

# Valoraciones epistémicas del concepto material de la culpabilidad.

Autora: Msc. Mayrelis Estrada Chacón<sup>1</sup>.

Etimológicamente culpabilidad se define como: “calidad de culpable”<sup>2</sup>, por su parte culpable se conceptúa como: “aquel que ha cometido un delito o falta”<sup>3</sup>. 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 incompatible<sup>4</sup>.

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. Principiolimitativo 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 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 culpabilidad<sup>5</sup>, 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 culpabilidad<sup>6</sup>. 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 negativos<sup>7</sup>. En esencia, el concepto material permite tomar la decisión

---

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 1996, pp. 94.

<sup>3</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 1996, pp. 94.

<sup>4</sup> Discurso de Raúl Zaffaroni en la aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Italia), 2002.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> KINDHÄUSER, Urs: Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho, IB de F, 2001, p 68

<sup>7</sup> ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p 59.

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 principio<sup>8</sup> 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 sistemática<sup>9</sup>, 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.

En un Estado de Derecho debe primar el principio de culpabilidad en su función garantista y el respeto hacia el valor de la dignidad, por lo que el concepto material de la culpabilidad debe negar la instrumentalización del individuo mediante la persecución de fines preventivos, pues nadie debe ser tratado como medio para el fin. Como resalta KANT “el ser humano no puede ser nunca utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo cual le protege su personalidad innata”<sup>10</sup>.

Saber en qué medida se respeta el principio de culpabilidad y la dignidad está en dependencia de la respuesta que se ofrezca a la interrogante de por qué se le reprocha a un sujeto determinado no haberse motivado por la norma; cuestión esta que conduce a examinar varios autores por sus aportaciones en cuanto al contenido material de la culpabilidad en esta etapa pos finalista.

Analizaré las concepciones actuales -no todas funcionalistas- más importantes que imperan y rivalizan entre sí, pero tienen en común determinar un criterio valorativo para el contenido o concepto material la culpabilidad. Se hará a partir de dos parámetros: el primero, que será el hilo conductor, está en derredor del argumento interno y externo para reformular el concepto de culpabilidad como elemento del delito; el segundo, responde a la postura con respecto a la aceptación o no de la libertad como fundamento de la culpabilidad.

Desde la crítica, respecto a los argumentos internos, se intenta complementar y revisar el concepto de la culpabilidad, con elementos propios o tradicionales a ella. Se ubica aquí el criterio del baremo de hombre medio como respuesta al déficit de la verificabilidad empírica del poder actuar de otro modo y el criterio de responder por el carácter propio.

JESCHEK con el presupuesto lógico de la libertad de una persona<sup>11</sup> propone la vuelta al baremo del ciudadano-tipo-medio como una presunción, un intento de signo garantista favorable al

---

<sup>8</sup>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.

<sup>9</sup>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.

<sup>10</sup>KANT, Emmanuel : *Principios metafísicos del Derecho*, Traducción de Lizarraga, Madrid, 1873, p.67

<sup>11</sup>JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, traducida por Miguel Olmedo, quinta edición corregida y ampliada, Granada, 2002, p. 437

autor en relación a la inexigibilidad y se toma como la respuesta a la crítica de la indemostrabilidad empírica del poder actuar de otro modo, pero sin abandonar, a diferencia de los normativistas, la naturaleza jurídica del reproche y la legitimidad ético-social de la pena que se apoya en este<sup>12</sup>. Por lo tanto, considera justo juzgar al autor con el “por medio”, pues la responsabilidad del ser humano adulto y sano constituye un presupuesto imprescindible de todo orden social basado en la libertad<sup>13</sup>.

Contra esta propuesta, afirma ROXIN que no es una comprobación perteneciente al mundo del ser, sino un procedimiento de limitación de la responsabilidad penal atendiendo a puntos de vista normativos<sup>14</sup>, donde se olvida que el autor no tuvo la capacidad y la fuerza de voluntad del hombre medio que se construye. Por consiguiente, no está claro cuál es el criterio valorativo por el que se determinan esas exigencias, siendo un concepto que carece de lógica y no es garantista, pues la imposición de una pena a un individuo concreto no puede justificarse en la situación en que este actuó cuando otro hubiera podido evitar el delito. Añade ROXIN, supone un abandono del punto de partida de que al propio sujeto le ha de ser posible una decisión libre<sup>15</sup>.

Razones que debió considerar JESCHEK para proponer como el contenido material de la culpabilidad la actitud interna jurídicamente deficiente del autor<sup>16</sup> a partir de la cual se origina la resolución delictiva de cometer el hecho típico antijurídico. Mientras que en WELZEL el objeto del juicio de antijuricidad y de culpabilidad es el mismo, esto es la valoración de la voluntad de acción de un lado como no debida y de otro como reprochable.

JESCHEK ubica el juicio de culpabilidad en un objeto de referencia propio: actitud interna jurídicamente deficiente, la cual ROXIN critica con acierto, por ser autorreferente y vacía de contenido material<sup>17</sup>. La mayor dificultad que tiene este criterio valorativo, es que no ofrece un juicio material para definir por qué motivo es censurable la actitud interna jurídicamente deficiente y que sirva de causa de exclusión de la culpabilidad o de exculpación.

Desde esta concepción, se retoma también la concepción caracterológica de responder por el carácter propio como el fundamento material de la culpabilidad. FIGUEIREDO DÍAS, a partir del fundamento antropológico y filosófico de la libertad personal del ser humano y para evitar la dificultad con construcciones metafísicas y la imposibilidad de prueba empírica, propone el

---

<sup>12</sup>JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, traducida por Miguel Olmedo, quinta edición corregida y ampliada, Granada, 2002, p. 565.

<sup>13</sup>JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, traducida por Miguel Olmedo, quinta edición corregida y ampliada, Granada, 2002, p. 590.

<sup>14</sup>ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p.62.

<sup>15</sup>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, pp.800-801.

<sup>16</sup>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.

<sup>17</sup> En este sentido y comparto Roxin, pueden existir situaciones en las que no es suficiente la afirmación o negación de la culpabilidad a través de éste criterio, por ejemplo “en la imprudencia inconsciente la actitud interna del sujeto, que desde luego presupone una actitud o disposición consciente, no está dirigida a nada que sea contrario a valor; y a la inversa un asesino sexual puede mostrar una actitud interna extremadamente abyecta, aun cuando deba ser absuelto por falta de capacidad de inhibición”. A igual que la concepción de Wessels con actitud interna jurídicamente censurable y Schmidhäuser con la culpabilidad es actitud interna antijurídica del hecho concreto, no desvirtúan tampoco las objeciones que se pueden formular con carácter general contra el criterio de la actitud interna. Véase la opinión crítica de Roxin en: 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, pp.800-801, y ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, pp.65-68.

tener que responder por la personalidad que fundamenta un ilícito típico, la que no se considera aceptable por vulnerar el principio de culpabilidad y ser una expresión del Derecho Penal de autor.

La respuesta a la interrogante que origina este análisis, no puede ser como la que proponen FIGUEIREDO DÍAS, ENGISCH, KAI AMBOS a partir de la filosofía de SCHOPENHAUER y BERGSON<sup>18</sup>. No se puede enjuiciar ni determinar la culpabilidad de una persona por su personalidad defectuosa, de la que no siempre es responsable, como los que carecen de salud mental o tiene algún trastorno orgánico. La exigencia para ser culpable, por ende responsable, es por realizar un hecho delictivo dolosamente o -al menos- por imprudencia.

