

En favor del principio de culpabilidad: un punto de vista personal *

Francisco Valbuena **

"No ofrecemos prueba allí donde nada puede ser probado, ni pretendemos ser científicos donde todo lo que puede darse es, a lo sumo, un punto de vista personal".

POPPER

I

Desde los propios orígenes del Derecho Penal como sistemática, una polémica se avisaba al interior de esta disciplina, dependiendo de la respuesta que se diera a una pregunta fundamental: ¿Cuál es el fundamento teórico sobre el que descansa el concepto de culpabilidad y, en últimas, el de la pena misma?

La escuela clásica italiana, como heredera de la doctrina "aristotélico-tomista", encontró tal fundamento en el concepto de libre albedrío. Por su parte, la escuela positiva de FERRI, heredera del positivismo comtiano, encontraría por completo imposible que la "sociología criminal" se fundara en un concepto tan etéreo y metafísico, y por tanto propuso la "responsabilidad legal" como único fundamento "científico" de la responsabilidad y la pena.

Mientras tanto, en Alemania se gestaba uno de los más grandes movimientos en el derecho penal: la dogmática juridicopenal. Su principal cometido fue formular un esquema general del delito, y se estructuraron entonces las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ubicando los elementos objetivos en los dos primeros (injusto) y los elementos subjetivos en el último, al que definieron como "relación psicológica entre el autor y el hecho". Pero pronto, con el advenimiento del neokantismo y su filosofía de los valores, ese

* Síntesis del trabajo presentado por el autor para optar al título de abogado en la Universidad de Antioquia, el cual fue dirigido por el Profesor Nódier Agudelo Betancur.

** Abogado de la Universidad de Antioquia.

esquema causalista se derrumbó al encontrar que también el tipo tenía elementos subjetivos y que en la culpabilidad había algo más que una mera relación psicológica, pues también debían considerarse en ella aspectos valorativos, axiológicos como la "exigibilidad de la conducta". Fue entonces cuando la culpabilidad empezó a entenderse como un "juicio de reproche" que se dirige al autor por no haber actuado conforme al derecho habiendo podido hacerlo.

Esta concepción, que se conoce como "culpabilidad normativa", sería reforzada con la aparición de la escuela finalista que, al trasladar el dolo y la culpa al tipo, dejaría a la culpabilidad como un puro juicio normativo.

Pero la teoría de la culpabilidad normativa presuponia la existencia de un concepto que muchos acusaban de "mala metafísica", concepto al cual, a través de la historia del pensamiento humano y del propio derecho penal, ya se le había hecho la guerra con bastante vehemencia: el libre albedrío.

Se dijo entonces que, apoyados en las ciencias empíricas, un derecho penal culpabilista no podía seguirse manteniendo cuando él contenía un concepto abstracto, etéreo, metafísico e improbable como el del libre albedrío. Así, la pregunta fundamental que, como ya dijimos, dormitaba al interior del derecho penal desde sus propios orígenes, reventó con más fuerza que antes, y ya muchos teóricos decidieron hacerle frente a lo que con toda justeza podemos llamar la pregunta fundamental de la actual dogmática juridicopenal: ¿Cuál es el fundamento material del concepto de culpabilidad?

Casi unánimemente la doctrina alemana y la española descartaron la posibilidad de responder a esta pregunta con el concepto de libre albedrío pues, y por sobre todo, tal concepto, aunque se aceptara en general, era en todo caso *imposible de probar* en un proceso penal en particular.

Fue así entonces como empezó a preguntarse por el futuro del principio de culpabilidad en particular y del derecho penal en general. Pregunta ante la cual muchos encontraron que por lo menos el principio de culpabilidad se hallaba en crisis. Por lo cual y para evitar el derrumbamiento del derecho penal, los reemplazos, sustituciones o complementaciones de tal principio se propusieron desde todos los aspectos de la doctrina¹.

Esta situación nos ha llevado a una inquietud personal y profunda sobre lo que de real tiene esta "crisis del principio de culpabilidad" que se anuncia y pregona en libros y revistas especializadas. Tal inquietud creemos poder resolverla luego de responder a preguntas tales como: ¿Es el argumento empírico de la "imposibilidad de probar" el libre albedrío, un argumento lo suficientemente fuerte como para descalificar el principio de culpabilidad? ¿En qué sentido es indemostrable? ¿Qué es lo que realmente entienden los contradictores actuales del libre albedrío por tal concepto? ¿Acaso las argumentaciones en contra del libre albedrío están fundadas en la derruida concepción laplaciana del mundo, es decir, en un determinismo puro?

¹ Sobre el particular véase, especialmente, a GIMBERNAT (1983), CÓRDOBA RODA (1977), BUSTOS RAMÍREZ (1984), MUÑOZ CONDE (1975), ZUGALDÍA (1982), TORIO LÓPEZ (1985), ROXIN (1973 y 1977), STRATENWERTH (1980) y HASSEMER (1982).

¿Acaso una nueva visión del mundo posibilitaría una tesis en favor del libre albedrío? ¿Son los conceptos que se proponen para sustituir el libre albedrío tan "fecundos" como él, es decir, contestan todas las preguntas que este contesta sin oponerse a otras tesis aceptadas? ¿Debe un concepto teórico como el de libre albedrío ser susceptible de prueba empírica para aceptarse como válido?

II

En este trabajo simplemente queremos intentar un aporte personal dirigido a presentar criterios que posibiliten, si no saldar, por lo menos si abrir nuevas vías de solución a la polémica abierta, o, mejor, reabierta, con las modernas argumentaciones en contra del concepto de culpabilidad.

