se comprueba si el hecho injusto cometido puede atribuirse a su concreto autor en condiciones psíquicas de motivabilidad normal".<sup>15</sup>

Pues bien, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho no es admisible imponer una pena a los individuos afectados por tales situaciones, porque ello significaría extender a ellos un extremo de dureza normativa que va más allá de lo que ordinariamente se exige y puede exigirse a los destinatarios de las normas. "El límite máximo de lo punible en un derecho democrático que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal. Por eso no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad), y no se castiga a los inimputables porque extender a ellos la conminación penal en su situación de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente para los inimputables por encima del que se impone al hombre normal", lo cual vulneraría el principio de igualdad ante la ley.<sup>16</sup>

De las necesidades de prevención general de delitos, es decir, de la función motivadora de las normas penales, deriva también este autor los demás elementos y sus respectivos componentes que integran la noción de delito. Por ejemplo, en lo que atañe a la diferenciación entre culpa y dolo, señala que "un derecho penal preventivo impone mayores penas a las conductas que desea evitar con mayor intensidad, y éstas son, ante todo, las voluntariamente dirigidas a

---

14 *Ibid.*, p. 71.

15 *Ibid.*, pp. 64 y 65.

16 *Ibid.*, p. 73.

lesionar bienes jurídicos "17 Sostiene que "el mecanismo de la motivación no puede operar con la misma intensidad frente a quien advierte que su acción se dirige a vulnerar un bien jurídico (dolo directo) o admite que es probable que lo lesione (dolo eventual), que ante quien o bien no es consciente en absoluto de la peligrosidad de su actuación (culpa inconsciente) o bien, siéndolo, no cree que en su caso se vaya a convertir en lesión (culpa consciente)".18

No puede negarse que ambas tesis descritas resultan interesantes, pues de hecho constituyen dos de las teorías mejor elaboradas sobre formulación del concepto dogmático de delito a la luz de los fines preventivos de las normas penales.

Sin embargo, entregar la configuración de lo punible a los criterios derivados de la prevención, resulta en verdad muy peligroso y acaso no conduzca a los loables fines perseguidos por sus autores.

a) En primer lugar, no deja de constituir una paradoja que el concepto de delito sea determinado a partir de lo que debe ser entendido como su consecuencia, pues en este esquema es la pena la que determina el concepto de delito y así sus propios presupuestos de procedencia. En lo que toca al concepto de culpabilidad, ello significa, por una parte, que esta noción no tiene ningún contenido material que aportar a la noción de delito y pasa a constituirse simplemente en un cúmulo de hipótesis dogmáticas de ausencia de motivación normal en el autor. El propio Mir lo señala expresamente, al indicar que "la culpabilidad es el ámbito en el que se comprueban las posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico por parte de la norma penal" 19 Luego, es evidente que es muy difícil pretender que la culpabilidad pueda

---

17 Ibid., p. 52.

18 Ibid.

19 Ibid., p. 66.

desempeñar su función limitativa de la pena si su contenido se hace depender enteramente de ésta.

b) En segundo término, fundar la culpabilidad en las tesis preventivistas de la pena comporta todos los riesgos que estas teorías traen consigo.

Para la teoría de la *prevención general*, delineada ya por Feurbach, la pena debe prevenir la comisión de nuevos delitos mediante la coacción psicológica ejercida sobre los potenciales delincuentes.

Como bien señala Bustos,<sup>20</sup> esta teoría se apoya en dos ideas: la utilización del miedo y la valoración de la racionalidad del hombre. Pues bien, en la medida en que constituye un recurso a la razón del hombre apela también a su libertad, y entonces recaen sobre ella las críticas que la postulación del libre albedrío ha debido soportar, con lo que volvemos al punto de partida.<sup>21</sup>

Y en cuanto funda su eficacia en la intimidación, surgen por parte de los tratadistas fundadas aprehensiones acerca de los riesgos de totalitarismo que implica un planteamiento de esa índole. "Queda sin resolver -dice Roxin- frente a qué comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar; la doctrina de la prevención general comparte con las teorías de la retribución y de la corrección este punto débil, a saber, que queda sin aclarar el ámbito de lo punible".<sup>22</sup> Además, la graduación misma de la pena dependerá no de la gravedad del hecho cometido sino de los fines perseguidos por el Estado. Consagrar la obligación de responder por la desobediencia a las políticas estatales es dejar a los ciudadanos expuestos al totalitarismo o regresarlos a un Estado absolutista decimonónico. A estas

---

20 BUSTOS, Juan, *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*, Edit. Temis, Bogotá, 1982, p.

21 Pese a lo dicho, la crítica puede salvarse afirmando que la pena es un dato objetivo en la psiquis del potencial delincuente y como tal actuará también como un factor condicionante.

22 ROXIN, Claus, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, p. 9, citado por Bustos Ramírez, Juan, op. cit., p. 159

críticas. finalmente, hay que sumar la de tipo ético social, representada por la objeción kantiana a la utilización del ser humano para la consecución de ciertos objetivos sociales.

En el marco de la *prevención especial*, la pena se concibe en un comienzo como una verdadera *inocuidación* del delincuente, un tratamiento de su peligrosidad destinado a reducirla o eliminarla por completo. Más modernamente, se sostiene que la pena debe ser una instancia de *resocialización o reeducación* de la pena y su sustitución por medidas de seguridad.

Pero haciendo a un lado el problema de hacia adonde debe orientarse esta intervención del Estado que es la pena, y centrándonos en este enfoque como fundamento de la misma, surgen de inmediato las críticas.

De partida, subsiste la crítica relativa a la consideración del individuo como un medio, en la medida en que la imposición de una pena sobre él tiene por finalidad obtener ciertos efectos preventivos a nivel de la sociedad toda, lo cual ya implica un deterioro de la dignidad del hombre, incompatible con un Estado de derecho. Pero en este caso, el menoscabo de la dignidad humana y el peligro de utilización es aun más fuerte, puesto que toda la justificación de la pena se pone en el grado de disocialización que exhibe el individuo al delinquir. Esto es, los criterios de la pena vienen impuestos por los dictámenes de la mayoría social, o simplemente por las normas emanadas del Estado, con lo cual pronto es posible caer nuevamente en un totalitarismo.

Además, existen fuertes y fundadas dudas cerca de los resultados de las terapias resocializadoras o reeducativas. Amén de que una "reeducación" pudiera transformarse lisa y llanamente en una manipulación, hay criminales para los cuales simplemente no se conoce tratamiento. Por si fuera poco, en cuanto a los "corregibles", las estadísticas de corrección de tales sujetos son también muy discutibles y nada alentadoras.

El propio Roxin parece haber perdido parte de su confianza inicial en las virtudes configuradoras de la teoría de la pena en el ámbito de la culpabilidad, y ha incrementado su interés por conservar este concepto en su función limitativa antes descrita. Tanto la prevención

general, y más aún la especial, se fundan en la peligrosidad, ya sea de las acciones que es necesario prevenir, o bien sea del sujeto al que es preciso tratar. Y ninguna duda cabe que el concepto de peligrosidad es una noción eminentemente voluble, en realidad, su determinación dependerá de las propias pretensiones de la sociedad concreta dada o de lo que estime la fuerza política o culturalmente hegemónica.

Incluso desde un punto de vista teórico, y pese a lo sostenido por Mir, no es en ningún caso claro que las razones de prevención lleven siempre a excluir el castigo de los inimputables, por ejemplo.<sup>23</sup> La impunidad de quien padece una afección mental sutil, aunque grave, sí puede debilitar la confianza ciudadana en las normas, y lo mismo puede pensarse respecto del que actúa por un estímulo pasional muy intenso o en estado de privación temporal de razón.

Posiblemente la irrelevancia del error de prohibición fuera un arma más eficaz en la prevención del delito que su aceptación como causal de inculpabilidad o de atenuación de pena, porque desde este prisma utilitario cabe sostener que inculcaría un celo mucho mayor en el conocimiento de la ley y de las circunstancias bajo las cuales se actúa. La colectividad puede percibir la aceptación del error de prohibición como un quebrantamiento a la vigencia incontestable del derecho, como una simple excusa, y ello puede dar margen a considerarla una solución inadecuada políticocriminalmente.

También cabe pensar que "la sanción penal del *versari in re illicita* quizás prevendría mejor el comportamiento imprudente que una responsabilidad ligada al principio de culpabilidad. Ni siquiera es posible fundamentar claramente con razones preventivas el castigo más severo del hecho doloso frente al culposo. Pues el que actúa continuamente de un modo descuidado puede ser más peligroso que el autor de un hecho doloso; y si se piensa en los miles de muertos en accidentes de tráfico, se considerará la intimidación contra comportamientos imprudentes por lo menos tan importante como la repre-

---

<sup>23</sup> CORDOBA RODA, Juan, Culpabilidad y prevención, Edit. Bosch, Barcelona, 1977, pp. 39 y ss.

sión de hechos dolosos" <sup>24</sup> Dicho de otro modo, sin duda estamos más expuestos a morir en un accidente de tránsito que víctimas de un asesinato. Pareciera entonces que la primera posibilidad representa un riesgo mayor para las personas que la de un eventual asesino, pero enfocada la situación del actor, éste último será sin duda estimado como un sujeto más peligroso, aun cuando a su haber pueda tener menos muertes que un conductor inepto. En verdad, estamos ciertos de que en el concepto de peligrosidad se esconden indiscernidamente multitud de elementos de la más variada índole, los que impiden que pueda ser tomado como base de un derecho penal científico y garantista.

c) Es verdad que, consciente de estos defectos, Roxin propugna la mantención de la culpabilidad como un límite impuesto a la pena que no requiere mayor justificación que la que de suyo le aportan los indudables beneficios que proporciona para la protección de los individuos frente a la arbitrariedad estatal.

