

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

**La cuestión de la culpabilidad  
en la ciencia penal actual**

por Guillermo Jorge Yacobucci

Anticipo de “Anales” - Año LXIII  
Segunda Época - Número 56

Diciembre de 2018

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico *Dr. Jorge R. Vanossi*

Vicepresidente

Académico *Dr. Roberto E. Luqui*

Secretarios

Académico *Dr. Emilio P. Gnecco*

Académico *Dr. Rafael M. Manóvil*

Tesorero

Académico *Dr. Daniel Funes de Rioja*

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Avenida Alvear 1711, primer piso. Teléfonos: 4812-9327 y 4815-6976  
(1014) Buenos Aires - Argentina  
[academiadederecho@fibertel.com.ar](mailto:academiadederecho@fibertel.com.ar)  
[www.academiadederecho.org](http://www.academiadederecho.org)

Se terminó de imprimir en el mes de junio de 2019.

## Discurso de recepción

por Alfonso Santiago<sup>1</sup>

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Académico Dr. Jorge R. Vanossi; colegas Académicos; señores Magistrados Judiciales; familiares y amigos del nuevo Académico; señoras y señores aquí presentes:

Tengo el enorme honor y la gran alegría de poder presentar hoy al Académico Dr. Guillermo Yacobucci en este acto de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Ingresa hoy a esta corporación uno de los penalistas más destacados de habla hispánica en nuestros días y un muy prestigioso juez penal, hoy integrante de la Cámara Federal de Casación Penal. En base a sus méritos académicos y profesionales, ha sido integrante de las dos últimas comisiones redactoras de anteproyectos de Código Penal en nuestro país.

---

<sup>1</sup> Discurso de recepción del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 6 de diciembre de 2018.

Con su incorporación, el Dr. Yacobucci se une al número de los destacadísimos penalistas argentinos que han sido integrantes de esta Academia, como los Académicos Dres. Francisco Ramos Mejía, Rodolfo Moreno, Rodolfo Rivarola, Ernesto Ure, Enrique Ramos Mejía, Sebastián Soler y Eduardo Aguirre Obarrio.

Guillermo Jorge Yacobucci, nació en esta Ciudad el día 16 de abril de 1956. Es abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires en el año 1979 y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, habiendo defendido la tesis doctoral sobre “Los principios penales” el día 14 de marzo de 2001, obteniendo la máxima calificación, sobresaliente “*suma cum laudem*”.

En el año 1974 ingresó al Poder Judicial de la Nación. Mediante decreto 442 del 16 de marzo de 1993 fue designado por el Presidente de la Nación con acuerdo del Honorable Senado de la Nación, Juez de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal n°6.

Actualmente es Juez de la Cámara Federal de Casación Penal.

Recibió el Premio a la Excelencia Judicial, otorgado por FORES e IDEA en octubre del 2003.

Tiene publicados libros de su autoría, en coautoría y en obras colectivas, tanto en nuestro país como en el extranjero, entre las que cabe mencionar las siguientes:

- La deslegitimación de la potestad penal<sup>2</sup>;
- El sentido de los principios penales<sup>3</sup>;
- La flagrancia, Concepto y tipo procesal<sup>4</sup>;

---

<sup>2</sup> Editorial Abaco, Buenos Aires, marzo de 2000, 361 páginas. Dividido en tres partes y XV Capítulos. ISBN 950-569-129-7.

<sup>3</sup> Editorial Abaco, Buenos Aires, mayo de 2002, dividido en tres partes, XV capítulos, 480 páginas, ISBN 950-569-169-6.

<sup>4</sup> Editorial Hammurabi, Buenos Aires, abril 2017, XI Capítulos, 186 páginas, ISBN 978-950-741-818-1.

Es profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y Director de su Departamento de Derecho Penal.

Ha dictado más de doscientas conferencias, cursos y seminarios en Argentina, Chile, Paraguay, Colombia, Italia, España, Uruguay, Brasil, Estados Unidos y Perú.

Como muchos de los más destacados penalistas alemanes, Guillermo Yacobucci ha cultivado, junto a la ciencia penal, la filosofía del derecho. Su tesis sobre los principios del derecho penal es una cabal muestra de ello. Ha sabido combinar con maestría el rigor de la dogmática penal y con la profundidad de sentido, propia del iusfilósofo humanista. Estas características de su formación y de su pensamiento pueden ser una contribución importantísima al debate penal de nuestros días donde se enfrentan ideas minimalistas y abolicionistas del derecho penal, con otras doctrinas que afirman el valor del sistema y la legalidad penal por sí mismas, sin dar a cada persona humana y a su acción libre y responsable el adecuado lugar que le corresponde en la teoría penal.

Junto a su vasta producción académica, tal vez uno de los más valiosos aportes que ha realizado el Dr. Yacobucci a la ciencia jurídica es la constitución y desarrollo del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral. En su ámbito se han creado la Especialización y la Maestría de Derecho Penal y se han organizado numerosísimas actividades y Jornadas de nivel internacional con la participación de los más desatacados penalistas de nuestros días como Jesús Silva Sánchez, Günther Jakobs, Urs Kindhäuser, Filippo Sgubbi, Sergio Moccia, Andrea Castaldo, Raffaele Cantone, Enrique Bacigalupo, Paul Robinson, entre muchos otros.

Pero más allá de la organización de estas actividades académicas, lo que más se ha destacado a ese Departamento de Derecho Penal es el impulso de la investigación con una decena de jóvenes profesores que se han doctorado en los últimos años.

Señalaba Guillermo Humboldt, fundador a comienzos del siglo XIX de la Universidad de Berlín, que “quien enseña ha de investigar y enseñar a investigar”. Esta consigna fundamental guió la transformación de la universidad alemana moderna y desde allí irradió su influencia en las más destacadas universidades del mundo, particularmente en el ámbito anglosajón.

Guillermo Yacobucci ha sido un cabal seguidor de esa señera premisa, que es el faro de la auténtica vida universitaria en nuestros días. Él no se limitó a dar clases y transmitir el conocimiento hasta entonces elaborado, sino que mediante su labor de investigación personal ayudó a crear nuevos conocimientos. Sin embargo, tampoco ahí terminó su contribución académica. También enseñó a investigar, promovió a muchos jóvenes profesores a la realización de tesis doctorales y a la activa participación en Congresos internacionales de su especialidad.

Pero si la vida universitaria tiene como sustancia la realización de las tareas de docencia e investigación, ella también requiere de la creación de un ambiente de auténtica amistad, sin la cual ella resulta árida y humanamente poco atractiva. Es allí donde también se destaca el Doctor Guillermo Yacobucci. Ha sabido en todos estos años crear un ambiente cálido y agradable de auténtica “amicitia” universitaria. Sus alumnos, discípulos y colegas no sólo ven en él un brillante y elocuente profesor, sino un ser humano cercano y generoso que los estimula de modo continuo hacia su superación. “Quiero sacar de ti, tu mejor ti”, dice el poeta y ello también puede ser el lema de todo buen formador universitario. Sin violencia, ni coacciones, por el peso propio y el fuerte atractivo que siempre tienen el bien, la verdad y la belleza cuando se reflejan en vidas ejemplares.

Dicen que en la vida hay primeros y segundos padres. Los primeros son los que nos dan la vida y la educación fundamental. Los segundos, son quienes nos ayudan a seguir creciendo y madurando. Desde esta perspectiva, son muchos los que reconocen a Guillermo Yacobucci como un segundo padre.

Ninguna de sus realizaciones profesionales y académicas hubiera sido posible, ni menos aún fecundas, sin la compañía de la lindísima familia que ha sabido formar junto con María Alicia (Marilita, como muchos la llamamos) y sus hijos Mercedes, Ignacio, Guillermo, Josefina y Francisco. Como todos los logros de un padre de familia, ellos tienen mucho de bienes gananciales: son bienes comunes alcanzados gracias al aporte de todos los integrantes de la familia y para que todos disfruten de ellos.

Académico Guillermo Yacobucci: lo recibimos con mucha alegría en nuestra corporación a la que tanto puede contribuir con el cultivo de la siempre actual y relevante ciencia del derecho penal.

Hoy se incorpora a nuestra casa. Lo hace rodeado de la compañía y el afecto de su familia, de sus amigos, de sus colegas y de sus alumnos, muestra acabada de todo el bien que ha sembrado a lo largo de su vida.

El público reconocimiento que usted recibe en este acto es la acumulación en un instante del mérito de muchos de sus actos cotidianos y silenciosos dispersos en el tiempo. Recoge así el callado eco de cientos de personas a las que ha enriquecidos a lo largo de estas décadas de vida.

Querido Guillermo, seas muy bienvenido a esta nuestra Academia que ahora espera con ansias tu discurso de incorporación que confirmará con creces lo que he intentado manifestar en esta presentación.



# **La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual**

por Guillermo Jorge Yacobucci<sup>5</sup>

## **Introducción**

Agradezco la presentación del académico Dr. Alfonso Santiago, amigo y colega. Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, académico, Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, académicos presentes, profesores, magistrados, colegas, amigos, familiares, no puedo iniciar este discurso de ingreso a la Academia, sin antes hacer explícito el honor que significa para mí formar parte de esta Institución.

En un tiempo donde la discusión jurídica –social y política– se ha banalizado y el debate de los grandes temas del derecho es abordado

---

<sup>5</sup> Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 6 de diciembre de 2018.

con asombrosa rusticidad o a través del intercambio de opiniones insustanciales y agresivas en las redes sociales y paneles mediáticos, poder integrar esta Corporación, posee un significado particular; no solo en lo personal, sino especialmente como oportunidad de servicio, ante la necesidad para la República de rescatar la naturaleza científica, racional y difusiva de lo verdadero, bueno, honesto y justo, propio del pensamiento práctico.

Cada silla de esta Academia tiene, además de un patrono histórico –a mi respecto, el Dr. Salvador María del Carril– un inmediato predecesor en el sitial que ahora habré de ocupar. En mi caso, es el académico Dr. Juan Aguirre Lanari, que ingresó en esta entidad el 19 de octubre de 1978, donde dirigió el Instituto de Derecho Constitucional. En el homenaje a Aguirre Lanari, que aquí mismo se le hiciera en el año 2013, el académico Vanossi lo definió como gran caballero de la vida pública argentina; mientras que el académico Badeni destacó “su excelencia, su equilibrio, su tenacidad y firmeza de carácter”, que avalaron su dignidad académica, no solo intelectual, sino también de vida.

