

40761

2



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO
(CIENCIAS PENALES)

“LA CULPABILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA
DEL SISTEMA FUNCIONALISTA”

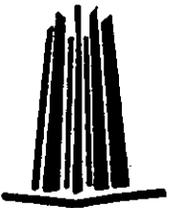
290383

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSEFINA ACUÑA GUZMÁN

ASESOR: MTRO. JAIME FLORES CRUZ.

SAN JUAN DE ARAGÓN, EDO. DE MÉXICO

2001





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*Doy gracias a mi madre Ángela
por su apoyo y amor durante toda mi vida.*

*A Ángela y
a Jorge Ángel.*

Con admiración y respeto:

A mi Profesor y amigo, el Maestro Jaime Flores Cruz de quien tuve su asesoría en este trabajo, y por su valiosa enseñanza en las diferentes materias de derecho penal.

A los profesores y compañeros de la maestría en derecho que comprometidos consigo mismos, concientes de su capacidad potencial, y que continúan con nuevos retos y excelencia en la vida, que les permite ser mejores en sus diferentes actividades de la profesión.

*A mi querida Escuela
ENEP Aragón.*

*En cada época se posee una idea propia sobre la instrucción,
de la misma manera que se poseen modos y tiempos para realizarla.*

Antonio Santini Rugio

ÍNDICE

Pág

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO 1

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

1. Concepto Etimológico.....	7
2. Concepto Doctrinario.....	9
3. Culpabilidad de Acto o por el Hecho.....	22
4. Culpabilidad de Autor o por Conducción de Vida.....	24

CAPÍTULO 2

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

1. Epoca Antigua.....	28
2. Diversas Teorías sobre la Culpabilidad	
2.1. Teoría Psicológica.....	35

2.2. Teoría Normativista.....	44
2.3. Teoría Finalista.....	58
2.4. Teoría Funcionalista.....	87

CAPÍTULO 3

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

1. Libertad de Voluntad y Determinismo.....	115
2. Rango Constitucional del Principio de Culpabilidad.....	136
3. Culpabilidad como Fundamento de la Pena.....	140
4. Culpabilidad como Límite, Elemento de Determinación o de Medición de la Pena.....	145
5. Culpabilidad como enlace de la Pena.....	157

CAPÍTULO 4

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

1. Culpabilidad como Responsabilidad.....	160
2. Teoría de la Responsabilidad Penal de Maurach.....	167

3. Necesidad de Pena.....	174
4. Culpabilidad, Retribución y Prevención.....	179
5. Otras Teorías de la Culpabilidad	
5.1 Sustitución de la Culpabilidad.....	202
5.2 Complementación de la Culpabilidad.....	206

CAPÍTULO 5

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y SUS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

1. Capacidad de Culpabilidad (Imputabilidad).....	212
2. Conciencia de la Antijuridicidad.....	228
3. Inimputabilidad (Falta de Capacidad de Culpabilidad).....	232
4. Error de Prohibición.....	237
Conclusiones.....	246
Bibliografía.....	258

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación, tiene el propósito de hacer el estudio breve, pero sistematizado de la categoría de la culpabilidad dentro del sistema funcionalista desde el punto de vista de los fines de la pena, en relación con la política criminal, y fijar la importancia de la culpabilidad en la estructura del delito, así como su conceptualización a través de las diversas teorías del delito, de acuerdo a un Estado social democrático de derecho.

La teoría funcionalista parte de los postulados sociopolíticos, así como empíricos y criminológicos, la cual la caracteriza, a diferencia de las demás teorías, causalista y finalista; pues en la actualidad un Estado social y democrático de derecho tiene que ejercer su Derecho Penal con la máxima eficacia para dar cumplimiento a su misión de combatir el delito, proteger los bienes jurídicos de la sociedad y garantizarle a ésta su seguridad, tomando en cuenta

que el factor sociológico constituye un complemento necesario de la normatividad jurídica.

Por otro lado, pretendemos demostrar el enfoque diferente que la teoría funcionalista le da al elemento de la culpabilidad, considerando éste como "responsabilidad jurídico penal", integrándola con dos elementos: 1) la culpabilidad, y 2) la necesidad de pena; y establecer, si la culpabilidad sólo es límite de la pena o conforme al finalismo, si ésta es únicamente fundamento de la misma; a su vez plantear cuál es la importancia fundamental de la culpabilidad dentro del análisis de la estructura del delito; ya que esta teoría la ve desde la perspectiva de la política criminal.

En este modesto estudio que hemos desarrollado, hemos de reconocer que al iniciar la investigación se tuvo ciertas complicaciones para ubicar algunas obras extranjeras de Derecho Penal; así como para su análisis; pero gracias a la orientación y asesoría del Maestro Jaime Flores Cruz, se logró comprender algunos pensamientos de autores extranjeros sobre la teoría

funcionalista; ya que ésta es relativamente nueva, pues existen pocos autores nacionales que hablan de ella. Por esto también fue uno de mis propósitos de profundizar en el presente tema.

El proceso de investigación de este trabajo lo llevamos a cabo a través de los métodos dogmático y deductivo; con la técnica documental; ya que a lo largo de los cinco capítulos desarrollados, los planteamientos doctrinales de la estructura del delito, fueron en razón del análisis de varias obras extranjeras como nacionales de Derecho Penal y de la interpretación de la ley; con el método dogmático se fundamentó las tesis consideradas dentro de los pensamientos causalista, finalista y funcionalista; con el método deductivo, se partió de una investigación general de la culpabilidad de varias teorías para llegar al análisis particular de la culpabilidad en la sistemática funcionalista.

Al referir el término sistema racional-final, o teleológico, más conocido como funcionalismo del Derecho penal; se estará hablando única y exclusivamente a los fines del Derecho Penal;

considerando que este sistema teleológico está en la fase de desarrollo, por ser de reciente investigación científica.

La teoría funcionalista, parte de sistemas, por lo que se le denomina sistema funcionalista, basada en la búsqueda de la mejor relación para la vida del individuo en sociedad; dichas relaciones se encuentran reguladas por las normas jurídicas, en su fundamento teleológico atendiendo a las finalidades valorativas, para garantizar la justicia social a través de una política criminal adecuada de un Estado Social Liberal Democrático de Derecho.

Una vez señalados los objetivos del trabajo y la conceptualización del funcionalismo, se pasa enunciar los puntos del contenido de la presente investigación, que está integrado por cinco capítulos.

En el primer capítulo, se analiza el concepto de culpabilidad, tanto etimológico como doctrinario; así como las diferentes teorías

del delito; tanto causalista, finalista y funcionalista; para establecer la postura del sistema funcionalista en la culpabilidad.

En el segundo capítulo se estudia la evolución de la culpabilidad a través de la historia hasta nuestros días, estableciendo cuáles han sido las aportaciones de cada una de las teorías, así como establecer la diferenciación de cada una de ellas.

Pasando, enseguida al tercer capítulo que consiste en el principio de culpabilidad, punto medular para el desarrollo de esta investigación; ya que a partir de este principio (“a nadie se le puede imponer una pena sin culpabilidad”), y conforme al grado de culpabilidad se podrá imponer una pena.

En el capítulo siguiente se analiza a la culpabilidad dentro del sistema funcionalista, conceptualizada ya no como culpabilidad sino como “responsabilidad jurídico penal”; bajo los criterios de la política criminal y los fines de la pena.

Por último se estudian los elementos y las causas de exclusión de la culpabilidad, para finalizar si la teoría funcionalista es eficaz y tiene aplicabilidad en la sociedad mexicana.

CAPÍTULO 1

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

1.- CONCEPTO ETIMOLÓGICO.

El concepto de culpabilidad debe ser cuidadosamente definido, ya que el criterio doctrinario es muy debatido, pero la importancia de establecer qué es la culpabilidad, es con la finalidad de determinar si un hecho típico y antijurídico tiene consecuencias jurídico penales; por lo que cualquier falla en la estructuración del delito y su análisis podría llevar a cometer errores tanto a los jueces como a los abogados, dependiendo de la teoría que se adopte.

De allí que es necesario establecer claramente el concepto de culpabilidad, tanto etimológico como doctrinariamente.

Etimológicamente la palabra culpabilidad viene del latín (culpabilis), que se aplica a quien se puede echar la culpa o se echa la culpa (calidad de culpable).

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

En el ámbito jurídico, la culpabilidad es “ el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad penal”.¹

Reyes Echandía dice, que las expresiones de la culpabilidad han variado notablemente; que los clásicos como Carrara empleaban la expresión fuerza moral del delito; los neoclásicos la causalidad psíquica y otros utilizan la atribuibilidad.²

Este autor continúa diciendo, que al generalizar el uso de la palabra culpabilidad, para los alemanes la designan con la voz *Schuld*, los italianos con *Colpevolezza*, los franceses con *Culpabilité*, los ingleses *Culpability* y para los latinoamericanos *Culpabilidad*.

Como se puede ver existe uniformidad en la expresión de la palabra culpabilidad, pero no así en su concepción jurídica doctrinaria, pues, ésta sigue siendo objeto de polémica, como se verá en el siguiente punto.

¹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para Juristas, México*, D:F, Ed Mayo, 1981, p 357.

² REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Culpabilidad*. 3ª ed, Bogotá- Colombia. Ed Temis, 1991, p 3.

2.- CONCEPTO DOCTRINARIO.

El concepto de culpabilidad en la doctrina, depende de la teoría que se adopte, pues las opiniones varían desde una concepción psicológica, normativa, finalista (normativa pura) y funcionalista, como se expresará en seguida.

La culpabilidad para la doctrina psicologista, consiste en el nexo psicológico (intelectual y emocional) que une al sujeto con la conducta o el resultado material; esto es, que la culpabilidad sólo existe en el autor, y se agota en una relación interna frente a la acción.³

Esta doctrina considera al dolo y a la culpa como especies de la culpabilidad y la imputabilidad como presupuesto de ésta. El dolo se caracteriza por la voluntad del resultado y la culpa por ausencia de esa voluntad.

³ Cfr. BAUMANN, Jüngen. *Derecho Penal*. Buenos Aires, Ed Depalma, 1981, p 206.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

La teoría psicologista tuvo el reto de romper la concepción de culpabilidad como responsabilidad objetiva, para enfocarla a la responsabilidad subjetiva, esto es, más hacia la responsabilidad del sujeto que al propio resultado.

En la doctrina mexicana hay autores que coinciden con el concepto de culpabilidad psicológico como:

Porte Petit que define a la culpabilidad como: "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto" y Castellanos Tena la considera como: "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".⁴

Por su parte, la doctrina normativa ve a la culpabilidad con criterio normativo, o sea valorativamente y la define como la "relación reprochable entre el autor y el hecho cometido por él".

⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 10ª ed, México, D:F, Ed Porrúa, 1976, p 232.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Entre los doctrinarios que sostienen el concepto normativo de la culpabilidad están:

Jiménez de Asúa, que define a la culpabilidad como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.⁵

Para Ferreira Delgado, la culpabilidad es “ un juicio de valor sobre el contenido de inteligencia comprensiva y determinativa, racional o lógica, selectiva y libre, que debe tener el delito como hecho humano nocivo y reprochable”.⁶

Vela Treviño sostiene que la culpabilidad es “el resultado del juicio por el cual se reprocha, a un sujeto imputable por haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era

⁵ Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, *Op Cit.*, p 231.

⁶ FERREIRA DELGADO, Francisco. *Teoría General del Delito*. Bogotá- Colombia, Ed Temis, 1998, p 328.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma".⁷

Edmundo Mezger define a la culpabilidad como "el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido".⁸

Este autor continúa diciendo que el conjunto de presupuestos muestran al hecho una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente y que el término reprochabilidad a veces significa lo mismo que reproche.

Mientras Zaffaroni define la culpabilidad como "la reprochabilidad del injusto al autor",⁹ dicha culpabilidad sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con disposición interna a la norma violada.

⁷ VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. 4ª reimp., México, D:F, Ed Trillas, 1987, p 201.

⁸ MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal. Parte General*. México, D:F., Ed Cárdenas Editor y Distribuidor. 1985. p 189.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. 4ª ed. México, D:F, Ed Cárdenas Editor y Distribuidor. 1991. p543.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

En estos últimos conceptos, existe una gran divergencia, pues mientras para Mezger la reprochabilidad significa lo mismo que reproche; para Zaffaroni, esto no es así ya que él cuestiona ¿qué se le reprocha? al autor. El injusto. ¿Por qué se le reprocha? Porque no se motivó en la norma habiendo podido hacerlo.

Para aclarar lo anterior, es necesario dejar en claro qué es la reprochabilidad, para un autor y qué es el reproche para otro.

La reprochabilidad del injusto como lo establece Zaffaroni, es una determinación de voluntad valorada del sujeto, contraria al deber, del cual se va a desprender una situación de hecho psicológico que es de dolo o culpa, en los cuales se van a dar los elementos de "conocimiento y voluntad", para que sede dicha reprochabilidad, para esto es necesario que el sujeto sea imputable al hecho ilícito, siéndole exigible una conducta conforme a derecho.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

El reproche o juicio de reproche personal al autor, es el que el juez va emitir al sujeto que actuó contrario al orden jurídico, quien cometió una conducta típica y antijurídica con reprochabilidad, esto es, con culpabilidad.

El mismo Mezger establece que la culpabilidad de una persona no está situada en su propia cabeza, sino en las cabezas de otros, o sea en aquellos que juzgan al autor.¹⁰

En consecuencia, el concepto de culpabilidad en la doctrina normativa tiene los elementos siguientes: dolo y culpa, juicio de reproche, capacidad de culpabilidad (imputabilidad), la exigibilidad, la conciencia de antijuridicidad y la ausencia de causas de exculpación de la culpabilidad.

Por ejemplo la culpabilidad se configura en el concepto normativo de la siguiente manera:

¹⁰ *Op Cit.* MEZGER, Edmundo. P190.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Si A es imputable, una vez que se ha determinado que no es menor de edad, que no está atrofiado de sus facultades mentales; se examina si el delito lo cometió con dolo o culpa; si a favor de A existen causas de exclusión la culpabilidad no se da, pero sí hay ausencia ésta si se configura, por lo tanto su conducta típica antijurídica del autor es reprochable, ya que le es exigible conducirse conforme a la norma teniendo conocimiento de la antijuridicidad.

En la doctrina finalista la culpabilidad se define de la siguiente forma:

Para Enrique Bacigalupo la culpabilidad "constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción, típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma".¹¹

¹¹ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá Colombia. Ed temis, 1989, p 143.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Hans Welzel¹² señala que la culpabilidad fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no emitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla; por lo tanto culpabilidad es "reprochabilidad" de la configuración de voluntad.

Esto es, que sólo puede hacerse culpable al hombre dotado de una voluntad; y lo que hace con voluntad puede ser reprochado.

Para Welzel la relación de una acción típica, antijurídica por parte de un individuo dotado de voluntad, permite que se le formule un juicio de reproche.

Reinhart Maurach,¹³ sostiene que al concepto de culpabilidad es necesario agregar un nuevo concepto denominado "atribuibilidad" aunado a los tres componentes ya mencionados (Imputabilidad, conciencia de antijuridicidad y exigibilidad). Por atribuibilidad debe entenderse el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y

¹² WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y S. Yañez Pérez, 11ª ed, Santiago de Chile. Ed Jurídica de Chile, 1997, p167.

¹³ Citado por VELA TREVIÑO, Sergio. *Op cit*, p .163.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

antijurídica no se ha conducido conforme a las exigencias del derecho.

Con lo anterior, se establece que la atribuibilidad se determina en dos grados: el primero consiste en que el autor de una conducta podría personalmente actuar de un modo distinto, y segundo el autor de la conducta no responde a las exigencias que le ha impuesto el derecho, por lo que la atribuibilidad proporciona las bases para determinar la responsabilidad de autor.

Para Muñoz Conde la culpabilidad, "...es la última fase del proceso de motivación que comienza con la educación paterna y prosigue durante toda la vida del individuo en virtud de la integración de exigencias sociales...".¹⁴

Lo anterior, quiere decir que el sujeto debe encontrarse motivado conforme a la norma penal, ya que la culpabilidad está centrada en

¹⁴ Citado por CÓRDOBA RODA, *Juan. Culpabilidad y Pena*. Barcelona, Ed Bosch, 1977, 28.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

las ideas de aceptación de la norma penal por él mismo y su motivación de éste en ellas.

Esta posición, también la sigue Mir Puig, quien señala que “ existe culpabilidad cuando el autor de un hecho penalmente antijurídico actúa en condiciones de motivabilidad normal, lo que sucede si no es inimputable,... ni obra en una situación de no exigibilidad...”¹⁵

Aquí, lo importante de estos conceptos de culpabilidad que contempla la motivación es que el individuo pueda elegir entre varios haceres; esto es, que la norma penal le motive con sus mandatos y prohibiciones para que no realice lo que ésta le prohíbe con una amenaza de pena.

El Jurista mexicano Moisés Moreno Hernández considera a la culpabilidad como la reprochabilidad y la determina como el juicio de reproche personal que se hace al sujeto que realizó una acción

¹⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona- España, Ed PPU, 1990, p 577.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

antijurídica pudiendo haber actuado de otra manera, esto es, que al sujeto se le reprocha en la medida de que tuvo diferentes alternativas de actuar y no lo hizo.¹⁶

En concreto, la culpabilidad en la doctrina finalista, queda constituida con los siguientes elementos: la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), la conciencia de la antijuridicidad, la ausencia de causas de exculpación y la exigibilidad de otra conducta.

Para esta teoría de la acción final el dolo y la culpa no las ubica en la culpabilidad, sino los considera elementos del tipo penal del injusto, pero que a su vez constituyen el fin de la acción.

En la doctrina funcionalista el concepto de culpabilidad lo trata desde el punto de vista de los fines de la pena y de la política criminal.

¹⁶ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal*, Revista Mexicana Criminalia. año LVIII, No 3, 1992 p 47.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Claus Roxin,¹⁷ a la culpabilidad la denomina responsabilidad, es decir se trata de saber si el autor de una conducta antijurídica (injusto penal), merece una pena.

Este autor considera que son dos los elementos que constituyen a la categoría de responsabilidad, que consisten en: la culpabilidad como tal y la necesidad de la pena; de modo que estos elementos conjuntamente dan lugar a la responsabilidad personal del sujeto que realizó una conducta antijurídica.

De tal forma que la responsabilidad se presenta en el campo de la determinación de la pena, como la realización dogmática de la teoría político criminal de los fines de la pena y por regla general dirigida al juez para que imponga dicha pena.

Roxin dice que: "...dentro de esta categoría la concepción político criminal no se aplica al hecho (en el sentido de su necesidad

¹⁷ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito)*. Trad Diego Manuel Luzon Peña, M. Díaz, García Conlledo y J. De Vicente Remesal, 2ª ed, Madrid, Ed Civitas, 1997. p 222.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

abstracta de la pena o de prohibición concreta, sino al delincuente, en cuanto que se pregunta por su necesidad individual de la pena)".¹⁸

La argumentación de la culpabilidad y de la necesidad de la pena, son temas que se desarrollarán en otro capítulo.

Güntter Jakobs, nos dice que para definir la culpabilidad, depende en gran parte de la constitución de la sociedad o de un sistema social, viendo también el problema desde el fin de la pena.

El autor establece que la culpabilidad, "... es una regulación según las exigencias del fin de la pena para una sociedad con una precisa constitución".¹⁹ Este concepto de culpabilidad está basado en la teoría de la prevención general, la pena será impuesta con la finalidad de conservar el orden jurídico.

¹⁸ *Ibidem*. p 223.

¹⁹ Véase a. DONA, Edgardo. *Teoría del Delito y de la Pena*, Buenos Aires, Ed Astrea, 1992, p 187.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Günter Stratenwerth,²⁰ considera que el criterio de prevención que se le aplica a la culpabilidad, no es suficiente, y que hay que reconocer que la culpabilidad se encuentra configurada con elementos de política criminal. La culpabilidad del autor es fundamento para la determinación de la pena.

En conclusión, como se puede ver, el concepto de culpabilidad a través de sus diferentes doctrinas, ha sufrido una serie de transformaciones conceptuales, que aún siguen siendo punto de discusión en el ámbito de la doctrina penal.

3.- CULPABILIDAD DE ACTO O POR EL HECHO.

La culpabilidad de acto o por el hecho, consiste en el reproche que se le hace al sujeto por el hecho concreto típico antijurídico, por lo que, dicha culpabilidad del sujeto queda limitada a la pena que la propia ley establece, en cuanto que dicha pena no puede rebasar el grado de culpabilidad del sujeto.

²⁰ Citado por. VILLAREAL PALOS, Arturo. *Culpabilidad y Pena*. México, D:F, Ed Porrúa, 1994, p 98.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Márquez Piñeiro,²¹ sostiene que el juicio de reproche se hace de una persona determinada por hechos propios, es un juicio personal que opera como una garantía en favor del individuo.

Moreno Hernández establece que la culpabilidad de acto radica en el juicio de reproche que se le haga al autor por su hecho, pero no de un hecho cualquiera, sino debe ser típico y antijurídico, a su vez esto, se convierte en un presupuesto de la pena, ya sea como fundamento o como límite de la misma pena.²²

Al hablar de que la pena no puede rebasar el grado de culpabilidad, esto significa que la culpabilidad puede considerarse grave o menos grave, según el tipo de delito cometido (lesión o peligro del bien jurídico). Existe más culpabilidad para quien lesiona una vida, que quien roba, o quien lo hace con culpa, en

²¹ Citado por DAZA GOMEZ, Carlos. *Teoría General del Delito*. 2ª ed. México, D:F, Ed Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998, p 219.

²² MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Culpabilidad. Diccionario Jurídico Mexicano*. 9ª ed, México, Ed Porrúa- Unam, 1996, p 795.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

consecuencia, la imposición de la pena será conforme al grado de culpabilidad del sujeto por su hecho ilícito.

4.- CULPABILIDAD DE AUTOR O POR CONDUCCIÓN DE VIDA.

Baumann, afirma que no se puede hablar de culpabilidad cuando por más que un sujeto sea depravado y voluble, mientras su conducta no sea típica y antijurídica, no se le puede hacer ningún juicio de reproche.²³

Ya Frank von Liszt, de acuerdo a su dogmática penal y en base, a la política criminal, en su programa de Marburgo, se planteaba las interrogantes siguientes: ¿castigamos al hombre por lo que él hace o por lo que él es? ¿ es el hecho o es el autor el objeto de nuestro enjuiciamiento?; a lo que él mismo le da respuesta a estas interrogantes, “ no es el hecho, sino el autor el que debe de pensarse” (se configura en está respuesta la peligrosidad de autor).²⁴

²³ *Op Cit.* BAUMANN, Jungen. P 215.

²⁴ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana. Criminalia.* P 53.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Esta posición no es congruente con un sistema penal de un Estado Liberal Social, Democrático de Derecho; una culpabilidad de autor, puede aumentar la penalidad del sujeto, considerándose un abuso de poder punitivo por parte del Estado.

Sin embargo, existen algunas posiciones que consideran que la personalidad del autor puede aumentar su culpabilidad, mientras más extrañas sean sus características personales.

Puede argumentarse que el concepto de culpabilidad se vincule con la personalidad del sujeto como complemento de la culpabilidad por el hecho, considerándose, por ejemplo que puede haber un incremento de penalidad por la reincidencia.

Nuestra legislación, admite la llamada "habitualidad" en la reincidencia, en su artículo 21 del código penal para el Distrito Federal, considerando la reincidencia como la reiteración de hechos de la misma especie que catalogan al sujeto como peligroso, por lo que también el artículo 65 de la misma ley, toma medidas para la

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

individualización de la pena, así como para el otorgamiento o no de beneficios o de sustitutivos penales.

Pero, no por lo anteriormente expuesto, se considera que se hace un juicio de reproche al sujeto sólo por su conducción de vida, pues estaríamos en un Estado autoritario. La explicación a esta posición sobre la culpabilidad por conducción de vida era para darle una respuesta a las consecuencias jurídicas. Considerándose que la culpabilidad de autor no es sólo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total conducción de vida, pues ésta abarca toda la personalidad del autor.

Situación que en su momento sólo puede ser considerada para imponer una medida de seguridad y no aumentar la pena.

Antes de las reformas del 94, el Código penal no contemplaba el principio de culpabilidad, ni como fundamento, ni como límite de la pena, por el contrario había adoptado el principio de temibilidad o peligrosidad, de la escuela positivista, como se desprendía del

CONCEPTO DE CULPABILIDAD

artículo 52 y 53 del Código penal, a raíz de las reformas el principio de culpabilidad ya se puede contemplar en los artículos 12, 13, 52 y 53 del Código penal.

La aplicación y la individualización de la pena, se deben considerar principalmente en función de la culpabilidad de acto del sujeto en cuanto a su gravedad del delito y el grado de culpabilidad.

Es por eso que el principio de culpabilidad está planeado para un Derecho Penal de un Estado Liberal Social y Democrático, pues éste principio limita el poder punitivo del Estado y garantiza los derechos del hombre frente a éste.

CAPÍTULO 2

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

1. - ÉPOCA ANTIGUA.

El concepto de la culpabilidad a través de la historia, ha sido y es aún en la actualidad un tema complejo para su estudio en todos los ámbitos del quehacer jurídico, y más aún en el Derecho Penal.

Para encontrar sus orígenes de la culpabilidad, es necesario remontarnos a la época más antigua, ya que en ésta era el **resultado dañoso** el que adquiría preponderantemente importancia, pues se atendía al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella. La responsabilidad del sujeto tuvo un carácter únicamente objetivo, siendo la lesión o el daño lo que se castigaba.¹

En este sentido, lo que se sancionaba eran los hechos por el simple resultado, por lo que a inocentes como culpables se les

¹ Cfr. VELA TREVIÑO, Sergio. Op cit. p 139.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

responsabilizaba por sus hechos, en algunos casos la pena iba más allá de la persona que se consideraba como culpable, pues también se castigaba a sus condescendientes.

Lo anterior, lo podemos ver con los griegos quienes amaron las formas perfectas, basados en el esteticismo, consideraron al criminal como "un ser monstruoso" a quien hay que desaparecer.²

Más tarde, cuando el pensamiento griego había evolucionado y aparece la idea de la justicia, es con los filósofos Platón, Sócrates y Aristóteles que se comienza hablar de "voluntad y culpa".

Sócrates es quien habla de la "libertad del hombre en tanto es triunfador de sus pasiones"; Platón es quien relaciona el aspecto "*subjetivo con el intelecto*".

Mientras Aristóteles, habla de "la voluntariedad humana", para imputar un hecho ilícito, afirmando "uno no obra injustamente, más

² Cfr. FERREIRA DELGADO, Francisco. *Op cit*, p 299.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

cuando la acción es voluntaria³. Llamó voluntario lo que alguno hace entre las cosas que dependen de él, con conciencia y sin ignorar a quien hiera, ni con qué y por qué motivo³.

Por otra parte, distinguió los actos voluntarios que se hacen por elección y sin elección; los de elección los destacó como aquellos que han sido objeto de una deliberación previa, sin elección los hechos sin previa deliberación, así como también nos habla de la pena en relación con **la responsabilidad subjetiva** distinguiendo la culpa, la imprudencia y la negligencia.⁴

En la cultura romana, es a partir de la Ley de las Doce tablas donde se contempla el Derecho Penal (en la tabla VIII), se hace diferencia entre el dolo y la culpa, aplicando penas graves para ciertos delitos que afectaban el interés público.⁵ El concepto del delito lo consideraban como una **voluntad contraria al derecho** a la moral de consecuencias materiales y jurídicas.

³ Aristóteles. *Ética Nicomaquea*. 3ª ed, México, D:F, Ed Unam, 1972, p 124.

⁴ *Ibidem*. p 125.

⁵ Cfr. FLORIS MARGADANT, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*, 6ª ed, México, D:F, ed Esfinge, 1975. p 49.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

El Derecho Romano, consideró el dolo para los delitos públicos, y a la culpa para los delitos privados, pero gradualmente se destacó de que había delitos privados que afectaban la paz pública, por lo que el Estado debía de perseguirlos como delitos graves, como el homicidio y el incendio.⁶

Con lo anterior, se puede decir que en la época de la República romana, ya se establecía la idea de la **responsabilidad del hombre por sus actos**, en razón de sus *determinaciones*, teniendo consecuencias jurídicas por el resultado de sus actos.

En la edad Media, cabe destacar los aportes del pensamiento cristiano, como los de San Agustín y Santo Tomás de Aquino, quienes distinguieron “el hecho voluntario del involuntario” y lo “subjetivo de lo objetivo”.

