

**CULPA y CASTIGO:**  
**Modernas Teorías de la Culpabilidad y**  
**los Límites al Poder de Punir**

**Por Karyna Batista Sposato**

*Culpa: del Latín*

*culpa, ae, el verbo culpo culpare, culpatun; el adjetivo culpábilis, que en realidad significa "el que es digno de ser culpado"; el sustantivo derivado de éste, culpabilitas, que significa por lo tanto la condición por la que uno puede ser culpado; culpatio, que es la acción de culpar; culpator, que es el que se cuida de ejercer esta acción; culpatus, que es en quien recae la acción del culpator; culpándus (part. pas. de fut.), que es aquél contra quien tiene que ir el culpator.*

*Por Mariano Arnal - EL ALMANAQUE*

*España/2005*

Presentación.....	p. 04
1. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO NORMATIVO DE CULPABILIDAD.....	p. 05
2. MODERNAS TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD.....	p. 09
1.1. Responsabilidad y Finalidades Preventivas en Roxin.....	p.11
1.2. Funcionalismo y Fidelidad al Derecho en Jakobs .....	p.14
1.3. Responsabilidad y Proporcionalidad en Hassemer.....	p.16
1.4. Motivación y la combinación entre dogmática y política criminal en Muñoz Conde.....	p.20
3. CONSIDERACIONES FINALES .....	p.24
4. BIBLIOGRAFÍA.....	p. 28

## PRESENTACIÓN

Este trabajo tiene por objetivo discutir la culpabilidad a partir de sus dos grandes atributos: el fundamento de la pena y su límite. Se trata de retomar las distintas teorías formuladas modernamente con la finalidad de reflexionar en qué medida la culpabilidad funciona como limitación al poder de castigar del Estado, sea como criterio de individualización de la sanción penal, o más, de legitimación sobre la necesidad de la pena.

Se sabe que el tema se ubica entre los más importantes en la moderna teoría del Derecho Penal, más precisamente en la Teoría del Delito, puesto que mediante una idea de culpabilidad se atribuye al actuar humano una característica o una forma que lo torna culpable y, en consecuencia, punible. Es decir que la culpabilidad es uno de los elementos centrales en la definición de la relevancia penal de determinados actos o hechos producidos por la acción humana.

Dicho de otro modo, es la culpabilidad junto con la ilicitud y la antijuridicidad, que fundamenta la imposición de una pena en nuestra cultura jurídica. Es de esta manera, "prima facie" la posibilidad de atribuir y responsabilizar una persona concreta por determinado hecho<sup>1</sup>. Sin embargo, además de fundamentar la pena, le cabe a la culpabilidad limitarla, sirviendo de parámetro de referencia para la individualización de la sanción.

Esta comprensión está presente desde las formulaciones de Arthur Kaufmann y Achenbach y se traduce en una "idea de culpabilidad" con doble connotación o significado, el de legitimar la imposición de una pena y al mismo tiempo limitar su incidencia sobre determinado sujeto.

Sin embargo, no se puede perder de vista que el fundamento material de la culpabilidad y los elementos que la integran viven hoy una profunda crisis. Y no menos importante es la disputa entre funciones político

---

<sup>1</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO FERMÍN; MORALES PRATS Y PRATS CANUT, J. MIQUEL. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial Aranzadi, S.A. 3ª Edición.

criminales y la determinación de la proporcionalidad de la sanción penal, como tareas atribuidas a un único concepto de culpabilidad. Son justamente estas cuestiones las que trataremos de analizar.

## 1. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO NORMATIVO DE CULPABILIDAD

La culpabilidad es en nuestra cultura jurídica uno de los presupuestos decisivos para la responsabilidad jurídica penal, y su conceptualización proviene básicamente de dos visiones de la culpabilidad, la psicológica y la normativa, siendo la última la que mejor traduce el concepto de culpabilidad que manejamos en el llamado Derecho Penal de Culpabilidad.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX surge la concepción psicológica de la culpabilidad, en profunda armonía con la teoría jurídica del delito propia de los sistemas de Franz Von Liszt y Ernst Beling, que conceptualizaron el tipo penal como una fórmula estrictamente objetiva y descriptiva y que localizan "todo lo subjetivo" en la culpabilidad.

Mientras V. Liszt construye la culpabilidad como una relación subjetiva entre el acto y el autor, Beling en el mismo sentido apunta la relación del autor con el resultado y su vínculo subjetivo con el hecho practicado. Para ambos, lo que vincula al autor con la realización de la conducta es la culpabilidad, habiendo un presupuesto ideológico sobre la libertad del hombre y sobre su capacidad intelectual. También Gustav Radbruch sostiene que hay un contenido de voluntad en la culpabilidad, una relación psicológica con el resultado.

Constituye un concepto de culpabilidad de matiz causalista, puesto que busca un nexo psíquico entre la acción y el resultado, cabiendo a la culpabilidad suministrar una explicación causal subjetiva, simultánea y paralela al nexo de atribución objetiva<sup>2</sup>. De esta forma, se configura un sistema bipartido rígido de lo ilícito, separando drásticamente los elementos

---

<sup>2</sup> GONZALO D. FERNANDEZ. *Culpabilidad y teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F., 1995, vol.1, pág. 164.

objetivos de los elementos subjetivos, distinguiendo, por lo tanto, lo injusto (elementos objetivos) de la culpabilidad (elementos subjetivos).

Es importante identificar la influencia del positivismo naturalista en esta construcción, pues el delito se manifiesta como un suceso natural, susceptible de observación tal cual un fenómeno de las ciencias naturales. La culpabilidad en esta perspectiva es un hecho psíquico, observable y también posible de una descripción<sup>3</sup>.

La consecuencia más elocuente del esquema psicológico es imputar determinado hecho a un sujeto entendido como culpable, a título de dolo o culpa<sup>4</sup>, buscando establecer una relación psicológica entre el autor y su acto.

Paulatinamente las críticas a un concepto de culpabilidad positivista determinista, que se reducía a las ideas de dolo y culpa, condujeron a la construcción de un concepto normativo de culpabilidad, del cual Reinhard Frank es el mayor exponente como fundador, por haber añadido al dolo y a la culpa las llamadas circunstancias concomitantes y concebirlas como elementos de la culpabilidad. Su mayor contribución, sin embargo, es el concepto de reprochabilidad como una valoración negativa de una conducta reprobada y que configura en su punto de vista, el perfil normativo de la culpabilidad.