A juicio de la autora, los criterios valorativos examinados hasta el momento no resultan suficientes para legitimar el contenido de la culpabilidad material; pues no se acepta verificar el poder actuar de otro modo a través del baremo del hombre medio, la actitud interna jurídicamente deficiente y menos la concepción caracterológica de responder por el carácter propio. El poder actuar de otro modo es insuficiente para la culpabilidad. Además de los dilemas metafísicos que esta posición presupone, ese poder no ofrece al individuo por sí solo un criterio para valorar y escoger un actuar de otro modo. Por tanto, la falta de un criterio para escoger o preferir actuar de un modo no presupone que la imposición de una pena al infractor sea asumida libremente.

Lo que sí es válido tomar de esa ideología es el fundamento ético-político de no imponer sanción a un autor concreto cuando no sea legítimo en el plano individual, aunque sea necesario en el plano social. En este contexto: ¿cómo se responde de forma compatible con la garantía de la libertad individual a la pregunta sobre la legitimación de la imposición de una pena a un individuo concreto? Esto se traduce en adoptar un criterio de referencia entre el injusto-el individuo-sociedad.

Con una doble ubicación aparece el criterio valorativo de culpabilidad como motivabilidad por las normas. Ciertamente la motivación es un criterio interno para valorar a la culpabilidad, aunque de la forma en que se trata en la doctrina, se recurre a este en función de criterios extrínsecos. Sobre la base de este enfoque, se fundamenta a la culpabilidad desde un criterio diferente, por ser diferente al tradicional y por ser extraño a ella: la prevención, donde se transfiere las explicaciones que se habían considerado propias de la teoría de la pena a la teoría del delito.

Se ubica en este parámetro la culpabilidad como motivabilidad por las normas, para la prevención general intimidatoria y la prevención especial; la culpabilidad según las necesidades de la prevención general positiva; así como la culpabilidad según la prevención general integradora y la prevención especial.

Para desarrollar la culpabilidad como motivabilidad por las normas, para la prevención general intimidatoria y la prevención especial, con enfoques muy diferentes entre GIMBERNAT, MUÑOZ CONDE y MIR PUIG, recurren al concepto de motivabilidad de GOLDSCHMIDT, pero no como cualidad del individuo bajo un fundamento indeterminista, sino como una cualidad de las normas en función de los individuos, por lo que serían determinados por las normas jurídicas penales al ser amenazados por una pena. Motivable para MIR PUIG puede ser cualquiera, pero culpable solo el normalmente motivable. Para MUÑOZ CONDE culpable son todos los motivables, por tanto los no motivables no son culpables; mientras para GIMBERNAT quien

---

<sup>18</sup>AMBOS, Kai: *La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal – Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge FigueiredoDias*, en [perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120308\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120308_02.pdf).

rechaza el criterio de motivabilidad deteriora la eficacia preventiva, habrá no motivables culpables por la prevención.

Por medio de la Psicología y el Psicoanálisis, GIMBERNAT propone renunciar a la culpabilidad y justifica a la pena con las exigencias de la prevención. En este sentido, considera que no sabemos lo que ha llevado a una persona a delinquir, ni de las condicionantes sociales, en cambio sólo sabemos que la pena es una amarga necesidad<sup>19</sup>, a la que nunca se podrá renunciar. Aunque no abandona el principio de culpabilidad, es acertada la crítica a sus planteamientos<sup>20</sup>, pues no es posible mantener todas las exigencias del principio en el mismo sentido cuando no se concibe como elemento del delito.

No resulta convincente su postura, teniendo en consideración que no es con fines preventivos generales y especiales que se excluye la responsabilidad por caso fortuito, ni es el argumento para eximir de responsabilidad penal al que actúa por error de prohibición invencible, ni es posible fundamentar la escala de punición entre los delitos dolosos e imprudentes; tampoco aplicar una medida de seguridad al inimputable pues, frente a este, la pena no sería necesaria por razones de prevención especial. En resumen, aunque se concuerda que la configuración de la culpabilidad debe basarse en las necesidades preventivas, no se debe sustraer a la culpabilidad de su carácter sistémico.

A diferencia de GIMBERNAT, los otros dos autores, consideran a la culpabilidad como la categoría fundamental del Derecho Penal, aunque parten de la indemostrabilidad del poder actuar de otro modo, complementan a la culpabilidad con la motivabilidad<sup>21</sup> en dos sentidos: el autor era motivable y la pena -por tanto- puede tener eficacia preventiva sobre él y al autor la sociedad lo considera motivable socialmente, por tanto debe sancionarse en función de la prevención general.

MUÑOZ CONDE es defensor del primero de los sentidos. En el marco de la Sociología sistémica, en atención a la norma penal como un sistema de expectativas, define a la culpabilidad no como un problema individual, sino en referencia a los demás; por lo que su concepto formal es la declaración de frustración social de una expectativa de conducta determinada en la ley penal, que recae sobre su autor y posibilita la aplicación de una pena<sup>22</sup>; es decir, el material y el criterio valorativo es la motivabilidad por las normas como la capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas.

De esta manera la motivabilidad es en el ámbito de la imputación subjetiva un concepto con base psicológico individual, donde el autor es culpable, porque individualmente pudo motivarse

---

<sup>19</sup>GIMBERNAT, Enrique: “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía de Derecho*, en homenaje a profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 495.

<sup>20</sup> Entre otros CEREZO Mir, José: “Culpabilidad y Pena”, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, pp. 179-197; MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Casa Editorial, S. A. Urgel, Barcelona, 1982, p 95;

<sup>21</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría general del delito*, Editorial Temis, S.A, Bogotá, 1984, pp.132-133; en igual sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco: “Introducción ” en ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p. 33; MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Casa Editorial, S. A. Urgel, Barcelona, 1982, pp. 93-95.

<sup>22</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco: “Derecho Penal y control social, sobre la función motivadora de las normas”, en *Derecho Pena y Control Social*, Fundación Universitaria De Jerez, 1985, España, pp.21-31; MUÑOZ Conde: Francisco y HASSEMER, Winfried: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1989, p 75. Para éste autor, la culpabilidad es la fase del proceso de motivación y socialización del individuo que se sitúa en la familia y en las exigencias sociales, por ello considera, que la única forma lograr la función preventiva del Derecho Penal y a través de ella la protección de los bienes jurídicos, es sólo si el individuo es motivable por la norma, “pues una política criminal que a la hora de determinar el merecimiento de pena no influya sobre las personas ni cognitivamente, ni emocionalmente, quizás pueda ser justa, pero en ningún caso será útil”.

por la norma. Desde esta postura, se estructura a la culpabilidad en tres componentes aceptados de forma unánime por la teoría, necesarios para la imputación<sup>23</sup> y la imposición de pena: capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de un comportamiento distinto, los que ante determinadas situaciones fijada por el legislador - inimputabilidad, error de prohibición, no exigibilidad- se exime de responsabilidad penal.

La motivación por las normas en un Estado social y democrático de Derecho que asuma la misión de proteger a la sociedad de forma democrática y parta de la función motivadora de la norma<sup>24</sup> es importante, pero no puede ser la capacidad de motivación por la norma su eje central<sup>25</sup>, similar a la propuesta de BINDING. El Derecho no puede fundamentar la validez de las normas en modo tan subjetivo, en cuanto a la autocontradicción del autor como ser racional y su acceso a la racionalidad de las normas.