Pero inevitablemente hay en todo esto una contradicción. Lo particular de esta tesis es que utiliza para limitar la pena en el caso concreto -aspecto de capital importancia- el criterio de la culpabilidad, a pesar que el mismo autor ha denunciado enérgicamente este concepto como una construcción metafísica irreal y acientífica. La justificación de esta contradicción, que consiste en afirmar que la culpabilidad es inadmisibles como fundamento de la pena pero así debe aceptarse como límite de ésta, topa en la pregunta de por qué es y ha de ser así. Es cierto que nada impide tomar conceptos no demostrados, ni en su verdad ni en su falsedad, como una base para proteger a los ciudadanos. Pero la pregunta que surge es, entonces, ¿por qué algo que no es fundamento de la pena, de llegar a faltar, impide siempre y en todos los casos la aplicación de ésta?; ¿podrá otorgarse a la culpabilidad esta función sin ser co-fundamento de la pena, si, como se afirma, ella se afianza en presupuestos irracionales y acientíficos? Volveremos sobre este punto más adelante.

---

24 ROXIN, Claus, ¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?, en Cuadernos de Política Criminal N° 30, 1986, pp. 677 y 678.

d) Junto a lo anterior, no debe perderse de vista ni por un momento que la tendencia a castigar es connatural al ser humano y que la misma debe estar limitada por patrones culturales muy claros y sólidos, pues de lo contrario el debilitamiento de las nociones relacionadas con la consideración del otro como ser humano puede conducir a graves excesos de represión penal deshumanizante.

e) Por último, el concepto mismo de motivación normativa es susceptible de variadas críticas, que por la mayor especificidad del tema es preferible que tratemos por separado.

## LA MOTIVACION POR LAS NORMAS PENALES

La idea de motivación, que opera como eje del sistema de Mir, y también del de otros autores (Muñoz Conde, por ejemplo) es sin duda un concepto muy impreciso. ¿Qué es dicha motivación y en qué se basa? No está claro. Thomae, citado por Muñoz Conde, señala que "es casi imposible determinar qué procesos, de los que se dan dentro del organismo o dentro de la personalidad, no pertenecen a la motivación", pero puede afirmarse, siguiendo a Spoerri, también citado por Muñoz, que es "el proceso, consciente o inconsciente, en cuya base se halla una fuerza activadora y que se encamina a un objetivo"

Precisando un poco esta noción en el campo de lo jurídico, la norma penal persigue internarse en la psiquis de los ciudadanos y provocar en los individuos procesos psicológicos contrarios a la comisión de conductas típicas. Según Muñoz Conde, no es simplemente una cuestión de coacción psicológica, sino que sería éste un proceso de internalización de normas que se inicia desde la niñez y que a través de la educación forma en la psiquis de los individuos mecanismos de control de sus emociones y de sus conductas. En el caso del derecho, se trata de la introyección de la autoridad social y estatal reflejada en la norma penal.

Podemos decir, entonces, que la motivación es el efecto configurativo de la conducta que en un individuo ejerce algún factor dado, sea por sí mismo, sea en concurrencia con muchos otros. En lo

penal, esto significa que si el individuo ha actuado bajo condiciones normales, podrá exigírsele una actuación conforme a derecho. Pero si ha actuado contra el derecho, el sujeto habrá demostrado su *inmotivación* por las normas y por lo tanto la conducta ejecutada le será atribuible subjetivamente.

Pero cabe preguntar lo siguiente: ¿la motivabilidad se aprecia ex-ante o ex-post al delito? Porque, ¿en qué puede basarse alguien para decir que un sujeto era determinable por las normas al momento de actuar en contra de ellas, si resulta que el individuo en cuestión evidentemente no se motivó por la norma? ¿Qué sentido tiene hablar de motivabilidad en abstracto, cuando el individuo en concreto demostrará con su actuar que no ha sido motivado por el derecho? Si se afirma que el individuo, aunque no actuó conforme a derecho, podía ser motivado por la ley, se está diciendo que el individuo estaba en condiciones de superar sus demás estímulos y motivaciones y obrar adecuadamente a ella. Es decir, se presupone evidentemente la libertad del sujeto para motivarse o no por la norma, pues de ninguna otra forma puede fundarse una culpabilidad o atribuibilidad subjetiva del acto a su autor, si no es sosteniendo que aun cuando era motivable no se motivó por la norma. Bajo un esquema determinista eso no tiene ningún sentido, porque sería imposible ese momento de opción que supone el no conducirse de acuerdo al motivo normativo, pudiendo hacerlo. Si no se supone esa libertad, la mentada capacidad de atender al llamado normativo será sólo una construcción vacía, sin sentido real alguno.

Sin embargo, la tesis de Mir tiene aparente respuesta a esta objeción preliminar y, conforme él sostiene, su teoría no presupone ninguna libertad de determinación en el sujeto culpable. El criterio de la normalidad de la motivación que él utiliza atiende exclusivamente a si el delincuente pudo ser motivado pasivamente por la norma. Es decir, lo que importa saber es si la norma actuó sobre el sujeto, no si éste en definitiva la obedeció o podía haberla obedecido, porque ello sin duda presupondría libre albedrío. Si la norma actuó sobre el individuo y lo hizo en condiciones normales (porque se trata de un sujeto que no está afectado seriamente en sus facultades, porque no hubo condiciones de inevitabilidad, etc.) dicha persona es

culpable. Es decir, le es atribuible subjetivamente en su integridad el desacato normativo que el delito representa. Según este autor, "ser motivado normalmente no significa necesariamente... ser motivado con éxito... sino sólo que en el proceso de decisión cada motivo concurrente (la norma es no de esos motivos) desplegó su eficacia causal normal. Entendido, así, el proceso de motivación como un conjunto de fuerzas causales motivadoras percibidas por el sujeto, no veo que presuponga libertad de voluntad"<sup>25</sup>

Pese a todo, este criterio nos merece serias críticas:

a) Evidentemente, el planteamiento parte de una visión determinista del ser humano, por lo que en verdad no tiene sentido plantearse que el sujeto "se vaya a determinar" a sí mismo en función de la norma de que se trate, pues su conducta de todas formas ya vendrá prefijada por ese y por todos los demás factores que en un momento dado actúen como motivos o fuentes de determinación de su conducta. Por lo mismo, debiera ser irrelevante si la motivación es consciente o inconsciente, o si el hecho ha sido doloso o culposo, pues si no se supone la capacidad del individuo de autodeterminarse, poco importará de qué forma pudiera haber operado el factor motivante. Como sabemos, la objeción se elude recurriendo a diferencias de peligrosidad entre unas actitudes subjetivas y otras, pero ello ya significa introducir a la teoría de la culpabilidad nociones que debieran serle ajenas.

Pero más allá de esto, desde nuestro punto de vista, la mera actuación de la norma en el sujeto, quien respecto de ella quedaría en total pasividad, sólo permitiría establecer *grados de eficacia de su acción normativa en el individuo, según la personalidad de éste, pero el individuo mismo ninguna responsabilidad tendría en ello*

b) En segundo lugar, si la ley ha desplegado en el sujeto su eficacia normal pero no ha conseguido su objetivo, aquél ha demostrado su inmotivación y podrá, de acuerdo a esta tesis, exigirsele en condiciones de igualdad el haber actuado conforme a derecho. Puesto a la

---

<sup>25</sup> MIR PUIG, Santiago, Manual de Derecho Penal, pp. 590 y 591 (en nota)

base un determinismo de las acciones, el sujeto evidentemente no puede ser reprochado por no haberse motivado a sí mismo, pero sí puede ser reprochado (o evaluado, si se quiere) en su personalidad en la medida en que toda ella se revela inmune a las amenazas normativas. Este aspecto de la teoría tiene, entonces, el grave inconveniente de entornar la puerta a quienes intenten analizar *la vida* del sujeto y no tan sólo sus actos. Con ello, el principio de culpabilidad deja de cumplir una de sus misiones más importantes, cual es limitar la responsabilidad penal exclusivamente a las acciones ejecutadas, descartando todo enjuiciamiento de la personalidad o del modo de conducción de la vida.

c) En tercer lugar, no parece efectivo que la teoría pueda sustentarse sobre una base enteramente determinista. Porque una cosa es afirmar que el individuo fue motivado y, por lo tanto, puede ser imputado, y otra muy distinta es responder a la pregunta, más de fondo, acerca de por qué es justificación subjetiva de la imposición de la pena el hecho que el sujeto haya sido motivado ineficazmente por la norma. A ello Mir responde diciendo que frente al sujeto que actúa en condiciones normales se erige una *expectativa social* de comportamiento adecuado a derecho que se frustra con el delito. Esta frustración es, a su vez, estabilizada o compensada con la imposición de la pena en el caso correspondiente. Pero con este criterio, entonces, la subjetividad del individuo desaparece y todo lo que importa son las expectativas de sus congéneres. Estas se basarán en la experiencia común para el acatamiento de normas de conductas (y así, aunque no se quiera reconocer, sobre la propia experiencia de la libertad de voluntad de cada uno de los individuos que conforman la sociedad), de modo que se llegaría a la formulación de presupuestos generales de exclusión o atenuación de la virtud motivadora de las normas.

Pero en este momento cabe preguntar también: ¿qué sentido material, en el sujeto, en su interioridad, puede tener el distinguir entre causas generales de afectación de la motivación normativa de las que son estrictamente individuales y que, de hecho, le impidieron, y necesariamente debían impedirle, comportarse de acuerdo a derecho? Pues, siendo deterministas consecuentes, ha de reconocerse

que de todas formas el imputado no podía actuar de otro modo. Poco importa si el delito lo cometió por demencia, por odio o por lucro. La norma no actuó suficientemente sobre él, no lo motivó, y eso ya es prueba de que *no podía motivarlo*. Luego, teóricamente, ninguna expectativa puesta en el individuo debiera subsistir a la comisión del delito. Sin importar bajo qué condiciones haya actuado la norma, lo que sí se sabe es que era incapaz de motivarlo. ¿Qué valor, entonces, puede tener afirmar que la ley ha desplegado en el sujeto su eficacia motivadora normal? *Hablar de motivación normal en este caso sólo servirá para poner al sujeto en situación de ser juzgado por las posibilidades de acatamiento normativo de otros individuos.*<sup>26</sup>

d) Como hemos dicho ya, de acuerdo a la tesis examinada, si quien ha delinquido ha actuado bajo condiciones normales, debe entenderse lesionada la expectativa social de comportamiento normativamente adecuado y, por lo tanto, debe imponérsele la sanción prescrita para la violación de dicha expectativa.