Por normativo podemos entender el concepto de culpabilidad a partir de Frank porque es también a la luz de sus afirmaciones que se inicia una concepción de que la culpabilidad descansa sobre la norma de deber individual y la exigibilidad se da cuando existe la posibilidad de una conducta adecuada al Derecho. Se destacan en esta línea, Goldschmidt y Freudhental y no se puede negar la presencia del neokantismo<sup>5</sup> en tales formulaciones, una vez que se agrega al concepto clásico causal de delito,

---

<sup>3</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH. *"Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria"*. EN: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (www.criminet.ugr.es)

<sup>4</sup> Históricamente culpa y dolo son conceptos utilizados para la atribución subjetiva de responsabilidad, y antes de fines del siglo XIX, fueron los mismos para el derecho civil y el derecho penal. (QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, FERMÍN. Y PRATS CANUT, J. MIQUEL. *Manual de Derecho Penal Parte General* -, Op. Cit.

<sup>5</sup> La influencia del Neokantismo a partir de la segunda mitad del siglo XIX para el Derecho Penal consistió en la introducción de métodos propios de las ciencias humanas dirigidos a la comprensión y valoración, en substitución de los métodos de las ciencias naturales de observación y descripción.

en el cual dolo y culpa son elementos de la culpabilidad, las ideas de daño social y reprochabilidad.

Puede decirse que con James Goldschmidt y Freudhental se estructura una teoría de la exigibilidad en la medida en que diseñan un contenido material: la desobediencia de un deber jurídico como fundamento de la culpabilidad. Más de que eso, la reprochabilidad se expresa por el no dejarse motivar por la representación del deber y la exigibilidad se constituye en el fundamento para la imposición de la culpabilidad.

Lo que está por detrás de la exigibilidad, en realidad, es la idea de que el sujeto podría actuar de modo distinto, o sea, con libre albedrío.

Con los avances del Finalismo, los cambios son implementados en el concepto normativo de culpabilidad, pasando éste a incorporar a partir de Hans Welzel un criterio de reprochabilidad que consiste en la formación antijurídica de la voluntad del autor<sup>6</sup>. Para Welzel, la culpabilidad es la parte de la responsabilidad del autor por su determinación antijurídica, a pesar de que él no explica de qué forma una persona puede evitar el delito y utilizar su autocontrol con la finalidad de actuar de acuerdo con el Derecho, o sea, tampoco Welzel ofrece una explicación del libre albedrío<sup>7</sup>, que sigue como una categoría sin comprobación empírica.

Es importante reconocer que en la Doctrina Finalista de la acción se impone una distinción entre los elementos objetivos del delito y el concepto de culpabilidad, que se basa en la idea de la reproche.

Se observa, por lo tanto, que el finalismo se vale de la fórmula de Frank de que la culpabilidad equivale a la reprochabilidad agregando a ella elementos valorativos (normativos). De este modo, la culpabilidad es el reproche que deriva de una acción típica y antijurídica realizada, e implica ser responsable por un comportamiento antijurídico. Este es un aspecto importante, pues es el que hace que el concepto de culpabilidad sea un

---

<sup>6</sup> Tal concepción puede ser vista en una sentencia del Supremo Tribunal Federal Alemán, que versa sobre el error: " *Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprueba el autor que haya decidido por lo injusto cuando podría comportarse lícitamente, y decidirse por el Derecho. (...) La razón profunda de la reproche de culpabilidad está en el hecho de que el hombre está en disposición de autodeterminarse libre, responsable y moralmente, y está capacitado por lo tanto, para decidir por el Derecho o al contrario por lo injusto.*" - BGHSt 2, 2000. (ROXIN, CLAUS. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1981, pág. 64.)

<sup>7</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH. Loc. Cit.

concepto jurídico y no moral o simplemente psicológico. Por esta razón, Maurach y Heinz Zipf denominan este concepto de *concepto complejo de culpabilidad* porque comprendería conjuntamente elementos psíquicos y valorativos.

Muchos autores actuales <sup>8</sup> vienen demostrando la necesidad de una redefinición del concepto de culpabilidad o incluso de su eliminación como fundamento del delito. Si fuera posible atribuir a la crisis del concepto de culpabilidad alguna actualidad, ésta tal vez se refiera, desde un punto de vista dogmático, a la dificultad de medir la libertad de la voluntad del autor de un delito o de su capacidad de actuar de modo distinto, y desde un punto de vista de política criminal, a la dificultad de legitimación de la pena, ya que no se puede negar que actualmente más que antes se espera obtener consecuencias positivas a través de la utilización del Derecho Penal<sup>9</sup>. El viejo debate sobre la libertad individual del autor y las finalidades retributivas o preventivas de la pena estatal se renuevan en la discusión sobre la culpabilidad, que oscila entre la culpa individual y su justa retribución y la supremacía de la prevención<sup>10</sup>.

## 2. MODERNAS TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD

Como hemos visto, nuestra cultura social y jurídica mantiene un concepto de culpabilidad construido sobre la idea de la libertad del sujeto.

---

<sup>8</sup> Vale decir que la crisis del concepto de culpabilidad y también de la idea de libre albedrío es tan antigua como el Derecho Penal contemporáneo, siendo de la Escuela Positiva italiana las primeras objeciones.

<sup>9</sup> Como Hassemmer ha comentado, la tendencia de utilizar el Derecho Penal no como última, sino como primera o sola ratio coincide con la pretensión de hacer del Derecho Penal un instrumento de transformación. *"En lugar de respuesta al delito y retribución justa del mismo, se pone el acento en la prevención del delito futuro o de futuras perturbaciones de gran magnitud. Dicho de forma gráfica, en el Derecho Penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro."* ( HASSEMER, WNFRIED. *"Crisis y Características del Moderno Derecho Penal"*. EN: Actualidad Penal n° 43/22-28 de noviembre de 1993, pág. 635.)

<sup>10</sup> Con la palabra "prevención" quiere designarse la prevención general - la posible influencia sobre el autor -y la prevención especial - la corrección y el aseguramiento de los eventuales autores. (NAUCKE, WOLFGANG. *"Prevención general y derechos fundamentales de la persona."* EN : FERNÁNDEZ, GONZALO D. "dir." Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Editorial B de F. 2004, pág 15.)

Decir "quien tiene la culpa" implica admitir un grado de decisión y responsabilidad en aquél que actuó de forma ilícita y antijurídica.

Sin embargo, tendencias preventivas especiales existentes desde V. Liszt presionan en dirección a un derecho penal del autor<sup>11</sup>, pues la cuestión de que la intervención sobre el delincuente es necesaria para evitar delitos futuros depende más de su personalidad que del hecho concreto individual.

