

00781

19

zcy.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

EN TORNO AL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD.
UN ANALISIS DE LA CRITICA CONTEMPORANEA

TESIS CON
FALLA LE ORGEN

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO PRESENTA EL LIC.
ARTURO VILLARREAL FLORES

MEXICO, D.F., MARZO DE 1991.



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.

INDICE

PREFACIO	1
INTRODUCCION.....	4
1. DEFINICION Y ESTRUCTURA FORMAL DE LA CULPABILIDAD.....	9
1.1. EVOLUCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD.....	11
1.2. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD SEGUN LA CONCEPCION NORMATIVA ORIGINARIA.....	19
1.3. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD SEGUN LA CONCEPCION PURAMENTE NORMATIVA DEL TRIANGULO.....	45
2. FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA NORMATIVA.....	58
2.1. EL PLANTEAMIENTO ORIGINAL DE LA ESCUELA CLASICA.....	58
2.2. LA LIBERTAD DE VOLUNTAD COMO LA FACULTAD PARA RESISTIR EL IMPULSO DE LOS ESTIMULOS CAUSALES.....	63
2.3. ALTERNATIVAS FALIDAS DE FUNDAMENTACION.....	66
2.4. CONCEPCION NORMATIVA DE LA LIBERTAD DE VOLUNTAD.....	72
3. CRITICAS AL TRADICIONAL FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD.....	77
3.1. LA ANTIGUA CRITICA DEL POSITIVISMO ITALIANO.....	77
3.2. LA CONCEPCION POLITICO-CRIMINAL DE GONZALEZ.....	82
3.3. LA CRITICA ACTUAL DE LA DOCTRINA JURISDICCION-PENAL.....	89
3.4. LA CRITICA DERIVADA DE LA CRIMINOLOGIA.....	145
4. REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSION Y CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	159
BIBLIOGRAFIA.....	207

PREFACIO

El presente trabajo encuentra su origen en una de las tesis que hubimos que elaborar durante nuestro tránsito por las aulas del Doctorado en Derecho de nuestra querida Universidad Nacional; pulido y luego desarrollado, presenta su forma actual.

La temática en él abordada, como podrá verse, es de por sí polémica: cual es el fundamento de la intervención punitiva del Estado y en donde han de residir sus límites? Ello, desde luego, nos lleva a replantear la vieja disputa entre el determinismo y el libre albedrío y a proponer, finalmente, que se puede sostener un Derecho Penal de Culpabilidad (esto es, que sanciona el acto y no el autor), sin que para ello se acuda al ya conocido expediente de la libertad de voluntad, cuya utilización arroja, al menos, incongruencias sistemáticas.

Estamos conscientes que, por la naturaleza del tema, nuestros puntos de vista pueden ser o no compartidos: en cuestiones tan controvertidas, es difícil adoptar soluciones de

compromiso. Sin embargo, por ello y bajo la idea de que la toma de posición final sólo puede corresponder a cada uno en lo particular, hemos procurado ofrecer al lector (en especie de compensación por haber elegido un tema tan espinoso) cuando menos una investigación confiable; de ahí nuestra preocupación por ir a las fuentes originales.

En lo que ve a nuestras conclusiones, hemos de advertir que más que un producto acabado, constituyen los puntos de amarre para el desarrollo posterior de una teoría que habrá de afinarse. De ahí su carácter preliminar, que no por ello deja de expresar una toma de posición y una opinión personal.

Quisiera, por último, expresar en este lugar mi agradecimiento a las siguientes personas, que directa o indirectamente hicieron posible la realización de este trabajo. En primer lugar, a mi asesora de tesis, Dra. Emma Mendoza Bremauntz, de quien siempre tuve un apoyo incondicional y una ayuda desinteresada; al Sr. Lic. Fernando Flores Gómez, dilecto jefe, quien en todo momento entendió y estimuló mis

inquietudes académicas; al Sr. Lic. Octavio Patiño León, quien se tomó el trabajo de leer el manuscrito original y hacerme las correcciones ortográficas que creyó pertinentes y, finalmente, a la Srta. Claudia Galván Anichino, quien realizó la transcripción mecanográfica y el acomodo de las citas.

El Autor

THESIS SUMMARY UNDER THE TITLE: "ABOUT THE MATERIAL FUNDAMENT OF THE CULPABILITY. AN ANALYSIS OF THE CONTEMPORARY CRITIC". PRESENTED BY ARTURO VILLARREAL PALOS. IN ORDER TO OBTAIN THE DOCTOR IN LAW DEGREE.


According to the thematic boarded, the work is about a matter of no less polemic in the Criminal Law Science: which is the fundament of the punitive intervention of the State and where should their limits be? That of course takes to the author to retake the old dispute between the freedom of will and the determinism, and to doubt about their opposed plans, all that under the influence of the following authors: Roxin, Mir Puig, Córdoba Roda, Muñoz Conde, Juan Bustos, Jakobs y Stratenwerth, among others.

On the methodologic aspect, the thesis departs from the analitic disintegration of the concept and its material fundaments, to develop, finally, a propounding synthesis, in the chapter assigned to conclusions.

To such effects the author develops in the first chapter, a brief history of the systematic category of the culpability, as he perceives it through its originals sources (Liszt, Beling, Freudenthal, Goldschmidt, Frank, Graf Zu Dohna, Mezguer and Welzel, among others); afterwards, on the second chapter, the author makes a relation of the material fundament in which culpability and penalty lie, according to the dominant theory of the Criminal Law; and on the third chapter, a summary of the dissidents theories which now establish a new interpretation of the right to punish, from the perspective of the

juridical penal dogmatic as from the contemporary criminology.

Concerning the conclusions the author establishes that it is possible to support a criminal law of culpability (that is a criminal law which punish the act not the author), - without the necessity to refer to the known argument of freedom of will (which has systematic incongruences), proposing for that, a reviewed criterion of the social responsibility, as a positive fundament of the punishment, and the consideration of its unnecessaryty, from the political-criminal points of view, as the starting point for not imposing a punishment.



Arturo Villarreal Palos

RESUMEN DE LA TESIS QUE, BAJO EL TITULO: "EN TORNO AL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD. UN ANALISIS DE LA CRITICA CONTEMPORANEA", PRESENTA EL LIC. ARTURO VILLARREAL PALOS, AL EFECTO DE OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO.

Por lo que ve a la temática abordada, el trabajo trata de un asunto de no poca polémica en la Ciencia del Derecho Penal: ¿cuál es el fundamento de la intervención punitiva del Estado y en donde han de residir sus límites? Ello, desde luego, lleva al autor a replantear la vieja disputa entre el libre albedrío y el determinismo y a dudar de sus planteamientos -- contrapuestos, todo ello a la luz de los autores de los cuales el autor acusa influencia: Roxin, Mir Puig, Córdoba Roda, Muñoz Conde, Juan Bustos, Jakobs y Strattonwerth, entre otros.

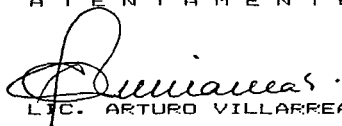
En el aspecto metodológico, la tesis parte de la descomposición analítica del concepto y sus fundamentos materiales, para desarrollar, finalmente, una síntesis propositiva, en el capítulo destinado a las conclusiones.

A tales efectos, el autor desarrolla, en el primero de sus capítulos, una historia breve de la categoría sistemática de la culpabilidad, tal y como él la percibe a través de sus fuentes originales (Liszt, Beling, Freudenthal, Goldechmidt, Frank, Graf Zu Dohna, Mezger y Welzel, entre otros); posteriormente, en el segundo de sus capítulos, el autor nos hace una relación del fundamento material en que residen culpabilidad y pena, según la teoría dominante del Derecho Penal; y, en el tercero, un resumen de las teorías "disidentes", que ahora

plantean una nueva interpretación del derecho de castigar, tanto desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal, como de la Criminología contemporánea.

En lo que concierne a las conclusiones, el autor plantea que se puede sostener un Derecho Penal de Culpabilidad (esto es, un Derecho Penal que sanciona el acto y no el autor), sin que para ello se acuda al ya conocido expediente de la libertad de voluntad (que, según advierte, arroja incongruencias sistemáticas), proponiendo, para ello, un criterio revisado de la responsabilidad social, como fundamento positivo de la pena, y la consideración de su innecesariedad, desde puntos de vista político-criminales, como el punto de partida para su no imposición.

A T E N T A M E N T E


LTC. ARTURO VILLARREAL PALOS

INTRODUCCION

El problema de los fundamentos politico-criminales del Derecho Penal, ha sido tema de discusion constante desde mediados del siglo pasado. Asi lo atestiguan la polémica inicial entre determinismo y libre albedrío y la posterior aparición de posturas intermedias como la de la Terza Scuola Italiana o la Escuela Politico-Criminal de von Liszt.

Sin embargo, con el despertar del siglo XX, la Ciencia dominante del Derecho Penal, inclinó la balanza en favor del libre albedrío y el Derecho Penal retribucionista, pues sólo de ese modo, se entendía, podía garantizarse que la intervención punitiva no se extendiese más allá de los hechos del autor.

No obstante, con ello, la lucha doctrinal no quedó soterrada, sino tan sólo pospuesta: el fundamento libre albedrístico y retributivo de la pena, como castigo al hecho libremente elegido, no acaba por convencer. Obstáculos técnicos derivados del análisis exclusivamente dogmático, como el reconocimiento de que la exculpación para los casos de inexigibilidad no podía explicarse bajo el argumento de que en esa circunstancia no era posible al autor obrar de otra

manera, cuando en verdad si existía tal posibilidad, así como la convicción de que el Derecho Penal no podía concebirse como un fin suficiente en sí mismo, sino sólo como un instrumento para prevenir el delito, hubieron de posibilitar la aparición de un fuerte movimiento de reforma del Derecho Penal, que de manera particular se manifestó a partir de mediados de la década de los años sesenta.