No pretendemos hacer aportes originales. Tan solo queremos llamar la atención sobre algunas argumentaciones hechas desde fuera del derecho penal y que consideramos tienen estrecha relación con los fundamentos mismos de esta polémica.

Tales argumentaciones provienen de la obra de uno de los más grandes pensadores de la actualidad: KARL POPPER, quien en varias de sus obras ha implicado el tema de la libertad de la voluntad, así no haya sido el tema directo de sus disertaciones.

Que de su pensamiento se pueden extraer ideas útiles para el problema del libre albedrío, nos lo evidencian estas palabras suyas, contenidas en el Prólogo que en 1982 hiciera a su libro *El universo abierto*: "En cualquier caso, quiero afirmar aquí, claramente, algo que es manifiesto, tanto en «La sociedad abierta y sus enemigos» como en «La miseria del historicismo»: Que estoy profundamente interesado en la defensa de la libertad humana, de la creatividad humana y de lo que se ha llamado tradicionalmente el libre albedrío (o libre voluntad), aunque creo que preguntas tales como «¿Qué es la libertad?» o «¿Qué significa 'libre'?» y «¿Qué es voluntad?» y otras similares pueden conducir al embrollo de la filosofía del lenguaje. Este libro es, pues, una especie de prolegómeno a la cuestión de la libertad y creatividad humanas, y les abre espacio física y cosmológicamente de una manera que no depende de análisis verbales"².

A pesar de que las consideraciones que pasamos a hacer enseguida están basadas en la obra de este filósofo austriaco, y de que sabemos de la escasa difusión de sus teorías en los círculos jurídicos, no consideramos pertinente hacer aquí una exposición de su pensamiento en torno a este asunto, pues razones metodológicas y de espacio nos lo impiden, ya que él es tan vasto y profundo que sería iluso intentar condensarlos en unas pocas hojas.

Con perdón del lector, pues, preferimos remitirlo a que se documente directamente en la obra de POPPER sobre los principios que sirven de base a nuestras deducciones.

Las ideas que queremos exponer aquí, y que, repetimos, tienen su fuente en el pensamiento popperiano, se pueden sintetizar en las siguientes cuatro hipótesis fundamentales:

² POPPER (1983), pág. 23.

1. Los argumentos en contra del libre albedrío expuestos por las modernas doctrinas penales hundieron sus raíces en una concepción determinista del mundo, y esta, al menos en su carácter "científico" es insostenible, según POPPER.

2. Del hecho de que se pueda afirmar que no hay acciones incausadas, no se sigue un argumento en contra de la libertad de la voluntad.

3. La imposibilidad de probar (empíricamente) la libertad de la voluntad, no es un problema real de la filosofía en general ni del derecho penal en particular.

4. Finalmente, y en esto nos apartamos del pensamiento popperiano, sostenemos que el retribucionismo no es una consecuencia negativa del principio de culpabilidad, sino tan solo el resultado de confundir fundamento y fin de la pena.

A) Primera hipótesis

Para argumentar acerca del primer punto habrá que comenzar por decir que tradicionalmente se ha identificado la postura de los que defienden el libre albedrío con una visión indeterminista del universo, y que, contrariamente, a los que niegan tal concepto se les ha ubicado dentro del marco determinista. Al propio interior de la discusión abierta en el derecho penal así se han planteado las posiciones³.

Esta esquematización obedece desde antiguo a una cierta interpretación de la historia de la ciencia, pues desde que empezó a verse en el "principio de razón suficiente" o en la "ley de la causalidad", la ley por excelencia de la naturaleza, se interpretó que ella entrañaba una concepción determinista de la estructura del universo.

Este planteamiento sería avalado, según la tendencia dominante, por los grandes logros de GALILEO, KEPLER y la mecánica newtoniana.

Así las cosas, el hombre, como ser perteneciente a ese universo concebido determinísticamente, no podía escapar a la necesidad o a la causalidad y por lo tanto no podía predicarse de él que poseyera como facultad el libre albedrío, pues esto sería un contrasentido. Tan cierto es ello que, precisamente es este el origen de la llamada "tercera antinomia" kantiana, a la que el filósofo nunca pudo dar una solución satisfactoria.

Ahora bien, es necesario aclarar que el determinismo no solo plantea la existencia de causas precedentes que explican una determinada situación, sino que además postula que teniendo a mano las leyes de la naturaleza y conociendo con suficiente precisión las condiciones actuales de un sistema determinado, podría predecirse el comportamiento de ese sistema en cualquier momento futuro. *Mutatis mutandi*, era lo que predicaba KANT cuando decía que el comportamiento de un hombre era tan posible de predecir como se predice un eclipse de sol o de luna, si se conociera la mente humana con la precisión que se conoce el sistema solar.

Lo anterior nos sirve para introducir aquí la diferenciación que hace POPPER entre "determinismo científico" y determinismo filosófico, psicológico y del mero sentido común, diferenciación de suma importancia en su argumentación, pues solo la primera es factible de refutación, no así las demás.

³ Cf. CÓRDOBA RODA (1977), MUÑOZ CONDE (1976), GIMBERNAT (1983), ZUGALDÍA (1982) y TORÍO (1985).

El determinismo "científico", tipificado por lo que se conoce como "el demonio de Laplace", estaría caracterizado por el siguiente planteamiento general: "... la estructura del mundo es tal que cualquier suceso puede ser racionalmente predicho, con cualquier grado de precisión que se desee, si contamos con una descripción suficientemente precisa de los sucesos pasados junto con todas las leyes de la naturaleza"⁴.