Esta parece ser la cuestión reiterada para el Derecho Penal que ya en 1930 Zimmerl apuntaba como la cuestión central en la definición de que el modelo de Derecho penal debe estructurar el sistema:

*"Hecho concreto o personalidad: esta es la pregunta sobre el fundamento primario de todo sistema".*

En resumen, la moderna discusión sobre la culpabilidad no escapa de la misma pregunta: la culpabilidad se dirige a valorar la personalidad y las condiciones personales del autor del hecho para indicar la pena más adecuada de acuerdo con finalidades preventivas, o se dirige a la valoración del hecho en si mismo y a la actuación del sujeto teniendo en vista adecuar la sanción a una fórmula lo más proporcional posible con la medida de su "culpa". O expresa, en última instancia, una ofensa al orden

---

<sup>11</sup> Como acentúa Zaffaroni, por Derecho Penal del Autor se denomina el conjunto de las teorías que conciben la explicación de la pena en características de los autores de los delitos. Este derecho penal imagina que el delito es un *estado del autor*, siempre inferior a las demás personas consideradas normales. Este estado de inferioridad tiene para algunos naturaleza moral y para otros naturaleza mecánica, o sea, para los primeros el hombre que incurre en la práctica de delitos se coloca en estado de pecado penal, en consecuencia, la reproche y la pena deben adecuarse al grado de perversión pecaminosa de su conducta. Para los segundos, el delito demuestra una falla, indicando un *estado de peligro o peligrosidad*, y las agencias jurídicas constituyen aparatos mecánicamente determinados a corregir o neutralizar las piezas que fallan. En ambas concepciones, el criminalizado es un ser inferior. (ZAFFARONI, EUGENIO, RAUL. *Derecho Penal : parte general*/ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia -, Buenos Aires: Ediar. 2002. 2ª Edición) Claus Roxin advierte que el Derecho Penal del Autor se verifica siempre que la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su sociabilidad y el grado de la misma es lo que decide la sanción: lo que hace culpable al autor no es el cometimiento de un acto y si que su condición lo convierta en objeto de censura legal". (ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal – Tomo I – Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas, 1999. pág. 176.)

jurídico, que por lo tanto genera la necesidad de castigo como mecanismo de restablecimiento del Derecho.

En este trabajo nos detendremos en cuatro autores: Claus Roxin, Günther Jakobs, Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde con concepciones distintas de la culpabilidad y que por consiguiente ofrecen caminos divergentes con relación a la necesidad de redefinición del concepto y su incidencia en la responsabilidad penal. Podemos identificar posiciones de sustitución, refuerzo, eliminación o superación del concepto de culpabilidad como fundamento del delito.

Llamamos substitutivas a las propuestas de Roxin, ya que el autor sugiere que el concepto normativo de culpabilidad sea perfeccionado en dirección a un concepto normativo de responsabilidad. La lectura de Jakobs, por otro lado, apunta para la construcción de un concepto material de culpabilidad que atiende a fines sociales, demostrando que la culpabilidad cumple una función de refuerzo a la fidelidad al Derecho, Hassemer discute la eliminación de la reproche como elemento de la culpabilidad y la necesaria preponderancia de un concepto de Responsabilidad atento al hecho concreto. Por último, Muñoz Conde propone la superación de la culpabilidad con la introducción de una dimensión social que permita valorar la conveniencia y la necesidad de la imposición de una sanción penal teniendo en cuenta las condiciones personales y socioeconómicas del sujeto.

## **2.1. Responsabilidad y Finalidades Preventivas en Roxin**

La cuestión esencial de la cual parte Roxin es si la culpabilidad funciona como una justificación para la pena. Para él, por una parte el concepto de culpabilidad cumple un papel de legitimación al mal que se impone al acusado (idea de retribución), y por otra, limita el poder de intervención estatal, señalando el límite máximo de la pena<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Esta visión de Roxin retoma el pensamiento de Arthur Kaufmann de que "en última instancia el problema de la libertad de la voluntad también puede atenuarse, reconociendo en la culpabilidad únicamente una función limitadora y considerando que su único sentido

Este segundo aspecto es bastante reforzado por Roxin, que ve en la Culpabilidad un medio de limitar sanciones jurídico-penales, mas no de fundamentarlas. Su función político criminal consiste en impedir que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena.

Es importante también observar que su concepto de culpabilidad combina elementos de contenido material de carácter subjetivo y objetivo y está constituido por tres aspectos, objeto de valoración (el tipo de culpabilidad); la valoración en si misma (que muchos autores designan como reprochabilidad/reproche); y la unión entre el objeto y su predicado de valor (hecho culpable).

En la búsqueda de un concepto material de culpabilidad, Roxin defiende que los principios político-criminales de la Teoría de los Fines de la Pena sostengan la categoría sistemática que comunmente se denomina Culpabilidad. Demuestra que los intentos de separar Injusto de Culpabilidad resultaron inconsistentes. Los Binomios: Objetivo/Subjetivo; Deber/Poder; General/Individual; Desvalor de la Acción/Desvalor de la Actitud Interna apenas abarcan fragmentos parciales de la problemática y no comprenden la totalidad de los fenómenos que se deben incluir sistemáticamente en estas categorías.

Refuerza que lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, y sí que el legislador, a partir de puntos de vistas jurídico-penales, haga responsable al autor por su acción. Por eso, se trata más de un concepto de Responsabilidad<sup>13</sup> que de Culpabilidad, pues lo que está en juego son criterios de política criminal que permitan definir la cuestión sobre la necesidad jurídico penal de sancionar en el caso concreto. La responsabilidad tiene como presupuestos la culpabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad. Mientras la antijuridicidad confiere a un determinado hecho el predicado de infringir el orden del deber ser jurídico penal, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista de hacer responsable penalmente al sujeto.

---

consiste en limitar la pena que por otras razones es legítima y necesaria, y de este modo, proteger al individuo frente a los abusos del poder punitivo del Estado". ROXIN, CLAUS. ROXIN, CLAUS. Culpabilidad y *Prevención en Derecho Penal* Op. Cit.

<sup>13</sup> Así también Henkel que concibe una zona limite de exclusión de la responsabilidad que escapa a una normatización descriptiva y es recomendada al juez para que pondere en el caso concreto.

Por consiguiente, en el marco de la culpabilidad como fundamento de la pena, Roxin concibe que las tradicionales causas de exclusión de la culpabilidad son en realidad, casos de exclusión de la responsabilidad basadas en los fines de la pena. O sea, son consideraciones de prevención general y especial que llevan al legislador a renunciar a la sanción<sup>14</sup>. La diferencia entre culpabilidad y responsabilidad reside precisamente en admitir que el reproche o reprochabilidad es una condición necesaria pero no suficiente para la responsabilidad, siendo imprescindible la necesidad preventiva de la sanción. Por lo tanto, la responsabilidad consiste en la culpabilidad del sujeto combinada con la necesidad preventiva de la sanción penal. Destáquese que su concepto de culpabilidad es empírico normativo, puesto que es empíricamente constatable la capacidad de autocontrol y la accesibilidad normativa por parte del sujeto<sup>15</sup>.

Por otra parte, en el marco de la culpabilidad como determinación de la pena, observa que el grado de culpabilidad sirve para la determinación de la pena imponiendo límites a las finalidades preventivas. Una proporcionalidad entendida como justa entre culpabilidad y pena proporciona a la condenación la posibilidad de un consenso en la comunidad jurídica y asegura la autoridad de la norma, lo que es sumamente útil para la manutención del ordenamiento jurídico.

