

LA CULPABILIDAD*

Enrique Cury Urzúa

Profesor Titular de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Chile

La elección del tema de la culpabilidad para esta clase inaugural puede sugerir la impresión alarmante de que me propongo abordar cuestiones excesivamente técnicas, relativas a la teoría general del delito. No es así. Aunque obviamente debo principiar por referirme a la posición que ocupa la culpabilidad en la estructura sistemática del hecho punible, mi deseo es, más bien, develar el significado que tiene ese concepto para la elaboración de un sistema jurídico capaz de hacerse cargo de las características fundamentales de la persona humana, contemplada desde la perspectiva cristiana y, consecuentemente, de respetar la dignidad que a esa persona es inherente. En última instancia, la idea directriz de estas reflexiones es que, tras decisiones en apariencia puramente técnicas, se esconden implicancias doctrinarias mucho más profundas; en consecuencia, que la elección de ciertas alternativas no puede obedecer tan sólo a consideraciones pragmáticas, sino que debe responder a convicciones más hondas y fundamentales; finalmente, que ello demuestra la contradicción subyacente a la adopción de una enseñanza positivista del Derecho en una institución que aspira a expresar, también en ese ámbito –y, posiblemente, en éste con más urgencia que en otros–, un compromiso con el pensamiento de la Iglesia.

Como es de dominio común, desde hace más de un siglo se ha impuesto en el derecho penal comparado un criterio, según el cual el delito es una acción u omisión (una conducta) típica, antijurídica y culpable. El delito, presupuesto insustituible de la imposición de una pena, requiere, por lo tanto, que se haya ejecutado una acción u omisión; que ésta sea típica, es decir, que corresponda a una de las descripciones abstractas trazadas por la ley de los hechos a los que está dispuesta a asociar una pena; que, además, sea antijurídica, es decir, que su realización no se encuentre excepcionalmente permitida por el ordenamiento jurídico, y, finalmente, que sea culpable. Aunque todo esto envuelve un cúmulo de problemas sumamente complicados y usualmente muy polémicos, aquí debemos dejarlos de lado. Lo único que nos interesa es el significado de la última afirmación: ¿Qué quiere decir que el hecho típico y antijurídico debe ser, además, culpable? ¿En qué consiste la culpabilidad? Incluso más: ¿Corresponde siquiera a algo ese concepto, o no es más que un hermoso fantasma inconsistente? He aquí la cuestión.

Hasta fines del siglo pasado prevaleció la idea, que muchos juristas continuaron defendiendo hasta bien entrado el actual, de que el autor de un hecho típico y antijurídico era, además, culpable, si lo había cometido voluntaria o imprudentemente. La culpabilidad, se decía, no es más que un vínculo psicoló-

* Conferencia inaugural del año académico 1995 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

gico entre el autor y el resultado, el cual consiste, a veces, en que lo quiso y, en otras, en que no lo previó, pudiendo hacerlo. A esta concepción se la denominó, por eso, *Teoría Psicológica de la Culpabilidad*.

Aquí no me interesa discutir los problemas sistemáticos que planteó el psicologismo. Por lo demás, ellos son familiares a cualquiera que ha cursado sus estudios de pregrado en derecho penal. En cambio, me preocupa mucho destacar las raíces filosóficas implícitas en ese punto de vista. En efecto, es notorio que, al transformar la culpabilidad en una pura relación psicológica, la teoría tiende, por así decirlo, a "cosificarla", a constituirla sobre la base de algo que es empíricamente verificable, siquiera sea de una manera indirecta. Es claro que, como ha dicho burlescamente Baumann, al dolo (a la voluntariedad) nadie nunca lo ha visto; pero, por lo menos, su concurrencia puede deducirse de las circunstancias del hecho que sí son visibles. Es decir, al dolo no puede vérselo, pero puede presumírsele, lo cual equivale a sostener que, aunque sea un hecho invisible, es comprobable y, lo que es más importante, sigue siendo un hecho y no una valoración. Lo cual, dicho sea de paso, es tanto más cierto si, como lo hace la mayoría de los juristas en el siglo XIX, se niega toda eficacia excusante al "error de derecho", de manera que la voluntariedad no requiere siquiera ser voluntariedad "mala", "dolo malo". Todo lo cual puede afirmarse también de la culpa o imprudencia; aunque con más dificultad precisamente, porque, como se demostraría más tarde, en esta forma de culpabilidad es muy discutible ya la existencia de un auténtico vínculo psicológico.