A lo expuesto solo habría que añadir que la exigencia de que se dé la "descripción suficientemente precisa de los sucesos pasados", es necesario limitarla de tal modo que no se convierta en una excusa ante el error en la predicción, es decir, para que no se pueda recurrir, ante el fracaso de la predicción, al argumento de que no se dieron las condiciones iniciales del sistema con la "suficiente precisión". Por eso hay que añadir, repetimos, el "principio de razón suficiente", según el cual el predictor habrá de señalar exactamente y con anticipación a su predicción qué datos necesita de las condiciones actuales e iniciales del sistema para que tenga cumplimiento su predicción.

De esta depuración y complejidad de postulados no goza el determinismo filosófico, psicológico o del sentido común, pues estos se limitan a decir que todos los efectos tienen causas o que toda acción humana está fundada en un motivo. La variedad de estos motivos va desde el carácter propio del sujeto, adquirido o heredado, hasta las influencias recibidas por la educación o el entorno social en toda su basta complejidad.

No es otra cosa lo que afirman tantos juristas, como cuando GIMBERNAT señala: "La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto: Un hombre —con sus siempre limitados conocimientos— no puede juzgar a otro hombre"⁵.

Indudablemente este argumento, al partir de la base de que todo comportamiento humano tiene una causa o motivo y que si este no se llega a establecer no es porque la ley de la causalidad haya fallado, sino que los "siempre limitados conocimientos" del hombre no logran descubrirlos, está participando de una concepción determinista del mundo y del hombre como ser que a él pertenece.

Pero:

1) Lo anterior tiene muy poco o nada que ver con el determinismo "científico", pues, como dijimos, este afirma algo más que la mera existencia de causas.

2) Este postulado pertenece a la clase de juicios que POPPER llama "existenciales" y que son del tipo: "Existe a lo menos un X dos veces mayor en tamaño que el que le sigue"; lo que hace de él un argumento tan incontrastable empíricamente como su contrario.

3) Si se puede refutar el determinismo "científico", el determinismo filosófico y el psicológico quedan gravemente afectados y, por tanto, desaparecería uno de los argumentos más fuertes en contra del libre albedrío.

⁴ POPPER, 1984, pág. 25.

⁵ GIMBERNAT, 1983, pág. 8.

A continuación desarrollamos estos tres puntos.

Dice POPPER: "... el uso de un concepto tal como «motivo» o «carácter» es como muestra un porqué de reflexión algo más que un torpe intento de encontrar conexiones que parezcan leyes, o incluso de inventarlas cuando no las encontremos"⁶. Y aunque no niega que preguntas tales como "¿por qué lo hizo?" y respuestas como "lo hizo por celos" sean razonables, asegura que todo eso no es más que "rudos intentos de clasificar, o en el mejor de los casos, de construir un esquema situacional hipotético que haga la acción racionalmente inteligible.

Son en toda la extensión, tentativas para entender *post hoc*⁷.

Así, pues, al ser "tentativas para entender *post hoc*" son tentativas que no podrán cumplir con el propósito de predictibilidad con el grado de precisión deseado que caracteriza al determinismo científico, pues solo podrán argumentar *ex post*, nunca *ex ante*.

Por otro lado, es un argumento que proclama la existencia de una causa sin limitar el espacio y el tiempo en que ha de ubicarse o la calidad que esta ha de presentar o, en fin, su intensidad, con lo que se está proponiendo un juicio existencial que tiene como característica dejar abiertas al infinito las posibilidades de encontrar esa causa o motivo, convirtiéndose así en una argumentación o proposición imposible de contrastación empírica, tan indemostrable como el principio que quiere combatir.

No obstante, del hecho de que sea incontrastable no se desprende que no se pueda argumentar en favor o en contra de ella. Pero, como uno de sus principales argumentos a favor sería el determinismo "científico", y este sí es factible de contrastación, al ser refutado, muy poco o nada quedará del determinismo filosófico o psicológico.

Así las cosas, la refutación del determinismo "científico" afecta gravemente al determinismo filosófico, pues, como ya dijimos, una visión de la historia de la ciencia ha interpretado los éxitos de la mecánica newtoniana como comprobaciones de la tesis determinista.

El primer hecho positivo contra el determinismo "científico" provino de la física misma, y se concreta en la "teoría cuántica" o el "principio de incertidumbre de Heisenberg". De meridiana claridad resultan al respecto las siguientes palabras de quien es considerado por muchos el "mayor genio del siglo XX después de Einstein", STEPHEN HAWKING: "El principio de incertidumbre marcó el final del sueño de Laplace de una teoría de la ciencia, un modelo del universo que sería totalmente determinista: Ciertamente, ¡no se puede predecir los acontecimientos futuros con exactitud si ni siquiera se puede medir el estado presente del universo de forma precisa!"⁸. Y un poco más arriba dice: "Además, este límite no depende de la forma en que uno trata de medir la posición o la velocidad de la partícula, o del tipo de partículas: El principio de incertidumbre de Heisenberg es una propiedad fundamental, ineludible, del mundo"⁹.

⁶ POPPER, ob. cit., 1984, pág. 48.

⁷ Ibidem, pág. 48.

⁸ HAWKING, 1988, pág. 83.

⁹ Ibidem, pág. 83.

Esta teoría no solo tendría implicaciones para la física sino también para otros campos del saber humano, entre ellos la filosofía y la ética en particular. Cuando en 1929 fue presentado en Chicago a la comunidad científica el principio de incertidumbre, su presentador, el físico ARTHUR COMPTON no solo vio en él un gran paso en la ciencia sino también profundas implicaciones humanas, pues con él se abría un campo cosmológico y físico a la libertad humana¹⁰.

Pero POPPER va más allá de este hecho científico en su refutación al determinismo, pues él ni siquiera considera que la mecánica de NEWTON o física clásica, así fuera válida, entrañe una visión determinista del mundo.