Característico de este movimiento, ha sido la negación del libre albedrío, al menos como fundamento de la retribución, y la búsqueda inacabada del nuevo edificio conceptual que permita sustentar un Derecho Penal orientado a la prevención, sin que por ello sufra menoscabo el principio de culpabilidad que se afirma como una de las garantías esenciales del Estado de Derecho.

Por esta razón, resultaría ingenuo pensar que el movimiento de reforma signifique una vuelta al determinismo: más bien se trata del replanteo de las tesis de Liszt, quien buscó con denuedo la creación de una ciencia del Derecho Penal total (la gesamte Strafrechtswissenschaft) cuyo vertice sería la política criminal. Con ello pues se busca no la negación mutua del Derecho Penal y la Criminología, sino su

diálogo en un nivel superior.

El presente trabajo se ubica en esa línea, pues, si bien parte del estudio de la culpabilidad, la temática abordada rebasa con mucho ese límite: en el fondo, el movimiento de reforma discute nada menos que los fundamentos político-criminales del Derecho Penal; esto es, porque y para qué se castiga.

Obviamente, la polémica tiene que arrancar de algún lado y no existe otro punto más preciso que la culpabilidad, pues ella, se ha dicho, constituye el fundamento y límite de la pena.

En tal virtud, nuestro trabajo comienza con un análisis muy concreto de la culpabilidad desde la perspectiva dogmática. Se apuntan aquí su definición y elementos formales, mas a efectos propedéuticos que de fondo, pues su precisión es vital para la comprensión de la problemática abordada.

Se pasa enseguida a determinar cuál es el fundamento material con el que la teoría tradicional sustenta culpabilidad y pena y que no es otro que la libertad de voluntad o el libre albedrío, o bien desde perspectivas

diversas, según se verá.

Posteriormente, se exponen los principales planteamientos objetores del fundamento tradicional de la culpabilidad, mismos que son variados, pero que convergen en la búsqueda de los nuevos fundamentos materiales que requiere un Derecho Penal preventivo, al margen del libre albedrío. Las aportaciones de los diversos doctrinistas, creemos que son aquí de suma importancia, pues fijan las bases sobre las cuales seguramente girará toda futura discusión.

Pensando que la ciencia del Derecho Penal no puede ser ajena a los hallazgos de las ciencias empíricas, se incluyen algunas de las aportaciones criminológicas que implícita o explícitamente cuestionan las bases del actual sistema del Derecho Penal; y respecto de las cuales el penalista no puede poner oídos sordos, pues parece congruente que la planeación de la lucha contra el delito, debe partir de bases racionales, al menor costo social. En este sentido, el Derecho Penal no puede ser una panacea.

El trabajo se concluye con un balance del estado actual que guarda la discusión sobre el problema, en donde

además se incluyen unas modestas reflexiones personales, que esperamos puedan sumarse al esfuerzo que otros han emprendido y que, creemos, tarde o temprano, cristalizará en la concreción de aquella Ciencia del Derecho Penal total, en la que confluyan todas las Ciencias Penales.

Capítulo 1

DEFINICION Y ESTRUCTURA FORMAL DE LA CULPABILIDAD

1.- DEFINICION Y ESTRUCTURA FORMAL DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad, como estrato culminante de la estructura del delito, ha sido entendida tradicionalmente como reprochabilidad: culpabilidad es, según la conocida expresión de Welzel, la reprochabilidad de la formación de voluntad. Se reprocha al autor, de acuerdo con la teoría dominante, el no haber actuado correctamente, el haber optado por el delito, a pesar de estar en posibilidad de obrar de conformidad a las exigencias del derecho. Es, pues, la culpabilidad, un juicio valorativo que se funda en la posibilidad abstracta de comportarse según la norma; el autor pudo obrar de modo distinto y a pesar de ello se decidió por la conducta típica y antijurídica; por ello es reprochable y debe responder de sus hechos penales ante la comunidad.⁽¹⁾

(1) / Sobre la culpabilidad como reprochabilidad, en sus diversos matices, vid.: Hans Welzel, *Derecho Penal*, pp. 148, 152, 153, 161. El mismo, *La Teoría de la Acción Finalista*, p. 33; el mismo, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, pp. 86, 81 y 85; Reinhard Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, pp. 14, 15, 25 y 26; Edmund Mezger, *Derecho Penal*, pp. 122, 120, 120; Hans Heinrich Jeschke, *Tratado de Derecho Penal*, T. 1, pp. 559, 561, 562; Eugenio Emilio Colla, *Derecho Penal*, p. 358; Fernando Díaz Palao, *Culpabilidad Jurídica Penal*, pag. 17; Giuseppe Pettit, *Instituciones de Derecho Penal y Procedim.*, pag. 131; Günter Strattoner, *Derecho Penal*, pp. 19, 21, 162; Eugenio Paul Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, pp. 543, 544; Enrique Badaluno, *Elementos de la Teoría del Delito*, pp. 10, 73; Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal*, pag. 451; Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, pag. 107; *Los Delitos de Vida*, la Ley y el Delito, pp. 26, 245; *Delitos de Vida*, La Forma del Delito en su Momento Material, pp. 1, a 67; Johannes Wechsels, *Derecho Penal*, pp. 128, 119; Magno Sarmiento, *Derecho Penal*, p. 237; Juan F. Rivera, *El Finalismo en el Derecho Penal*, p. 119; De el plano nacional, vid. Francisco Perón Masdonelos, *Manual de Derecho Penal*, *Argentino*, pp. 201, 202; Olga Liss, *Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida*, pp. 55, 56; Celestino Forte Pettit, *La Culpabilidad en el Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano*, p. 13; *Manuale*, Jiménez Huerta, *Derecho Penal*, *Argentino*, Tomo I, pp. 417 y 419; Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, p. 281; Paul Carranda y Trujillo, *Derecho Penal*, *Argentino*, pp. 296, 301.

Esta concepción es independiente de la posición en torno a la ubicación de los elementos del delito y el concepto de acción pues se sea causalista, finalista o partidiano de la idea social de conducta, se suele entender a la culpabilidad en el sentido indicado. Todas estas teorías engloban dentro del rubro genérico de la "Teoría normativa de la culpabilidad".⁽²⁾

Sin embargo, el nexo común que une a las "teorías normativas", se ve resquebrajado a la hora de precisar el contenido formal de la culpabilidad.⁽³⁾ (esto es ¿qué elementos son requeridos en la culpabilidad para fundamentar el juicio de reproche?)

La respuesta a que supuestos han de concurrir en la culpabilidad para poder fundamentar el reproche y, por tanto, la pena, no es uniforme en la doctrina penal, y se encuentra ligada al desarrollo histórico del concepto, por lo que entonces, según sea el estado en que nos ubiquemos, será la respuesta que encontremos.⁽⁴⁾ Ello obliga, en consecuencia, a realizar una breve exposición sobre la evolución de la teoría de la culpabilidad.

(2) Véase sobre el particular vid. Enrique Gimbernat Ondera, El Sistema del Derecho Penal en la actualidad, en "Estudios de Derecho Penal", p. 140; Eugenio Raúl Zaffaroni, Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista de la Conducta en la Teoría General del Delito, p. 489.

(3) Véase sobre el concepto formal de la culpabilidad y su diferencia con el significado material, vid. Hans Heinrich Wechselt, Tratado..., Tomo I, pp. 520, 581; Santiago Mir Puig, Derecho Penal, p. 460.

(4) Véase Mir Puig, Derecho Penal, p. 466; Nezzele, Derecho Penal, p. 112.

1.1 EVOLUCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Si bien el concepto de culpabilidad no fue totalmente desconocido en la antigüedad⁽⁵⁾, no es sino hasta fines del s. XIX cuando se logra diferenciarlo claramente del de la antijuricidad y se pasa a hacer un planteamiento de ella semejante al que encontramos en las obras modernas. Esta sistematización es fundamentalmente producto de las elaboraciones de Liszt y Bebing, quienes desarrollaron el concepto psicológico de la culpabilidad, tomando como base el concepto causal naturalístico de acción y el positivismo del s. XIX.⁽⁶⁾

De conformidad con esta teoría, la culpabilidad constituye la relación subjetiva existente entre el acto y el autor y esta relación sólo puede ser de naturaleza psicológica. De aquí que el acto culpable sea la acción dolosa o culposa del individuo imputable y la imputabilidad aparezca como el presupuesto necesario de la culpabilidad (sin imputabilidad, no podría existir aquella relación psicológica).⁽⁷⁾

(5) - Sobre este particular, vid Jescheck, Tratado de Derecho Penal, t. I, p. 577 y Echenbach, Riflessioni Storico-Dommatiche sulla concezione della Colpevolezza di Bernhard Franz, pp. 839 y 842.

(6) - cfr. Günter Stratzenwanz, Derecho Penal, p. 153; Juan Bustos, Manual de Derecho Penal, p. 357; Jescheck, ibid. supra; Echenbach, Riflessioni..., pp. 838 y 842-844.

(7) - cfr. Franz von Liszt, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pp. 387 y 388, 401.

Se asume, en consecuencia, que para la teoría psicológica de la culpabilidad, esta ha de encarnar en alguna de sus dos especies (dolo o culpa), pues siempre constituye "la relación psíquica del autor con el hecho en su significación objetiva, en el reflejo anímico de la realidad"⁽⁸⁾, sin que quepa la exigencia de algún otro requisito adicional.