El concepto psicológico de culpabilidad obedecía, en buena medida, al deseo de seguridad jurídica que caracterizó al liberalismo en las primeras décadas del siglo pasado. La existencia de una relación fáctica y, por consiguiente, susceptible de prueba, constituía una exigencia que reducía el riesgo de arbitrariedad en la apreciación de la culpabilidad y, por consiguiente, era una garantía de objetividad —entendida en el sentido de "igualdad" o "uniformidad"— en las decisiones. Pero, además, expresaba las convicciones filosóficas y jurídicas imperantes en la época en los medios científicos europeos. Esta culpabilidad susceptible de verificación empírica se acomodaba mejor —aunque, por supuesto, no perfectamente— a los postulados positivistas que dominaron el pensamiento científico decimonónico. La culpabilidad, que tradicionalmente era un concepto pleno de implicancias éticas, aparece ahora despojado de ellas y "materializado", lo cual permite sustraerlo al campo de lo metafísico, del cual el positivismo aspiraba a desembarazarse por completo en obsequio a la certidumbre del conocimiento. La idea de que quien cometía un delito era culpable, porque se había decidido libremente a quebrantar un orden de valores digno de ser respetado y defendido, se sustituía por la de que lo era sólo en cuanto había causado un resultado que la ley positiva deseaba evitar, en consideración a que sus consecuencias se juzgaban socialmente dañinas, y que lo había hecho a sabiendas de que ocurriría o, por lo menos, pudiendo preverlo. En los sistemas contruidos en torno a la llamada "teoría de la representación", que acentúan el componente cognoscitivo del dolo y reducen —o hasta suprimen— el significado de la voluntad de realizar la conducta, esa tendencia aparece especialmente enfatizada, porque soslaya tanto como es posible la relevancia del "querer". En realidad, en este contexto nos encontramos casi en los límites de la responsabilidad objetiva.

Por supuesto, más lejos que esta concepción de la culpabilidad fue la de los integrantes de la Escuela Positivista italiana, los cuales, rudamente consistentes

con sus convicciones deterministas, negaron incluso la existencia de algo que pudiera ser designado con ese nombre, pues el hombre, empujado inevitablemente a la comisión del delito por sus circunstancias biológicas, psicológicas o sociológicas, de nada podía ser culpable, como no lo son el tigre que mata, el terremoto que destruye o el gato que sustrae la comida del repostero. Quizás por esto, una teoría del delito elaborada en torno al concepto psicológico de culpabilidad resultaba menos chocante para los juristas de nuestro medio que los criterios defendidos por ese positivismo antinormativo. Muchos de ellos se dejaron cautivar por ella sin detenerse a pensar más en sus consecuencias y, sobre todo, en la posibilidad de compatibilizar sus presupuestos con las propias convicciones relativas a la naturaleza del hombre y a la idea de lo justo. Por eso, no es extraño que hombres como don Pedro Ortiz, uno de los penalistas más ilustres de los años treinta, que enseñó en las aulas de esta Escuela, la defendieran con entusiasmo, oponiéndola al prevencionismo y defensismo de los italianos, sin advertir que procedían de puntos de partida semejantes.

Sin embargo, por aquel entonces tanto la Escuela Positivista italiana como el psicologismo estaban ya en crisis en Europa. Por lo que se refiere a la teoría psicológica, esa crisis se había producido a causa de sus defectos e insuficiencias técnicas que, como he dicho, no es del caso ni podemos desarrollar en ese momento. Tras ella, no obstante, así como tras la de la Escuela Positiva, se vislumbraba el fracaso de la filosofía positivista de la cual ambas procedían, así como del materialismo "cientificista", cuyo optimismo ingenuo había originado esa forma de pensar.

Por lo que se refiere a la culpabilidad, las nuevas concepciones, a las cuales se designa con el nombre genérico de Teorías Normativas, volvían progresivamente a acentuar el aspecto valórico del último elemento del hecho punible y, consecuentemente, del papel que jugaba en él la libertad humana.