En esta dirección, pondera que ninguna necesidad preventiva por mayor que sea puede justificar una sanción que contradiga el principio de culpabilidad<sup>16</sup>. La necesidad preventiva opera como una protección adicional delante de la intervención del Derecho Penal, pues restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que la misma sea preventivamente imprescindible.

---

<sup>14</sup> Juntamente con Leckner, Roxin apunta que la renuncia al castigo se produce tanto por razones de prevención general como también de prevención especial.

<sup>15</sup> Por accesibilidad normativa debemos entender la capacidad de comportarse de acuerdo con la norma que es conocida por el sujeto.

<sup>16</sup> Muñoz Conde elucida que la culpabilidad puede ser comprendida a partir de una triple función: como fundamento de la pena – en lo que se refiere a la verificación de los elementos necesarios para la imposición de una pena (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, exigibilidad de conducta distinta) -, como elemento de determinación o medición de la pena – en lo que dice respecto a la gravedad y duración de la pena adecuada al caso concreto -, y como proscripción de responsabilidad por el resultado – lo que reduce las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia. Esta última es justamente la que caracteriza el principio de culpabilidad, ya que exige la existencia de dolo o imprudencia para que una pena pueda ser impuesta.

En consecuencia, una pena puede ser inferior al grado de culpabilidad, cuando la pena adecuada a la culpabilidad posee un efecto previsiblemente contrario a la socialización. Por eso, es importante destacar que para Roxin, a pesar de que la culpabilidad es determinada en su contenido por criterios preventivos, no se confunde con prevención y produce recíprocas limitaciones al poder punitivo. Veamos, como fundamento de la pena la idea de responsabilidad impone una limitación al poder de castigar del Estado al condicionarlo a una necesidad pública de prevención, y simultáneamente como determinación de la pena, la responsabilidad al abarcar la culpabilidad del sujeto limita la prevención general intimidatoria y la prevención especial dirigida al tratamiento.

Entiende de esta manera que la mantención del principio de culpabilidad significa una decisión de principio a favor de la prevención general integradora<sup>17</sup>, y apenas dentro de sus límites se admite una prevención general intimidatoria.

La mantención del concepto de culpabilidad se justifica por tres razones principales: la primera, de orden terminológico, al lado de la tradición en nuestra cultura jurídica y social, la segunda de cuño dogmático al lado del reconocimiento de que es la culpabilidad la categoría que establece en muchas legislaciones y ordenamientos jurídicos, el puente necesario entre fundamentación y determinación de la pena, y la última razón, mas no menos importante, de carácter político- criminal, que consiste en concebir una diferencia estratégica entre culpabilidad y prevención, definiéndose la culpabilidad como presupuesto de una responsabilidad configurada preventivamente.

## 2.2. Funcionalismo y Fidelidad al Derecho en Jakobs

---

(MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal – Parte General.*, Valencia: Tirant lo Blanch, 6ª Edición, 2004, pág. 95.)

<sup>17</sup> Por prevención general integradora debemos entender la capacidad de las normas penales y su imposición en motivar el cumplimiento y la interiorización de las reglas de convivencia elementales y que refuerzan la confianza social en el Derecho. Mientras que la prevención general intimidatoria se caracteriza por la intimidación a los ciudadanos que la amenaza de la pena promueve.

Günther Jakobs también discute la culpabilidad a partir de su función de legitimación de la pena estatal, siendo que desarrolla un concepto funcional de culpabilidad, con atribución preventiva general. Para él solamente la finalidad atribuye contenido al concepto de culpabilidad, y ve esta finalidad en la prevención general, tanto en el sentido de intimidación como también en el de validación de las normas penales.

El fin orientador (rector) y determinante de la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico perturbado por la conducta delictiva. La atribución de culpabilidad y la punición a ella vinculada tienen el poder de confirmar la "corrección de la confianza en la corrección de una norma". El delito frustra las expectativas de la comunidad jurídica y tal frustración se compensa interpretando como falla no a la norma y sí a la conducta que la frustró (prevención general positiva).

Las críticas a la visión funcionalista de Jakobs destacan una instrumentalización del individuo que apenas sirve como instrumento de los intereses sociales de estabilización<sup>18</sup>. Él por su parte, rebate las críticas con la afirmación de que es la reprochabilidad lo que legitima la pena, y que la utilidad pública de la pena jamás podrá sobreponerse a la culpabilidad del autor, lo que traduce el respeto a la dignidad de la persona humana<sup>19</sup>.

Agrega que un concepto material de culpabilidad implica normas legítimas, reforzando que el ordenamiento jurídico no puede comportarse frente a un autor como si fuese un "perro"<sup>20</sup>.

El Derecho Penal de Culpabilidad para Jakobs está fundamentado en fines sociales, y la culpabilidad no es nada más que la falta de fidelidad al Derecho, o aún la demostración de un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico.

En su obra "*Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*", explica que es a través del concepto de

---

<sup>18</sup> Desde Kant, hay la advertencia de que se trata de una violación de la dignidad humana. "el ser humano jamás puede ser utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de las Cosas, lo que hiere su personalidad innata".

<sup>19</sup> JAKOBS, GÜNTHER. "*El principio de culpabilidad*". EN: ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. Madrid: Civitas, 1997, pág. 365.

<sup>20</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Op. Cit., pág.381

culpabilidad que se operan las soluciones decisivas de la teoría de la imputación.

Parte de una diferencia fundamental entre sociedad y mundo exterior, que expresa la separación entre *sentido* y *naturaleza*, siendo que lo que se entiende por *sentido* o por *naturaleza* se determina funcionalmente. La culpabilidad es para Jakobs el concepto que separa *sentido* de *naturaleza*<sup>21</sup>. Para comprender mejor su posición se hace necesario saber que lo injusto para Jakobs se ocupa de la presunción de que existe una expresión de sentido defectuosa. O sea, el delito demuestra una falta de validez de la norma, y toda expresión de sentido con contenido defectuoso genera responsabilidad, considerando que existe una expectativa de fidelidad suficiente al Derecho.

La responsabilidad, sin embargo, solamente se puede atribuir al ciudadano fiel al Derecho, o aún a la persona en Derecho<sup>22</sup>. Por consecuencia, la medida de la culpabilidad no mide el sujeto, y sí una persona, en el sentido más general y de quien se espera respeto y fidelidad al derecho, es decir aquél que presta una mínima garantía cognitiva de comportamiento fiel al Derecho. Significa concebir que el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, y sí en la comunicación. Los actores son personas (tanto el autor del hecho, la víctima o el juez) y sus condiciones son determinadas socialmente, y no individualmente.

La consecuencia práctica de su concepto de culpabilidad, como *sentido*, remite a la función de las leyes penales como motivadoras y por lo tanto, con el objetivo de evitar conductas delictuosas, de donde se desprende también la prevención general negativa (intimidación).