El defecto más comúnmente atribuido a la concepción psicológica y que hizo posible su substitución por la concepción normativa, se contra fundamentalmente en el hecho de que no podía explicar porqué en los casos de culpa inconsciente (donde no hay relación psicológica), subsiste la culpabilidad, e, inversamente, porqué en los supuestos de vis compulsiva (coacción psíquica), donde no se desvanece el

(8) > Ernst Beling, citado por Stratenwerf, Op. Cit., p. 163 y por Enrique Bacigalupo, Lineamientos de la Teoría del Delito, p.84. La cita corresponde a su Lehre vom Verbrechen (1906). Sólo habría que aclarar que la sucesiva evolución de Beling llevó más adelante a aceptar la concepción normativa de la culpabilidad " el juicio de que alguien ha actuado 'culpablemente' se funda en juicio valorativo sobre la fase interna (espiritual o 'subjetiva') de la acción: en la subjetividad del actor no se ha examinado como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico, y por eso, por esa deficiencia, lo es 'reprochable' su acción". Así en la 11va ed. (1939) de su Esquema del Derecho Penal; véase la traducción de Soler, p. 36.

nexo psicológico, queda insubsistente la culpabilidad.⁽⁹⁾ (10)

Fue precisamente Reinhard von Frank (Aufbau des Schuldbegriffs, 1907), quien por primera vez observó las deficiencias de la teoría precedente y planteó que culpabilidad es reprochabilidad.

(9) / Sobre este particular, vid.: Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, pp. 545, 546; Johannes Messels, Derecho Penal, p. 112; Santiago Mir Puig, Derecho Penal, pp. 467, 468; Juan Bortos, Manual de Derecho Penal, pp. 357, 358; Enrique Bacigalupo, Lineamientos de la Teoría del Delito, p. 84; Hans Helzel, Derecho Penal, pp. 150, 151. El mismo, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, p. 82; Unger Baumann, Derecho Penal, p. 206; Jescheck, Tratado de Derecho Penal, pp. 578.

(10) / Parecería pertinente aclarar aquí -como lo hace Achenbach- que la difundida opinión según la cual el concepto psicológico de la culpabilidad dominó la escena hasta ser substituido por el concepto normativo, es al menos de una marcada simplificación a cual van sólo a fines didácticos. "En efecto, la teoría psicológica no dominó absolutamente el siglo diecinueve, ni los últimos decenios de este. Era simplemente la concepción sostenida por la escuela naturalística, con von Liszt a la cabeza. Del nuevo concepto sistemático de culpabilidad antes de la introducción del modelo naturalístico de culpabilidad dominaba el sistema, ya en principio normativo, de la imputación objetiva, subjetiva, derivante de la época del iusnaturalismo, o la doctrina hegeliana de la acción, no menos normativa. Y también cuando, bajo la influencia de von Liszt, el concepto naturalístico, con relación subjetiva con el hecho, alcanzaba una cierta afirmación, la más antigua concepción de la culpabilidad, con el acento de la libertad de querer, fue todavía sostenida en el ámbito de la escuela clásica. En esta época, fue todavía predominante la construcción jurídica tradicional de un simple concepto de género, propio de la época, para cada delito. Y por tanto el concepto formal de culpabilidad" (pp. Achenbach, Professioni Storico-Dogmatiche, pp. 337, 340). En cualquier modo, es claro que el concepto de culpabilidad, como elemento autónomo del delito, sólo aparece hasta el surgimiento de la teoría psicológica y por ello se le toma como el punto de arranque para la discusión doctrinal.

El análisis de Frank parte de la consideración de que el concepto de culpabilidad dominante limita su noción a una faz interna (como la referencia psíquica a algo determinado), lo que parece como demasiado estrecho para explicar ciertas situaciones que influyen en la medición de la culpabilidad y que son independientes del dolo o la culpa. Así, pone el ejemplo del cajero de una empresa y del cartero repartidor de valores, que cometen una defraudación, pero por motivos totalmente distintos: el primero, con buena posición, lo hace para sostener a sus amantes dispendiosas, mientras que el segundo, que apenas se gana la vida, tiene a la mujer enferma y numerosos hijos pequeños. En ambos casos, observa Frank, existe dolo; sin embargo a nadie se le ocurriría pensar que al cartero le alcanza la misma culpabilidad que al cajero. De aquí enlaza, entonces, que para medir la culpabilidad se traen a cuentas factores que están fuera del dolo (o la culpa), mismos que bautiza como "circunstancias concomitantes" a la acción del autor (11).

Agrega Frank que si esas circunstancias concomitantes pueden atenuar la culpabilidad, no habría riesgo alguno para reconocerlas también como capaces de exculpar, tal y como sucede con la exculpación postulada para los casos de estado de necesidad: esta exculpación no puede explicarse por la doctrina tradicional, pues aun en

(11) / Cfr. Reinhard Frank, Estructura del Concepto de Culpabilidad, pp. 9, 12 a 14.

estos supuestos subsiste la relación psíquica: "... el que obra en estado de necesidad también sabe lo que hace". De aquí entonces que la única solución correcta sea -a su juicio- el reconocer que la culpabilidad puede ser afectada en su existencia por "las circunstancias en las cuales la acción fue emprendida" (12).

Pasa después el autor a precisar el lugar que le corresponde al "fantasma errante" de la imputabilidad, a la cual entiende como elemento esencial de la culpabilidad y no como su simple presupuesto. "No se comprende cómo así pueda la imputabilidad ser presupuesto del dolo. Pues también el enfermo mental puede querer la acción y así representarse los caracteres que la hacen delictuosa y hasta puede saber que es un delito" (13).

Con los anteriores argumentos, el autor arriba a la conclusión de que, en consecuencia, los requisitos (o elementos) de la culpabilidad habrían de consistir en la imputabilidad, el dolo o la imprudencia y las circunstancias concomitantes, y de cuya existencia dependiera la conducta culpable. Esta conducta culpable, sería entonces reprochable. El propio Frank lo expresa de esta manera: "Buscando una expresión breve que contenga en sí todos los elementos referidos del concepto de culpabilidad, no encuentro ninguna otra más que reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad.

(12) Cfr. Frank, Op. Cit., pp. 16 a 18.

(13) Cfr. Frank, Op. Cit., pp. 20 a 23.

La expresión no es bella pero no conozco otra mejor" (14). Ello supone, pues, la introducción en la culpabilidad de un criterio valorativo, distinto de la relación psíquica, que no aparecía como suficiente para establecer la existencia o inexistencia de la culpabilidad (15).

Los trabajos de Frank fueron posteriormente complementados con las investigaciones de James Goldschmidt (Der Notstand, ein Schuldproblem, 1913) y Berthold Freudenthal (Schuld und Vorwurf, 1922), de donde surge ya nitidamente el concepto de exigibilidad de la conducta, como elemento característico de la culpabilidad, al lado del dolo o la culpa (16).

Las ulteriores elaboraciones de Alexander Graf Zu Dohna (Aufbau der Verbrechenlehre, 1936), quien distingue entre el objeto de la valoración (acción y dolo, ubicados a nivel de tipo objetivo y subjetivo respectivamente) y la valoración del objeto (que corresponde a la antijuricidad, en lo que ve al tipo objetivo, y a la culpabilidad en que atañe al

(14) - Cfr. Frank, op. cit., pp. 25, 26 y 27.

(15) - Sobre la dimensión histórica del trabajo de Frank, que opera tal decit de Schönke como actualización de la tesis que de todo modo ya hubiera dado, es importante ver las "Reflexiones Storioc-Bolstiche" del autor citado, pp. 856 a 858.

(16) - Cfr. lo hasta aquí dicho en (14). Derecho Penal, p. 151; el mismo. El nuevo sistema, p. 43; Stinstenwirth, Derecho Penal, p. 163; Bar, Cfr. Derecho Penal, 447 y 477, 523 y 534; Baumann, Derecho Penal, 296 y 297; Sadasiuro, Lineamientos cit., p. 24; Jeschek, Tratado cit., p. 578, 579; Bostes, Derecho Penal, p. 258, 259; Weiss, Derecho Penal, p. 112; Daffroni, Manual cit., 346 y 347.

tipo subjetivo⁽¹⁷⁾), retomadas y afinadas por Hans Welzel a la luz de la teoría final de la acción, permitieron la aparición de un concepto puramente normativo de la culpabilidad, en donde todo el elemento subjetivo (toda la relación psíquica consistente en dolo o culpa) fue trasladado al tipo (a nivel del injusto), reteniendo esto solamente "el elemento normativo de la reprochabilidad", que se hace depender ahora de la existencia de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), conocimiento de la antijuricidad (ya separado del dolo) y exigibilidad de la conducta.⁽¹⁸⁾

La estructura de la culpabilidad propuesta por Welzel, aparece -al decir de Juan Bustos- como una clara consecución hasta las últimas consecuencias de lo ya iniciado: es la precisión de la culpabilidad estrictamente desde el punto de vista de la reprochabilidad, en donde el elemento valorativo esencial reside en el poder de obrar de otro modo.

Agrega el autor que esta evolución fue posible gracias a la aplicación de la teoría de los valores neokantiana del s. XX,⁽¹⁹⁾ misma que se superpuso al concepto de culpabilidad de base naturalista-psicológica (positivista) del s. XIX, pero sin abandonar su influencia por completo, lo que da por resultado la adopción en la

(17) Véase Vid. Donna, La Estructura de la Teoría del Delito, pp. 14, 17, 18, 20, 32, 40 y sigs.

(18) Véase Vid. Hans Welzel, Derecho Penal p. 151 y El Nuevo Sistema, p. 83.

