

Fundamentos históricos, teóricos y jurídicos de la culpabilidad como categoría sistemática.

Autora: Msc. Mayrelis Estrada Chacón¹

I. Criterios delimitadores.

Así como el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* iluminó el tránsito del absolutismo a la libertad, el axioma *nulla poena sine culpa* marca el rumbo hacia el definitivo reconocimiento de la dignidad humana. Significa que solamente puede imponerse pena cuando se demuestre la existencia de una concreta culpabilidad, cuando el delito sea el producto de la acción libremente decidida, y el resultado producido se atribuya a una conciencia que tuvo la posibilidad de apreciar el disvalor del acto. El ser humano debe responder solamente si ha actuado, si lo ha hecho de la manera prevista por la ley como delictiva, si su acto típico es antijurídico, y si su actuación típicamente antijurídica le es reprochable, pues pudiendo respetar la norma ha optado por transgredirla.

Es la culpabilidad el epicentro de la teoría del delito que permite o no la intervención del Derecho penal. Es ella quien aprueba si es posible o no, declarar a una persona culpable y por lo tanto, es el fundamento para poder responsabilizar personalmente al ser humano por la acción típica y antijurídica que ha cometido mediante una pena estatal².

Etimológicamente culpabilidad se define como: “calidad de culpable”³, por su parte culpable se conceptúa como: “aquel que ha cometido un delito o falta”⁴. Lo anterior no responde la interrogante, por lo que es necesario acudir a lo referido por la doctrina y se comprueba que no hay acuerdo en el contenido material de la culpabilidad, existiendo coincidencia únicamente en el punto de partida: cuando se habla de culpabilidad se habla en varios sentidos, es como expresa ZAFFARONI: la enorme disparidad de conceptos bajo una denominación común y, para ello, es necesario bautizar un hueco a llenar o una pregunta a responder por cualquier teoría del Derecho Penal, que el lenguaje nos ha ocultado, homogeneizando lo heterogéneo e incompatible⁵. Estas oscilaciones teóricas son manifestación de las numerosas hipotecas filosóficas y de las enormes dificultades conceptuales que han gravitado siempre sobre la idea de la culpabilidad, y para esclarecer la interrogante se indica que la culpabilidad es estudiada en tres dimensiones:

1. Principio limitativo del *ius puniendi*, en segundo lugar,
2. Elemento del delito y por último como,
3. Criterio y límite para la determinación de la pena.

La culpabilidad como principio, es la justificación filosófica-política y ético -social de la imposición de pena a un individuo, que se concreta en los otros dos, a partir de los preceptos legales en que se decida la cuestión de la culpabilidad o su exclusión; y en la interpretación y aplicación de esos preceptos por parte de los tribunales que legitiman una sanción justa. Una vez que se comprueba la culpabilidad del autor, ella no es sólo fundamento pena, sino elemento para la determinación o

¹ Profesora Auxiliar del Departamento Penal y Ciencias Criminológicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente. Santiago de Cuba. Cuba. Email: mayrech@uo.edu.cu

² Hans-Heinrich Jescheck: Evolución Del Concepto Jurídico Penal De Culpabilidad En Alemania Y Austria, Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología Artículos ISSN 1695-0194

³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 1996, pp. 94.

⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 1996, pp. 94.

⁵ Discurso de Raúl Zaffaroni en la aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Italia), 2002.

medición de la pena, donde se le asigna una función limitadora a la culpabilidad. Nótese la síntesis de las dimensiones. Se considera que cuando se habla de culpabilidad se engloban los tres al punto que se convierte en un todo sin necesidad de deslindarla; por lo que estos dimensionamientos, responden a mi entender a una división interna que procura sólo un objetivo metodológico.

La división formal y material, son dos percepciones de un mismo todo acerca de la culpabilidad⁶, ubicándose en la formal, la primera de ellas, que logra consagrarse en las dos siguientes que conforman la material. Por culpabilidad formal, se entiende los componentes que son estimados como requisitos para la imputación subjetiva, pero no se dan las razones para que al autor se le impute su comportamiento delictivo a título de culpabilidad⁷. Se llama así, porque no somete a discusión su fundamento material, ni logra responder la interrogante ¿Por qué el autor debió motivarse y prever el resultado? es la material la que explica por qué caracterizamos como culpable o no culpable una conducta ilícita si concurren determinados requisitos positivos y negativos⁸.

En esencia, el concepto material permite tomar la decisión sobre qué elementos del hecho o del autor, puede basar el legislador el juicio de culpabilidad. Es un criterio valorativo de referencia que construye y nutre a la culpabilidad como elemento del delito y como criterio de límite para determinar y medir la pena bajo los fundamentos garantistas de la culpabilidad como principio. Los fundamentos garantistas se materializan en el marco constitucional y jurídico a través de la filosofía y la teoría jurídica que proporcionan su contenido para legitimar y limitar la intervención estatal en la imposición de una pena a un individuo concreto y la imputación jurídico penal.

Considero que la culpabilidad como elemento del delito contiene todas las exigencias que se derivan del principio constitucional; más que una dimensión es la auténtica concreción del principio⁹ y del criterio valorativo de referencia en la ordenación e interpretación de las disposiciones legales sobre la culpabilidad así como de las causas que la anulan y en función de ella se determina la pena. La culpabilidad como elemento del delito, es una categoría sistemática¹⁰, una construcción dogmática elaborada a partir del contenido de la ley y del criterio valorativo de referencia escogido para construir y sustentar la culpabilidad material, además de los otros elementos de la teoría del delito, así como de la aplicabilidad de su contenido en la impartición de Justicia.

No hay dudas de su ubicación en la teoría del delito¹¹, ni de su importancia por encima de los intentos de captación respecto al de la responsabilidad penal y reemplazo por la peligrosidad¹²- criterio que no

⁶ MORILLAS, Lorenzo: “A propósito de la culpabilidad penal”; en : *El Derecho penal de los inicios del siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*, Colectivo de autores, ediciones ONBC, La Habana 2014, p 54.

⁷ KINDHÄUSER, Urs: Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho, IB de F, 2001, p 68

⁸ ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p 59.

⁹Cfr. SILVESTRONI Mariano: *Teoría constitucional del delito*, Primera Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, ISBN 987-91 20-57, 2004, p.167. considera al igual que la autora, que el principio constitucional coincide con su sentido como estrato del delito. Éste existe como expresión de aquél pero son lo mismo.

¹⁰ Cfr. ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p 58; COUSO Salas, Jaime: *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad, Historia, Teoría y Metodología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 45-58.

¹¹ LUZÓN Peña, Diego Manuel “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Julio de 2012, p.4 “La culpabilidad como último gran elemento del delito”; QUINTERO Olivares: Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal*, Thomsonson Aranzadi, ISBN 978-84-8355-390-9, p 378. “La culpabilidad constituye una de las características fundamentales de la teoría del delito”. SILVESTRONI Mariano: *Teoría constitucional del delito*, Primera Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, ISBN 987-91 20-57, 2004, p. 167; “Junto a la tipicidad y a la

comparto-, su necesidad de mantenerse de la que se es partidaria, la resume HASSEMER¹³ en la siguiente forma:

1. Posibilita la imputación subjetiva, es decir la vinculación de un acontecer injusto con una persona actuante;
2. Excluye la responsabilidad por el resultado, para lo que es necesario admitir sucesos no producidos por factores causales, sino por personas que los dirigen;
3. Valoración normativa de los distintos grados de participación interna en el suceso;
4. Repercusión de lo anterior en la medición de la pena.