En resumen, la culpabilidad para Jakobs es un concepto funcional que expresa un defecto de motivación, y su proclamación debe reforzar la confianza en el orden jurídico.

---

<sup>21</sup> Es importante observar que la expectativa normativa es antes de más nada una expectativa cognitiva.

<sup>22</sup> Personas son destinatarios de derechos y deberes y viceversa. Solamente es persona quien es capaz jurídicamente, y por lo tanto está excluido del ámbito de las personas aquél que no puede disfrutar o ejercer ningún derecho y también no puede soportar ningún deber. (JAKOBS, GÜNTHER. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Editorial Civitas, 2004, pág. 52.)

### 2.3. Responsabilidad y Proporcionalidad en Hassemer

La construcción de Hassemer sobre el concepto de culpabilidad parte de la observación crítica de sus principales fragilidades. En primer lugar identifica el autor que el tradicional concepto de culpabilidad transformado en principio, desvía la corresponsabilidad de la sociedad sobre el delito, dejándola solamente para el individuo, en quien se manifiesta una supuesta maldad general. En segundo lugar, debemos reconocer que aún hoy manejamos un concepto híbrido de culpabilidad moral y culpabilidad jurídica, y que por más esfuerzos realizados, la culpabilidad jurídica no es nada más que un modo deficitario de la moral.

Por fin, surge también evidente un desequilibrio entre Ley Penal y culpabilidad en muchos casos concretos, en los cuales la demostración de falta de culpabilidad genera consecuencias mucho más graves que las que la pena podría generar, como se ve, por ejemplo, con la imposición de medidas de seguridad.

De esta manera parece indiscutible que tanto un concepto amplio de culpabilidad como su expresión a manera de principio estén sufriendo una progresiva erosión frente a los desafíos actuales del Derecho Penal, en especial la obtención de consecuencias positivas. Entre los penalistas ya se admite que la culpabilidad no sea discutida con relación a la "libertad de voluntad" o con la capacidad de actuar de modo distinto, y sí a partir de las finalidades de prevención general y especial.

Para postular una revisión del concepto, Hassemer identifica cinco dimensiones de la culpabilidad. Comenzando por la imputación subjetiva, debemos tener presente que la culpabilidad permite una vinculación entre un acontecer injusto / hecho injusto y una persona actuante. Propone, inicialmente, un segundo aspecto que es la Responsabilidad como un criterio de perfeccionamiento de la imputación subjetiva por el concepto del dominio del hecho, o aún, de la posibilidad de gobernar el acontecer lesivo.

En lo que respecta a la diferenciación de grados de participación interna refuerza su particular función de valoración entre distintos grados de responsabilidad que van desde la imprudencia inconciente hasta la

comisión intencional de un delito. Y sobretodo en lo tocante a los actores, la víctima y el autor del delito, que también modifican la valoración de los grados de participación interna.

En lo que se refiere a la víctima, es necesario reconocer que a partir de su perspectiva puede sentirse el daño causado de diferentes modos, o sea, quien actúa dolosamente produce un daño mayor que aquél que actúa imprudentemente, aunque sea desde el punto de vista social personal y no médico empírico. Delitos que se cometen en la presencia del autor y de la víctima encierran una vejación social y personal de la víctima. El ejemplo de un delito de violación expresa bien que más que las lesiones ocasionadas se produce una seria ofensa a la dignidad de la víctima.

Con respecto al autor, desempeñan especial papel los llamados delitos sin víctimas, pues en éstos también quien actúa dolosamente amenaza en mayor grado la vigencia de la norma y al mismo tiempo el orden jurídico. Mientras del autor imprudente se espera mayor cautela en sus acciones futuras, del autor que actuó con dolo, se espera su "conversión normativa, su cambio de actitud frente a las normas". El terrorista que realiza un secuestro busca un ataque al orden estatal y jurídico.

La cuarta dimensión se refiere a la proporcionalidad en la adecuación de las penas, que acaba siendo una consecuencia de las anteriores: permitir la imputación subjetiva y diferenciar grados de participación interna son tareas que el derecho penal cumple no por un mero interés académico, sino por buscar fundamentar y medir una consecuencia jurídico- penal que pueda ser calificada como justa.

Vale decir que la proporción de las sanciones jurídico-penales deriva justamente de la aceptación de diferentes grados de participación, o sea, la distinción de que el concepto de culpabilidad es lo que concretiza el principio de la proporcionalidad, sin que perdamos de vista que otros elementos interactúan como criterios de proporcionalidad, como es el caso de la lesión al bien jurídico protegido.

Por último, el reproche puede ser entendido como una dimensión central del concepto de culpabilidad. Y presupone un conjunto de elementos que Hassemmer describe detalladamente. Son ellos: la Libertad de

la Voluntad como un elemento observable en el proceso penal que valora y mide las limitaciones materiales de la libertad del acusado, es decir, los indicadores de déficit de libertad. Por otra parte, la vida cotidiana debe ser considerada, pues en ella se construyen los conceptos de reproche o disculpa. Sin embargo, la ponderación de que no existe una vida cotidiana y sí normas grupales de referencia y estilos de conducta con diferencias importantes de reproche y disculpa también puede desempeñar un papel importante de ejemplaridad para el Derecho, es decir, la cultura cotidiana puede enseñar a la cultura del derecho que debe ser más cuidadosa con las reprobaciones, que puede tratar de evitarlas o de olvidarlas. De un modo general, el Derecho siempre mantuvo una distancia de la cultura cotidiana, el desafío, sin embargo, no es traducirla al pie de la letra, y sí dentro de lo posible transformar las formas humanas en formas institucionales de elaboración formal de conflictos.

Otro elemento del reproche que no puede ser ignorado está presente en lo que Hassemer llama de Teoría del Chivo Expiatorio. La reprochabilidad proveniente de la culpabilidad hace que la sociedad afectada por el mal, lo proyecte sobre la persona individual, que debe ser alejada o expulsada. Este mecanismo puede ofrecer una explicación más de por qué la reinserción social del delincuente es algo tan difícil de ser alcanzado.

El autor defiende que la eliminación del reproche del concepto de culpabilidad, a pesar de que no podría acabar con tal mecanismo psicosociológico, podría evitar su intensificación. Además, pondera que el reproche ya no cumple la función de limitación de las penas, y tampoco funciona como justificación del derecho penal, pues el derecho penal siempre tendrá una justificación ética social que no se encuentra en el ámbito individual o en la culpabilidad del individuo. La justificación se encuentra en la fuerza del derecho penal para elaborar los conflictos más graves.

Es importante notar que Hassemer al describir las dimensiones de la culpabilidad y todos los elementos que la componen acaba

desenmascarando su utilización como mecanismo de intimidación<sup>23</sup> y tratamiento. El juicio de culpabilidad tal como hoy lo elaboramos se limita a verificar en qué medida la acción de un sujeto afronta el ordenamiento jurídico, y si el mismo sujeto es o no objeto de tratamiento<sup>24</sup>.