Pero con ello, y éste es otro aspecto criticable, la relación entre expectativa social y pena se traduce simplemente en que lo jurídico acata, ejecuta el imperativo de sanción formulado por aquella expec-

---

<sup>26</sup> Hassemer es muy expresivo al respecto: "Actualmente es dominante entre los penalistas la tranquilizadora tesis de que se puede prescindir de la discusión en torno a la libertad de voluntad sin poner en peligro la vigencia del principio de culpabilidad. Esta tesis ha conducido a que el contenido del juicio de culpabilidad se haya evaporado: si antes se media de buena fe todavía la culpabilidad del delincuente por su 'poder individual para actuar de otro modo', es decir, por las posibilidades fácticas de este hombre en su situación; ahora, tras el fuego cruzado de la crítica determinista, se ha restringido el criterio del 'poder general para actuar de otro modo'. Esto lo ha deteriorado gravemente. Pues el *homunculus*, 'hombre medio', que es el que debe suministrar los criterios del yerro culpable, nada puede decir sobre el poder de este hombre, de cuya culpabilidad se trata, para actuar de otro modo. El tipo de 'culpabilidad' al que se puede llegar con la sonda del 'poder general para actuar de otro modo' es una débil construcción, desvinculada de las posibilidades del delincuente para permanecer fiel al derecho, aunque también liberada de la carga de tener que demostrar la libertad de voluntad como fundamento de la culpabilidad". HASSEMER, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, en Cuadernos de Política Criminal de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, N° 18, p. 474.

tativa. Esto significa, a nuestro juicio, desdibujar lo jurídico y privarlo de fundamentos racionales y científicos propios.

Además, ¿cuántas veces no surge en la sociedad una expectativa de castigo que el derecho debe rechazar? Baste citar como ejemplo el bullado caso de los niños que dieron cruel muerte a un menor de tres años que secuestraron del aeropuerto de Liverpool en 1993. Fue tan intensa la expectativa social de castigo que el juicio debió seguirse en otra ciudad y mantenerse en reserva las identidades de los menores. En todo momento la custodia debió ser extremada para evitar un linchamiento. Y, sin embargo, se trataba de dos inimputables por edad que, de acuerdo al sistema continental y al de nuestro país, habrían tenido que ser absueltos (sin perjuicio de otras medidas que hubieran podido decretarse en su contra), en circunstancias que nada hace suponer que en el resto de Europa o en Chile las reacciones humanas hubieran sido diferentes. Siendo consecuentes, habría que afirmar que la sociedad se escandalizó en grado máximo, que percibió que la pena era imprescindible, que los autores se encontraban en condiciones normales para no delinquir, etcétera. En verdad, el derecho penal no puede ser acatamiento de expectativas sociales, por mucho que sean éstas un elemento predominante en el trazado de las figuras delictivas. No es meramente en dichas expectativas donde debe buscarse el fundamento, ni mucho menos el límite de la imposición de las sanciones penales.<sup>27</sup>

Por otra parte, el derecho penal ha sido cambiado con la cultura de los pueblos, y por lo menos en sus aspectos teóricos, es notorio que lo ha hecho en forma más acelerada que la sociedad misma. La reelaboración del derecho penal en los últimos 150 años ha significado un enorme avance que, por así decirlo, ha forzado a las sociedades a adoptar nuevas perspectivas más civilizadas frente al delito. En este contexto, asignarle al derecho penal una función de mera captación de expectativas sociales para la cimentación de la respon-

---

<sup>27</sup> Lamentablemente, además, los instrumentos de medición de tales expectativas no brindan ni siquiera una mediana certeza de las mismas.

sabilidad penal individual, resulta incongruente con la realidad y misión histórica de esta rama del derecho.

Asimismo, y como ya hemos advertido en relación a las teorías preventivistas en general, un derecho penal fundado en la sola desobediencia a las expectativas sociales entregaría al poder político las herramientas para una dominación y manipulación de los seres humanos en función de lo que de acuerdo a sus propios intereses promulgara como imperativo de la sociedad misma.

e) Por último, está demostrado que la motivación frente a las normas jurídicas es un elemento muy secundario en la dinámica psicológica previa al delito. Al delinquir, las consideraciones de los sujetos son de índole enteramente distinta y, en muchos casos, ni siquiera atienden seriamente a la amenaza contenida en la norma, imbuidos las más de las veces de la esperanza de eludir la acción de la justicia.<sup>28</sup> Es éste un serio defecto de irrealidad de las tesis motivacionistas que obedece a un énfasis exagerado de la dimensión normativa del delito.

En definitiva, es claro que el concepto de motivación constituye un concepto meramente funcional, puesto que no proporciona ningún criterio material de imputación, sino que sólo es el nombre asignado a la *dimensión "subjetiva" de los imperativos derivados de las expectativas sociales, de las cuales es enteramente dependiente.*

## ¿ES PRECISO DESCARTAR LA IDEA DE UNA CULPABILIDAD BASADA EN LA LIBERTAD?

Por las razones expuestas en los dos apartados precedentes, creemos que los intentos de reformular la teoría del delito, y principalmente

---

<sup>28</sup> "La teoría de la prevención general espera un *homo oeconomicus* que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ventajas de sus hechos y que luego desiste de cometerlo porque el sistema juridicopenal, con la conminación penal y con la posibilidad de ejecución de la pena, ha tenido cuidado de que no merezca la pena cometerlo. Esta concepción olvida una serie de datos empíricos que la contradicen rotundamente". HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, p. 384.

la culpabilidad, a partir de los fines preventivos que sin duda debe cumplir toda pena, son del todo insuficientes desde el punto de vista de las garantías que ofrecen al individuo ante el *ius puniendi* estatal y desde el punto de vista también de los fundamentos materiales de un sistema de imputación subjetiva de acciones ilícitas.<sup>29</sup>

No en vano Roxin plantea la mantención de la culpabilidad como un límite no preventivista de la pena estatal, fundado en el insustituible papel que desempeña a este respecto y en que en la medida que no agrava la situación del imputado es admisible y aconsejable tratarlo *como si él* y sus actos fueran libres. No obstante, sostener, como hace Roxin, que a pesar de no tener fundamento alguno, la culpabilidad debe mantenerse para los efectos de limitar la pena, resulta, por una parte, contradictorio, y por la otra sumamente débil, pues en la medida en que esta imposición al legislador no se fundamenta será a la larga desoída.

Tampoco representa un avance verdaderamente significativo en esta materia la fórmula de proporcionalidad propuesta por Hassemer. Para este autor, lo que debe conservarse de la culpabilidad es la idea de proporcionalidad, que puede, según él, mantenerse sin necesidad de acudir a aquélla, pues puede derivarse del imperativo constitucional de igualdad, que implica, a su vez, tratar desigual lo desigual, lo cual es en sí un juicio de proporcionalidad. Pero para el autor germano los criterios subjetivos de la culpabilidad no son los únicos que deben tomarse como referencia, pues también deben valorarse bajo este prisma otros elementos, como la intensidad de la lesión del bien jurídico, formas de comisión del hecho, la habitualidad, etc.

Sin embargo, la crítica de Roxin resulta inevitable, pues "no conduce más lejos la sustitución del principio de culpabilidad por el de proporcionalidad. En primer lugar, este concepto puede ser aplicado para la limitación de la magnitud de la pena, pero no en la fundamentación de la punibilidad, sólo por eso se encuentra ya muy por

---

<sup>29</sup> Ello, sin embargo, no implica en ningún caso desconocer que estas teorías han significado un aporte importante a la ciencia del Derecho Penal, fundamentalmente por ofrecer una vinculación más estrecha entre la dogmática del delito y la política criminal, la criminología y la teoría política en general.

debajo del principio de la culpabilidad. Pero, además, es impracticable porque no dice nada en cuanto al contenido. La afirmación de que una pena es desproporcionada sólo tiene sentido cuando se sabe con claridad respecto a qué se pretende que guarde proporción. Si se parte de que la pena debe guardar una proporción adecuada a la culpabilidad del autor, se cae de nuevo en el principio de culpabilidad,

«30

A estas alturas, nos parece claro que la culpabilidad no es reformulable bajo criterios de pura prevención o de pura proporcionalidad, pues si pretende servir de límite y medida de la pena, debe fundársela concretamente y con independencia de ésta. Pero si no se puede echar mano de la libertad ¿qué esperanzas puede haber de dotar de fundamentos sólidos a este principio básico del derecho penal?

Una alternativa interesante es la elaborada por Carlos Nino. Ampliando las tesis de Strawson, este autor afirma, con certera convicción, que estructurar el derecho sobre la base del intento de explicar las conductas humanas como consecuencias de causas determinantes, significaría trastocar todas las normas de convivencia, de comprensión y de interacción personal entre los individuos. El arraigo social de "la posibilidad individual de actuar de otro modo", de un margen de libertad entre no infinitas pero sí algunas posibilidades, es indiscutible. De este modo, sin afirmar ni negar la validez científica del determinismo, la libertad de voluntad es un postulado de validez e importancia ineludible en el ámbito de lo normativo.

"No es aventurado afirmar -dice- que las consecuencias que tendría para la vida social el no tomar en cuenta actitudes subjetivas como el consentimiento, las decisiones e intenciones de la gente para determinar qué actitudes, acciones, prácticas e instituciones debemos adoptar, serían todavía mucho más profundas y perturbadoras que la mera desaparición de las actitudes reactivas de que nos habla Strawson". Y más adelante expone lo central de su enfoque, al señalar que "el determinismo sostiene... que nuestras decisiones e intenciones

---

30 ROXIN, ¿Qué queda de la culpabilidad...?, p. 678.

son el resultado ineludible de factores causales preexistentes. Esto no es lo mismo que decir, ni implica afirmar que no debemos tomar en cuenta las decisiones o intenciones de la gente para determinar qué actitudes y acciones debemos adoptar hacia ellos o para diseñar prácticas e instituciones que los involucren. Mientras el determinismo, tal como fue enunciado, es supuestamente una tesis descriptiva, la última proposición expresa una tesis normativa que no se infiere de la anterior".<sup>31</sup>

Sin embargo, y como tendremos ocasión de ver, ni aun en el campo de la descripción de los fenómenos puede concederse al determinismo una vigencia sólida, como se ha pretendido, sino bastante atenuada y, hoy en día, abiertamente declinante. Por lo demás, estimamos que el arraigo del principio normativo de libertad no es gratuito, sino que se basa en una realidad que no puede ser desatendida simplemente porque no cabe en la óptica científica. Como veremos, ésta es de suyo impotente frente a conceptos que, como el de libertad, sobrepasan sus fronteras y que, sin embargo, marcan profundamente la realidad humana desde su mismo modo de ser.