Prescindiendo de distinciones y matices más o menos importantes, que para nuestro propósito tiene interés relativo, las Teorías Normativas coinciden en que la culpabilidad no es un mero vínculo psicológico —algunas opinan que no lo es en absoluto— sino "reprochabilidad", es decir, algo en virtud de lo cual puede reprocharse al autor por haber ejecutado la conducta típica y antijurídica. Planeada de esta manera, obviamente, la culpabilidad presupone la libertad. Al autor de un hecho sólo puede dirigirse un reproche por haberse conducido como lo hizo, si contaba con la posibilidad real y concreta de obrar de otra manera; si se decidió contra los mandatos o prohibiciones del derecho, aunque podía haberlos acatado. Desde ese punto de vista, se reencuentra la responsabilidad del hombre al que se reconoce un señorío sobre los acontecimientos causales y su destino, al mismo tiempo que, consecuentemente, se limita la posibilidad de reclamar esa responsabilidad a los casos en los cuales el sujeto estaba realmente en condiciones de ejercitar tal señorío. No es raro, por consiguiente, que las formas más depuradas de esta concepción pertenezcan a juristas que, como Hans Welzel, acusan, junto con otros, una influencia del pensamiento escolástico y, precisamente, del tomismo. Pues una percepción de la culpabilidad de esta clase se aproxima mucho a las ideas del pensamiento cristiano al respecto, poniendo a salvo, claro está, diferencias sutiles determinadas por las del contexto cultural en el que se desarrolla.

Por estas razones, resulta curioso que una de las críticas más reiteradas que se dirigieron a las Teorías Normativas en nuestro medio y, especialmente, a las llamadas "puras", procediera de juristas, incluso católicos, para los cuales ese

tipo de concepciones era ajeno a nuestras leyes positivas, pues, según se decía, éstas fueron redactadas antes de que tales puntos de vista se elaboraran. Puesto que los autores defensores de las Teorías Normativas Puras declaraban que conceptos como el de culpabilidad precedían a toda legislación positiva y se imponían a ella más allá de cual fuera la voluntad de sus autores, la consistencia de semejantes críticas resultaba muy dudosa cuando procedían de quienes, por otra parte, se declaraban adherentes al *jus naturalismo* escolástico; ya que uno de los presupuestos de éste es, precisamente, la existencia de principios jurídicos que trascienden el ordenamiento positivo y lo condicionan.

Más allá de estos ataques enraizados en un positivismo un poco ramplón, se formulaban otros que revelan la verdadera dimensión del debate.

Uno de los más reiterados fue que las nuevas concepciones conducían a una "etización" del derecho punitivo. Naturalmente, quienes las condenan por este motivo se cuidan de aclarar que ellos reconocen una vinculación fundamental entre ética y derecho; pero, por una parte, expresan que ella es sólo "coincidental", pues al ordenamiento jurídico no le corresponde la afirmación o reforzamiento de valores morales, y, por la otra, señalan que lo perturbador de lo que designan como "etización" es que introduce en la estructura del delito —y, de esa manera, en el derecho penal— el concepto improbable y puramente metafísico de "libertad".

Por supuesto, es en esta última afirmación en la que se encuentra el meollo de la discusión, a la cual, sin embargo, suele soslayarse e, incluso, rebajarle el perfil, afirmando que el problema de la libertad es de carácter extrajurídico y, por consiguiente, no interesa al intérprete de la ley (con lo cual, como cualquiera debería verlo, se reincide en un positivismo extremo, del cual, no obstante, suelen hacerse solidarios muchos de los que declaran combatirlo).

Uno de los argumentos más socorridos por los que denuncian esta intromisión de la idea de libertad, en la discusión sobre la culpabilidad, es el siguiente: No existe manera alguna de verificar con seguridad no ya la libertad del hombre en general, sino la cuestión mucho más concreta de que, en el caso dado, el autor de un delito haya tenido alguna posibilidad de elección. Para hacer esto, sería preciso reproducir exactamente la situación en que el hecho punible fue ejecutado, a fin de comprobar que, dadas idénticas circunstancias, el autor habría incurrido nuevamente en la conducta antijurídica o, por el contrario, hubie-
ra actuado unas veces de una manera y otras de otra, atendiendo a una decisión autónoma de su voluntad. Pero una experiencia de esta clase, sobre ser imposible, no puede siquiera intentarse, ya que importaría una instrumentalización inaceptable de la persona y, consiguientemente, un atentado ético. Así, la ética, cuya incorporación a los conceptos del derecho penal constituye un pecado de las concepciones normativas, reaparece como argumento para rechazarlas; pero, claro está, desde una perspectiva diferente.