Encuentro en unas palabras del propio Aguirre Lanari –como creyente y hombre de familia– la síntesis de esas descripciones de sus colegas: “debo darle gracias a Dios, que condujo mis destinos hasta aquí, exagerando mis aciertos y disimulando mis errores”. Entre las gracias recibidas, mencionaba especialmente a su esposa, Amelia Vernengo Lima –“Kika”– que, al igual que en mi caso “Marilita” Miles, mi mujer, reconocía que “no hay decisión trascendente en mi vida que no la haya consultado con ella, y su consejo fue siempre decisivo”. Así, Aguirre Lanari rogaba poder llegar juntos al final, con “lucidez y amor, bajo el amparo de la inagotable bondad de Dios”, como aconteció.

Marcado entonces por tan exigente estándar académico y existencial impuesto por mi predecesor en el sitial y, siendo imperativo, como jurista dedicado al derecho penal, que asuma alguno de los grandes temas que reclama su actual crisis, escogí la cuestión de la

culpabilidad penal, por ser una noción científica que atraviesa todas las instancias de la teoría del delito.

Los límites que imponen la naturaleza y oportunidad de esta disertación indujeron, además, la selección de tres aspectos fundamentales para comprender los términos del debate: paradójicamente, se atenderá en primer lugar, a la disputa sobre el significado y validez de la noción misma de culpabilidad en el derecho penal actual; luego se ingresará en la problemática sobre el papel de la libertad, no solo como atributo definitorio del sujeto responsable, sino también como criterio de exigibilidad jurídica frente a su ejercicio en el caso concreto y, por último, se juzgará la relación presente entre la exigibilidad, la culpabilidad y la pena.

El cierre estará constituido por un elenco de conclusiones con la aspiración de que sirvan como orientación frente a estos problemas.

## **1. El sentido de la culpabilidad y su legitimación en el derecho penal actual**

Sin perjuicio de la importancia científica de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad –ya avanzado el siglo XIX– puede señalarse a la reflexión sobre su ubicación dentro del sistema tripartito de delito –v. Liszt/Beling– como la fuente que potenció el debate acerca de su “contenido”. Primero, desde una perspectiva claramente psicológica y luego –Frank<sup>6</sup>– integrando aspectos normativos que dieron fundamento a las nociones de exigibilidad y reprochabilidad. A partir de entonces, los criterios de normativización en ese marco

---

<sup>6</sup> FRANK, R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, del que existe una traducción realizada por Sebastián Soler en la década de los sesenta del siglo XX y, otra más reciente, publicada en la Colección “Maestros del Derecho Penal”, del año 2000, de la editorial B de F. Cabe destacar en esa obra, el señalamiento que hace Frank sobre la necesaria valoración de la normal disposición del sujeto y de las circunstancias concomitantes a su actuación a los fines del reproche y más allá de la relación psíquica del agente con su hecho –dolo o imprudencia–. Da pie así, a la problemática de la exigibilidad.

vienen agitando el debate, no solo dentro de la ciencia penal, sino también de la Política criminal.

Sin embargo, desde mediados del siglo XX se ha puesto en discusión el uso del término culpabilidad dentro del Derecho Penal, por su resonancia moral o teológica que, aparentemente, contaminaría los presupuestos del sistema penal actual. Incluso, se ha reclamado disponer definitivamente de la expresión culpabilidad, aduciendo que su génesis resulta contraria a un estado secular. De la mano de esa pretensión, también se consideró impropio hablar de merecimiento y retribución como fundamentos decisivos de la sanción<sup>7</sup>, buscando sucedáneos más neutros, asentados sobre la proporcionalidad y la necesidad meramente preventiva de sanción. En ese contexto, desde una perspectiva deslegitimadora del *ius puniendi*, se puede identificar, por un lado, a la criminología crítica y, por el otro, a las teorías abolicionistas.

La primera, esto es, la Criminología Crítica, parte de considerar al delito y a la responsabilidad del sujeto, como meros productos o constructos sociales orientados al mantenimiento del sistema de producción; asumiendo fundamentalmente, criterios surgidos del materialismo dialéctico. Esto se advierte, por ejemplo, en el pensamiento de Taylor, Walton y Young volcado en una obra histórica –La nueva criminología– que, sin perjuicio de considerar insuficientes los textos de Marx sobre el particular, se hacen cargo de utilizar los instrumentos de crítica socio económico para afrontar la cuestión penal. Aspecto que, en el ámbito del pensamiento continental, encuentra en la obra de Baratta, un expositor de notable nivel científico y que, en lo que aquí interesa, señala que tanto el delito como su represión son elementos inducidos naturalmente del régimen capitalista de producción<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Una aproximación al problema puede verse en YACOBUCCI, G., *El merecimiento dentro de la semántica de la retribución*, en Derecho, sanción y justicia penal, Coordinada por Raúl Carnevali, Buenos Aires/Montevidéo, B de F, 2017, pp.459 y ss.

<sup>8</sup> Se puede consultar, TAYLOR, I., WALTON, P., y YOUNG, J., *La nueva Criminología* –edición española– Amorrortu, Buenos Aires, 1997 y BARATTA, A., *Criminología Crítica y crítica del*

Desde otra perspectiva y ya en el ámbito nacional, resulta destacable la reflexión de Zaffaroni sobre los aspectos relacionados con la culpabilidad penal; sobre todo, a partir de la idea de vulnerabilidad que ubica dentro de la construcción de una teoría del delito, que podría denominarse “dogmática crítica”. Si bien establece como base incuestionable del reproche de culpabilidad, la calidad de los motivos que determinan a delinquir a un sujeto, luego expone la relevancia de los “estereotipos negativos” para la criminalización. Por eso, pone bajo análisis la distinción entre una “vulnerabilidad” casi natural, surgida de una especie de “tipicidad social” y aquella que es producida por el propio sujeto, como si se tratara de un “esfuerzo” personal en ser alcanzado por la respuesta punitiva. Eso que denomina “esfuerzo”, es en realidad la concreción de una decisión contra el bien jurídico, teniendo un campo de disponibilidad razonable para no hacerlo<sup>9</sup>.

En el campo del abolicionismo, la cuestión progresa por ejemplo, a través de la falta de justificación moral del poder estatal secular para imponer penas, esto es, lo que definen como “dolor” inútil. Lo que Nils Christie describe críticamente como un efectivo “reparto del dolor”<sup>10</sup>.

Ya desde una aproximación científico penal, Roxin se vale de la noción de responsabilidad para justificar la aplicación de penas. En esa idea hace concurrir, como momentos diferenciados, a la culpabilidad fundada en la “accesibilidad normativa” y a la necesidad preventiva de sanción penal. La primera reemplaza la idea de libertad, mientras que la segunda permite excluir la finalidad retributiva de la pena<sup>11</sup>.

---

*derecho penal*, Siglo XXI, México, 1998. Un análisis puntual de estos planteos se puede ver en YACOBUCCI, G., *La deslegitimación de la potestad penal*, Abaco-Depalma, Buenos Aires, 2000.

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, en *Criminología, aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1988, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989 y, obviamente, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, pp.1003/1010.

<sup>10</sup> CHRISTIE, N., *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001.

<sup>11</sup> ROXIN, C., “*Strafrecht Allgemeiner Teil*”, Band 1, 3 Auflage, Beck.

En lengua española, Mir Puig postula, por su parte, hablar de imputación personal con el fin de evitar cierta resonancia moral en la consideración de la culpabilidad. Así, esta instancia debe actuar como límite a las exigencias de prevención, de acuerdo a los principios del Estado democrático. Tomando distancia del libre arbitrio, Mir Puig sostiene que la base de la atribución personal está en la posibilidad del sujeto de haber sido motivado normalmente<sup>12</sup>.

Para confrontar y rebatir estas proposiciones debe indicarse que, en el lenguaje ordinario, la culpabilidad expresa la responsabilidad por un comportamiento que ha dañado alguna regla o precepto y que justificaría consecuencias negativas para el sujeto. Esta percepción es asumida justamente por Robinson en su caracterización del *empirical desert* que parte de las intuiciones sociales<sup>13</sup> sobre la justa responsabilidad.

La culpa incluso es objeto de reflexión personal, en tanto uno es capaz de imputarse a sí mismo ante el foro de la consciencia. Esta actúa como si el individuo se desdoblara psicológicamente para facilitar, desde cierto distanciamiento, un juicio sobre lo sucedido. El remordimiento y la vergüenza son por eso identificados como probables respuestas normales del propio sentimiento moral ante lo actuado.

Por eso dice Kaufmann que aquel que piense que una sanción despojada de culpa, responsabilidad y libertad, se presenta como más humana o liberal, incluso que haga más fácil el castigo que la culpabilidad, “difícilmente se pueda apoyar en la experiencia”<sup>14</sup>.

Esa consideración psicológica permite identificar desde ahora algunos aspectos relevantes: 1) aun la culpabilidad más íntima es consecuencia de percibir una ruptura con lo debido, 2) es en concreto una censura que deriva de un juicio y este 3) si bien implica “*per se*” una reprobación, va acompañado de un padecimiento.

---

<sup>12</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1996.

<sup>13</sup> ROBINSON, P., *Competing Conception of Modern Desert: Vengeful, Deontological, and Empirical*, Cambridge Law Journal 68, marzo, 2008.

<sup>14</sup> KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p.440.

En el plano de la moral interpersonal, es decir social, resulta aún más clara y manifiesta esta caracterización, pues el juicio sobre la responsabilidad del sujeto ya no depende del mismo, sino que es pronunciado por otros –alteridad– asumiendo un marco regulador de los intercambios propios de la convivencia. En ese contexto, la imputación de culpabilidad es consecuencia de un juicio de valor y actúa como un signo: señala la reprobación de lo actuado y a quien debe dar cuenta por lo acontecido.