Estas necesidades son las evidencias de sedimentación de la culpabilidad como principio en la categoría delictual y en la determinación de la pena, pero como un todo integrador que no se puede desarticular; son conforme a FERRAJOLI el fundamento político o externo de las garantías de la culpabilidad que eliminan las responsabilidades objetivas al considerar que las acciones culpables son las únicas que pueden ser no sólo objeto de reprobación, de previsión y de prevención; son también las únicas que pueden ser lógicas y sensatamente prohibidas¹⁴.

La mayoría de los autores¹⁵ al referirse a la culpabilidad la ubican a partir del sistema clásico. Sin embargo un acertado análisis de la culpabilidad -como la de cualquier institución del Derecho- implica su estudio retrospectivo en busca de sus orígenes, lo que permitirá evaluar su desarrollo histórico y su actual concepción en Derecho penal. A partir de la historia del Derecho penal, de los fundamentos teóricos- filosóficos y las concepciones sistemáticas que lo sustentan, cabe distinguir cinco etapas, las que se tomarán como el trayecto histórico en la construcción teórica de la culpabilidad: El Derecho penal en los pueblos antiguos hasta el naturalismo, que llega a la cima con el sistema clásico de LISZT y BELING; el neokantismo, que conduce a una renormativización; el finalismo con el sistema de WELZEL; y los intentos más modernos de vincular los elementos del sistema del Derecho penal con sus fines: el funcionalismo.

II. Fundamentos históricos, teóricos y jurídicos de la culpabilidad como categoría sistemática.

El Derecho de los pueblos más antiguos de la Humanidad se basaba en el castigo por la sola producción del resultado dañoso, concentrados en la antijuricidad, se caracterizaron por responsabilidad por el resultado, la responsabilidad objetiva, solidaria e impersonal, donde respondían

antijuricidad debe darse la culpabilidad, cuya presencia es necesaria para la imposición de la pena.” Muñoz Conde, Francisco: *Teoría General del delito*, Editorial Temis, S.A, Bogotá, 1984, p. 127.

¹² ZAFFARONI, Eugenio: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo IV; Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 1999, p 11.

¹³ HASSEMER, Winfried: *Persona, Mundo y Responsabilidad*, bases para una teoría de la imputación en el Derecho Penal, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Editorial Temis S. A, Colombia, 1999, pp. 53-58.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1989, p. 492.

¹⁵ Entre otros: QUIRÓS PÉREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal*, I; Editorial Félix Varela, La Habana, 2005; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho Penal*, Parte general, traducida por Miguel Olmedo, Quinta edición corregida y ampliada, Granada, 2002; ZAFFARONI, Eugenio: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo IV; Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 1999; ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General*; Tomo I; Traducción de la Segunda Edición Alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Javier de VICENTE REMESAL; Civitas, 1997, España; BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal, Parte General*, segunda edición totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Madrid, 1999; QUINTERO Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal*, Segunda edición con la colaboración de Fermín MORALES PRATS, Editorial Arazandi, Pamplona, 2007.

solidariamente el ofensor y sus parientes¹⁶, como consecuencia casi exclusiva del elemento objetivo de la lesión y no de la imputación directa a su autor¹⁷ ni mucho menos, de sus intenciones¹⁸. En este periodo prima la responsabilidad sin culpa.

Con los fundamentos históricos se entiende por qué solo en el siglo XIX se acuña como tal la categoría examinada, aunque sus inicios se encuentran en la ciencia penal italiana y en la doctrina del Derecho Común de los siglos XVI y XVIII. Con los dos grandes movimientos que señalan el paso de la Edad Media a la Moderna, el primero de ellos es la consolidación del Derecho penal canónico por el cual el Derecho romano pervivió y se adaptó a las nuevas formas sociales¹⁹ y el segundo es la creación de la ordenanza judicial de 1532: la Carolina de Carlos V de Alemania. Con este cuerpo legislativo el Derecho penal tomó un carácter público y estatal, además de admitir la imprudencia en dos delitos: el homicidio y dejar huir presos de las prisiones criminales, pero no es hasta la ilustración cuando se sientan las bases centrales de la imputación como fundamento de la responsabilidad individual y de la responsabilidad por culpa.

Desde el prisma del Derecho natural, PUFENDORF indica que la Justicia es una cuestión estrictamente personal y se enfrenta ante cualidades morales de las personas, por lo que acuña la expresión de persona individuo, singular y libre²⁰. Su mérito principal es ubicar el término de imputación en el Derecho a partir de la individualidad y la libertad, idea que desarrolla KANT con la vinculación de la imputación y la *causa libera*²¹. Teoría con la cual FEUERBACH pudo entender dicho concepto como el “fundamento subjetivo de la punibilidad” y los discípulos de HEGEL, a mediados del siglo XIX, asumir que todo el sistema del Derecho Penal descansa en la “imputación subjetiva”²² aunque sin aludir a la culpabilidad como una categoría sistemática.

¹⁶ Deuteronomio 5, 9: Porque soy tu Jehová tu Dios, que visito la maldad de los padres sobre sus hijos hasta la tercera y cuarta generación de los que me aborrecen. Traducción del Nuevo Mundo de la Santas Escrituras. Una traducción basada en la versión de 1984 en inglés, pero consultando fielmente los antiguos textos hebreos y griegos. 1987. Hecho en Estados Unidos de América. p 15.

¹⁷ Ni siquiera el carácter humano e individual del autor del delito ha sido considerado siempre como condición necesaria de la responsabilidad penal: tanto en épocas remotas como en tiempos recientes los procesos contra animales y difuntos han sido frecuentes. El Éxodo, 21, 28-30, y el Levítico, 20, 15-16, proclaman la responsabilidad de los animales, de procesos contra el animal que ha matado, se ha ajuntado con una mujer, e incluso contra objetos inanimados que quitan el alma al hombre, o con los que éste puede golpearse, o los que le caigan encima. En la Edad Media hubo notables ejemplos de procesos y juicios penales, así como sentencias contra animales que habían producido daños, tesis negada en las escuelas filosóficas después de Descartes. Cfr. Traducción del Nuevo Mundo de la Santas Escrituras. Una traducción basada en la versión de 1984 en inglés, pero consultando fielmente los antiguos textos hebreos y griegos. 1987. Hecho en Estados Unidos de América. p 15.