El último de los argumentos citados ha conducido a una parte importante de los penalistas contemporáneos a una situación en la cual les parece que debe renunciarse al concepto mismo de la culpabilidad. Por una parte, la teoría psicológica clásica ya no es admisible e, incluso, ni siquiera puede compatibilizársela con la sistemática del delito aceptada en la actualidad por la mayoría de la ciencia más autorizada, ya que el dolo y la culpa se han trasladado al tipo de injusto. Por el otro, los conceptos normativos, construidos inevitablemente sobre la afirmación de la libertad humana, son improbables, aparte de que introducen al ámbito del derecho penal tendencias moralizantes que repugnan al plura-

lismo relativista más difundido. La disyuntiva sólo puede superarse suprimiendo la culpabilidad de la estructura del delito. Lo que por años se había presentado como una de las conquistas más preciadas del derecho penal moderno, se ha transformado, así, en una noción perturbadora de la que es preciso prescindir.

Pero esta prescindencia sólo puede llegar hasta cierto punto. Así, desde luego, alguna explicación hay que dar para aquellos casos en los cuales las convicciones culturales imperantes no permitirían castigar al sujeto y cuya impunidad, sin embargo, no se deja explicar satisfactoriamente desde otros elementos del sistema. ¿Qué hacer, por ejemplo, con los enfermos mentales o los niños que cometen un delito? ¿Qué con el que actúa en una situación de profunda perturbación anímica motivada por el medio o por la presión de las circunstancias sobre sus determinaciones? Decir que obran de una manera justa es imposible, pues ello significaría negar la posibilidad de legítima defensa al que es atacado por un enajenado, o afirmar la impunidad del que induce a un menor a delinquir.

Para solucionar estas situaciones, los adherentes al punto de vista descrito acuden a los fines de la pena. La pena, dicen, tiene por objeto motivar una conducta adecuada a la norma de los participantes en la vida social, mediante la amenaza de su imposición a quien las transgreda. Pero, agregan, hay individuos a los cuales no es posible motivar, porque carecen de salud o desarrollo psíquico suficiente o porque se encuentran en situaciones límites, en las cuales la perspectiva de ser castigado no basta para inhibirlo de quebrantar la prohibición o el mandato. Lo que falta, pues, en estas situaciones, es el "poder" de motivar. Esta es efectivamente, por consiguiente, una cuestión de "poder". Pero, a diferencia de la concepción normativa de la culpabilidad, que la vinculaba con el "poder obrar de otra manera" del autor y, por consiguiente, a su responsabilidad, aquí se trata del "poder" de la norma para causar un cierto efecto; del poder causal de las prohibiciones y mandatos del ordenamiento. De su posibilidad de determinar al individuo.

No quiero fatigarlos con una exposición detenida de la polémica que actualmente se desenvuelve en torno a estas cuestiones. Sólo deseo llamar la atención sobre dos aspectos que me parecen de interés para nuestros efectos. La primera es que la crítica relativa a la imposibilidad de comprobar si el sujeto obró realmente en forma libre cuando cometió el hecho punible, se basa en la de que la libertad no se puede verificar empíricamente, mediante una especie de "prueba de laboratorio" característica de las ciencias naturales. En otras palabras, ella implica volver sobre la más característica de las convicciones del positivismo decimonónico, esto es, la de que sólo se puede tener por verdadero lo que se puede acreditar mediante una experiencia causal. La segunda consiste en que, a su vez, también el recurso al "poder de motivación" de los mandatos y prohibiciones del derecho se identifica claramente con el empirismo determinista. La finalidad de la norma es, simplemente, determinar en un cierto sentido la conducta de los participantes en la convivencia y, por eso, se renuncia a ella cuando no tiene la capacidad para hacerlo, debido a que existen otros factores causales que prevalecen y la anulan.