Su principal argumento en este sentido es que hay una diferencia entre afirmar el carácter determinista de una teoría y el determinismo como doctrina, pues al afirmar lo primero se está corroborando que una teoría tiene una determinada propiedad; en cambio, al sostener lo segundo, se está afirmando que el mundo tiene una determinada propiedad, y aunque "es cosa admitida que, si una teoría es verdadera, entonces describe ciertas propiedades del mundo. Pero esto no significa que para cada propiedad de una teoría verdadera haya la correspondiente propiedad del mundo"¹¹.

Sin embargo lo más importante es que la física clásica, interpretada a la manera de LAPLACE, no es capaz de satisfacer el "principio de dar razón" debido al "carácter aproximativo del conocimiento científico", y a la imposibilidad de la "autopredicción"¹².

El indeterminismo se ha robustecido, y con ello las posibilidades de defender la libertad de la voluntad se han aumentado considerablemente.

B) Segunda hipótesis

Afirmar el indeterminismo no implica dar por cierto que las decisiones humanas sean incausadas. Si ello fuera así, habría que estar de acuerdo con los negadores del libre albedrío. Pero recuérdese que desde antiguo una tesis en tal sentido ha sido criticada inclusive por los propios defensores del concepto de libertad de la voluntad, pues ellos siempre diferenciaron entre libre albedrío y *liberum arbitrio indifferentiae*, y la imposibilidad de este se puso en evidencia, entre otras cosas, con la paradoja del "asno de Buridán".

Así mismo, afirmar que las decisiones humanas obedecen a motivos o causas precedentes no implica necesariamente la determinación del futuro por el pasado, y por tanto la libertad de la voluntad tiene algún sentido.

En este punto estamos entrando en la tesis popperiana de la libertad de crear y la libertad de evaluar razones en pro o en contra de un enunciado teórico o científico. Si esta tesis es cierta "... es posible que disfrutemos también de la libertad de crear, de razonar y de decidir en los aspectos morales, y de disfrutar de la responsabilidad que acompaña a la creación y a la elección"¹³.

¹⁰ Cf. POPPER, ob. cit., 1974, págs. 193 y ss.

¹¹ POPPER, 1984, pág. 60.

¹² Cf. POPPER, 1984, págs. 64 y ss.

¹³ POPPER, 1984, pág. 135.

El fundamento de esta tesis de POPPER está en su preocupación manifiesta por la defensa de la libertad humana, pues como ya alguien había dicho y POPPER lo reconoce, el indeterminismo no basta por sí mismo para crear espacio a la libertad humana, pues con él se abre la puerta también a elementos de azar, y por tanto la responsabilidad humana, correlato de la libertad, no habría ganado nada, sólo significaría un nivel superior de irresponsabilidad. Con lo cual no se habría tampoco adelantado nada en el campo de la culpabilidad penal, ya que tan infundado sería reprochar un comportamiento que se entiende determinado por circunstancias pasadas como reprochar un comportamiento que es producto del azar.

Esta tesis de la libertad encuentra su sustento teórico más importante en la "teoría de los tres mundos" de POPPER, y su idea fundamental es que el "Mundo 1" (mundo físico) está abierto al "Mundo 2" (mundo de la mente) y el "Mundo 2" está abierto al "Mundo 3" (mundo de la creación humana) y este es "intrínsecamente abierto" debido a la falibilidad del conocimiento humano.

La tesis de la libertad de crear estaría avalada además por los siguientes argumentos principales:

El primero tiene que ver con un argumento de la intuición: debido a la incapacidad de cualquier teoría determinista de cumplir con el "principio de dar razón", lo que implica la imposibilidad de predicción con un grado de precisión arbitrariamente deseado, es difícil pensar que un físico o un fisiólogo puedan, luego de establecer con la mayor exactitud posible las condiciones pasadas y actuales de la vida de un artista, indicar de antemano hasta los rasgos más mínimos de su creación artística.

De otro lado, si la creatividad del intelecto humano se pudiera explicar por el determinismo físico, se llegaría a una especie de "pesadilla determinista", en la que esa misma teoría quedaría afectada por sus propios postulados, es decir, sería el producto forzado de la estructura del mundo y cualquier argumento en pro o en contra sería inútil, pues todas nuestras acciones, inclusive la de creer que hay argumentos en favor del determinismo serían pura ilusión, pues, según ella, estamos determinados físicamente a aceptar o rechazar tal doctrina.

Por último, si no se acepta la tesis de la libertad de crear, estaríamos obligados a pensar que productos de la mente humana como las computadoras, los transbordadores espaciales, los satélites, etc., estaban presentes en la atmósfera inicial del universo, del mismo modo que una semilla contiene la planta que ha de germinar. Lo que a la vez envuelve la concepción de un "Mundo 1" (mundo físico) cerrado y autónomo que impide cualquier interferencia del "Mundo 3" (mundo de las creaciones de la mente humana).

La tesis de la apertura de los tres mundos de POPPER permite solucionar el dilema determinismo-indeterminismo, pues permite encontrar un *punto intermedio* entre el determinismo puro y el azar puro.

La clave para encontrar ese punto intermedio es poder establecer cómo "cosas no físicas, como los propósitos, deliberaciones, planes, decisiones, teorías, intencio-

nes y valores pueden tomar parte en la introducción de cambios físicos en el mundo"¹⁴.

Lo anterior encuentra sustento en una nueva teoría de la evolución del lenguaje basada en la distinción de cuatro funciones diferentes del lenguaje humano: 1) la función expresiva, 2) la función de enviar señales, 3) la función descriptiva, y 4) la función argumentadora. Las dos primeras son también funciones del lenguaje animal; las otras dos son funciones superiores, y a pesar de que siempre están presentes las funciones inferiores en cada uso que se hace de las funciones superiores, estas no pueden reducirse a aquellas, pues las segundas ejercen una especie de "control", aunque no férreo sino más bien "plástico", sobre las primeras o inferiores¹⁵.