Es por ello que pensamos, a diferencia de Nino, que no hay razones que en verdad justifiquen el abandono de la dimensión descriptiva del principio de libertad, que es la única que tiene pretensiones de realidad. La adscripción a una libertad con base normativa nos parece correcta en la medida en que refleja un hecho social. Pero nos parece insuficiente, pues en primer lugar, no es en verdad claro que la versión descriptiva del determinismo carezca por completo de incidencia en el plano normativo. Históricamente se ha visto cómo la ciencia ha marcado etapas en la evolución normativa, para bien y para mal. Baste pensar en las tesis normativas vigentes durante el nacionalsocialismo, y aún antes: extrañas amalgamas de intereses preventivos con presuntas verdades científicas sobre condicionamientos biológicos y genéticos de la actividad delictiva. Y, en lo positivo, precisamente a aquella interdependencia debemos la incorporación a nuestra disciplina de los elementos de juicio que nos

---

<sup>31</sup> NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, B. Aires, 1980, p. 381.

entregan las ciencias sobre la personalidad, las cuales, sin duda, no pueden dejar de tener fuerte incidencia en el derecho penal.

Por otra parte, en la medida en que se afirma que la dimensión normativa del principio es enteramente independiente de la verdad de la hipótesis determinista, nada obliga a tomarla en consideración, sobre todo si se reconoce, como el propio Nino hace, que es impensable que las *actitudes reactivas de la comunidad* hacia los autores de delitos vayan a desaparecer o modificarse profundamente como consecuencia de una reforma en las prácticas punitivas.<sup>32</sup> Ambos planos, uno más objetivo (como el mismo Nino declara que sería deseable que así fuera) y propio del derecho penal, podría coexistir sin alterar el otro, más subjetivo y culturalmente dependiente, consistente en la actitud de los individuos frente a los autores de hechos delictivos.

Por último, en la medida en que su base es sólo consensual, esta tesis siempre nos mantendría sujetos a la pregunta mortificante de si acaso lo que aceptamos sólo por ser consensual es también verdadero, con todo lo de esquizofrénico que ello conlleva.

En nuestra opinión, la fuerza normativa del principio de libertad emana precisamente de la realidad de la libertad como particular condición humana. Es notable que a pesar de tantos años de pregonado determinismo, nuestras actitudes hacia los demás y hacia nosotros mismos sigan inamoviblemente fundadas en la tácita consideración de nuestra libertad y la ajena. Ello es así porque la tácita experiencia de la libertad es ineludible para cualquier individuo, como tendremos ocasión de ver más adelante. Sostener la verdad descriptiva de la condición humana que expresa el principio de libertad es el objetivo de las siguientes páginas. Ello implica cuestionarse científica y filosóficamente acerca de la libertad del hombre, pues, aun contra la corriente actual, estimamos vital este cuestionamiento.

Es preciso preguntarse, por ende, si acaso es en verdad necesario que el derecho penal abandone el concepto de libertad que ha ocupado como base por tanto tiempo. Más precisamente, se trata de

---

32 NINO, op. cit., p. 378.

establecer si es efectiva la afirmación que por doquier se oye, en el sentido de que la libertad no existe, o que, por lo menos, se trata de una idea simplemente indemostrable.

## LIBERTAD Y DETERMINACION EN LA PERSPECTIVA CIENTIFICA

Ya hemos mencionado que la crítica principal a la libertad es su presunta indemostrabilidad. Pero frente a ello cabe preguntarse, ¿qué tipo de demostración se está exigiendo? Ciertamente, se alude a una demostración científica, experimental. Pero ésta es de suyo incompatible de partida con cualquier demostración de la libertad, por lo que en realidad no es mucho lo que se afirma cuando se dice que es científicamente indemostrable. ¿Cómo podría comprobarse experimentalmente la libertad?

En todo experimento se pone a prueba la hipótesis explicativa del fenómeno estudiado, o si se quiere, la capacidad de prever resultados de la teoría utilizada, la cual permanece firme si se verifica el resultado previsto conforme a ella. Pero entonces, ¿cómo podría demostrarse definitivamente la existencia de la libertad humana mediante un experimento? Uno diría: sometiendo a un individuo a condiciones bajo las cuales tuviera necesariamente que comportarse en un determinado sentido y, no obstante ellas, actuara de otra manera. Sin embargo, esto tampoco demostraría la libertad, pues para ello sería preciso que previamente estuviera absolutamente esclarecido que las condiciones impuestas al individuo son causa necesaria de una cierta conducta, puesto que sólo entonces su voluntad libre "rompería", se sobreimpondría a la causalidad, al hacerlo actuar de otra forma. Luego, cuando éste sea el resultado de un experimento de esta naturaleza nunca se sabrá si se ha probado la libertad o si se ha demostrado que era falso el supuesto de necesidad, esto es, que bajo tales condiciones necesariamente debía verificarse una cierta conducta. La libertad es inverificable experimentalmente.

Lo que sí puede probarse por la vía de la experimentación es que hay determinadas situaciones, o bien ciertos rasgos psíquicos o condicionamientos biológicos que forzosamente llevarán a un individuo a actuar en alguna forma preestablecida. Es decir, puede saberse y comprobarse que el sicópata sexual necesariamente actuará de cierto modo ante una fuerte provocación de su impulso sexual, sin que pueda (ni quiera) sustraerse a ello. De este modo, podría pensarse que si bien no es de índole científica la demostración que debe exigirse de la libertad, de todas formas queda demostrada científicamente su inexistencia a través de estos casos en que se sabe que el individuo se conducirá de un modo perfectamente predefinido y predefinible conforme a los patrones explicativos de su psiquis e historia personal.<sup>33</sup>

Sin embargo, una afirmación de tal amplitud no tiene ningún peso científico, puesto que, de más está decirlo, no guarda ninguna relación con la especificidad puntual de las situaciones de las que se le pretende inferir. Para que la evidencia existente en torno a la falta de libertad del sicópata fuera reveladora de la condición en que se encuentran todos los demás seres humanos haría falta, desde luego, que fueran predecibles con perfecta exactitud todos los actos de este sujeto, aún los más nimios, cosa que está totalmente fuera del alcance de la psicología y de la psiquiatría. Lo más que pueden proporcionarnos estas ciencias son conocimientos que sólo permiten predecir con amplios márgenes de probabilidad una conducta determinada en un cierto período de tiempo. En ningún caso nos dirán qué va a hacer exactamente tal individuo en un preciso momento. Se habla más bien de fuerzas, tendencias, inclinaciones,

---

<sup>33</sup> Según J.R. Lucas, citado por Nino, "el determinismo psicológico es una aspiración más que una amenaza... No conocemos leyes psicológicas que nos permitan hacer algo más que predicciones aproximadas, de suma vaguedad. El determinismo psicológico ha adquirido popularidad porque algunos trastornos de la vida adulta han sido explicados más o menos convincentemente como resultado de experiencias en la temprana infancia: Pero las explicaciones ofrecidas por los psicoanalistas rara vez son de una regularidad 'hempeliana'. NINO, Carlos, op. cit., p. 371.

propensiones en el sujeto, pero en ningún caso de verdaderas predicciones en el sentido determinista de la palabra.

Pero aparte de ello, y esto es lo que nos interesa, una argumentación como la recién mencionada requeriría la afirmación previa de un postulado metafísico acerca de la libertad: que ella debe existir siempre y que, por lo tanto, en todo momento y en todos los casos un ser humano debe actuar en forma libre, supuesto que realmente exista dicha libertad. Pues bien, esta simple suposición metafísica es, como veremos más adelante, manifiestamente errónea, conforme lo demuestra incluso la experiencia más común. Es perfectamente compatible con la idea de libertad la posibilidad de que en ciertos casos pueda carecerse totalmente de ella, tal como es compatible con la existencia de una voluntad humana el que en determinados casos alguien pueda encontrarse totalmente privado de la misma.

Ahora bien, en lo que respecta a la interpretación determinista de la naturaleza y de la vida humana, no podemos dejar de mencionar que en la propia ciencia física se ha abandonado hace ya bastante tiempo la idea de poder explicar causalmente todos los fenómenos que ocurren en ella, pues en el ámbito de lo subatómico el principio de incertidumbre expresa que no es posible tener más que un conocimiento aproximado, estadístico del comportamiento de la materia.

Ya no se piensa que a través del enfoque causal de la realidad pueda llegar a conocerse íntegramente. La afirmación de Laplace: "dadme la totalidad de las condiciones del mundo y os diré cómo será en el futuro", ya no puede sostenerse, puesto que, de acuerdo al principio de incertidumbre formulado por W. Heisenberg, en 1927, es imposible conocer con exactitud el estado de la materia (posición y estado de movimiento de las partículas que la componen) para conocer su estado futuro. De la conformación fundamental de los objetos sólo puede tenerse un conocimiento probable, estadístico, nunca certero, sino tan sólo aproximado.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Sobre la base de las alteraciones que inevitablemente introduce en el objeto observado cualquier método de observación, el principio de Heisenberg implica que "una solución rigurosa jamás será factible, puesto que el indeterminismo preside los fenómenos elementales: Todo nuestro conocimiento se reduce a la determinación de

Y si bien se mira, aun dentro del esquema de la física clásica, la pretensión de conocimiento pleno de la realidad reflejaba una verdadera profesión de fe en la suprema racionalidad y en el supremo poderío de la ciencia reveladora de las razones directivas de la naturaleza. Pues ninguna duda cabe de que cualquier predicción exacta sobre un hecho físico futuro requeriría un conocimiento igualmente acabado de las condiciones iniciales, lo cual quizás puede ser practicable en un nivel macroscópico y siempre y cuando no fueran demasiadas las variables que entren en juego, pero en niveles de gran complejidad, lograr el conocimiento total del estado presente es simplemente imposible.