⁶ *Ibidem.* p 433.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

San Agustín es quien destaca la dimensión de la subjetividad y su valor, así como el libre albedrío y la libertad, expresaba que: " el hombre que no llega a ser libre es por un defecto de su voluntad", pues la libertad no está en el libre albedrío, sino que es el resultado que de ella se haga.⁷

También concibió al hombre como persona moral responsable, porque la responsabilidad y la moral son conceptos indispensables.

Santo Tomás de Aquino es quien habla del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad, expresando que "... la razón es la facultad para elegir entre el bien y el mal", y vincula la voluntad a la inteligencia expresando que "la voluntad depende de la inteligencia en cuanto motivación, pues no se puede querer lo que no se conoce".⁸

⁷ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Tomo II, México, D:F, Ed Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988. p 48 y ss.

⁸ *Ibidem.* p 55.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Es sin duda que el Derecho Canónico, ejerció una influencia más avanzada para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad en cuestión subjetiva, " la responsabilidad por la culpabilidad".

Es en la segunda mitad del siglo XVIII, cuando se da el movimiento importante de la ciencia del derecho penal, con la Escuela clásica representada por Carrara, Carmignani, Rossi, Romanosi y Pesina.

Carrara, el delito lo concibe como un "ente jurídico", crea la teoría de las fuerzas del delito en donde se establece una *separación de la responsabilidad por el resultado y la responsabilidad por la conducta precedente de una voluntad libre e inteligente.*⁹

⁹ Op cit. VELA TREVIÑO. Sergio. p 142.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

A la imputabilidad la consideraba basada en el libre albedrío, pues si “el hombre es libre para hacer o no hacer alguna cosa, es él la causa de su conducta, que por lo mismo le es imputable”.¹⁰

A mediados del siglo XIX, surge la escuela Positiva representada por sus principales exponentes como Lombroso, Ferri y Garófalo. Esta escuela estudia al delito en su origen natural, esto es, con sus factores antropológicos y sociológicos, niega el libre albedrío, pues éste es indemostrable científicamente.

Por otra parte señala que el delincuente lejos de ser un hombre libre, es un ser determinado al delito frente al cual el estado debe actuar en defensa de la sociedad, con medidas represivas readaptando al sujeto tomando esto como criterio para medir su peligrosidad; por último contempla a la responsabilidad como social, ya que el hombre es responsable por el hecho de que vive en sociedad.¹¹

¹⁰ VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*, México, Ed Porrúa. 1982, p 35.

¹¹ Véase a MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Culpabilidad*. Diccionario Jurídico Mexicano. p794.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

En síntesis se puede decir que la culpabilidad en la época más antigua se consideraba solo por el resultado, sin tomar en cuenta ningún aspecto subjetivo de la conducta del sujeto. Sin embargo conforme fue evolucionando el hombre, se comenzó a considerar la responsabilidad del hombre por sus actos, desde un aspecto psicológico como lo veremos más adelante.

2.- DIVERSAS TEORÍAS SOBRE LA CULPABILIDAD

2.1 TEORÍA PSICOLÓGICA

Es el civilista Rudolf Von Ihering quien en 1867, había desglosado e independizado el concepto de la “antijuridicidad objetiva” de la culpabilidad,¹² entendida esta última como un todo, establece que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad y lo objetivo a la antijuridicidad.

En 1880, la dogmática penal ya se encuentra ante una separación de lo “externo como objetivo” y lo “interno como lo subjetivo”. La culpabilidad ya se comienza a analizar como elemento

¹² Véase a WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. p 46.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

psicológico. A partir de aquí, surge la teoría causalista naturalista, también llamada Psicológica o clásica, sus máximos exponentes son: Karl Binding, Paul Merkel, Franz von Liszt, entre otros.

Para Binding el dolo y la culpa son pura culpabilidad; expresa que: sólo hay culpables, pero no hay un injusto culpable o una acción antijurídica o antinormativa, ya que no es ni dolosa ni culposa.

Al dolo y a la culpa los ve contenidos en la culpabilidad de la siguiente forma: a) el dolo sólo exige que el autor haya actuado con conciencia de la antijuridicidad del deber, con ello resulta que el dolo y la culpa son escalones de la culpabilidad; b) resalta que el significado puro y jurídico de la culpabilidad no ha sido sacado del campo de la ética o de las costumbres.

Por lo tanto, para Binding la culpabilidad es el resultado, el tomar en cuenta lo que hizo el autor, por lo que ésta en sentido estricto viene a ser " la voluntad de una capacidad de acción como causa de

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

una antijuridicidad”; y en el sentido amplio “es la desaprobación jurídica, porque el hecho era evitable o podría haber sido evitable y de esa forma cumplir el deber jurídico”.¹³

Para Paul Merkel, el dolo y la culpa son dos *formas* “ en las cuales una persona es culpable cuando hay capacidad de culpabilidad, definiendo a la culpabilidad como: “ un juicio de desvalor sobre una persona, justamente sobre su actitud que se revela por medio de ella que actuó de una manera determinada”.¹⁴

Este mismo autor también destaca que la conciencia de la antijuridicidad no tiene ningún lugar en el dolo, la relación sobre la antijuridicidad no es o no existe en la comprobación de la culpabilidad que es la *psiquis* del autor.¹⁵

Merkel rechaza el dolo y la culpa como especies de la culpabilidad, para él aparece un nuevo orden en la teoría de la

¹³ Cfr. DONA, Edgardo Alberto. *Op cit*, pp 84 y 85.

¹⁴ *Ibidem*. p 89.

¹⁵ *Idem*.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

culpabilidad, el dolo y la culpa son sólo la posibilidad con la cual la acción puede ser realizada con capacidad de culpabilidad.¹⁶

En conclusión, para estos autores el dolo y la culpa son requisitos previos de la culpabilidad y les resulta imposible separar la antijuridicidad de la culpabilidad.

Sin embargo, para Hugo Hälschner si es posible la separación de la antijuridicidad de la culpabilidad, entendiendo al delito como “el hecho antijurídico lesivo del derecho conminado con la pena criminal”; también nombra a la atribución de la imputatio al juicio que fije la relación de causalidad entre el resultado y la acción humana entendiendo a la culpabilidad como causa.¹⁷

Posteriormente, aparece Franz von Liszt como el máximo representante de la teoría causalista naturalista (también llamada teoría psicológica de la culpabilidad).

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibidem.* p 91.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

En el año de 1881 comienza el estudio sistemático del delito, partiendo de los planteamientos del positivismo científico, da origen a esta teoría. Este autor en su obra de Derecho Penal alemán deja establecida a la acción como un proceso causal, donde la voluntad está referida únicamente al movimiento corporal el cual produce un resultado material y sólo una relación de causalidad entre dicho movimiento y el resultado.

Más adelante, hace la distinción entre el aspecto externo (lo objetivo) que era lo material, lo tangible, lo no psicológico del hecho y el aspecto interno (lo subjetivo) del delito, que solo puede venir de la actividad de la voluntad del hombre.

Por lo tanto, se considera a la culpabilidad como la relación subjetiva entre el acto y el autor, en el juicio de la culpabilidad la imputación contiene dos elementos: 1) imputación de autor; y 2) Imputación de acto.¹⁸

¹⁸ Cfr. DAZA GÓMEZ, Carlos. *Op cit*, p181.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

1) La imputación de autor consiste en aquel estado psíquico del autor que garantiza la posibilidad de conducirse socialmente con la facultad que tiene el agente de determinarse de manera general con las normas de conducta social. 2) La imputación de acto se da cuando el autor conocía el significado antisocial de la conducta.¹⁹

Por último se puede decir que Liszt define a la culpabilidad como "responsabilidad por el resultado causado mediante un movimiento corporal voluntario", al dolo y a la culpa los considera **especies** de la culpabilidad y a la imputabilidad **presupuestos** de la misma.

Para Theodor R. Schutze el concepto de culpabilidad lo considera como el de atribución de imputación, entendiendo a ésta como " la dirección penal causada por la voluntad del hombre". La atribución o la imputación es el deber del juez penal de reconocer que el autor es culpable y por lo tanto punible su conducta; esta

¹⁹ *Ibidem.* p 182.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

atribución es dirigida a la conducta, que se asienta a la dirección de voluntad del autor, el cual debe ser culpable del hecho.²⁰

Para Gustav Radbruch, tanto el dolo y la culpa engloban la culpabilidad y para ello establece dos posibilidades: primero considera al dolo como un “ movimiento valorativo”, por lo que aparece un juicio sobre la antijuridicidad, como un juicio de valor, de modo que el dolo será el que contenga la antijuridicidad (denominado *dolus malus*).

Por otra parte, la segunda posibilidad consiste en considerar a la culpa como un elemento valorativo que consiste en la normal atención del autor en los delitos culposos y la antijuridicidad de la conducta, por lo que, la culpa no es una mala representación del resultado.

²⁰ *Op cit.* DONA, Edgardo. *Op cit.*, pp 90 y 91.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Radbruch en conclusión define a la culpabilidad como “ un estado de ánimo en el cual una acción se aparece como las características de una acción basada en el estado de ánimo”.²¹

Con el anterior análisis Radbruch sostenía que la culpabilidad no solamente tenía un componente psicológico, sino también un componente valorativo, por lo que deduce que la culpabilidad está compuesta de dos elementos: dolo y culpa, y que la culpabilidad era igual al dolo, la culpabilidad igual a la culpa.

En 1906 Beling a través de sus estudios aporta el elemento del tipo, con el cual viene a completar el concepto del delito, considerando éste como una “conducta típica antijurídica y culpable, sancionada con la pena estatal”.

Beling al elemento del tipo lo ve como meramente objetivo, denominándolo un concepto neutro o avalorado (acromático) ya que éste no contiene elementos normativos ni subjetivos. Con esta

²¹ *Ibidem.* pp 86 y 87

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

importante aportación que se complementa las tres categorías del delito como la tipificada, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Por otro lado, la crítica que más se centra en la teoría Psicológica, es la dificultad que presentaba para tratar de englobar tanto el dolo y la culpa en la culpabilidad, sobre todo no podía explicarse la culpa inconsciente, ya que no existe ninguna conexión psíquica entre el autor y la lesión, pues se caracteriza por la falta de representación.²²

Otra crítica era que se consideraba insuficiente esta teoría para explicar el estado de necesidad exculpante, cuando se excluye a la responsabilidad, ya que no se podía graduar la culpabilidad.²³

Tampoco resuelve debidamente los supuestos de inimputabilidad y de inculpabilidad, en virtud de que los casos de minoría de edad, del enfermo mental y que en el error disculpante se requiere

²² Véase. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. p 579.

²³ Véase DIAZ ARANDA, Enrique. *Dolo (causalismo, finalismo y funcionalismo)*, México, D:F, Ed Porrúa. 2000. pp 19 y 20.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

voluntariamente el resultado producido, por lo que se tenía que acreditar el vínculo psicológico.

Por su parte, Zaffaroni afirma que: *"...El concepto Psicologista siempre fue un ardid para reemplazar a la culpabilidad por la peligrosidad, llamando culpabilidad a la parte subjetiva del injusto y haciendo ocupar a la peligrosidad el lugar que la culpabilidad dejaba hueco en la teoría del delito, en sus lógicas consecuencias para la pena, o bien dejando ese lugar hueco y haciendo de lo que más o menos camuflada iba la peligrosidad".*²⁴

En conclusión, se puede decir que esta teoría psicológica, consideraba los elementos objetivos del hecho punible en el tipo y en la antijuridicidad, mientras la culpabilidad se concebía como el aspecto subjetivo del delito, el dolo y la culpa se consideraban como formas de la culpabilidad.

2.2 TEORÍA NORMATIVISTA

Después de las críticas a la teoría psicológica, vinieron los cambios conceptuales de ésta, que fueron realizados por la llamada

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo IV, pp 18 y 19.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

teoría normativa (también denominada originaria, neoclásica, normativa compleja).

El principal cambio que se da, es el abandono al criterio puramente causalista de naturaleza empírica, para incorporarse a nociones de valoración, (de carácter normativo).

La teoría normativa se desarrolla en una etapa en que en la dogmática recibe gran influencia del pensamiento neokantiano de la escuela sudoccidental alemana, También conocida como escuela de Baden Baden.

Esta escuela, aporta junto al método "científico causal" de la ciencia natural, el método "científico intelectual" (espiritual), en donde el derecho penal, es entendido "a fines y valores".²⁵

²⁵ *Op cit.* MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Culpabilidad*. Diccionario Jurídico Mexicano, p 795.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Los principales exponentes de la teoría normativa fueron Reinhar Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal, Wilhem Sauer y Edmund Mezger.

Reinhar Von Frank (1907) es quien por primera vez incorpora el concepto de "reprochabilidad" a la culpabilidad, partiendo de: "...la consideración de que el concepto de culpabilidad dominante limita su noción a una faz interna (como referencia Psíquica a algo determinado)...".²⁶

Para medir la culpabilidad, se deben tener en cuenta los factores que están fuera del dolo y la culpa; estos factores los llamó "circunstancias concomitantes" a la acción del autor.²⁷

Lo anterior, quiere decir que la culpabilidad está fundamentada en circunstancias que rodean al hecho; (llamadas circunstancias concomitantes).

²⁶ *Op cit.* VILLARREAL PALOS, Arturo. p 4.

²⁷ *Ibidem.* p 5.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Al concepto de reprochabilidad, le establece los siguientes requisitos: La normal actitud espiritual del autor, la concreta relación Psíquica del autor y su acto, y las normales condiciones en las cuales se da el hecho.²⁸

Esto es, para que se pueda hacer el reproche se necesita que concurren ciertas condiciones, la primera de ellas, es que el autor haya tenido la capacidad suficiente para realizar su acto; segunda, que exista dolo y culpa, y tercera que el autor se haya encontrado en circunstancias normales.

Para Frank la imputabilidad la considera como elemento fundamental de la culpabilidad, la cual deja de ser un presupuesto, como lo consideraba la teoría psicológica; así como el dolo y la culpa dejan de ser especies o formas.

En cuanto al enfermo mental afirma: que "éste puede querer la acción y así representarse los caracteres que la hacen delictuosa y

²⁸ *Op cit.* DONA, Edgardo.. P 96.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

hasta puede saber que es un delito”,²⁹ por lo que puede haber dolo pero no culpabilidad.

Por lo tanto, para este autor los elementos de la culpabilidad deben de consistir en: Imputabilidad, dolo y culpa, circunstancias concomitantes; dados estos elementos se considera que la conducta debe ser “reprochable”. También adiciona el concepto de “motivación normal”, éste aparece como la medida de la culpabilidad. Hay un momento ético, ello tiene significación en la motivación de las circunstancias que rodean al hecho, que es de suma importancia para la medida de la pena.³⁰

Por último Frank dice que la culpabilidad no está en la Psiquis del autor, que es solamente un juicio que, a la conducta antijurídica, (por hechos dados) le será reprochable.³¹

²⁹ *Op cit.* VILLAREAL PALOS, Arturo. p. 5.

³⁰ *Op cit.* DONA, Edgardo. P 98

³¹ *Idem.*

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Más tarde James Goldchmidt (1913) viene a completar los trabajos de Frank, Goldchmidt es quien parte de la cuestión de sí el concepto de culpabilidad es externo a los componentes Psicológicos, y si no se manifiestan en él, no hay elementos normativos.

Para él lo normativo es la contrariedad al deber, pues considera el problema de la conciencia de la antijuridicidad sobre la norma del deber, esta norma es independiente y autónoma, o simplemente se refiere a la norma de cultura que determina la parte material de la antijuridicidad.³²

La “motivación normal” no la considera, más que como un síntoma del elemento de culpabilidad, ya que las normas del deber dan el límite extremo de las exigencias puestas a la motivación, o sea, la exigibilidad, también este autor basa su teoría en dos normas: a) en la norma de derecho que se refiere al injusto; b) la

³² *Ibidem.* p106

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

norma de deber que se refiere a la culpabilidad.³³ El elemento normativo o valoración queda a un lado del dolo, ya que este último es una verdadera relación psicológica.

En conclusión la teoría de Goldschmidt se reduce a que la norma jurídica trae aparejada una obligación, la que el sujeto se motive conforme a la misma; el juicio de reproche se da cuando la persona pudiéndose motivar conforma a la norma del deber, no lo hace.

Coloca la imputabilidad, al dolo y la culpa, y a la motivación normal como presupuestos de la culpabilidad. La culpabilidad es sólo un " juicio de reproche que se compone de la exigibilidad del deber de motivarse por la representación del deber jurídico ... ".³⁴

Por su parte, Berthold Freudenthal (1922), da un giro diferente a la teoría normativa de la culpabilidad, contrario a lo que sostiene Frank, quien a las circunstancias concomitantes las consideraba como elementos de la culpabilidad, así como al dolo y la culpa;

³³ *Ibidem*, p 107.

³⁴ *Op cit.* ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV, p22.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

contrario a esto, Freudenthal considera a las circunstancias concomitantes componentes de ellos.³⁵

El dolo, lo considera como un momento ético en la culpabilidad, éste no está en la ley, es en esencia una especie o parte de la culpabilidad.

Entonces, la esencia de la culpabilidad radica en la desaprobación de una conducta, porque el autor debió actuar de otra manera cuando podía hacerlo, porque el autor tenía la representación del resultado.

También agrega como criterio, para que se dé el reproche, la **exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho.**³⁶ Y la no exigibilidad de otra conducta en una causa general de exclusión de culpabilidad "no merece ninguna pena criminal quien según las circunstancias del hecho no podía evitar su comisión".³⁷

³⁵ *Op cit.* DONA, Edgardo... p 114.

³⁶ *Op cit.* MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* P 580.

³⁷ *Op cit.* VILLAREAL PALOS; Arturo.. P 19.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

En cuanto a Wilhelm Sauer, define a la culpabilidad "como el Juicio de desvalor en base a una consideración objetiva del espíritu del autor".³⁸

Por lo tanto, la culpabilidad se reproduce en la conciencia del autor en contra de lo jurídico, entonces por culpabilidad se define como " el juicio de desvalor o reproche que la sociedad o el orden jurídico hace a un individuo que tiene una conducta socialmente inadecuada, libremente determina y considerada como antisocial y dañosa".³⁹

Sauer enfoca sus estudios en la dificultad del reproche de culpabilidad que está en la conducta psíquica del autor, considerándola como la primera clase de la culpabilidad; pero también distingue la culpabilidad de ánimo y de carácter las cuales las considera dentro de una especie fundamental de culpabilidad

³⁸ *Op cit.* DONA, Edgardo.. P 116.

³⁹ *Idem.*

que denomina " crónica".⁴⁰Por lo que al dolo y a la culpa los considera como partes integrantes de la culpabilidad.

Con Edmund Mezger (1931) la teoría normativa de la culpabilidad alcanza su culminación máxima; pues es él quien la denomina " teoría compleja".

A través del desarrollo de sus trabajos de investigación; principalmente establece una separación entre el injusto y la culpabilidad, afirmando que el injusto es la contradicción objetiva de las normas del derecho, y la culpabilidad depende del injusto, ya que la culpabilidad significa solamente "reprochabilidad personal" de un injusto cometido.

Para Mezger la culpabilidad es "*el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido*".⁴¹

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Op cit.* MEZGER, Edmund. p 189.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Mezger afirma que los presupuestos muestran “ al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor. El término “reprochabilidad” a veces significa lo mismo que “reproche”. La imputación considerada en sí, puede definirse como culpabilidad “formal”, el reproche de terminado en cuanto al contenido como culpabilidad “material”.⁴²

De lo anterior, este autor sostiene que no todas las conductas antijurídicas resultan ser culpables y que para que éstas sean culpables se necesita que la conducta sea “personalmente imputables”.

Esto quiere decir que la imputabilidad da lugar a la responsabilidad penal. Por lo que para él, la culpabilidad es el reproche personal de una conducta antijurídica y una relación subjetiva y psicológica del autor con el hecho.

⁴² *Idem.*

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Por lo tanto, para dicho autor la culpabilidad está integrada con las siguientes características o elementos: a) Imputabilidad; b) formas de culpabilidad (dolo culpa) y c) ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.⁴³

La teoría normativa se complementa con los otros dos elementos que los demás autores le agregaron como: el juicio de reproche y la exigibilidad.

La exigibilidad se determina tomando en consideración que el sujeto hubiera podido actuar de otra manera distinta o que otra conducta le era posible.

Por último se puede decir que la concepción normativa contiene un juicio "valorativo" y no una mera concepción Psicológica; por lo que la culpabilidad de una persona no radica en su propia cabeza del autor sino radica en las cabezas de otros (en la cabeza de aquellos que juzgan al autor del hecho típico y antijurídico).⁴⁴

⁴³ *Ibidem*. p199.

⁴⁴ *Ibidem* p190.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Para Vela Treviño, la forma para determinarse la culpabilidad del hecho y para atribuirlo como una conducta típica y antijurídica, es mediante la formulación de un juicio, que corresponde al juez.⁴⁵

Esto, quiere decir que el hecho típico y antijurídico es de contenido Psicológico (dolo y culpa) pero la valoración normativa la va a realizar el juez, el juez es quien va a realizar un juicio valorativo a la conducta del autor y le va a reprochar dicha conducta ilícita.

Mezger para subsanar el problema de la culpa inconsciente establece que el autor de un hecho culposo debe en un principio ser consciente de la violación de un deber de cuidado, con el cual debe cargar siempre y es él quien debe evitar el resultado.

En cuanto al estado de necesidad exculpante, también se soluciona el problema de justificarlo como una excluyente de responsabilidad; porque no se puede hacer un juicio de reproche al

⁴⁵ Cfr. VELA TREVIÑO, Sergio. *Op cit.* Pp 185 y 186.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

autor por no haberse conducido conforma a derecho, dado que el orden jurídico no puede exigir conductas heroicas.

Sin embargo, esta teoría normativa también fue causa de diversas críticas; una de ellas es en relación a la tentativa, considerándose que no es un mero proceso causal, sino una acción que apunta a un resultado elegido previamente; por lo que es una acción en la que el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo.⁴⁶

Por otra parte se dice que no es una teoría auténtica, ni pura teoría normativa, pues tiene mezcla de conceptos psicológicos y normativos, ya que sigue manteniendo al dolo y a la culpa en la culpabilidad. También se critica que la culpabilidad no es ciertamente un juicio de reproche, sino que únicamente da lugar a dicho juicio.⁴⁷

⁴⁶ Cfr. DIAZ ARANDA, Enrique. *Op cit.* P 15 yss.

⁴⁷ Cfr. REYES ECHANDÍA. *Op cit* p 11.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Se puede decir que la característica fundamental de la teoría normativa, es el aspecto valorativo que se le da a la culpabilidad, esto es, que del injusto se valora el hecho desde el punto de vista de la dañosidad social, al constatar la culpabilidad como una valoración desde el punto de vista de la reprochabilidad.

2.3 TEORÍA FINALISTA

Continuando con la exposición de la evolución de la culpabilidad, y siendo también la teoría normativa compleja objeto de continuas críticas, surge la teoría finalista (o normativa-pura).

Si bien, se dice que Hans Welzel es considerado como el fundador de la teoría finalista, no menos cierto es que el se ve inspirado por las ideas de la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental de Baden Baden (de los valores), así como de los pensamientos de Nicolai Hartmann, Alexander Graf Zu Dohna, Von Weber y Erik Wolf.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Nicolai Hartmann en 1896, expone su obra sobre la estructura del proceso finalista donde expresa que los órdenes humanos no responden al causalismo de los ordenamientos naturales, sino que el ser humano para realizar su conducta, necesita que ésta sea con una finalidad, también sostiene que el fin es a la voluntad como el valor al deber ser.⁴⁸

En base, a lo anterior, este mismo autor afirma que: el sujeto para realizar su conducta necesita responder a tres etapas: a) a la concepción del orden; b) la elección de medios para el logro de la finalidad que se quiere alcanzar de ese mismo orden; y c) la realización efectiva del orden previamente proyectado.⁴⁹

Por su parte, Alexander Zu Dohna⁵⁰ (1935), es quien traslada el tipo al dolo y distingue el tipo como "tipo de acción" y el dolo como "dolo de tipo"; atribuyéndole a la culpabilidad la conciencia de la

⁴⁸ Cfr. ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio. *Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo*. 2ª ed, México, Puebla. Ed Zogs, 1999. p 12

⁴⁹ *Ibidem* pp12 y 13.

⁵⁰ Citado por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Tomo I, 2ª ed, Bogotá- Colombia. Ed Temis, 1989, p274.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

antijuridicidad de tal forma que el error de prohibición excluye la culpabilidad sin excluir al dolo.

Continuando con este autor, alcanza a distinguir la reprochabilidad como valoración y el dolo como objeto de valoración, limitando el reproche de culpabilidad a la valoración del objeto,⁵¹ esto es, que al tipo subjetivo lo ve como objeto de valoración y a la culpabilidad simplemente como valoración del objeto.

Como se puede ver, ya con este autor se comenzaba a dilucidar el tipo penal con componentes objetivos y subjetivos, a la antijuridicidad la considera como la valoración del tipo objetivo y a la culpabilidad como valoración del tipo subjetivo.

Von Weber⁵² (1935), hace una clasificación de los tipos penales, clasificándolos en "tipos causales" y "tipos finales".

⁵¹ Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. P 168.

⁵² Citado por FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan.. Tomo I, p275.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Los tipos causales considera que son los que prohíben el resultado y que éstos están compuestos por elementos objetivos atribuyéndoles al sujeto a título doloso o culposo, de modo que también en éstos se encuentra el dolo o la culpa.

Los tipos finales consisten en lo prohibido, que es la conducta, con independencia del resultado y el dolo forma parte de éstos.

De ahí que, Weber contribuye a aclarar el problema de los delitos culposos a apoyándose en el desvalor de la acción, pues lo injusto de los delitos culposos, no es la causación del resultado extrafinal, sino el modo de realización de la acción.

La aportación más importante de este autor a la teoría finalista fue la separación del injusto y la culpabilidad sobre las categorías del deber y del poder; es aquí donde el injusto se cambia de lesión al bien jurídico, en la desobediencia al deber jurídico y la culpabilidad la considera como determinación de voluntad contraria al deber.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Por su parte, Erik Wolf⁵³ es quien diferencia el concepto de culpabilidad del derecho y analiza el juicio de valor que realiza el juez, en cuanto a que el sujeto no cumplió el orden jurídico exigido ya que tenía deber de cumplirlo.

Sigue manifestando este autor que la culpabilidad es la antijurídica violación del deber, ya que el cumplimiento no sería exigido en la acción jurídica.

Continuando con la exposición de la teoría finalista, Hans Welzel es su principal expositor, quien inicia en los años treinta su análisis de esta teoría, y para 1940, presenta en su totalidad su obra sistemática del delito; partiendo del estudio de la teoría del delito desde el punto de vistas ontológico.⁵⁴

⁵³ Citado por DONA, Edgardo. *Op cit.*, p123.

⁵⁴ La palabra Ontológico significa: (gr, on, el ser y logía, parte de la metafísica que estudia el ser en general y sus propiedades trascendentales). Palomar de Miguel. *Op cit.* p 940.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Este planteamiento del finalismo vino a marcar tajantemente la separación entre el mundo real y el Derecho, a la realidad del ser social,⁵⁵ a través de la elaboración de las estructuras lógico objetivas, tomando como base la realidad objetiva (o sea la naturaleza de las cosas).

De modo, que esta teoría se apoyó para enfatizar en el conocimiento de los valores, el deber ser condicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado de actuar ético social, para poder elaborar el Derecho Penal.

De tal manera que la teoría de las estructuras lógico objetivas, van en el sentido de que el legislador debe tomar en cuenta estas estructuras para poder legislar, pues debe considerar parte de la realidad (elementos ontológicos) para describirlos lingüística y conceptualmente en los tipos a los cuales el mismo legislador les vincula sanciones penales.⁵⁶

⁵⁵ Cfr. JESCHECK HEINRICH, Hans. *Tratado de derecho Penal. Parte General*. Trad. Santiago Mir Puig y F Muñoz Conde, 3ª ed, Barcelona, Ed Bosch, 1978, p 283.

⁵⁶ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Op cit*, p 41.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

El propósito fundamental del finalismo es la comprensión de la acción como un fenómeno social, por lo que Welzel considera que la ley tiene que respetar la estructura finalista de la acción humana pues de otra forma no podría regularla, en el derecho, lo real está esencialmente vinculado con lo normativo.

En consecuencia el legislador está obligado a respetar las limitaciones lógico objetivas,⁵⁷ y no pueden ser modificadas por él; estas limitaciones son:

- 1) El reconocimiento del hombre como persona, implicando su capacidad de autodeterminación conforme a valores.

- 2) Lo humana y físicamente posible.