Esta evolución del lenguaje a funciones superiores: la función descriptiva y la argumentativa, permite, hace posible la *creación* por el hombre del "Mundo 3", y con él ha *creado* el hombre un mundo nuevo de civilización, de saber, "de crecimiento no-genético: de crecimiento que no se transmite por el código genético; de crecimiento que depende no tanto de la selección natural como de la selección basada en la crítica racional (...). Es, por tanto, al papel del lenguaje humano y del «Mundo 3» a donde tenemos que mirar cuando tratamos de explicar ese tercer gran milagro: la emergencia del cerebro humano y de la mente humana, de la razón humana y de la *libertad humana*"¹⁶.

Todo lo anterior nos lleva a postular la siguiente hipótesis de solución al problema, planteado originalmente por ENGISCH y retomado luego como argumento principal contra el libre albedrío por los modernos críticos del principio de culpabilidad:

Si se parte de la doctrina determinista (que ha sido rebatida), es condición ineludible en un juicio penal para formular un juicio de reproche, establecer que ese autor en particular ha actuado libremente, es decir, que ese sujeto, en ese acto particular, no fue influido por motivo alguno, y como estos pueden extenderse al infinito, descartarlos uno a uno es evidentemente imposible, no solo en un juicio penal sino en cualquier otro espacio del conocimiento humano. En cambio, si se parte de la tesis indeterminista, y se avanza un poco más, hacia la tesis del punto intermedio de POPPER con la tesis del "control plástico" y la apertura y mutua interrelación de los tres mundos, no es necesario probar la libertad sino la ausencia o afectación de ella en un caso particular por una razón particular.

El argumento de que por ser tantos los motivos que influyen el comportamiento humano se hace de todos modos imposible demostrar si en un caso particular un hombre actuó o no libremente es una trampa intelectual, pues se está diciendo con ello que de un número infinito de probabilidades hay que descartar una por una para poder establecer la libertad humana, con lo que de contera se evidencia la postulación de una concepción de la libertad de la voluntad como "libre albedrío indiferente", el cual, como se ha repetido aquí hasta la saciedad, lo han negado los propios defensores del libre albedrío pues él implica comportamientos incausados.

¹⁴ POPPER, 1974, pág. 213.

¹⁵ Cf. POPPER, 1974, págs. 218 y ss.

¹⁶ POPPER, 1984, pág. 145, subrayamos.

C) Tercera hipótesis

Ahora, como el principal problema que plantean las modernas críticas contra el libre albedrío no es el dilema determinismo-indeterminismo, sino la imposibilidad (empírica) de probar la libertad, los contradictores podrían decir: "Bien, estamos de acuerdo con la hipótesis aquí planteada, pero la cuestión sigue igual, pues lo que se pide precisamente es la «prueba» de la existencia de tal libertad de voluntad, y hasta que esta no se dé, el postulado de la libertad debe seguir siendo desechado del derecho penal".

No obstante, creemos que este es un falso problema para el derecho penal en particular y para la filosofía en general. Esta hipótesis la sustentamos en los dos siguientes puntos fundamentales:

1) Que una teoría filosófica sea irrefutable —no contrastable empíricamente— no significa que sea falsa o que por lo menos no sea susceptible de discusión crítica, racional.

2) Si el libre albedrío debe ser desechado por la imposibilidad empírica que presenta para ser probado, sería inevitable el rechazo, por igual razón, de conceptos tan válidos y fructíferos para la historia humana como el de "dignidad humana", "igualdad", "justicia", etc. Incluso los propios conceptos con los que se ha tratado de sustituir o complementar el principio de culpabilidad como "necesidad de la pena", "proporcionalidad", "prevención general o especial", etc.

En su libro *El desarrollo del conocimiento científico*, POPPER estudia "el problema de la refutabilidad de las teorías filosóficas" y dice que tales teorías pueden ser irrefutables y no obstante falsas, pues enunciados tales como "existe un procedimiento tal que ejecutado convenientemente permite transformar el hierro en oro" es definitivamente un juicio irrefutable, incontrastable empíricamente, pues siempre "existirá" la posibilidad de encontrar esa fórmula mágica, y no obstante su falsedad es casi un hecho, porque el conocimiento hoy adquirido acerca de esos metales hace irrazonable tomar en serio esa posibilidad.

Por lo demás, el criterio de falsabilidad "refutabilidad empírica o contrastabilidad empírica", es un criterio demarcador que permite diferenciar un enunciado de las ciencias empíricas de otros enunciados no científicos. Esto lo dice claramente POPPER en el capítulo primero de *La lógica de la investigación científica*: "Obsérvese que propongo la falsabilidad como criterio de demarcación pero no de sentido... Por tanto, es un puro mito (aunque gran aumento de refutaciones de mi teoría están basadas en él) decir que haya propuesto jamás la falsabilidad como criterio de sentido. La falsabilidad separa dos tipos de enunciados perfectamente dotados de sentido, los falsables y los no falsables: traza una línea dentro del lenguaje con sentido, no alrededor de él"¹⁷.

Así, pues, tampoco se podrá decir que por ser irrefutable empíricamente un enunciado se desprenda que es falso o en todo caso inútil para fundamentar cualquier teoría. Solo podrá decirse que no pertenece a las ciencias empíricas.