En este sentido HABERMAS y KINDHÄUSER coinciden en la legitimidad discursiva de las normas, donde la motivación racional por ellas es independiente de la aceptación del contenido por el autor, pues cuando una norma es creada en un procedimiento en que el autor del delito como ciudadano tuvo posibilidades reales de participar<sup>26</sup>, hace que se sienta autor racional de la norma aunque no satisfaga la ideología de algunos intervinientes en el proceso discursivo<sup>27</sup>. Por

---

<sup>23</sup> En este sentido: ACHENBACH, Hans: “*Imputación individual, Responsabilidad, Culpabilidad*” en SCHÜNEMANN, 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, S.A, Madrid, 1991, pp. 134-146; SÁNCHEZ Ostiz, Pablo: *Imputación y teoría del delito, La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p.41

<sup>24</sup> MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Casa Editorial, S. A. Urgel, Barcelona, 1982, p.98

<sup>25</sup> Ante las críticas de su concepción Muñoz Conde, abandona la idea de la motivación individual y conceptualiza su fundamento material con fines preventivos, “a partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos de la norma”. Es decir, no es la capacidad de motivación sino la posibilidad de motivarse. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: “Introducción” en ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p. 34.

<sup>26</sup> Véase: KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo: *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, IB de F, 2001; RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, traducido por María Dolores González, sexta reimpresión, publicado por TheBelknapPress of Harvard UniversityPress, Cambridge, Mass. ISBN 674-88014-5, 2006; HABERMAS, Jürgen: “¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad?”, en *Revista Doxa*, numero 5, 1988, SANTIAGO NINO, Carlos: *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1980.

<sup>27</sup> Véase: JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, traducida por Miguel Olmedo, quinta edición corregida y ampliada, Granada, 2002, p. 445, MAURACH, Reinhart: *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Heinz Zipf, traducción de la Séptima Edición alemana por Jorge Bofill Genssch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pp.584-585; a favor del error de prohibición KAUFMAN, Amir: “Die Dogmatik in Alternative- Entwurf”, en HEYMANN, Carl: *Strafrechtsdogmatikzwischenundwert*, 1982, pp. 234-235; por lo que no puede ser justificado, ni disculpado, en este sentido WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Tercera edición castellana, traducido por Juan Bustos Ramírez, Santiago de Chile, 1987, p. 180, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, traducida por Miguel Olmedo, quinta edición corregida y ampliada, Granada, 2002, p. 445, Roxin lo consideran como eximente de pena por motivos de conciencia “el dictado de la conciencia produce una fuerte presión en la motivación, pero no determina excluyendo otras alternativas de acción, como lo hace una enfermedad mental o una neurosis obsesiva” por ello el legislador renuncia con todo a la pena porque no le parece precisa desde la perspectiva de la prevención, véase 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, pp. 868-870, 942-953. Considero que la renuncia del Estado a sancionar aquellos hechos realizados por motivos de conciencia con los que puede vivir sirve por igual al Estado de Derecho, a la dignidad humana y al progreso social, pero ante ésta coalición de intereses: la libertad religiosa y la obediencia del Derecho, se debe de tener en cuenta, la ponderación de la objetivización de la conciencia en la medida en que éste no atente contra los supremos principios constitucionales y contra la seguridad del Estado y tampoco niegue y afecte en principio los derechos fundamentales de otros como la vida. Se puede

ello, debe distinguirse entre el conocimiento del contenido de la norma y la motivación del autor por dicha norma. El delincuente por convicción, pese a su conciencia y al carácter vinculante que sobre él tiene el Derecho, se siente obligado debido a sus convicciones morales, religiosas o políticas, a realizar un comportamiento contradictorio al que determinan las normas jurídicas. El insumiso que rechaza el servicio militar, el testigo de Jehová que por creencias religiosas niega la transfusión de sangre. En estos supuestos se considera que hay culpabilidad jurídica ya que no se encuentran en un error de prohibición, porque rechaza la obediencia, amén del conocimiento de la norma y no se motivan por considerar a la norma jurídica contraria a sus concepciones morales, religiosas y políticas.

La motivabilidad no puede ser solo un juicio empírico, debe ser, además, un juicio normativo que valore al sujeto según sus condiciones de normalidad motivacional como agrega MIR PUIG, pues los inimputables no tienen esta capacidad<sup>28</sup>. MIR PUIG de forma acertada sostiene los dos sentidos de motivabilidad. Acepta que no es razonable sancionar a quien no es normalmente motivable y por tanto no es necesario castigar para intimidar a la colectividad. En un Estado social y democrático de Derecho no es justo llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad, por lo que la posibilidad de pena tiene un límite normativo en la falta de culpabilidad<sup>29</sup>. En este sentido, la sociedad comparte el criterio según el cual no es lícito castigar a quien no actúa en condiciones de motivación normal, y esto es justicia.

El criterio valorativo es la normal motivabilidad como el fundamento material. Ella se define por las exigencias de la justicia, por el principio de igualdad real ante la ley y por la garantía de que el individuo debió tener la posibilidad de evitar la pena, juicio ajeno al inculpable, porque la norma no pudo efectuar su intensidad motivadora, la que no se pierde en quienes actúan en situación de inexigibilidad, es decir, en las llamadas causas de exculpación y en ciertos casos como los bomberos y militares donde la ley impone un mayor nivel de exigencia.

Muy garantista es la relación culpabilidad y motivación, pues esta última resulta una barrera infranqueable para la prevención general. Pero olvidan MUÑOZ CONDE y MIR PUIG, que una cosa es que el sujeto no pueda alcanzar comprender su acción como ataque a un bien jurídico y otra es definir la culpabilidad como motivabilidad de la norma para la protección del bien jurídico. Criterio que resulta, a juicio de la autora, de una elevada exigencia, al punto que puede de dudosa verificabilidad como el criterio valorativo de poder actuar de otro modo.

El otro criterio extrínseco es la prevención general. Tiene su máxima expresión en el funcionalista radical JAKOBS, que se apoya en la teoría sistémica de LUHMANN<sup>30</sup> y sostiene un

---

eximir de responsabilidad penal al que testigo de Jehová que no jura las armas, pero no al fundamentalista que en nombre de Alá asesina.

<sup>28</sup>MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Casa Editorial, S. A. Urgel, Barcelona, 1982, p.98; MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría del delito*; tercera edición corregida y puesta al día; Barcelona, 1990, pp.586-592. Para éste autor que no basta con que al inculpable tenga la posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que actúa conscientemente cuando ésta puede incidir en su proceso de motivación; sea por razones personales -enfermedad mental-, situaciones -causas de no exigibilidad- o por la posible concurrencia de ambas -trastorno mental transitorio-. Todo ello redundaría en una inferior capacidad del inculpable para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el individuo que actúa normalmente.

<sup>29</sup>MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Casa Editorial, S. A. Urgel, Barcelona, 1982, p.98. En el mismo sentido, CEREZO Mir, José: "Culpabilidad y pena", en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, pp.179-203 quien, rechaza cualquier tipo de consideración preventiva en el ámbito de la culpabilidad.