⁵⁷ Véase a FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan.. Tomo I, p115.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

- 3) La coherencia lógica (valoraciones armónicas, preceptos no contradictorios, normas coherentes, racionales y sistematizables).

- 4) La ley se dirige siempre a actos humanos, nunca a meros procesos causales.

Sin embargo, a esta posición existe una crítica por parte de Claus Roxin, que sostiene:

Que el legislador es totalmente libre en sus elaboraciones conceptuales y regulaciones. Existe ciertamente una ley causal a la cual ningún legislador del mundo puede añadir o quitar algo, pero no existe ninguna estructura final previamente dada... es el tipo el que, como producto y creación del legislador, configura el concepto de finalidad. Por ello ninguna finalidad puede colocarse más allá del tipo ... el que como producto y creación del legislador configura el concepto de finalidad. Por ello ninguna finalidad puede colocarse más allá del tipo.⁵⁸

Por el contrario, Welzel sostiene que la función del Derecho Penal es infinitamente más modesto que como se contempla y afirma que el derecho no puede producir acciones, ni estructuras

⁵⁸ WELZEL, Hans. *Lo Permanente y lo Transitorio en la Ciencia del Derecho Penal*. Revista Mexicana de Ciencias Penales, año 1, no 1 Enero- Junio, 1978, México, p 204.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

finales, ni la dimensión de sentido, sino que selecciona el derecho y prohíbe aquellas acciones que son incompatibles con un orden social, por lo que el derecho es libre y creador en relación a la estructura de la acción.⁵⁹

Así, la capacidad de las acciones dirigidas finalmente son características del hombre y, por su parte la variedad histórica de las conductas humanas, es por eso que la ley de la estructura final descansa sobre algo permanente, sobre algo que es constante en el cambio, el Derecho Penal no modifica, ni puede modificar y sólo utiliza las acciones al regular y normar conforme a la estructura final.

En conclusión, la teoría de la estructura lógico objetiva está encaminada a la misión del derecho penal en cuanto a la protección de los bienes jurídicos, mediante la protección de los elementales valores de acción ético sociales y dicha protección se lleva a cabo a través de mandatos y prohibiciones de acciones, en donde se hallan

⁵⁹ *Ibidem*. Pp 205 y 206.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

los deberes éticos sociales, cuya vigencia se aseguran estableciendo una pena, por la lesión del bien jurídico.

En consecuencia la importancia de la teoría finalista, radica en el traslado que hace de los elementos psicológicos (subjetivos) de la culpabilidad al tipo penal; dejando a la culpabilidad un mero “juicio de reproche” dirigido al individuo que no motivó su conducta de acuerdo a las propias exigencias de la norma, a pesar de haber podido conducirse conforme a ésta, ya que le era exigible.

Ahora bien, dentro de lo que es la teoría de la acción final, queda de manifiesto que **la acción humana** es un ejercicio de actividad final, por lo tanto la acción es un acontecimiento “finalista” y no solamente causal, esto viene siendo la finalidad un actuar dirigido conscientemente desde el fin, mientras que la causalidad no esta dirigida al fin, sino que es resultante causal de los componentes existentes en cada caso, por eso la finalidad es “vidente” y la causalidad es “ciega”.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

En base, a lo anterior la teoría de la acción final, la acción consta de dos etapas, una interna y otra externa.⁶⁰

La primera etapa, que es la interna consiste en: a) El fin que se pretende alcanzar; b) La selección de medios que van a emplear para su realización; y c) las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se relacionen con el empleo de los medios.

La segunda etapa es la externa y consiste en: a) La puesta en marcha del fin propuesto, la ejecución de los medios para alcanzar dicho fin; b) El resultado previsto junto con los efectos concomitantes, y c) el nexo causal.

El ejemplo que pone Welzel de la acción final es el siguiente: A y B planean robar a X, y para reducirlo a la impotencia, como medio para ello consideran, en primer término utilizar un cinturón que pretenden enrollar en su cuello de X, con dicho actuar consideran que la víctima muera asfixiada, y quieren evitarlo, por lo que descartan ese medio y eligen un saco de arena, con el cual creen que aturdirán a X. Al llevar acabo la etapa externa, que es la ejecución de su fin (el robar a X) y evitar los efectos concomitantes (que es la muerte de X). Sin embargo, al ejecutar su acción el saco de arena no aturde a X, entonces, A y B recurren a su primer medio que es el cinturón, estrangulan a X para recoger el botín, cuando posteriormente aflojan el cinturón x está muerto. A y B tenían considerada en sus acciones la muerte de X, por lo que se extiende su voluntad de realizar el hecho. (tenían consideradas las circunstancias concomitantes).⁶¹

⁶⁰ Cfr. WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, pp 39 y 40.

⁶¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, p. 42

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

En relación, al **tipo penal** en la teoría finalista, es la materia de prohibición de las disposiciones penales, es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida por el Derecho Penal.

Aquí, el tipo penal, ya no sólo se compone con elementos objetivos- descriptivos y excepcionalmente con elementos subjetivos diferentes al dolo, sino que el tipo se va a conformar por el dolo y la culpa, por lo que queda conformado por elementos objetivos y subjetivos.

El tipo objetivo va a constar de la acción externa, el resultado y el nexo causal; el tipo objetivo viene a ser el núcleo real y material de todo el delito; y el fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. El hecho externo es, la base de la estructuración dogmática del delito.

La objetivación de la voluntad se encuentra en las circunstancias del hecho objetivo. "... El tipo objetivo no es lo subjetivo en el

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

sentido ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado... el tipo tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior".⁶²

De lo anterior, se puede decir que el tipo objetivo está caracterizado por la acción externa, el resultado y el nexo causal, que en los últimos años se da más como una forma de imputación objetiva del resultado a la conducta ilícita.

Jiménez de Asúa establece que el tipo objetivo, es la descripción objetiva, y que tiene como núcleo el empleo de un verbo principal como MATAR; APODERARSE, etc., pero, el tipo siempre presenta referencias o modalidades de la acción que pueden ser conforme al sujeto activo, pasivo, al tiempo, lugar, al objeto y al medio.⁶³

En consecuencia, para la teoría finalista el tipo objetivo está compuesto por los siguientes elementos:

a) acción u omisión

⁶²Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Op cit* Tomo I, p 270.

⁶³ Citado por ROMERO TEQUXTLE, Gregorio. *Op cit.*, pp 48 y 49.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

- b) sujeto activo (autoría y participación y calidad)
- c) sujeto pasivo
- d) el bien jurídico tutelado
- e) objeto material
- f) circunstancias de tiempo y lugar.

Los elementos subjetivos del tipo, de acuerdo a esta teoría son: el dolo y la culpa; así como otros elementos subjetivos distintos al dolo, como son el ánimo, la intención o propósito (Por ejemplo: En el delito de robo, el ánimo es el “apoderamiento” del bien mueble, en el encubrimiento el ánimo es el “lucro”, en el delito contra la seguridad de la persona el propósito es el de “causar un mal”).

En cuanto al dolo del tipo subjetivo cabe mencionar que éste para la teoría finalista no es el mismo que maneja la teoría clásica, pues ésta última lo ubica en la culpabilidad como “Dolus Malus”, y la finalista lo maneja como “Dolo Natural o Neutro”, en el tipo.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

En la doctrina clásica (causalista-naturalista), el dolo contenía los elementos siguientes: a) el conocimiento y la voluntad; y b) la conciencia de la antijuridicidad.

Mientras el **dolo** en el finalismo es considerado como la voluntad de realización, esto es, el conocer y querer la realización del tipo objetivo, sin incluir la conciencia de la antijuridicidad,⁶⁴ pues esta última es elemento del "juicio de reproche".

Entonces, para la doctrina finalista el dolo es "la conciencia y la voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito".⁶⁵

Bustos Ramírez lo define como " el conocer y querer la realización típica o bien, la decisión del autor para la ejecución de una acción que realiza un determinado delito".⁶⁶

⁶⁴ Véase FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *tomol*, pp 270 y 271.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Ed Tirant lo Blanch, 1993, p245.

⁶⁶ Citado por DAZA GOMÉZ, Carlos. *Op cit.*, p124.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Welzel establece que el dolo es el saber y querer de la realización del tipo, pues éste tiene dos dimensiones, y no sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino a la voluntad capaz de la realización del tipo.⁶⁷

En resumen se puede decir que el dolo tiene los siguientes elementos: el volitivo que es la voluntad y el intelectual (conocimiento); el dolo viene a ser un mero fin psicológico, perteneciente al tipo, en donde no solamente la voluntad tendiente a realizar el resultado es suficiente, sino que esa voluntad sea capaz de realizar o llevar a cabo el tipo.

Por ejemplo: La voluntad del sujeto no se puede quedar en la intención de matar, sino que éste sea capaz de realizar el resultado de muerte, con conocimiento.

En relación, a la **culpa**, ésta también es elemento del tipo subjetivo, y pertenece al tipo de acciones culposas, en las cuales

⁶⁷ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, p 77.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

la voluntad no se dirige al resultado típico, ésta se da por la falta de observancia de un deber objetivo de cuidado.

La doctrina ha establecido dos clases de culpa; la culpa consciente o con representación y la culpa inconsciente o sin representación.

La primera consiste en el que el sujeto activo se le ha representado la posibilidad de la producción del resultado, y por consiguiente lo ha previsto, pero confía indevidamente en poderlo evitar; esto es no quiere causar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico, y advierte dicha posibilidad, sin embargo, reconoce el peligro y actúa con la confianza de que no se producirá el resultado.⁶⁸

La segunda consiste en que el sujeto realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible, el sujeto no sólo no

⁶⁸ Cfr. REYEZ ECHANDÍA. Alfonso. *Op cit*, p92.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

quiere el resultado, sino ni siquiera prevé su posibilidad del resultado.⁶⁹

En los delitos culposos Orellana Wiarco sostiene, que no se detalla la conducta culposa, éstos se tratan de tipos abiertos en donde se requiere que sean complementados por el juez, quien al juzgar al sujeto en relación, al **deber de cuidado** que debió tener, debe investigar cuál era el límite de cuidado requerido al sujeto.⁷⁰

Por lo tanto, para el finalismo, en el momento de estructurar la finalidad de la acción; la estructura en dos especies; una "finalidad actual" propia de las acciones dolosas y otra "finalidad potencial", esta última caracteriza la acción culposa; en la primera la conducta va encaminada hacia una dirección, una meta representada y querida, la segunda finalidad, su conducta no va

⁶⁹ *Ibidem.* p. 94.

⁷⁰ *Cfr.* ORELLANA WIARCO. Octavio A. *Teoría del delito (Sistemas Causalista y Finalista)*, 3ª ed México. Ed Porrúa. 1996. p 100.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

encaminada a ninguna dirección, propiamente hacia un resultado, es una consecuencia no querida.⁷¹

Después, este planteamiento de la "finalidad potencial" fue abandonado por Welzel y aceptó establecer la culpa sobre la base de un elemento objetivo fundado en "... la acción que debía haber realizado conforme a las reglas de cuidado necesario para no producir daños socialmente intolerables".⁷²

Para Welzel ⁷³ las acciones culposas su fin último es irrelevante, pero no su ejecución total, ya que en esos supuestos las normas exigen en la selección y utilización de los medios la aplicación mínima de dirección final adecuada a la situación concreta, con el fin de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados.

⁷¹ Véase DÍAZ ARANDA, Enrique. *Op cit*, pp56 y 57.

⁷² *Op Cit*. ORELLANA WIARCO, Octavio A., p 101.

⁷³ Cfr DÍAZ ARANDA, Enrique. *Op cit*, p 57.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

En cuanto a los demás elementos del tipo penal, éstos son descriptivos y normativos; los primeros son aquellos que pueden ser aplicables por la simple aplicación de los sentidos (por ejemplo: "cosa mueble", "mujer", "hombre" "persona", etc.). Los segundos son aquellos que requieren un juicio valorativo por parte del interprete o del juzgador,⁷⁴(por ejemplo: "cosa mueble ajena", "matrimonio", "documento", "cheque", "funcionario", etc.).

Por lo tanto, la **tipicidad** en el finalismo viene a ser una conducta adecuada al tipo (es conducta antinormativa porque infringe los imperativos jurídicos de mandatos y prohibiciones).

La antijuridicidad, para el finalismo es el juicio de valor; " es la contradicción del orden jurídico a través de una acción".⁷⁵

Muñoz Conde la define como "la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito";⁷⁶(el término antijuridicidad expresa contradicción al ordenamiento jurídico).

⁷⁴ Véase PLASCENCIA VILLANUEVA. Raúl. *Teoría del Delito, México*, UNAM, 1998, pp103 y 104.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

La teoría finalista hace una diferencia entre el término antijuridicidad y el injusto, ya que para algunos autores ambos conceptos son equivalentes, sin embargo dichos conceptos deben ser diferenciados.

Welzel manifiesta que “la antijuridicidad es una mera relación (una contradicción entre dos miembros de una relación); lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: **la conducta antijurídica misma**: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio”.⁷⁷ La antijuridicidad es el predicado, lo injusto es lo sustantivo.

En el injusto, se encuentra el desvalor de la acción y el desvalor del resultado; en el primer desvalor se presenta la manifestación de la voluntad; mientras en el segundo se da la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

⁷⁵ Ibidem. p 132

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría del Delito*. Valencia, Ed Tirant lo Blanch, 1991, p 83

⁷⁷ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. p 61 (las cursivas son mías).

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Abundando en la antijuridicidad; ésta se maneja en dos aspectos; uno de carácter formal y el otro de carácter material; el formal se maneja como la contravención entre la conducta y el derecho; y el material está enfocado a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que la misma norma jurídica protege.

En conclusión, la antijuridicidad requiere de dos presupuestos para su existencia; primero es la tipicidad que se traduce como un indicio de la antijuridicidad, y segundo requiere del desvalor al comportamiento realizado por el sujeto.

Por lo que toca a la **culpabilidad** como tercer categoría del delito, la teoría finalista la considera como un juicio puramente normativo.

De ahí que se le denomine teoría normativa pura, ya que a esta teoría no le interesa analizar la culpabilidad como cuestión psicológica, pues los elementos psicológicos que la constituían

ESTA TESIS NO PUEDE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

fueron trasladados al tipo (el dolo y la culpa); lo único que le importa analizar en la culpabilidad es el "juicio de reproche", y para sustentar éste es ver la existencia de la motivación del autor.

Este juicio de reproche consiste en determinar si se puede reprochar al autor el haber actuado contra lo establecido por la norma.

Welzel⁷⁸ señala que la culpabilidad es un nuevo momento agregado a la acción antijurídica, mediante el cual se convierte en delito, la culpabilidad no se agota en la acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor.

El reproche personal se da en el sentido de que el sujeto no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla; el sujeto hubiera podido motivarse conforme a la norma. ("el poder en

⁷⁸ Cfr. Welzel Hans. *Derecho Penal Alemán*. p 166.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

lugar de ello”, se da respecto a la voluntad antijurídica del sujeto, esto radica como esencia de la culpabilidad).

De lo anterior, se desprende que la voluntad del autor, hubiera podido dirigirse conforme a la norma, el objeto primario del reproche es la voluntad y sólo a través de ella se da toda la acción).

Para Welzel,⁷⁹ la reprochabilidad es la configuración de “voluntad”; pues, sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede hacer algo voluntariamente, le puede ser reprochado; entonces queda claro que el objeto del reproche es la voluntad de acción antijurídica, en la medida de que el sujeto podía tener conocimiento de antijuridicidad.

De lo anterior, para el finalismo se desprende que el autor al realizar una conducta antijurídica, tiene la posibilidad de *auto*

⁷⁹ *Ibidem.* 167.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

determinarse con forme a sentido cuando conoce la antijuridicidad.⁸⁰

De aquí, que al reproche de la culpabilidad se le desprendan dos premisas:

1ª Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas síquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (presupuestos existenciales de la reprochabilidad, la “ imputabilidad”).

2ª Que él esta en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de comprensión de la antijuridicidad, y que tiene la **exigibilidad de otra conducta.**

Expresa Welzel, en relación al determinismo que; “ la culpabilidad no significa decisión libre a favor del mal, sino dependencia de la coacción causal de los impulsos por parte de

⁸⁰ *Ibidem* p 195.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

un sujeto que es capaz de autodeterminarse conforme a sentido".⁸¹

En relación, a este tema de la libertad de voluntad (el determinismo y el indeterminismo) serán tratados con mayor profundidad más adelante.

En cuanto a los elementos de la culpabilidad en el finalismo son:

- a) La imputabilidad
- b) La conciencia de la antijuridicidad
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto

Los aspectos negativos de la culpabilidad consisten en: a) la inimputabilidad, b) el error de prohibición, y c) la inexigibilidad de otra conducta.

⁸¹ *Ibidem.* p 177.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

En relación, al problema del error, el finalismo lo trata en dos niveles; uno e nivel de tipicidad, que es el “error de tipo”, que recaen en los elementos objetivos del tipo y cuyo efecto es excluir el dolo, si éste es vencible o invencible; el otro nivel es el de la culpabilidad donde se analiza “el error de prohibición” que recae sobre la conciencia de la antijuridicidad, y éste puede ser vencible o invencible.⁸²

Así como, las anteriores teorías, la teoría finalista también ha sido objeto de múltiples críticas, principalmente por lo siguiente:

- 1) El traslado que hace del dolo y culpa al tipo penal, pues sus críticos consideran que es más propio realizar un análisis psicológico a nivel de la culpabilidad que a nivel del tipo, es en la culpabilidad donde al sujeto se le va encontrar culpable por su hecho ilícito.

⁸² Véase ORELLANA WIARCO, Octavio. Op cit, p 125; REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op cit, pp189 y 190; BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, Ed Temis, 1989, pp 154

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

- 2) A nivel de culpa se hace la crítica, por el hecho que la acción final va dirigida a un resultado típico, y en la culpa inconsciente el sujeto no tiene la finalidad de producir el resultado, pues ni siquiera ha previsto que su conducta pueda producir un resultado ilícito.

- 3) En los delitos de omisión, en donde no hay una relación causal (óptica) entre la conducta y el resultado, pues éstos no son capaces de producir resultados típicos.

- 4) Algunos autores causalistas critican al finalismo, a nivel de la culpabilidad, expresando que la culpabilidad la deja casi vacía de contenido, al trasladar al dolo y a la culpa a nivel de tipo, dejando sólo al reproche; sin embargo, la culpabilidad no del todo está vacía, ya que contiene los elementos de imputabilidad, la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

- 5) Otra crítica es en el sentido que el finalismo contempla a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, considerando algunos autores este elemento como aspecto psicológico, por esto, la consideran que no es una teoría puramente normativa.

Por último, la teoría funcionalista crítica al finalismo en base, a que pone en duda " la posibilidad del sujeto para actuar de un modo distinto" o "conforme a la norma", afirmando que no se puede demostrar científicamente, aunque existiera en abstracto, si el sujeto pudo actuar de modo distinto en el momento de cometer el delito; dado que no se pueden derivar deducciones científicas de premisas indemostrables.⁸³

En este sentido, se argumenta que tan indemostrable es para el juzgador que el sujeto se haya podido comportar lícitamente, como el haberse podido autodeterminarse libre y responsablemente.

⁸³ Cfr. ROXIN Claus. *Culpabilidad y Prevención*. Trad Francisco Muñoz Conde, Madrid – España, Ed Reus, 1981. p+1.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

La libertad del ser humano, como lo afirma Welzel, no existe dice Roxin, pues no es un juicio global empíricamente comprobable, ya que de la conducta del hombre se desprenden una gran cantidad de elementos que están fuera de las posibilidades humanas de estudiarlos; y sí la culpabilidad presupone libre albedrío, y éste no existe, entonces no puede existir culpabilidad.⁸⁴

En conclusión, la teoría funcionalista ve a la culpabilidad como mero límite de la pena; este tema será abordado en los siguientes puntos.

2.4 TEORÍA FUNCIONALISTA

En torno a las múltiples críticas a la teoría finalista, surge en los años setenta del presente siglo, un nuevo proyecto sistemático del delito denominado "Sistema Funcionalista"; a quienes principalmente se les atribuye dicho sistema son; a Claus Roxin con su teoría "teleológica o funcional"⁸⁵ y a Günter Jakobs, con su teoría

⁸⁴ Cfr. GARCÍA RIVAS; Nicolás. *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Ed de la Universidad de Castilla la Mancha- Cuenca. 1996. pp. 91 yss.

⁸⁵ La expresión teleológica proviene de la palabra teleología que significa (gr telos, fin y logos tratado), aquello que trata de las causas finales y su adaptación a propósitos definidos; y por funcional, lo relativo a

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

“racional final” del Derecho Penal; también considerado en términos generales como “pos finalismo” o “funcionalismo”.

Entendiéndose como funcionalismo, el sistema de Derecho Penal eficazmente estructurado y basado en la política criminal de la moderna teoría de los fines de la pena, bajo los principios rectores de un Estado Liberal Social y Democrático de Derecho.⁸⁶

Claus Roxin en su teoría funcionalista, conserva parte de los fundamentos ontológicos del finalismo; pues no considera un mundo totalmente normativo, a pesar de que en otras ocasiones a criticado a Welzel por su posición ontológica; por el contrario Günter

las funciones sobre todo a las vitales // práctico, adaptado a las necesidades de quien lo utiliza; técnica eficaz adecuada a sus fines. Palomar de Miguel, Juan, pp 619 y 1306.

⁸⁶ PEREZ PINZON dice que la política criminal es la “ciencia encargada de la creación, reforma, modificación o supresión de las normas penales, sobre la base de la investigación criminológica y penológica”. Citado por Fernández Carrasquilla. Juan. Op cit , tomo I, p 11. Y un Estado Liberal Social Democrático de Derecho, es aquel cuyos diversos órganos e individuos, miembros de una sociedad se encuentran. Es liberal porque el individuo se le considera persona y goza de la libertad como ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad. Es Social por que actúa en beneficio de la colectividad e interviene en actividades económicas, políticas, sociales y culturales, para coordinar los intereses de dicha colectividad, busca la justicia social. Es Democrático porque su legitimación deriva de la población, con la participación de la sociedad, esto es, para que las leyes emanen de un órgano popular y representativo (el pueblo es considerado el titular del poder del Estado). “ En este sentido el Estado de Derecho contrasta con todo poder arbitrario y se contraponen a cualquier forma de Estado Totalitario”. Véase. OROZCO ENRIQUEZ, Jesús. Diccionario Jurídico Mexicano, p 1328 y ss.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Jakobs, considera esta teoría totalmente normativa, como lo demuestra en su teoría “un fundamento meramente normativo”.

Este último autor, concibe al funcionalismo penal como aquella teoría en la que según el Derecho está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la Sociedad.⁸⁷

Por su parte Roxin, para elevar su teoría funcionalista retoma las ideas de la teoría neokantiana y neohegeliana; para dar las bases político criminales de la moderna teoría de los fines de la pena; a través del desarrollo de un sistema teleológico.

De ahí, que Roxin se basa principalmente en el pensamiento de Frank Von Liszt,⁸⁸ con el objeto de analizar su teoría a través de un método científico en materia penal.

⁸⁷ Cfr DAZA GOMEZ, Carlos. Op cit, p 213.

⁸⁸ El pensamiento de Liszt, tuvo su sello característico, pues sus ideas están encaminadas a una orientación positiva “biosociológica”, y pugna por el conocimiento científico. Por lo que considera que el Derecho Penal en general sirve para proteger los intereses jurídicamente protegidos (bienes jurídicos), y el Derecho en particular “tiene la misión peculiar, la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y la ejecución de la pena...”. Para Liszt la pena carece de un sentido retributivo, únicamente la ve en sentido preventivo general y muy particularmente un sentido preventivo especial, cuando se aplica al delincuente (fundamenta la pena en la defensa social). También considera al delito sobre la base intermedia entre el determinismo y el indeterminismo, ignorando el libre albedrío; (pues acepta la libertad interna que existe en todos los

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Dicho método neokantiano consiste en la aplicación de la política criminal en la estructura del delito con una metodología utilizada en las relaciones de valor de la misma estructura.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que la teoría funcionalista, hace de la teoría del delito, una expresión máxima de la ciencia del Derecho Penal; en base, a la política criminal con un contenido social; el Derecho Penal tiene como finalidad el proteger los bienes jurídicos esenciales de la sociedad, por medio de la prevención del delito.

En este sistema funcional, para los países Latino americanos es tan novedoso que viene siendo un problema dogmático difícil de entender; por lo cual, es necesario enseguida hacer una revisión breve de las nuevas aportaciones que hace la teoría funcional, en la estructura del delito en cada una de sus categorías.

hombres); para mayor abundamiento sobre las ideas de la escuela ecléctica; véase a RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. En su obra Criminología, México, Ed Porrúa, 1979, pp 224 y ss.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Las principales innovaciones que hace la teoría funcionalista en el delito son dos:

- a) La primera consiste en la teoría de la imputación al tipo objetivo (teoría de la **imputación objetiva**). Donde depende de la imputación de un resultado al tipo objetivo de la "realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma".

- b) La segunda aportación es el cambio de nombre que le da a la culpabilidad, la categoría de la **responsabilidad**; dicha responsabilidad se compone de culpabilidad y a ésta hay que agregarle la **necesidad de la pena**, en el sentido de la prevención (general o especial).⁸⁹

En cuanto a la antijuridicidad ésta es funcionada con la tipicidad, quedando el tipo del injusto.

⁸⁹ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, p204.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Así pues en base a, estas innovaciones en la estructura del delito, es necesario hacer un breve análisis de ésta, en sus categorías, atendiendo a los fines valorativos del sistema funcional.

a) **La acción.-** Esta ha perdido la concepción de acción final, basada en realidades previas (regida por la categoría del ser; acción causalidad, estructuras lógico - objetivas); para basarse única y exclusivamente por las finalidades del derecho Penal;⁹⁰

Esto es, que la acción tendrá tintes socio jurídicos; el concepto de acción final considerado como central de los cursos causales dirigidos a un resultado final, no sustenta satisfactoriamente la culpa y la omisión.⁹¹

Para la teoría funcionalista es suficiente que la acción sea voluntaria, entendiéndose que ésta no proviene de la inconsciencia

⁹⁰ Ibidem p203.

⁹¹ Ibidem p 218

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

(como en los casos de la vis absoluta y vis compulsiva, los movimientos reflejos o estado involuntario).

Se considera que un hombre ha realizado una acción, cuando determinados efectos son procedentes de la misma acción y se le puede imputar a él como persona (como centro espiritual de la acción), o sea puede partir dicha acción de un “hacer” o un “no hacer” y con ello se pueda hablar de una manifestación de la personalidad.⁹²

La imputación que se le hace al sujeto por su conducta es de naturaleza normativa, “no es causal, ni final”; pero sí dicha naturaleza está delimitada por la realidad social.

De lo anterior se desprende que la acción abarca todas las manifestaciones de conductas punibles, tanto hechos dolosos, como culposos, así como también los delitos de omisión; a demás la acción es el elemento de enlace de todas las categorías del delito.

⁹² Idem

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Por lo tanto, el concepto de acción en la teoría funcional, queda determinado como “la manifestación de la personalidad”; lo que significa que acción es todo lo que se puede atribuir al ser humano como centro anímico- espiritual de acción; sin abarcar las manifestaciones involuntarias.⁹³

b) El tipo penal en el funcionalismo, sirve al desarrollo del principio de legalidad “*nulla poena sine lege*”; en el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad de la pena.

Afirma Roxin⁹⁴ que el legislador tiene dos métodos para tipificar las conductas punibles, uno es la descripción de las conductas prohibidas en los tipos penales denominadas delitos de acción; y el otro consiste en la descripción de las conductas que ordena salvaguardar un bien jurídico en peligro (“delitos de omisión”; al mismo tiempo el tipo penal establece una pena a imponer, a quien realice la conducta en él descrita).

⁹³ *Ibidem* p 252.

⁹⁴ Citado por DONNA Edgardo. *Op cit*, p. 172.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

De tal manera, que el individuo es advertido que si viola lo establecido por la norma penal, este será objeto de una pena por su conducta típica; de esto, se desprende que con la pena surge “ la amenaza” a la cual se le conoce como prevención general negativa.

Roxin considera que lo normativo está en función de lo que sucede en la realidad social, de tal suerte que el Derecho Penal debe proteger los intereses jurídicos de la sociedad; a través de la prevención general.

Es normativo porque la manifestación de la personalidad designa con anticipación el aspecto valorativo; y que este es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción.⁹⁵

Por lo que corresponde a la manifestación de la personalidad, esta a parece en formas diversas y sólo se encuentran en la esfera anímico- espiritual del ser humano, a su personalidad.