Aunque la imposibilidad de probar empíricamente podría ser ya suficiente para desestimar una teoría con base en la doctrina del empirismo lógico que, como se sabe, uno de sus principales cometidos fue eliminar la metafísica. Hoy en día, y muy seguramente gracias a los trabajos de POPPER, el positivismo lógico ha caído en descrédito y la metafísica ha sido reivindicada.

Lo anterior no significa que al ser las argumentaciones filosóficas imposibles de ser calibradas por el criterio de la refutación empírica, cualquiera que sea el contenido de una tal teoría deba ser aceptado, que "todo vale". Si esto fuera así, sería un motivo de desaliento para el trabajo de grandes pensadores; se hace pues necesario encontrar un criterio que nos permita diferenciar entre teorías filosóficas válidas y no válidas.

Dice POPPER: "Mi solución es esta: Si una teoría filosófica no fuera más que una afirmación aislada acerca del mundo, que nos la arrojan diciéndonos tácitamente: «tómela o déjala» y sin ninguna sugerencia de conexión con alguna otra cosa, entonces estaría realmente más allá de toda discusión... En otras palabras, toda teoría racional sea científica o filosófica, es racional en la medida en que trata de resolver ciertos problemas. Una teoría es compatible y razonable solo en relación con un conjunto de problemas dados y solo puede ser discutida racionalmente mediante la discusión de esta relación (...). Pero si consideramos una teoría como una solución propuesta para un conjunto de problemas, entonces la teoría se presta inmediatamente a la discusión crítica, aunque no sea *empírica ni refutable*. Pues en tal caso podemos plantear cuestiones como: ¿resuelve el problema?, ¿lo resuelve mejor que otras teorías? ¿Ha desplazado simplemente el problema?, ¿es simple la solución?, ¿es fecunda?, ¿contradice a otras teorías filosóficas que son necesarias para resolver otros problemas?"¹⁸.

De otro lado, ¿cómo se puede pretender descalificar el concepto de libertad de la voluntad por no ser susceptible de prueba y sin embargo adoptar sin recelos conceptos como el de "dignidad de la persona" o el de la "necesidad de la pena"? ¿Acaso se puede demostrar mediante pruebas empíricas cualquiera de los dos conceptos anteriores? ¿Acaso cuando GIMBERNAT dice que la imposición de una pena es algo que el Estado "... tiene que justificar *demostrando* su necesidad..." está pensando en un "experimento" que lo evidencia? "Demostrar" y "necesidad" son aquí palabras *ad hoc*, no significan lo que él se empeña en que signifiquen. El único concepto válido en esta frase es "justificar" y él implica "discusión crítica", "racional", no "pruebas empíricas" pues para el caso, son definitivamente imposibles.

Por lo tanto, si el concepto de libre albedrío ha de ser rechazado de la dogmática penal por su incapacidad de ser probado empíricamente, de iguales males sufre el concepto de "necesidad de la pena" o los muchos otros que se han propuesto, y por lo tanto deben ser igualmente rechazados.

En cambio, si acudimos al criterio propuesto por POPPER: la "discusión racional —crítica—", entonces ambas tesis se presentan como válidas, aunque por lo expuesto en el capítulo anterior, tenemos que aceptar que la tesis del libre albedrío es "más fecunda", "resuelve mejor el problema que otras teorías", etc.

¹⁷ POPPER, 1962, pág. 40, nota pie de página.

¹⁸ POPPER, 1967, págs. 231-232.

Es válido concluir entonces que el problema de incapacidad que presenta el concepto del libre albedrío o de libertad de la voluntad de ser probado empíricamente, no es un verdadero problema ni de la filosofía en general ni del derecho penal en particular.

D) Cuarta hipótesis

Para terminar, queremos tratar, así sea brevemente, la tesis que se ha venido sosteniendo por algunos filósofos del derecho y doctrinantes del derecho penal en el sentido de que fundamento y fin de la pena son conceptos distintos que apuntan a aspectos distintos de la teoría de la pena.

De este problema se ocupa ALF ROSS en su artículo "La finalidad del castigo", donde más que hacer una contribución a la discusión sobre cuál es la finalidad de la pena, se propone "aclarar" qué es exactamente lo que se discute.

Así, al interior de esta disquisición, propone que si la polémica se sigue presentando entre "retribucionismo", "prevención", sin distinguir en cada una de ellas si se propone como "fin" o "fundamento" de la pena, la discusión no tendría la más mínima posibilidad de ser saldada. En cambio si se acepta que el "fundamento" de la pena no podrá ser otro que la "retribución" en la medida en que no se puede castigar sino en tanto el autor se haya hecho responsable por el delito que cometió, y que el "fin" de la pena es la "prevención" en tanto que con ella se pretende evitar, ya en particular, ya en general, la comisión de un nuevo delito, será posible entender que la pena en todo caso ha de ser aplicada racionalmente, como última *ratio* del Estado y del derecho penal, pero única y exclusivamente a aquel que por su acto se ha hecho sujeto de ella¹⁹.

A lo largo de su exposición llega incluso ROSS a señalar que es un error afirmar que KANT fuera el principal exponente de un retribucionismo como fin de la pena, pues, dice, "Kant nunca sostuvo una opinión tan insensata"²⁰.

Lo anterior nos autoriza las siguientes consideraciones:

El otro argumento contra el principio de culpabilidad, e indirectamente contra el concepto de libre albedrío, de que él implica "retribucionismo" y este es dogmáticamente insostenible y políticamente dañoso, es un argumento que desconoce la diferencia que se impone entre "fin" y "fundamento" de la pena: como que "La oposición tradicional de retribución y prevención (qui peccatum-ne peccetur) carece de sentido porque las respuestas antitéticas no se refieren a la misma pregunta"²¹.