<sup>30</sup> Para Luhmann la sociedad es un sistema autorreferente y autopoyético que se compone de comunicaciones. Esto es, un sistema cerrado en sí mismo, pero a su vez abierto. Se separa el concepto de autoreferencia (reflexión), de su lugar clásico, en la conciencia humana y se lo traslada a campos de los objetos: los llamados sistemas reales como objeto de la ciencia. A su vez se diferencia por distintos subsistemas, que son cerrados y autorreferente, que tiene un ámbito propio de comunicaciones y operaciones, que reducen su entorno y reducen la complejidad de un

concepto funcional de la culpabilidad, donde las necesidades de la prevención general son presupuestos bajo los cuales puede formularse el reproche de culpabilidad. Con la lógica consecuencia de su postura, concibe que: “el Derecho Penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación; y sus actores son personas (tanto el autor, como la víctima, como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad”<sup>31</sup>. A juicio de la investigadora, este enfoque desnaturaliza la realidad social y convierte en un simple acto de comunicación a un proceso de legítimo ejercicio estatal<sup>32</sup>.

La culpabilidad para éste autor se define según el grado suficiente de fidelidad al Derecho y no se determina según el estado psíquico del sujeto, sino que se establece “como baremo objetivo a través de una pretensión que va dirigida a cada ciudadano”<sup>33</sup>, donde el “culpable no satisface la medida aplicable a los ciudadanos, es decir, tiene un déficit de fidelidad al Derecho”<sup>34</sup>. El objetivo del reproche en función de la prevención general es la estabilización de la vigencia de la norma y la ejercitación de la confianza en el Derecho por parte de la sociedad, y no la confrontación con el autor.

Esta concepción significa un corte de raíz respecto a la función garantista de la culpabilidad<sup>35</sup>, con un criterio valorativo (el déficit de fidelidad) que viola la dignidad humana, al punto que el autor se convierte en un instrumento para que la pena produzca en la generalidad social el efecto de confianza en el Derecho.

---

modo especializado. Según este autor, las normas designan las "expectativas estabilizadas de comportamiento contrafáctico o normas cuya validez es experimentada como independiente de su cumplimiento fáctico, de ello se deduce el concepto funcional de culpabilidad de Jakobs que utiliza al autor para el restablecimiento de la sociedad. LUHMANN, Niklas; *El Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft)*, versão 5.0, de 13/01/2003; formatação eletrônica João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Texto eletrônico fornecido pela. 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.

<sup>31</sup>JAKOBS, Gunther: *Sociedad, Norma y persona en una teoría de Derecho Penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, p.67.

<sup>32</sup>Este enfoque de la culpabilidad como comunicación social, constituye también la idea central del intento de KINDHÄUSER de definir la culpabilidad material como un déficit de lealtad comunicativa. Este autor concibe el Derecho como un producto de la autonomía comunicativa de los ciudadanos en una democracia y su infracción como la lesión de la autonomía de los restantes conciudadano, KINDHÄUSER, Urs: “*La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad*”, en, KINDHÄUSER, Urs, MAÑALICH Juan Pablo: *Pena y Culpabilidad en un Estado Democrático del Derecho*, Editorial IB de F, Montevideo, Buenos Aires, 2011, pp. 68. Si bien estos enfoques hace recordar la importancia del lenguaje para el Derecho Penal<sup>32</sup> y el Derecho como lenguaje, confunden dos niveles completamente distintos, pues la vigencia de la norma jurídica demuestra *eo ipso* la existencia del discurso dogmático (que es quien se ocupa del concepto de culpabilidad), mientras que el discurso democrático sobre una eventual reforma de la norma no se desarrolla en la dogmática jurídica, sino en la política jurídica. Para mayor información sobre los niveles del lenguaje jurídico véase ESTRADA CHACÓN, Mayrelis; *Lenguaje y Derecho, un binomio indispensable en la construcción del discurso jurídico penal*; Tesis presentada en opción al Título Académico de Especialista en Derecho Penal; Universidad de Oriente; Santiago de Cuba; 2011, pp. 5-14.

<sup>33</sup>JAKOBS, Gunther: *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas Ediciones. S. L, Madrid, España, 2004, p. 32

<sup>34</sup>JAKOBS, Gunther: *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas Ediciones. S. L, Madrid, España, 2004, p. 32

<sup>35</sup>En contra la concepción de Jakobs, véase entre otros DEMETRIO CRESPO, Eduardo: “Crítica al funcionalismo normativista”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Tercera Época, Número 3, 2010, pp. 13-26; SCHÜNEMANN, Bernd: “La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo” en *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, S.A, Madrid, 1991, pp. 147-178; ZAFFARONI, Eugenio Raul: *Derecho Penal Parte General*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, segunda edición, Argentina, 2002, p. 669; 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, pp.804-806.



No es esta la única crítica que recibe tal planteamiento. Se objeta –además- por defensores de la prevención, entre otros: GARCÍA ARÁN, MUÑOZ CONDE, y MIR PUIG<sup>36</sup>, primero, el hecho de que no tenga límites esa necesidad reafirmadora del Derecho Penal y, segundo, la constatación de que en el fondo se está manteniendo una orientación similar al retribucionismo clásico: la aplicación del Derecho penal para su propia confirmación. Una concepción como la defendida por JAKOBS, puede resultar tan injusta y anular la virtualidad del principio garantista de culpabilidad como las concepciones que pretende superar.

Sin embargo, fuera del planteamiento de JAKOBS, resulta indudable que las concepciones preventivas sobre la culpabilidad tienen hoy una gran vigencia. Un crítico como HASSEMER obliga a reflexionar que la referencia de un Derecho Penal preventivo (“curar en vez de castigar”) evoca a sentimientos concomitantes irritantes<sup>37</sup> que pueden exacerbarse y llevar a exigencias punitivas desmesuradas. Así por ejemplo, la cura coactiva en un establecimiento humano de deshabitación, tiene también los rasgos represivos que provienen de una época ya pasada. Por lo que no se trata de negar la prevención en el Derecho Penal, sino de discutir en el cómo de esta orientación, con la dependencia legitimante de la pena respecto de sus efectos favorables en otros ámbitos de control social<sup>38</sup>.

La prevención general ha demostrado que presenta los mismos déficits de fundamentación empírica que la retribución. Ya sea la prevención general negativa, que se corresponde con la idea clásica de intimidación, coacción psicológica o disuasión y conforme a ella, se evitan los delitos mediante el efecto intimidatorio de la amenaza de pena como defendía FEUERBACH. O la prevención general positiva que explica el efecto atendiendo a la relación de la conducta humana con el contenido de la norma penal que prohíbe la comisión de delitos y con el mecanismo de interacción o comunicación social. Más allá de los efectos intimidatorios, se persigue que el Derecho Penal funcione como mecanismo generador y estabilizador de expectativas de conducta, de manera que la imposición de la pena constituye un acto de reafirmación del ordenamiento jurídico como asume JAKOBS.

En este contexto doctrinal, desde una postura funcionalista moderada, ROXIN integra la prevención general integradora y la prevención especial, y ofrece entender a la culpabilidad

---

<sup>36</sup>Véase entre otros MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Casa Editorial, S. A. Urgel, Barcelona, 1982, p.56 cuando expresa “Al atender solo a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad, la teoría sistemática de la prevención general positiva aparece como la más peligrosa de las teorías retributivas liberales; BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal Español*, Barcelona, 1984, p. 368; ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981; En contra de la prevención COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho Penal. Parte General*, quinta edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 556.

<sup>37</sup>HASSEMER, Winfried: “Prevención en el Derecho Penal”, en BUSTOS RAMÍREZ: Juan ,*etall: Prevención y teoría de la pena* Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1995 pp.107, en igual sentido MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría general del delito*, Editorial Temis , S.A, Bogotá, 1984, p. 131.