(19) En este sentido también Haggis, Derecho Penal, p. 455.

culpabilidad de un criterio ecléctico, por un lado etizante y de corte retributivo, pero que paralelamente permite la fundamentación de las medidas de seguridad. Concluye Bustos que en la vuelta al clasismo se da la espalda a v. Liszt y se vuelve a Binding⁽²⁰⁾ (21).

Del análisis del anterior esquema, podemos derivar que el concepto normativo de la culpabilidad atraviesa por dos periodos (no necesariamente homogéneos en lo interno) fácilmente identificables: una concepción normativa originaria (llamada por Zaffaroni "Teoría compleja de la culpabilidad") y una concepción puramente normativa, propuesta por el finalismo.

A la luz de estas dos concepciones, es como realizaremos nuestro estudio en torno a los elementos formales de la culpabilidad.

(20) / cfr. Juan Bustos, Manual . . . , pp. 359, 360.

(21) / Binding fue, indudablemente, un representante de la Escuela Clásica del Derecho Penal. Para él la pena, en tanto dolor merecido, es esencialmente una represalia y tiene como único fin "la conservación del señorío del derecho sobre los culpables según la medida de su culpabilidad". Toda finalidad preventiva, aparece pues, en él, como ajena al objeto de la pena. Cfr. Erwin Kaufmann, Teoría de las Normas, pp. 20 y 22, en donde se hace un minucioso análisis de la obra jurídica de Binding (1841-1908) - Liszt (1851-1919), en cambio, era un partidario de la pena preventiva, el crítico del positivismo penalista, reclamaba, ante todo, "un examen científico de las causas de la criminalidad, a fin de que la pena pueda establecerse en su justo lugar, como una determinada medida en su lucha contra el crimen", rechazaba por ende, la pena retributiva, sustituyéndola por la idea de la prevención especial, que habrá que adaptar a "las necesidades del caso particular". Cfr. v. Liszt, Tratado . . . , pp. 2-10, 23-26.

1.2 ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD SEGUN LA CONCEPCION NORMATIVA ORIGINARIA.

En sus inicios, la concepcion normativa de la culpabilidad no fue capaz de substraerse totalmente de la influencia de la doctrina antecesora, y por ello plantea un concepto de culpabilidad que todavia no logra sistematizar coherentemente los elementos de la reprochabilidad.

En esta primera etapa (notoria por ejemplo en Jiménez de Asúa y Díaz Palos), la imputabilidad se sigue considerando como el presupuesto necesario de la culpabilidad y ésta se hace consistir, exclusivamente, en el nexo psicológico que une al sujeto con su acto (dolo o culpa). Por tanto para estos autores, la culpabilidad no tiene ningún elemento, ni reviste de alguna forma: encarna abstractamente en un género: hay culpabilidad por dolo o hay culpabilidad por culpa, con lo que no parece avanzar demasiado.

Sin embargo, la reprochabilidad - introducida ya como necesaria - logra cabida haciendola depender de la existencia de aquellos elementos que se conciben como la faz negativa de la culpabilidad. Esto es, si concurre alguna causa que elimine el dolo o la culpa, la conducta no podrá ser reprochable, cosa que igualmente sucede cuando se determina que la conducta no era exigible al autor.²³

²³ Véase, por ejemplo, Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pp. 24 a 86, 213 y La ley y el delito pp. 355, 356, 358; Fernando Díaz Palos, Culpabilidad Jurídica Penal, pp. 13, 14, 16, 17, 41, 42, 25.

Esta primera visión tiene el defecto de resistirse a aceptar que la reprochabilidad requiera de elementos positivos que la fundamenten (lo que sería natural en un juicio valorativo que ha de requerir de bases de apoyo), con lo que se demuestra más que nada el temor al caos sistemático que supone la introducción de este nuevo elemento de valor. Por ello se opta por la salida que en ese momento aparece como más viable: hacer depender la reprochabilidad de un polo negativo (ausencia de relación psíquica o de exigibilidad), con lo que transitoriamente logra salvarse la estructura primigenia, aunque queda latente la amenaza de su desestructuración.

Subsecuentes elaboraciones doctrinales, logran superar parcialmente el temor al aludido derrumbe sistemático, y en ellas encontramos que, si bien se sigue considerando todavía a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, tanto la exigibilidad de la conducta como el dolo y la culpa (concebidas ahora como formas de presentación y no como "especies"), aparecen ya como elementos positivos de la culpabilidad. Si estos existen, puede fundarse el reproche; si no, es imposible. (23)

Finalmente, la concepción normativa originaria o teoría compleja de la culpabilidad, alcanza su máxima elaboración y desarrollo en la teoría de Edmund Mezger, quien es a la vez considerado como su gran difusor, sobre

(23) Véase, particularmente Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal*, pp. 357, 359, 363, 370.

todo en hispanoamérica.(24)

Para Mezguer, las circunstancias por las cuales se puede actuar culpablemente en el sentido del Derecho Penal son las siguientes:

1. Imputabilidad, que supone en el autor una constitución mental normal. Esta imputabilidad es considerada como una característica auténtica de la culpabilidad (elemento de la culpabilidad) y no simple presupuesto de esta.

2. Forma de la culpabilidad (dolo o culpa), que también constituye aquí un elemento de la culpabilidad y no, sin más, "la culpabilidad".

3. Ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad (que positivamente se traducen en la exigibilidad de la conducta)(25)

Con ello logra la teoría compleja de la culpabilidad su producto más acabado, pues -como lo dijo un psicologista de la talla de Soler, quien desde luego no acepta esta postura-, si la culpabilidad se concibe como un reproche es lógico que se incluyan en ella todos los elementos que la fundamentan.
(26)

(24) / En este sentido, Juan Bustos, Manual de Derecho Penal, p. 359.

(25) / Vid. Edmund Mezguer, Derecho Penal, p. 199 (comparten esta posición JÜnger Baumann, Derecho Penal, pp. 211, 218 y Giuseppe Bettiol, Instituciones de Derecho Penal y procesal, p. 101. En México, Pavón Vasconcelos, Derecho Penal Mexicano, p. 369).

(26) / Cfr. Sebastian Soler, De la Culpabilidad en General, p. 401, 402.

El análisis del siguiente paso sistemático dado por el finalismo, requiere antes de una breve relación del contenido asignado a cada uno de los elementos descritos, pues, si bien en algunos aspectos ambas teorías no difieren sensiblemente, en otros (v.gr. estructura del dolo), la dicotomía es sustancial, al grado de que a ello se debe en gran medida, el posterior cambio de estructura de la culpabilidad.

a) IMPUTABILIDAD.- En cuanto a la imputabilidad (o capacidad de culpabilidad)⁽²⁷⁾, existe una tendencia uniforme en concebirla como capacidad de comprender lo injusto del hecho y de determinarse conforme a esa comprensión. Esta noción suele ser independiente de la ubicación sistemática de la imputabilidad en la estructura del delito, pues es aceptada tanto por quienes ven en ella un presupuesto, como por aquellos que la conceptualizan como un elemento de la culpabilidad.⁽²⁸⁾

La doctrina, y también la legislación, es coincidente en admitir que aquella capacidad genérica desaparece cuando

(27) Para ciertas posiciones, prácticamente en desuso, la imputabilidad no es la capacidad de ser culpable, sino la capacidad de actuar, la capacidad de ser posible o la capacidad jurídica de deber. Sobre ello, v. de Meulen, *Derecho Penal*, p. 398 y Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, pp. 81 y 84, 100 y 101 y el, *Escobedo*, *Derecho Penal*, p. 128. *Verdugo*, *Tratado de Derecho Penal*, p. 137 y sus Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, pp. 85, 86. *Barbarano*, *Manual de Derecho Penal*, p. 583. *Sacagalupo*, *Elementos de Derecho Penal*, p. 85; *Wetzel*, *Derecho Penal*, p. 155 y *El Nuevo Sistema*, p. 80; *Sergio Mella*, *Tratado de Culpabilidad e Inimputabilidad*, p. 13. *Stratenwerth*, *Derecho Penal*, p. 163. *Caron*, *Handbuechel*, *Derecho Penal Mexicano*, pp. 217 y 219.

el sujeto se encuentra afectado en su inteligencia o en su función mental (casos del oligotrófico o del enfermo mental)⁽²⁹⁾, y, en menor grado, cuando el individuo es menor de edad, aunque este último supuesto es harto discutible. Nosotros, en diversos trabajos, hemos venido sosteniendo que la minoría de edad no excluye, por sí, la capacidad de comprender y dirigir las acciones y que, por tanto, los menores no son inimputables de manera absoluta: así como hay adultos imputables o inimputables también puede haber menores imputables o inimputables⁽³⁰⁾.

Por otra parte, la teoría normativa (compleja o no), entiende que en los casos de inimputabilidad, queda suprimida la posibilidad de obrar conforme a derecho: el sujeto no puede optar y por ello es excluido de reproche.

Con anterioridad al referido concepto, la imputabilidad solía entenderse como la capacidad de entender y querer, siguiendo la tradicional definición del Código Penal Italiano⁽³¹⁾. Sin embargo, afirma Mir Puig, esta caracterización hubo de ser superada, pues luego se advirtió que también los

(29) Véase, p. ej., la estructura propuesta por la actual fracción II del artículo 15 de nuestro Código Penal Federal.

(30) Véase, Arturo Villanuel Salda, Proyecto de Ley para la Justicia y el Tratamiento del Menor Infractor en el Estado de Jalisco, pp. 150 y siguientes. Habría que aclarar que la mencionada afirmación no implica la pretensión de que se someta a los menores al régimen penal de los adultos, más bien se plantea para ellos un régimen diferenciado y claramente diferenciado, pero con el pleno respeto a todas sus garantías procesales y sustantivas.