De esa forma queda en evidencia que las palabras pueden presentar –exteriorizar– en la consideración social, científica y jurisdiccional, tanto un *significado denotativo* como otro de naturaleza *connotativa*. Lo que la culpabilidad denota como palabra, es expresión de su contenido conceptual –de forma tendencialmente objetivada– al interno del sistema donde se use.

Sin embargo, desde el punto de vista connotativo se agregan funciones de tipo subjetivo, pues a esa expresión conceptual, se suman aspectos de comprensión valorativa que son percibidas por el receptor según la operatividad de quien la profiere –ciudadano, dogmático o magistrado–.

Señalar que alguien es culpable o responsable denota dentro de la teoría del delito que un sujeto ha de cargar con las consecuencias punitivas del injusto atribuido. Al mismo tiempo, esa consideración connota en el contexto de la convivencia “algo” claramente disvalioso para la evaluación social, de allí que se hable de efectos “estigmatizantes” por la “marca” que deja esa imputación dentro del espacio comunicativo.

*En la memoria histórica de los hombres se observa que la ruptura de las reglas o leyes dentro de la convivencia o el padecimiento de daños o lesiones exigen una restauración o reparación del orden afectado. Esa necesidad de restablecer lo que se ha vulnerado forma parte de la conciencia social humana. Seguramente se enlaza con la importancia de mantener la existencia, resistir y doblegar el mal,*

*buscar el equilibrio, la compensación y la igualdad, que se integran en la noción más primaria o básica de justicia.*

Si bien Jakobs<sup>15</sup> sostiene que tanto la arcaica responsabilidad por el mero resultado –tal el ejemplo de Edipo– como la moderna atribución de culpabilidad individual tienen una raíz común en la identificación del agente competente, es decir, quien debe responder por el daño; lo cierto es que, a mi modo de ver, para llegar a la responsabilidad personal en términos actuales, fue necesario alcanzar una cierta evolución. Por un lado, la comprensión del agente como individualidad dotada de ciertos atributos, que lo obligan a cargar con las consecuencias de sus actos frente a la ruptura de un orden normativo de la comunidad. Por el otro, la existencia de un monopolio de la fuerza que formalice –legítimamente– la respuesta sancionadora en esa comunidad. Es decir, una autoridad centralizada<sup>16</sup>.

Ese proceso paulatino, puede observarse, a modo de ejemplo, en la tradición judeo-cristiana y en la formulación política de la polis griega. Así, en el primer caso, el profeta Ezequiel advierte: “El que peque es el que morirá: el hijo no cargará con la culpa de su padre, ni el padre con la culpa de su hijo: al justo se le imputará la justicia y al malvado su maldad” remarcando el carácter personal de la culpabilidad (Ezequiel, 18, 19-20).

En el segundo caso, Jaeger señala, tomando como referente a Solón, la construcción griega del “estado jurídico” y con este su “ideal de ciudadano” como la base de la reflexión política occidental<sup>17</sup>.

La especulación sobre la naturaleza de los actos humanos así como el monopolio de la fuerza en la unidad estatal, contribuyeron

---

<sup>15</sup> JAKOBS, G., *Culpabilidad en Derecho penal*, Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp.18/19.

<sup>16</sup> Más allá de las consideraciones de Max Ernst Mayer sobre la función del resultado en la distinción entre la culpabilidad moral y la jurídica, hay una reflexión suya muy significativa: “La dignidad del Derecho penal radica en el rechazo de la responsabilidad por el resultado y en el reconocimiento de la responsabilidad por la culpabilidad”, no hay pena sin culpabilidad al igual que no hay condena sin prueba de la culpabilidad. Cfr. MAYER, M.E., *Derecho Penal, Parte General*, edición en español, que es traducción de la edición alemana –Heidelberg– de 1913, editorial B de F, Buenos Aires/Montevidео, 2007, pp.284/285.

<sup>17</sup> JAEGER, W., *Paideia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

entonces a la comprensión de los presupuestos modernos de la culpabilidad penal. Esto es, la caracterización de aquellos comportamientos por los que el sujeto debe responder ante los otros, representados en una instancia política autorizada y legitimada bajo ciertos presupuestos, para exigirle fidelidad al derecho.

Ha de recordarse, en ese sentido, que Tomas de Aquino explica que un acto se califica de laudable o culpable cuando es imputable al agente y esto sucede cuando está en poder del mismo, de tal modo que conserve el dominio de su acto. A su vez, el mérito o demérito del acto se hace en relación a la retribución que corresponde según justicia y esto sucede cuando se hace algo en daño de otro. El hombre que vive en sociedad al dañar a otro afecta a la comunidad a la vez que al propio agraviado. Por eso, a su criterio, la ley penal persigue la tranquilidad de la vida social, castigando solo algunos comportamientos y apartando otros por el temor de la sanción<sup>18</sup>.

Esta reflexión hace evidente que la culpabilidad penal más allá de sus referencias morales, aparece históricamente vinculada con necesidades y criterios de orden social y político, donde lo justo está regulado por normas de comportamiento de distinta naturaleza, cuya afectación solo parcialmente será atendida mediante la sanción penal y conforme a reglas de imputación formalizadas. Ya se muestra en todo esto la tensión, que luego se identificara, entre la estricta culpabilidad personal y las necesidades preventivas generales de la sociedad.

Por eso, Binding advierte enfáticamente –en una obra dirigida especialmente a los magistrados– que la culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral son profundamente diferentes. Recuerda que históricamente en el sistema penal, “La palabra culpabilidad (*Schuld*) perteneciente a los estratos más antiguos de la lengua germánica y en estrecha relación con *Skulan*, esto es, deber (*Sollen*), significa originariamente aquello que es debido, más exactamente, el pago que

<sup>18</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.* I-II, q.21, a3 y q.98, a1.

debe hacerse y, según parece, originariamente, el pago que es debido por un crimen<sup>19</sup>.

Si retribuir es pagar, reflexiona actualmente Feijoo Sánchez, el delincuente debe pagar por la erosión de la norma mediante su conducta. Así, la declaración de culpabilidad significa que el hecho delictivo no queda definido como casualidad o capricho del destino sino como obra de una persona. Una praxis de condena basada en la casualidad carecería de cualquier tipo de influencia en la confianza de la población y en la evitación de la desintegración social<sup>20</sup>.

*En la comprensión que definiendo en este discurso entonces, el significado de la culpabilidad en el derecho penal y el legítimo uso del término o palabra, expresan a partir del vínculo subjetivo y personal del sujeto con el hecho penalmente relevante y comprobado, su censura jurídica, que habilita la sanción solo por la autoridad legítimamente revestida para ello y en los términos que formalizan su exteriorización.*

No hay lugar pues para una responsabilidad objetiva o por el hecho concretado por otro sujeto, respecto del cual, el agente no sea competente –garante– de su conducta o el resultado lesivo. El error o la ignorancia, valorados en su evitabilidad, han de ser asumidos entonces al momento de fundamentar la imputación de la persona, al igual que su capacidad de culpabilidad y la extensión de su ámbito de comprensión, elección y motivación.

*Así, la relación de la pena con la culpabilidad, aunque indique la retribución y el reproche por el injusto, no es un mero juicio moral sino que integra referencias sociales y políticas<sup>21</sup>. Ciertamente, en*

---

<sup>19</sup> BINDING, K., *La culpabilidad en Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires/Montevidéo, 2009.

<sup>20</sup> FEIJO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general*, B de F, Buenos Aires/Montevidéo, p.600.

<sup>21</sup> La crítica a la idea de retribución, usualmente toma como punto de partida las reflexiones kantianas –*Metafísica de las Costumbres*– que habilitarían el carácter “absoluto” de la justicia a realizar a través de la imposición de la pena. Sin embargo, no es esta la comprensión con la que la tradición escolástica medieval asumió el tema ni, incluso, representa estrictamente la visión hegeliana. Lo social, la alteridad, ha estado presente al momento de brindar contenido a la retribución como criterio con natural al derecho penal. Por eso puede distinguirse, como lo hace Husac, entre un planteo de

*nuestros días, la culpabilidad exige merecimiento para justificar la sanción pero, al mismo tiempo, permite y reclama una ponderación de legitimidad, necesidad y utilidad social para fundarla plenamente.*

En virtud de estos presupuestos, puede decirse que la libertad efectivamente ejercitada por cada sujeto entra en juego, entonces, con la concreta extensión de su capacidad de elección y motivación frente a las normas, con las libertades de los otros ciudadanos y con el orden mismo de libertades que especifica la vida política y jurídica, asegurada por el Estado.

## **2. Acerca de la libertad en el juicio de culpabilidad**

A pesar que la noción de libertad parece relevante para la ciencia penal –como para la filosofía práctica en general– lo cierto es que el debate entre libre arbitrio y determinismo ha sido una constante histórica y sus consecuencias apreciables. Claramente el problema así presentado resultaría inabarcable aquí y ahora.

De ese modo, simplificando la polémica, puede distinguirse:

Por un lado, un plano de disputa que tiene por objeto considerar la real y efectiva importancia del reconocimiento o negación del libre albedrío para la ciencia penal, donde se integra también la libertad de elección del sujeto –exigibilidad–. *Lo que aquí se pondera es si la inexistencia del libre arbitrio altera de modo decisivo las instituciones de la teoría del delito y la imputación de la responsabilidad personal, incluidas sus consecuencias jurídicas.*

---

“*pure retributive theories*” y aquel que implica un vínculo o relación del retribucionismo con ciertos aspectos de relevancia social y política, tal como lo presenta Berman, al considerar la apertura a “consecuencias”. Cfr, HUSAC, D., *Why Punish the Deserving?*, in *The Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2010, Part IV.15 y BERMAN, M., *Two kinds of Retributivism*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Duff & Green, Oxford, 2013, p.433.