⁹⁵ Cfr. ROXIN. *Claus. Derecho Penal* , p 265.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Estas manifestaciones de personalidad las podemos ver en los delitos de acción y omisión; en los delitos de acción el sujeto actúa desde fuera del derecho, poniendo en peligro la paz social; en los delitos de omisión se violan deberes que ya están conformadas socialmente (en la realidad social, por ejemplo: Alimentar niños, procurar personas, cerrar puertas etc.), sólo corresponde al Derecho protegerlos.⁹⁶

Dentro del análisis del tipo penal, la teoría funcionalista lo estudia como tipo objetivo y tipo subjetivo.

En relación, al tipo objetivo, este lo analiza en la teoría de la imputación objetiva, dándole un giro diferente como lo estudian los sistemas anteriores; la diferencia básica radica en el “nexo” que existe entre la conducta y el resultado. Es decir, aquí se tiene que aclarar la relación entre la conducta del sujeto y el resultado para poderle imputar la acción como suya.

⁹⁶ Cfr DONNA, Edgardo. *Op cit*, p 173.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Gimbernat Ordeing afirma que: " lo que la teoría de la imputación objetiva hace en relación al tipo objetivo es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida habían deambulado por aquella- desde la causalidad hacia la acción – sin encontrar un lugar sistemático concreto".⁹⁷

Esta viene a dar respuesta a una serie de problemas que en la tipicidad, no se daba.⁹⁸

Lo importante de la teoría de la imputación objetiva, es el determinar las condiciones en las que un resultado cualquiera, considerado en sentido jurídico, como la ofensa al bien jurídico correspondiente al tipo de pena puede o no ser imputado al sujeto,

⁹⁷ GIMBERNAT ORDEING. Enrique. ¿ Que es la imputación Objetiva?. En Estudios de Derecho Penal,3ª ed. Madrid- España, Ed Tecnos, 1990, p212.

⁹⁸ Dice Sancinetti, que la teoría de la imputación objetiva es " el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios delimitadores o correctivos de la tipicidad de una conducta punible, especialmente respecto de aquellas formas de conducta que la ley describe de modo relativamente abierto. Citado por DIAZ ARANDA. Enrique. Op cit, p 85.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

atendiendo de modo preponderante al ámbito de protección de la norma.⁹⁹

La imputación objetiva “es el resultado de una comprensión teleológica valorativa, de la norma que se inspira en un sentimiento de justicia material no siempre expresado, de todas maneras circunscribe la esfera del formalismo y al propio tiempo de la imputación física dependiente de meros factores causales”.¹⁰⁰

Esta teoría de la imputación objetiva es necesaria para esclarecer los problemas que se presentan en los delitos de mero resultado en el mundo externo, pues el hombre no ha de responder jurídicamente por todo lo que en el mundo suceda con su comportamiento y muchas veces ha de hacerlo sin causar un resultado material; es decir, un resultado (lesión o puesta en peligro del bien jurídico).

⁹⁹ Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Op.cit.* tomo II, pp. 151 y 152

¹⁰⁰ *Idem*

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

El hombre le será imputable de manera objetiva la acción cuando dicho resultado presupone la realización de un peligro creado y no cubierto por un riesgo permitido dentro del tipo penal.¹⁰¹

En consecuencia, la teoría funcionalista al nexo causal lo denomina “nexo de imputación” lo que considera como la atribución de un resultado a la conducta del autor en subsunción en el tipo.

Roxin, ha establecido diferentes rubros para identificar los principios o reglas de la teoría de la imputación los cuales serán enseguida brevemente desarrollados.

A) La creación de un riesgo no permitido.

Dentro de este principio existen cuatro criterios en la imputación objetiva:

- 1) Exclusión de la imputación por la disminución del riesgo, cuya consideración implicaría la exclusión de la imputación del resultado, pero si se aumenta el riesgo, entonces sí se imputaría

¹⁰¹ Cfr. ROXIN Claus . *Derecho Penal*, p364.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

el resultado; estos supuestos provienen de la existencia de un proceso generador de riesgo para un bien jurídico, originado por una causa externa ajena al sujeto quien interviene para disminuir la lesión del bien.¹⁰²

El ejemplo que da Roxin es el del caso de un sujeto que ve caer una piedra peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo en donde es menos peligrosa; el resultado no le es imputable al sujeto que empujó, pues a pesar de su causalidad no comete lesiones, ya que está disminuyendo el riesgo (que podría ser el resultado de muerte).

Pero caso contrario sí el sujeto empujó al otro para que la piedra le diera en la cabeza y le produjera la muerte o la lesión, aquí el sujeto está aumentando el riesgo.

¹⁰² *Ibidem* p367.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Expresa Bustos Ramírez¹⁰³ que entonces la objetividad de la imputación no parece clara, sino que es posterior a un marco subjetivo previo que es necesario analizar.

Mientras Günter Jakobs afirma que “ la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad, cuya determinación fundamental, su esencia es la libertad que en cuanto significa auto determinación y pertenece al ser de la persona como expresión de suyo y de su racionalidad, posibilita imputar al hombre su hecho como propio y hacerle responder del mismo. Sólo quien tiene voluntad, a la persona puede serle imputado algo”.¹⁰⁴

2) La exclusión de la imputación si falta la creación de peligro

Una conducta con la que no se crea un peligro de modo relevante a un bien jurídico legalmente protegido, sólo podrá crear

¹⁰³ Véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Imputación Objetiva*, Bogotá Colombia, Ed Temis, 1989, p 18

¹⁰⁴ GUNTER Jakobs. *Imputación Objetiva*, Madrid España. Ed Civitas, 1996, p 24.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

por causalidad el resultado, y no se podrá imputar dicho resultado, por que no existe la creación de peligro.¹⁰⁵

El ejemplo clásico que citan los autores en sus obras. Es el caso de A que envía a B a traer leños durante la tormenta para que muera este último fulminado por un rayo, lo cual sucede en la realidad, queda en este caso excluida la imputación de resultado a A, Pues el mandar por leños a otro no parece la conducta como peligrosa para el bien jurídico que es la vida, ni a ha creado el peligro, pues el peligro se presenta por causa de la naturaleza.

3) Creación de peligro y cursos causales hipotéticos.

Actualmente se discute si hay que tomar en cuenta los cursos causales hipotéticos en el juicio sobre la creación o aumento del riesgo. Para la causalidad los cursos hipotéticos son irrelevantes, pues no impide que se les atribuya un efecto excluyente de imputación.

¹⁰⁵ Op cit, ROXIN, *Claus. Derecho Penal*, pp 366 y367.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Esto es, que la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción).¹⁰⁶

De esto, se sigue la idea teleológica vinculada al ordenamiento jurídico, no puede retirar sus prohibiciones porque hubiera la posibilidad de otros sujetos dispuestos a infringirlo.

No se podría entonces imputar un resultado a un sujeto porque habría la posibilidad de que existieran otros sujetos dispuestos a ejecutar el mismo hecho.

Por ejemplo: El caso del robo de auto partes que es muy común en México; por esto no se puede excluir la imputación del resultado a un sujeto que se le sorprende robando algún accesorio de un

¹⁰⁶ Ibidem p368.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

vehículo, aunque exista la posibilidad de que otros también lo hubieran hecho.

- 4) La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido (en la esfera de protección de la norma).

En este caso aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, no obstante la imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido.¹⁰⁷

Entendiéndose por riesgo permitido “ una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo”.¹⁰⁸

Por su parte Jakobs define al riesgo permitido como “el estado normal de intención, es decir, como el vigente estatus quo de

¹⁰⁷ Ibidem p 371.

¹⁰⁸ Idem.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

libertades de actuación desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento... se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica... se refiere a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación".¹⁰⁹

El riesgo deja de estar permitido cuando la conducta evidencia una configuración distinta a la tolerada por la sociedad.

Existen conductas que desde la perspectiva ex ante (después del hecho) elevan el riesgo de lesión de los bienes jurídicos y, sin embargo dichas conductas son permitidas en general, como el caso de tránsito de vehículos, en donde el número de accidentes es elevado, es difícil que alguna de los conductores de vehículos no haya tenido algún accidente de tránsito, la realización de la conducta de manejar un vehículo, y la posibilidad de que se produzca un accidente, puede ser inevitable y dicha conducta es permitida en términos generales.

¹⁰⁹ Op cit. GUNTER Jakobs. p 72.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

En el caso de A que va manejando en una vía rápida con todas las precauciones y medidas que exige el reglamento de tránsito, B se cruza, y es atropellado por A, quien le causa la muerte a B, la muerte de B no le puede ser imputado a A; pero si A , a rebasado el riesgo permitido crea un peligro cuya realización del resultado le será imputada como una acción típica.

B) Realización de riesgo no permitido.

1) Existen casos en los cuales se ha realizado una conducta peligrosa para el bien jurídico, pero la lesión se debe a otro causal imprevisible aunque relacionado con el riesgo original.

Tal es el caso del sujeto que dispara y lesiona a su víctima (la conducta peligrosa es para el bien jurídico, vida), a consecuencia de la lesión la víctima es trasladada al hospital donde después ocurre un incendio y el sujeto lesionado muere, a consecuencia de una causa distinta a la original.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Por lo tanto, el resultado de muerte no se puede imputar al sujeto, pero no se excluye el peligro de la conducta del sujeto al disparar sobre la víctima, con la intención de matarla; por lo que su conducta es una realización adecuada de peligro creado por la tentativa de homicidio.

2) Exclusión de imputación si falta la realización del riesgo no permitido.

Existen conductas que están reguladas e imponen deberes específicos a quienes las realizan, cuya observancia presupone la generación de un riesgo que puede terminar en una lesión del bien jurídico.

Estos riesgos están previamente determinados y en función de ellos se han establecido deberes que debe observar el sujeto, si estos deberes no son observados, elevaran el riesgo.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Por ejemplo: El caso en donde el director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadores pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadores se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra el bacilo no conocido hasta ese momento.¹¹⁰

De aquí que el director, al omitir la desinfección de los pelos, y pese a elevar el riesgo de lesión, no se le debe imputar el resultado, pues se comprobado que no se hubiera podido evitar el resultado con la simple desinfección de los pelos.

Pero sí el director hubiese tenido la intención de matar a sus trabajadores, éste podría ser castigado por tentativa de homicidio.

3) La exclusión de imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.

Existen casos en donde la superación del riesgo permitido a aumentado claramente el peligro, hay normas que imponen especiales deberes de cuidado, cuyo objeto es la protección de determinados bienes jurídicos, no obstante el sujeto no realiza ese

¹¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, p 375

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

deber de cuidado, por lo cual eleva el riesgo, produciendo un resultado.

Se puede negar la imputación de la conducta cuando la evitación no está dentro del fin de producción de la norma.

Por ejemplo Dos ciclistas marchan de noche uno tras otro, sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista que iba delante debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación.¹¹¹

En este caso, la conducción prohibida del ciclista de atrás que no traía alumbrado en su bicicleta es quien aumentó el peligro del ciclista que causa el accidente; pero no por ello se le va a imputar el resultado al ciclista de atrás que no traía luces.

¹¹¹ *Ibidem* p 377

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Pero, si el precepto impone que se traiga luz en las bicicletas para evitar accidentes, sin embargo el precepto no obliga a que se iluminen otras bicicletas, para evitar choques.¹¹²

4) Conducta alternativa conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo.

La cuestión del problema sobre el imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a derecho el riesgo hubiera sido evitado posiblemente. Esto es, cuando el sujeto desobedece un deber de cuidado y eleva el riesgo lesionando un bien jurídico, si él hubiera realizado la conducta debida posiblemente no se hubiera dado el resultado.

Se excluye la imputación si la conducta alternativa conforme a derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado.

¹¹² *Ibidem* p 378.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

Por ejemplo: El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida por acercarse a unos 75 cm del mismo. Durante el adelantamiento, el ciclista, que iba fuertemente babido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de corto circuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente... el accidente también se habría producido aunque hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico.¹¹³

El tipo subjetivo en la teoría funcionalista se compone tanto de dolo como de elementos subjetivos distintos al dolo.

Para Roxin la tipicidad es “ la atribución de una situación real a la situación que contiene el tipo legal”; y el sistema de Derecho Penal no tiene que fundamentarse en causalidad, ni en la finalidad, sino en decisiones valorativas político criminal”.¹¹⁴

El funcionalismo atribuye el desvalor del acto al tipo y a la antijuridicidad el desvalor del resultado; por lo que se cae en el tipo del injusto.

¹¹³ *Ibidem* p 379.

¹¹⁴ Citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Imputación Objetiva*, p25.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

En consecuencia, con la descripción de la situación típica y el sólo desvalor de acto no solo se agota el contenido desvalorativo del injusto sino hace falta el desvalor del resultado. Esto quiere decir que el solo el desvalor del acto no agota el desvalor de la relación social; pues ésta se configura cuando también afecta la acción efectiva al bien jurídico.

Así entendido el desvalor del resultado como el primer componente de la antijuridicidad.

A consideración de Bustos Ramírez¹¹⁵ la imputación debe ser ubicada sistemáticamente en la antijuridicidad, pues ahí tiene ventajas fundamentales.

En cuanto a la **culpabilidad** la teoría funcionalista la considera como categoría de "responsabilidad", en dicha categoría lo importante es saber si el sujeto merece una pena por el injusto cometido.

¹¹⁵ *Ibidem* pp 31 y 32.

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

La Responsabilidad es analizada en la culpabilidad del sujeto y la necesidad de aplicación de una pena.

La culpabilidad está basada sobre el principio de culpabilidad (tema que será abordado en el siguiente punto).

La necesidad de la pena es el presupuesto de mayor aportación en la teoría funcional, es la dirección que marca la interpretación político criminal.

En este presupuesto se toman en cuenta cuáles son los fines de la pena para determinar si la interpretación de la dogmática penal está acorde con los resultados de dichos fines.

El fin de un Estado Liberal Social y Democrático de Derecho es el prevenir los delitos, a través de las sanciones penales, para el funcionalismo la aplicación de las penas debe estar sujeta a los

ANTECEDENTES DE LA CULPABILIDAD

principios de proporcionalidad, de humanidad (dignidad del individuo), rezocialización y culpabilidad.

A hora bien, para profundizar en la teoría funcionalista en la categoría de la culpabilidad, es necesario hacer un breve análisis del concepto del principio de culpabilidad como se analizará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 3

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

1.- LIBERTAD DE VOLUNTAD Y DETERMINISMO

El principio de culpabilidad es uno de los principios característicos del derecho penal, éste se caracteriza por estar frente a la estructura del delito, pero, principalmente acompaña al concepto de culpabilidad en relación a la pena.

De aquí, que se presentan dos situaciones: En primer lugar, del principio de culpabilidad se desprende que “toda pena supone culpabilidad, de tal modo que nadie puede ser castigado sin culpabilidad” (nulla poena sine culpa). En segundo lugar, la medida de la pena no puede sobre pasar el grado de culpabilidad.

Lo importante de este principio es que al sujeto no se le va aplicar una pena por su conducción de vida, sino por el hecho típico antijurídico y culpable que ha cometido. En consecuencia, el principio de culpabilidad se funda en dos caminos diferentes.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Por una parte, el principio de culpabilidad “significa que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor”.¹ Esto se desprende del concepto de culpabilidad desde el punto de vista de la doctrina finalista, que es el juicio de reproche personal ético social, que se le hace al sujeto por un hecho típico antijurídico, por haberlo realizado “cuando podía haber obrado de otro modo”, (posición autodeterminista). Aquí el principio de culpabilidad presupone la libertad de decisión del sujeto.

Por otra parte, el principio de culpabilidad, únicamente es considerado como medio de limitación de la pena; tomando en cuenta que el comportamiento culpable de un sujeto sólo será castigado por razones preventivas; esto es, que el sujeto será responsable penalmente, ya que la misión del Estado es asegurar la convivencia de la sociedad, a través de la protección de sus bienes

¹ Op cit. JESCHECK, Hans, p 30.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

jurídicos, aplicando penas de prevención general y especial (posición determinista).

Del primer camino planteado del principio de culpabilidad, se desprende la idea de libertad de voluntad, pues el concepto de culpabilidad se fundamenta en la reprochabilidad por "por haber podido actuar de otro modo".

Ahora bien, abundando en esta posición, para los indeterministas, el principio de culpabilidad debe asentarse sobre la concepción del hombre como persona, es decir, como sujeto que tiene capacidad para decidir y dirigir su conducta; por lo tanto, el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libre decisión del hombre,² que viene a ser el "libre albedrío o la libertad de voluntad".

La libertad de voluntad que manejan los indeterministas, es un concepto que ha sido planteado desde la antigüedad, inclusive

² Cfr. ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV, p34.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

desde antes de Platón y Aristóteles; en las culturas orientales se veía el libre albedrío como la libertad moral del hombre, como potestad interior para auto gobernarse, en estas culturas "se juzgó al hombre como un ser consciente de sí mismo".³ Con los egipcios, babilonicos y hebreos se consideró al hombre "capaz de conocer su daño y responder por él...".⁴

En la cultura griega, el concepto de libertad moral del hombre viene a ser tratado con mayor amplitud; la frase que estaba acentada a la entrada del templo de Delfos citaba "Conócete a ti mismo".⁵ En esta cultura el concepto de libertad del hombre era considerado como " la aptitud para auto gobernarse y auto juzgarse al bien, evitando el mal".⁶

Platón, consideraba que el hombre no era libre mientras su alma estuviera encarcelada en su propio cuerpo, la cual estaba determinada a vivir sin libertad, pero una vez que llega la muerte el

³ Cfr. FERREIRA DELGADO, Francisco. Op cit. p317.

⁴ *Idem.*

⁵ Frase socrática.

⁶ *Idem*

alma se libera, pues es preciso prescindir del cuerpo para que el alma sola se examine, ya que es por medio del razonamiento como el alma descubre la verdad.⁷

Esto, no quiere decir que el hombre necesariamente tenga que morir para ser libre, y pueda decidir su actuar, ya que en su momento también expresa que el hombre podrá examinarse con el solo pensamiento sin que intervenga ningún sentido corporal.

Por su parte, Aristóteles fue más determinante en el concepto de libertad de voluntad, él afirma que “una acción debe llamarse voluntaria o involuntaria según el momento en que se obra. Ahora bien, el que obra lo hace voluntariamente, puesto que en tales acciones, el principio del movimiento de sus miembros—que; son como instrumentos de su voluntad—en él reside, y todo aquello cuyo principio está en él, también *estará en él hacerlo o no hacerlo*”.⁸

⁷ Cfr. PLATÓN. *Diálogos*. 20ª ed. México. Ed Porrúa. 1984. pp392/93.

⁸ Op cit. ARISTÓTELES. p. 61. (las cursivas son mías)

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Este mismo filósofo griego, sostiene que la voluntad mira al fin, “siendo el fin el objeto de la voluntad, y materia de deliberación y de elección los medios para alcanzar el fin, síguese que los actos por los que, de acuerdo con la elección, disponemos tales medios, son voluntarios”,⁹ pues todo aquel que indaga cómo ha de obrar, parte del principio de la acción y más concretamente de la parte gubernativa del alma, que es la que elige.

Como se puede observar de manera tajante, el pensamiento aristotélico aceptaba el libre albedrío del hombre, admitiendo la autodeterminación.

En el derecho romano, la libertad de voluntad no fue tan clara pero ya en las XII Tablas se juzgaban los hechos como producto de una libertad de elección o auto gobierno, en el delito de homicidio era exigida la comprobación del elemento subjetivo.

⁹ *Ibidem* p 70.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En la Edad Media, con San Agustín y Santo Tomás, se manejaba el concepto de libertad enfocado a la gracia Divina. Lo bueno viene de Dios y lo malo es cosa terrenal.

San Agustín, distinguió el libre albedrío de la libertad; afirmando que “la libertad no está en el libre albedrío, si no que es resultado de buen uso que de él se haga...”.¹⁰ Para él la libertad es entendida como un llegar a ser, pues el hombre no es libre por el hecho de ser hombre, sino que debe luchar por su libertad eligiéndola, por lo tanto la libertad viene a presuponer al libre albedrío.¹¹

Por otra parte, las ideas de Santo Tomás, transitan entre la fe y la razón, él maneja el principio donde finca el intelectualismo, ligando la voluntad al conocimiento, la voluntad depende de la inteligencia en cuanto a motivación, pues no se puede querer lo que no se conoce. El mal no viene de la voluntad divina, sino de la voluntad del hombre.¹²

¹⁰ Op cit ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, pp 50y 51.

¹¹ Idem.

¹² Ibidem pp 54 y 55

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En el siglo XIX, con la Escuela clásica con Carminiani, Romagnosi, Pessina, Carrara se acepta el concepto de libre albedrío, donde "el sujeto de la ley penal es el hombre capaz de querer como ser consciente, inteligente y libre. Se presupone que todos los hombres tienen capacidad para elegir el bien y el mal, el hombre puede libremente realizar la acción prohibida o respetar la prohibición".¹³

Para Hegel el delito sólo puede ser cometido por un hombre, pues a partir de esto se comienza a averiguar la culpabilidad.

En la teoría finalista, el libre albedrío, es "la capacidad para poderse determinar conforme a sentido".¹⁴ La libertad de voluntad es el acto de liberación de coacción causal de los impulsos, para la auto determinación conforme a sentido y conforme a derecho, por lo tanto la libertad consiste en actuar conforme a nuestra propia personalidad.¹⁵

¹³ Op cit. RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, p237.

¹⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán* p.176.

¹⁵ WELZEL, Hans. *Lo permanente y lo Transitorio del Derecho Penal*, p 212.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Dentro de la doctrina finalista, como ya se ha venido mencionando el concepto de culpabilidad supone un juicio de reproche personal de un hecho antijurídico por haberlo cometido cuando podía haber actuado de otro modo, del cual se desprende la base de libertad de voluntad.

Pero al Derecho Penal en la culpabilidad sólo le interesa saber si el autor es personalmente responsable de la acción antijurídica que cometió, para imponer una pena; si el autor es responsable como persona que puede dirigir sus decisiones y haber actuado conforme a la norma, esto permite reprocharle su conducta al autor.

A partir de este planteamiento del libre albedrío, surge una posición contraria (el determinismo), el cual es el segundo camino del principio de culpabilidad.

El determinismo viene a ser la doctrina que niega la libertad de voluntad, considera al hombre incapaz de autodeterminarse.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En la Escuela positivista, con Lombroso, Ferri y Garófalo, el delito se veía como un origen causal- natural, su estudio se sujeta al método científico, con un análisis de patología social criminal en el delincuente, y su propio medio. Esta Escuela niega el libre albedrío, es completamente determinista, es decir, considera una serie de factores físicos y sociales que llevan al hombre a delinquir.

Aquí, el hombre se considera que no es tan libre como se cree, su conducta aparentemente puede ser independiente, en realidad, está manejada por una serie de factores externos, por lo cual el hombre no tiene una responsabilidad moral, sino una responsabilidad social.

La Escuela Ecléctica, con von Liszt,¹⁵ basa su teoría sobre el conocimiento científico, estudia al delito como un fenómeno natural, pero como ente jurídico, estudia los factores y causas sociales, sin

¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA. Luis. Op cit. p147.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

renunciar a la construcción dogmática, rechaza el libre albedrío por ser una posición indemostrable científicamente.

Sin embargo, esta posición causalista niega el autodeterminismo, pero analizándola detalladamente, el delito lo ve como una causación del resultado (una causación física y una psíquica), utiliza un dualismo; mientras en la acción y el resultado se da un "nexo causal"; en la culpabilidad se da un "nexo psíquico", donde al sujeto se le considera con voluntad propia para decidir.

Lo mismo sucede en el sistema neoclásico, pero a la culpabilidad se le da una concepción normativa en el que se le agrega el "reproche", lo subjetivo sigue en la culpabilidad y lo objetivo se mantiene en el injusto.

Después de haber hecho un pequeño análisis de la libertad de voluntad y del determinismo a través de la historia, se puede deducir que el principio de culpabilidad, así como el propio concepto de

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

culpabilidad, han sido y siguen siendo temas de discusión por diversas teorías.

En la actualidad, la teoría funcionalista continúa cuestionando la libertad de voluntad del hombre, “el poder actuar de otro modo”; posición que toma para criticar a la teoría finalista. Los autores que toman dicha posición son Roxin, Gimbernat Ordeing, Córdoba Roda, Stratenwerth, entre otros.

Roxin,¹⁶ expresa que la libertad de voluntad no existe como todo mundo lo reconoce, que no se puede comprobar científicamente; no se puede demostrar en concreto empíricamente, que el delincuente puede actuar de un modo distinto en el momento que cometió el delito.

No se puede demostrar la existencia de culpabilidad, dado que no se pueden derivar deducciones científicas de premisas

¹⁶ Cfr. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Pena*, p 41.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

indemostrables, y si no se puede demostrar que el sujeto tiene voluntad, por lo que, entonces no existe culpabilidad.

Continúa expresando este autor, que mientras la culpabilidad se vea como un problema de conocimiento; entonces el legislador no está legitimado para ordenar, que es posible que alguien pueda actuar de un modo distinto como lo ha hecho,¹⁷ pues no es posible que el Derecho Penal se limite únicamente a castigar por ese solo hecho.

Del mismo modo el Juez, cómo prueba que el sujeto pudo actuar de manera distinta.

En la realidad social, no se puede saber si el sujeto en el momento del hecho antijurídico fue capaz de imponer una decisión de voluntad que se opusiera al hecho, pero lo que, si se trata de ver qué es lo que el orden jurídico exige al autor a la vista de sus condiciones y circunstancias externas de lo sucedido, es decir es

¹⁷ *Ibidem* p.42.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

saber qué se le exige al sujeto para que se le pueda imputar el hecho.

En relación a lo anterior, el mismo Mir Puig,¹⁸ sostiene que es razonable pensar que la decisión humana se halle determinada por la concurrencia de distintos factores, en parte normativos, que concurren en el proceso de motivación de la norma, con arreglo a sentido; la disposición hereditaria y el medio dan origen a influir, a una personalidad determinada (estas disposiciones las suele llamar factores concurrentes en la conducta del individuo); por lo anterior, no cabe fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo..

Muñoz Conde,¹⁹ sostiene que no se puede saber cuáles son las razones que llevaron al sujeto a elegir uno u otro proceder, aún admitiendo de manera abstracta la posibilidad que tiene el ser humano de elegir entre varios posibles.

¹⁸ Véase MIR PUIG, Santiago, *Op cit.* p 585.

¹⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a Roxin. Culpabilidad y Pena.* p 23.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

También señala que hay que buscar para tapan o suplir las deficiencias del concepto mismo de culpabilidad, donde hay que definirlo y dotarlo de un nuevo contenido, a efecto que pueda cumplir sin ficciones o forzamientos su función de límite y fundamento del poder punitivo del Estado.²⁰

Hay que considerar que la culpabilidad, no es un fenómeno individual aislado, la cual no es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputarle al sujeto, y hacerlo responder por su acción. De aquí que lo importante, es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos haceres posibles, que es el que la norma prohíbe con amenaza de pena.²¹

Por lo tanto, la motividad es la capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas, es la posibilidad de motivación de la norma, que viene a ser la facultad humana fundamental que unida a

²⁰ Ibidem p 26.

²¹ Ibidem p 34.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

otras facultades como la inteligencia, la afectividad etc., permiten la atribución al sujeto por su acción cometida.²²

Es decir, que el sujeto es motivable por las normas de modo habitual, y que un hombre medio (común) en su situación no habría cometido el hecho.

Córdoba Roda, sostiene por su parte, que el poder actuar de modo distinto, en cuanto a su comprobación científica no es factible, pues la aceptación de esta posición llevarían a la administración de justicia a un alejamiento de poder comprobar la culpabilidad, ya que entre el juez y la acción cometida llevará varios aspectos de tiempo y posibilidades de peritaje.²³

En consecuencia, este autor destaca que una acción delictiva puede ser cometida sin que concurra el juicio de reproche, así mismo pueden concurrir diversas causas; por un lado, porque la

²² Véase SHUNEMANN Berd. *Nueva tendencia en el concepto jurídico penal*, trd, Marian Sachernde Koster, Universidad de Munich, 1984, p 20.

²³ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y pena*, p 24.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

conducta realizada represente una acción normal en el medio en que se desenvuelva el sujeto - incluso desde el punto de vista de la cultura del grupo social al que pertenece—por ejemplo el individuo que perteneciendo a un ambiente en donde la promiscuidad sexual constituye una forma habitual, al sujeto no se le puede decir que comete determinado tipo de acción contrarias a la honestidad.