Critica vehementemente que la culpabilidad sirva para definir lo que se puede hacer racionalmente con una persona, cuando debería servir para definir la responsabilidad. Al proponer un concepto de Responsabilidad, propone que la atención otorgada por el Derecho se dirija a valorar si el sujeto era responsable por su acción típica y antijurídica, y que no esté dirigida a los objetivos político-criminales futuros. La responsabilidad desde su perspectiva es un juicio que apunta al pasado y no al futuro.

Es decir, de acuerdo con Hassemer la delimitación de la responsabilidad y de sus distintos grados importa como fundamento y principio de ajuste para la proporcionalidad de la sanción penal. Conceptos dejados al margen por las concepciones preventiva y funcionalista.

#### **2.4. Motivación y la combinación entre dogmática y política criminal en Muñoz Conde**

El primer aspecto que revela la importancia de los planteamientos de Muñoz Conde está en la superación de un concepto de culpabilidad

---

<sup>23</sup> Hassemer critica las Modernas Teorías de Prevención Intimidatoria recordando que trabajan con la misma lógica que los sacrificios humanos en la construcción de diques. La creencia de que la imposición de una sanción a quien infringe el ordenamiento jurídico, influirá de manera positiva en muchas otras personas que simpaticen con el delincuente no se distingue mucho de la tradición medieval en el norte de Alemania de enparedar una persona, en los diques de contención del mar, de preferencia un niño, en la creencia de que eso haría que el dique soportase el mar más eficazmente.

<sup>24</sup> Luigi Ferrajoli describe las doctrinas y legislaciones penales de tipo correccional que se desarrollan a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cuando el proyecto ilustrado y puramente humanitario de castigar menos se convierte en el disciplinar y tecnológico de castigar mejor. La literatura correccionalista demuestra que el proyecto disciplinar es articulado con las finalidades de la prevención especial, la positiva – reeducación del reo, y la negativa de su eliminación o neutralización. Ambas no se excluyen y sí ocurren acumulativamente en la definición de finalidad de la pena que será diversificada de acuerdo con la personalidad, corregible o incorregible. Las distintas doctrinas de la prevención especial (moralistas de enmienda /de la defensa social / y de la diferenciación de la pena) se preocupan más con el sujeto de que con el acto practicado. (FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1989.)

fundado en la posibilidad de actuar de modo distinto. Para él, las normas penales se dirigen a individuos capaces de motivarse en sus comportamientos por los mandamientos normativos. La diferencia es grande en la medida en que substituye la lógica de que los individuos puedan elegir entre varias formas de actuar por la de que es la norma penal que motiva a través de sus mandatos o prohibiciones para que los individuos, por ejemplo, se abstengan de determinada conducta ante la amenaza de pena<sup>25</sup>.

Configura de esta forma, un concepto material de culpabilidad cuyo fundamento descansa sobre las facultades que permitan al ser humano participar con sus pares y, por lo tanto, en condiciones de igualdad en una vida pacífica, y justamente organizada. En otras palabras, la motivabilidad, para Muñoz Conde es la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas<sup>26</sup>. Siendo que tales exigencias o expectativas se estructuran a la luz de necesidades preventivas, y se vale de las lecciones de Mir Puig:

*“El fundamento de la culpabilidad no puede ser derivado, sin más, de la naturaleza de las cosas, como cree la concepción tradicional – no cabe castigo al inculpable porque no puede actuar de otro modo – y peligrosamente como da a entender la teoría de la motivación normativa – no cabe castigo al inculpable porque no puede ser motivado en absoluto pela norma -; es imprescindible introducir un momento normativo esencial(...) en un Estado Social y Democrático de*

---

<sup>25</sup> Max Weber al demostrar la diferencia sociológica entre Derecho Público y Privado, refleja que el primero consiste en un conjunto de normas para las acciones que, según el sentido que el orden jurídico les debe atribuir, se refieren a la institución estatal, o sea, que se destinan a la conservación, a la expansión o a la ejecución directa de los fines de esta institución, vigentes por estatuto o por consenso. El derecho privado define como conjunto de normas para las acciones que, según el sentido atribuido por el orden jurídico, no se refieren a la institución estatal, siendo apenas reguladas por ésta mediante normas. El mismo autor resalta que el *imperium ou jus imperii* del Estado tiene como componente el poder de castigar, que consiste precisamente en “vencer la desobediencia no apenas por violencia directa mas también por la amenaza de desventajas”. (WEBER, MAX *Economía y Sociedad: fundamentos de la sociología comprensiva*. Vol.2. Brasilia: Editora UnB, 1999).

<sup>26</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “Culpabilidad y prevención en derecho penal”. EN: Cuadernos de Política Criminal, 1980, pág. 54.

*Derecho no se considera justo llevar el deseo de prevención hasta el castigo a quien actúa sin culpabilidad".<sup>27</sup>*

Se refiere, por lo tanto, a los límites que necesidades preventivas pueden imponer a las penas. Desde el punto de vista de la prevención general y especial. La prevención general se revela en el acto de determinación de la pena, y la especial se revela, en la definición para el caso concreto de la respuesta adecuada a la resocialización o al menos a la no desocialización del delincuente.

Es posible incurrir en dos equívocos sobre la posición de Muñoz Conde, el de que se remite al concepto puramente funcionalista de Jakobs, al admitir que las exigencias normativas son fijadas socialmente a través de una normativa concreta, o aún el de que defiende un carácter esencialmente preventivo, como Roxin, para la culpabilidad. Ni una cosa, ni la otra.

En primer lugar, su concepción de culpabilidad se desarrolla en referencia a las demás, es decir, no se trata de un fenómeno individual aislado. Tampoco la culpabilidad traduce una calidad de la acción individual. Es una característica que se le atribuye para poder imputar a alguien. De consiguiente, es importante reconocer que la definición de lo que es culpable o no culpable es una opción de política criminal que determinado Estado hace.

No se trata de una visión funcional de la culpabilidad porque aunque partiendo de la función motivadora de la norma penal, Muñoz Conde combina la frustración de las expectativas normativas con una dimensión social como fundamento de la culpabilidad, que impone valorar la utilidad de la pena con relación a la motivación individual y con el papel social del individuo. Sobre la búsqueda de fidelidad al Derecho predomina un juicio de utilidad de la pena, es decir, la pena no debe ser aplicada a

cualquier precio, aún cuando sea inútil o innecesaria solamente para reforzar la confianza en el sistema<sup>28</sup>.

Por otro lado, no comparte la idea de la separación propuesta por Roxin entre dogmática jurídico-penal y política criminal, o sustitución de la culpabilidad por responsabilidad cuando al final las fragilidades conceptuales presentadas son las mismas.