(31) Véase, p. ej., las definiciones de Francesco Antonicelli, *Manuale Di Diritto Penale*, t. III, Giuffrè Editore, Derecho Penal, pp. 487 y 500; Eugenio Cuello Gallo, *Derecho Penal*, p. 308.

inimputables podían conocer y querer el hecho.^{(32) (33)}

b) DOLO.- Es, en la estructura del dolo, en donde se presentan las mayores controversias entre las teorías que sustentan una concepción normativa de la culpabilidad.

Según la concepción normativa originaria, el dolo se encuentra compuesto de los siguientes elementos:

- 1) el conocimiento de los elementos integrantes de la descripción típica;
- 2) la voluntad de realizar la conducta descrita en el tipo y

(32) / cfr. S. Mir Puig, Derecho Penal, p. 482.

(33) / Esto es particularmente destacado por Antolisei, quien observando que el inimputable puede obrar dolosa o culposamente y que no todos los inmaduros o enfermos son incapaces de comprender las leyes penales y obrar de conformidad con ellas, opta por considerar que la imputabilidad no es presupuesto de la culpabilidad, sino simplemente la condición indispensable para poder aplicar la pena, de tal modo que la imputabilidad aparece como una "causa personale di esenzione da pena" (Artículo 109, 170, 317, 318). Sin embargo, ahora que se reconoce que las conclusiones de Antolisei, que desde luego trataban de superar las deficiencias que el adverbio "no tienen del todo afortunadas, pues, en primer término, no se puede decir sin más que los inimputables cometen conductas reprochables (delitos), que luego les son perdonadas, ni la culpabilidad (ni el tipo) (ni fundamento político-criminal) es, en segundo, que si la imputabilidad fuese realmente una causa de exención de la consecuencia jurídica (que siempre es absoluta y no parcial), de manera natural se elevaría la imposibilidad de conocer cualquiera una medida de culpabilidad, lo es que así lo demandara el estado del sujeto. Por otra parte, intereses destacados también que, dentro de un contexto normativo, la imputabilidad no puede aparecer como la sola condición de la pena pues, en todo caso, también se presentan como tales los demás elementos de la reprochabilidad y, como se ha dicho, por ejemplo, que la falta de dolo constituye una causa personal de exención de pena.

3) el conocimiento de que esta se encuentra prohibida (conciencia o conocimiento de la antijuricidad).⁽³⁴⁾

Este tipo de dolo es conocido como "dolus malus"⁽³⁵⁾, pues conlleva ya una desvalorización en sí mismo⁽³⁶⁾, y, precisamente, por incluir a la conciencia de la antijuricidad en ese elemento, recibe la denominación de teoría del dolo⁽³⁷⁾. Esta teoría presenta, a su vez, dos versiones: teoría estricta y teoría limitada del dolo.

(34) Véase, cfr., Mezguer, Derecho Penal, 227; Díaz Palos, Culpabilidad Jurídico Penal, pp. 34, 39, 40; Cuello Calón, Derecho Penal, pp. 371 a 374; Baumann, Derecho Penal, pp. 234, 235, 253, 260 y ss.; Jiménez de Asua, La Ley y el Delito, pp. 361 y anteriores; Antolínez, Manuales..., pp. 177, 178, 182, 183, si bien este último, aunque reconoce la necesidad de que la conciencia de la ilicitud forme parte del dolo, observa que tal opinión "choca ineluctablemente contra la disposición del artículo 5 del Código Penal, según la cual la ignorancia de la ley penal no excusa. Debe, por tanto, pensarse que en nuestro ordenamiento la conciencia de la ilicitud del hecho no es necesaria para la existencia del dolo, pero siendo admisible que una reforma legislativa venga a atenuar el rigor de tal artículo" (pp. 183, 184).

(35) Véase, cfr. particularmente Mezguer, quien señala que la expresión más correcta del dolo sería "dolus malus" (Derecho Penal, p. 226).

(36) Véase, cfr. Carrara, Manual..., p. 558.

(37) Véase, cfr. Juan Córdoba Roda, El Conocimiento de la Antijuricidad en la Teoría del Delito, p. 199, quien atribuye tal denominación a Hans Helzel. Véase también, Hernando Londoño, El Error en la Moderna Teoría del Delito, p. 27.

Para la primera de ellas (basada en la dogmática de Binding), el conocimiento requerido en la antijuricidad debe ser, al igual que el conocimiento del tipo, un conocimiento actual o efectivo; sin embargo, la práctica jurídica demostró que la mayoría de las veces el delincuente no tenía un conocimiento efectivo, sino sólo potencial de la antijuricidad, lo que provocaba que los tribunales se enfrentaran con la alternativa de pronunciar una serie de sentencias absolutarías injustificadas o de fingir el conocimiento de la antijuricidad. Ante esta situación, surge la teoría limitada del dolo, en donde sólo se exige ya la simple potencialidad del conocimiento de la antijuricidad, si bien esto no de una manera explícita, pues en los casos en que no existe o no es posible constatar un conocimiento efectivo de la prohibición, se acude a otros criterios sustitutos o correctivos (v.gr., la "hostilidad al derecho"), que en el plano práctico vienen a suponer que, para la integración del dolo, sólo basta un conocimiento potencial de la antijuricidad.⁽³⁸⁾

Esta última posición fue particularmente sostenida por Mezger, quien señalaba que si bien el conocimiento (efectivo) de la antijuricidad aparece como condición necesaria para la integración de dolo, en ciertos casos no resulta ser esencial de una manera indefectible, pues puede sustituirse por otros requisitos, si dolo queda subsistir

(38) V. Respecto de lo anterior, Cfr. Juan José Rodríguez Sosa, El Conocimiento de la Antijuricidad, pp. 126 a 130; también Baumann, Derecho Penal, pp. 261, 262; Bessels, Derecho Penal, pp. 130, 131 y Landoño, El Error en la Moderna Teoría del Delito, pp. 37 a 39.

-razona Mezguer-, aún cuando falte en el autor esa conciencia de la antijuricidad. "si en su origen, la falta depende de una concepción equivocada acerca de lo que es el derecho y el injusto".

Estos casos se califican por Mezguer como de "hostilidad al derecho" y se equiparan en sus efectos a la acción dolosa, estando sometidos a la misma pena, pues "nadie puede invocar para su beneficio, haber actuado de acuerdo con un criterio incompatible con una concepción sana de lo que es el derecho y el injusto". Por el contrario, sólo a quien observa, fundamentalmente, una actitud jurídica, "le será disculpable, en el caso particular, un desconocimiento intercurrente sobre los límites entre el derecho y lo injusto".

Con ello pretende zanjar el autor toda crítica que pudiera hacerse a la teoría del dolo, y de paso atenuar el rigor del principio según el cual la ignorancia del derecho no excusa, pues la admisión del criterio de la "hostilidad al derecho" como limitante, permite que "ningun inocente podrá ser castigado por un hecho doloso, y ninguna actitud abyecta en perjuicio de la colectividad podrá eludir una pena justa".(39)

La insuficiencia de la exculpación de Mezguer y el convencimiento de que la teoría del dolo llevaba a la confusión entre diferentes estructuras de conocimiento (40).

(39) - Cfr. Edmund Mezguer, Derecho Penal, pp. 247, 250, 251, 255

(40) - Así particularmente Juan Eustros, Manual de Derecho Penal, p. 383; Weizel, Derecho Penal, p. 174

hubo de arrojar como resultado que el conocimiento de la ilicitud (entendido sólo como conocimiento potencial o posible) se separase del dolo, que, en todo caso, seguiría requiriendo de un conocimiento efectivo o actual.

Esta separación dio como resultado el surgimiento de la teoría de la culpabilidad, que precisamente tiene como característica el concebir a la conciencia de la ilicitud como un elemento de la culpabilidad totalmente independiente del dolo.⁽⁴¹⁾

Es importante destacar que un principio el dolo aún subsistió, junto a la conciencia de la antijuricidad, como elemento de la culpabilidad, pero que a la luz de la teoría final de la acción, definitivamente pasó a ocupar un lugar en la estructura del tipo.⁽⁴²⁾

Ahora bien, si como hemos dicho, para la teoría del dolo este se encuentra constituido por dos tipos de conocimiento es lógico pensar que el error que recaiga ya sea sobre los componentes de la conducta descrita en el tipo, ya sobre la existencia de la prohibición legal, tendrá por consecuencia la eliminación de la conducta dolosa y, por tanto, de la reprochabilidad, pues se entiende que, en estos casos, el sujeto no estaba en aptitud de obrar de otra manera.

(41) Véase Vid. Juan Cándoba Roda, El Conocimiento de la antijuricidad, p. 135.

(42) Vid. G.R. Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, p. 559, 560; Baumann, Derecho Penal, pp. 355, 356.