Por otro lado, se puede explicar la ausencia del reproche cuando el actuar del sujeto es resultante del hecho, de que la acción ilícita se da como única solución posible a la situación de conflicto en la que se da una serie de factores externos; por ejemplo la criada soltera que en un medio rural concibe un hijo y después del parto le da muerte.²⁴

En este ejemplo se presentan una serie de factores externos desencadenantes del delito, que pueden ser:

a) La situación social de la mujer

²⁴ Ibidem pp 25 y 26.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

- b) El medio rural al que pertenece
- c) El abandono del padre (de la víctima)
- d) La rigidez moral del medio.

De lo anterior, se puede decir que; por todos los factores externos sociales que rodean al sujeto, ya no se puede hablar de una culpabilidad subjetiva individual, sino de una culpabilidad de la sociedad en relación al delito cometido.

Gimbernat Ordeing,²⁵ también sostiene que la idea del indeterminismo es una interpretación lejos de comprobar científicamente, pues en la investigación científica del psicoanálisis se sostiene un determinismo de nuestras acciones.

En cuanto a la posición que sostiene Stratenwert²⁶ sobre el poder actuar de otro modo; considera que no se trata de cuestiones metafísicas, sino de determinados mecanismos de elaboración de

²⁵ Citado por ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV, p 476.

²⁶ Citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Ed Ariel, 1984, p 370.

conflictos sociales, pues el principio de culpabilidad debe conservar su independencia incurriendo a los motivos político criminales de los fines de la pena.

Después de haber analizado estas dos posturas del determinismo y el indeterminismo, hay una tercera posición, que sostiene el penalista español Juan Bustos Ramírez.

Afirma este autor, que las dos tendencias ignoran y desechan la realidad del hombre en el mundo; pues el libre albedrío está fuera de tiempo y lugar en el ámbito científico, y el determinismo, está atado a una causalidad ciega que también está fuera de tiempo y espacio; ambas tendencias son individualistas y estigmatizadoras, que reniegan del hombre como tal.²⁷

Agrega este autor, que es necesario superar estas dos posiciones, pues la libertad del hombre no es poder obrar de otra manera, ni la determinación es una causalidad, sino que el hombre

²⁷ *Ibidem* pp 371 y 372.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

responde por su comportamiento por la conciencia de él, pero está conciencia está dada socialmente. La conciencia no es una cuestión psíquica, sino histórico social, es el proceso histórico social el que determina, en relación al psíquis del individuo es su conciencia (el desarrollo histórico social y conciencia son dos términos inseparables).²⁸

Este autor, analiza la culpabilidad del sujeto de diferente forma; la ve desde el ámbito social, tratando de darle un contenido especial, determina que el hombre solo puede ser comprendido en cuanto el vive en sociedad.

Considera, que el hombre vive dentro de una relación social, no como simple sujeto, sino como actor que cumple determinado papel en la sociedad, que éste es dado por la misma sociedad; dándose una constante interacción y vinculación entre el actor y demás circunstancias; y lo que caracteriza al hombre en la sociedad es el curso histórico del desarrollo de las relaciones sociales, en donde el

²⁸ *Ibidem* p 376.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

actor toma conciencia de su papel; y por lo tanto es responsable por sus actos.

En conclusión a las posturas antes expuestas, se puede decir que ambas posiciones son extremadamente rigurosas que no permiten aceptar, por un lado la libertad de voluntad; y por otro que el resultado de una conducta se deba a factores sociales.

Hay que reconocer que el hombre no es un ser aislado, sino es un individuo que pertenece a una sociedad y que por ese solo hecho no deja de estar rodeado de factores o circunstancias externas; pero también es un ser dotado de inteligencia, de conocimiento y raciocinio que le permite tener conciencia para decidir por si mismo lo que hace o no hace.

En otras palabras, Recaséns Siches sostiene que: "el hombre ni tiene ni deja de tener albedrío",²⁹ ya que este no es una potencia psicológica ni cosa biológica, es la expresión del tipo de inserción

²⁹ Citado por REYNOSO DÁVILA: Roberto. Teoría General del Delito. Ed. Porrúa, 1998, p 172.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

del hombre en el mundo en donde vive; el hombre siempre se va encontrar en una situación de posibilidades limitadas de caminos a seguir y por lo tanto estará en posibilidades de decidirse por si mismo. La vida del hombre consiste en tener que elegir en cada instante entre varios caminos que le depara las circunstancias.³⁰

2.- RANGO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Dentro de los principios rectores de un Estado Liberal Social y Democrático de Derecho, se encuentra el principio de culpabilidad.

Este principio de culpabilidad tiene una importante función garantizadora para el individuo frente al Estado; pues limita el ejercicio del poder punitivo del mismo; para que pueda éste, aplicar una verdadera administración de justicia penal es necesario que

³⁰ Sin embargo algunos autores como Zaffaroni y Shunemann sostienen que cuando se desconoce el fundamento de libertad de voluntad humana, no se puede construir la culpabilidad, y no es posible un orden que regule la conducta de las personas, por lo que es inconcebible el derecho mismo; una culpabilidad sin base ontológicas sería un concepto vacío de contenido que no respondería a la justificación o legitimación de la pena, y que solo se justifique con medidas preventivas. Véase a Zaffaroni Eugenio. Tratado de Derecho Penal, tomo IV p. 35. Y Shunemann Bernd op cit, p 20.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

recurra a este principio (no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena será aplicada en relación al grado de culpabilidad).³¹

Es importante mencionar que junto al principio de culpabilidad, está el principio de legalidad; pues en un Estado liberal social y democrático de derecho el delito y la pena se regulan por la ley (escrita, estricta, previa y cierta), este último principio se encuentra contemplado en nuestra Constitución en su artículo 14.

Se dice que el principio de culpabilidad se da junto al principio de legalidad, porque el primero exige que se determine claramente el ámbito de la tipicidad; en cuanto que las leyes penales no tengan efectos retroactivos, y que se excluya cualquier tipo de analogía en contra del delincuente; así como la pena debe ser aplicada exactamente al delito que se trate.

³¹ Tanto el principio de culpabilidad como los de más principios rectores del Estado liberal, fueron acuñados en la segunda mitad del S. XVIII, cuando surge un nuevo concepto de Estado, con la revolución francesa y la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estos principios marcan el límite del poder punitivo del Estado (principio de legalidad, legitimidad, de bienes jurídicos, de mínima intervención). Véase a Moreno Hernández Moisés, *Principios Rectores del Derecho Penal*, Revista Criminalia año LXIV, No 3, México Sep- Dic, 1998, Ed Porrúa, p162. y Fernández Carrasquilla, Juan *Derecho Penal Fundamental* tomo II.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad se le considera de rango constitucional porque está considerado en la Constitución; sin embargo nuestra Constitución mexicana no lo contempla expresamente; pero sí en instrumentos internacionales que México ha suscrito, como es en el Pacto de San José.

En términos constitucionales, el artículo 133, considera que “todos los tratados que estén de acuerdo con la Constitución y que se celebren por el Presidente de la República serán Ley Suprema”. Esta consideración constitucional le sirve de garantía al inculpado.

También el Código Penal de 1931, no establecía el principio de culpabilidad, sino el principio de peligrosidad o temibilidad creado en el positivismo, en sus artículos 12 y 52.

El artículo 12 establecía: “...Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado la ejecución del delito...”.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El artículo 52 expresaba: En la aplicación de sanciones penales se tendrán en cuenta: 3º "... las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que muestren su mayor o menor temibilidad".

En las reformas de 1994 hechas al Código Penal, en sus artículos 12 y 52, se desecho el principio de peligrosidad, y se estableció el principio de culpabilidad como se puede observar en los mencionados artículos.

Artículo 12, 2º párrafo: " Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Artículo 52. "El juez fijara las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base a la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente...".

3.- CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PENA.

Al principio de culpabilidad, se le atribuyen dos funciones fundamentales: una como función fundamentadora de la pena (función dogmática) y otra como función limitadora de pena (función de política criminal); en este punto se desarrollará la primera función y en el siguiente punto la segunda.

La posición de la culpabilidad como fundamento de la pena, es sostenida por la teoría finalista;³² se refiere a que el Estado puede imponer una pena al sujeto, porque siendo éste capaz de determinarse a su libertad de voluntad, pudiéndose comportar de otro modo y no lo hizo, realizando una conducta típica y antijurídica, y para ello es necesario que concurren los elementos de la culpabilidad como son: la capacidad de culpabilidad (imputabilidad); el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

³² Cfr. JESCHECK, Hans Henrich. *Op cit.*, p 36.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Aquí, la pena es impuesta al sujeto que resulta culpable de un hecho ilícito, por lo que a los inculpables no se les puede imponer una pena, pero sí resultan ser sujetos peligrosos, el Estado podrá imponerles medidas de seguridad. En consecuencia se puede decir, que la pena impuesta al sujeto por un hecho ilícito se considera una retribución, entendida ésta como el castigo que la sociedad le impone al sujeto por haber actuado contrario a derecho. De esta forma es como se considera a la culpabilidad como fundamento de la pena.³³

El Estado para justificar el castigo pone a la culpabilidad como presupuesto de la pena; pero es de tomarse en cuenta que el Estado no va a castigar la culpabilidad, sino el hecho típico y antijurídico, dependiendo del bien jurídico lesionado o puesto en peligro; esto es, que la culpabilidad va a fundamentar la pena en base al "reproche".

³³ Cfr. GARRIDO MONTT; Mario. *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Santiago de Chile, Ed Jurídica de Chile. 1992. pp198 y199.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En base a lo anterior, se puede decir que la postura finalista adopta la libertad de voluntad (que es la cuestión psíquica que está considerada fuera de la culpabilidad) y ubicada en la tipicidad; esto significa que la responsabilidad penal sólo puede derivarse de la relación psíquica entre el sujeto y el resultado, excluyendo la responsabilidad objetiva se podría decir que de este modo se fundamenta la pena.

En relación a esta postura, han surgido una serie de críticas por varios autores, basándose en la teoría del determinismo; pues, ya desde la Escuela Clásica Italiana,³⁴ se niega que la sanción dependa de la libertad de voluntad y por consecuencia pueda existir culpabilidad.

Por lo tanto, se niega el principio de culpabilidad como fundamento de la pena y se buscan sustitutos para poder fundamentar la intervención del Estado para imponer las penas,

³⁴ Véase VILLAREAL PALOS, Arturo Op cit, pp 51 y ss.

tales como la responsabilidad social y sobre todo basado en la peligrosidad.

Roxin,³⁵ es uno de los principales críticos a esta postura, y expresa que la culpabilidad no puede ser útil para fundamentar la pena, pues como se sabe, aquello presupone la libertad de voluntad, situación que sostienen incluso los partidarios de la retribución es indemostrable.

Continúa afirmando este autor, que el principio de culpabilidad aparece no como fundamento de la pena, sino como medio imprescindible para limitar la intervención penal estatal, pues tiene la función de asegurar al individuo, que el estado no extenderá su poder estatal en aras de retribución; sino de prevención general y especial; ya que el fundamento de la retribución es insuficiente, por lo cual debe ser abandonado.³⁶

³⁵ *Ibidem* p 69

³⁶ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Pena*, pp 42 y 43.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Esta postura de la culpabilidad como fundamento de pena en un principio sirvió para justificar la teoría que sostenía el fin de la pena en la retribución, dicha retribución es entendida como la imposición de un mal adecuado a la culpabilidad (la culpabilidad puede ser anulada o expiada); y de este modo resulta tener un efecto perjudicial para el acusado, legitimando el mal que se le impone.³⁷

Concluye este mismo autor, que la misión del Derecho Penal no puede consistir en retribuir la culpabilidad, sino solamente en la prevención del delito y resocialización del delincuente; pues la postura de retribución de la pena es científicamente insostenible y desde el punto de vista político criminal resulta perjudicial al delincuente, dicha posición es irracional e incompatible en bases teóricas de una democracia.³⁸

Así pues, la pena debe responder a fines que garanticen la mejor convivencia y su fundamental objetivo es el de la prevención general y especial, que se apoye en el concepto de culpabilidad donde el

³⁷ Idem

³⁸ Idem

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

sujeto tiene la posibilidad de elegir su conducta lícita o ilícita, teniendo un margen de libertad, que servirá de soporte a la culpabilidad para poder imponer una pena, con el fin de que ésta no sea rebasada por la culpabilidad, protegiendo al delincuente en su "dignidad humana".

Sólo una ejecución de pena puede ser exitosa cuando al condenado, se le aplique una ejecución de pena que lo resocialice (prevención de carácter especial).

4.- CULPABILIDAD COMO LÍMITE, ELEMENTO DE DETERMINACIÓN O DE MEDICIÓN DE LA PENA

La segunda función que se le atribuye al principio de culpabilidad es como límite de pena; por su parte la teoría funcionalista sostiene que la culpabilidad no puede ser fundamento de pena, por la tesis que sostiene que el libre albedrío es indemostrable, pero sí ve a la culpabilidad como un principio limitador de la pena.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Desde esta perspectiva, el principio de culpabilidad como límite de la pena, consiste en que la pena no puede rebasar el grado de culpabilidad, ni su gravedad, ni su duración; se señala el límite máximo de la pena, así como también limita el poder de intervención del Estado.

En cuanto a su finalidad del principio de culpabilidad como límite de la pena, Roxin establece lo siguiente: El principio de culpabilidad exige, pues que se determine claramente el ámbito de la tipicidad, que las leyes penales no tengan efectos retroactivos y que se excluya cualquier tipo de analogía en contra del reo, vinculando de este modo el poder estatal a la *lex scripta* e impidiendo una administración de justicia arbitraria.³⁹

De este modo el principio de culpabilidad en su función limitadora de la pena, tendrá el carácter de prevención general y especial, considerándose algo útil desde el punto de vista político

³⁹ *Ibidem* p 46.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

criminal, que le sirve de garantía al individuo frente a la intervención del Estado, para que no actúe arbitrariamente;⁴⁰ pues su objetivo principal está encaminado a limitar el máximo o el límite de la pena, es decir el límite impide que el Estado imponga penas por encima de la culpabilidad o por debajo de ésta.

Lo que se trata de impedir con el principio de culpabilidad en su función limitativa de la pena es que el estado no actúe arbitrariamente como ya se ha venido diciendo, e imponga penas intimidatorias que superen el grado de culpabilidad; si esto llega a suceder como ha sucedido en Estados totalitarios y de terror penal, se estará lesionando la dignidad humana, y se estará por encima de los derechos del hombre.

⁴⁰ En el siglo XVIII, ya se expresaban algunos pensamientos sobre las garantías del delincuente frente al estado: "castigar el crimen sin herir a la justicia, esto es reprimir a los malos, proteger la inocencia, sustraer la debilidad a la opresión, arrancar el cuchillo a la tiranía, mantener el orden social y asegurar la tranquilidad de sus miembros". Se "exigía que las leyes penales fuesen sencillas, pero también "justas", claras y precisas... Reiteraban el principio político criminal de que; "En toda sociedad ordenada se cuida más de prevenir los crímenes que de castigarlos, y a menudo se consigue esto imponiendo menor pena". "Exigía que las penas fuesen "siempre proporcionadas a los delitos", porque el delito perturba el orden social; mientras que la pena injusta o desproporcionada es un crimen que lo destruye. Precisaban la igualdad de todas las personas ante la ley penal, sin pasar por alto las diferencias punitivas derivadas del mayor o menor grado de culpabilidad...". Véase a FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*, Tomo I, p 29.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Franz von Liszt, en su Programa de Marburgo consideró el Derecho Penal como límite infranqueable de la política criminal, como "Carta Magna del delincuente", que vendría a consistir, en que no se le imponga penas al sujeto, que excedan los límites de la propia culpabilidad, con respecto a los fines de la propia pena; pero, desde el punto de vista preventivo y de rehabilitación, para una mejor convivencia social.

Esto es que, la finalidad de la política criminal y la voluntad del juez tienen sus límites en la propia ley. La ley es para el condenado y para fundamentar su condena, así como también, como protección de excesos del Estado y garantía de equidad y control.⁴¹

Por su parte Gunter Jakobs, considera "...ilegítima la pena inútil, sólo aquella que se muestra para el mantenimiento del orden social puede ser aceptada; como quiera, que el principio de culpabilidad limita la utilización de medios socialmente funcionales, entonces,

⁴¹ Cfr HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*, Trad por Francisco Muñoz Conde y Luis Arrollo Zapatero, Barcelona, Ed Bosch, 1984, p246.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

existe el peligro de que la pena sea inadecuada para la consecución de sus fines y sea ilegítimo...".⁴²

Frente a este principio limitativo de pena, se presentan varias críticas:

1º Si la culpabilidad es un factor limitador de la pena de igual manera debe ser un presupuesto de ella y al mismo tiempo es presupuesto del castigo (retribución).

2º Este principio de culpabilidad no puede cumplir una función limitadora, porque no se puede calcular con exactitud la pena.

Para esta crítica responde Roxin⁴³ diciendo que si bien es cierto que no es posible una cuantificación exacta de la culpabilidad de tal manera que a un hecho determinado pueda corresponder una pena calculada con rigor matemático. Pero tampoco es esto necesario,

⁴² Citado por GARCÍARIVAS, Nicolás. *Op cit*, p 92

⁴³ Cfr. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Pena*, *Op cit*, p 50.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

pues la función político criminal de este principio es el de impedir por razones de prevención general o especial, se abuse de la pena.

En el fondo, lo que se quiere es que se garantice el grado máximo o mínimo de la culpabilidad para imponer la pena, considerando que el legislador es el que hace la descripción de los delitos en las leyes penales y establece el límite de las penas para cada delito en particular.

3º contra este principio, se dice que a veces no se puede aplicar la pena según el grado de culpabilidad del sujeto, por la existencia de la aplicación de medidas. En el caso de un delincuente enfermo mental; cuanto menor sea su culpabilidad mayor puede ser su peligrosidad, no se puede renunciar a la aplicación de medidas, pero cuanto mayor sea la tendencia de delinquir, menor va a ser la aplicación de una pena, pero sí se someterá a un tratamiento psiquiátrico permanente.⁴⁴

⁴⁴ Ibidem, p 51.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

A esta crítica, sostiene Roxin que las medidas de seguridad no son admisibles en todos los casos, sino solamente bajo presupuestos muy estrictos como la última ratio de las posibilidades de la reacción estatal. En casos normales, en la criminalidad de poca o media gravedad sigue siendo la pena la única sanción privativa de la libertad, así que el principio de culpabilidad sigue desarrollando su función limitadora y sólo en casos que exista peligrosidad grave en el delincuente puede imponérsele medidas.

Es importante tomar en cuenta que también las medidas, están limitadas por el principio de proporcionalidad, pues las medidas solo están justificadas cuando son exigidas por un interés público.

En conclusión, tanto las medidas como las penas deben armonizarse por igual en los intereses preventivos del Estado y la libertad y protección del respectivo delincuente.

En base a esto, se fundamenta la doble vía, afirma Jescheck que “la pena fijada en función de la culpabilidad por el hecho no siempre

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

puede ajustarse a la misión preventiva del derecho penal, pues muchas veces su duración no es suficiente para garantizar el éxito preventivo, y es necesario un tratamiento pedagógico o terapéutico del delincuente, que por su naturaleza no puede realizarse durante el cumplimiento de su condena. La pena debe ser completada con medidas".⁴⁵

De lo hasta aquí expuesto, se puede decir que tanto la postura de fundamento de pena como del límite de la misma; son funciones necesarias para la aplicación de la pena en base, a la culpabilidad del sujeto; independientemente de que, si una es retribucionista y la otra de aspecto preventivo, ambas son parte del principio de culpabilidad.

Sí, por un lado, para que se fundamente la pena es necesario que se dé una acción antijurídica y culpable, y por otro lado, una vez dada la culpabilidad se puede hablar de su función limitadora, la cual permitirá al juzgador fijar un límite máximo o mínimo de la pena

⁴⁵ JESCHECK, Hans Henrich, Op cit, p 113

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

según lo establezca la ley, se puede decir que se está hablando de dos momentos distintos.

Sin embargo la tesis de Gimbernat, establece que: "la pena no puede hallar su fundamento y su límite en la culpabilidad, sino en las exigencias de la prevención general y especial. Pero la exclusión de la responsabilidad objetiva sólo puede basarse en el principio de culpabilidad".⁴⁶

Esta postura, no puede ser del todo aceptada, ya que para poder establecer una pena, es necesario un acto típico antijurídico y culpable; por lo que una vez comprobada la culpabilidad, ésta será fundamento y límite de la pena, más sin embargo la pena encuentra su finalidad en la retribución y en la prevención tanto general como especial.

⁴⁶ Citado por CEREZO MIR, José. *Derecho Penal*, 3ª reimp, Ed Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998, pp 15 y 19.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Por otra parte, el principio de culpabilidad sirve para determinar y medir la pena, pues según el grado de culpabilidad será el grado máximo o mínimo de la pena.

Según Roxin,⁴⁷ la teoría de la determinación de la pena, puede determinar y sistematizar perfectamente criterios racionales, las circunstancias agravantes y atenuantes de un caso en concreto (factores que agravan o atenúan la culpabilidad).

Aquí, lo que se trata es de determinar la pena, su gravedad y su duración de la misma, es decir, encontrar la magnitud exacta de la pena en un caso concreto según la gravedad de la culpabilidad, en cuyo caso sea la pena la más exacta a la culpabilidad, y que ésta no quede ni por debajo ni por encima de los límites de la pena que han sido establecidos por el legislador para cada delito.

Se puede decir que la medida de la pena es la medida de la responsabilidad del sujeto que realiza una conducta típica y

⁴⁷ Cfr ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención*, p50.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

antijurídica, dependiendo la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

En nuestra legislación mexicana, en sus artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, se establece los límites fijados por la ley para la aplicación de las penas y medidas de seguridad para cada delito, en base a la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad; así como otras circunstancias.

En cuanto a la individualización de la pena ésta es entendida como un acto judicial que realiza el juzgador, pero con una gran responsabilidad; pues, es una difícil misión que tiene que cumplir al aplicar la pena al caso concreto. Al momento de determinar la pena el juzgador tiene un parámetro mínimo y un máximo dentro de los cuales puede moverse para tratar de aplicar una pena, pero ésta tiene que ser la más justa posible, según el grado de culpabilidad del sujeto y la gravedad del ilícito.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal establece las circunstancias para la medida de las penas y medidas de seguridad en sus fracciones siguientes:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto.

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla.

III.- las circunstancias de tiempo, modo y ocasión del hecho realizado.

IV.- Las formas y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y de la víctima u ofendido.

V.- La edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico o pueblo indígenas, se tomaran en cuenta, a demás sus usos y costumbre.

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido y,

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito; siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

5.- LA CULPABILIDAD COMO ENLACE DE LA PENA.

Como ya se ha explicado anteriormente, dentro del principio de culpabilidad para algunos penalistas la culpabilidad es considerada como fundamento, límite, determinación o medida de pena. Sin embargo para otros no es ninguna de estas características, sino sólo la culpabilidad es un enlace de la pena.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La culpabilidad es considerada por la doctrina como la tercera categoría de la estructura del delito; y por lo tanto la más importante para poder establecer una pena, por lo que algunos autores la consideran como simple enlace de la pena, y esta última es contemplada como modo de expiación, al lado de la forma de "justicia retributiva".

Pues, la esencia retributiva de la pena es en razón de la culpabilidad del sujeto, de ahí que al cometer un delito, la pena sea la realización de la justicia absoluta.

En síntesis, se puede decir que a pesar de que la culpabilidad se considere fundamento de la pena para la teoría finalista y como límite y determinación de la misma en la teoría funcionalista; ambas características son necesarias para el establecimiento de la pena y no solamente como simple enlace, o como otras teorías que consideran que no sirve la culpabilidad ni como fundamento, ni como límite por lo que postulan su reemplazo, por que sólo la pena

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

se puede fundamentar en las exigencias de la prevención general y especial.

CAPÍTULO 4

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

1.- CULPABILIDAD COMO RESPONSABILIDAD.

La Teoría funcionalista, como se ha venido expresando ha marcado dos grandes innovaciones dentro de la teoría del delito; la primera es la teoría de la imputación objetiva que ya se explicó;¹ la segunda es la categoría de la culpabilidad analiza desde el punto de vista de los fines de la pena y la política criminal, tema que será abordado en este capítulo.

El sistema funcionalista analiza el concepto de culpabilidad en un sentido más amplio que los demás sistemas del delito; considera que la culpabilidad debe elevarse a la categoría de "responsabilidad", y que ésta a su vez debe tener dos presupuestos que son:

¹ Vid Supra Cap 2, p 80 y ss.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

La culpabilidad y la necesidad de la pena (desde el aspecto preventivo general o especial).

De tal manera que la culpabilidad y la necesidad de la pena se limitan recíprocamente y solo conjuntamente darán lugar a la responsabilidad jurídico penal del sujeto; por si solos no serán suficientes para la aplicación de una pena; de este modo la responsabilidad se presenta en el ámbito de la determinación de la punibilidad como la realización dogmática de la teoría político criminal de los fines de la pena.²

La importancia de la categoría de “responsabilidad” consiste en que ésta tiene que resolver bajo qué presupuestos el autor puede ser penalmente responsable de una acción típica antijurídica (injusto) realizada por él, a su vez siendo éste merecedor de una pena.

² Véase ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, pp 204 y 222.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

En cuanto a la concepción de culpabilidad Roxin expresa que :
“El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de auto control, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho”.³

Roxin concibe a la culpabilidad como la capacidad de motivación por la norma, susceptible básicamente de comprobación empírica mediante los conocimientos de Psicología y psiquiatría, pues se le atribuye al sujeto la capacidad de obrar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Es por ello que la culpabilidad se considere un concepto mixto empírico normativo.⁴

Sin embargo, a pesar de que, después se dé el injusto y la culpabilidad, puede no aplicarse la pena; el legislador aún

³ Ibidem. p 792.

⁴ Citado por CEREZO MIR, José. Op cit, p 22.

existiendo culpabilidad renuncia a la pena, porque la misma no le parece preventivamente indispensable; por lo que es importante que se dé la "responsabilidad". Aquí, la idea de la culpabilidad se limita, considerándose un concepto más restringido frente a la propia responsabilidad.

Un ejemplo donde se da la culpabilidad, pero no la responsabilidad, es en el estado de necesidad disculpante, en donde el sujeto actúa típicamente y antijurídicamente, y también puede actuar de otro modo y se comporta por ello culpablemente, sin embargo el legislador considera que no haya una necesidad de pena, ni prevención general ni especial por lo que queda excluida la responsabilidad penal.⁵

⁵ Esta nueva doctrina pretende cambiar lo que era una responsabilidad personal a una responsabilidad social, por que el hombre debe responder según el criterio social de responsabilidad, por su papel que juega en la sociedad. Véase CREUS, Carlos, Derecho Penal Parte General, Ed Reus, 1992, p1992, p 241. La doctrina funcionalista es concebida por Günter Jakobs, como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad; el derecho penal por tanto confirma la identidad social, pues restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. En el sistema funcionalista lo que ha de ser resuelto es siempre un problema social; la solución a través del derecho penal por medio del sistema jurídico en cuanto a sistema social se refiere. Dentro del marco funcional es la sociedad o el mundo exterior, refiriéndose a la comunicación; sentido o naturaleza; es decir, el autor expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación, manteniéndose en la naturaleza. Lo que se entiende como naturaleza y lo que se entiende como sentido, son temas centrales para el concepto de culpabilidad en el Derecho Penal, pues el concepto de culpabilidad es el que separa el sentido de la naturaleza. Véase Günter Jakobs, Sociedad, Persona, Normatividad en el Derecho Penal Funcional, Ed Civitas, 1991, pp 15, 16 y 59.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

Comúnmente cuando un sujeto actúa en estado de necesidad se dice que actúa sin culpabilidad, pero esto significa que actúa sin responsabilidad y sí con culpabilidad (disminuida). Por eso el término responsabilidad debe ser considerado en el sentido más amplio que la culpabilidad, de tal modo que la "responsabilidad" debe entenderse como la acción responsable.

En cuanto, que a la culpabilidad se le ha considerado por otras teorías como un juicio de responsabilidad, la teoría funcionalista considera que puede ser una condición necesaria para que se de la responsabilidad, pero aún no es suficiente para abarcar la responsabilidad, por lo que es necesario añadirse la necesidad preventiva de sanción; y considerarse en términos generales "un juicio de responsabilidad".

Al respecto Roxin sostiene que la culpabilidad por sí sola, entendida como posibilidad de actuar de un modo distinto, es insuficiente para justificar la imposición de una pena. A ella debe añadirse la consideración preventiva tanto general como especial, de que la pena es necesaria para reforzar el sentimiento jurídico y la fe en el Derecho de la comunidad... Cuando ninguno de estos efectos preventivos sean necesarios, por más que el actor haya

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

actuado culpablemente en el sentido tradicional de la palabra, no podrá imponerse una pena.⁶

Por su parte también Muñoz Conde afirma que “la culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella”.⁷ Es la sociedad en un momento histórico determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable.⁸

Jakobs ve el concepto de culpabilidad como una atribución preventiva general, pues sólo el fin dota de que la simple desaprobación, también exige que el sujeto tenga la capacidad de poder actuar conforme a derecho. El fin rector (prevención general) determinante de la culpabilidad, es la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva, mediante la atribución de culpabilidad y punición.