La pregunta que brota casi espontáneamente entonces es la siguiente: ¿Cuál es, al fin y al cabo, el objetivo perseguido por estos factores de determinación en que consisten los mandatos y las prohibiciones jurídicos? Por de pronto, no puede serlo la formación del ciudadano en el respeto de valores, tanto porque eso implica el retorno a la repudiada "etización", cuanto porque, en un esquema

determinista como el expuesto, la irresponsabilidad básica del individuo hace ocioso todo lo que tienda a fortalecer sus adhesiones valóricas. Así, pues, lo único que puede justificar la enérgica intervención implicada por la amenaza de la pena —y su eventual imposición en el caso concreto— no es más que la conveniencia social, la utilidad de las consecuencias que ella produzca. Y eso es, precisamente, lo que propugnan quienes adhieren reflexiva y consistentemente a este punto de vista: un derecho penal que legaliza el aborto, si esa es la manera más eficaz, rápida y económica de afrontar el problema del crecimiento demográfico, de la maternidad no deseada o de la igualdad de derechos de la mujer; un derecho penal que desencrimina el tráfico de drogas, si esa es la forma de desmontar la inmensa y creciente maquinaria del narcotráfico y sus consecuencias colaterales indeseables; un derecho penal sin pretensiones morales, pero socialmente útil, en tanto sirve adecuadamente a las exigencias del desarrollo económico o de la organización política o, sencillamente, de las mayorías o de los grupos hegemónicos.

Y con esto hemos llegado a la esencia del asunto.

Mi propósito, al echar esta ojeada breve y superficial sobre el desenvolvimiento del concepto de culpabilidad en el Derecho Penal moderno no era, por cierto, agotar un tema cuyos problemas más finos y complejos apenas pueden interesar a algunos de mis colegas de especialidad. En cambio, he querido mostrar rápidamente algunas consecuencias que me parecen cruciales para el desarrollo futuro de la enseñanza del derecho en general y que creo se manifiestan claramente en la presente exposición, porque ellas sí que nos importan a todos.

Como señalé al principio, es muy frecuente pensar que la adopción de ciertas alternativas propuestas para la solución de problemas jurídicos prácticos obedece únicamente a exigencias impuestas por los textos positivos o a decisiones hermenéuticas técnicas, valóricamente neutras. Aunque respecto de algunas cuestiones de detalle eso es, a veces, cierto, en la inmensa mayoría de los casos ocurre de una manera distinta. Tras los tecnicismos y las peculiaridades del lenguaje especializado se emboscan, usualmente, decisiones que revierten sobre cuestiones fundamentales de principio, y respecto de las cuales, sobre todo en una Universidad Católica como ésta, la orientación correcta sólo puede venir dada desde la Idea de lo Justo, que brota de nuestras convicciones más profundas. La neutralidad ética del derecho y de la interpretación de las leyes ha sido siempre una constante en el pensamiento positivista más caracterizado, desde las formas algo ramplonas adoptadas por el tecnicismo jurídico a la manera de Rocco, hasta las mucho más sutiles representadas por el neokantismo refinado de la Escuela de Viena. Por eso, quien hace suya esa supuesta neutralidad está necesariamente expuesto a un deslizamiento en tal sentido, ya que renuncia de antemano a la reflexión sobre las derivaciones valóricas de las decisiones.

Una consecuencia fundamental de esta constatación es, según creo, que si bien una educación filosófica básica y sistemática de nuestros estudiantes es inexcusable, no basta por sí sola para asegurar la formación de juristas cristiano integrales. Pues esos principios orientadores sólo se vuelven instrumentos verdaderamente aprovechables cuando se los emplea en el planteamiento de los problemas propuestos por la interpretación de las normas y su incorporación a sistemas de solución de conflictos prácticos; es decir, cuando estos problemas se reconducen a aquellos principios en la decisión sobre el sentido y la aplicación