La máxima preventiva en Roxin padece de un desliz. No es la culpabilidad que ofrece el límite máximo para la imposición de la pena, y sí el principio de la legalidad, que fija los límites dentro de los cuales puede moverse el arbitrio judicial. Únicamente en el marco del límite legal preestablecido pueden ser discutidas las necesidades preventivas. Se demuestra inequívoca la relación entre dogmática y política criminal, favoreciendo que se desmitifique el derecho penal preventivo<sup>29</sup>, además de que tiene el potencial de dar legitimidad y eficacia política criminal a las normas penales.

### 3. CONSIDERACIONES FINALES

---

<sup>27</sup> MIR PUIG, *INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL*. Barcelona, 19976, pág. 147. citado por Muñoz Conde.

<sup>28</sup> Gimbernat, refuerza que el Estado, al imponer una pena, se coloca en situación de demostrar que ésta sea necesaria para alcanzar una convivencia social soportable. Y que esta pena sea suficiente en su gravedad, tanto para conseguir la intimidación general, como para la afirmación del Derecho y la consiguiente seguridad y confianza de los ciudadanos. (BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALLARES. "*Pena y Estado*". EN: PAPERS, Revista de Sociología, 13 -1980 – pág. 99 y ss.)

<sup>29</sup> Se habla en desmitificación porque las críticas que se dirigen al Derecho Penal preventivo, o al Derecho Penal volcado exclusivamente a la prevención del delito, cuestionan la legitimidad de un tratamiento penal dirigido a la alteración coactiva de la persona adulta con fines de recuperación o integración social, y por lo tanto violador no sólo de la dignidad del sujeto tratado, como también de uno de los principios del Estado Democrático de Derecho, el respeto a las diferencias y la tolerancia con las subjetividades humanas. También se dice que en esta perspectiva, el poder punitivo es concebido como bien metajurídico, y el delito como mal moral o enfermedad natural o social, lo que acaba por justificar un derecho penal máximo, que se impone bajo el manto de un Estado Pedagogo, Tutelar o Terapeuta. La desmistificación aquí sugerida trata de reconocer que a pesar de que el exceso preventivo pueda dar margen a arbitrariedades, por otro lado necesidades preventivas especiales han funcionado como fundamento para reducción de penas, sustituciones e inclusive la suspensión de su ejecución.

Considerando que es la culpabilidad y sus elementos que operan la atribución de responsabilidad a un sujeto por un hecho típico y antijurídico, debemos reconocer que estamos delante de uno de los aspectos fundamentales para el sistema de control penal. Por eso, la culpabilidad no es sólo un problema del individuo imputado y sí del propio Estado en lo que se refiere a su legitimidad y capacidad de exigir responsabilidad. En otras palabras, la culpabilidad provoca que el Estado tenga la necesidad de demostrar su condición para exigir del individuo el cumplimiento de las normas jurídicas y, evidentemente, tal capacidad de exigir varía de acuerdo con cada persona, y sus circunstancias personales y su relación con el propio Estado.

La teoría dominante de la culpabilidad penal se basa como vimos en un presupuesto lógico de la libertad de decisión del hombre, y que se relaciona estrechamente con la idea de la posibilidad de actuar de modo distinto a partir de la suposición de cómo otras personas actuarían en las mismas circunstancias, es lo que se convino llamar de "teoría del hombre promedio", pues la punición se dirige a aquél que se desvió del promedio. Es importante observar que no se trata de un concepto psicológico más, y si normativo, sostenido en un juicio de reproche.

En el reproche identificamos la censura, y ambos, reproche y censura son elementos que funcionan como justificativas reprobatorias del castigo que se dirige al infractor. En otras palabras, el reproche o la censura son la expresión de la moralidad que considera a las personas responsables por su comportamiento. Cuando alguien realiza un mal, otros lo juzgan negativamente porque su conducta es reprobable. La censura consiste en demostrar este juicio, o sea, tratar al infractor como a una persona que realizó un daño<sup>30</sup>.

Censura y reproche son, de este modo, elementos que integran un juicio de culpabilidad, ya que se destinan al infractor y al mismo tiempo se dirigen a terceras personas llevando el mensaje de que determinadas conductas son punibles y, más aún, que son dañinas y por eso deben ser inhibidas o evitadas. La amenaza mediante consecuencias negativas tiene

---

<sup>30</sup> La diferencia entre el pago de un impuesto y una multa es esclarecedora. Pues mientras la multa expresa desaprobación y censura, el impuesto es solamente el cumplimiento de un

por objetivo desalentar conductas delictivas <sup>31</sup> y ésta se da por medio de una doble función presente en el castigo: la consecuencia desagradable como medida de la retribución y la censura como razón de orden moral que sirve para desestimular comportamientos delictuosos. Vale observar que la naturaleza o la gravedad de la consecuencia también interacciona con la censura, en la medida en que bajar o elevar penas altera significativamente el grado de censura expresado.

No es por acaso que los autores sugieren una substitución de la idea de poder actuar de modo distinto, por la capacidad de motivarse por las normas.

Volvemos así a la tensión inicial, retribución y prevención como objetivos perseguidos en el concepto de la culpabilidad.

La culpabilidad desde una óptica preventiva encuentra dos vertientes que procuramos describir en este trabajo, en Roxin y en Jakobs, siendo que este último llevando hasta las últimas consecuencias la prevención general.

De las lecciones de Roxin, debemos destacar la concepción de que así como lo injusto penal no presupone cualquier antijuridicidad sino una antijuridicidad calificada por el daño social, los fines de la pena no reclaman para todo lo injusto culpable una punición, y sí se remiten a una cuota de reprochabilidad calificada. Lo que hace Roxin es construir un concepto de culpabilidad vinculado a la teoría de los fines de la pena, evidenciando las finalidades preventivas y proponiendo una vinculación entre política criminal y sistema penal<sup>32</sup>.

En la misma dirección, Muñoz Conde refuerza la necesaria interrelación entre política criminal y dogmática penal, proponiendo un concepto de culpabilidad que contemple una dimensión social del imputado y de consiguiente una reflexión sobre la utilidad y conveniencia

---

deber de ciudadanía. (VON HIRSCH, ANDREW. *Censurar y Castigar*. Madrid: Editorial Trotta. 1998, pág. 35)

<sup>31</sup> Este es el esquema de funcionamiento del Derecho Penal, pues el Estado criminaliza determinada conducta y permite una amenaza legal que consiste en el castigo específico previsto. La amenaza está dirigida explícitamente para evitar la conducta prevista. (VON HIRSCH, ANDREW. Op. Cit, pág. 39)

<sup>32</sup> SCHÜNENANN, BERND. " *La culpabilidad: estado de la cuestión*". EN: SILVA-SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA "ed." *Sobre el estado de la teoría del delito – SEMINARIO EN LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA* Madrid: Cuadernos Civitas, 2000. pág. 116.

de una sanción penal, teniendo en vista necesidades preventivas. De forma diferente que Roxin, substituye la lógica de la finalidad por un criterio de necesidad de la pena, que cabe a la culpabilidad ofrecer.