Así las cosas, este otro argumento en contra del principio de culpabilidad y de libertad de la voluntad desaparece necesariamente, pues la libertad es condición necesaria, aunque no suficiente, para la aplicación de la pena.

Ahora bien, hay tesis, como la de ROXIN, que al partir de un desglose del retribucionismo del principio de culpabilidad, no serían acogidas por esta crítica. Pero es que con ello no se está dando muestra de que la diferencia entre fin y

fundamento de la pena sea irrelevante y que por tanto el problema que plantean los que ven en el principio de culpabilidad puro retribucionismo siga vigente. Por el contrario, con la tesis de ROXIN se reafirma la diferencia, lo que pasa es que él, no obstante las críticas que se le han hecho, no deduce las consecuencias que ello implica. Por ejemplo, LENCKNER le ha acotado que "Si la culpabilidad es un factor limitador de la pena, igualmente debe también ser presupuesto de ella..."²². Y aunque ROXIN replica que se trata de una crítica que afecta solo "a la incorrecta formulación, pero no a su esencia misma"²³, lo cierto es que no podemos entender cómo se puede sostener que el concepto de libre albedrío es un mero producto metafísico y a la vez proponer como "postulado político criminal dirigido a los jueces (que): «Debéis tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona capaz de una decisión autónoma y de responsabilidad...»"²⁴, así se advierta que ello se hace sin pretensiones ontológicas, sino de proponer "reglas de juego", pues afirmar lo uno o lo otro, como un mero "tómelo o déjelo", implica igualmente "dogmatismo" bizantino, y en la medida en que los dos se expongan como tesis susceptibles de "argumentación racional —crítica—" ya hemos visto el alto grado de fecundidad que tiene el primero, es decir, el libre albedrío o la libertad de la voluntad.

III

Una pequeña conclusión, aunque bastante grande para nosotros, podemos sacar de este gran esfuerzo que hemos hecho para tratar de tomar posición crítica y racional frente a esta polémica que tantas angustias ha despertado entre los más grandes representantes del pensamiento humano.

El principio de culpabilidad, entendido como el reproche que se hace a una persona por haber actuado contrariamente a lo prescrito en el ordenamiento jurídico dentro del cual su existencia está enmarcada, no puede fundamentarse, *hasta el momento*, en otro criterio material que en el reconocimiento de esa persona como un ser apto para "tomar decisiones", para evaluar críticamente posibles actitudes frente a la inmensa gama de sucesos a los que se enfrenta a través de su existencia, en el reconocimiento de la persona como un ser que es "creador" y en esa medida "responsable". Como un ser, en fin, libre.

Es solo sobre estos presupuestos que la sociedad y el poder estatal podrán intervenir la esfera de autonomía que como persona le corresponde a cada ser humano. Solo en tanto se le reconozca capaz de actuar culpablemente, se podrán limitar los derechos esenciales de la persona humana.

Pero como una cosa es el fundamento y otra el fin de la pena, criterios como el de "prevención general o especial", "proporcionalidad", "necesidad" o "utilidad", "exigibilidad de la conducta", etc., habrán de servir de criterios político-criminales para decidir sobre la "necesidad práctica" —luego de constatada la culpabilidad— para imponer o no una pena.

¹⁹ Cf. Ross, 1976, págs. 151 y ss.

²⁰ Ross, 1976, pág. 166.

²¹ *Ibidem*, pág. 165.

²² Tomado de ROXIN, 1981, pág. 49.

²³ *Ídem*.

²⁴ ROXIN, 1981, págs. 48-49.

Las consecuencias políticas negativas que del principio de culpabilidad así entendido se pueden derivar, como por ejemplo la que muy sentidamente hace GIMBERNAT de que "La visión que el principio de culpabilidad da del delincuente, es la de una persona éticamente mala que *podía* hacer el bien y, sin embargo, hace el mal; (y de que) sobre esta base de superioridad y buena conciencia de la sociedad frente al delincuente es fácil olvidarse del problematismo de la pena estatal y de nuestra obligación de —sin ahorrar ningún medio— tratar humanamente a quien viola la ley penal..."²⁵, son consecuencias que muchos podrán deducir de él, pero que a nuestro juicio evidencian más un vicio del espíritu humano que una implicación lógica del principio de culpabilidad. Pero, así como del reconocimiento de las limitaciones humanas no se sigue que lo más que podemos hacer es inhibirnos de cualquier acción para impedir la incurrencia en errores —ataraxia—, tampoco podemos desechar un principio como el de culpabilidad, que tantos frutos buenos ha producido, simplemente porque también de él se han aprovechado muchos (torciendo su sentido) para maquillar las más crasas violaciones a los derechos humanos.

Es posible que a quien detenta el poder no le vaya ni le venga si un hombre actuó o no libremente para imponerle una pena, cuando de defender su poder se trata, pero es que cuando la fuerza habla, hasta el sol le tocaría empezar a girar nuevamente alrededor de la tierra.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO, NÓDIER (1978): "Diversos contenidos de la estructura del delito", en *Nuevo Foro Penal* núm. 1, Oct.-Dic., Medellín, Edit. Acosta.
- AGUDELO, NÓDIER (1984): *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Temis.
- AYER, J. A. (1979): *Ensayos filosóficos*, Barcelona, Ariel.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1973): "Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 32, tercera época, Chile.
- BARATTA, ALESSANDRO (1986): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.
- BETTIOL, GIUSEPPE (1970): "Sobre una idea de culpabilidad en el derecho penal moderno", en *Problemas actuales de las ciencias penales y filosofía del derecho*.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1982): *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1984): *Manual de derecho penal español*, Barcelona, Ariel.
- CALSAMIGLIA, ALBERTO (1986): *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel.
- CARRARA, FRANCESCO (1989): *Reminiscencias de cátedra y foro*, Bogotá, Temis.
- CASSIRER, ERNST (1984): *La filosofía de la Ilustración*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica.
- CEREZO MIR, JOSÉ (1982): *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Ed. Tecnos.
- CÓRDOBA RODA, JUAN (1977): *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch.
- CHATELET, FRANÇOIS (1976): *Historia de la filosofía*, t. I, Madrid, Espasa-Calpe.
- FERRATER MORA, JOSÉ (1980): *Diccionario de Filosofía*, 2ª ed., Madrid, Alianza.
- FERRI, ENRICO (s. f.): *Sociología criminal*, t. II, Madrid, Centro Editorial de Góngora.
- FERRI, ENRICO (1933): *Principios de derecho criminal*, Madrid, Reus.