Y, ya por otro lado, aunque en relación con esa discusión, se identifica *un segundo plano, centrado en los presupuestos científicos y metodológicos a partir de los cuales la ciencia penal debe atender el problema de la libertad*. Dicho de modo sucinto: *si esta cuestión ha de ser tratada con el instrumental epistemológico de las ciencias de la naturaleza –biológicas, psiquiátricas, neurológicas etc.– o, por el contrario, a través de la metodología propia de las ciencias normativas –como es el derecho. En todo caso, además, si entre uno y otro ámbito científico debe existir alguna relación o contacto. En términos aún más simples, si cuando se habla de libertad se habla de una verificación empírica o, por el contrario, de la comprensión e imputación del obrar como libre que haga exigible al sujeto respetar las normas de comportamiento.*

### ***2.1. La distinción entre evitable y exigible***

Desde un comienzo, de todos modos, cabe observar que la cuestión de la libertad en el ámbito penal, se instala principalmente y en lo que aquí interesa, en dos instancias de la teoría del delito: *en el comportamiento y en la culpabilidad*.

Por eso, la cuestión se inicia con la necesaria identificación, dentro de las exteriorizaciones –*out put*– del sujeto, de aquellas que han de entenderse como comportamiento y no como meros actos reflejos o pura causalidad. En línea con el pensamiento de Silva Sánchez, se trata de señalar, qué acciones son capaces de ser interpretadas por la sociedad como expresión de significado frente a las normas y no como meras causaciones.

En este punto, Tomás de Aquino, sobre la base de la reflexión de Aristóteles, sobre todo en la *Ética a Nicómaco*, caracterizó el comportamiento voluntario e involuntario. El presupuesto es que todo el que obra por un principio intrínseco y tiene algún conocimiento del fin, posee en sí mismo el principio de esos actos, no solo para obrar

sino también para obrar por el fin. Así, la palabra “voluntario” significa que el movimiento y el acto provienen de la propia inclinación.

Por tanto, se distingue entre la *vis física* y la *vis moral*. La *vis física* o fuerza física, anula o instrumentaliza al sujeto, neutralizando la libertad de obrar. No hay comportamiento en sentido penal.

La *vis moral* o coactiva, es decir, aquello que lleva al sujeto a actuar por temor y para evitar un mal, si bien está más cerca de un obrar voluntario, merece una valoración diversa por las circunstancias que lo rodean. En palabras actuales, *se pasa del nivel del comportamiento al plano de la exigibilidad*.

Estas distinciones entre fuerza física y coacción, son atendidas en los sistemas penales comparados. Así, en el caso del Código Penal argentino, el art.34, más allá de fijar la capacidad de culpabilidad, entiende en el inc.2, que no son punibles: quienes han sido impulsados por fuerza física irresistible –no hay comportamiento propio a pesar de la causación lesiva– y quienes han sido condicionados por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente –miedo insuperable– que cancela la exigibilidad por la situación de necesidad padecida, pero no el comportamiento en sí mismo. Esta redacción, por cierto con variantes en el enunciado, se remonta al texto originario del Código Tejedor<sup>22</sup>. Sin embargo, en el actual proyecto de reforma de

<sup>22</sup> Cabe recordar, desde un inicio, que Tejedor asumía el libre arbitrio como presupuesto de la culpabilidad. La distinción entre fuerza física y coacción aparece expuesta en el inc.2 del artículo 3 que integraba el título tercero de su proyecto. En la nota comentado el texto se recuerda que para Puffendorf, la violencia física consiste en que “a pesar de la resistencia de una persona, sus miembros se emplean en hacer o sufrir algo”. Por tanto se hace evidente que “en esta situación pasiva no es imputable, por cuanto es involuntario”. Así, “el autor inmediato no es más que un instrumento material: el único culpable es el autor de la violencia”. Por el contrario, en la “fuerza moral” la cuestión parece enfocada a considerar que “nadie tiene el derecho de dañar a otro para evitar un mal cualquiera para sí mismo”, exigiendo con esto un análisis más detenido sobre la naturaleza de ese mal. Repárese que en el texto de Tejedor precisamente, esas amenazas deben ser acompañadas “de un peligro de muerte actual e inevitable” que fuerza a la persona a cometer el delito. En ese caso, se aplica la idea que “el hombre que obra subyugado por el temor de una amenaza no es más que un instrumento en manos de quien impele. En vano querrá buscarse en su acción una especie de voluntad. Su voluntad está encadenada por el terror, y solo es movido por el instinto natural de evitar el mal de que está amenazado”. De todos modos, Rodolfo Moreno cuando analiza la cuestión, remarca que no basta cualquier amenaza, sino la de un peligro de muerte actual e inevitable. Por

nuestra codificación, si bien desaparece como proposición literal, se mantiene y desarrolla la *ratio* jurídica de la excusación e inexigibilidad fundadas en situaciones dilemáticas de necesidad. Ese desenvolvimiento intensivo del tema ha tomado en cuenta la legislación y doctrina penal comparada<sup>23</sup>.

Por eso cabe recordar que frente al Código Penal alemán, Puppe considera que debe distinguirse entre una reacción de claro pánico, que supone un profundo trastorno de la conciencia que afecta los presupuestos mismos de la culpabilidad –*Schuldunfähigkeit*– y el miedo que da lugar a la disculpa. Sin embargo, también aclara que en este último caso, no se trata de una imposibilidad, incluso psíquica –*psychisch unmöglich*– sino de un problema de inexigibilidad –*die Unzumutbarkeit* – en torno al seguimiento del comportamiento mandado por la norma<sup>24</sup>.

## 2.2. La cuestión del libre arbitrio

A pesar de la notoria pluralidad de cuestiones que se plantean en estos ámbitos, debe asumirse que prácticamente la mitad del Siglo XX tomó como centro de la discusión la afirmación de que el juicio de culpabilidad supone que *el sujeto pudo haber actuado de otro modo al momento del hecho*. Como expositor privilegiado de este postulado se encuentra Hans Welzel –con evidente influencia de Ni-

---

eso recuerda que en la nota que reproduce, se indica que es preciso, para el acusado que alega haber sucumbido a las amenazas, que “pruebe que estas eran de naturaleza capaz de intimidar por la posibilidad de una ejecución inmediata”. Cfr. MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo II, H.A. Tommasi, Editor, Buenos Aires, 1922, pp.254 y ss.

<sup>23</sup> Así, mientras el inc.2 del art.34 expresa solo lo vinculado al problema de la acción: “el que obrare violentado por fuerza física irresistible o por acto reflejo”, en el inc.9 proyectado se incorpora la problemática de las situaciones de necesidad que hacen a la exigibilidad. Para esa redacción se tuvo en cuenta especialmente algunos aspectos del Código Penal alemán actual.

<sup>24</sup> PUPPE, I., *Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung* 3.Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2016, parágrafo 17, pp.224 y ss.

colai Hartmann<sup>25</sup>. Para Welzel, sin embargo, la verdadera libertad es la determinación hacía las exigencias de los valores morales, del deber ser. Si bien en el hombre hay una causalidad negativa, dirigida desde los impulsos contrarios al deber, la libertad se sobrepone a ellos y se orienta conforme a sentido, esto es, de acuerdo a los valores. En la consideración medieval, se diría que esta libertad que menciona Welzel como concepto paradigmático, es la preferencia reflexiva de lo mejor. Esta apreciación, de todas formas, envuelve un grave problema, pues justamente el reproche de culpabilidad se concreta en virtud de un comportamiento cuyo sentido es contrario al valor<sup>26</sup>.

En una conclusión rigurosa de las ideas de Welzel, en el delito, el sujeto no es “propiamente” libre, ya que escoge el mecanismo causal contrario a sentido. Pareciera así que nuestro autor confunde los planos que en la reflexión denominada metafísica, resultan claramente diferenciados: el psicológico y el deóntico.

Esta idea, más allá de las peculiaridades de la noción de libre arbitrio en la teoría de Welzel, implica una dificultad decisiva en la instancia de la prueba judicial: ¿Cómo demostrar desde una perspectiva de verificación que el sujeto pudo efectivamente obrar de otro modo? Ese tipo de comprobación reclama situaciones que puedan repetirse en todos sus aspectos, motivaciones, impulsos etc. En otras palabras, que lo vivido en el hecho pueda reproducirse con idéntica regularidad en la audiencia judicial.

Ya Binding en su momento y Engisch después, advirtieron el absurdo de pretender reconstruir en los mismos términos que el de las

<sup>25</sup> Las apreciaciones de Welzel no solo tuvieron favorable acogida en la jurisprudencia alemana sino que ha de señalarse que en el precedente “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se hace referencia explícita a las posiciones de esta naturaleza.

<sup>26</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, Jurídica de Chile, Santiago, 1987. Dice Welzel que el juicio de que un hombre determinado, en una situación determinada es culpable, no es un acto teóricico, sino existencial y por tanto comunicativo. Es el reconocimiento del otro como tú, como igual, como susceptible de determinación plena de sentido y, por esto, al mismo tiempo, tan sujeto responsable como yo mismo. Cfr. Parágrafo 21, 1.

ciencias naturales el experimento sobre la libertad del sujeto durante el crimen. La búsqueda experimental de comprobación de la libertad en el momento del ilícito es claramente inaplicable en el proceso de imputación propio de la jurisdicción. En la instancia judicial, el imputado vivencia o rememora lo acontecido desde una nueva situación, es decir, desde otro marco de circunstancias. En verdad, ya no es posible repetir lo sucedido sino reconstruirlo y de esta reconstrucción inferir aquello que legitima la atribución de responsabilidad. Se muestra así que en el derecho penal se reflexiona con otras reglas epistemológicas, diferentes a los instrumentos de las ciencias naturales.

Esta imposibilidad de verificar —experimentando— lo sucedido en el momento del hecho ¿resta significación a la cuestión del libre arbitrio?, ¿o la consideración del sujeto como ser libre sigue siendo el “telón de fondo” de la responsabilidad?