Hassemer en aguda contradicción con la vertiente preventiva, sostiene un concepto de culpabilidad como criterio de proporción entre el actuar y la punición, es decir, la responsabilidad es determinada por los diferentes grados de participación y la culpabilidad debe configurarse sobre esta definición de responsabilidad, y no ocuparse en atender objetivos político- criminales. Se trata de una valoración del pasado y no del futuro.

La posición de Jakobs, por su parte, se concentra en objetivos de prevención general. Para él, el Derecho Penal no se desarrolla en la conciencia del individuo, y sí en la comunicación, por lo tanto la culpabilidad material en su concepción no es nada más que un déficit de lealtad comunicativa.

Lo que se pretendió demostrar a partir de esta descripción crítica de las principales tendencias sobre la culpabilidad en la moderna teoría del delito, es la necesidad de una redefinición conceptual, que permita construir una conexión punitiva<sup>33</sup> en la cual el límite al poder de punir sea dado por la culpabilidad. Evidentemente tomando esta dirección nos alejamos de las posiciones puramente funcionalistas de la culpabilidad como refuerzo de la confianza en el derecho y tomamos otro rumbo que consiste en la búsqueda de sentido y legitimación para la imposición de una pena. De esto se deriva la tarea de individualización de la sanción que debe combinar la proporcionalidad proveniente de la lesión al bien jurídico protegido con la prevención de delitos.

Así, nos parece posible la combinación entre los planteamientos de Roxin, Hassemer y Muñoz Conde. Por una parte porque todos conciben la idea de responsabilidad como elemento que integra la culpabilidad, y también trabajan con el concepto de exigibilidad, sea en lo referente a la

---

<sup>33</sup> De acuerdo con Eugenio Raúl Zaffaroni, la conexión punitiva es la vinculación entre el delito y su consecuencia, o sea la pena, comportando por lo tanto, una cuantificación de la pena adecuada al caso concreto. (ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. "Culpabilidad *por la vulnerabilidad*"- *DISCURSO EN LA ACEPTACIÓN DEL DOCTORADO HONORIS CAUSA OTORGADO POR LA UNIVERSIDAD DE MACERATA (ITALIA) 2002.* - En: *NUEVA DOCTRINA PENAL*, Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003.

capacidad de motivación por la norma, sea en el aspecto de la accesibilidad normativa, sea en un criterio de necesidad de la pena.

Las necesidades preventivas, por lo tanto, no pueden superar un juicio de culpabilidad, como describe Hassemer, lo que nos conduciría a un concepto de culpabilidad de autor y no de acto. Por otro lado, para que la culpabilidad no se reduzca a una medida de pura retribución, los objetivos político-criminales deben ser observados como propone Roxin, mas siempre con relación a las condiciones sociales y personales del sujeto de modo que se demuestre que la pena es necesaria para el individuo y para la sociedad, como advierte Muñoz Conde.

Refuerzan, finalmente, que la culpabilidad en esta perspectiva es una demostración de que el Estado puede exigir responsabilidad por un comportamiento antinormativo. Se reviste de un carácter de garantía y protección del individuo frente al poder de castigar, condicionado a la posibilidad de culpar. Dicho de otro modo, el Estado puede castigar únicamente cuando la culpabilidad lo permite y en este juicio, elementos éticos, racionales, de contenido sociológico deben interactuar para evitar la selectividad del sistema penal y su repercusión negativa en la vida del individuo. Parece justo y necesario reconocer que la pena es un mal no sólo para el delincuente como también para toda la sociedad<sup>34</sup>. Si así repensamos la culpabilidad quizá en un futuro próximo sea posible avanzar en la delimitación del control penal a lo mínimo indispensable para la convivencia social.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALLARES. "Pena y Estado". EN: PAPERS, Revista de Sociología, 1980.

\_\_\_\_\_. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Colección Estructuras y Procesos – serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004

---

<sup>34</sup> DÍEZ RIPOLLES, JOSES LUIS. *EL DERECHO PENAL SIMBOLICO Y LOS EFECTOS DE LA PENA*. EN: ACTUALIDAD PENAL, n ° 1, (2001), pág. 13

- DÍEZ RIPOLLESS, JOSES LUIS. " *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*". EN: Revista ACTUALIDAD PENAL, n° 1, 2001
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1989.
- FERNANDEZ, GONZALO D. *Culpabilidad y teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, 1995, vol.1.
- FRANK, REINHARD. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, reimpresión, 2002.
- GOLDSCHMIDT, JAMES. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, 2ª Edición, 2002.
- HASSEMER, WINFRIED. *Persona, Mundo y Responsabilidad – Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.  
\_\_\_\_\_ "Crisis y Características del Moderno Derecho Penal." EN: Actualidad Penal, nº43/22, 1993.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Editorial Civitas, 2004.  
\_\_\_\_\_ "El principio de culpabilidad". EN: ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. Madrid: Civitas, 1997
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. "Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria". EN: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología -www.criminet.ugr.es
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal – Parte General.*, Valencia: Tirant lo Blanch, 6ª Edición, 2004.  
\_\_\_\_\_ "Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. EN: Cuadernos de Política Criminal, 1980.
- NAUCKE, WOLFGANG. "Prevención general y derechos fundamentales de la persona." EN : FERNÁNDEZ, GONZALO D. "dir." Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Editorial B de F. 2004.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO. MORALES PRATS, FERMÍN. Y J. PRATS CANUT, J. MIQUEL. *Manual de Derecho Penal Parte General - 3Edición*, Editorial Aranzadi, S.A.
- ROXIN, CLAUDIUS. *CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN DERECHO PENAL*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1981, pág. 64.  
\_\_\_\_\_ Derecho Penal – Tomo I – Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Madrid: Editorial Civitas, 1999.
- SCHÜNENANN, BERND. " *La culpabilidad: estado de la cuestión*". EN: SILVA-SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA "ed." *Sobre el estado de la teoría del delito –*

SEMINARIO EN LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

VON HIRSCH, ANDREW. *Censurar y Castigar*. Madrid: Editorial Trotta. 1998.

WEBER, MAX. *Economía y Sociedad: fundamentos de la sociología comprensiva*. Vol.2. Brasilia: Editora UnB, 1999

WELZEL, HANS. *Estudios de Derecho Penal – estudios sobre el sistema de derecho penal – causalidad y acción*. Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio, Raul. *Derecho Penal : parte general/* Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia -, Buenos Aires: Ediar. 2ª Edición, 2002.

\_\_\_\_\_ “Culpabilidad por la vulnerabilidad” – DISCURSO EN LA ACEPTACIÓN DEL DOCTORADO HONORIS CAUSA OTORGADO POR LA UNIVERSIDAD DE MACERATA (ITÁLIA) 2002. – En: NUEVA DOCTRINA PENAL, Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003.