Es común que se esgrima el principio de incertidumbre de la física cuántica en contra del determinismo mecanicista (así Jescheck y otros), en cuanto manifiesta una nueva y radical imposibilidad de acceder a un conocimiento pleno y acabado de la realidad ultrapequeña. Sin embargo, si sólo éste fuera el alcance de la mecánica cuántica, el determinismo quizás podría seguir en pie como una hipótesis fundamental acerca del funcionamiento de la naturaleza,<sup>35</sup> pues el conocimiento meramente probabilístico que aquélla arroja sólo se debería a inevitables interferencias de medición, pero sólo a eso: interferencias. A la base podría seguir permaneciendo un mundo determinado, regido por leyes rígidas.

Sin embargo, los alcances de la mecánica cuántica son más amplios, puesto que ella no sólo da cuenta de la interferencia que

---

probabilidades, y las leyes de la física son, en realidad, leyes estadísticas. (...) Al intentar observar la realidad -por ejemplo, al iluminar una partícula para verla- perturbamos los fenómenos elementales, y de esta interferencia entre el observador y lo observado nace la incertidumbre de Heisenberg. Por refinadas que sean las mediciones que la ciencia de los siglos venideros realice, aunque logren estrechar el entre la medición y lo real, no podrán jamás franquear el límite trazado al rigor de nuestras previsiones de nuestras leyes por el principio de Heisenberg, puesto que éste depende de una propiedad fundamental de la estructura del mundo: de la irreductible dualidad de sujeto y objeto" (PAPP, Desiderio, Historia de la ciencia en el siglo XX, T. III, Edit. Universitaria Chile, 1983, p. 151).

35 Cabe acotar que, al ser inverificable, dicha hipótesis fundamental carecería de valor físico real y pasaría a ser una mera suposición acerca de una parte de la realidad a la que es imposible acceder plenamente.

toda observación ejerce sobre lo observado, sino que además, la constante de Planck en la que se cimenta, fuerza a revisar conceptos también fundamentales como los de coordenada y momentum. La teoría cuántica expresa que toda descripción implica una elección del sistema físico de medición, lo cual es también una elección acerca del modo de interrogar a la naturaleza. Esto conlleva la necesidad de dejar la noción clásica de objetividad, tal como ha destacado Bohr al formular su famoso principio de complementariedad, que expresa la irreductible duplicidad de perspectivas físicas acerca de un mismo fenómeno. Esos diversos lenguajes físicos son complementarios, pero inunificables, lo cual revela que cada uno manifiesta sólo una parte de la realidad.<sup>36</sup>

Pero, además, un cambio aun mayor se ha producido en los últimos años en lo que toca al enfoque de los procesos naturales, pues nuevamente el concepto físico de temporalidad ha sido objeto de profunda revisión.

En efecto, conforme a la física clásica y a la teoría de la relatividad, las leyes naturales expresan relaciones reversibles entre los fenómenos, es decir, relaciones en las que la dirección temporal es indiferente.<sup>37</sup> Un primer cambio a este respecto se produjo ya con la aparición de la mecánica cuántica, pues la introducción del concepto de probabilidad conlleva una dirección temporal que no puede ser indiferente, por lo que sin duda hay aquí un énfasis en la dirección

---

<sup>36</sup> PRIGOGINE, Ilya, STENGER, Isabelle, *Order out of chaos: man's new dialogue with nature*, Bantam Books, 1984, pp. 224 y s.

<sup>37</sup> Pese a la reformulación que planteó del concepto de simultaneidad, por ejemplo, la visión de la realidad inherente a la teoría de la relatividad se mantuvo dentro de un esquema determinista, precisamente en la medida en que también para Einstein las leyes físicas son reversibles, y la variable temporal una más junto a la coordenadas espaciales. El universo cuadridimensional de Minkowsky expresa bien esta idea, pues al mostrar un mundo físico en cuanto coordenadas (tres espaciales y una temporal) pone de relieve el hecho que, según la teoría de la relatividad, el tiempo interviene en las leyes de la naturaleza en la misma forma que las coordenadas espaciales, con lo cual implícitamente se postula su intrínseca reversibilidad. (EINSTEIN, Albert, *Sobre la teoría de la relatividad espacial y general*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 107 y s.).

del tiempo. Sin embargo, esta teoría no postula ni teoriza dicha direccionalidad, sino que más bien la presupone. Las investigaciones experimentales y teóricas más recientes, en cambio, demuestran que la reversibilidad de los procesos no es una característica universal en la naturaleza, sino más bien un supuesto de la teoría clásica que deriva del ámbito macroscópico de referencia a partir del cual se formuló. Al hilo de la segunda ley de la termodinámica y a la luz de la evidencia de procesos unidireccionales, Ilya Prigogine ha puesto de relieve un hecho aparentemente paradójico: que en la naturaleza coexisten procesos reversibles con otros irreversibles. Además, ha hecho patente que la irreversibilidad es más común en procesos complejos, como son precisamente los que tienen lugar en los organismos vivos, por simples que éstos sean.

La teoría de Prigogine demuestra cómo las configuraciones inestable presuponen intrínsecamente azar e irreversibilidad. Muestra, en definitiva, cómo el curso del tiempo es crucial y cómo éste último se revela, *no como una mera variable, sino esencialmente como construcción creativa*. Dicho por él mismo

" tanto la mecánica clásica como la cuántica se basan en condiciones iniciales y leyes deterministas (sobre trayectorias o funciones de onda) arbitrarias. En un sentido, esas leyes hacen simplemente explícito lo que ya estaba presente en las condiciones iniciales. Este no es el caso cuando la irreversibilidad se toma en cuenta. En esta perspectiva, las condiciones iniciales surgen de la evolución previa y son transformadas en estados de la misma clase a través de la evolución subsecuente

Nos acercamos entonces al problema central de la ontología occidental: la relación entre *ser* y *llegar a ser* ( ) Es destacable que dos de los más influyentes trabajos del siglo se hayan dedicado precisamente a este problema. Tenemos en mente *Process and Reality*, de Whitehead y *Sein und Zeit*, de Heidegger. En ambos casos, el esfuerzo es ir más allá de la

identificación de Ser con atemporalidad, siguiendo la Voie Royale de la filosofía occidental desde Platón y Aristóteles" <sup>38</sup>

En este contexto, entonces, poco queda en pie de los postulados deterministas, tan en boga durante el siglo pasado en el ámbito de las ciencias naturales, de donde fueron recogidos con reverencial obediencia por las ciencias sociales y del espíritu. Ante el panorama actual, cabe preguntarse ¿en qué vamos a fundamentar ahora los rígidos postulados deterministas que otrora tomamos de la física y que ésta ya ha abandonado?; ¿pretenderemos corregir la visión que nos proporciona la ciencia actual para afirmar un determinismo propio?; ¿sobre qué base?

También suele decirse en contra del postulado de la libertad humana que el psicoanálisis ha puesto de manifiesto que a la base de las conductas conscientes se encuentran una serie de factores subconscientes que actúan sobre el individuo, determinando sus afectos y sus reacciones, sin que éste siquiera pueda advertirlo. Ello, se dice, demuestra que no existe ninguna libertad de voluntad, sino un sinnúmero de motivaciones ocultas que configuran nuestra vida de una u otra forma. Es decir, sin darnos cuenta, es el subconsciente el que dirige nuestros actos, o bien, dirán psicólogos, son los esquemas aprendidos en nuestro entorno cultural los que los determinan.

Respecto de este último aserto de la psicología y de la sociología sólo cabe una objeción de grado, por así decirlo. Qué duda cabe que el ambiente en el que nos educamos y desenvolvemos marca profundamente nuestras vidas y determina así nuestras acciones. Sin embargo, y esto nos parece importante, esa determinación es siempre mediata y nunca o casi nunca condiciona al individuo a la ejecución de una única acción. El medio determina un marco de configuración vital, más o menos estrecho, pero dentro de él las posibilidades de accionar son siempre muy amplias (excluyendo, por cierto, las situaciones de verdadera coacción moral que sobre un individuo puede ejercer un conglomerado dado, como cuando ante el adulterio

---

38 PRIGOGINE, op. cit., p. 309 y s.; traducción libre del original.

de la cónyuge el repudio pasaba a recaer sobre el marido si no tomaba venganza en contra del hechor).

En cambio, en lo que atañe al uso determinista de las enseñanzas del psicoanálisis cabe un reparo más enérgico. Pues precisamente el objetivo de la terapia es lograr traer a la esfera de lo consciente hechos del pasado del individuo que, sin aflorar a la conciencia, determinan en él ciertas reacciones o conductas, para así racionalizarlos, reelaborarlos y poderlos manejar y superar. "El objetivo del tratamiento psicoanalítico pretende descubrir, junto con el paciente, las posibilidades que tiene de encontrar su identidad. Si la terapia tiene éxito, el paciente habrá ganado un trozo de independencia; no sólo se imaginará que actúa libremente, sino que lo hará -en la medida en que lo que antes era inconsciente se convierte en consciente".<sup>39</sup>

En suma, en el mundo de hoy es preciso tener mucho cuidado cuando se habla sueltamente del determinismo científico, pues como hemos visto, su imperio es hoy acotado.

Pero, al margen de ello, hemos visto también que no es posible pretender una demostración científica de la libertad porque eso excede las posibilidades de la ciencia. Y a la inversa, no puede esgrimirse como demostración científica contraria a la libertad aquellos casos en que ésta verdaderamente no se da, o es irrelevante, pues ello supone, entre otras, una afirmación metafísica (por añadidura falsa) acerca de la libertad.

Luego, cuando se habla acerca de la demostrabilidad de la libertad debe estarse de partida abierto a un enfoque filosófico de la misma. Recíprocamente, cuando desde un criterio pretendidamente científico se descarta de antemano la posibilidad de toda libertad, debe estarse al corriente de que, aun sin cuestionar sus fundamentos, de todas formas habrá en esa objeción una determinada postura filosófica: el dogmatismo que significa decir que no hay más realidad ni más demostración que la científica.

---

<sup>39</sup> LÖDERSEN, op. cit, p. 174.

## LA LIBERTAD HUMANA EN UNA PERSPECTIVA FILOSOFICA

### *Determinismo y voluntad*

Hasta aquí hemos señalado que, según el determinismo, la libertad del hombre no existe. Pero es preciso aclarar en este momento que ello no implica negar la experiencia ni la noción que todos tenemos de la libertad. De partida, si se la niega es porque se sabe qué se está negando. Pero sobre todo, el principal argumento que se esgrime en contra de ella, conforme al cual la libertad sería una mera ilusión, demuestra precisamente la ineludibilidad de su experiencia.