El marco de la comprensión social, que asume a las personas como sujetos que gestionan por sí mismos su existencia, permite fundar suficientemente el punto de partida que identifica a los agentes como “libres”. En verdad, desde la concepción que propongo en este discurso, *el libre arbitrio es el reconocimiento de la capacidad básica del sujeto de orientarse conforme a sentido, de ser el punto de partida de sus propios comportamientos y por eso expresarse autónomamente. Desde este entendimiento inicial, que alcanza a todo individuo psicossomáticamente normal, lo relevante para el derecho penal es el juicio sobre la concreta extensión del ejercicio de la libertad. Es justamente esta última instancia la que importa a nivel jurisdiccional, ya que hace a la exigibilidad, que es la fuente del reproche.*

Por eso, Carrara explicaba en su momento, que hay una terrible contradicción entre negar la libertad humana y justificar de todos modos la punición. En definitiva dice, donde la libertad está anulada, ninguna pena puede ser aplicada. Donde la libertad esta disminuida, proporcionalmente debe ser reducida la pena<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Para CARRARA las leyes se dirigen al hombre en cuanto ser libre, es decir donde su exteriorización no es vista solamente como causalidad física, sino también moral. En la ley penal se trabaja desde

Es necesario entonces mostrar dialécticamente, que toda esa tradición sobre la libertad se enfrenta con las posturas positivistas formuladas en su momento por la escuela italiana, especialmente Lombroso, Ferri y Garófalo y por la alemana, a través de v. Liszt. En nuestro medio, puede citarse en esa traza a José Ingenieros, Norberto Piñeiro, José María Ramos Mejía –médico–, Luis María Drago y Eusebio Gómez que, desde una aproximación naturalista y biólogo-sista, indicaban que el hombre está gobernado por el mismo determinismo causal que impele el devenir de la naturaleza. En todo caso, a su criterio, es la clínica y la psiquiatría forense, con integración criminología y sociológica, las que deben definir la situación de responsabilidad.

Y así como Welzel expuso la cuestión de la libertad como poder obrar de otro modo; Engisch, contradiciendo este pensamiento, afirmó la responsabilidad por el carácter en una obra clásica sobre este punto –*Die Lehre von der Willensfreiheit*–. Allí, caracterizó la oposición entre el indeterminismo y el determinismo afirmando que para el primero, el hombre sufre la pena porque él es responsable de su obrar y su hacer. La culpabilidad significa, desde ese punto de partida, reprochabilidad de la conducta humana, teniendo presente que el sujeto hubiera podido comportarse de una manera distinta.

La posición contraria, propuesta y defendida por Engisch, entiende que esta imagen de la libertad quebranta de una forma científicamente insostenible el principio de causalidad que gobierna todo el acontecer en el mundo, incluido el comportamiento humano criminal. A partir de ese modo de ver las cosas, las causas del delito son siempre efecto de dos tipos de condicionamiento: el disposicional y el ambiental. Esto significa que el delito es el producto forzoso del

---

el acto externo hacia la decisión interna en este expresada. Mientras en la moral lo que importa es la *bruttura morale*, en la imputación penal interesa el *disturbo sociale, turbare l'ordine esterno* –parágrafo 93–. Así, la *forza morale* del delito se expresa a través de cuatro elementos: 1) conocimiento potencial de la ley, 2) previsión potencial de los efectos 3) libertad de elección actual y 4) voluntad actual de obrar. Cfr. Parte General del *Programma del Corso di Diritto Criminale*, cuestión de la *Imputabilità e della Imputazione* –parágrafo 59–.

carácter y de la situación. En la visión de Engisch, el carácter se va concretando empíricamente a través del ejercicio de esas disposiciones originarias. La pena brindaría así motivos – amenazas– al sujeto para someterse a las prescripciones de las normas, para controlarlo e inhibirlo<sup>28</sup>.

Todos estos antagonismos y debates que condicionan la comprensión de la culpabilidad penal aparecieron, sin embargo, ya implicados más de un siglo antes. Particularmente en una reflexión de Hegel, en palabras que marcaron la historia jurídica hasta nuestros días<sup>29</sup> y que merece recordarse en este discurso por su resonancia contemporánea en el saber penal. Hegel considera que el delito debe negarse no como mera producción de un mal sino como vulneración del Derecho. El delito ha de ser entonces anulado con la pena. Por eso advierte que mediante la pena se honra al delincuente como ente racional, que en términos de su consideración filosófica, supone el reconocimiento como un ciudadano, un igual a las otras personas y no como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo<sup>30</sup>.

La tensión puesta en evidencia en estos debates parece mostrar que la noción de culpabilidad expresaría la obra de la libertad o sus equivalentes funcionales y, fuera de esta, más allá del etiquetamiento o concepto que se use, operarían criterios de causalidad natural y peligrosidad frente a los cuales la coacción preventiva general en un

---

<sup>28</sup> ENGISCH, K., *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, traducción castellana, B de F, Montevideo/ Buenos Aires, 2008.

<sup>29</sup> HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, parágrafos 99 y 100.

<sup>30</sup> Vale la pena advertir, que en su voto dentro del precedente “Gramajo” de la CSJN, el juez Petracchi cita estas reflexiones de Hegel, justamente para distinguir las penas de las medidas de seguridad. Así, sostiene Petracchi en el Considerando 23) que toda injerencia estatal en términos de puro aseguramiento implica que ha desaparecido a su respecto la protección constitucional del principio de culpabilidad y este, sostiene: “es, en definitiva, el derivado de reconocerle al “delincuente” su plena calidad de “persona” dentro de la sociedad: aquel que delinque pero se conduce como “persona” merece una pena. Para decirlo con las conocidas palabras de Hegel: “Como ser racional el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular. Este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección”.

primer momento y la prevención especial, ya en la aplicación de la norma de sanción, regirían exclusivamente la respuesta penal.

### ***2.3. El debate epistemológico sobre la libertad***

Alcanzado este nivel de enfrentamiento en las posiciones, la prolongación de la discusión entre los defensores del libre arbitrio y el determinismo, fue abandonando el campo de la ontología humana e inclinándose a un aspecto particular: la posibilidad o no de demostración de esa libertad y, aun en sentido más específico, como se dijo, si el sujeto pudo haber obrado de otro modo en el caso concreto.

Por eso, la polémica se trasladó a la disputa sobre el estatus epistemológico de la teoría del delito o los criterios de imputación penal. En ese marco, revivieron los planteos originarios de Kelsen que partían de la distinción absoluta entre el ámbito del ser y el campo normativo. Así, por un lado, Kelsen sostenía la inexistencia en el mundo natural de libertad humana pero, por el otro y al mismo tiempo, atribuyendo “libertad” al sujeto en el plano normativo<sup>31</sup>.

Atribución entonces meramente axiomática, sin correlato ontológico, obviamente. El sujeto es constituido persona en derecho, merced a la exclusiva configuración del propio sistema jurídico —es un simple centro de imputación normativa. Así, la libertad de la que se habla en este caso, no tiene base realista sino puramente formal; no es algo de lo que se parte, sino algo que se asigna por puras exigencias internas del sistema jurídico.

En ese nivel de polémica, la ciencia penal viene intentando poner al libre arbitrio fuera del centro de la discusión o, al menos, cons-

<sup>31</sup> Kelsen, desde una perspectiva epistemológica que reconoce en esa etapa influencias kantianas, señala que si bien en el ámbito empírico está sujeto al determinismo y carece de libertad; en el mundo normativo, de la imputación, que es donde se sitúa el derecho, el hombre es asumido como libre. La libertad de la que se habla entonces no tiene base ontológica sino normativa deontológica. KELSEN, H., *Esencia y Valor de la Democracia*, traducción española, Labor, Madrid, 1977.

truir equivalentes funcionales a la libertad que cumplan el mismo cometido legitimador que esta para la atribución de responsabilidad y fundamentar la pena sin ser alcanzadas por la disputa.

Al respecto, las reflexiones de Roxin se muestran como un testimonio esclarecedor de esos intentos. De una parte, sostiene que el libre arbitrio es indemostrable y, de la otra, recurre a la idea de accesibilidad normativa –*normative Ansprechbarkeit*– para que opere en esa función. Por eso, a su criterio, podrá considerarse culpable al que concreta un injusto penal cuando todavía estaba en condiciones de ser alcanzado por “*el efecto de llamada de la norma*”. La motivabilidad es la que marca el espacio de control del sujeto que da lugar a la culpabilidad, en definitiva, se lo trata “como si” fuera libre, ya que este atributo no es demostrable<sup>32</sup>.

Jakobs, por su parte, habla de la posibilidad de “*autoadministrar*”. En definitiva, la persona que está sometida a normas debe procurarse por sí misma las razones de su fidelidad al orden jurídico. Esta competencia asignada a cada persona en derecho, aparece en la teoría de Jakobs como el “equivalente funcional” del libre albedrío.

Por lo tanto, una corriente extendida y casi dominante en nuestros días, sostiene que las dificultades en torno a la naturaleza, comprensión o demostración del libre arbitrio, *per se*, no afecta el análisis de la responsabilidad penal. Esta, en realidad, se centra en un juicio normativo sobre la elección del sujeto frente a las normas, una vez comprobada su normalidad psicossomática. La atribución de culpabilidad progresaría así a partir de la regularidad situacional –incluida la del estado del propio agente– que lleva a inferir su capacidad de seguimiento de las normas.

Sin embargo, aun estos posicionamientos que buscan eludir los extremos de la discusión, se vieron alterados recientemente por el impacto de algunas conclusiones de ciertos neurocientíficos. En especial, claro está, en cuanto a la influencia que los estudios de las

---

<sup>32</sup> ROXIN, C., “*Strafrecht Allgemeiner Teil*”, Band 1., 3 Auflage. Beck, parágrafo 19, IV.

neurociencias debieran tener sobre el problema de la responsabilidad de los individuos.

Los enfoques más extremos señalan que se habría probado científicamente que la libertad de voluntad no existe –Gerhard Roth, Wolfgang Prinz y Wolf Singer– y que nuestra asunción como seres libres es en realidad una mera ilusión, un autoengaño y no puede ser presupuesto de la culpabilidad.

En estas cuestiones se presenta claramente el debate sobre una consideración monista o dualista de la persona humana. Particularmente en lo que aquí interesa, si cabe hablar de una constitución diferenciada entre lo que se entiende como mente y lo caracterizado como organismo. O, por el contrario, si debe reducirse todo a una asunción de la mente sometida a las estructuras neuronales del cerebro. A su vez, esto remite a una discusión epistemológica; en concreto: ¿si la noción de libertad debe ser atendida por un único –y excluyente– método científico, o si su reflexión y análisis resultara diferente según se aborde desde perspectivas normativas de orden jurídico, biológicas, psicológicas o químicas?