La solución propuesta por la teoría del dolo para los casos de error, ha dado en llamarse teoría unitaria del error, pues tanto el error que recae sobre los elementos del tipo, como el que está referido al conocimiento de la prohibición, producen los mismos efectos: si el error es esencial o invencible elimina al dolo y con ello toda culpabilidad; en cambio, si el error es vencible o evitable, puede dar lugar a la reprochabilidad por culpa o imprudencia, si es que la figura típica lo admite.⁽⁴³⁾

Con anterioridad a la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, solía hablarse de error de hecho y error de derecho, pero esta concepción hubo de abandonarse, pues no permitía una clara delimitación conceptual entre ambos, ni tampoco importaba una diferencia que fuera esencial: tanto los errores relativos al hecho, como los relacionados con un concepto jurídico, pueden llevar al desconocimiento de que lo que uno hace se encuentra prohibido por la ley.⁽⁴⁴⁾

De aquí entonces, que se prefiriese trasladar el criterio distintivo entre las especies del error al objeto

(43) Véase, Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, pp. 397, 394; Jiménez de Asúa, La ley y el Delito, pp. 397 a 400; Baumann, Derecho Penal, pp. 260 y ss; Antolín, Manuales..., pp. 210, 211

(44) Véase, Ibid., Juan Córdoba Roda, El Conocimiento de la Antijuridicidad..., pp. 31 a 33; Londoño Herrando, Op. Cit., pp. 21 a 27

sobre el que este recae (error sobre el tipo o error sobre la prohibición), dejando de lado la causa que lo produce (error sobre los hechos o error sobre los conceptos o reglas de derecho).⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾

En realidad, la diferenciación inicial entre error de hecho y error de derecho - que no aparecería como necesaria, pues produce los mismos efectos -, encontró su justificación cuando imperaba el criterio romano de que la ignorancia de la ley no excusa (error vel ignorantia iuris non excusat o error iuris nocet); sin embargo, conforme fue imponiéndose, primero en la doctrina y luego en la jurisprudencia y la ley, la necesidad de dar efecto exculpante a la ignorancia de los preceptos o conceptos legales, esta diferenciación fue perdiendo cada vez más su sentido,

(45) Véase Córdoba Roda, *op. cit.* supra, p. 34; Londoño, *Op. Cit.*, p. 24.

(46) Es importante destacar que un cierto sector doctrinal ha venido sosteniendo que el error de tipo no identificado con el error de hecho y el error de prohibición con el de derecho. Sin embargo, esta equiparación resulta falsa, pues como lo hemos visto, el punto de referencia es completamente distinto, y así, p. ej., pueden haber errores de prohibición que son errores de tipo (p. gr. aquel que recae sobre un elemento normativo del tipo, como lo ajeno de la cosa o el concepto de "señor público") y errores de hecho que son errores de prohibición (p. gr. el error que recae sobre los presupuestos de una causa de justificación, como en el caso del que cree defenderse legítimamente y mata a su supuesto agresor, cuando en realidad se trata de un simple que profana un santuario, como el particular del Helzli, *Tratado Penal*, pp. 107 y 108, el mismo. El Nuevo Sistema..., p. 115. Véase Buffonini, *Tratado*, p. 579.

apareciendo en un momento dado como obsoleta.⁽⁴⁷⁾ (48)

C) CULPA.- el deslinde conceptual de la culpa frente al dolo radica precisamente en la falta de los elementos positivos de este: el sujeto no sabe que se producirá el resultado o bien espera que este no se produzca. El no saber o el no querer son, pues, las características psíquicas que muestran la presencia de culpa.⁽⁴⁹⁾

Mas sin embargo, ello no es suficiente para poder fundamentar una reprochabilidad por culpa: en el caso concreto, el resultado no cuando debió haberse previsto y ha de sobrevenir como consecuencia de la inobservancia del deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen a cada sujeto. El fundamento de la reprochabilidad por culpa, reside, pues, en componentes valorativos: el deber de prever y el deber de obrar con el cuidado necesario que exigen las circunstancias.

La presencia del elemento valorativo, referido a la violación de aquellos deberes, es esencial para la existencia

(47) V. Sobre esta evolución, véase Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, pp. 307 y 391 (utiliza "culpabilidad" en pp. 317, 318 y anteriores); José Berco (1971), La Responsabilidad en torno a la Doctrina de la Acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal Española, pp. 143, 144; Baumann, Derecho Penal, pp. 353 y 355; Hézels, Derecho Penal, pp. 129, 130; López de Sa, pp. 12 y 31.

(48) V. En el plano nacional, la diferenciación romana entre error de hecho y error de derecho, fue definitivamente abandonada a partir de 1934, fecha en que se concede efecto exculpante al error invencible de tipo o de prohibición (vid. Código Penal Federal, art. 15, párrafo III).

(49) V. Así, Baumann, Derecho Penal, pp. 353, 359.

de la culpa y es destacado, de diferentes maneras, tanto en la doctrina como en la mayoría de las legislaciones.⁽⁵⁰⁾ (51)

Por último, es importante destacar que la previsión a que se alude, no es necesariamente una previsión efectiva, sino que basta con que potencialmente pueda darse. Ello permite fundamentar la culpa incoinciente, en donde, si bien no hay un conocimiento efectivo del peligro que la acción introduce para los bienes jurídicos, existe la posibilidad de que, aplicando la diligencia debida, el sujeto pueda representarse dicho peligro.

Los supuestos de error o ignorancia invencible sobre la previsibilidad⁽⁵²⁾, han de traer como consecuencia la eliminación de la reprochabilidad culposa, pues aquí desaparece la posibilidad de obrar de otro modo y el deber de hacerlo conforme a las pretensiones del derecho.⁽⁵³⁾

(50) Véase sobre el particular Vid. E.R. Zaffaroni, Manual..., pp. 157 a 160; Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, pp. 371 a 382; E. Medina, Derecho Penal, pp. 255 a 261; Cuello Calón, Derecho Penal, pp. 227 a 230; Paolano, Derecho Penal, pp. 265 a 271; Messeri, Derecho Penal, pp. 191 a 206; Juan Bustos, Manual..., pp. 280 a 271; Lohra, op. cit., pp. 82 a 86; Paolón Hernández, Derecho Penal, pp. 419, 411.

(51) En el plano legislativo, véase el artículo 9 del Código Penal español.

(52) Este error se encontrará en un error invencible de tipo culposo quien es contratado para descargar un camión con cajas de lana y resulta que una de ellas rotulada igual que las demás contiene un camión corto de la Dirección Mino que se rompe al entrar la caja fuera del vehículo. Por otro lado, ignora invenciblemente la capacidad de prever, quien al estar deseando comprar un automóvil golpea a la agente, y al ser uno, decide probarlo, resultando que cuando adelante se sale la llanta que estaba fija y le causa daños a un vehículo estacionado. Al respecto, vid. Zaffaroni, op. cit., p. 162.

(53) Vid. Jiménez de Asúa, op. cit., supra, p. 377.

D) EXIGIBILIDAD.- la exigibilidad de la conducta, como elemento de la reprochabilidad, es, como ya dijimos, fundamentalmente producto de las elaboraciones doctrinales de Frank, Goldschmidt y Freudenthal.

Frank, sin hablar propiamente de exigibilidad, se refiere a "la normalidad de las circunstancias en las cuales el autor obra", como el tercer elemento de la reprochabilidad. Estas circunstancias (concomitantes) serian anormales (desapareciendo la reprochabilidad) cuando implicaran para el autor o para un tercero un peligro del cual precisamente la acción prohibida lo podria salvar (54) (55). Goldschmidt, por

(54) X Cfr. Frank, Estructura del Concepto de Culpabilidad, p.31 (55) X En las sucesivas ediciones de su comentario (8va. a 19ma. edición, 1911). Frank, respondiendo a una critica variada en el sentido de que las circunstancias concomitantes podrian representar a lo sumo un relieve supletivo en la conciencia del autor, abandona el concepto de "normalidad de las circunstancias concomitantes" y lo sustituye por el de "motivación normal". Con ello, segun Achenbach, da un paso decisivo hacia la concepcion de la culpabilidad como un complejo de elementos interiores meramente subjetivos. Sin embargo, en sus ediciones 11ta - 14ta de 1914, Frank asume una posición opuesta: la motivación normal como elemento positivo de la culpabilidad es superada y reemplazada por la voluntad o fuerza de exclusión de la culpabilidad, cuya hipótesis principal se integra por el estado de necesidad y que se conciben, todavia, como causas excepcionales de exculpación, pese a la concurrencia de culpabilidad y motivación incorrecta. Solo a partir de la 17ta. a 17va. edición (1924-26), junto a toda culpa, aparece lo que es un "nuevo elemento positivo de la culpabilidad que Frank define como la "libertad" o "fuerza sobre el hecho" o causa de esta readmisión. Frank declara, asimismo, y con relación al concepto de las causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad. En la edición 17ta. (1924), segun Goldschmidt, este punto de vista es nuevamente abandonado, sin embargo y pese a todos estos cambios Frank, nunca dejó de concebir a la culpabilidad como reprochabilidad. Vid. al respecto Goldschmidt, La Concepción Normativa de la Culpabilidad, pp. 4 a 6 y Freudenthal, Philosophie der Strafrechtswissenschaft, pp. 800 a 852.

su parte, en su Notstand als Schuld Problem (El Estado de necesidad como problema de culpabilidad), y tomando como punto de partida la obra de Frank, intenta "reducir la incorrección de la motivación, en el caso de su normalidad, a la infracción de una norma de deber (y procura) atribuirle de lege ferenda a la motivación anormal, junto con el estado de necesidad y el exceso excusable en la legítima defensa, el valor de una causa de disculpa general" (56).

La propuesta de Goldschmidt, parte de la distinción entre norma jurídica de acción y norma de deber, atribuyendo a la primera la función de prohibir conductas externas, determinando la antijuricidad, y a la segunda la de motivar el comportamiento interno del sujeto, fundamentando la reprochabilidad. El límite de las normas de deber estaría en lo exigible a cada sujeto (57).

Freudenthal, finalmente, erige a la no exigibilidad de la conducta en una causa general de exclusión de culpabilidad, apoyándose en la idea de que "no merece ninguna pena criminal quien según las circunstancias del hecho, no podía evitar su comisión" (58).