⁶ ROXIN. Claus. *Derecho Penal*, p222

⁷ ROXIN. Claus. *Culpabilidad y Prevención*, p 20

⁸ *Ibidem* p 28.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

culpabilidad sólo estaría en juego la concreta capacidad individual del autor del hecho; la falta de atribuidad o responsabilidad da como resultado la no imposición de una pena. En esta teoría el inimputable que realiza una acción típica y antijurídica en una situación que excluye responsabilidad por el hecho, no puede ser sometido a una medida de seguridad. La anormalidad excluye tanto pena como medida de seguridad.⁹

Para mayor abundamiento de lo que es la culpabilidad como categoría de responsabilidad, Maurach es quien hace un estudio más amplio y claro, como se verá en el siguiente punto a desarrollar.

2.- TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE MAURACH

En primer plano Maurach considera a la culpabilidad como el concepto central del derecho penal, ya que una acción típicamente antijurídica, tan sólo es relevante para el derecho

⁹ Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ed Temis, 1989, pp 138 y 139.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

penal si el juicio de desvalor recae sobre el acto y se extiende hacia el autor. Tal juicio de desvalor se designará en general como culpabilidad jurídico penal.¹⁰

Este mismo autor considera que la culpabilidad es algo más que un simple desvalor sobre el autor, pues no nada más se fijaran los límites de la culpabilidad sino también de la responsabilidad del sujeto; pues la atribución personal del acto abarca la responsabilidad del sujeto, así como la pena y en consecuencia presupone la culpabilidad.

La responsabilidad también la denomina atribuibilidad, la cual considera que debe contener un juicio de desvalor sobre el autor; por lo tanto por atribuibilidad debe entenderse el juicio de que el autor, al cometer su acción típica antijurídica, no ser conducido conforme a las exigencias del derecho; por lo tanto la atribuibilidad constituye un juicio de desvalor.

¹⁰ Cfr. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ed Temis, 1989, pp. 138 y 139.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

La atribuibilidad tendrá su razón de ser en la convivencia humana, pues pone de relieve que el acto concreto debe ser atribuido al sujeto que vive en sociedad y que ha realizado un acto típico y antijurídico, considerándose una relación desaprobada hacia el autor, presentándose las posibilidades de la reacción del órgano judicial para aplicar una sanción penal.

En consecuencia el grado de responsabilidad por el hecho y la culpabilidad se vienen dando según el grado en que el autor responde frente a la sociedad, por su hacer. La responsabilidad como ya se dijo es un juicio de desvalor que grava al sujeto; mientras la culpabilidad exige la concurrencia de un reproche personal.

La responsabilidad por el hecho, significa el responder por un hecho típico antijurídico propio; propio en cuanto a las circunstancias objetivas del acto le han permitido al sujeto una motivación de las norma en una situación normal.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

En cuanto a la culpabilidad, ésta se constituye sobre la base de la responsabilidad por el hecho. La simple desaprobación del autor no basta, sino que es necesario el reproche, pues éste supone algo más que la simple desaprobación, también exige que el sujeto tenga la capacidad de poder actuar conforme a derecho.

En conclusión, actúa culpablemente todo sujeto responsable por su hecho que comete, su acto como imputable con la posibilidad de conocer el injusto; la culpabilidad es el reproche que se le hace al autor por haber abusado de su capacidad de comprensión y de entendimiento en relación a la norma, por lo cual se determina como un hecho punible.

De tal manera que la responsabilidad por el hecho queda como primer nivel de la imputación, y el juicio de reproche (culpabilidad) como segundo nivel de imputación. Esta teoría viene a resolver una serie de cuestionamientos sobre el actuar del hombre en sociedad; pues en el primer nivel que es la

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

responsabilidad, se intenta fundamentar la pena, responsabilizando al sujeto por su actuar y el segundo nivel es ese juicio de reproche que se le hace para poderle imponer una pena.

Por otro lado, para Maurach, los inimputables son capaces de realizar conductas ilícitas, que les pueden ser atribuidas como propias, pero no se les puede considerar como culpables; sin embargo no se les impone una pena, pero sí una medida de seguridad.¹¹

En cuanto a los casos de estado de necesidad disculpante, exceso de legítima defensa, miedo insuperable; estos no serán conductas consideradas con responsabilidad o atribuidas, sino sólo se considerará culpabilidad (disminuida); casos en donde el legislador por cuestiones político criminales no impone una sanción, pues desde los fines de la pena en estos casos no es necesaria ni una prevención general, ni especial.

¹¹ Idem

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

El Código Penal alemán en su artículo 35,¹² excluye la pena en el estado de necesidad disculpante, del mismo modo en el artículo (7, 8) del Código Penal español; así como en el artículo 33,¹³ del mismo Código Penal alemán también excluye la pena en el exceso de legítima defensa.

Sin embargo, en nuestra legislación mexicana, en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 16, establece que: "Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho... se le impondrá la pena del delito culposo.

Por otra parte, se puede decir que a consideración de la teoría del fin de la pena, la pena se sitúa en cuanto al autor, pero como consecuencia de un hecho típico, antijurídico y culpable (la pena

¹² El artículo 35 del Código Penal alemán: "disculpa un hecho cometido en estado de necesidad en caso de amenaza de bienes jurídicos de terceros (vida, integridad corporal, libertad, etc.), pero no en caso de actuaciones para evitar otros peligros; sin embargo el código Penal español no señala un límite preciso al mal que se pueda causar a los bienes jurídicos.

¹³ En cuanto al exceso de legítima defensa, queda impune sólo si se refiere a la turbación, terror y espanto, sin contemplar como posibilidad de impunidad; cuando el exceso se deba a estados pasionales como el cólera o el odio. El Código Penal para el Distrito Federal en México, contempla los estados pasionales

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

se puede dar en situaciones jurídicas especiales, pues aveces el legislador establece sanción en ciertos casos y aveces prescinde de ella; como ya se explicó en los casos de exceso de legítima defensa y de estado de necesidad no hay aplicación de sanción y en los casos de la actividad profesional (como la de los bomberos, los socorristas, los militares, policías, etc.) la ley los ubica en una situación especial en donde sus conductas ilícitas sí son sancionables, pues la existencia de peligros en su profesión son esenciales para el funcionamiento del sistema social.¹⁴

Como se puede ver, en estos últimos casos, el legislador cambia de opinión y por razones político criminales desde el fin de la pena, exige una responsabilidad jurídico penal por la situación profesional, que les obliga a cumplir su misión; por el contrario se estaría frente a situaciones graves de riesgo ante la sociedad.

como estados de emoción violenta y éstos son sancionados y sólo se atenúa su culpabilidad (véase el artículo 310).

¹⁴ Véase ROXIN. *Claus. Culpabilidad y Prevención*, pp 73 y 74.

3.- NECESIDAD DE PENA.

Desde la concepción de los fines de la pena, la teoría funcionalista ha venido buscando el fundamento de la "culpabilidad" en la necesidad de pena, desde el punto de vista de la prevención general y especial para mantener el orden social.

Como se ha explicado en los puntos anteriores, que la "responsabilidad" dentro del sistema funcionalista no sólo abarca la "culpabilidad", sino también la "necesidad de la pena"; esto es que el legislador sólo considera al sujeto como responsable de un hecho injusto, cuando éste ha actuado culpablemente y existe una necesidad preventiva de sanción penal.

La categoría de responsabilidad así considerada por el funcionalismo, desde los principios políticos criminales de la teoría del fin de la pena, es contemplada como el ámbito garantizador para el sujeto, así como para la sociedad frente al

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

Estado liberal social y democrático de derecho; y sobre las bases de este sistema debe promoverse el desarrollo de la sociedad.

Por consiguiente, se puede decir que en la tipicidad y en la antijuridicidad sólo interesa la violación al tipo penal como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico¹⁵ (considerado éste último como dañosidad social) y, en el caso de la responsabilidad lo que interesa es saber por qué al autor de un hecho injusto le

¹⁵ El concepto del bien jurídico en el lenguaje jurídico común, es entendido como el objeto o interés de protección de la norma de derecho; dentro de la legislación se establece cuáles son los objetos jurídicos protegidos (la vida, la libertad, la integridad corporal, la seguridad, propiedad, la salud, etc.) Por otro lado en la teoría funcionalista el bien jurídico forma parte de sistemas; pues, los bienes jurídicos se componen de "un conjunto de elementos que sirven para la consecución de fines"; entendido el bien jurídico como "circunstancias dadas a finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco del sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema". En cuanto a las circunstancias dadas y finalidades son entendidas en lugar de "intereses"; aquí el concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente dados en el derecho como los deberes creados por la norma: En esta teoría los bienes jurídicos son considerados como un conjunto de elementos dentro del sistema, en el que se puede medir y graduar en orden a su afectación y a su importancia para el funcionamiento de cada sistema; el bien jurídico está contemplado desde el punto de vista de la dañosidad social, pues la postura funcionalista establece como postulado la protección jurídica de los sistemas en orden a su funcionamiento. El funcionalismo clasifica los bienes jurídicos como sistemas y cada sistema social se configura por:

- a) Bienes jurídicos que están referidos a las bases de la existencia del sistema (la vida, la salud, la libertad etc) son bienes jurídicos individuales.
- b) Bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema macro social (seguridad de tráfico, de medio ambiente, del erario público etc) son bienes jurídicos colectivos.
- c) Bienes jurídicos institucionales, estos aluden a las instituciones, son básicos para el funcionamiento democrático social y liberal de un Estado de derecho (fe pública, la administración de justicia, las garantías individuales).
- d) Bienes jurídicos de control, tienden a garantizar el control del estado (protección de seguridad interna y externa) sirve solo al fin de asegurar el cumplimiento de las funciones estatales. Roxin los considera a los bienes jurídicos como valores básicos culturales- espirituales individuales. Véase a ROXIN Claus, Derecho Penal p 56 y ss. GONZÁLEZ SALAS CAMPOS, Raúl, Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal. México. ED Perreznieto Editores, 1995, p 48 y ss.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

es posible aplicarle una sanción penal (desde los fines de la pena).

De lo anterior, se deduce que para que se presente la necesidad de pena debe de existir necesariamente la culpabilidad del autor y; esto dé como consecuencia la responsabilidad penal; sí por el contrario falta la necesidad de pena (preventiva general o especial), esto da lugar a la exclusión de responsabilidad jurídico penal, ya que una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable pero no punible; argumentándolo, así la política criminal en relación a los fines de la pena (como en los casos de exceso de legítima defensa y estado de necesidad disculpante).

La finalidad del sistema funcionalista es tratar de imponer menos penas a delitos de mínima importancia y sólo en caso de delitos que afecten los intereses jurídicos de mayor relevancia entonces será necesario la imposición de la pena, se considera que ésta es el último recurso o instancia para resolver los problemas de tranquilidad de la vida social.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

Por ejemplo en el caso de robo mínimo, el sujeto que lo comete no necesita ser resocializado, pues su reclusión en vez de beneficiarlo lo perjudicaría; tanto la prevención general como la especial no son correctas; el sistema funcional busca que para este tipo de delitos se apliquen otro tipo de medidas, éstas pueden ser económicas o administrativas, con el propósito de reducir al máximo la imposición de penas.

Por consiguiente, para el sistema funcionalista, la necesidad de pena, como ya se ha venido diciendo es necesaria para la reponsabilidad jurídico penal"; pero esta necesidad de pena se caracteriza por los principios políticos criminales del Derecho Penal, enfocados a la prevención general y especial.

Por su parte, Walter Perron afirma que: "la culpabilidad se basa con ello en necesidades sociales de la pena y depende en su desarrollo interno de cuantas presiones sociales quiere imponer una sociedad al particular..."¹⁶. De tal manera que la necesidad

¹⁶ Citado por VILLARREAL PALOS, Arturo, Op Cit, p79.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

de pena desde el punto de vista de la política criminal, se presentará cuando exista la culpabilidad, pues ésta, en su momento es la que limitará dicha pena.

Roxin expresa que: "... la exigencia del reconocimiento de la necesidad de la pena (preventiva) como presupuesto de la punibilidad, significa una únicamente ulterior protección ante la intervención del Derecho Penal".¹⁷

Hay que considerar, que el principio de intervención mínima en su carácter de la última ratio (la pena debe ser el último recurso para proteger a la sociedad) es el que establece los límites al derecho penal subjetivo en un Estado de derecho liberal social y democrático; para el funcionalismo la finalidad de la aplicación de una pena es con el objeto de que el sujeto se resocialice.

¹⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, p 793.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

En el siguiente punto a desarrollar se explicará el concepto funcionalista de culpabilidad desde el punto de vista de los fines de la pena (prevención general y especial), así como de retribución.

4.- CULPABILIDAD, RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN.

Antes de comenzar el análisis de la culpabilidad, en relación con los conceptos de retribución y prevención; es necesario hacer una breve remembranza de lo que es la teoría de los fines de la pena.

Como sabemos la misión del Derecho Penal es la de proteger los bienes jurídicos y garantizar la convivencia social; quien lesiona o pone en peligro algún bien jurídico protegido por el mismo derecho, comete un delito, y por lo tanto se hace responsable de una pena.¹⁸

¹⁸ Este punto de vista sobre la misión del derecho penal, es acertado por la mayoría de doctrinarios, incluso Roxin; sin embargo Gunter Jakobs le da otra visión, pues expresa que: " La pena no repara bienes jurídicos, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello el derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma; dicho quebrantamiento no es un suceso natural, sino un proceso de

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

La teoría funcionalista, ha venido analizando tanto la estructura del delito como la pena, en tiempo y en espacio, en los cuales ambas se vienen relacionando; por un lado como sabemos el delito es concebido como el acto típico antijurídico y culpable, sancionado con una pena; y por otro lado la pena se considera como "un mal que la autoridad pública le infringe al culpable por causa de su delito".¹⁹ Esto, quiere decir que mientras no se presenten las tres categorías del delito y se compruebe responsabilidad, no se puede hablar de una sanción penal.

Ahora bien, el sentido de la pena se distingue en dos teorías; la retribucionista.(absoluta) y la preventiva (relativa).

Para la teoría retribucionista, la pena es concebida como la causación de un mal por un mal causado con el delito; entendiendo así a la pena retributiva como el castigo o la

comunicación de expresión de sentido entre personas"; por lo tanto para Jakobs la misión del derecho penal, es la de garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. JAKOBS, Gunter. Op cit, pp 178 y 179.

¹⁹ Véase a PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Op cit, pp178 y 179.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

expiación impuesta al delincuente por haber cometido un delito, De tal manera que este autor del delito estará condenado al sufrimiento por el daño que ha causado.

En la teoría absoluta, la pena carece de toda finalidad, pues la retribución es un principio que se justifica por sí mismo; dicha pena retributiva sólo radica en la imposición de un mal para compensar la lesión jurídica cometida por el delincuente.

Esta teoría se basa en el reconocimiento del Estado como el responsable de impartir justicia, para cumplir su misión de conservar la convivencia social.

En sentido estricto filosófico; la pena es contemplada por Kant, como retribución de la culpabilidad del sujeto; la pena no debe imponerse para lograr un bien para el delincuente, ni para la sociedad, sino que en todo momento debe imponerse contra el delincuente; para que no se lesione la justicia, incluso Kant, pone un ejemplo; en el que hasta el último momento de la existencia

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

de la tierra o de la disolución de la comunidad, debe ejecutarse el último asesino que estuviera en prisión.²⁰

Por su parte, Hegel fundamenta la pena en el principio dialéctico: "El delito es la negación de derecho, la pena es la negación del delito y por tanto afirmación del derecho";²¹ en base a este concepto de pena, la pena tiene un carácter de restaurador del ordenamiento jurídico y su fundamentación únicamente retribucionista.

En síntesis, la pena dentro de la teoría retributiva, se da en razón al resultado del delito, y sus efectos van dirigidos a hechos pasados, esto es, que al delincuente se le impone una pena por el delito cometido, sin ningún fin ni utilidad.

Por otra parte, la teoría preventiva (relativa), encuentra su razón de la pena, en la finalidad de prevenir los delitos a futuro;

²⁰ Véase a JESCHECK, Hans Henrich. Op cit p 96.

²¹ ORTÍZ ORTÍZ, Serafín. *Fines de la Pena*, Procuraduría General de la República, Instituto de Capacitación, 1993, p 122.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

es decir, se impone pena para evitar que los ciudadanos de una sociedad no delincan.

En la época de la Ilustración, la pena ya era considerada con carácter humanitario; algunos autores que expusieron sus ideas sobre la pena con este carácter y con fin preventivo son: Montesquieu, Beccaria y Jeremías Bentham.

Montesquieu,²² en su obra el *Espíritu de las Leyes*, fija las bases del derecho penal moderno, señala el exceso inútil de las penas, la justa armonía con éstas con el delito y el absurdo de la tortura.

Beccaria, expresa que: " El fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido... el fin no es otro que impedir el reo causar nuevos daños á sus ciudadanos, retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser recogidas aquellas penas y aquel método de

²² Véase a MONTESQUEU, DE SECONDAT, Carlos Luis, *El Espíritu de las Leyes*, Ed porruá, 1977, p 56 yss.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

imponerlas... hagan una impresión más eficaz y más durable... y menos dolorosa sobre el cuerpo del reo".²³

Jeremías Bentham, consideraba que: "la utilidad de la pena debe ser reformada y la corrección del delincuente, el mal de la pena es la prevención que se divide en particular y general, la primera se refiere al delincuente y la segunda a terceros que pudieran cometer el mismo delito, la prevención es el mismo fin principal de la pena..."²⁴

En consecuencia, de lo antes expuesto, la teoría preventiva busca que la pena al imponerse sea útil y preventiva de los delitos; con Frank von Liszt se maneja la teoría del fin de la pena con un conocimiento sistematizado, pues busca soluciones en base, a la política criminal para que se de la prevención.

²³ BONESSANA. César. *Márquez de Beccaria. Tratado de los delitos y las penas*, 9ª ed. Ed Porrúa, 1999, p 45.

²⁴ Citado por RÁMIREZ DELGADO. Juan Manuel. *La Trascendencia y otros efectos de la Pena de Prisión*. Criminalia. año LI, No 12. Enero- Diciembre de 1985, Ed Porrúa. p 63.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

Continuando, con la teoría preventiva de la pena, de esto se desprende dos divisiones: la primera es la prevención general y la prevención especial.

La prevención general, es aquella que se dirige a la generalidad de los ciudadanos, es decir, se dirige a la comunidad en general, pretendiendo que no se produzcan más delitos en la sociedad.

Dicha prevención general, a su vez se subdivide en prevención general positiva y prevención general negativa; la primera consiste en el prevalecimiento del orden jurídico; la segunda está dirigida a intimidar a través de la amenaza de la ley, para impedir que los sujetos delincan.

Roxin,²⁵ sostiene que el fin de la prevención general positiva es el fortalecer la conciencia jurídica de la colectividad, imponiendo al sujeto por su hecho una sanción; y a su vez al

²⁵ Citado por ORTÍZ ORTÍZ. Serafin. Op Cit. p 185

Derecho; Roxin a esta prevención le llama "prevención integradora"; pues con ella se pretende mantener el orden jurídico y afirmar el derecho, y sólo esto se consigue respetando el límite de la culpabilidad.

Abundando, en las ideas de este autor, él plantea tres formas con las que el Derecho Penal, enfrenta al individuo: a) amenazando; b) imponiendo; y c) ejecutando penas, y cada una de estas formas necesita su justificación. De la misma forma designa los nombres de: la punibilidad (para el legislativo), punición (para el poder judicial) y pena (para el ejecutivo), ya que cada una de ellas tiene su propia función.²⁶

Jakobs concibe a la prevención general positiva de la misma forma que Roxin; pero, sólo que él enfoca la finalidad de la pena, únicamente a esta prevención y no a la prevención especial; para la pena tiene una función de estabilización de la norma penal; ya que el derecho lo ve como un instrumento de estabilización

²⁶ Cfr. VILLAREAL PALOS. Arturo. Op Cit. p 114.

social; la norma jurídica estabiliza e institucionaliza expectativas sociales que sirven para la orientación de los ciudadanos.²⁷

En consecuencia, Jakobs ve a la prevención general positiva como fundamento de la intervención del Estado y del Derecho Penal; la considera como un instrumento de control social, ya que el ciudadano ha faltado a la fidelidad del derecho; al cual se le tiene que recordar con la amenaza de pena que debe respetar las normas de convivencia social, la considera como pena de prevención positiva, porque espera que el ciudadano acepte respetar el ordenamiento jurídico.²⁸

Continuando, con la explicación de la prevención general; ahora seguimos con la prevención general negativa; que consiste en la intimidación o amenaza general de la pena, en donde la finalidad de la pena es el infundir temor al sujeto de imponerle un castigo, sí comete un delito.

²⁷ CFR. ORTÍZ ORTÍZ, Serafin. *Op Cit.* p 186.

²⁸ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *EL Derecho Penal, Curso de Iniciación*, 2ª ed, Madrid. Ed Civitas. 1996. p 79 y ss.

Sobre esta posición, existen penalistas que la han criticado, afirmando que el fin de la intimidación de la pena, no se ha comprobado plenamente; como lo afirma Alessandro Baratta²⁹ que; esta teoría ni si quiera es demostrable, sí el individuo realmente hubiera tenido temor a la pena, éste no hubiera delinquido. Pero no es tan fácil argumentar esto; ya que en parte se ha sostenido que con el hecho de que se imponga una pena a un sujeto por haber delinquido, se dé una reacción social (fundando el temor social); hay que considerar que a través de la historia la intimidación penal, se ha basado en la crueldad de los castigos, por lo que en la actualidad en un Estado democrático de derecho, es todo el contrario, pero, también lo que se pretende es limitar los abusos del poder estatal.

Beccaria sostenía que no es la crueldad del castigo la que disuade sino la certidumbre de la detención y la punición, a su vez se cuestionaba cuál es el fin político de las penas; “nada

²⁹ Citado por ORTÍZ ORTÍZ, Serafin. Op cit, p203.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

crimen sí es rentable precisamente por la desintegración social que padecemos.³¹

Cuando en una sociedad como en la que vivimos, se exageran las penas para los delitos graves y se quiere llegar al extremo de aplicar hasta la pena de muerte, es una sociedad que le falta evolucionar y lo único que pretende es tener un retroceso en el derecho penal, para llegar a ubicarse en épocas del anárquismo y el terror penal; esto, quiere decir que nuestros derechos no son lo suficientemente democráticos y sociales, en un Estado considerado como democrático y de derecho; que no quiere aceptar que en la comisión de un delito, aparte de que se den los elementos de éste, concurren también otras circunstancias sociales o personales, y que el derecho penal tiene que ser aplicado con fines políticos criminales.³²

³¹ CUELLO CONTRERAS. Joaquín. Op cit. p 82. (Las cursivas son mías).

³² Carrara sostenía que: "El arte práctico de distribuir y aplicar las penas, a los malvados, si está bien dirigida, es un instrumento poderoso del progreso civil, y si está mal dirigido, es, por el contrario, una causa de gravísimos tropiezos para el perfeccionamiento humano, un conservador de la barbarie, un corruptor y no un educador de los pueblos". CARRARA Francesco, Derecho Penal, Obra compilada y editada, trad Enrique Figueroa Alfonso. Ed Harla, 1993, p 79.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

No, es de negarse que es la pena la que caracteriza al derecho penal; pero así como tiene la finalidad de proteger a la sociedad y sus bienes jurídicos, sosteniendo el orden jurídico; también debe incluir el mínimo de daño y el máximo de beneficios posibles de las normas penales a sus ciudadanos con el fin de resocializarlos en caso de que violen las normas, pues su aplicabilidad debe tener un sistema eficaz y humanitario, que proteja las garantías penales a que tiene derecho todo ciudadano, respetando los principios de legalidad, de culpabilidad de proporcionalidad de intervención mínima y el de presunción de inocencia.³³

Dejando de lado, el análisis de la prevención general; enseguida continuamos con la explicación de la prevención especial; ésta a su vez se subdivide en prevención especial positiva y negativa; éstas se dirigen exclusivamente al sujeto infractor de la norma; es decir el que ha cometido un delito, su finalidad de la primera, es la de resocializar e incorporar al sujeto

³³ Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Delito y Error*, Bogotá- Colombia. Ed Temis, 1990, p5y ss.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

a la sociedad; la finalidad de la segunda consiste en que sí el sujeto representa peligrosidad se le aparta de la sociedad mediante internamiento, tendiente a neutralizarlo.

La prevención especial positiva, está encaminada a la resocialización, con la finalidad de reincorporarlo al sujeto que delinquiró a la sociedad, a través de una reeducación y rehabilitación, utilizando métodos apropiados; es lo más útil que puede ser la pena, y lo que más oportunidad se le puede dar al delincuente de reincorporarse a la sociedad.

Roxin,³⁴ considera que la prevención especial permite atender a las peculiaridades individuales del delincuente, ya en la ejecución de la pena; pero con limitaciones del principio de culpabilidad y de proporcionalidad de la pena a la gravedad del delito.

³⁴ Citado por CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op cit, p 87.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

En nuestra legislación mexicana, en su artículo 18 constitucional; contempla la prevención especial positiva y expresa lo siguiente:

“Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separadas.

Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, **sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente...**”.

De igual forma la Ley de Sanciones Penales para el Distrito Federal, contempla en sus artículos del 8º a 11º, la prevención general y el 12º y 13º fundamentan la prevención especial positiva, a su vez la ley de normas mínimas, en su artículo 2º, en

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

el régimen penitenciario establece que el fin de la pena es el de readaptación social.

Por último la prevención especial negativa, también se presenta como fin de ejecución penal y consiste en la neutralización del delincuente desde el momento que se aparta de la sociedad.

Esta prevención va dirigida al delincuente que es incorregible, y sólo queda como fin apartarlo de la sociedad mediante internamiento asegurativo.

Una vez que se ha hecho esta generalidad de los fines de la pena; entonces ya podemos comenzar con el análisis del tema central de este punto; la culpabilidad en relación con la retribución y la prevención.

En primer término, la culpabilidad es relacionada con la retribución por lo siguiente: El concepto de culpabilidad juega un

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

papel importante en el delito y con la pena; para los retribucionistas la culpabilidad tiene la función fundamentadora de la pena; esto es, que sirve para justificar la retribución como fin de la pena.

Esta posición, como ya se ha analizado, es de los indeterministas que sostienen que la libertad de voluntad, es la que legitima el mal que se le impone al sujeto (la culpabilidad viene siendo un elemento de retribución, referente a la idea de castigo; quien comete un delito merece un castigo, quien es culpable merece una pena).

La posibilidad de "actuar de otro modo" se convierte en un elemento básico para el concepto de culpabilidad, principalmente en la teoría finalista, fundamentado este elemento como un juicio de reproche, aceptando el libre albedrío que éste se funda; para posteriormente justificar la pena.

Por su parte, Schünemann sostiene que dentro del derecho penal se debe seguir partiendo de la idea del "poder obrar de otra manera", ya que la idea de la culpabilidad se sostiene de dos implicaciones: la primera es la de reprochabilidad del acto y la segunda la legitimación de la sanción frente al culpable; existe una tercera implicación que es la necesidad de retribución, la cual unida a la concepción de culpabilidad, que debe ser eliminada.³⁶

En cuanto a la retribución, agrega que de un reproche también puede desprenderse la necesidad de reparación o mejoramiento del autor; y no de la retribución destructiva, que no puede negar su origen basado en venganza. Por lo que considera que la idea de retribución no tiene razón de ser.

Como se puede observar, la posición de este autor es la de sostener el concepto clásico de la culpabilidad basada en la reprochabilidad y esa libertad de voluntad que se desprende de

³⁶ SCHUNEMANN, Berd. Op cit, pp 25 y ss.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

ésta, pero sostiene la idea de una prevención general mediante retribución justa.

En conclusión se puede decir que la base fundamental de la retribución de la pena es la culpabilidad del sujeto; de ahí que el sujeto al cometer un delito- recibe una pena, con la finalidad de la realización de la justicia. Dice Roxin, que el derecho penal retributivo está destinado a compensar únicamente a la culpabilidad.

En segundo término, tenemos a la culpabilidad en relación con la prevención.