*Desde la consideración de este discurso, no puede ser de recibo un posicionamiento monista acerca del sujeto en ninguno de esos aspectos, pues exigiría reducir el objeto de estudio –la persona humana– solo a un punto de vista, a la validez de un exclusivo y determinado instrumental y a las inferencias de un excluyente modelo argumentativo. Cabalmente, supondría aceptar un único método de la ciencia, expulsando del conocimiento racional cualquier otro modo de entender y comprender las cosas que, en lo que importa ahora, implicaría un reduccionismo materialista de la “mente”; como dice Hruschka, sería descomponer al ser humano en sus meros componentes corporales<sup>33</sup>.*

<sup>33</sup> Señala Hruschka que en el ámbito de la imputación se “comprende”, no se “experimenta”, pues la comprensión es propia de la co-subjetividad. Por eso “si prescindimos de la libertad (interior), entonces dejamos de comprender al otro ser humano, no es que lo comprendamos mal, sino que sólo nos quedamos entonces en descomponerlo en sus componentes (corporales)”. HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho Penal*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005, pp.20 y ss.

La libertad aquí presentada no se deriva del mundo de la física o de la mera actuación cerebral pues se enfoca desde las perspectivas de una ontología que da fundamento a las ciencias normativas. En el derecho, la persona humana es más que una suma de neuronas o elementos químicos; como totalidad trasciende esos procesos, algo sostenido incluso por un sector de las neurociencias –Michael Pardo y Dennis Patterson, por ejemplo.

Esto, de todos modos, no implica que se trabaje con “mundos científicos” sin vínculo alguno, pues la presencia del objeto –la persona– es una y las formas de comprenderlo no pueden entrar en contradicción absoluta. Así cabe integrar algunas de las conclusiones de las neurociencias al debate penal pero, claro está, sin dejar que estas cuestiones en el campo de la convivencia social, política y jurídica, sean dirigidas por aquellas, puramente biológicas.

*En consecuencia, en las consideraciones aquí presentadas, lo relevante para la ciencia penal es el reconocimiento comunitario de la persona como agente que se autodetermina, que resulta responsable ante los otros, pues tiene en sí el principio de su decisión y gobierno frente a lo evitable. Por tanto, al momento de la responsabilidad penal, lo que resultara decisivo, una vez comprobada la normalidad del sujeto, es la valoración –censura– del uso de esa capacidad de orientación en el marco concreto de su elección y el nivel de condicionamiento interno y externo, esto es, la exigibilidad.*

En definitiva, la culpabilidad supone exigibilidad.

### **3. Culpabilidad, exigibilidad y punibilidad**

#### ***3.1. La exigibilidad en la comprensión de la culpabilidad***

Debe recordarse que en su época, Frank identificó en la culpabilidad penal un momento o instancia valorativa –distinta del dolo y la imprudencia– que se refería a las circunstancias concomitantes a

la actuación del sujeto. Cuestión, de todos modos, que ya había tenido cierta consideración en la jurisprudencia del Tribunal del Reich (1897) con el caso *Leinenfänger*<sup>34</sup>.

Sobre estas bases, Goldschmidt y Freudenthal<sup>35</sup> señalaron poco después, que el poder cumplir con los deberes que imponen las normas entra en relación con los condicionamientos o “la necesidad” padecidos por el sujeto, constituyendo una situación a considerar en el reproche.

Estos planteos de principios del Siglo XX permitieron elaborar la noción de exigibilidad que, más allá de la discusión científica sobre el “lugar” actual que debe ocupar en la teoría del delito<sup>36</sup> y que incluso aparece dentro del debate del *criminal law*, incide sin dudas en el análisis de la culpabilidad y la punibilidad<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Ricardo Robles analiza el caso desde una perspectiva histórica pero que le permite avanzar en consideraciones dogmáticas particulares. Así, evalúa la situación estudiada con relación al criterio de la “doble disminución” –antijuridicidad/capacidad de culpabilidad– extendido en la dogmática penal alemana. De todos modos, el autor propone que la ubicación sistemática adecuada de la exigibilidad debe ser en el ámbito del injusto ya que atiende a la imposibilidad del Derecho de regular en forma justa graves conflictos del ciudadano –pp. 121/122. Vid. ROBLES, R., “*Caso del Leinenfänger*”, en la obra *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Coord. SANCHEZ OSTIZ, P., La Ley, Madrid, 2011, pp.111/123.

<sup>35</sup> Cfr. FREUDENTHAL, B., *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal* –1922–, Buenos Aires/Montevideo, B de F.

<sup>36</sup> Baste, sobre la cuestión, recordar la postura de Gimbernat Ordeig defendiendo la denominada teoría de la unidad, que postula no distinguir dentro de las situaciones de necesidad, entre un ámbito ubicado en la justificación, en razón que se ha salvado el bien de mayor entidad a costa del de menor jerarquía, y un campo conformado por situaciones de no exigibilidad –la conducta se reputa antijurídica– pues se ha menoscabado un bien equivalente al que se ha afectado. Desde su perspectiva, ambos grupos de situaciones se han de resolver en la falta de antijuridicidad y, al integrarse todas ellas al terreno de la justificación, habilitan consecuencias muy importantes en orden a la participación y el error. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1990, pp. Este artículo reproduce en lengua española su aportación al libro homenaje a Hans Welzel –*Der Notstand: Ein Rechtswürdigkeitsproblem*– de 1974. En sentido contrario, con base incluso en la legislación positiva alemana, Baumann sostiene la teoría de la diferenciación –*Differenzierungstheorie*– Cfr. BAUMANN, J./WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9 Auflage, Gieseking Verlag Bielefeld, 1985.

<sup>37</sup> Así dentro del *criminal law*, Greenawalt ha planteado por un lado, las dificultades para encontrar una distinción eficaz entre justificación y exculpación, reiterando incluso la idea de la doble disminución –usualmente asumida en la discusión dogmática alemana– de la ilicitud del acto –*the wrongness of act*– y de la capacidad de elección –*the actor's capacity for rational choice*–. Estas circunstancias permitirían llevar, numerosas situaciones catalogadas como excusas, al ámbito

El baremo de exigibilidad como *ratio* fundamental del reproche ha recibido, de todas formas, críticas por la falta de determinación y concreción que, por lógica, deja en manos de los jueces –y fiscales– un margen tenido por demasiado amplio de discrecionalidad. Debe reconocerse en ese campo que el legislador aporta mediante la identificación de situaciones “legalmente” previstas –tal el caso del Código Penal alemán– estándares de razonabilidad que no pueden despreciarse<sup>38</sup>.

En la doctrina nacional, Soler criticó en los primeros tiempos<sup>39</sup> la idea de inexigibilidad que pudiera trascender la coacción surgida de otro individuo y que a su entender traspasara el enunciado del inc.2 del art.34 del Código Penal. Decía entonces que la idea de poner en juego las circunstancias concomitantes para graduar la culpabilidad, ha conducido a “la admisión de una causal de inculpabilidad que, desde luego, no es ni coacción ni estado de necesidad justificante” y consistiría “una causa tan genérica, indeterminada y flotante de inculpabilidad” que debe ser rechazada. Sin embargo, en el proyecto de 1960 de reforma al Código, admite una diferencia entre estado de necesidad como causa de justificación, cuando se produce un mal para evitar otro considerablemente mayor –art. 15– y una necesidad simplemente exculpatoria, cuando se trata de evitar un mal que no

---

de la justificación. Cfr. GREENAWALT, K., *Conflicts of law and morality*, Chapter 13, General Justification-Necessity, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1989. Y por el otro, Husac ha considerado infundada la denominada “*Priority Thesis*” que sostiene que justificación y excusas se excluyen mutuamente a partir de un criterio jerárquico en el orden de las “*defenses*” admitidas en el *criminal law* americano. Cfr. HUSAK, D., *On the Supposed Priority of Justification to Excuse*, in *The Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2010. En sentido diverso, por ejemplo, ROBINSON, P., *Criminal Law Defenses*, St.Paul:PI West Publishing Co. -1987, Vol.I, 105.

<sup>38</sup> En ese contexto, Puppe señala en referencia a la legislación alemana, que el legislador apunta a una situación existencialmente dilemática, por eso no puede ser alcanzada la disculpa frente a minucias –Lappalie–. No se trata de cualquier conflicto, sino uno de envergadura respecto de la vida, la integridad física, libertad propias o de familiares y allegados. El motivo debe ser el riesgo –*Gefahr*– y el dilema es entre una decisión que tome en cuenta la jerarquía de preferencia adoptada por el derecho o la escala de preferencia del sujeto. El tema es cuánto tolerar o disculpar al ciudadano por haber optado, dentro del conflicto, por su preferencia de bienes. Cfr. PUPPE, I., *Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung*, ya citado, pp.224 y ss.

<sup>39</sup> SOLER, S., *Tratado de Derecho Penal, T.II*, 1992, parágrafo 34, *De la Culpabilidad en general*.

alcanza aquella importancia pero a pesar de ello no sea razonable exigir que el necesitado afronte el riesgo, art. 23.

Se entiende por eso que Henkel advirtiera para ese entonces, desde su perspectiva *ius filosófica*, que la “inexigibilidad” no puede operar como un verdadero principio que sea utilizado “en una fórmula legal que debe procurar una norma”, ni aun si se habla de un aspecto supra legal de esta. Desde su visión, es un criterio regulativo que opera “aquí y allá en consideraciones particulares” y se extiende sobre ámbitos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad<sup>40</sup>.

*Sin perjuicio de esas críticas y del debate sobre la posición que debe tener en la imputación, la exigibilidad se vincula de modo esencial con la reprochabilidad. Se reprocha aquello que se puede exigir al sujeto en su marco situacional concreto; en particular, su posibilidad de asumir y observar la valoración y el mandato normativos. Por eso, como contracara de esa ponderación, aparece la noción de inexigibilidad, esto es, la imposibilidad político criminal –incluso de moralidad social– de reclamar más allá de lo esperable de un ciudadano común. Se trata pues de una cuestión que trasciende la mera relación subjetiva del individuo con su acto y constituye pues un momento de ponderación, una verdadera valoración que, de todas formas, ha de tomar en cuenta esa disposición personal como objeto a evaluar<sup>41</sup>.*

De ese modo, el juicio sobre la responsabilidad del sujeto integra, como instancia definitoria, la legitimación estatal o político criminal, tanto del legislador como de los jueces, para censurar o reprochar

<sup>40</sup> HENKEL, H., *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, traducción de su obra en alemán de 1954, B de F, Buenos Aires/ Montevideo, 2008.