¹⁸ Para el Derecho Hebreo, Levítico 5, 17: si una persona pecare o hiciere alguna de todas aquellas cosas por mandamiento de Jehová no se han de hacer, aun sin hacerlo a sabiendas, es culpable y llevará su pecado, Números 25, 22-27 donde se legitima el castigo con la pena capital, a manos del vengador de la sangre, del homicida por error que sale de la ciudad refugio donde ha sido confinado a causa de su delito involuntario. A diferencia, Aristóteles concibe la voluntad como un elemento fundamental “Cuando procede involuntariamente, ni comete injusticia ni obra justamente sino por accidente [...] Si un acto es o no un acto de injusticia (o de justicia) se determina por su carácter voluntario o involuntario. si es voluntario se le censura, y es al mismo tiempo un acto de injusticia”. ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, Colección clásicos políticos, Director: Antonio Truyol Serra, traducido por María Araujo y Julián Marías, 1959, pp 95-97.

¹⁹ Soler, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, Actualizador Guillermo J. Fierro, Tipográfica Editora Argentina Buenos Aires, 1992, p 97.

²⁰ CARPINTERO Benítez, Francisco: *Historia del Derecho Natural. Un ensayo*. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1999, p 235. Sobre la importancia del concepto de imputación a partir de Pufendorf, para el Derecho penal Cfr. SÁNCHEZ Ostiz, Pablo: *La libertad del Derecho Penal, estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier Libros Jurídicos, 2014; KAUFMAN, Amir: “¿Atribución objetiva en el delito doloso?”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo XXXVIII, Fascículo III, Septiembre-Diciembre, 1985, pp 807-827.

²¹ KANT, Emmanuel: *Principios metafísicos del Derecho*, Traducción de Lizarraga, Madrid, 1873, p 38.

²² El concepto de Hegel es el concepto preclásico de la acción, introducido al Derecho penal por los hegelianos: Abegg, Berner, Köstlin, Hälschner, quienes introducen la acción culposa. Se considera como un concepto valor que abarcaba

No obstante, más allá de las concepciones de la culpabilidad del Derecho natural y hegeliana, fue el positivismo el que introdujo con precisión la categoría de la culpabilidad en la sistemática jurídico-penal. La filosofía positivista de COMPTE y SPENCER estaba presente en todos los estudio, incluso en el Derecho a partir de la segunda mitad del siglo XIX con el positivismo criminológico de la *scuola* positiva y el positivismo jurídico en dos sentidos, el normativista de BINDING, MERKEL y BELING y el naturalista representado por VON LISZT con el estudio empírico del delito y la pena. Mientras el primero es última expresión del liberalismo clásico de FEUERBACH hasta BINDING y el otro sentido, es el primer reflejo de un Estado social.

BINDING, fue el primer expositor en utilizar el concepto de culpabilidad- *schuld*- dentro del sistema penal, en su trabajo titulado *Die Normen und ihre Ubertretung* de 1872, pero como una categoría analítica mas no valorativa. Desde su prisma normativista la culpabilidad es la voluntad de un sujeto capaz de acción dirigida a una antijuricidad²³, lo que significa la desaprobación jurídica, porque el hecho era evitable según la voluntad del Derecho y su deber jurídico. Ocupó el concepto de imputación, que la ciencia jurídico-penal alemana de la época de derecho común había vinculado siguiendo el modelo del Derecho Romano, a los conceptos de dolo y culpa. Es decir, en cierta medida sólo produjo un cambio de nombre.

A pesar de confundir el injusto con culpabilidad, a juicio de la autora se considera que aporta dos elementos característicos de la culpabilidad en su sentido material: la voluntad antijurídica y el conocimiento de las normas como el eje central para la capacidad de acción, que a su vez son elementos propios de la misión individualizadora- garantista de esta categoría, porque atiende al individuo concreto y sus capacidades reales para conocer las normas y cumplir con el deber impuesto por ellas²⁴, de ahí su aporte en cuanto a la teoría del error excusable e inexcusable²⁵.

tanto el acto como la motivación humana. Cfr. DONNA, Edgardo Alberto: *Teoría del delito y de la pena. Fundamentaciones de las sanciones penales y la culpabilidad*, Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 5; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la segunda edición alemana, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 191. De manera que la acción y la imputabilidad se igualan. Similar es el concepto de acción de Jakobs, “acción es hacerse culpable”; un concepto de acción en base a un hecho siempre punible, de esta manera logra su funcionalismo vincular la sociedad con el Derecho penal. Cfr. JAKOBS, Günter: *El concepto jurídico penal de acción*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia 1996.

²³ BINDING, Karl: *La culpabilidad en el Derecho Penal*, traducción directa del alemán por Manuel Cancio Meliá. Editorial IB de F, Montevideo, Buenos Aires, 2009. Colección Maestros de Derecho Penal, No 30, ISBN 978-9974-676-27-5, p.12.

²⁴ Binding a partir de la formulación hipotética de las proposiciones jurídico-penales, considera que el autor no infringe sino cumple la ley penal puesto que viene a realizar la hipótesis imaginada. En efecto, el delincuente realiza el tipo penal de la ley, es decir, no viola para nada la ley penal sólo puede transgredir la proposición que le prescribe el modelo de conducta, que aparece como un mandato o prohibición.

²⁵ A partir de la teoría imperativa de obediencia al Derecho son los ciudadanos los destinatarios de la norma y tiene el deber de conocer las normas publicadas y de motivarse por ella. Sin embargo el que no la conoce no puede transgredirla, siendo entonces la conciencia de la antijuricidad un elemento fundamental del delito, pues de ella depende la capacidad del sujeto de comportarse de acuerdo con aquella. Bacigalupo considera y coincide, que con “estos caracteres se puede construir un sistema respetuoso con el principio de que no hay pena sin culpabilidad” que se logra desde un modelo unidimensional. La concepción de lo ilícito como infracción culpable de la norma entra en clara contradicción con el bidimensional, que distingue entre la antijuricidad y la culpabilidad, y con una concepción del derecho penal que prevea consecuencias jurídicas que no presupongan culpabilidad. Las medidas de seguridad por ejemplo, requieren que el autor haya infringido el orden jurídico aunque no haya sido culpable. BACIGALUPO, Enrique: *La función del concepto de norma en la dogmática penal*, en RFDUCM, monográfico 11, Estudios de derecho penal en Homenaje al Profesor. Luis Jiménez de Asúa, Madrid, 1986, p 65. Otra de las consecuencias de la teoría imperativa de las normas en cuanto a la teoría del delito, a mi juicio poco convincente es que los inimputables son incapaces de acción por tanto no pueden cometer acciones antijurídicas, ni ser destinatarios de las normas por no poder comprender la prohibición y el mandato. Un equívoco, de Binding, von Hippel, Gerland, Bierling y otros, corregido por Asúa pues “el acto no se excluye por la enfermedad mental. El enajenado realiza actos voluntarios, con su motivación aberrante y sus peculiares representaciones” y más tarde por Mezger cuando

La autonomía de la culpabilidad, la concibe IHERING²⁶, con la división objetiva y subjetiva de la antijuricidad, al considerar la existencia de hechos antijurídicos pero no culpables. Sobre la base de esta dicotomía, se desarrolló la teoría que diferencia la antijuricidad como expresión de los elementos objetivos y la culpabilidad como expresión de los subjetivos. Aunque este antecedente directo se concibe para el Derecho civil, se transporta al penal con la concepción tripartita del delito por el sistema clásico de LISZT-BELING. Al concebir al delito como acto culpable contrario al Derecho y sancionado por una pena²⁷, se denota la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, como tres caracteres esenciales que si falta uno, entonces no hay delito. La culpabilidad por primera vez, aparece como una categoría sistemática para el Derecho penal bajo los métodos propios de las ciencias empíricas²⁸, con la consecuencia de no observar la ontología del delito, sino los elementos naturales y externos.