<sup>38</sup> El tema es, naturalmente, complejo, pues se trata de decidir si el Derecho penal podría reducir su aportación de daño, sin que ello implicara pérdida de eficacia disuasoria, en otras palabras como persigue la concepción garantista de FERRAJOLI, sin que aumentara la violencia social total, por el incremento de delitos o de fenómenos de venganza privada. Se trataría de un Derecho Penal garantista para la reducción del potencial represivo, del daño social producido por el sistema penal, de la violencia inherente al mismo, manteniendo sin embargo las cotas de protección ,esto es, de idoneidad para controlar en una medida razonable los fenómenos de agresión y reacción informal (la venganza). Constituye sin dudas el reto continuo de un Derecho Penal construido desde perspectivas materialmente garantistas, sobre una relación dialéctica entre el interés en eliminar la violencia social extrapenal y el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal, porque así lo disponen reales razones de utilidad o en atención a otras finalidades garantistas.

como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa<sup>39</sup>, en la que esta aparece como condición indispensable junto a los criterios preventivos para declarar la responsabilidad. Si se pregunta ¿por qué se le reprocha al infractor no haberse motivado por la norma? la respuesta se dará a partir del criterio valorativo que fundamenta el concepto material de culpabilidad: la asequibilidad normativa, es decir “cuando un sujeto estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico; y cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”<sup>40</sup>.

La asequibilidad normativa o accesibilidad a la norma es un concepto empírico-normativo, cuando indica que se trata de un fenómeno científico empírico como prueban la Psicología y la Psiquiatría, “a través de los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad”<sup>41</sup>. Para la otra característica de este criterio, el autor parte de la base de que el sujeto posee la capacidad de comportarse conforme a la norma, y apartándose de la indemostrabilidad del libre albedrío, se remite a la idea de la libertad como una aserción normativa. Lo que significa una suposición de libertad, tratar al ser humano como si fuera libre.

Esta relativización del concepto de libertad, por ende, el de responsabilidad, en opinión crítica de ZAFFARONI, implica afirmar que todo el plano jurídico constitucional y político está asentado sobre una ficción y, más aún, que la conciencia jurídica universal que sustenta esa antropología es producto de una ficción, es grave, afirma y se comparte “considerar que la dignidad del ser humano como persona y, por ende, como ente responsable por su elección y dotado de razón capaz de señalarle lo bueno y lo malo [...] es una mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La democracia resultaría de una ficción y su diferencia con el totalitarismo se reduciría también a una ficción”<sup>42</sup>.

A este debate actual, la neurociencia le agrega sus últimos descubrimientos que pone en juicio las bases de imputación del Derecho Penal, al concebir al cerebro humano como mecanismo determinado<sup>43</sup>, lo que aleja la hipótesis indeterminista. Sin embargo, la autora considera que la idea de responsabilidad no debe ser modificada por la neurociencias<sup>44</sup>, ya que la responsabilidad no es un fenómeno natural sino un fenómeno social que se configura estrictamente según criterios normativos de imputación y sobre la base de un juicio de culpabilidad, por lo que determinismo e indeterminismo pueden ir juntos.

Aunque no se considera que la llamada revolución neurocientífica lleve consigo un cambio de paradigma cultural en el sentido del pensamiento de KHUN sobre el desarrollo científico, pues como afirma FEIJOO “los procesos neurológicos sólo son una parte de la explicación -y no

---

<sup>39</sup>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, p.807.

<sup>40</sup>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, p.807.

<sup>41</sup>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, p.807.

<sup>42</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raul: *Derecho Penal Parte General*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, segunda edición, Argentina, 2002, p.668.

<sup>43</sup>Para profundizar sobre la relación entre Derecho Penal y Neurociencias, véase: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José: *Derecho penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Editorial Aranzadi, SA; Primera Edición, 2012, España; Demetrio Crespo, Eduardo y *et all: Neurociencias y Derecho Penal*, Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Editorial IB de F, España, 2013.

<sup>44</sup> Coincido con FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José: “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, en *Derecho penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Editorial Aranzadi, SA; Primera Edición, 2012, España, pp.71-153.

precisamente la más importante”<sup>45</sup>, si es necesario estar alertas ante la evolución que pueda llegar a producirse, pues el actual Derecho Penal no puede concebirse de espaldas a las ciencias.

Si se partiera de un Derecho Penal indeterminista radical, conllevaría a renunciar a la culpabilidad como presupuesto de la punibilidad y se castigaran por retribución todas las acciones típicas y antijurídicas, con lo que estaríamos sometidos a un terror penal insoportable. Pero un Derecho Penal severamente determinista, como pretende la Neurociencia con los experimentos de LIBET de 1983 y 2004, se inspira en una causalidad ciega y total que carece de límites racionales, e incompatible con el Estado de Derecho, en el peor de los casos nos conduciría de regreso al sistema peligrosista de la escuela positiva italiana, y en el mejor al utopismo de la pena médico-protectora.

La autora parte de la idea de la libertad no como ficción, pues no se trata de dinamitar el concepto de dignidad, sobre el que se construyen los Derechos Humanos ni igualarlos y mucho menos rebajarlos a la categoría de ficción. Tampoco se trata de aceptar el fundamento de poder actuar de otro modo pues como dice MUÑOZ CONDE “cualquier teoría del Derecho Penal que se apoye en o parta de tal concepto de culpabilidad está destinada al fracaso”<sup>46</sup>.

La libertad siempre ha caracterizado al ser humano. De ahí la válida distinción de SÁNCHEZ OSTIZ entre libertad innata y libertad adquirida. La primera es la que le corresponde al ser humano por el hecho de revestir esa condición, mientras que la libertad adquirida es la que hace posible al ser que es humano; y depende de su reconocimiento, atribución y ejercicio<sup>47</sup>. El ser humano por vivir en sociedad, aunque es antropológicamente libre, se rige por normas o pautas que no tiene que ser únicamente las jurídicas, sino otras como la utilidad, el respeto a otros, la benevolencia, y con el empleo de cualquiera de ellas, implica que el sujeto se decide por una de ellas.

Esto nos ubica en una posición de un indeterminismo débil<sup>48</sup>, que destruye la idea del libre albedrío salvaje, azaroso, desconocedor de la relación causa-efecto, y nos sitúa en el materialismo dialéctico-histórico de CARL MARX con la visión del ser humano como ser (relativamente) libre y por esto (limitadamente) responsable de sus actos, lo que debe ser reconocido por el Derecho positivo pero no como mera hipótesis normativa, sino como imagen del ser real que el Derecho tiene que reconocer y proteger.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup>FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José: “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, en *Derecho penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Editorial Aranzadi, SA; Primera Edición, 2012, España, pp. 85-86. Este criterio fue fundamentando a partir de la entrevista con Nivaldo Hernández Mesa, Presidente de la Sociedad de Neurociencias en Cuba, donde considera que la Neurociencia “es solo la explicación del aspecto fisiológico, pero no se está definiendo los aspectos psicológicos y sociológicos a tener en cuenta cuando se analiza la responsabilidad. Ello no significa que no se tenga en cuenta, pues cierto es, que la afectación al sistema límbico, que es el sistema de las emociones incide en la conducta del agente, pero esto es sólo la excepción. Entrevista realizada el 18 de febrero del 2016, en la Universidad de la Habana.