(56) / Así Goldschmidt, en expresa remisión a su obra citada (Vid. La Concepción Normativa de la Culpabilidad, p. 6).

(57) / Cfr. Goldschmidt, La Concepción Normativa de la Culpabilidad, pp. 11, 19 y 27. Véanse también las apreciaciones de Mir Puig (Derecho Penal, p. 524) y Juan Bustos (Manual de Derecho Penal, p. 350).

(58) / Freudenthal (Schuld und Vorwurf, pp. 25 y ss), citado por Jeschke, Tratado..., p. 987.

Esta conducta no exigible, es planteada por el autor como una causa de exculpación supralegal (esto es, que opera con independencia de las eximentes legales), siempre que en el caso concreto no le fuese exigible al sujeto el deber y el poder de comportarse conforme a derecho (59).

Aceptada algún tiempo la no exigibilidad como una causa general de exclusión supralegal de la culpabilidad(60), fue posteriormente limitada a los casos estrictamente previstos en la legislación, pues se entendió que, de otro modo, se seguirían las consecuencias de desigualdad ante la ley y subjetivismo(61)(62). No obstante algunos autores admiten la exculpación supralegal, como excepción perfectamente delimitada, en casos en los que se halle rebajado en forma significativa el contenido de injusto y

(59) / Cfr. Jescheck, Tratado ..., pp. 579, 686, 687; Mir Puig, Derecho Penal, p. 524; Bustos Manual ..., p. 359.

(60) / Vid., p. 63, la posición de Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, pp. 410, 415 y de Díaz Palos, Culpabilidad Jurídico Penal, pp. 54, 55.

(61) / Cfr. Jescheck, Tratado ..., pp. 680, 684 y 687.

(62) / Por ello no es extraña la afirmación de Mezger de que "las distintas causas de exclusión de la culpabilidad y su sistemática se deducen solamente de una investigación exacta del derecho en vigor" (op. cit., p. 263).

culpabilidad del hecho (p. ej., colisión de deberes)⁽⁶³⁾, o bien cuando la acción del autor haya sido el único medio para evitar un mal mayor.⁽⁶⁴⁾

(63) v. Así Jescheck, Op. Cit., pp. 664 a 680, Mezger, Op. Cit., pp. 179 a 183 y 272, Nesselz, Op. Cit., pp. 126-127.- El primero de los autores mencionados señala que esta causa de exculpación supralegal operaría en aquellos supuestos de colisión de deberes que son jurídicamente irresolubles. Así, por ejemplo, el caso del naufragio, en donde el padre solo puede salvar a uno de sus dos hijos, que se encuentran en el mismo peligro de perecer, o el del médico que, tras del accidente, elige salvar a un herido grave, conectándolo a un pulmón artificial, en tanto que un segundo herido que gozaba de las mismas posibilidades de sobrevivir perece. En ambas situaciones, el autor encuentra que el cumplimiento de uno de los deberes es tan importante como el otro, y que cualquiera que sea la opción que se tome, la conducta será antijurídica, siendo irresoluble por esa vía. Por ello estos casos deben resolverse en el ámbito de la culpabilidad -señala el autor-, pues aquí el sujeto resultará culpado, bajo la consideración de que en su actuar concurre una notable disminución del contenido de injusto -en atención al deber culpador- y de la culpabilidad -porque en los casos de colisión de deberes irresoluble no cabe exigir más que una actuación con arreglo a la conciencia (véase la Op. Cit. arriba misma página).

(64) v. Así Nesselz, Derecho Penal, p. 127 y el Nuevo Sistema del Derecho Penal, pp. 128-130.- El autor llama a este supuesto "estado de necesidad supralegal disyuntiva", pero en realidad también se refiere a la colisión de deberes antes apuntada. Dice Nesselz: " Los arts. 22-54 refieren al peligro de la culpabilidad y situaciones en que el autor mismo o sus parientes se encuentran en un peligro para su integridad corporal o su vida. Han situaciones, sin embargo, en que el autor y sus parientes padecen la amenaza de caer en un peligro para su integridad corporal o su vida, pero en las cuales el autor, en virtud de un deber para la integridad corporal o la vida de otras personas, se ve colocado en un conflicto de deberes. Conflicto de deberes al cual no puede sustraerse sin asumir una determinada medida de culpabilidad penal ". En estos casos, el ordenamiento jurídico no puede hacerle, sin embargo, ningún reproche de culpabilidad...". (Ibid. El Nuevo Sistema, págs. cit. arriba).

De este modo, la exigibilidad de la conducta, ante la necesidad de su acotamiento y delimitación legal, aparece definida en los códigos y en la doctrina, no de una manera positiva, sino negativa: esto es, no se dice cuándo la conducta es exigible, si no cuándo no lo es. Por ello, el requisito de la conducta exigible se presenta en muchos autores, como un elemento negativo de la culpabilidad⁽⁶⁵⁾ (casi p. ej., a través de la fórmula "ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad"), aunque tampoco se ve obstáculo para presentarla positivamente como la "exigibilidad"⁽⁶⁶⁾, pues al final de cuentas de cualquier modo resulta que el requisito de la reprochabilidad es que la conducta sea exigible a su autor.

La conducta exigible ha sido entendida como aquella que cabría esperar de un ciudadano medio ante las mismas circunstancias, sin que quepa reclamar a nadie más de lo que un hombre medio podría soportar. De aquí, entonces, que las conductas heroicas no sean exigibles, a menos que se tenga el deber de soportar el peligro (v. gr. policías, bomberos, etc.).⁽⁶⁷⁾

(65) / Así, Baumann, Derecho Penal, pp. 211, 212; Messala, Derecho Penal, pp. 113; Mezguar, Derecho Penal, pp. 129; Zaffaroni, Manual de..., pp. 355; Battist, Instituciones de Derecho Penal, p. 131.

(66) / Así, Welzel, Derecho Penal, p. 126 y El Nuevo Sistema, p. 125; Strotzenwerth, Derecho Penal, p. 71.

(67) / cfr. Sur Pauls, Derecho Penal, pp. 521, 522; Juan Bustos, Manual de..., pp. 389; Jescheck, Tratado de..., pp. 656, 657.

A modo de ejemplo, a continuación haremos una breve referencia a dos de las causales de inexigibilidad más comúnmente aceptadas en la legislación comparada: el estado de necesidad exculpante y la situación de coacción.

ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

Surge cuando se da una colisión de bienes jurídicos, uno de los cuales debe sacrificarse para salvar al otro.

Dentro de la Ciencia Penal (teoría de la diferenciación) se suele hablar de dos tipos de colisiones: aquella en que convergen bienes de diferente jerarquía y aquella en la que chocan bienes de igual valor.

Cuando ocurre una colisión del primer tipo, en que se sacrifica el bien de menor valor, se está en presencia de un estado de necesidad justificante (causa de justificación), pues se entiende que esa lesión es sólo el medio adecuado para salvar un interés objetivamente más importante. Sin embargo, cuando esta en juego la salvación de bienes de igual valor (a. ej. la vida, la libertad o la integridad corporal) y sólo se salva uno de ellos a costa del otro (p.ej. vida contra vida), no puede decirse que esa conducta esté justificada, pues el sacrificio de bienes humanos no puede considerarse como un simple medio para la consecución de un fin, pues todos ellos son fines en sí mismos. Por ello, la doctrina habla aquí de un estado que exculpa, sólo en razón de que no son exigibles las conductas heroicas.

El ejemplo más invocado de estado de necesidad exculpante es aquel en donde, después de un naufragio, dos de los naufragos quedan aidos a una tabla que sólo puede sostener a uno de ellos, y después del forcejeo sólo queda sostenido el vencedor y el otro perece ahogado.(68)

En oposición a la teoría de la diferenciación, que, como vemos, distingue entre dos supuestos disvaliosos distintos, se encuentran las teorías unitarias, que no hacen esa expresa separación. Para algunos (teoría de la adecuación (69)), todos los casos de estado de necesidad deben entenderse como causas de exculpación, y, para otros

(68) Véase, por ejemplo, Walzel, Derecho Penal, pp. 182, 183; Mir Puig, Derecho Penal, pp. 385, 386; Jescheck, Tratado de Derecho Penal, pp. 483 y ss., 659 y ss.; Stratenwerth, Derecho Penal, pp. 191 a 194; Wessels, Derecho Penal, pp. 120 a 122; Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, pp. 535 y 536; Bustos, Manual de Derecho Penal, p. 405; Mezguen, Derecho Penal, pp. 257, 258 a 271.

(69) La teoría de la adecuación parte de la idea de que si bien la acción realizada en estado de necesidad no es jurídicamente correcta, no puede castigarse por razones de equidad, habida cuenta de la coacción irresistible que impide al autor obrar conforme a derecho. Esta teoría, derivada de las tesis de Kant, ya acepta modernamente por M.E. Freyer (al respecto véase Jescheck, Tratado de Derecho Penal, pp. 483, 484); S. Mir Puig, Derecho Penal, p. 385.

(teoría de la colisión (70), se tratará siempre de situaciones en las que concurre una causa justificante. Sin embargo, dichas soluciones no son mayoritariamente aceptadas, pues se entiende que resultan demasiado estrechas para abarcar casos de muy diferente naturaleza y configuración (71).