Tampoco se niega que existe en el hombre algo a lo que llamamos voluntad y que es, dicho grosso modo, esa facultad por la que nos ponemos a ejecutar un acto o nos abstenemos de él. Que todos tenemos voluntad, nadie se atrevería a ponerlo en duda.

Y es precisamente en el seno de la voluntad, en la posibilidad que tenemos de verterla, en un mismo momento, en un acto o en otro muy diverso, donde acontece y experimentamos nuestra libertad. Es sobre la base de la libertad que la voluntad puede desplegarse en uno y mil actos diversos cada vez.

Sin embargo, para un determinista el hombre no escapa a la necesidad que se da en el mundo físico, palpable por lo menos en el orden de acontecer en el que nos movemos los seres humanos. Sin duda, si dejo de comer me voy a morir, o si suelto este lápiz se va a caer. Del mismo modo, si hago o no hago algo es porque uno o más factores han confluído en tal sentido y me han llevado a ese acto o a esa abstención. Es decir, la libertad, para este modo de pensar, ni siquiera sería coherentemente articulable con nuestra naturaleza física, sujeta al determinismo que nos rige biológica y psicológicamente. La voluntad, en definitiva, se depona en aquello a lo que no podía dejar de apuntar. Aquello que quiero hacer no podía menos que quererlo necesariamente. Mi conciencia de libertad, por ende, no es más que una ilusión. Si una aguja magnética tuviera conciencia, creería también que es libre al apuntar hacia el polo.

Será, pues, el objetivo de los siguientes párrafos analizar muy someramente si acaso es posible y verdadera esta explicación del acto de voluntad.

Ante todo, cabe preguntarse si lo expuesto implica negar que entre los motivos y tendencias que se tienen para actuar y el acto que en definitiva se realiza existe una intervención del individuo. La respuesta es negativa. La visión determinista del hombre no puede negar la particular posición en que éste se encuentra respecto de sus actos, puesto que precisamente en virtud de ella tiene la ilusión de ser libre, en tanto tiene la impresión de que es él quien los dirige, es decir, de que es él quien va por delante de sus actos.

En verdad, lo que se niega es otra cosa. Ninguna duda cabe que en todo acto de voluntad hay un momento de determinación, un momento de decisión que implica optar entre hacer una cosa u otra. Pues bien, lo que se rechaza es justamente que ese momento de determinación sea libre, pues, en este esquema, *ese momento de determinación no es determinante, sino que es determinado*. Allí radicaría precisamente la ilusión, en tomar lo determinado por determinante. Veamos si esto es efectivo.

Lo primero que a uno se le viene a la mente es que ese momento de determinación que existe en todo acto de voluntad es consecuencia de una decisión racional. Luego, si este momento es clave en el fenómeno de la voluntad no quedará otra alternativa que afirmar que la generación de mis pensamientos y decisiones es en sí determinada o preordenada por sus estados anteriores. ¿Pero puede sostenerse esto coherentemente con la realidad? Pareciera que no, pues la vida mental de los individuos reales en nada se asemeja a un proceso preordenado. De hecho, muchas veces pensamos en algo y nos saltamos pasos en el raciocinio, o nos equivocamos, perdemos la pista, tenemos un chispazo de acierto que luego se desvanece, nos desconcentramos, etc. Es decir, el ámbito intelectual es también un ámbito desordenado en el hombre, en constante dinamismo no lineal y entrecortado. Sin duda, el pensamiento escrito es fluyente y ordenado, pero la verdad es que muchas veces llegar a esa formulación ha sido el resultado de una penosa y prolongada tarea; y en todo caso no debe perderse de vista que ello acontece en el marco de un acto

racional muy específico. El resto de nuestra actividad intelectual rehuye toda cohesión y es preciso encaminarla para obtener de ella resultados. Entonces, ¿cabe afirmar que hay aquí determinación, es decir, no sólo que nuestros pensamientos se formulan sobre la base de los anteriores (pues esto es común a todo proceso temporal), sino que ellos vienen necesariamente exigidos por los anteriores? Ciertamente que no.

Pero aún suponiendo una presunta forzosidad en nuestros procesos intelectuales, existe una segunda razón, aún más importante que la anterior, para descartar esta idea de la predeterminación de nuestros actos de voluntad. Y es que, desde luego, el aspecto determinativo de la voluntad pasa por una postulación y justificación racional del acto, pero mientras sólo eso se ha efectuado aún no tenemos ninguna determinación de la voluntad. Porque ¿cuántas veces ocurre que racionalmente nos proponemos realizar un acto que nunca ejecutamos, no sólo porque se nos olvida, sino porque no tenemos la fortaleza de ponernos a querer ese acto que nos cuesta, es decir, porque está la idea pero falta la voluntad? Se tiende a pensar que la determinación de la voluntad es fundamentalmente racional, cuando la verdad es la contraria, es un momento esencialmente volitivo. La determinación se dará al deponer efectivamente mi capacidad fuente en un acto concreto. Todo lo que no llegue a esto no pasará de mero pensamiento.

Ahora bien, es cierto que yo puedo tomar decisiones que después sólo ejecuto cuando llega el momento apropiado. Pero de allí no se deduce que la determinación de mi acto nazca simplemente de un proceso de deliberación, pues toda decisión verdadera compromete la voluntad, involucra un momento de voluntad por el cual acepto y paso a querer la realización del acto que me he propuesto. Es decir, sin voluntad tampoco hay decisión, y si no llega a concretarla será por haberla revocado a través de nuevo acto de voluntad.

Pues bien, la fruencia misma, el querer, no es determinado. Al contrario, es por esencia libre o dejaría de ser querer. Podría decirse que el querer es siempre querer de algo y que este algo puede estar deterministamente planteado por las tendencias, los afectos, la razón, etc. Sin embargo, aún si fuera cierto esto último, primero se requeri-

ría ese acto o movimiento del yo por el que se pone a querer algo, y esto en sí mismo nunca es determinado

Muy difícilmente podrá sostenerse, entonces, que el modo como un razonamiento, por ejemplo, influye en mi actuar es causal. ¿Cuántas veces no desoímos las buenas razones y actuamos del modo a que nos conducen nuestros impulsos o nuestros sentimientos? Sin embargo, en otros casos será un simple pensamiento (acerca de las consecuencias de un acto, o de sus implicancias éticas, etc.) el que determine nuestras acciones. ¿Qué marca la diferencia entre uno y otro caso? La posición que el sujeto le asigna a la razón en esas situaciones. La facultad de razonar no ha variado; lo que sí cambia es la determinación de la voluntad. En en ésta, como veremos, donde se asienta la libertad.

#### *El proceso de la voluntad*<sup>40</sup>

Para Zubiri, el origen de la voluntad está, no en la libertad, sino en las tendencias. El hombre, en efecto, ser inteligente y volente, se ve reclamado por sus tendencias a intervenir en la gestión de sus actos. Por sí mismas las tendencias no desencadenan, como en los animales, la respuesta inmediata adecuada. El hambre, por ejemplo, *no nos pone a comer*. Pero el hambre sí nos pone a desear comer, que es cosa bien distinta.

Esta intervención de la conciencia que las mismas tendencias reclaman es consecuencia del carácter formal propio de estas últimas: *su inconclusión*; pues ellas no concluyen por sí mismas en un acto definido.

En tercer lugar, como destaca acertadamente Zubiri, cualquier intervención de la conciencia sobre los actos a ejecutar supone la *suspensión de la tensión vital generada por las tendencias*. Si así no fuera nos veríamos arrollados por ellas. El hambre, como decía, no nos pone a comer, pero nos mueve a quererlo. Pero voluntariamente

---

<sup>40</sup> Lo que sigue intenta ser una apretada síntesis de las ideas expuestas por XAVIER ZUBIRI en su obra *Sobre el sentimiento y la volición*, Madrid, 1992.

también puedo dejar de alimentarme si, por ejemplo, tengo mucho trabajo por hacer. Pues bien, eso significa entonces que el estímulo ha dejado de ser *mero estímulo* para mí y que he pasado a hacerme cargo de él *como realidad*. Y a una con ello significa también que la realidad ha dejado en ese instante de ser determinante de mis actos, pues si finalmente la acepto y me pongo a comer, no habré sido llevado por ella, sino que en virtud de la suspensión, la habré aceptado. En esto radica el pre-ferir.

Las tendencias lo ponen a uno a querer algo para solucionar una situación vital, y ello implica que aquello que constituye en el hombre "el término último de su volición, y el medio en que todas las cosas son queridas, es justamente su propia realidad". Esto significa que la estructura volente de las acciones humanas presupone en el individuo la percepción de sí mismo, es decir, la presencia de sí mismo y para sí mismo. Veamos esto con más calma.

Puesto el hombre, en virtud de sus tendencias, a tener que enfrentar y hacerse cargo de la realidad, se ve forzado a ir hacia ellas por un acto especial, que es el acto de preferir. Esto significa que se encuentra de algún modo "volcado, desde la situación en que se encuentra incurso, sobre la situación misma". Es decir, el hombre se encuentra ante-puesto a sí mismo, se encuentra *sobre sí* en la medida en que sale del "mero estar" frente a la situación que lo reclama. No sólo está, sino que es consciente de cómo está en esa situación. En ese sentido, el individuo está antepuesto y sobrepuesto a sí mismo. Esto es justamente lo que expresa la forma medial *me*. Es distinto, por ejemplo, el sentido que lo que expreso cuando digo que siento cansancio que cuando digo que me siento cansado. "(...)" en la medida en que el hombre está colocado sobre sí, aunque sea en esta forma medial del me, ha salido por lo menos del "mero estar". Y la salida -el salir de sí- consiste en que el hombre es una realidad tal que en aquello que efectivamente es, no puede menos que salir de su "mero" estar, para colocarse y estar justamente "sobre sí". El hombre

es -física y metafísicamente- una realidad "disyunta" Una disyunción que le aboca necesariamente a una superación" <sup>41</sup>

Pero además, desde esta posición, desde este estar sobre sí saldrá al encuentro de sus tendencias por el acto de preferir. Y ello ya implica ser también *para sí mismo*. En todo acto de voluntad el hombre parte desde sí mismo para volcarse sobre sí, deponiendo su voluntad en la realidad querida por él. Y este es justamente el quicio de toda libertad en el ser humano: hallarse abierto a sí como posibilidad de sí mismo. *El hombre no sólo es, sino que también es y tiene que ser en sí mismo para sí mismo*. Esto es precisamente lo que Zubiri llama la libertad para sí.