El auge de la concepción determinista del ser humano, la influencia del positivismo y la teoría evolucionista de DARWIN, hacen que el libre albedrío se considere fuera del Derecho penal y sin importancia para la legislación²⁹, por lo que toda acción está determinada, es causada psíquicamente³⁰ y la culpabilidad no depende de una valoración sino de una constatación: la relación psicológica del autor con el resultado³¹. Es la parte subjetiva que se ubica en la voluntad, la imaginación o el sentimiento³² del autor con el hecho. Para la teoría psicológica de la culpabilidad, el dolo y la culpa no sólo son las formas de culpabilidad, sino sus especies, siendo el acto culpable acción dolosa o culposa³³. Como presupuesto de esas formas se exige la imputabilidad, es decir capacidad jurídica penal de acción individual por condiciones de madurez y normalidad psíquica por el cual puede imputársele un hecho³⁴.

conceptualiza a la imputabilidad como capacidad de culpabilidad. JIMÉNEZ de Asúa, Luis: *Principios de Derecho penal, La ley el delito* Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, Argentina, 1958, p. 334, p. 352. Comparte esta concepción imperativa: QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal*, I; Editorial Félix Varela, La Habana, 2005; pp.35-36. MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; 2da edición, reimpresión, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio Cesar Faira Editor; p. 45. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Aproximaciones al Derecho penal Contemporáneo*; José María Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1992; p. 335.

²⁶ Cfr. VON IHERING, Rudolph: *El momento de culpabilidad en el Derecho privado romano*, 1867.

²⁷ VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, traducido de vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo segundo, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, p 262.

²⁸ MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; 2da edición, reimpresión, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio Cesar Faira Editor; p. 196.

²⁹ VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, traducido de vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo segundo, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, p. 36

³⁰ VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, traducido de vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo segundo, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, p. 37

³¹ VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, traducido de vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo segundo, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, p 388. En igual sentido RADBRUCH sostiene que la culpabilidad abarca sólo el contenido de la voluntad, la pura relación psicológica con el resultado, pero no el impulso de voluntad, pues éste último pertenece al ámbito de la teoría de la acción, RADBRUCH, Gustav: *Über den Schuldbegriff*, 1904, p 335.

³² VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, traducido de vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo segundo, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, p 388.

³³ VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, traducido de vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo segundo, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, p 388 “el dolo y la imprudencia son las dos especies o formas de la culpabilidad: el dolo es la voluntad como origen de una acción acompañada de la representación de la causalidad de la misma y la imprudencia es la voluntad como origen de una acción no acompañada de la representación de su causalidad” dejando de lado el cuidado necesario y con previsibilidad de la causalidad, JIMÉNEZ de Asúa, Luis: *Principios de Derecho penal, La ley el delito* Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, Argentina, 1958, p. 358 “constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto culpabilidad”.

³⁴ VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, traducido de vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo segundo, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, p 388; JIMÉNEZ de Asúa, Luis: *Principios de Derecho penal, La ley el delito*, Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, Argentina, 1958, p.334.

El fracaso de ésta teoría es por el modelo bipartito rígido del ilícito, que se separara de forma radical los elementos objetivos y subjetivos, situándolos en categorías diferenciadas sin vasos comunicantes entre sí³⁵. Le fue imposible configurar un concepto superior de culpabilidad que englobara tanto el dolo como la culpa, explicar la culpa inconsciente, pues no es posible comprobar la relación psicológica entre el autor y el hecho³⁶ con aquellas causas de exclusión de la culpabilidad que son compatibles con que el autor haya obrado técnicamente con dolo, como miedo insuperable, estado de necesidad exculpante.

Esta elaboración se fue perfeccionando y transformando con el pretexto de formular un concepto avalorado de culpabilidad, de carácter puramente psicológico, se introdujo con toda claridad la concepción peligrosista dentro de la noción material que se proponía rechazando cualquier injerencia de las posturas librearbitristas, al tiempo que reivindicaba para el Derecho Penal -que dejaba de ser de acto para convertirse en uno de autor- el determinismo como única alternativa; se trataba, en otras palabras, de formular una noción de culpabilidad que se compadeciera con las exigencias defensistas de la época, en el marco del estado liberal intervencionista, por lo cual al autor, se le juzgaba por su carácter antisocial y no por el injusto cometido.

Con razón, critica esta idea ZAFFARONI, al considerar que el psicologismo muestra como libre de valor lo que en realidad ha desvalorado, fue un ardid para reemplazar a la culpabilidad por la peligrosidad³⁷ cuando ubica a la primera en la parte subjetiva y a la peligrosidad como el contenido de la culpabilidad material con sus lógicas consecuencias para la pena³⁸.

³⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo: “La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad”, en REINHARD, Frank: *Sobre la estructura del concepto de delito*, Editorial IB de F, 2002. Colección Maestros del Derecho Penal No 1, ISBN: 987-95572-9-8, p 14. La división de la parte objetiva y subjetiva del delito apunta Welzel con “el desarrollo ulterior de la dogmática penal se demostró que estas apariencias han engañado. WELZEL, Hans: *Teoría de la acción finalista*, Editorial De Palma, Astrea, Buenos Aires, 1951, p.26; no hay dudas de la importancia que tiene la división entre injusto y culpabilidad en cuanto a su delimitación y contenido, sin embargo apunta Roxin y comparto, “no se puede dividir limpiamente injusto y culpabilidad en lo externo y lo interno, en elementos objetivos y subjetivos, como se hacía en el sistema clásico”, pues la culpabilidad y en esencia el Derecho Penal es valoración. ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p 57.

³⁶ Cfr. KOHLRAUSCH, ED: *Die Schuld*, en Aschrott-Liszt, Reform der Reichs- drafgesetzbuchs, 1910, p. 208; RADBRUCH, Gustav: *Ober den Schuldbegriff*, 1904, pp. 347-348; Vanos intentos explicaron la culpa inconsciente como una relación síquica con el resultado. KÖHLER la consideraba como un acto de desplazamiento cuasidoloso, RADBRUCH caracterizaba al dolo y la culpa como estados de ánimos, pero en la culpa inconsistente una disposición síquica similar al autor que sólo será atribuible cuando obedece una disposición asocial; reconoce el autor la imposibilidad de previsión de resultado. KOHLRAUSCH intentó salvar la cualidad de la culpabilidad como acontecimiento psicológico, a partir de considerarla como una ficción de un nexo psicológico inexistente.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo IV; Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 1999, p.18.