<sup>46</sup>MUÑOZ Conde, Francisco: “Introducción”, en ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p.23.

<sup>47</sup>SÁNCHEZ Ostiz, Pablo: *La libertad del Derecho Penal, estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier Libros Jurídicos, 2014, p.186.

<sup>48</sup> Coincido con FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, que es preciso distinguir entre determinismo débil (que admite la posibilidad de intervención de la conciencia reflexiva no determinada causalmente en el proceso de decisión) y determinismo fuerte o rígido (nada pasa, tampoco por la mente, sino está causalmente determinados por factores materiales previos), y de modo paralelo entre libre albedrío absoluto (libertad sin causas) y relativo (la libertad se expresa por conductos causales y tiene limitaciones y condicionamientos).

<sup>49</sup> La investigación se fundamenta sobre una base filosófica marxista, que considera a ser humano libre pero dentro de los límites que le son impuestos por las condiciones sociales, pues el individuo es el conjunto de relaciones sociales. La libertad “es necesariamente un producto del desarrollo histórico. En la medida en que los hombres logran procesos en el conocimiento y utilización práctica de las leyes de la naturaleza y la sociedad, crece su

Para el Derecho Penal ¿en qué sentido se utiliza el término libertad cuando se defiende que la libertad es el fundamento de la culpabilidad? Aunque no siempre se aborde explícitamente esta cuestión, los autores que sí se lo plantean suelen afirmar que es la libertad de la voluntad, no la de acción<sup>50</sup>, la única que puede fundamentar la culpabilidad. Es decir en la voluntad consciente del ser humano que tiene capacidad de elegir entre posibilidades, y concretamente, en el caso del delito, de controlar sus impulsos y condicionantes, de frenar y reprimir sus tendencias e intereses antisociales e ilícitos<sup>51</sup>. Ahí está precisamente la debilidad del concepto tradicional de culpabilidad, que ROXIN mantiene.

Para la autora la posibilidad abstracta que tiene el ser humano de elegir entre varios haceres posibles, no opera en la culpabilidad sino en el hecho de que el individuo actué con libertad de voluntad, por error, actúe coaccionado o sin voluntad y por tanto no pueda dirigir finalmente el acontecer causal.<sup>52</sup>

---

dominio sobre ésta, y por tanto su libertad”. MARX, Carl: El Capital, tomo I, Sección III, Capítulo V, Editorial Ciencias sociales, La Habana, 1973, p. 109.

<sup>50</sup>El término de libertad aplicado al comportamiento humano es susceptible de ser entendido en dos sentidos: como libertad de la voluntad en sentido estricto, que significa la libertad de querer o no querer algo y en un segundo sentido, la libertad de actuar o no de acuerdo con lo querido. Para las precisiones conceptuales Cfr. Entre otros: MARÍNEZ GARAY, Lucía: *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tesis doctoral defendida en el 2004 en la Universidad de Valencia, bajo la dirección del Catedrático Juan Carlos Carbonell Mateu; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “*Libertad, culpabilidad y neurociencias*”, en *In Dret Revista para el análisis del Derecho*, número 3, Julio del 2012, Barcelona disponible en el sitio [www.indret.com](http://www.indret.com); Pérez Manzano, Mercedes: “*Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*”, en *In Dret Revista para el análisis del Derecho*, número 2, abril del 2011, Barcelona disponible en el sitio [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>51</sup>LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “*Libertad, culpabilidad y neurociencias*”, en *In Dret Revista para el análisis del Derecho*, número 3, Julio del 2012, Barcelona, p. 33 disponible en el sitio [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>52</sup>Necesaria es la precisión acerca de si la acción tiene una posición sistemática autónoma, o si es la característica común a todos los hechos típicamente antijurídicos y culpables. En el debate actual los autores que han ido elaborando los sucesivos conceptos de acción (causalista naturalista, finalista, social, negativo) han tratado, entre otras cosas, de dotarles contenido, al punto que hoy como explica BORJA, se considera desgastante, y hasta hoy un fracaso. Por lo que se advierte como una reacción contra el proceso de desfiguración e hipertrofia del concepto de acción; el considerarla como la característica común a todos los hechos típicamente antijurídicos y culpables, por lo que somete directamente a análisis desde la perspectiva de la categoría de la tipicidad o de la acción típica, de la que la autora es partidaria. Sin embargo, la acción tiene una función específica que con autonomía o no, se considera que no se analizan de la mejor manera en la tipicidad. Me refiero a que la acción debe distinguir *a priori* que procesos son idóneos o no para ser objeto de un análisis típico, es decir la función negativa mediante la cual queden excluidos hechos que en ningún caso pueden llegar a alcanzar relevancia penal. Tratados como los elementos negativos de la acción por 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, pp. 250-251, y como causa de atipicidad por ausencia de voluntad, coincidente con MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, Volumen I, Teoría del Delito, Nociones Generales. El delito doloso: Juicio de Antijuricidad, pp. 181-192; Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Quinta reimposición, Segundo Edición, 2006, p. 326- 330; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “Sobre los movimientos impulsivos y el concepto jurídico-penal de acción”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLIV, Fascículo I, enero-abril, 1991, pp1-23, GALLAS, Wilhem: *La teoría del delito en su momento actual*, traducido por Juan Córdoba Roda, Casa Editorial Bosch- Urgel 51 bis, Barcelona, 1959, pp.22-23; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho Penal. Parte General*, quinta edición corregida, y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 550-558; BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho Penal Parte General*, Obras completas, Volumen III, Primera Edición, Quito, 2008, p. 765.

Se ubican aquí los procesos humanos que por ausencia de voluntad, son atípicos:

-Fuerza irresistible: (*vis physica absoluta*) Cuando el sujeto suprime de manera absoluta su voluntad para actuar, es decir actúa sin voluntad. Requisitos: a) Ha de ser física y no moral, pues sino sería una coacción; b) Origen externo de la fuerza; c) condición de agente causante de la fuerza, que se bifurca en dos criterios, c.1-R restrictiva(criterio mayoritario) Exige el carácter del agente, es decir que provenga de un tercero, c.2-Amplia, Producida por otros elementos originadores.(la que resulta defendible, como el caso tranvía, que por un fallo eléctrico se produce a muerte de todos los pasajeros menos la del chofer, y se discute entre homicidio por omisión impropia o la ausencia de acción, según a el criterio escogido.) d. Directa o indirecta, e) Irresistibilidad, es decir que invalida totalmente la voluntad.

La libertad como condición para actuar es base del concepto material de culpabilidad, pero como declaran COBO y VIVES “no determina su contenido, solo confiere sentido a la actitud participativa e interpersonal que adoptamos como individuos”<sup>53</sup> y hace posible que se pueda afirmar que la culpabilidad es un juicio de reproche personal.

ROXIN intenta sustraerse a estas críticas que se dirigen al concepto tradicional de culpabilidad, por lo que parte de las necesidades preventivas de la pena, donde “lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación”<sup>54</sup>, asignando a la culpabilidad sólo una función limitadora del poder de intervención estatal.