### *El concepto de libertad*

Porque, en efecto, puede concebirse la libertad como una libertad *de algo* o una libertad *para algo*. En el primer caso, se entiende que el hombre es libre de sus tendencias o apetitos inferiores. "El hombre, constituido por un sistema de apetitos, inferiores unos, se nos dice, racionales o superiores otros, se encuentra instalado en el segundo sistema, el de los apetitos superiores, en una condición, dirá la filosofía escolástica, que es condición de libertad. Estos apetitos superiores, en efecto, se hallan todos ellos regulados por un apetito de voluntad hacia el bien general. Ni qué decir tiene que como no se puede querer sino bienes particulares, el hombre se encuentra, en virtud de este apetito, en una situación de libertad, donde, por consiguiente, libertad significa que no está dominado el acto de voluntad por lo otro, por las tendencias o los apetitos inferiores" <sup>42</sup>. En este contexto se inscribe la idea de libertad que encontramos en Welzel cuando nos habla de que ella es libertad respecto de la coacción causal de los impulsos para poderse determinar conforme a sentido. Se dan aquí los dos caracteres esenciales recién aludidos: independencia

---

<sup>41</sup> Ibid, p. 74

<sup>42</sup> Ibid, p. 87 y s.

de los apetitos inferiores y orientación intelectual hacia el bien en general.

En la *libertad para*, en cambio, el pensamiento discurre acerca de la finalidad de ser libre. Podrá responderse, entonces, como hace Kant, que el hombre no sólo es una realidad que es, sino que también es libre para lo que debe ser. Todo apetito, todo sentimiento o todo acto de la razón pertenece al orden de lo que el hombre es. Más allá de lo que es sólo está el imperativo moral, que consiste en cumplir el deber por el deber mismo. De aquí arrancaron, como dice Zubiri, todas las ideas de la voluntad como valor.

Para Hegel, la libertad es libertad para sí mismo, es autodeterminación del concepto. "La realidad, toda ella, diría Hegel, es espíritu absoluto, y ese espíritu absoluto que lo abarca todo, naturalmente, en un cierto momento, para poder estar en sí mismo, se hace la ilusión -empleemos la palabra ilusión para mayor claridad, Hegel no la emplea- de contraponerse a sí mismo; con lo cual resulta que al ocuparse con lo otro no hace sino ocuparse consigo mismo. Justo, ahí está la libertad. El espíritu absoluto se vuelve desde la naturaleza sobre sí mismo, y en esa vuelta consistiría la raíz y el acontecer interno de la libertad" <sup>43</sup>

El concepto de libertad que nos da Zubiri también puede ser caracterizado como una libertad para sí mismo, pero en un sentido diverso del que tiene en Hegel. De partida, Zubiri no se ocupa del todo de la realidad, sino que parte del fenómeno primario de la voluntad en el hombre, distinguiendo sus notas esenciales, a las que ya hemos aludido un tanto esquemáticamente. Porque sumidos en el espíritu absoluto cabe preguntarse, efectivamente, si su dialéctica interna es libre o no en sí misma y si acaso envueltos en ella gozamos en última instancia de libertad. Además, Zubiri apunta a la unidad de ambos momentos de la *libertad de* y la *libertad para*, en la unidad del modo de ser del ente que es libre.

Como hemos visto, el hombre se encuentra constitutivamente abierto a sí mismo, como posibilidad de sí mismo. En esa posición

---

<sup>43</sup> Ibid., p. 91

especial del sujeto respecto de sí, o si se quiere, desde esa anteposición a sí mismo, el individuo depone su voluntad en aquello que se le presenta como un bien concreto para él mismo. De este modo, esto es, por determinar desde sí su realidad futura a través del acto voluntario, el hombre tiene el dominio, es dueño de sí mismo. Pues bien, *el modo de ser del ente que es en dominio de sí mismo por la ejecución del acto voluntario es precisamente la libertad.*

### *Los caracteres del acto voluntario*

Mirado en cuanto tal, el acto de voluntad exhibe tres notas características esenciales

Como sabemos, la inconclusión de las tendencias exige la intervención del hombre para hacerse cargo de la realidad y lo pone a tener que querer un acto que en sí es indeterminado, por la misma inconclusión de las tendencias. De allí el primer carácter del acto libre *su indeterminación*

Y esta indeterminación, puesto que es nota de la volición que ejecuta un acto, se traduce en una *indiferencia activa* del mismo. Pero esta indeterminación no es tan sólo una consecuencia inicial y pasajera del modo como las tendencias reclaman la intervención volente del sujeto, sino que se prolonga aún durante la ejecución del acto, porque cuando ejecutamos una acción tenemos también la conciencia de poder ejecutar otra muy diversa. Más aun, esta conciencia no sólo recae sobre la sola *potencia* de un acto posible y alternativo, puesto que no se trata sólo de *haber podido* ejecutar otro acto. "sino de estar pudiendo ejecutarlo mientras ejecuto el primero"

Es por esa indiferenciación (activa y que envuelve una simultaneidad de potencia respecto de otros actos posibles) que acontece el segundo momento de libertad del acto voluntario: su *autodeterminación*. Bien advierte Zubiri que hay que distinguir la libertad de la espontaneidad, por lo que la cuestión que hay que resolver es justamente en qué se diferencian la una de la otra.

Ya al plantearse el tema de la voluntad en cuanto tal se hace preciso delimitar lo que es voluntario frente a lo que es espontáneo, puesto que lo voluntario, en cierto modo, puede caracterizarse como

actividad propiamente tal frente a la mera espontaneidad. Pero es claro que casi cualquier acto espontáneo puede realizarse también en forma voluntaria. Puedo imaginar o respirar tanto espontánea como voluntariamente. Luego, lo que hay que responder es qué es lo que eleva la espontaneidad a voluntariedad. Pues es la intervención formal del tiempo. La voluntad es intención, dirección hacia algo. Es inherente y específico de ella la perspectiva de futurición en que se desarrolla, la perspectiva no sólo de lo que es sino de lo va a ser.

Zubiri retoma en parte esta idea del acto voluntario, pero la lleva a una formulación un tanto más radical al hablar de la libertad. Para él, la diferencia estricta que existe entre espontaneidad y libertad es que mientras la primera es determinación *desde sí* mismo, la segunda es determinación *por sí* mismo. La aguja magnética del ejemplo dado páginas atrás es un caso de espontaneidad, de determinación desde sí mismo.<sup>44</sup>

En cambio, el acto voluntario y libre del hombre es *autodeterminación*, pues es determinación *por sí* mismo y para sí mismo. ¿Qué significa esto? Es algo que conviene examinar con mayor detención y a la luz del principio de razón suficiente, puesto que cabría preguntarse si la hay en eso de determinarse por sí mismo. Según el principio, toda realidad tiene su razón suficiente en otra que explica su existencia. Pues bien, contrariamente a lo que podría pensarse, este principio es plenamente aplicable a la libertad. Todo acto voluntario, cualquiera que sea su contenido, lo es porque para quien lo ejecuta tiene alguna dimensión de deseable, moral o inmoral, eso aquí no importa. Lo claro es que en el filete encuentro todas las condiciones de deseabilidad como para comérmelo, con lo que su realidad explica perfectamente el acto con que yo lo quiero. "Esto es lo que pide el principio de razón suficiente, y el principio de causalidad eficiente

---

<sup>44</sup> Además, agreguemos, tampoco hay allí indiferencia activa del acto que se ejecuta. En verdad, el ejemplo contiene una trampa, pues en cuanto nos hace imaginarnos una conciencia en la estrechez de una aguja magnética nos lleva a concebir algo que se parece bien poco a una verdadera conciencia. ¿Qué reversión sobre sí misma podría tener la aguja sin poder más que apuntar? Y si la tuviera, pues ya sería libre para ese acto específico de volver sobre sí misma o simplemente no hacerlo.

Ahora, lo que ordinariamente se piensa y se hace es algo distinto. No es que dada ya una realidad tenga en otra toda su razón suficiente de ser, sino que esta razón suficiente de ser, no solamente es razón suficiente de ser, sino que además es la que, una vez puesta, *desencadena lo sido*; <sup>45</sup> es decir, se convierte subrepticamente el principio de razón suficiente en principio de razón necesitante". Y al hacerlo, se pasa a suponer que toda realidad *sida* tiene su única razón suficiente en la que ha operado como tal, lo cual puede ser verdad, con más o menos acierto, en el ámbito de la naturaleza, pero que en su aplicación fuera de ese ámbito requiere una justificación, puesto que se convierte en una petición de principio. En suma, "todo acto de volición tiene razón suficiente que explica totalmente cuanto hay en la volición, lo que pasa es que no es razón necesitante, y por consiguiente podría haber otras razones suficientes". <sup>46</sup>

Luego, si bien el principio de razón suficiente opera en el ámbito de los procesos naturales reversibles como principio de causalidad necesitante, no ocurre lo mismo en el ámbito de la voluntad. Pero, entonces, ¿cómo llegan a ser las razones suficientes del filete la razón de existencia de mi acto de comérmelo? No por causalidad necesaria y preestablecida, sino por *constitución* de causalidad. La voluntad precisamente hace eso, constituye a algo en causa de mi acto, erige al filete en razón suficiente de mi acto en ese instante, aún cuando bien pudo ser un buen vaso de whisky la razón suficiente de un acto de beber. Pero, se pregunta todavía Zubiri, ¿cómo llega a producirse esta constitución de causalidad? Pues por *contracción* de la propia realidad a las bondades concretas de lo que tengo enfrente, a ese filete, o a ese vaso de whisky. <sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> El destacado es nuestro.

<sup>46</sup> ZUBIRI, Xavier, op. cit., p. 108.