²⁵ GIMBERNAT, 1973, pág. 31.

- FIGUEREIDO DÍAZ, JORGE (1987): "Culpa y personalidad: Para una reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad en el derecho penal", en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Edersa.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO (1970): *Ética*, 18ª ed., México, Porrúa.
- GIMBERNAT O., ENRIQUE (1973): "La culpabilidad como criterio regulador de la pena", en *Revista de Ciencias Penales*, tercera época, núm. 32, Chile.
- GIMBERNAT O., ENRIQUE (1983): *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, Bogotá, Temis, Monografías Jurídicas, núm. 29.
- HAWKING, STEPHEN (1988): *Historia del Tiempo*, Barcelona, Ed. Crítica.
- HASSEMER, WINFRIED (1982): "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, Madrid, Edersa.
- JESCHECK, HANS HEINRICH (1981): *Tratado de derecho penal*, parte general, Barcelona, Bosch.
- KANT, IMMANUEL (1983): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 5ª ed., México, Porrúa.
- LUDERSSEN (1982): "La imputación individualizadora de lesiones de bienes jurídicos", en *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona.
- MANZINI, VINCENZO (1948): *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Epiar.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (1975): "El principio de culpabilidad", en *Comunicación a las III Jornadas de profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (1981): *Introducción al libro de ROXIN Culpabilidad y prevención*, Madrid, Reus.
- NIETZSCHE, FEDERICO (1966a): "El viajero y su sombra". Aforismo II, en *Obras Completas*, 6ª ed., t. I, Buenos Aires, Aguilar.
- NIETZSCHE, FEDERICO (1966b): "Genealogía de la Moral", en *Obras Completas*, 6ª ed., t. III, Buenos Aires, Aguilar.
- POPPER, KARL (1962): *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos.
- POPPER, KARL (1967): *El desarrollo del conocimiento científico: Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós.
- POPPER, KARL (1974): *Conocimiento objetivo: Un enfoque evolucionista*, Madrid, Tecnos.
- POPPER, KARL (1983): *La miseria del historicismo*, Madrid, Alianza, Taurus.
- POPPER, KARL (1984): "El universo abierto", en *Post-Scriptum a la lógica de la investigación científica*, t. II, Madrid, Tecnos.
- PERRON, WALTER (1980): "Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 50, Bogotá, Temis.
- RECASÉNS SICHES, LUIS (1939): *Vida humana, sociedad y derecho: Fundamentación de la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica.
- RECASÉNS SICHES, LUIS (1986): *Tratado general de filosofía del derecho*, 9ª ed., México, Porrúa.
- ROSS, ALF (1976): "La finalidad del castigo", en *Derecho, filosofía y lenguaje*.
- ROXIN, CLAUS (1973): "La culpabilidad como criterio limitado de la pena", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 32, tercera época, Chile.
- ROXIN, CLAUS (1977): *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus.
- ROXIN, CLAUS (1981): "¿Qué queda de la culpabilidad en el derecho penal?", en: *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, Madrid, Edersa.
- RUSSELL, BERTRAND (1973): *Religión y ciencia*, México, Fondo de Cultura Económica (Breviarios).
- SAN AGUSTÍN (1947): "Del libre albedrío", en *Obras Completas*, t. III, versión P. Evaristo Seija O. S. A., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.

- SAN AGUSTÍN (1947): "De la gracia y del libre albedrío", en *Obras Completas*, t. vi, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO (1880): *Suma teológica*, t. 1, Trad. directa del latín, Por D. Hilario Abad de Aparicio, Madrid, Moya y Plaza, Ed. Obra consultada: Question (q) LXXXIII.
- SCHOPENHAUER, ARTHUR (1978): *La libertad*, México, Premia.
- SPINOZA, BARUCH (1977): *Ética*, México, Porrúa.
- STRATENWERTH, GUNTHER (1980): *El futuro del principio de culpabilidad*, Madrid, Publicaciones Instituto Universidad Complutense de Madrid.
- THORPE, WILLIAM (1980): *Naturaleza animal. Naturaleza humana*, Madrid, Alianza.
- TORIO LÓPEZ, ÁNGEL (1985): "El concepto individual de culpabilidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Serie 1, núm. 3, t. XXXVIII, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- VALLEJO ARBELÁEZ, JOAQUÍN (1980): *Las fronteras de la libertad*, 4 ts., Bogotá (s. c.).
- VENDRYES, PIERRE (1969): *Determinismo y autonomía*, Barcelona, Grijalbo.
- WELZEL, HANS (1970): *Derecho penal alemán*, Parte General, 11ª edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- WELZEL, HANS (1973): "Reflexiones sobre el libre albedrío", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fas. 2, Madrid.
- ZUGALDÍA ESPINAR, AGUSTÍN (1982): "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad", en *Estudios penales (Libro Homenaje a Antón Oneca)*, Ed. Universidad de Salamanca.