Por eso, ROXIN prefiere hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad, y, en todo caso, dice la culpabilidad es sustentada por los principios político-criminales de la teoría del fin de la

---

QUIRÓS agrega un punto de análisis a tener en cuenta, cuando considera que para apreciar la fuerza irresistible, hay que tener en consideración “tanto la capacidad real del sujeto como las exigencias que en determinada situación se plantean, lo que es para un niño susceptible de ser constreñido, no lo es para un adulto”. Por eso es necesario diferenciar la de *vis compulsiva*, donde el movimiento si responde a una manifestación de voluntad del individuo, lo que desplaza la libertad de voluntad, pero no la voluntad misma. Ejemplo de la fuerza física irresistible una avalancha de personas que empuja a otra persona, contra otra persona y le causa lesiones, actuar bajo coacción o amenaza, pues el sujeto obra violentado por una fuerza física irresistible, donde no decide su actuación por medio de su voluntad sino, es forzado por una persona, convirtiéndose en sujeto-instrumento.

- Estado de inconsciencia: Son de absoluta inconsciencia a los que se llega sin participación de la voluntad: a) Hipnosis, la que se discute hasta donde es vencida la voluntad o la resistencia del sujeto para evitar la intención delictiva del hipnotizador, y convertirse en un instrumento autómatas; b) Sonambulismo, como una de los trastornos del sueño profundo, que provoca exclusión de voluntad; c) Intoxicación letárgica absoluta por el consumo de bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas, estupefacientes, las que deben provocar inconsciencia, pues en caso de un estado mental transitorio, se ubicaría en la capacidad de culpabilidad.

-Actos reflejos. Al Derecho Penal le interesa los actos reflejos en sentido amplio y no en sentido estricto.

a) Actos reflejos en sentido estricto, son los procesos directa e inmediatamente fisiológico en el que el impulso externo actúa por vía subcortical periférica (arco reflejo) pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor, sin la intervención de la consciencia, por ejemplo los vómitos calambres, espasmos, el deslumbramiento.

b) Actos reflejos en sentido amplio, es cuando no se dan los presupuestos materiales que provocan aquellos. Será otro tipo de estímulo, que tendrá la respuesta corporal, con independencia de las circunstancias concomitantes, y está ausente toda manifestación caracterológica, toda expresión individual, de modo que ante cierto estímulo, la reacción fisiológica tiene lugar con independencia de la constitución de la personalidad.(son los más difíciles de distinguir.)

Por tanto no son actos reflejos, los actos impulsivos, instintivos o en cortocircuito, ya que en ellos existe voluntariedad, dirección, un querer primitivo y posibilidad de inhibir la capacidad de dirección, y una manifestación de personalidad, es decir el impulso pasa por el tamiz de la conciencia y la voluntad. Ejemplo las reacciones explosivas.

Para profundizar más, véase: QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal*, I; Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 314-315; FONTÁNBALASTRA, Carlos: *Derecho Penal*, Introducción y parte general, Abeledo-Perrot, Argentina, 1998, pp.227-231; CREUS, Carlos: *Derecho Penal Parte General*, tercera edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pp.300-307; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Civitas, 1978 pp.231-235; BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal, Parte General*, segunda edición totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Madrid, 1999, pp.249-254; MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría del delito*; séptima edición, segunda reimpresión, Buenos Aires, pp. 208-220.

<sup>53</sup> Coincido con los autores que no hay que demostrar la verificabilidad empírica la libertad. Sólo puede mostrarse que desde ese ángulo nos comprendemos a nosotros mismos como seres libres, ya que realizar acciones son expresión de conducta, de intenciones, de razones que le estamos otorgando significado a la libertad. Como tampoco hace falta mostrar el grado de libertad concurrente en la acción, pues medir el grado de libertad como se mide el nivel de agua en un depósito, es asegura COBO y VIVES, un error lógico. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho Penal. Parte General*, quinta edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 555, con igual criterio BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Hammurabi, Argentina, 1999 pp.152. “Este concepto de culpabilidad, lo mismo que cualquier otro, es totalmente independiente de la prueba de la libertad de la voluntad o del determinismo”

<sup>54</sup> ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p. 71.

pena<sup>55</sup>. Con ello la culpabilidad es la barrera infranqueable que en ningún caso puede traspasarse a la hora de determinar la pena aplicable al autor de un delito en el caso concreto, y la justificación desde un fundamento político-criminal empíricamente verificable para imponer una pena, se basa en las necesidades preventivas<sup>56</sup>.

La postura asumida por ROXIN tiene un sostén político-criminal que renuncia a la doble funcionalización a diferencia de JAKOBS. Sólo comparte con éste, que las categorías del sistema son funcionalizadas desde la perspectiva de los fines del Derecho Penal; pero no monopolizados por una prevención de integración, estrictamente funcional-sistémica<sup>57</sup>, sino por una prevención heterointegradora que se fundamenta en la teoría dialéctica de la unión<sup>58</sup>, donde se utiliza a la culpabilidad para limitar la intimidación, es decir los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución, adquieren preponderancia los fines resocializadores (prevención especial) además de no admitir la bilateralidad del principio de culpabilidad.

Ello se traduce que prevención general y especial no son antinómicas, por lo que el valor de la justicia tiene gran importancia para la estabilización de la conciencia jurídica de la colectividad, y exige que nadie pueda ser sancionado con una pena más dura a la que merece; y merecida es sólo una pena que corresponde a la culpabilidad. Significa que la responsabilidad jurídico-penal depende de la culpabilidad y necesidades preventivas de sanción penal deducidas de la ley, pero no siempre que haya culpabilidad se declara la responsabilidad, pues la necesidad preventiva de punición puede conducir a la exclusión de ésta.

Si bien se acepta<sup>59</sup> la postura de ROXIN, en cuanto a la prevención de integración en el marco de las teorías mixtas como complemento de su argumentación, el análisis al planteamiento roxiniano para la culpabilidad arroja varias dificultades. En primer lugar, limita el principio de

---

<sup>55</sup>ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p. 70.

<sup>56</sup>ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p. 72, en igual sentido 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, pp. 791-794.

<sup>57</sup> Existe un consenso doctrinal sobre la distinción entre estas dos corrientes funcionalistas para JAKOBS la prevención general positiva es la que soporta el fundamento de la pena así como la estabilización del sistema a través de la fidelidad jurídica, a diferencia de ROXIN que aunque parte de la tesis de que un moderno sistema del Derecho Penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas como un criterio decisorio dentro los parámetros de la responsabilidad y en el marco del ordenamiento jurídico. Véase entre otros: DONNA, Edgardo Alberto: “La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos” en OUVIÑA, Guillermo, *et al*: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, en el 75 Aniversario del Código Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp.256-266; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*; José María Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1992, pp.67-70; en igual sentido SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Cuadernos de conferencia y artículos número 40, Colombia, pp.15- 22; PÉREZ MANZANO, Mercedes: “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María(ed): *Política Criminal y el nuevo Derecho Penal*, Barcelona, 1997, pp.79-82; 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, pp.41-42.

<sup>58</sup> La teoría dialéctica de la unión de ROXIN, es diferente a la teoría de la unión. En ésta última se articulan la teoría absoluta y de la relativa, pues los fundamentos de la pena tiene el valor de la utilidad y el valor de la justicia, es decir reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Sin embargo como advierte Bacigalupo “deben admitir que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos. La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia al autor del mismo y las necesidades preventivas que este plantea a la sociedad. Este conflicto de fines y de criterios legitimantes debe resolverse, como es lógico, optando por uno de ellos al que se otorga preponderancia sobre el otro”. BACIGALUPO, Enrique.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Hammurabi, Argentina, 1999 pp.16-17.