³⁸ Esta idea se verifica en la vigésima edición alemana de VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, op cit, pp 387-389; Para Liszt el significado sintomático de la acción culpable sobre la clase de autor, emerge el contenido material del concepto de culpabilidad, que ya es la disposición asocial del autor, reconocible por el hecho cometido es decir por la conducta antisocial; proveniente de la carencia de sentimientos de deber social exigidos por la convivencia de los seres humanos en el Estado y en la motivación antisocial. COUSO explica y coincide, la valoración ambivalente que merece el pensamiento LISZT. Con él se consagró la misión individualizadora de la imputación asignada a la culpabilidad con la distinción en la teoría del delito entre injusto y culpabilidad, y el desarrollo de la segunda vía del Derecho Penal en contra del injusto no culpable cometidos por los sujetos peligrosos. Con gran agudeza expone la debilidad de las teorías absolutas de la pena y la retribución como su fundamento, cuando los fines de las penas es la protección de intereses mediante una intervención sobre el autor, es decir “mediante la corrección de los delinquentes susceptibles de ser corregidos, la intimidación de los que no necesitan corrección y la inocuización de los que no son susceptibles de corrección”, razones que le permitieron desarrollar la política criminal, entre ellos el Programa de Marburgo de 1882.

El Derecho tuvo la oportunidad de madurar a través de sus propios defectos³⁹. Criticado⁴⁰ el concepto psicológico de la culpabilidad, el positivismo científico fue sustituido por un método propio de las ciencias humanas: el método *verstehen* de WEBER. Consistente en entender y valorar⁴¹ la esencia de todo fenómeno determinada no solo por los aspectos objetivos propios, sino por la construcción de conceptos -tipos- que tienen la peculiaridad de la abstracción. Esto significa que la ciencia del Derecho, como ciencia de cultura, no puede construir un sistema a base de conceptos empíricos, sino sobre los valores esenciales para el Derecho Penal. Entre la dicotomía del ser y el deber ser, RICKERT señala que el objeto de toda ciencia cultural se refiere a valores, y LASK descubre el carácter teleológico de los valores a que se refiere el Derecho, cuando afirma que la formación jurídica del concepto se halla siempre teñida teleológicamente⁴², por tanto el objeto define al método y no viceversa como pretendía el sistema causalista. El paso hacia una teoría diferente a la anterior fue posible con BELING en 1906 quien, sin abandonar todavía su postura positivista, planteó por primera vez una teoría normativa de la culpabilidad, entendida como “un reproche que se formula a alguien por no haber actuado de otro modo” y se concreta en la responsabilidad por una falta de la voluntad, siendo dolo y culpa especies sus especies. No obstante, la consolidación de la culpabilidad como un juicio de reproche de carácter normativo sobre una base psicológica solo fue posible con FRANK compuesto por tres elementos: la imputabilidad; el dolo y la culpa; y, las circunstancias bajo las cuales actúa el autor, las cuales se compendian en un concepto superior: la reprochabilidad. Por ello dice, “un comportamiento prohibido sólo se le puede imputar a alguien, si se le puede formular un reproche por haberlo realizado”⁴³.

³⁹ LUHMANN, Niklas; *El Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft)*, versão 5.0, de 13/01/2003; formatação eletrônica-joão protásio farias domingos de vargas e marjorie corrêa marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho e outros colegas, na disciplina Sociologia do Direito II, do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito, durante os 1º e 2º semestres de 2002, em arquivos de capítulos; p. 197.

⁴⁰Esta concepción psicológica pura fue criticada por uno de los exponentes de nuestra doctrina nacional, me refiero al profesor QUIRÓS PÍREZ, quien a pesar de estar de acuerdo con ella en sus líneas generales se manifiesta en contra de la idea de que la causa principal de los cambios efectuados por el hombre en la naturaleza y en la sociedad sea su conciencia porque de esa forma los actos volitivos no dependerían del mundo material. Partiendo de esta crítica este autor conforma la “concepción psicológico-materialista de la culpabilidad”, que realmente es una teoría psicológica con la particularidad de fundamentarse en el determinismo dialéctico-materialista y no en el indeterminismo y sobre esa base refiere a la culpabilidad como “la especial actitud psíquica del individuo, expresada en las formas de dolo e imprudencia, respecto al acto socialmente peligroso y antijurídico cometido por él” Cfr. QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal II*, Editorial “Félix Varela”, Primera edición, 1999, Segunda reimpression, La Habana, 2005, pp. 6-9; SOLER, Sebastián: “Culpabilidad real y culpabilidad presunta”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo XV, Fascículo III, Septiembre-Diciembre, 1962, pp 477-506; intenta salvar a la culpabilidad psicológica a partir de la oposición de una culpabilidad real y una presunta armada por el Derecho en base a razones políticas criminales que abarcaría la culpa inconsciente. Se discrepa por el supuesto idealista en que el Derecho puede crearlo todo incluso la acción humana. En contra REINHARD, Frank: *Sobre la estructura del concepto de delito*. Editorial IB de F, 2002. Colección Maestros del Derecho Penal No 1, ISBN: 987-95572-9-8; RIGHI, Esteban: *La culpabilidad en materia penal*, Ad- Hoc, Buenos Aires, primera edición, Agosto del 2003, p 78, MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; 2da edición, reimpression, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio Cesar Faira Editor; p. 210; DONNA, Edgardo Alberto: *Teoría del delito y de la pena. Fundamentaciones de las sanciones penales y la culpabilidad*, Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pp 132-145; MAURACH, Reinhart: *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Heinz Zipf, traducción de la Séptima Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pp 518-520; MELENDO, Mariano: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, estudios de Derecho Penal dirigido por Carlos María Romero Casabona, Granada, 2002, pp. 3-8; Cerezo Mir, José: *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, tomo 3, Editorial Tecnos, 2001, p.21, entre otros.

⁴¹ WEBER, Max: *Economía y Sociedad*, Editorial Grandes Estudios, México, 1944, p. 3.

⁴²LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de Enrique Gimbernat Ordeig, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966, p. 112.

⁴³ REINHARD, Frank. *Sobre la estructura del concepto de delito*. Editorial IB de F, 2002. Colección Maestros del Derecho Penal No 1, ISBN: 987-95572-9-8, p. 40. La reprochabilidad no tiene valor por sí misma, sino es el resumen de los distintos elementos de la culpabilidad.

Siguiendo a Frank, GOLDSCHMIDT⁴⁴ aporta el elemento normativo junto al supuesto de hecho de la culpabilidad: las normas de deber. La esencia de la culpabilidad está en la infracción de una norma de deber-autónoma e imperante- que rige la conducta interna⁴⁵ independiente de la norma de Derecho reguladora de la externa, y cuya infracción determina la antijuricidad. La norma de deber se convierte en un mandamiento de motivación y el juicio de reproche se realiza sobre la disposición defectuosa de la voluntad de acción.