<sup>47</sup> Quizás es este el lugar oportuno para aportar una explicación a la inconclusión de las tendencias. La respuesta en Zubiri es contundente: puesto que el entorno no se presenta al individuo como mero estímulo, sino en tanto realidad, cualquier tendencia queda de suyo inconclusa por esta apertura del hombre a la realidad (por

El tercer momento del acto libre es justo el que deviene de esta contracción, y responde en forma más precisa a la pregunta de en qué consiste la causalidad de la voluntad en el acto libre. Hemos visto ya que todos estos momentos acontecen en el ámbito de la medialidad, de la apertura del hombre a sí mismo. Pues bien, la causalidad de la voluntad se apoya en esa estructura en tanto el hombre es posibilidad de sí mismo. Lo querible es tal para el hombre precisamente porque aparece como posibilidad suya. Por eso, la causalidad de específica de la volición en el acto a que conduce es estrictamente un *poder*. Al desear ese filete como posibilidad de mí mismo y contraer mi realidad a él, depongo mi voluntad en el acto, todavía potencial, de comérmelo, con lo que le concedo poder sobre mí. El poder de lo querido es el poder de quererse a sí mismo en tanto posibilidad de sí, concretizado y contraído al bien sobre el que se depona la voluntad. En esto consiste precisamente, nos dice Zubiri,<sup>48</sup> el hallarse apoderado de sí mismo.

"El ente que está constitutivamente apoderado de sí mismo y por sí mismo, para ser sí mismo, y, por consiguiente, indeterminado frente a los demás: en eso consiste esencial y formalmente el ente libre".

### *Las tendencias y la libertad*

Para Zubiri no hay en verdad oposición entre tendencias, por una parte, y voluntad y libertad, por la otra. Y no la hay sencillamente porque las tendencias son inherentes a la voluntad.

De partida, las tendencias son las que dejan al hombre en situación de inconclusión y, con ello, lo *empujan* sobre sí mismo y además lo *mantienen* en esa situación de inconclusión. Pero, aparte de eso, las tendencias proyectan al hombre sobre sí en un contexto muy concreto, es decir, para resolver las dificultades que ellas mismas le

---

oposición a lo estímulo), es decir, queda inmediatamente modalizada, y por ello, sólo un acto de voluntad puede llegar a realizarla.

48 ZUBIRI, Xavier, op. cit., p. 113.

plantean. El hombre se sobrepone a sí mismo justo *en función* de aquello en lo que las tendencias están inconclusas.

Y esto es esencial en la estructura concreta de la voluntad de cada individuo -y entonces en los rasgos de la libertad de cada cual. Pues la forma como el hombre está inconcluso traza lo que Zubiri llama el perfil de la libertad. De ahí también que las tendencias pertenecientes a la Psicología profunda tienen un papel protagónico en la conformación del perfil de cada persona. Cualquier deformación tendencial severa deforma intrínsecamente la misma voluntad y la libertad. Por eso, el trabajo del terapeuta es distender esas contracturas, desatorar al sujeto de las distorsiones de su voluntad, pues el complejo tendencial, o mejor dicho, el cuadro de inconclusiones que le presentan exigítivamente dan a su libertad un perfil específico.

Pero junto al perfil existe también un área, un nivel (desde el cual es comprensible, por ejemplo, la situación del sicópata) y un grado de libertad. No podemos ahora entrar en estos pormenores, pero con lo dicho ya podemos sugerir la gran importancia que estos conceptos tienen para la psiquiatría y, específicamente, para el derecho penal.

El concepto de una voluntad tendente, esto es, indisolublemente unida a su momento tendencial, es vital para la comprensión del problema de la libertad en general, y también para el enfoque de la realidad concreta de la libertad de cada individuo.

## CONSIDERACIONES FINALES

Con reconocer la verdad descriptiva del principio de libertad se tiene ya el fundamento de la culpabilidad como criterio de imputación subjetiva de conductas antijurídicas a sus autores. Pero quedan todavía algunas dificultades que pueden llevar a pensar que la aceptación abstracta del principio no aporta nada al concepto de culpabilidad, porque deja sin resolver el problema de la libertad del individuo concreto que actúa en un momento dado.

Para Roxin, cualquier explicación indeterminista de la culpabilidad fracasa "en tanto que de modo indiscutido no es accesible a una

demostración científica al momento del hecho de un poder actuar de una libertad de decisión imaginable teóricamente" <sup>49</sup> Para él, si no se puede comprobar la libertad del individuo concreto que ha cometido un delito al momento de llevarlo a cabo, por aplicación del principio *in dubio pro reo* sería siempre preciso absolver a todos los procesados. Y tampoco se conseguiría nada con recurrir a las capacidades de respeto normativo del hombre medio o del común de la gente, pues resultaría ilógico juzgar a alguien por las capacidades de sus semejantes.

Creemos que, en el fondo, la crítica no es seria. Aceptada la validez de la idea de libertad, hemos de entender que todas las personas son libres al momento de actuar, puesto que lo normal es que las personas adultas sean capaces de dirigir sus actos. Es decir, no es necesario proceder a demostrar (ni mucho menos científicamente, que es cosa imposible) la libertad de un sujeto en un momento dado, *puesto que es imposible conocer la totalidad de las condiciones bajo las cuales ha actuado un individuo*, tanto internas como externas a él. Hay en esto también, una especie de principio de incertidumbre.

Por lo demás, ningún sistema de imputación parte de la necesidad de demostrar, en cada caso y empíricamente, la concurrencia del criterio en que se asienta, puesto que eso es imposible, no porque el criterio mismo no tenga asidero en la realidad, sino simplemente porque no es posible tener un conocimiento absoluto de la realidad de un acto. Cuando se recurre a la normalidad de la motivación (Mir), o al criterio de la abordabilidad normativa (Roxin), siempre se supone que los individuos son motivables mediante normas, o que son abordables por éstas, a menos que concurran circunstancias especiales que determinen lo contrario. Si se les pidiera a esos autores demostrar en cada caso que los individuos a imputar son motivables o abordables normativamente, ellos lo harían probando, por ejemplo, que éstos no padecen enfermedades mentales, lo cual significa que prueban la realidad concreta de la abordabilidad del sujeto

---

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito*, Edit. PPU, Barcelona, 1992, p. 123

negativamente, esto es, por la ausencia de enfermedades. Y eso probaría su sanidad, porque previamente se ha definido ésta como un estado de ausencia de enfermedades. Este rodeo no hace sino poner de manifiesto que partiendo de cualquier criterio de imputación subjetiva, siempre se presupone su concurrencia en cada caso concreto, a menos que se demuestren circunstancias especiales de exclusión del mismo.

Pero si sostenemos que es imposible demostrar en concreto la libertad de un individuo, ¿necesariamente tendremos que recurrir a criterios generales de exclusión de la libertad, como son la mayoría de las situaciones de exculpación? En ese caso, la crítica hecha a Mir, en el sentido de que juzgar a un individuo por las capacidades de otros es injusto e ilógico, caería también sobre nosotros.

Sin embargo, la afirmación de la libertad humana y la clara conciencia de que es imposible juzgar *a cabalidad* a una persona a partir de un acto suyo, intentando reconstruir todas sus condiciones, debe llevarnos a conclusiones distintas. En primer lugar, el fundamento material del principio de imputación subjetiva pone de manifiesto que siempre existirá una cierta probabilidad de injusticia en toda imposición penal, por aquella incertidumbre radical a que recién hacemos referencia. Eso significa que la verdadera legitimación de la pena se encuentra en que es la única manera de manejar situaciones que no somos capaces de controlar ni de evitar de otro modo. La pena es simplemente un mal necesario. De allí que el derecho penal también lo sea y que deba reservarse exclusivamente para las situaciones de mayor gravedad.

En segundo lugar, el punto de partida propuesto nos lleva a desconfiar de las imputaciones basadas meramente en expectativas sociales de dudosa tangibilidad. Y no sólo por las razones que ya hemos expuesto, sino también porque en este contexto la pena encuentra un fundamento suficiente, acabado y superficialmente tranquilizador en dichas expectativas, olvidando las intrínsecas limitaciones de todo juzgamiento sobre la libertad de un individuo. A nuestro juicio, el derecho penal debe estar siempre abierto a integrar los avances de la psicología y de la psiquiatría, puesto que una de sus metas debe ser la obtención de criterios de individualización de la

imputación subjetiva. Ello no significa que no deban existir criterios normativos en el derecho penal. pretenderlo es absurdo, pues la nuestra es una disciplina normativa. La misma idea de exigibilidad es un parámetro normativo que no surge de ningún estudio psiquiátrico. Pero la ciencia puede aportarnos mejores conocimientos para llegar a establecer las condiciones individuales de un sujeto al momento de cometer un delito y medir en mejores condiciones su situación de exigibilidad de un comportamiento adecuado a derecho. Los aportes caracteriológicos e individualizadores de la ciencia deben ser decididamente incorporados al proceso de juzgamiento de la culpabilidad de los individuos.

Por último, la ineludible injusticia potencial que envuelve todo juzgamiento penal debe movernos a concebir la pena, no como un castigo, sino muy por el contrario, como una ayuda para el delincuente. Es decir, la dimensión preventivo especial de la pena no sólo no queda relegada a un segundo plano conforme a esta perspectiva, sino que es fundamental. No puede renunciarse a ella porque eso sería eludir la responsabilidad social que existe en todo delito y desconocer las incertezas y limitaciones de nuestros procesos penales.

Baste lo dicho para poner de manifiesto, entonces, que muchas de las críticas que se dirigen al principio de culpabilidad tradicional no derivan en ningún caso del concepto de libertad. Es decir, afirmada ésta no quedan al mismo tiempo afirmadas las restantes aseveraciones que constituyen lo esencial del principio de culpabilidad en su versión tradicional. La realidad de la libertad no conduce a un derecho penal desinteresado de los aspectos preventivos de la pena, ni a una pena retributiva orientada sólo al castigo, ni a desconocer la responsabilidad social del delito, ni a un derecho penal que da la espalda a los avances de la ciencia, etc., sino, por el contrario, aparte de brindar el único sustento sólido al principio de culpabilidad, nos lleva a incorporar elementos individualizadores de imputación subjetiva, a asignar un papel lo más reducido posible al derecho penal en el manejo de los conflictos sociales y a concebir la pena en una dimensión preventivo especial, pero proporcionada no a la peligrosidad, sino a la culpabilidad del sujeto delincuente.