La teoría funcionalista, rechaza el libre albedrío como fundamento de reproche jurídico; pero hay que dejar en claro que Roxin al tomar esta posición de que el libre albedrío es indemostrable; no lo considera en forma tajante y arbitraria; si no que él sostiene que: "...la culpabilidad por sí sola entendida como posibilidad de actuar de un modo distinto, es insuficiente para

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

justificar la imposición de la pena... debe añadirse la consideración preventiva tanto general como especial... ”³⁷

En relación, a esta postura, la culpabilidad es considerada límite máximo de la pena, sí para la retribución la pena debe ser justa, para la prevención la pena debe ser justa, útil y eficaz, pues ésta exige que se tome en cuenta la culpabilidad del sujeto y la gravedad de los hechos, para, evitar los delitos en un futuro y lograr resocializar al sujeto.

De esta forma, se puede decir, que la pena preventiva se justifica por su utilidad (prevención general y especial), dentro del ámbito de la culpabilidad, esta última se considera límite de la misma prevención.

Cuello Contreras, sostiene que “ la pena se fundamenta hoy en una necesidad social que no permite prescindir de ella, dentro de los límites de lo merecido por la culpabilidad del autor,

³⁷ Véase ROXIN. *Claus. Culpabilidad y Prevención*, pp 20 y22.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

manifestada en el delito, y en el orden a la mejor readaptación social posible de quien delinquiró y fue condenado, cuya dignidad y autonomía no debe ser conculcada en ningún momento por el Estado".³⁸

La culpabilidad en relación con la prevención general, limita la pena necesaria para la prevención especial (en el momento de la ejecución de la pena). Roxin plantea tres posiciones para la aplicación de justicia; a) la prevención general es considerada para el legislativo; b) la culpabilidad se considera a la hora de dictar sentencia; y c) la prevención especial al momento de ejecutar la sentencia.

Para Jakobs el concepto funcional de culpabilidad, está determinado por el fin de prevención general, y sólo sí existe la posibilidad de otra solución al conflicto (tratamiento al autor del delito, en el lugar de castigo), acepta la prevención especial.

³⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op cit. p94.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

A la prevención general, este autor la ve como la fidelidad al derecho y el fin rector, determinante de culpabilidad es la estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico alterado por la conducta delictiva.

En resumen, la culpabilidad en relación, a la retribución, se da sólo con el objeto de castigar al sujeto que infringió la norma penal y tuvo la posibilidad de haber actuado de otro modo y no lo hizo, por ese hecho será sancionado, sin que dicha sanción tenga ningún fin de utilidad, sino únicamente el de aplicar justicia. Sin embargo la culpabilidad con la prevención, tiene una relación muy importante de aspecto social y político; con esta postura el derecho penal tiene la misión de brindar la protección de los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, así como de garantizar la dignidad humana al delincuente, con un mínimo costo de represión y de sacrificio a la libertad del individuo, de tal manera que garantiza que el estado no extenderá su potestad penal más allá de los límites de la responsabilidad del sujeto,

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

estará dicho objetivo bajo el cumplimiento de la prevención general y especial.

5.- OTRAS TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD

5.1.- SUSTITUCIÓN DE LA CULPABILIDAD.

En el momento de que el concepto de culpabilidad, entro en crisis, a partir de los años setentas, en que se sostuvo que era indemostrable científicamente de que el delincuente podía haber obrado o no de otro modo, tanto en España como en Alemania, surgen nuevas posiciones sobre el concepto de culpabilidad.

Los doctrinarios, como Gimbernat, Ellscheid y Hassemer toman la postura de eliminar el concepto de culpabilidad; rechazan el fundamento de libertad de voluntad de la culpabilidad.

Gimbernat,³⁹ por su parte plantea eliminar a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, por lo que, la pena sólo debe encontrar su justificación y su medida en las exigencias de la (prevención general y especial).

En cuanto al principio de culpabilidad, considera que éste se tiene que abandonar; pues se puede sancionar con menor pena los delitos imprudentes que los culposos sin necesidad de acudir a este principio, atendiendo únicamente a los fines preventivos.

Estas consideraciones, no pueden ser totalmente aceptadas, porque el principio de culpabilidad es una forma de garantizar al delincuente el límite de su culpabilidad con la pena y con el poder penal estatal, y si la justificación de la pena sólo se encontrara en la prevención general y especial, en qué momento el sujeto se le atribuye la responsabilidad por su hecho; entonces que sentido tendría el estudio de la dogmática jurídica, y la exclusión de la culpabilidad por error de prohibición y la inimputabilidad.

³⁹ Véase a CEREZO MIRG. José. Op cit, pp19 y 29.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

Sin embargo, Gimbernat acepta que para los supuestos de error de prohibición debe haber una aplicación de pena, esto podría servir para examinar con mayor cuidado la ilícitud o licitud de la conducta, y que los inimputables que han cometido algún ilícito sólo se les pueden aplicar medidas de seguridad, como prevención especial.

Se ha considerado que la teoría de la libertad de voluntad es indemostrable; y en todo caso si llegara a existir es imposible demostrarla empíricamente; así lo sostienen los funcionalistas, ya que no se puede saber si una persona en situación concreta pudo haber obrado con libertad; Gimbernat⁴⁰ agrega que si un psicoanalista tarda años para señalar factores que determinan un comportamiento analizado, cómo va a poder el juez en corto tiempo y no siendo un especialista, determinar la conducta del delincuente.

⁴⁰ Citado por VILLAREAL PALOS, Arturo, Op cit, p 61 y ss.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

Ellscheid y Hassemer; proponen sustituir el principio de culpabilidad por el principio de proporcionalidad, pues este último tiene las mismas características del primero.

La crítica respecto a esta teoría, consiste en que si se admite sólo el principio de proporcionalidad en relación, a lo que a medidas de seguridad se refiere, representa para el reo un ataque a sus propias garantías penales; ya que con el principio de culpabilidad, la pena se aplica conforme al grado de culpabilidad; y en el principio de proporcionalidad con relación a las medidas de seguridad, la pena sería mucho más amplia, pues aquí se considera el grado de peligrosidad del sujeto.

Por último Ellscheid y Hassemer, consideran que el juicio de culpabilidad, de la forma como se ha venido analizando, sólo sería moralmente posible, si el juez se metiese en la persona del juzgado, y se produjese una comunicación personal entre ambos, participando y comprando la culpabilidad del otro; pero, esto no es posible, porque en el proceso no existe comunicación entre

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

juez y procesado, ambos actúan bajo la rigidez de la ley. Pero aquí no se trata de ver si es un juicio moral, sino un juicio normativo; al sujeto es al que se le hace la reprobación de su conducta típica y antijurídica.⁴¹

5.2.- COMPLEMENTACIÓN DE LA CULPABILIDAD.

Dentro del concepto material de culpabilidad, hay teorías que siguen rechazando su concepto tradicional; pero a pesar de que lo rechazan, no aceptan su eliminación, y sólo manifiestan que éste debe ser complementado; dicha teoría es sostenida por los penalistas españoles Muñoz Conde, Mir Puig y Córdoba Roda entre otros.

Muñoz Conde,⁴² argumenta que en el caso de que se pudiera demostrar la capacidad de obrar de otro modo; ésta no podría fundamentar la culpabilidad (por ejemplo, en los estados de necesidad disculpante, o en el miedo insuperable, el autor si

⁴¹ Véase a ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV, pp 50 y 51.

⁴² Citado por CEREZO MIR, José. *Op cit.* pp21 y 22.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

pudo obrar de otro modo, y sin embargo se excluye la culpabilidad).

En relación, a esto Muñoz Conde dice también que: lo importante no es si el sujeto pudo elegir entre varias formas de conducta; si no, sí pudo abstenerse de realizar la conducta prohibida por la norma; por lo que dicho concepto de culpabilidad debe ser fundamentado por la "motivación de la norma", la norma penal es la que motiva con sus mandatos y prohibiciones al sujeto.

Por lo tanto, la culpabilidad en sentido material y la capacidad de motivación de la norma, cumplen con las exigencias normativas que fija la sociedad, a través de cumplir su función preventiva general y a partir de ésta se den funciones preventivas especiales; de aseguramiento y de socialización.

Por lo que toca, a su teoría de Mir Puig, también sostiene que la capacidad de obrar de otro modo es indemostrable

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

empíricamente; pero, sin embargo rechaza la postura de Muñoz Conde, la concepción material de culpabilidad como capacidad de motivación por la norma, pues afirma que dicha capacidad no está excluida en los inimputables y concurre en los que actúan en una situación de inexigibilidad (miedo insuperable, estado de necesidad disculpante).

Para Mir Puig, la culpabilidad consiste en la capacidad de motivación normal por las normas, capacidad que se excluye a los inimputables y los que obran en situación de inexigibilidad.

Este autor agrega que la culpabilidad representa un límite normativo de la pena, que se impone a la posibilidad de prevención. El inculpable tiene una capacidad inferior para cumplir los mandatos normativos en comparación de un hombre que actúa normalmente; el imponer una pena al inculpable se estaría sancionando con dureza, pues se advierte que su actuar se debe a una situación de inferioridad.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

Por último sostiene que: "el límite máximo de lo punible en un derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal...es lo exigible a dicho hombre normal".⁴³ Por lo que sostiene que la culpabilidad debe ser complementada con la necesidad de la pena.

Para Córdoba Roda, el concepto de culpabilidad no debe eliminarse ni reemplazarse, sino únicamente añadirse la necesidad de la pena a dicho concepto.

El adoptar la posición de eliminar el concepto de culpabilidad, traería dos consecuencias fundamentales: a) incapacidad para ofrecer una determinación conceptual de determinadas materias como inimputabilidad y el error de prohibición; b) riesgo para ciertas garantías a favor de la persona humana.⁴⁴

El rechazar de la culpabilidad, la libertad de actuar de un modo distinto, la cual constituye un verdadero obstáculo para

⁴³ MIR PUIG, Santiago. *Op cit*, p586 y ss.

⁴⁴ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan. *Op cit*, p 38

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

concebir la esencia de la pena, no por ello debe abandonarse el principio de la política legislativa, según la cual la pena no debe de rebasar el marco fijado por el desvalor de la acción realizada.⁴⁵

En base, a la culpabilidad debe ser aplicada la pena; pero a juicio de este autor en algunos casos la aplicación de la pena debe renunciarse, pues el pretender que todas las penas sean cumplidas en todos los delitos, sin admitir la posibilidad de que se rebaje su duración, incluso prescindir de ellas, cuando estas son ineficaces e inútiles o hasta perjudiciales.

La necesidad de la pena constituye una exigencia en los delitos, pero, que en términos generales ni destruye a la culpabilidad, ni la sustituye, sino que es requisito necesario a añadir a la culpabilidad. Sin embargo a pesar de que se presente

⁴⁵ *Ibidem*. Pp 53 y54.

LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FUNCIONALISTA

la culpabilidad se podría renunciar a la pena cuando dicha sanción deje de ser necesaria.⁴⁶

Como podemos ver, este autor conserva la misma postura que Roxin, en cuanto que, debe existir como presupuesto de la pena la culpabilidad y la necesidad de la pena; que en sentido general se convierte en un concepto global de responsabilidad penal.

En relación a lo anterior, el Código penal para el Distrito Federal, en su artículo 55 establece lo siguiente:

"Cuando por haber sufrido el sujeto consecuencias graves, en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio a petición de parte motivando su resolución podrá, prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre e dictámenes de peritos".

⁴⁶ *Ibíd.*, p 55.

CAPÍTULO 5

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

1.- CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (IMPUTABILIDAD)

De la misma forma como se ha venido señalando la evolución del concepto de culpabilidad, del mismo modo se ha venido discutiendo el concepto de imputabilidad (actualmente conocido como capacidad de culpabilidad) y su ubicación en el delito.

A través, del estudio de las diferentes doctrinas, la imputabilidad la han colocado en diversos estratos del delito: 1) como presupuesto del delito; 2) como presupuesto de culpabilidad; y 3) como elemento de culpabilidad 4) como presupuesto de punibilidad.

1) La imputabilidad fue considerada como presupuesto del delito, ya que principalmente para los italianos, la imputabilidad era concebida fuera de la estructura del delito, es decir, como un presupuesto general del mismo.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

En relación, a la crítica de esta postura, se dice, que el delito no se puede constituir como tal, sin que exista la integración total de sus elementos que lo constituyan, considerándose que la imputabilidad es un componente del delito; lo que sí se puede señalar, como presupuestos del delito son: la norma penal, los sujetos activo y pasivo, y el bien jurídico tutelado.

2) La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad; desde esta postura la imputabilidad antecede a la culpabilidad, lo que significa que para que se pueda dar la culpabilidad, es necesario que primero se dé la imputabilidad, posteriormente se analice la culpabilidad. Así lo señala Castellanos Tena que: “Para ser culpable un sujeto. Precisa que antes sea imputable... Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y querer...”¹

3) La imputabilidad como elemento de culpabilidad; Reinhart Frank es a quien se le considera como el primero que maneja a la

¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op cit. p 217.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

imputabilidad como elemento esencial de la culpabilidad, por lo que consideró a la imputabilidad como la capacidad de culpabilidad;² Mezger³ es quién posteriormente caracterizó más esta postura; pues afirma que la culpabilidad es algo más que el dolo y la culpa.

Por otro lado, partiendo de la postura finalista, se considera la culpabilidad como un juicio de reproche, ya que es necesario que a quien se le haga ese juicio, éste sea imputable, tenga esa capacidad normal, para cometer culpablemente un hecho ilícito.

4) La imputabilidad como presupuesto de la punibilidad; hay autores como Von Feuerbach y von Liszt, quienes sostienen que la imputabilidad es la capacidad de pena, pues sólo es jurídico penalmente imputable, la persona sobre quien la ley pueda producir efectos de amenaza penal.

² Véase REINHART, Frank. *Estructura del Concepto de la Culpabilidad*, versión castellana de Sebastián Soler, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, 1966, pp22y 23.

³ Véase MEZGER, Edmundo. Op cit, p 202

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Ahora bien, después de haber mencionado las diversas posturas de la imputabilidad en el delito y fuera de éste, pasemos al análisis de los diferentes conceptos de ésta, dados por la doctrina.

Para la teoría causalista el concepto de imputabilidad es: "la capacidad de entender y querer", esto es, que el sujeto conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo; expresa Castellanos Tena que es el "conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales del autor, en el momento del acto típico penal que lo capacitan para responder del mismo".⁴ Esta teoría considera que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.

Para la teoría finalista, la imputabilidad es: "...la capacidad de autodeterminación conforme asentido, esta capacidad es determinación de la voluntad conforme a la comprensión de lo injusto"⁵.

⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op cit*, p 218

⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, pp 182 y 183.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Dicha capacidad tiene dos momentos uno de voluntad (volitivo) y otro de conocimiento (intelectual), ambos momentos conjuntamente constituyen la imputabilidad; esto es, que el sujeto tiene la capacidad de actuar (tiene libertad de voluntad), y tiene la capacidad de comprender el injusto, o sea, el sujeto tiene libertad de actuar en sentido de la ley.

Lo que se puede apreciar, en el concepto de imputabilidad finalista es que dicha teoría considera como parte esencial de la imputabilidad a la libertad de voluntad, ésa auto determinación del sujeto para actuar de acuerdo con el sentido, considerándose que el sujeto tiene la voluntad suficiente para conducir su conducta de acuerdo a la norma.

El otro elemento esencial para la imputabilidad es esa capacidad de comprensión, es la parte intelectual del sujeto, el cual debe poseer un desarrollo intelectual y psíquico suficiente que le permita comprender las cosas, de comprender la antijuridicidad de un hecho.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Resumiendo, para el finalismo la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del sujeto para actuar conforme con el sentido teniendo la facultad normativa de comprender lo antijurídico de su conducta. Dicho concepto es eminentemente normativo, que exige la capacidad de comprensión de la antijuridicidad.

Como ya se ha venido expresando, a lo largo del desarrollo del presente trabajo, sobre la autodeterminación del hombre, es insostenible por ser indemostrable empíricamente; según la postura funcionalista, por que reduce las facultades humanas únicamente al plano intelectual y volitivo, el cual no sólo está condicionado a estas facultades, sino que éstas están condicionadas a otros factores que son relevantes en la determinación de dicha imputabilidad; como son los factores psíquicos y sociales.

Continúa sosteniendo el funcionalismo que la capacidad de culpabilidad no sólo se reduce al problema de facultades

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

intelectuales, sino que es algo más complejo.⁶ Por lo que lo conceptualiza de la siguiente manera:

Para Muñoz Conde es: “el conjunto de facultades psíquicas y físicas requeridas para considerar a un sujeto culpable por un hecho típico antijurídico”.⁷

Roxin conceptualiza a la imputabilidad como: “la capacidad de comprensión y de inhibición, como criterio decisivo para la asequibilidad normativa”.⁸ Dicho concepto no se basa a una posición puramente normativa, sino que también tiene un fundamento, empírico psicológico.

Este mismo autor determina que existe culpabilidad; “...cuando el sujeto estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma, según su estado mental y anímico, cuando (aún) le era psíquicamente asequibles (alcanzables) posibilidades de decisión

⁶ Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. Op cit. p 130.

⁷ *Ibidem* p 129.

⁸ ROXIN Claus. *Derecho Penal*. tomo I. p 824.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

por una conducta orientada conforme a la norma, cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano...".⁹

Existe la afirmación por parte de algunos autores de la teoría funcionalista que la imputabilidad es un proceso de interacción social que supone la convivencia, el individuo en sociedad está obligado al intercambio y a la comunicación con los demás; de dicho intercambio se desprenden una serie de facultades que obligan al individuo a conocer las normas que rigen en el grupo de convivencia al que pertenece; Muñoz Conde le llama "capacidad de motivación".

Bacigalupo también concibe la imputabilidad como: "...capacidad de motivación, la cual es la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber".¹⁰ De dicha capacidad se desprenden dos aspectos: 1) capacidad de comprender la desaprobación del deber

⁹ *Ibidem* p 807.

¹⁰ Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, p 157. Y CREUS, Carlos. *Op cit*, pp 267 y 268.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

jurídico; y 2) capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

La comprensión y dirección de las acciones del sujeto, consisten en la madurez mental, que se aplica al grado de desarrollo mental de lo individuo de acuerdo a la edad (estado biológico); la salud mental (estado psicológico), aquí, el individuo tiene que actuar con conciencia suficiente en el momento de realizar un hecho.

Sin embargo, como ya se ha venido mencionando en páginas anteriores sobre las posturas de los deterministas e indeterministas en donde no se ponen de acuerdo una y otra; Bustos Ramírez¹¹ afirma que ambas son dos tendencias que han ignorado la realidad del hombre en sociedad, pues las dos estigmatizan y niegan al hombre como tal; por un lado el determinismo separa a los normales de los anormales; por otro lado el indeterminismo considera que los anormales como normales tienen voluntad.

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal*, Op cit, pp 371 y 372

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Para este autor la imputabilidad es: “un juicio de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto en su actuar frente al ordenamiento jurídico”.¹²

En este orden de ideas, para este autor se debe considerar que el hombre no debe sólo partir del concepto de hombre individual y abstracto, que es la libertad de voluntad, de la cual se constituye la imputabilidad, sino que también es necesario reconocer al hombre como actor social, por lo que la imputabilidad debe ser planteada desde la perspectiva social.

Resumiendo, a estas posturas, se puede considerar que la imputabilidad debe contener tres aspectos importantes: 1) el biológico; 2) el psicológico; y 3) el social; así como la parte esencial de la idea de libertad de voluntad, remitida al ámbito de realidad social. La imputabilidad como elemento de culpabilidad, está constituida por la salud y madurez mental del sujeto del injusto

¹² *Ibidem* p. 381

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

penal; la doctrina establece que son importantes para delimitar la culpabilidad, los métodos de psiquiatría y psicología.

La legislación mexicana contempla el concepto de imputabilidad a contrario sensu en su artículo 15 fracción VII y 69 bis del Código Penal para el Distrito Federal, que establece:

“Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter de aquél o conducirse de acuerdo con esa comprensión”.

De este modo se puede decir que el sujeto imputable debe tener el carácter de comprensión y dirección, así como los aspectos biológicos y psicológicos – normativo; considerándose que éste tiene esa libertad de determinarse conforme a la norma.

Roxin,¹³ sostiene que los psiquiatras afirman que la cuestión de la capacidad del sujeto de comprender el injusto del hecho, sí

¹³ ROXIN. *Claus. Derecho Penal Parte General*, pp 836 y 837

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

admite respuesta empírica, con esto, se dice que existe un reparto de funciones entre el juez y el perito para comprobar dicha capacidad. El perito o experto psiquiátrico o psicología constata los estados o diagnósticos biológicos – psicológicos, mientras que el juez en base, a este diagnóstico extrae conclusiones para la capacidad de comprensión.

Los estados o diagnósticos psicológicos de los que habla Roxin¹⁴ son:

- a) El trastorno psicopatológico
- b) El trastorno profundo de conciencia
- c) La oligofrenia

¹⁴ a) El trastorno Psíquico patológico, comprende aquellos trastornos psíquicos que se deben a causas corporales- orgánicas. Pertenecen a los trastornos psíquicos, la psicosis exógena, la cual significa trastornos cerebrales demostrables que vienen de fuera y penetran al organismo. Por ejemplo: la psicosis traumática (lesiones cerebrales), psicosis por intoxicación. b) El trastorno profundo de conciencia, son trastornos de conciencia no patológicos. Por ejemplo; el trastorno de conciencia por agotamiento, determinados estados pasionales. c) oligofrenia, que es una debilidad intelectual congénita, tiene su origen en lesiones cerebrales en el claustro materno, o durante el parto. d) Anomalia psíquica grave, son desviaciones psíquicas respecto de lo normal, que no se basan en una enfermedad corporal; las formas de manifestación son conforme al uso habitual del lenguaje, las psicopatías, neurosis y anomalías de los instintos; las psicopatías son peculiares del carácter y merman en la capacidad de vida social en común; la neurosis son anomalías de conducta adquirida; la anomalía de instintos, pertenecen tanto a las desviaciones sexuales como a la sexualidad anormal; sólo conduce a la inimputabilidad en intensidad irresistible. ROXIN, Claus. Derecho Penal, p 286 y ss.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

d) La anomalía psíquica grave

Sin embargo, Roxin afirma que aún presentándose alguno de estos estados, en algunos casos el sujeto no deja totalmente de ser imputable, pues sostiene que hasta qué punto el origen del hecho permite advertir una disminución de la asequibilidad normativa del sujeto.

En la imputabilidad disminuida el sujeto es aún capaz de comprender el injusto y de actuar conforme a esa comprensión.

La ley mexicana establece al respecto en su artículo 69 bis que: la imputabilidad disminuida se da; "si la capacidad de autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por el trastorno mental o desarrollo intelectual retardado".

Este mismo artículo sostiene que: "a juicio del juzgador, según proceda, se impondrá hasta las dos terceras partes de la pena que

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

corresponda al delito cometido o medidas de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor¹⁵.

De aquí se desprende que la imputabilidad disminuida va a tener dos consecuencias fundamentales; primero la imposición de la pena atenuada, reducida hasta las dos terceras partes, y segundo la posibilidad de aplicar una o varias medidas de seguridad; esto, nos lleva a considerar que la ley mexicana está aplicando la doble vía.

Esta posición de la ley, merece un análisis más detallado en otro trabajo de investigación, sobre penas y medidas de seguridad; en donde se analizaría en que momento se aplicarían unas y otras, o ambas al mismo tiempo.

El Código Penal alemán en su artículo 67, contempla generalmente en primer lugar la medida de seguridad y luego la

¹⁵ El artículo 67 de esta misma disposición penal establece que las medidas de seguridad las dispondrá el juez que serán tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

pena atenuada, descontando de ella la duración de la medida y en casos excepcionales se cumple primero la pena y luego la medida.

El artículo 69 del Código Penal Para el D.F, establece que en ningún caso la medida excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena del delito. Si concluido el tiempo, la autoridad considera que el sujeto continúa necesitando de tratamiento, lo pondrá a disposición de autoridades sanitarias para que proceda conforme a las leyes aplicables.

Por último de manera breve se hará enseguida, mención de las acciones libres en su causa (acciones liberae in causa); estas son aquellos actos delictivos que lleva acabo el sujeto en estado de inimputabilidad provocado voluntariamente, con el fin de ejecutar el delito.

Por ejemplo: El sujeto que se embriaga con la intención de darle una paliza a su enemigo en estado inimputable o imprudentemente

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

golpea en estado de ebriedad a su enemigo, sin reparar que utilizará la violencia.

La doctrina determina que en el primer caso el sujeto se debe castigar por lesiones dolosas; y en el segundo caso por lesiones imprudentes; sin embargo se discute cuál es el fundamento jurídico que hay que aplicarle.

El Código Penal para el Distrito Federal, contempla la acción libre en su causa en el artículo 15 fracción VII; este artículo considera como inimputable al agente que no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de su hecho típico o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental: pero no se excluye el delito en caso de que: "el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible".

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

En relación, a lo anterior se presenta la excepción de que el sujeto ha de ser imputable en el momento de cometer el delito; pero el sujeto en el momento que determina realizar el ilícito, se encuentra en estado de imputabilidad, aunque después en el momento de ejecutar la conducta del injusto este se encuentre en estado inimputable.

2.- CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Una vez, que se ha analizado a grandes rasgos la imputabilidad; también es necesario la exposición del siguiente elemento de la culpabilidad, que viene a ser la conciencia de la antijuridicidad (conocimiento de ilicitud o del injusto); ya que ambos elementos se complementan para que se dé la culpabilidad.

La conciencia de antijuridicidad consiste en que el sujeto tenga la posibilidad de conocer la formulación jurídica que contiene el mandato o la prohibición, es decir, que sabe lo que hace y que de

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

dicha acción es jurídicamente prohibida o permitida, el sujeto tiene conciencia del hecho típico y antijurídico.

Para la teoría causalista la conciencia de antijuridicidad viene a formar parte del dolo;¹⁶ sin embargo Reinhart Frank¹⁷ y Mezger,¹⁸ ya contemplaban la conciencia del injusto, excluida del dolo, pues, el dolo requiere de circunstancias de hecho, y sólo presentándose el error de tipo se puede excluir el dolo, más no la conciencia de antijuridicidad.

La teoría finalista, a la conciencia de antijuridicidad, la considera como el segundo elemento de la culpabilidad que le da la razón de ser de la misma; pues la culpabilidad tendrá sentido si el sujeto que realiza el hecho típico antijurídico, conoce que su hecho está prohibido, para poderle hacer el reproche.

¹⁶ Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Op cit.* p 47 y ss.

¹⁷ Véase REINHART, Frank. *Op cit.* p 47.

¹⁸ Véase MEZGER, Edmundo. *Op cit.* p 247.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

En el caso del delito de robo el sujeto debe tener conciencia de que el apoderarse de una cosa ajena, es ilícito, ya que está tomando algo que no le pertenece, al cual se le podrá hacer el reproche por su conducta; pues el sujeto obro culpablemente, teniendo la posibilidad de valorar su conducta que es contraria al ordenamiento jurídico.

Hay algunos autores,¹⁹ que consideran que el sujeto también debe tener la posibilidad de conocer la punibilidad de su hecho; es decir, que conozca la amenaza penal para la realización de ese hecho, pues es suficiente que el sujeto sepa que su hecho está amenazado con una pena.

Para el funcionalismo, la conciencia de antijuridicidad, también es elemento de la culpabilidad, y ésta consiste: "...en que el sujeto sabe que lo que hace y que no está jurídicamente permitido sino prohibido".²⁰

¹⁹ Véase BACIGALUPO, Enrique. *Op cit*, p 153.

²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, p 866.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Esta teoría considera poco suficiente para la conciencia de antijuridicidad, la conciencia de dañosidad social, más sin embargo, esta última es un indicio de la vencibilidad del error de prohibición, pues sólo puede formularse el reproche de culpabilidad cuando el sujeto está consciente de los mandatos y prohibiciones jurídicos.

Roxin,²¹ expresa que la conciencia de punibilidad, no es necesaria para el conocimiento de antijuridicidad, pues, si el legislador hubiera querido exigirla, debería de haber contemplado “la comprensión de actuar de manera punible”, y no de “comprensión de realizar algo injusto”.

Este autor, nos da un ejemplo: Cuando alguien sabe que con la utilización de un coche ajeno comete una privación ilegal, pero no tiene la menor idea de punibilidad de este hecho, no se haya en error de prohibición, por lo que no puede el sujeto esperar una atenuación de la pena; por lo tanto, la conciencia de punibilidad es irrelevante para el conocimiento de la antijuridicidad, ya que se

²¹ *Ibidem*: p 867.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

estaría considerando a la punibilidad, como objeto de la conciencia de la antijuridicidad, a pesar de que son mínimas las diferencias; esta última existe cuando el sujeto conoce como injusto la lesión específica del bien jurídico protegido.