Consecuente con ello el dolo es un concepto psicológico- normativo por ser motivación desaprobada, y aporta la concepción moderna de la imprudencia entendida como la infracción de un deber de cuidado⁴⁶; además del primer sistema completo de causas de exculpación⁴⁷ que distinguirá las causas de justificación- interés objetivo preponderante y aceptado- y las causas personales de exclusión de pena- interés subjetivo preponderante y aceptable- siendo el error de prohibición, el estado de necesidad disculpante y el exceso en la legítima defensa excepciones de la norma de deber.

MEZGER en su teoría compleja de la culpabilidad al vincularla con aspectos psicológicos y valorativos, por ser una situación fáctica valorizada normativamente⁴⁸. En este sentido concibe el otro elemento material de la culpabilidad; la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, condición previa a la formulación de una voluntad de acción y por consiguiente, debe ser incluida dentro del sistema jurídico-penal, pues los inimputables pueden actuar, por cuanto la acción no es solamente la acción imputable⁴⁹. La cuestión negativa es el considerar dentro de la voluntad, el carácter del autor, tendiendo el puente hacia la concepción caracteriológica de la culpabilidad⁵⁰.

⁴⁴ La construcción está basada en Kant, en cuanto a la idea del *a priori* jurídico. Por eso coloca, junto a la norma jurídica, otra que es la norma de deber. La primera regula la conducta exterior; en cambio, la segunda, que se refiere al deber atañe al comportamiento interno. La norma de deber obliga al individuo a motivar su conducta, conforme a la representación que el autor tenga sobre si su acción puede resultar prohibida por la norma jurídica. Otra afirmación kantiana es que la libertad es un *a priori* (de la voluntad) y, por ende, independiente de la experiencia. De estas conclusiones, se deduce que el sujeto se deja determinar categóricamente por el motivo del deber. Desde su punto de vista, los imperativos morales o jurídicos tienden a transformarse en motivos de acción, y el deber es el resultado de ese proceso causal. Sin embargo, este imperativo no procede de normas extrañas, sino de la convicción personal. La teoría se diferencia en cuanto a Kant, pues para éste el apriorismo del conocimiento sólo vale para las ciencias lógicas, mientras que los neokantianos incluyen a las ciencias espirituales.

⁴⁵ GOLDSCHMIDT, James: *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial IB de F, 2002. Colección Maestros del Derecho Penal No7, ISBN: 9974-578-19-1, p 91. Las normas de deber son el fundamento para motivar y determinar al individuo frente a las normas jurídicas, son el motivo de obediencia al Derecho frente a otros motivos, al punto que GOLDSCHMIDT, concibe la existencia de una “legalidad inmoral”, pero no puede una “legalidad culpable contraria al deber”. Por otro lado, sólo se podrá hablar de una “legalidad conforme al deber”, si se ha actuado de conformidad al Derecho por la consciencia del deber, sin que por esto en todos los demás casos la legalidad deba ser una legalidad “inmoral”

⁴⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, James: *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial IB de F, 2002. Colección Maestros del Derecho Penal No7, ISBN: 9974-578-19-1, pp. 98-103.

⁴⁷ COUSO Salas, Jaime: *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad, Historia, Teoría y Metodología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 99.

⁴⁸ MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la segunda edición alemana, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 5.

⁴⁹ MEZGER, Edmundo: *Derecho Penal*, Libro de Estudio Parte General, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pp.202-203.

⁵⁰ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich: “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y en Austria”, en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 05-01, ISSN 1695-0194, 2003, traducido por Patricia Esquinas Valverde, p. 01:2. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc0501.pdf> ; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la segunda edición alemana, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 45. Estable el contenido del juicio de culpabilidad y su desaprobación a partir de tres partes: las partes integrantes psicológicas que es el acto de voluntad; las partes integrantes motivadoras; y las referencias de a acción a la total personalidad del autor, que son las partes integrantes caracteriológicas de la culpabilidad. En contra Frank “un vicio de carácter puede ser la causa de la culpabilidad, pero no es culpabilidad” edición decimo octava de Frank; Goldschmidt “se niega que de este modo se exija una culpabilidad ética y que la culpabilidad constituya un vicio del carácter;..pues la

Es la exigibilidad la última consecuencia de los normativistas⁵¹ y , la constituye las elaboraciones de FREUDENTHAL, para quien la esencia de la culpabilidad radica en el desprecio mostrado por el autor quien se ha comportado de determinada manera, a pesar de que podía y debía hacerlo en otro sentido, añadiendo que el criterio limitativo del reproche de culpabilidad está constituido por la “exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho”, elemento que deriva del postulado según el cual “a lo imposible nadie está obligado”. Para este autor la culpabilidad tiene un elemento de carácter ético junto al cual ubica otro de carácter psíquico constituido por el dolo y la culpa.

Criticado⁵² al basarse en circunstancias éticas e individuales que determinan el poder y no el deber, cuando es un deber que presupone un poder, SCHMIDT propone una exigibilidad como juicio de expectativa, a partir de los componente generalizante del baremo ciudadano tipo- medio, sobre la base de los conflictos entre la norma de motivación y la norma de determinación. Si bien se logra con ésta fórmula la verificabilidad de poder actuar de otro modo, no es garantista ni individualizadora al pasar la culpabilidad a la cabeza de otros, en especial del juez que decidirá si era posible la motivación o no por la norma, en base a su experiencia y a la medida propuesta en función del autor, lo que produce para MAURACH y coincido un desmantelamiento de la exigibilidad⁵³. Es con HENKEL que pasa de elemento normativo a figurar en todos los grados de la estructura del delito como principio regulativo sin contenido, que por su significación debe ser incluido entre los componentes de la teoría general del Derecho⁵⁴ y que, sólo por ello, ya no puede ser el fundamento material de la imputación de la culpabilidad.

Una vez superada la postura psicologista e introducida en la discusión la tesis normativista, el paso hacia una nueva formulación era fácil de dar. MERKEL en 1922 y su discípulo BERG en 1927 demostraron como el dolo y la culpa no eran formas de culpabilidad entendida ésta como juicio de reproche, afirmando que la estructura de dicha categoría era igual tanto para hechos dolosos como culposos concebidos como forma de acción. Así, el primero de los mencionados se preguntaba si no hablaba en favor de su concepción el conocimiento nítido de que dolo e imprudencia culpa no son

concepción caracterológica sustituye a la valuación otro objeto, a saber: en vez de la motivación particular, pone el carácter... a ella se le reprocha un atraso científico y social”. GOLDSCHMIDT, James: *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial IB de F, 2002. Colección Maestros del Derecho Penal No7, ISBN: 9974-578-19-1, p86, p. 142.

⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho Penal*, Parte general, traducida por Miguel Olmedo, quinta edición corregida y ampliada, Granada, 2002, p. 452

⁵² Freudenthal, sostiene que no es reprochable y no merece pena, quien según las circunstancias del hecho no podía evitar su comisión, bien por peligros para la existencia económica y social o por coacción amenazante que fuerza a infringir la norma, o, dicho en otros términos falta el poder y con ello el reproche de culpabilidad cuando para no cometer un delito habría hecho falta una fuerza y capacidad de resistencia como normalmente no se puede exigir a nadie. En busca de humanizar a la culpabilidad, deducida del principio romano *impossibilum nulla est obligatio* y de la justicia individual, sostiene la posibilidad de exculpar por esta vía a las personas que cometen delito para salvaguardar sus situación económica y social. Cfr. FREUDENTHAL, Schuld und Vorwurf, 1922. Criticado entre otros por GOLDSCHMIDT, James: *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial IB de F, 2002. Colección Maestros del Derecho Penal No7 , ISBN: 9974-578-19-1, p 90; COUSO Salas, Jaime: *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad, Historia, Teoría y Metodología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p.101.

⁵³ MAURACH, Reinhart: *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Heinz Zipf, traducción de la Séptima edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p.320.

⁵⁴ HENKEL, Heinrich: Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo traducción directa del alemán y notas por José Luis Guzman Dalbora. Editorial IB de F, Montevideo, Buenos Aires, 2005. Colección Maestros de Derecho Penal, ISBN 978-9974-676-27-5, p 12; SAIZ Cantero, José Antonio: “El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de la no exigibilidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIII, Fascículo III, Septiembre- Diciembre, 1960, pp 419-453.

especies de culpabilidad sino que, por el contrario, la culpabilidad es la característica genérica tanto de los hechos dolosos como culposos⁵⁵.

Fue, justamente, entre 1931 y 1939, período en el cual los penalistas nazis querían reducir la culpabilidad a la infracción del sano sentimiento del pueblo⁵⁶, cuando se publicaron diversas monografías que planteaban una concepción de la culpabilidad como puro juicio de reproche aunque con algunas variantes. En efecto, von WEBER sugiere una nueva estructura del sistema penal al concebir “culpable quien acciona antijurídicamente cuando que pudo conducirse conforme a derecho y quien no ha tenido en modo alguno la posibilidad de conducirse de otra manera, es libre de todo reproche”; por lo que la antijuridicidad y culpabilidad son “los dos elementos fundamentales de la acción punible”, ubicando la culpabilidad en el poder, la antijuridicidad en el deber.

Con semejante planteamiento era posible, entonces, sostener una teoría del tipo complejo para la cual dolo y culpa dejan de ser un problema de culpabilidad, entendida ahora como un puro juicio de reproche. Otro aporte de trascendencia, aunque debe rechazarse el componente ético asignado a la culpabilidad, fue el realizado por DOHNA quien, después de propugnar por la doctrina normativa, aseveraba la idea de la exigibilidad y de la contrariedad al deber son idénticas, en el sentido de que la infracción a las normas de derecho no puede tener validez como contraria al deber cuando ha dejado de ser exigible un actuar de acuerdo a la norma, a lo cual se suma la adscripción del dolo y la culpa a la acción, y la distinción entre objeto de la valoración (el injusto) y la valoración del objeto (la culpabilidad)⁵⁷.

El paso del subjetivismo al objetivismo constituye el fundamento metódico de la teoría del delito desarrollada por el finalismo⁵⁸ a través de las claves filosóficas jurídicas de WELZEL: las estructuras lógicas-objetivas, como una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas, de verdades inmutables que están dadas de antemano al legislador y que, por consiguiente, pueden confirmar o rechazar la regulación de aquel.⁵⁹ Con ellas no se pretendía liberar a la culpabilidad de los elementos psicológicos pues estos existen en cualquier nivel del delito como un componente analítico intrínseco a la conducta humana, sino distinguir como apunta ROXIN entre el objeto valoración y la valoración del objeto, y la unión del objeto y de su predicado de valor da lugar a la culpabilidad o sea al hecho culpable⁶⁰.

Desde este un punto de vista filosófico diferente, WELZEL afirma que la culpabilidad es un juicio de reproche de carácter personal formulado al autor del hecho cuando éste⁶¹, a pesar de haberse podido

⁵⁵ MERKEL, Paul: *Die Bestimmungen des Strafgesetzwurfes*, 1922, Berlin/Leipzig, p. 299

⁵⁶ SHUNEMANN, Bernd: *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, estudios en honor de Claus Roxin en su cincuenta aniversario, Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Editorial Tecnos, 1991, p 53.

⁵⁷ WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Tercera edición castellana, traducido por Juan Bustos Ramírez, Santiago de Chile, 1987, p.199.

⁵⁸ MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; Segunda edición, reimpresión, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio Cesar Faira Editor; p. 226.

⁵⁹ Sobre las estructuras lógicas- objetivas para el análisis del Derecho Penal Cfr. JAEN Vallejo, Manuel: “Los puntos de partida de la dogmática penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVIII, Fascículo I, Enero- Abril, 1995, pp. 57-70; RAMOS Mejía, Enrique: “Las estructuras lógico-objetivas en el Derecho penal” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIV, Fascículo I, Enero- Abril, 1971, pp. 129-141.

⁶⁰ ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p 58.

⁶¹ Cfr. WELZEL, Hans: *El nuevo sistema del Derecho Penal*, una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción y notas por José Cerezo Mir, Editorial IB de F, Montevideo, Buenos Aires, 2004. Colección Maestros de Derecho Penal,

motivar de conformidad con la norma, opta por comportarse de manera distinta; nace así, el criterio del “poder en lugar de ello” que sirve de contenido material al juicio de reproche. De esta manera, de la mano del concepto final de acción, dolo y culpa no son formas de culpabilidad sino de conducta humana y la teoría del delito adquiere una nueva estructura; al injusto personal se opone la culpabilidad entendida en sentido puramente normativo, y al juicio de reproche se le asignan como elementos la imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

No obstante WELZEL tampoco llega a explicar cómo puede fundamentarse la responsabilidad del culpable por su decisión de cometer el hecho. De acuerdo con este autor, es imposible conocer de qué forma la persona evita el delito y utiliza en efecto su autocontrol con la finalidad de actuar conforme al Derecho: esto continúa siendo el misterio del libre albedrío.

La elaboración del concepto de culpabilidad ha venido tradicionalmente vinculada, en mayor o menor medida, al presupuesto del libre albedrío, lo que no sólo genera problemas irresolubles, sino que termina por llevar a sistemas retribucionistas, a universos en los que la exigencia de castigo se deriva de la idea de Justicia y el sentido de la pena se inserta en un marco teórico ajeno a las imperfecciones de la realidad. De ahí los intentos teóricos por construir un concepto de culpabilidad que dé respuesta a los requerimientos preventivos.

Después de la vertiginosa evolución sufrida por el concepto de culpabilidad, la doctrina actual se muestra más preocupada por darle a este estrato del hecho punible un contenido preciso; por ello, se insiste en una clasificación que se fundamenta en las elaboraciones del positivismo sociológico de finales del siglo XIX, en virtud de la cual debe distinguirse entre los aspectos formal y material de las diversas categorías delictuales. El problema de esta distinción, para la culpabilidad sigue siendo el ¿por qué de ella? De ésta manera, a la luz de la discusión actual no basta con decir que la culpabilidad es un juicio de reproche sino que es indispensable indagar por los presupuestos de contenido de los cuales depende esa reprochabilidad; en torno a ello, responde la dogmática contemporánea de diversas maneras.