<sup>41</sup> Gallas responde a la pregunta sobre la real vinculación entre reprochabilidad y “poder”, señalando que aquel que se “decide libremente en contra del derecho, manifiesta una actitud que contradice la que el orden jurídico reclama del sujeto justo y consciente. Culpabilidad es pues reprochabilidad del acto en atención al ánimo jurídicamente desaprobado que se realiza en él”. Y advierte que al hablar de ánimo no se refiere a una cuestión de peligrosidad en los términos de la prevención especial, sino del “valor o disvalor de la actitud actualizada en el acto concreto”. Ese disvalor “falta sólo cuando el autor pese a la comisión dolosa, careció de poder”. GALLAS, W., *La Teoría del delito en su momento actual*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2018, pp.100 y ss.

a la persona por su acto. Por eso, en la exigibilidad aparecen como criterios a evaluar la propia actuación del sujeto *ex ante* de esa situación dilemática –si le era atribuible a su competencia lo acontecido– o los deberes que forman parte de sus funciones y que elevan el estándar de exigencias frente a los riesgos que son naturales del rol.

La atención histórica del codificador argentino en las circunstancias concretas que pueden “condicionar” la motivación de la persona y, a la postre, hacen al grado de exigencia con que será evaluado su obrar, se muestra en la *vis moral* presentada como explicación del comportamiento lesivo del individuo –inc.2 del art.34 del CP–, en ciertos aspectos contemplados legalmente para la graduación de la pena –art.41 del CP– e, incluso, en algunos tipos de injusto de la parte especial.

Empero, a los fines de este discurso, parece importante dirigir la mirada sobre determinados componentes de la exigibilidad en dos instancias extremas o de excepción que son objeto de debate actual en la doctrina y la jurisprudencia.

Como resulta notorio dentro de su consideración primigenia, los criterios de exigibilidad/inexigibilidad, por principio, proyectan su incidencia en la posible reducción o anulación de la responsabilidad individual. Esta referencia aparece ahora relacionada con indicadores generales de exclusión social o privación de derechos que entran en juego para evaluar la legitimidad estatal del “reproche” penal.

Además, la exigibilidad también presenta una operatividad ampliada en virtud de un reclamo más intenso que el ordinario, dirigido a un colectivo de sujetos frente a los cuales se flexibiliza o limita el marco de presupuestos y garantías formales de la imputación penal.

Dos universos situacionales claramente diversos pero donde la consideración de la exigencia de una motivación acorde con las normas condiciona o agudiza el juicio de culpabilidad de forma extrema.

### 3.2. *Exigibilidad y excepción*

La doctrina y las previsiones legales señalan que la posición o los deberes institucionales del sujeto han de tenerse en cuenta para discernir el marco de exigencias jurídicas y, por lo tanto, ponderar las circunstancias de su actuación. En concreto, quien por las funciones o tareas asignadas –por ejemplo funcionarios– enfrenta profesionalmente riesgos y peligros especiales, está sometido a un estándar de exigibilidad mayor que un ciudadano común.

En los casos que aquí se proponen a la reflexión, sin embargo, se observa en la praxis una línea normativa que en realidad legitima además, la neutralización o flexibilización de algunas reglas fundamentales del principio de legalidad penal e, incluso, habilitan una reconsideración de las reglas habituales surgidas del principio de culpabilidad.

Sobre esos presupuestos, se elaboran criterios de imputación especiales, que trascienden las formalidades del sistema penal, de fondo y procesal. Se habla entonces de un derecho penal para enfrentar el crimen de los poderosos, identificados como aquellos que, valiéndose de su posición de dominio, manipularon la legalidad formal a su favor –Naucke–. Esto justificaría la inhibición o transformación de reglas sobre prescripción, cosa juzgada, dominio del hecho, dolo etc. El objetivo es evitar la impunidad frente a ciertos ilícitos, ampliando la exigibilidad más allá del marco de legalidad y responsabilidad establecido de ordinario.

Otro tanto ocurre con algunos estándares jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De modo paradigmático, en el fallo *Almonacid Arellano vs. Chile*, sostiene incluso que la garantía de la cosa juzgada, que forma parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, no es oponible en ciertos casos, dentro de los cuales indica los crímenes de lesa humanidad<sup>42</sup>. Inclu-

<sup>42</sup> La CIDH, en *Almonacid Arellano v. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, sostiene en el párrafo 154, que: “En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano

so, ya fuera del marco propio de los crímenes de lesa humanidad, en el precedente *Esposito*, la Corte Suprema Argentina ha debido atenerse a las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –caso *Bulacio*– asumiendo la contradicción jurídica que eso implicaba de cara a los derechos y garantías que resguardaban al acusado respecto de las pretensiones del acusador<sup>43</sup>.

Silva Sánchez ha advertido sobre esta situación y mostrado, por un lado, la existencia de lo que describió como un derecho penal con distintas velocidades<sup>44</sup>, según se respete estrictamente o no, las garantías tradicionales. Y por el otro, la negación de la posible impunidad propugnando “un recurso irrestricto al Derecho penal” basado en la existencia de supuestos derechos de las víctimas al castigo<sup>45</sup>.

---

reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*”.

<sup>43</sup> Así, en el caso *Esposito*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de los votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni –considerandos 10 y 14– citan como fundamento excluyente de la resolución a adoptar, el carácter obligatorio de lo dispuesto por la CIDH. En tal sentido, expresan que “el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicable al “sub lite” las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción...”. Y ello, manifiestan, a pesar que lo resuelto por la CIDH “soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable...a través de su subordinación a los derechos del acusador...”. Es más, aprecian como paradójico, que “sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”.

<sup>44</sup> SILVA SANCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal*, B de F, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 3ra edición, 2011, pp.165/183./

<sup>45</sup> En esa línea, Silva Sánchez indica que se ha “declarado que las violaciones de derechos humanos

Lo que aquí interesa, de todos modos, es que los escenarios que se describen, indican una mayor exigibilidad para el sujeto imputado de esos delitos que la impuesta de modo regular para el juzgamiento de otros crímenes. Hay pues un criterio de excepción que trasciende la legalidad formal de la imputación de culpabilidad.

### 3.3. Exigibilidad y exclusión

Por otro lado, ya en una línea más acorde con la matriz histórica de la noción de exigibilidad, la doctrina busca en estos días, respuestas racionales frente a contextos de exclusión, vulnerabilidad, migración o indigencia en que se desenvuelven hechos ilícitos, que permitan trascender las posturas radicalizadas de plena deslegitimación del sistema penal y, a la vez, atender estándares de justicia.

Es decir, *pretende asumir esas situaciones especiales evitando una percepción de impunidad, con la consiguiente anomia e insatisfacción de los derechos de las víctimas que, ciertamente, entra en juego dentro del análisis*. El marco del problema expresa el dilema sobre la legitimidad política y, sobre todo, estatal, para exigir a esos sujetos excluidos, fidelidad al derecho y reprochar el quiebre del orden jurídico que integra el daño padecido por las víctimas.

---

son inamnistiables, imprescriptibles e inindultables, no rigiendo en ellos tampoco la prohibición de *double jeopardy* (*non bis in idem* procesal, cosa juzgada) ni el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables”. Por eso hace distinciones importantes desde las reglas de la legalidad y culpabilidad, explicando qué aspectos de restricción o eliminación “de principios básicos del Derecho penal es asumible”. Así, considera inevitable sostener que no es “lo mismo afirmar la inamnistiability, inindultabilidad e imprescriptibilidad de tales delitos, que concluir que en ese ámbito no rige el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables ni el principio *non bis in idem* (cosa juzgada, *double jeopardy*”. Desde ese planteo, identifica la relación que guarda la cuestión con la víctima, señalando que: “Mediante el reproche dirigido al autor, se constituye al afectado por su acción en “víctima”, restableciéndose su dignidad e igualdad” y, ya en punto a la sanción en concreto, verifica que se: “añade a lo anterior la afirmación de un derecho al castigo, en el sentido de inflicción de daño. Por lo que parece, se trata del especial valor expresivo que el padecimiento de dolor por parte del autor puede tener para el restablecimiento de la posición originaria de la víctima en casos de violaciones de derechos humanos”. SILVA SANCHEZ, J. *¿Nullum crimen sine poena?, sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor*, en *Derecho Penal del Siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, Madrid, 2007, pp.326/361.

En esta temática, las consideraciones de Cigüela Sola se muestran idóneas para delimitar el contenido de la noción de exclusión social. A esos fines, puede extraerse de su obra algunos aspectos que deben ser ponderados para dar operatividad a esa idea de cara a los niveles de exigibilidad.

Así, ha de analizarse: 1) si la situación en la que viven determinados sujetos supone una grave privación por tener limitado el acceso estandarizado a los derechos y los bienes necesarios para el desarrollo de la personalidad, tales como la propiedad, la educación, la sanidad, el trabajo o la cultura; 2) Si ese contexto además, es consecuencia de una injusticia social que encuentra en el Estado su explicación o permanencia; y 3) que implique una privación duradera y no una simple dificultad pasajera. Por eso advierte, como contrapartida, que quedan fuera de este marco: a) quien se auto excluye, b) los ámbitos ajenos a la competencia estatal o c) penurias momentáneas que son atendidas con otros institutos de la teoría del delito<sup>46</sup>.

También Silva Sánchez, sobre la base de la noción de ciudadano, señala que ese tipo de situaciones y déficits de integración pueden incidir ya en la propia configuración del injusto, sobre todo frente a deberes positivos que se reclamen al sujeto excluido o indigente. En otros casos, esas circunstancias deben ser ponderadas al momento del reproche o de medición de la pena<sup>47</sup>.