De estas apreciaciones, se puede decir que desde el momento que el sujeto tenga conciencia de antijuridicidad, al realizar un hecho injusto, a la vez puede tener esa conciencia de que su hecho también sea punible, a pesar de que desconozca cuál sea su pena; de este conocimiento de antijuridicidad automáticamente se desprende que probablemente el hecho sea punible, ya que el legislador al establecer el tipo penal también busca conseguir la amenaza penal.

3.-INIMPUTABILIDAD (FALTA DE CAPACIDAD DE CULPABILIDAD).

Como ya se expuso, en el punto anterior sobre la imputabilidad; que esta consiste en la capacidad de comprensión y dirección en relación, al hecho, es decir, esa capacidad de comprender el injusto

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

del hecho y bajo esa comprensión poderse motivar conforme a la norma. La falta de esta capacidad, trae como efecto la inimputabilidad, incluyendo el elemento de culpabilidad.

Para el finalismo, la inimputabilidad trae como consecuencia la falta de una o ambas facultades; tanto intelectual como volitiva.

Para el funcionalismo la inimputabilidad es la incapacidad de comprender el injusto del hecho, la incapacidad de actuar conforme a esa comprensión y la falta de otras circunstancias, y la combinación de distintos factores.

La doctrina en general,²² ha considerado grados de incapacidad de culpabilidad, estos son: a) biológicos, b) psicológicos.

- a) Dentro del grado biológico, se considera la minoría de edad; para algunas legislaciones, los menores de dieciséis años son considerados como inimputables, en otras a los

²² Véase. PAVÓN VASCONCELOS. Francisco. *Manual de Derecho Penal*, 13ª ed, México, Ed Porrúa, 1997. p 415.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

dieciocho años, pues estos se presumen que son incapaces de comprender lo injusto de sus acciones y el de poder autodeterminarse conforme a la norma.

Sin embargo, Roxin²³ afirma que los niños menores de catorce años son considerados como inimputables, pero lo que se trata es de una exclusión de responsabilidad, ya que el menor no era normativamente asequible, pues no existe ninguna necesidad preventiva; aunque estos están en situación de motivarse por las prohibiciones, de modo que si cabría la culpabilidad; por ejemplo el niño que arroja una piedra para romper el cristal de una ventana o descalabrar a su compañero, sabe que no está permitido, que su conducta es indebida.

En el caso de los adolescentes menores de dieciocho años, estos son jurídicamente responsables de sus hechos, pues tienen la capacidad de comprender el injusto y de actuar conforme a su comprensión; sin embargo, sé reemplazan los

²³ ROXIN. *Claus. Derecho Penal, Parte General*, p848.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

estados o diagnósticos de conexión biológica – psicológica, por falta de madurez moral y mental, así como la falta de inhibición y esa asequibilidad normativa.

b) En el grado psicológico, se considera la enajenación y el trastorno mental transitorio. En la enajenación comúnmente se le da el nombre de enfermedad mental o trastorno psíquico patológico, en este caso el sujeto es considerado inimputable por la perturbación de sus capacidades psíquicas, ya que le impide conocer y comprender su hecho (por ejemplo los locos, los idiotas y los imbéciles).

El trastorno transitorio, consiste en la perturbación pasajera por una causa externa, es el sujeto que pierde la capacidad de comprensión y de autodeterminación por una perturbación mental momentánea de carácter patológico (neurosis, epilepsia, estado tóxico involuntario, delirios de fiebre, ologofrenía, etc.).

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

El artículo 15 fracción VII, del Código Penal para el Distrito Federal; contempla la inimputabilidad como excluyente del delito, comprendiendo el trastorno mental permanente y transitorio como sigue:

“Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado...”.

Ginbernat,²⁴ afirma que los sujetos anormales no son asequibles a la eficacia motivadora de la pena; pues para estos no es necesaria la pena, ni por razones de prevención general, ni especial; pero si es necesario la aplicación de medidas de seguridad dependiendo la existencia de peligrosidad del sujeto.

La ley prevé, que en el caso de que un inimputable hubiese cometido un delito, el juez puede decretar su internación en una

²⁴ Citado por CÓRDOBA RODA, Juan. Op cit, p39

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

institución para enfermos mentales, para su inmediata rehabilitación o curación mental.

4.-ERROR DE PROHIBICIÓN

Dentro de la doctrina, se han tenido diferentes enfoques sobre la falta de conocimiento de ilicitud de la conducta; en un principio dominó la teoría de **error iuris nocet** (el error de derecho perjudica), el error de derecho no exime de responsabilidad penal, por el contrario perjudica. Sin embargo, esto ya ha sido superado por la doctrina finalista y funcionalista.

En un principio la doctrina causalista, consideró **la teoría del dolo**, en donde se contempla el error de hecho y el error de derecho, dentro de la culpabilidad. Esta teoría del dolo exige tanto el conocimiento del tipo y de la antijuridicidad; sólo se excluye la culpabilidad, si el error es invencible, dentro de ésta se le da el mismo tratamiento a ambos errores; pues, se cree que tanto el error de hecho como de derecho excluye el dolo, y no la imprudencia.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

El error de hecho esencial e invencible, exime de responsabilidad por falta de dolo, pero si es vencible, se considera como posible la imprudencia, mientras que en el error de derecho, es irrelevante, pues no excusa de responsabilidad penal.

El error de hecho lo subdivide esta teoría en: error esencial y error accidental, a su vez, al primero lo subdivide en error esencial invencible y error esencial vencible.

El error esencial invencible se da cuando el sujeto tiene una concepción equivocada de la realidad, pero por circunstancias que no puede superar, recae sobre elementos constitutivos de la conducta legalmente descrita por la ley, sobre características del sujeto pasivo, sobre el objeto materia (error sobre la cosa en el robo, error sobre la edad de la persona).

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Para algunos autores las eximentes putativas, como las causas de justificación y el estado de necesidad son considerados, como error de hecho.²⁵

El error esencial vencible, consiste en que el sujeto tuvo la posibilidad de prever su equivocación y no lo hizo, este excluye el dolo pero no la imprudencia, por lo cual el sujeto debe responder por su conducta culposa.

En cuanto al error accidental, se da cuando el sujeto se equivoca en circunstancias objetivas que son accidentales, por lo que su conducta es culpable, a título doloso.

El error accidental se refiere al error en el golpe y en la persona; en el golpe consiste cuando el sujeto activo se propone realizar una conducta ilícita, pero se equivoca en la persona que quiere dañar, dañando a otra persona; el error en la persona se representa

²⁵ Véase ORELLANA WIARCO: Octavio. Op cit, pp 68 y 69.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

cuando el sujeto activo quiere lesionar a Juan y lesiona a Mario, creyendo que lesionó a Juan.

En la teoría finalista, Welzel establece su **teoría de la culpabilidad**, superando la teoría del dolo, y propone sustituir al error de hecho, por el error de tipo y el error de derecho, por el error de prohibición.

Considerando que la teoría finalista desplaza al dolo y la culpa al tipo, por lo que contempla sólo al error de tipo en el tipo penal y al error de prohibición en la culpabilidad.

Desplaza al error de tipo, al tipo penal porque considera que existe un desconocimiento en una circunstancia de hecho objetiva, sea de índole descriptiva, normativa (ajeno, documento, funcionario etc.), o material (cosa, persona, habitación etc.).²⁶

²⁶ Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Culpabilidad*. Op cit, pp 170 y 171.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

En el error de tipo, se puede dar cuando el sujeto sustrae a otro una cosa que por error considera de su propiedad (no existe dolo, ya que no sabe que la cosa es ajena).

El error de prohibición es considerado en la culpabilidad, porque se da sobre la antijuridicidad del hecho, por lo que este se debe analizar después de la antijuridicidad.

Reyes Echandía,²⁷ sostiene que la teoría finalista contempla tres hipótesis sobre el error de prohibición:

- a) El agente desconoce la existencia de la norma incriminadora;
- b) El agente la conoce pero cree que actúa conforme a derecho en el caso concreto por la interpretación equivocada.
- c) El agente supone erróneamente que concurre en su conducta, una causal de justificación.

²⁷ *Ibidem*, p 171.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Si el error de prohibición es invencible, este excluye la culpabilidad, es decir la responsabilidad de la conducta del sujeto activo, dejando intacto el dolo; pero, si el error es vencible, este sólo atenúa la culpabilidad, sigue subsistiendo la reprochabilidad.

El error de prohibición, se puede presentar en el caso de que el sujeto cree tener derecho a sustraer una cosa ajena (por ejemplo, cuando el arrendador frente al arrendatario le quita algún bien mueble, porque no le ha pagado la renta; este incurre en error de prohibición, creyendo que tiene derecho).

Por otra parte, la teoría funcionalista, considera que un sujeto concurre en error de prohibición, cuando pese a que este conoce completamente su situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida²⁸ (le falta la comprensión de que hace algo injusto, por lo tanto no es asequible a la norma).

²⁸ Cfr. ROXIN. *Claus. Derecho Penal, Parte General*, p 861.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

El error de prohibición para esta teoría, sólo afecta a la valoración jurídica global, y cuando es invencible no es reprochable. También, considera que dentro de la teoría de culpabilidad, se debe tener en cuenta la necesidad de la pena, según la situación del caso; la falta total de necesidad de la pena se da cuando el sujeto actúa en error de prohibición invencible; mientras que la pena se atenúa cuando el sujeto cae en error de prohibición vencible.

Por su parte, Gimbernat,²⁹ trata de justificar la innecesariedad de la pena en efecto de exención de la responsabilidad penal propia del error de prohibición, pues sostiene que en los casos en donde concurre un error de prohibición invencible procede absolver al sujeto; ya que ni desde el punto de vista de prevención general ni especial, resulta necesaria la pena.

Sí el error de prohibición es vencible, cuando el sujeto pudo evitar el error y no lo hizo, como le es exigible, por lo que ha

²⁹ Citado por CÓRDOBA RODA. Juan. Op cit. p 43.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

provocado culpablemente un error de prohibición; en este caso es necesario la aplicación de la pena, pero ésta será atenuada.

Expresa Roxin que: " los errores de prohibición serían evitables si las personas tuvieran que extremar su conciencia o el cuidado en su deber de informarse..."³⁰

La legislación mexicana en su artículo 15 fracción VIII, inciso b del Código penal para el Distrito Federal, establece el error de prohibición invencible el cual excluye el delito: "Respecto a la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta".

Si el error es vencible el artículo 66, contempla una pena de hasta una tercera parte del delito que se trate.

³⁰ ROXIN. Claus, *Culpabilidad y Prevención*, p 161.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

La suprema Corte de Justicia establece las siguientes jurisprudencias sobre el error de prohibición:

ERROR DE PROHIBICIÓN. En el error de prohibición, el sujeto ignora la existencia de la norma o bien cree no quedar inmerso en ella, calificando subjetivamente como lícito su actuar, no obstante su carácter antijurídico.

Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente Francisco Pavón Vasconcelos. Seminario Judicial de la Federación, séptima época, vols 139-144, 2ª parte, p88.

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN. PARA SER EXIMENTE REQUIERE SER INVENCIBLE O INSUPERABLE. Tanto el error de tipo como el error de prohibición, para integrar eximente de responsabilidad, requieren ser de naturaleza invencible o insuperable, pues siendo sólo esencial, sin reunir dicho requisito, dejarían subsistente la culpa, cuando tal forma de culpabilidad pudiera darse en la específica figura delictiva de que se trata. Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente Francisco Pavón Vasconcelos. Seminario Judicial de la Federación, séptima época, vols. 139-144, 2ª parte, p 88

CONCLUSIONES

1.- Considerando este breve estudio sobre la culpabilidad en la sistemática funcionalista, se puede decir que este elemento del delito es uno de los más complejos para su análisis, ya que como se ha visto en el desarrollo del presente trabajo, la culpabilidad en su evolución doctrinaria ha sido y sigue siendo el punto de discusión como elemento esencial del delito; por lo que no es posible considerar respuestas definitivas a este análisis, ya que como lo expresan algunos autores, mientras existan estudiosos del Derecho Penal interesados en la búsqueda de nuevas soluciones o alternativas a la problemática del contenido de la estructura del delito, no se dejará de hablar de nuevas aportaciones o ideas, pretendiendo que estas se ajusten a la realidad social.

2.- La concepción jurídica de la culpabilidad, a través del tiempo ha sido cuestionada y discutida por las diferentes doctrinas, como son: la causalista (clásica y neoclásica), la finalista (normativa-

pura) y la funcionalista (posfinalista); sin embargo dentro de la teoría funcionalista se le da al concepto de culpabilidad un matiz muy diferente que a las otras teorías, pues la contempla dentro de una orientación político criminal, acorde a los fines de la pena, conforme a los principios de un Estado Social Liberal y Democrático de Derecho; por lo cual el funcionalismo determina al concepto de culpabilidad de una forma mucho más amplia que las anteriores teorías; ya que lo conceptualiza como **“Responsabilidad”**, considerando, que sí el sujeto ha realizado una conducta típica y antijurídica, por lo tanto es responsable y merecedor de una pena.

3.- Al manejar la teoría funcionalista, el concepto de culpabilidad por el de responsabilidad, se comprobó que ha sido con el objeto de asentar las bases más congruentes sobre el problema de la culpabilidad en las anteriores teorías; pues se fundamenta en los fines del Derecho Penal, con el objeto de prevenir el delito y proteger a la sociedad, a través de la prevención general y especial.

4.- Esta teoría, busca justificar a la culpabilidad, de acuerdo al grado de responsabilidad del sujeto, en relación a la imposición de la pena. La teoría finalista por el contrario, en su concepto de culpabilidad considera como elemento esencial del fundamento de reproche jurídico al **libre albedrío**, pues afirma que el hombre libre, es fundamento de la categoría de la culpabilidad, posición contraria del funcionalismo; el cual sostiene que el reproche no debe basarse en el libre albedrío; porque sólo se consideraría un reproche ético y no jurídico, ya que este únicamente se basa en cuestiones "ontológicas" y no "teleológicas"; por lo que científicamente es indemostrable ese reproche; por lo tanto no se puede saber si el sujeto en el momento de realizar su conducta antijurídica fue capaz de conducirse con libertad de voluntad; sin embargo no se trata de demostrar de forma científica si el sujeto posee esa libertad de voluntad, si no por el simple hecho de que el hombre vive para ser capaz de responder por lo que hace, tiene esa posibilidad de elegir entre el bien y el mal; por lo tanto el reproche dentro de la culpabilidad debe considerarse, "como el

poder actuar de un modo distinto, como el poder general e individual de considerarse al sujeto como hombre inmerso en la sociedad y como tal es responsable de sus actos, en consecuencia es necesario la imposición de una pena”.

5.- El funcionalismo, al considerar la culpabilidad como derivado de la prevención general, limita la pena necesaria a la prevención especial, pues de acuerdo al principio de culpabilidad, según el grado de culpabilidad será la medida de la pena; la propia culpabilidad tanto fundamenta como limita a la pena, no así como lo afirma el finalismo, que únicamente la fundamenta.

Desde mi punto de vista el funcionalismo, en relación a la culpabilidad; esta actúa dentro del marco de la prevención general en base, a que el legislador establece el tipo penal, con el objeto de prevenir el delito y su resocialización a futuro y la prevención especial es considerada en el momento en que la pena es ejecutada y encaminada a resocializar al sujeto en forma particular, pero esto es de acuerdo a la proporcionalidad de la

pena y el grado de culpabilidad; para que con estos parámetros la pena sea mucho más eficaz y justa. Toda vez, que la retribución no es compatible en esta teoría, ni considerada por un estado moderno liberal social democrático de derecho.

6.-A pesar de que la teoría funcionalista ha sido criticada por varios autores, por el hecho de involucrar a la dogmática penal con los fines de la pena y por desconocer el libre albedrío; no puede dejar de reconocerse que es una nueva teoría que trata de analizar el Derecho Penal conforme a las necesidades fundamentales de la sociedad, de acuerdo con la política criminal, pues esta última se proyecta conforme a la realidad social (al propio fin social), con el objeto de proteger los bienes jurídicos (o sistemas sociales- como los considera el funcionalismo), y garantizar la seguridad de la sociedad, a través de la prevención general y especial.

7.- Entre la dogmática penal y la política penal sólo existe un hilo que los une; así como lo establece Roxin que de la culpabilidad

se desprende la necesidad de la pena; ya que ésta es la que fundamenta y limita la pena y sin ambos presupuestos no se puede dar la responsabilidad jurídico penal, por tanto la política criminal tiene que atender las necesidades sociales, en relación a esto Zipf cita que: "El Derecho Penal es lo que la política criminal ha querido hacer de él".

8.- La culpabilidad dentro del funcionalismo se excluye por falta de capacidad de culpabilidad y por el error de prohibición invencible; no así la exclusión de responsabilidad que se da por el estado de necesidad disculpante; y el exceso de legítima defensa, en donde la teoría funcionalista le da una solución a la problemática en la que se encontraban estas situaciones; en estos casos se demuestra que no existe ninguna incapacidad para actuar, ni en error de prohibición invencible, no se puede en estos casos exigir el poder actuar de otro modo, por lo que el legislador por consideraciones político criminales sobre el fin de la pena los deja sin efecto de sanción.

9.- Conforme al análisis de la "responsabilidad" en el funcionalismo, ésta busca que las penas sean aplicadas de una forma más racional y no arbitrarias, pues los fines de la pena, están encaminados a aplicar la prevención general y especial, pero sobre todo para alcanzar la resocialización del sujeto, con carácter de humanización penal.

10.- La pena es aplicada con el fin de proteger a la sociedad o a sus sistemas, y que el delincuente sea sancionado lo más humanamente posible por su conducta típica y antijurídica, y su grado de culpabilidad; pero también el funcionalismo contempla que algunos casos en donde el sujeto haya cometido un delito mínimo que no amerite resocialización este puede ser sancionado de forma económica, civil o administrativa, de modo que se estaría reduciendo la población carcelaria, y sólo la pena privativa de libertad podría ser aplicada como último recurso. Cosa que no sucede en nuestro país, por lo cual se encuentran sobre pobladas sus cárceles.

PROPUESTAS

1.- Por todo lo anteriormente expuesto, puedo decir que:

La teoría funcionalista en nuestro sistema penal si puede tener una aplicabilidad eficaz, siempre y cuando exista una adecuada política criminal, acorde con la realidad social; sí el sistema jurídico penal realmente cumple con sus objetivos se estará hablando de un verdadero Estado de derecho; ya que el Estado no necesita de estar elaborando un cúmulo de leyes, ni el aumentar las penas para garantizar la seguridad jurídica, ya que estas en su totalidad ni siquiera se cumplen en la realidad, lo único que se tiene que hacer es el elaborar, aplicar, interpretar y ejecutar correctamente las leyes.

Como se puede ver, en la actualidad nuestros legisladores han caído en excesos convirtiendo delitos que anteriormente eran considerados como no graves a graves, así como el aumento de penas cayendo en un estado de "terror penal", aumentando en todas las cárceles del país su población penitenciaria; la finalidad

del Derecho Penal desde mi postura es el de buscar los medios eficaces para prevenir el delito, a través de aplicar el mínimo de daño a la sociedad, buscando el máximo de beneficio posible en la aplicación de las normas penales; esto sólo se puede llevarse a cabo cuando las leyes penales no sean contradictorias e incoherentes a la realidad social; pues se puede decir que estas contradicciones se dan entre el Código Penal y la Ley Penitenciaria, pues mientras para el primero la pena se establece con carácter de retributiva (de castigo); para la segunda se da con carácter utilitarista (de resocialización, readaptación y rehabilitación).

2.- Por lo cual el Estado debe buscar una aplicación exacta de las leyes ya establecidas, pero también encontrar una verdadera coherencia entre éstas; y buscar una coordinación y colaboración entre los tres poderes; tanto legislativo, ejecutivo y judicial, para que realmente sea efectiva su política criminal, en beneficio de la sociedad. Así como también, el legislador debe de escuchar los planteamientos que le haga tanto el poder ejecutivo como el

poder judicial; para que en base a las normas jurídicas congruentes con la realidad social, ambos poderes puedan cumplir con sus funciones adecuadamente.

3.- Continuando con esto, es necesario, que también el legislador deje de elaborar infinidad de leyes para tener llenas las cárceles y busque los mecanismos adecuados para sancionar sin privar de la libertad por simples conductas, que sí se pueden en su momento considerar como reprochables, pero que pueden ser sancionadas con multas.

4.- Por otro lado, el legislador debe contemplar y considerar varios factores sociales como: la desigualdad social, la pobreza, la ignorancia y la falta de oportunidades, tomando en cuenta que el derecho penal se hace desde el punto de vista de la política criminal, la cual está encaminada a buscar métodos, principios, estrategias y tácticas sociales, para la prevención del delito y la protección de los bienes jurídicos, la estabilidad del sistema y la integración social. El no considerar estos aspectos, se llega a

resultados incorrectos de una política criminal mal aplicada, pues puede decirse que la política criminal moderna está encaminada hacia una coordinación y aplicación de políticas, económicas, sociales y culturales.

5.- Dentro de los programas preventivos, qué el Estado debe considerar, es la conducta del individuo y los factores sociales, así como también su propia capacidad para abrir expectativas reales a la población; ya que esto constituye la base sobre la cual se debe apoyar en las medidas de prevención del delito.

6.- Por lo que corresponde a la aplicabilidad de la ley por parte del órgano judicial, este debe partir del fundamento y el límite de la pena en relación a la culpabilidad del sujeto desde el punto de vista de las normas penales; pero también éste debe considerar la pena conforme a los fines de prevención general y especial; encaminados a una resocialización y no a una perdición del sujeto, que consista en afectarlo en un sentido negativo, en los aspectos psico-físico-social.

7.- Por lo que corresponde al poder ejecutivo, en relación a la ejecución de las sanciones penales, también este debe comprometerse a ejecutar las penas como lo establece la ley; con el objeto de "resocializar", "rehabilitar" al delincuente; pero sólo se podrá lograr cuando el Estado cuente con el personal capacitado, actualizado y profesionalizado, para el desempeño de sus cargos dentro del sistema penitenciario, en cada una de sus áreas (en cuanto a la ejecución de la sanción, supervisión, vigilancia y aplicación de medidas).

8.- Por lo tanto, la política criminal debe estar pendiente de todo aquello que pueda afectar los verdaderos propósitos del Derecho Penal, y así pueda garantizar la confianza en las instituciones; tratando de que la ley proporcione todos los instrumentos necesarios para su correcta aplicación; y así poder lograr por parte de las instituciones una buena interpretación de la ley en casos concretos.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*, 3ª ed, México, Ed Unam, 1972.

BACIGALOPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*,
Ed Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

BAUMAN, Jungen. *Derecho Penal*, Ed Depalma, Buenos Aires,
1981.

BONESANO, César. *Tratado de los Delitos y de las Penas*, 9ª ed,
Ed Porrúa, México, 1999

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte
General*, Ed Ariel, Barcelona, 1984.

– *Imputación Objetiva*, Ed Temis, Bogotá-Colombia, 1989.

CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de
Derecho Penal*, 10ª ed, Ed Porrúa, México, 1976

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal*, 3ª reimpr, Ed Universidad
Nacional de Educación a Distancia, La Cuenca, 1998.

CÓRDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y Pena*, Ed Bosch,
Barcelona, 1977.

- CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*, Ed Astrea, Argentina, 1988.
- *Introducción a la Nueva Doctrina Penal. Teoría del hecho ilícito*, Ed Editores Rubinzal Culzoni, Argentina, 1992.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Derecho Penal español. Curso de Iniciación*, 2ª ed, Ed Civitas, Madrid, 1996.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, tomo II, 2ª ed, Ed Jurídica de Chile, Chile, 1992.
- DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del Delito*, 2ª ed, Ed Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998.
- DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo (Causalismo, finalismo y funcionalismo y la reforma Penal en México)*, Ed Porrúa, México, 2000.
- DONNA, Edgardo A. *Teoría del Delito y de la Pena*, tomo I, Ed Astrea, Argentina, 1992.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*, tomo I y II, 2ª ed, Ed Temis, Bogotá Colombia, 1989.
- *Delito y Error*, Ed Temis, Bogotá Colombia, 1990.

- FERREIRA DELGADO, Francisco. *Teoría General del Delito*, Ed Temis, Bogotá Colombia, 1998.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*, 6ª ed, Ed Esfinge, México, 1975.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*, Ed de la Universidad de Castilla La Mancha Cuenca, 1996.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Nociones Fundamentales de la Teoría Del Delito*, Ed Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
- GIMBERNAT ORDEING, Enrique. *¿Que es la Imputación Objetiva?*. *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed, Ed Tecnos, Madrid España, 1990.
- GONZÁLEZ SALAS CAMPOS, Raúl. *Teoría del Bien Jurídico*, en el Derecho Penal, Ed Pereznieto, Editores, México, 1995.
- GÜNTHER, Jakobs. *Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Ed Civitas, Madrid España, 1996.
- *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Funcional*, Ed Civitas, Madrid España, 1996.

HASSERMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Trad Fco. Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Ed Bosch, Barcelona, 1984.

JESCHECK, Heinrich Hans. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. Santiago Mir Puig y Fco Muñoz Conde, 3ª ed, Ed Bosch, Barcelona, 1978.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*, Ed Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed, Ed Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Culpabilidad*. Diccionario Jurídico Mexicano, tomo I, 9ª ed, Ed Unam- Porrúa, México, 1996.
– *Principios Rectores en el Derecho Penal Mexicano* Revista Criminalia, año LXIV, No 3 Septiembre- Diciembre, Ed Porrúa, México, 1998.

— *Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana* Revista Criminalia, año LVIII, No3, Ed Porrúa, México, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*, Ed

Tirant lo blanch, Valencia España, 1993.

–*Teoría del Delito*, Ed Tirant lo blanch, Valencia España, 1991.

ORELLANA WIARCO, Octavio. *Teoría del Delito*, (sistema causalista y finalista) 3ª ed, Ed Porrúa, México, 1996.

ORTIZ ORTIZ, Serafín. *Fines de la Pena*, PGR Instituto de Capacitación, México, 1993.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan *Diccionario para Juristas*. Ed Mayo, México, 1981.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, 13ª ed, Ed Porrúa, México, 1997.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del Delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

PLATÓN. *Diálogos*, 20ª ed, Ed Porrúa, México, 1984.

RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *La Trascendencia y otros Efectos de la Pena de Prisión*, Criminalia, año VI, No 1 – 12, Enero – Diciembre de 1985, Ed Porrúa.

REINHARD, Frank. *Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Versión Castellana de Sebastián Soler, publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, 1966.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Culpabilidad*, 3ª ed, Ed Temis, Bogotá Colombia, 1991.

REYNOSO DÁVILA, Roberto. *Teoría General del Delito*, Ed Porrúa, México, 1995.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminología*, Ed Porrúa, México, 1979.

ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio. *Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo Penal. Causalismo Finalismo*. 2ª ed, Ed Zogs, México Puebla, 1999.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*.

Trad. Fco Muñoz Conde, Ed Reus, Madrid España, 1981.

—*Derecho Penal. Parte General*, tomo I Fundamentos, la

Estructura de la Teoría del Delito). Trad. Diego manuel Luzón

Peña, M Díaz y García Conlledo y Javier de vicente Remesal,

2ª ed alemana, Ed Civitas, Madrid España, 1999.

SCHÜNEMANN, Berd. *Nuevas Tendencias en el Concepto Jurídico*

Penal de culpabilidad. Trd. Mariana Sacher de Koster,

Universidad de Munich Alemania, 1989.

VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e Imputabilidad*, 4ª reim,

Ed Trillas, México, 1987.

VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. Ed Porrúa,

México, 1982.

VILLARREAL PALOS, Arturo. *Culpabilidad y Pena*, Ed Porrúa,

México, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 11aed, 4ª ed castellana.

Trad. Juan Bustos Ramírez y s Yañez Perez, Ed Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

–*Lo Permanente y lo transitorio en la Ciencia del Derecho*

Penal, Revista Mexicana de Ciencias Penales, año 1, No 1

Enero – Junio de 1978, México.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, III,

IV, Ed Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

–*Manual de Derecho Penal*, 4ª ed, Ed Cárdenas Editor y

Distribuidor, México, 1991.

LEGISLACIÓN

Código Penal Para el Distrito Federal, Ed, Sista, , México, 2000.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 121ª ed, Ed
Porrúa, México, 1999.

Ley de Ejecución Sanciones Penales para el Distrito Federal,.Ed
Sista, México, 2000.

*Ley de Normas Mínimas Para el Distrito Federal sobre
Readaptación Social de Sentencias* Ed Alf, México, 2000.