<sup>59</sup> Se coincide con este planteamiento de ROXIN al igual que los autores que conformaron su libro homenaje con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad de Barcelona, véase: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María(ed): *Política Criminal y el nuevo Derecho Penal*, Barcelona, 1997.

culpabilidad que sólo serviría para la protección de los autores culpables, pero no para los inculpables, incapaces de culpabilidad, que quedarían abandonados al poder de intervención del Estado. A la vez deforma a la culpabilidad por desviarla de la teoría del delito<sup>60</sup> y por crear la nueva o tercera categoría: la responsabilidad, “para suplir o tapar las deficiencias y aporías que presenta el viejo y obsoleto concepto tradicional de culpabilidad”<sup>61</sup>. En desacuerdo con ROXIN la autora considera, que es el propio concepto de culpabilidad el que hay que redefinir y dotar de un contenido para que pueda cumplir sin contradicciones o ficciones su función como principio, elemento del delito; y a la vez fundamentar, determinar y limitar la imposición de una pena.

Se defiende las relaciones entre culpabilidad y prevención como un argumento valorativo que se deduce de los principios básicos de un Estado de Derecho y no de tipo empírico-social como considera el autor. En consecuencia y conforme con PÉREZMANZANO “el argumento preventivo integrador, se utiliza como un criterio complementario para el respeto a los derechos individuales y la limitación de la injerencia estatal en esa esfera de derechos”<sup>62</sup>. De ello se deduce el fundamento que rompe el binomio culpabilidad-retribución, y se concibe al Derecho Penal con el fin de protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables. Fin que se consigue manteniendo a la culpabilidad vinculada con los efectos integradores, resocializando e intimidando individual y colectivamente.

De los argumentos doctrinales analizados, la autora considera adecuado el criterio valorativo de la motivabilidad por las normas. El que deberá ser precisado para que corresponda plenamente a las exigencias garantistas de un Estado Democrático y social del Derecho, donde la culpabilidad debe ser la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué se tiene que recurrir a la pena y en qué medida debe hacerse uso de este medio, con la ajustada relación entre la Dogmática penal, la Política criminal y la norma jurídico-penal.

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 someta a criterios limitadores externos a los requerimientos preventivos, corre el riesgo de intolerable expansionismo punitivo<sup>63</sup>

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 puniendis* semejantes: eliminación de la responsabilidad objetiva,

---

<sup>60</sup>CREUS, Carlos: “La culpabilidad y la pena en la actual doctrina penal”, en OUVIÑA, Guillermo, *et all: Teorías actuales en el Derecho Penal*, por el setenta y cinco aniversario del Código Penal, Editorial Ad-Hoc, Argentina, 1998, p. 280.

<sup>61</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco: “Introducción ” en ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, p.26

<sup>62</sup>PÉREZ MANZANO, Mercedes: “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María(ed): *Política Criminal y el nuevo Derecho Penal*, Barcelona, 1997, p. 86, con iguales criterios, SILVA SÁNCHEZ Jesús María: *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Cuadernos de conferencia y artículos número 40, Colombia, p.20 ; MUÑOZ Conde, Francisco: “Introducción”, en ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981, pp.22-23.

<sup>63</sup>BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBALMALARÉE, 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.

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 preventivos<sup>64</sup>.

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.

#### Bibliografía

- ✓ BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal, Parte General*, segunda edición totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Madrid, 1999.
- ✓ BUSTOS RAMÍREZ: Juan ,*etall: Prevención y teoría de la pena* Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile,1995.
- ✓ ----- y HORMAZÁBALMALARÉE, 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
- ✓ -----: *Derecho Penal Parte General*, Obras completas, Volumen III, Primera Edición, Quito, 2008
- ✓ CEREZO Mir, José: “Culpabilidad y Pena”, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982.
- ✓ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho Penal. Parte General*, quinta edición corregida, y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ✓ CREUS, Carlos: *Derecho Penal Parte General*, tercera edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- ✓ DEMETRIO CRESPO, Eduardo: “Crítica al funcionalismo normativista”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Tercera Época, Número 3, 2010.
- ✓ ----- y *et all: Neurociencias y Derecho Penal*, Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Editorial IB de F, España.
- ✓ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 1996.

---

<sup>64</sup>CEREZO Mir, José: *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, tomo3,Editorial Tecnos, 2001, p.43



- ✓ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José: *Derecho penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Editorial Aranzadi, SA; Primera Edición, 2012.
- ✓ FONTÁNBALESTRA, Carlos: *Derecho Penal*, Introducción y parte general, Abeledo-Perrot, Argentina, 1998.
- ✓ GALLAS, Wilhem: *La teoría del delito en su momento actual*, traducido por Juan Córdoba Roda, Casa Editorial Bosch-Urgel 51 bis, Barcelona, 1959.
- ✓ GIMBERNAT, Enrique: “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía de Derecho*, en homenaje a profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- ✓ HABERMAS, Jürgen: “¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad?”, en *Revista Doxa*, numero 5, 1988.
- ✓ JAKOBS, Gunther: *Sociedad, Norma y persona en una teoría de Derecho Penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.
- ✓ -----: *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas Ediciones. S. L, Madrid, España, 2004
- ✓ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, traducida por Miguel Olmedo, quinta edición corregida y ampliada, Granada, 2002
- ✓ KANT, Enmanuel : *Principios metafísicos del Derecho*, Traducción de Lizarraga, Madrid, 1873
- ✓ KINDHÄUSER, Urs: *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, IB de F, 2001.
- ✓ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “*Libertad, culpabilidad y neurociencias*”, en *In Dret Revista para el análisis del Derecho*, número 3, Julio del 2012.
- ✓ LUHMANN, Niklas; *El Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft)*.
- ✓ MARÍNEZ GARAY, Lucía: *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tesis doctoral defendida en el 2004
- ✓ MARX, Carl: *El Capital*, tomo I, Sección III, Capítulo V, Editorial Ciencias sociales, La Habana, 1973.
- ✓ MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Casa Editorial, S. A. Urgel, Barcelona, 1982.
- ✓ -----: *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría del delito*; séptima edición, segunda reimpresión, Buenos Aires
- ✓ 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.
- ✓ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría general del delito*, Editorial Temis , S.A, Bogotá, 1984.
- ✓ -----y HASSEMER, Winfried: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1989.
- ✓ OUVIÑA, Guillermo, et all: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, en el 75 Aniversario del Código Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- ✓ QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal*, I; Editorial Félix Varela, La Habana, 2005
- ✓ RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, traducido por María Dolores González, sexta reimpresión, publicado por TheBelknapPress of Harvard UniversityPress, Cambridge, Mass. ISBN 674-88014-5, 2006.
- ✓ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Civitas, 1978.
- ✓ ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, 1981.

- ✓ -----: *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.
- ✓ SÁNCHEZ Ostiz, Pablo: *La libertad del Derecho Penal, estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier Libros Jurídicos, 2014.
- ✓ SANTIAGO NINO, Carlos: *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1980.
- ✓ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*; José María Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1992.
- ✓ -----: *Política Criminal y el nuevo Derecho Penal*, Barcelona, 1997.
- ✓ SILVESTRONI Mariano: *Teoría constitucional del delito*, Primera Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, ISBN 987-91 20-57, 2004.
- ✓ WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Tercera edición castellana, traducido por Juan Bustos Ramírez, Santiago de Chile, 1987.
- ✓ ZAFFARONI, Eugenio Raul: *Derecho Penal Parte General*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, segunda edición, Argentina, 2002.
- ✓ ----- ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Quinta reimpresión, Segundo Edición, 2006