Por eso, en la consideración misma del injusto, la ciencia penal busca distinciones valorativas a la hora de evaluar la exigibilidad dirigida a sujetos que se encuentran en contextos de exclusión o vulnerabilidad. En su momento, von Hirsch advertía sobre el desafío de integrar el análisis de la “pobreza” en los modelos penológicos a fin de ponderar la sanción y expresar la desaprobación de los comporta-

---

<sup>46</sup> CIGUELA SOLA, J., *Aproximación a una Dogmática de la exclusión social*, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº17, enero, 2017, pp.13/46. También en *Derecho Penal y exclusión social*, Isonomía, nº43, octubre, 2015 y en *El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal*, In Dret 2/2017, abril de 2017.

<sup>47</sup> SILVA SANCHEZ, J., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier, Barcelona, 2018.

mientos<sup>48</sup>. Sin embargo, en este tiempo, no es posible prescindir de la cuestión.

Así, Stuart Green señala que debe atenderse no solo al tipo de crimen, sino también al tipo de padecimiento que condiciona al sujeto para graduar la reprochabilidad<sup>49</sup>.

En la doctrina continental, Cigüela Sola considera que debe distinguirse a los fines de la exigibilidad entre delitos que lesionan aspectos propios de la dignidad humana, sobre todo en cuanto a bienes fundamentales de la persona –víctima– y aquellos que atentan contra bienes meramente secundarios de la comunidad, más vagos o abstractos en su determinación. Frente a los primeros, el sujeto tiene un deber más intenso y el Estado está legitimado de un modo más estricto a reaccionar, sin perjuicio de los contextos de afectación que padezca el imputado.

El propio Silva Sánchez parte de la idea clásica que distancia aquellos delitos que lo son por resultar *mala in se*, es decir, que lesionan derechos fundamentales o naturales de la persona –vida, integridad física, libertad sexual– de aquellos que se constituyen sobre la base de la mera prohibición –*mala quia prohibita*– pues en principio se presentan con cierta neutralidad axiológica<sup>50</sup>.

### ***3.4. Exigibilidad y deberes personales ante la situación***

En estos planteos, *un aspecto indisponible es el reconocimiento del sujeto como responsable por sus propios actos. Eso determina que han de ser exceptuados de estas ponderaciones reductivas, aquellos individuos que son causa por sí mismos de ese escenario de actuación.*

<sup>48</sup> VON HIRSCH, A., *Censurar y Castigar*, Trotta, Madrid, 1998.

<sup>49</sup> GREEN, S., *Just Deserts in Unjust Societies*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law*, edited by Duff & Green, Oxford, 2013, pp.356 y ss.

<sup>50</sup> SILVA SANCHEZ, J. *Malum passionis*, ya citado.

*El problema de la exigibilidad ha de tomar en consideración entonces la evaluación sobre la génesis de la situación, más precisamente, si la exclusión debe cargarse –imputarse– al propio sujeto o si es una consecuencia injusta provocada por el Estado y este como garante, debe neutralizar o limitar la reacción penal.*

En consecuencia, la justa distribución de cargas que mantiene la unidad de la convivencia, establece que en la imputación de responsabilidad y de la pena, se tenga en cuenta: del lado del sujeto el merecimiento y del lado de la jurisdicción, el juicio de exigibilidad.

En definitiva, como explica Finnis<sup>51</sup>, el punto esencial del castigo es restaurar la afectación del orden de libertades, quitándole al delincuente alguno de sus propios derechos. La pena se impone principalmente por el propio bien que implica la restauración del justo orden.

Así, queda claro sin pretensiones metafísicas o moralizantes, que la declaración de culpabilidad requiere en oportunidades una efectiva limitación de los derechos de quien delinque. Y para eso, la jurisdicción debe estar en posición de exigir la concreta fidelidad a las normas.

En términos de justificación, dice Kindhäuser<sup>52</sup>, la pena solo puede ser justa si sirve de retribución de culpabilidad por un comportamiento que ha puesto de manifiesto un déficit de fidelidad al derecho digno de sanción.

En esa reflexión, la pena, como irrogación de un mal, evita que el ciudadano leal a la norma padezca una doble pérdida frente al que delinque, que obtendría una multiplicación de libertad. Sin sanción, la víctima padecería, no solo la limitación de libertad que es natural y propia del respeto por las reglas, sino también aquella “porción” de libertad –derechos– que le arrebatara el agresor.

---

<sup>51</sup> FINNIS, J., *Fundamental of Ethics*, Georgetown University Press, 1983.

<sup>52</sup> KINDHÄUSER, U., *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

A su vez, sin la pena, quien delinque no solo resultaría ajeno a la restricción de libertad que impone el orden socio-político, pues no la respeta, sino que además, se vería beneficiado por la ampliación de su esfera de libertad a costa de la víctima.

En consecuencia, llegado a este punto, me permito entonces terminar, señalando un elenco de conclusiones surgidas de los términos del debate planteado:

### **Conclusiones**

1. En tanto la vida social y política se configure como un orden de libertades, la regla básica ha de expresar el sinalagma entre libertad de actuación, por un lado, y la responsabilidad por las consecuencias, por el otro.
2. En el Estado de Derecho, las libertades exteriorizan el estatus de ciudadano, de persona en derecho, que configura su vida en coexistencia, concordia y cooperación con los otros. El orden, en el Estado de Derecho, es fruto de la adecuada distribución de derechos y deberes impuestos por las normas de comportamiento, cuya valoración, cumplimiento y vigencia es parcialmente asegurada mediante sanción penal.
3. La obligación fundamental del ciudadano entendido en sentido amplio, es la fidelidad a las normas que regulan justa y equitativamente, la convivencia.
4. La noción de libertad, en la comprensión moral-normativa de nuestras sociedades, sostiene la responsabilidad subjetiva frente a los otros por los comportamientos que encuentran explicación en la autodeterminación del sujeto y da legitimidad a las sanciones penales.
5. Entre más se relativiza esa idea de libertad en la reflexión jurídica, más atención presta el derecho penal a la peligrosi-

- dad, de modo que la pena pierde paulatina y gradualmente su significado expresivo y se vincula con la necesidad de aseguramiento de sujetos peligrosos, llegando al extremo de pretender su inocuización. En esa instancia, la persona pasa a un segundo plano y se observa el estado peligroso del individuo.
6. En definitiva, en esto se apoya la idea de un derecho penal del aseguramiento, cuyo extremo es el derecho penal de enemigos frente a un derecho penal de ciudadanos.
  7. En el derecho penal, la extensión de la libertad de elección frente a las exigencias normativas, permite una valoración concreta de la disposición de la persona frente al orden jurídico.
  8. En consecuencia, en tanto la evitabilidad es un presupuesto básico de la responsabilidad pues se vincula con el dominio que es propio del ejercicio de la libertad; la capacidad de comprender y motivarse normalmente, resultan esenciales para definir la posibilidad concreta del sujeto de atender al llamado de la norma.
  9. Aun cuando la vulnerabilidad social, la exclusión y la disminución de derechos no pueden ser desatendidos al momento de ponderar el injusto penal y la culpabilidad personal, esto exige, en las instancias jurisdiccionales, evaluar niveles o estándares que condicionan, de un lado el merecimiento del sujeto pero, sobre todo, la exigibilidad estatal de padecer consecuencias penales de acuerdo a la naturaleza del crimen cometido.
  10. El Derecho penal de nuestro tiempo vincula entonces el injusto penal con la culpabilidad personal como presupuesto, básico e indisponible de la sanción penal. La declaración de culpabilidad comunica o expresa, ya en sí misma, la contrariedad al derecho de su actuación y que su comportamiento es inaceptable para el orden jurídico.

11. La responsabilidad personal no implica que el comportamiento imputado haya sido ejercido de “propia mano” por el sujeto. En la vida social y política, las personas integran en su ámbito de competencia deberes de control, aseguramiento, solidaridad o promoción, vinculados con la actuación de otros, por los cuales son garantes ante el orden normativo.
12. Sin embargo, como la sociedad de riesgos ha reducido en el ámbito de las expectativas sociales, el campo de lo aleatorio, el acaso, la desgracia o lo meramente fortuito; en las instancias jurisdiccionales debe valorarse, poniendo el acento en las exigencias y posibilidades reales de los sujetos para prever, evitar y dominar los peligros.
13. El avance del derecho penal sobre el ámbito del control de riesgos ha implicado el quiebre del marco del derecho administrativo sancionador –de faltas, contravenciones e infracciones– y de la lógica del poder estatal de policía. El supuesto “garantismo” de proveer a ese campo de las mismas reglas y exigencias que gobiernan al derecho penal, ha terminado por trasladar a este último, con graves consecuencias sancionadoras –a mi criterio, no deseables– un universo de comportamientos que afectan los meros componentes empíricos de la seguridad.
14. No es aceptable desde la culpabilidad penal, la mera responsabilidad objetiva –*strict liability*– por las consecuencias, que implicaría el regreso, metafóricamente hablando, de la *versari in re illicita*.
15. Sin embargo, salvado el presupuesto personal o la *mens rea*, la culpabilidad subjetiva, no solo abarca aquello que se hace con intensión y dolo, sino también los comportamientos que surgen del desprecio o el desinterés por las normas o la frívola exteriorización de riesgos jurídicamente inaceptables –imprudencia, negligencia, temeridad.

16. La relación culpabilidad y pena no exige a los tribunales agotar, al imponer la sanción, la medida estricta de la culpabilidad pues criterios de utilidad, justicia y equidad pueden morigerar la cantidad de pena y su modalidad de cumplimiento.
17. La responsabilidad de la persona jurídica en derecho penal, en definitiva no es más que la responsabilidad de las personas humanas, mediada institucionalmente por el ente o la empresa.
18. En fin, por lo dicho, queda claro que el Derecho Penal no puede ser el encargado primario de configurar o construir axiológicamente la sociedad. Esta depende en su consistencia de los valores primordiales compartidos, de la moral pública, la educación, las creencias y los vínculos sociales orientados por las normas generales. Es por eso que el Derecho Penal solo actúa de modo subsidiario, para reafirmar y restaurar algo que es previo. Una sociedad que pone, cada vez más, su esperanza en la respuesta penal, es una sociedad que reconoce la frustración de la concordia, de la existencia de proyectos en común o, al menos, de la simple coexistencia política.