Los primero a tener en cuenta son los presupuestos que se concatenan en ascendencia al juicio de reproche, y ante la ausencia de uno de ellos, se elimina la posibilidad de reproche y de culpabilidad. Se establecen los siguientes:

1. Existencia de un sujeto, que en la conformación doctrinal clásica es un sujeto natural, distinta es la valoración del sujeto persona jurídica
2. Con capacidad de culpabilidad, es decir, con edad y desarrollo biosicológico suficiente para entender el acto que realiza o dirigir su conducta.
3. Con libertad individual, lo que excluye cualquier interferencia externa en la toma de decisión del sujeto.
4. Conocer la norma penal, imprescindible para un buen juicio de análisis posterior. Es decir que tenga conocimiento de la antijuricidad.
5. Motivación ante la norma, es decir entre el deber ser y la valoración ético social del acto. Es la llamada conciencia de la antijuricidad.
6. Decisión voluntaria de vulnerar la norma: la llamada conciencia individual.
7. Exigibilidad y Juicio de reproche: la culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna

contraria a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad. La posibilidad de actuar de otra manera debe entenderse siempre como una posibilidad exigible, y nunca como una mera posibilidad física de hacerlo. Por ejemplo el miedo insuperable.

Estos se vinculan a los fundamentos sobre los que se conciben el juicio de culpabilidad. La concepción vigente, con el concepto social de la acción, marca la actual etapa que construye a la culpabilidad: el funcionalismo. Uno de los de más amplio alcance es el del funcionalismo sistémico de JAKOBS, que deja de lado las razones en cuya virtud un sujeto ha actuado de un modo determinado. El sistema penal no tiene que entrar en ese mundo subjetivo para llegar a un pronunciamiento sobre la culpabilidad, que depende no de las vivencias personales del infractor, sino de las necesidades del orden social de cuya estabilización se trata.

La culpabilidad reside en un déficit en la motivación jurídica del autor⁶² y depende de las exigencias de la prevención general, no del grado de responsabilidad personal del autor por su acción. Se maneja así un concepto funcional de culpabilidad puramente descriptivo, que refleja una visión conservadora, excluyente de toda idea de utopía, pero también de cambio, y que queda subordinado al objetivo de prevención general positiva como imposición de una determinada visión de la realidad idónea para lograr la fidelidad al ordenamiento jurídico: es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es la fidelidad al ordenamiento jurídico. Lo que se llama culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico.

BUSTOS⁶³ propone renunciar al concepto de culpabilidad, que, por presuponer un no demostrado e indemostrable libre albedrío, no puede constituirse ni en fundamento ni en límite de la pena: “la culpabilidad no existe”, y añade no sólo no existe, sino que es una construcción ideológica en el peor sentido o en el más negativo de la palabra, es decir, ha servido para encubrir una determinada realidad, para encubrir el dominio del Estado sobre las personas, para la supeditación de los derechos de la persona al Estado, a unas personas determinadas, a un grupo determinado de personas que controlan a los demás.

Frente a estas propuestas unilaterales, ROXIN pretende fundamentar el binomio culpabilidad-prevención. Su concepto de culpabilidad responde inicialmente, como en JAKOBS, a la conciencia jurídica general, que, descontenta e insegura frente a la infracción, exige que se afirme la vigencia de la norma mediante el castigo. Sin embargo, la prevención a que apunta ROXIN es sustancialmente distinta: no consiste en el aquietamiento de conciencias por afirmación de vigencia de la norma, sino en una orientación reformadora, donde ella es el fundamento de su nueva categoría sistemática de “responsabilidad”, en la cual ha fundido la culpabilidad con la necesidad preventiva de la pena.⁶⁴

Preventivismo y garantismo son los fundamentos y la misión de la culpabilidad. Es constatable que los intentos de atribuir nuevos contenidos a las categorías dogmáticas, basados en la teoría de la pena, y de reformular esta teoría, responden exclusivamente al objetivo de fijar el nivel admisible de injerencia penal preventiva en los derechos de la persona. Como también es cierto que cualquier intento de construcción del concepto de culpabilidad que parta, en exclusiva, de la función preventiva y que no se

⁶² JAKOBS, Gunther: *Sobre la teoría de la pena*, centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del Derecho, 1998, p 67.

⁶³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Lecciones de derecho penal, Volumen I, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*; Editorial Trotta, 1997, Madrid, p. 163, pp 166-167.

⁶⁴ ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p 59.

someta a criterios limitadores externos a los requerimientos preventivos, corre el riesgo de intolerable expansionismo punitivo⁶⁵

Por ello se debe formular una culpabilidad que parta de las necesidades de prevención para construir un edificio garantista que, por sustentarse en bases no metafísicas, ofrezca garantías de solidez. De hecho, desde ambas perspectivas, se llega, aunque con distinto fundamento, a propuestas limitadoras del *ius puniendi* semejantes: eliminación de la responsabilidad objetiva, proporcionalidad en la medida de la pena, exclusión de responsabilidad del inimputable, o relevancia del error sobre la licitud de la conducta.

La otra parte del binomio se procura con el valor que debe regir en todos los sistemas de Derecho: la dignidad humana, el anclaje doctrinal más reiterado del principio de culpabilidad y, con él, del concepto de culpabilidad como conjunto de elementos condicionantes de la punición del comportamiento antijurídico. De modo que, según se comparte doctrinalmente, la imposición de pena sin culpabilidad o rebasando su medida, supone la utilización de la persona como instrumento para la obtención de objetivos preventivos⁶⁶.

Así, de la finalidad preventiva, propia de todo el sistema, se debe derivar límites al *ius puniendi*: los principios de necesidad y proporcionalidad —en cuya virtud no puede admitirse la pena no idónea para la tutela de un bien jurídico o lesiva de otros valores más relevantes—; el de igualdad — que impone respuestas penales personalizadas a supuestos distintos, por ejemplo, imputabilidad/inimputabilidad, evitabilidad del error—; o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que inhabilita construcciones dogmáticas como la de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida, en la medida en que se puede responder por lo que se hace y no por lo que se es.

Solo con estos dos fundamentos(preventismo y garantismo) se podrá construir el edificio garantista de la culpabilidad y sus causas de exclusión,- que son: las causas de inimputabilidad, el error de prohibición y las causas de inexigibilidad de una conducta distinta,- en función de la responsabilidad penal, pues como afirma Muñoz, la culpabilidad es un concepto que nos permite adentrarnos en determinadas estructuras de la responsabilidad que en determinados casos puede ser conveniente mantener, porque suponen un progreso en orden a una mejor protección de los derechos y valores fundamentales del individuo frente al poder omnímodo del Leviatán estatal.

⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Lecciones de derecho penal, Volumen I, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*; Editorial Trotta, 1997, Madrid, p.329.

⁶⁶ CEREZO Mir, José: *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, tomo3, Editorial Tecnos, 2001, p.43