de las instituciones concretas. De manera que, en rigor, cada profesor de aquellas disciplinas que designamos habitualmente como "materias de código" tiene que estar preparado y preparar a sus estudiantes para ascender desde la discusión práctica inmediata, relativa a tales instituciones concretas, al plano más elevado de los principios fundamentales sobre los cuales repercuten las decisiones que se acepten. Hay, en verdad, una filosofía del derecho civil, del derecho penal, del mercantil, del laboral o del procesal, a la cual sólo se accede fructuosamente desde los correspondientes sistemas; a su vez, éstos sólo se vuelven consistentes con los grandes principios fundamentales situados en la base de nuestro pensamiento y nuestra fe, si cuidamos de establecer cada vez las relaciones que existen entre unos y otros. Un jurista chileno muy notable suele afirmar que no existe nada tan práctico como lo teórico. Es verdad. Y, al mismo tiempo, puede decirse que no existe nada tan teórico como lo práctico. Las tomas de decisión sobre cualquier aspecto del ordenamiento jurídico implican tomas de decisiones relativas a los principios de justicia sobre los cuales el derecho descansa como totalidad. Probablemente uno de los problemas que más gravita sobre nuestra responsabilidad como formadores de futuras generaciones de hombres de derecho es no haber tenido debidamente en cuenta todo esto. Temo que con frecuencia tengan razón quienes nos imputan limitarnos a entretejer interpretaciones aparentemente neutras de leyes positivas, sin detenernos a profundizar en el origen de tales instituciones ni a discutir críticamente sus consecuencias o las posibles correcciones hermenéuticas de que son susceptibles. Rectificar esa tendencia constituye una tarea que todavía se nos presenta como un desafío abierto.

Una segunda consecuencia, que deseo extraer para nuestro quehacer como Facultad de esta breve excursión por los campos de la culpabilidad, se refiere a la necesidad urgente de "conocer al adversario". Para que sea posible descubrir el fundamento naturalista sobre el cual descansa un determinado concepto de culpabilidad, como alguno de los que hemos descrito antes, es indispensable conocer previamente el pensamiento positivista decimonónico que lo informa. Sólo entonces, además, se estará en condiciones de contradecirlo reflexivamente. Si hemos de percibir la forma en que se infiltra el *jus naturalismo* historicista en la construcción de ésta y otras instituciones en todos los campos del derecho, hay que conocer el pensamiento de Hegel. Las elaboraciones jurídicas levantadas sobre el pensamiento kantiano o neokantiano no se refutan con sólo limitarse a ignorar a Kant y los neokantianos. Si no tenemos siquiera una idea general de lo que implica la obra de Husserl, para el modo de pensar cristiano de nuestro tiempo; la de Wittgenstein, para la filosofía de lenguaje, o la de Popper, para la de la racionalidad, no tendremos, probablemente, posibilidades de hacer aportaciones modernas e imaginativas a la solución sistemática de muchos problemas prácticos o simplemente hermenéuticos. Sistemas de pensamiento que, a fin de cuentas, representan esfuerzos de reflexión gigantescos y han alcanzado una difusión académica tan extendida, no pueden ser tratados como si no existieran. Si lo hacemos, quedamos peligrosamente expuestos a caer inadvertidamente en la trampa de acogerlos sin percatarnos de sus consecuencias reales o de rechazarlos irreflexivamente cuando constituyen recursos legítimos para la obtención de resultados dignos de aprobación. El respeto y el estudio del que piensa distinto es una precondition indispensable para poder discutir con éxito sus conclusiones y ofrecer alternativas razonables en la búsqueda de soluciones. Todo lo que se haga por incentivarlos, cuidando, al mismo

tiempo, de realizar una crítica elevada desde la perspectiva del pensamiento cristiano, debe ser alentado decididamente.

Tengo clara conciencia de que estoy proponiendo ideas cuya implementación conlleva muchas dificultades y, seguramente, no se puede conseguir, sino a lo largo de un espacio de tiempo prolongado. Sin embargo, en una hora en la cual la Facultad está efectuando un esfuerzo apreciable y apreciado por desenvolver ideas novedosas, modificar sus currículos, formar académicos jóvenes, incentivar la investigación, intentar modalidades nuevas de formación y procurar, incluso, un progresivo mejoramiento de sus instalaciones y dotaciones materiales, me pareció deseable aprovechar la honrosa oportunidad que se me ofrecía para poner sobre la mesa del debate algunos viejos problemas nuevos, a cuya solución desearía ser capaz todavía de contribuir en alguna forma.