La doctrina mexicana se afilia en su mayoría a la teoría de la diferenciación y entiende que si bien nuestra legislación no hace una expresa distinción entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, debe inferirse que ambos supuestos de conflicto quedan subsumidos en la hipótesis genérica del estado de necesidad a la que alude la

(70) / La teoría de la colisión inspirada en Hegel, sostiene, en cambio, que el fundamento del estado de necesidad radica en el mayor valor objetivo que para el derecho tienen los intereses salvados en comparación con los intereses que se sacrifican. De aquí que la acción que salva el interés objetivamente más importante, se encuentra realmente justificada y no sólo exculpada, a la luz del "derecho de necesidad" que ampara a los bienes de mayor valor (al respecto vid. Jescheck y Weir Puig, op. cit. supra, como puede verse, esta teoría es esencialmente parcial, pues sólo contempla los casos de colisión en el que sobrevive el interés objetivamente más importante.- Liszt, tomando en cuenta la deplorable regulación de la época sobre el estado de necesidad, que sólo abarca aspectos parciales, se podría partidariamente de esta posición, pero el argumento de que era preferible "admitir en todos los casos de estado de necesidad un derecho de necesidad", aunque ello no fuera del todo satisfactorio (ver. Liszt, Tratado de Derecho Penal, T. II, pp. 358, 359).

(71) / Así particularmente, Jescheck, Tratado de Derecho Penal, T. II, p. 487.

fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal (72).

SITUACION DE COACCION

Se entiende por tal, aquella situación en donde el sujeto es obligado a cometer conductas lesivas de bienes jurídicos bajo la amenaza o efectiva realización de un mal igual o mayor.

A diferencia del estado de necesidad exculpante, que puede derivar de un fenómeno natural, (p. ej., el naufragio), el estado de coacción sólo puede provenir de un ser humano. Se trata de los casos de la coacción de la voluntad (vis compulsiva), ya sea a través de la fuerza moral

(72) / Al respecto vid. Mariano Jiménez Huerta, La Antijuricidad, pp. 309 a 313 y 322-323, Celestino Forte Petit, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 540, 541; Francisco Pavón Mascondiel, Manual del Derecho Penal Mexicano, 331, 332 y 446, 447; Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, pp. 203, 204, y 265, 266; Sergio Mela Inzunza, Culpabilidad e Inculpabilidad, pp. 225 a 208; Paul Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, pp. 510, 511.

Un caso particular es el de la Dra. Olga Islas, quien partiendo del modelo de la fuerza moral entiende que todo estado de necesidad, con independencia del tipo del bien, es un supuesto de licitud de la conducta (por tanto justificante sin embargo, sin ser las causas de licitud un elemento que determina la ausencia de violación del deber jurídico) pero se entiende que el bien del tipo debe estarse a la idea de "de para ella", el estado de necesidad es en realidad una causa de atipicidad (cfr. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida, pp. 13, 15, 39, 52 a 53).

Francisco González de la Vega, por su parte, se inclina por considerar al estado de necesidad, en general, como una causa de justificada sin embargo, su posición es poco clara, pues no explica los motivos de tal aseración (vid. El Código Penal Comentado, pp. 76, 77).

(propriadamente la amenaza de un mal) o la fuerza física (que contiene el mal mismo) (73).

En las legislaciones iberoamericanas esta causa de exculpación se deriva de la hipótesis del miedo grave o del temor fundado de un mal que, p. ej., prevé la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal, y para algunos constituye una causa de imputabilidad, si bien la mayoría coincide en que se trata de una causal de inexigibilidad, pues la situación excepcional no deriva del sujeto mismo, sino de factores externos que lo son independientes y sólo afectan la normalidad de su motivación (74).

Una posición intermedia, sin embargo, es mantenida por la doctrina mexicana, según la cual deben diferenciarse los supuestos de miedo grave y de temor fundado, bajo el argumento de que el primero incide directamente en las facultades intelectivas superiores del sujeto, volviéndolo transitoriamente imputable, mientras que el segundo sólo supone una coacción de la voluntad, que impide la reprochabilidad del sujeto por no serle exigible una conducta

(73) > No debe confundirse, sin embargo, esta última hipótesis con la que absoluta, en donde la fuerza física exterior es de tal magnitud que anula toda voluntad del sujeto. Así, por ejemplo, es diferente el caso de quien es azotado para que firme la carta injuriosa (fuerza física que contiene el mal mismo), del que es literalmente arrojado contra un ventanal (vía absoluta).

(74) > Así, por ejemplo, la posición mayoritaria en la doctrina española.

diferente (75).

Creemos, empero, que esta postura, motivada mas que nada por una errónea interpretación de la naturaleza del miedo a que alude la ley (76), pierde de vista que el eje de la eximente no radica en que el sujeto sienta miedo o temor, sino en que este derive de una amenaza externa, lo suficientemente fuerte como para coaccionar su voluntad. Si técnicamente la voluntad es coaccionada por el miedo o el

(75) / Uid. al respecto, Fco. Pavón Vasconcelos, Manual ..., pp.- 382 y 447; el mismo, Imputabilidad e Inimputabilidad, pp. 106, 107, Sergio Uela Treviño, Culpabilidad e Inculpabilidad, pp. 100 y ss, 302 y ss; Castellanos Tena, Lineamientos ..., pp. 227, 228 y 264, 265. Caso diferente es el de la Doctora Islas, quien al tenor de las consideraciones hechas en la nota 72, y partiendo de la idea de que el temor fundado "como causa de licitud" es una variante del estado de necesidad (77), toda causa de justificación se sustenta en la necesidad de salvar un bien jurídico (78), encuentra que la hipótesis de referencia no es causal de inculpabilidad, sino de atipicidad (Cfr. Op. y págs. cit. en la nota mencionada).

(76) / En efecto, los autores arriba citados se refieren a algunos estados del miedo que ciertamente podrían alcanzar un estado de inimputabilidad, pero que se desliza totalmente de la hipótesis contenida en la Ley 241 de 1983. Pavón Vasconcelos hace una expresa diferenciación entre el miedo derivado de una amenaza imminente o irrogatoria, en donde ve la inimputabilidad, y el miedo proveniente de una amenaza real, en donde advierte la aplicabilidad del artículo 241 de esta Ley que el primero de los miedos ya no podría fundamentarse en la fracción II, que alude al miedo real, sino en todo caso en la fracción III, que alude a los estados psicológicos (neurosis, psicosis) por la parte de la Ley que atende al referido miedo en el sentido de un estado de temor tal que paraliza e inhibe al sujeto. Empero, no es temeroso este miedo al que se refiere la Ley por citimo Castellanos Tena, al igual que Pavón Vasconcelos, se refiere al miedo irrogatorio como el causante de la inimputabilidad, pero como dijimos no resulta aplicable al caso por las cosas cit. arriba.

temor, ello resulta totalmente irrelevante (77).

Por último, algunos autores tratan a la situación de coacción como una variante específica del estado de necesidad exculpante, lo que complica un poco las cosas, pues no se trata aquí de una efectiva o actual colisión de bienes jurídicos, sino de un estado de coacción de la voluntad. Sin embargo, la mayoría opta por tratar esta causal separadamente, dada su particular naturaleza.

Reina, no obstante, acuerdo doctrinal en que las conductas ilícitas derivadas de la coacción no son exigibles, pues nadie está obligado al sacrificio o al heroísmo. (78)

(77) > Técnicamente se podría establecer una diferenciación semántica y psicológica entre el miedo y el temor. El miedo, en principio, sería un comportamiento (una reacción frente al estímulo externo) motivado por la presencia de un mal (imaginario o real) inminente o actual y que se acompaña de una actividad del sistema nervioso simpático con varios tipos de reacciones motoras, como temblor, encorvamiento, huida o ataques convulsivos. El temor en cambio, sería una actitud (una disposición o preparación hacia algún estímulo resultante de la idea de que una mala acción ocurrirá en el futuro. De este modo, creemos que el miedo, a diferencia que sucede a la Ley debe entenderse en el sentido del miedo en que surge ante la inminencia del mal que se percibe directamente, mientras que el temor fundado consiste en el estado de alarma que deviene de la amenaza con visos de cumplimiento inminente (cfr. el respectivo Diccionario de Psicología, 505). Enciclopedia Salvat, Diccionario, tomos 9 y 12, Diccionario del lenguaje Filosófico, Ed. Labor).

(78) > Sobre lo expuesto vid. Hatzel, Derecho Penal, p. 194; Bar-Puig, Derecho Penal, pp. 527 y 529; Mac-Gregor, Contribución Jurídica Penal, p. 56; Juan Euzkero, Manual, pp. 496; MacGregor, Derecho Penal, pp. 267 y 268; Cuella Celón, Derecho Penal, p. 462; Antolizet, Manuale, p. 177; Wessels, Derecho Penal, pp. 122, 123; Zaffaroni, Manuale, pp. 591 y 594.

En un principio no se teorizó demasiado sobre el fundamento material de las causales de inexigibilidad y se afirmaba que en estos casos no podía esperarse que el sujeto obrara de otro modo dadas las circunstancias del hecho (así la posición original de Freudenthal); otros autores, entendían que en aquellas situaciones -particularmente en los casos de coacción- no se daba una libre motivación de la voluntad y que, por lo tanto, el acto no podía considerarse como libremente elegido (no se consideraba como un acto voluntario).⁽⁷⁹⁾

Sin embargo, las posteriores elaboraciones de Welzel - quien parte de una estricta posición del poder obrar de otro modo -, pusieron en claro que aún en los casos de inexigibilidad el sujeto conserva un cierto margen de obrar de manera distinta (lo que automáticamente lo vuelve culpable) y que sólo es dispensado en atención a la situación anormal de motivación y "porque considerando la debilidad humana, no es exigible el autor que se encuentra en necesidad, que se determine conforme a un comportamiento adecuado al derecho."⁽⁸⁰⁾

Con ello la situación de inexigibilidad pasa, de ser una causa de inculpabilidad (que supone la imposibilidad de actuar de otro modo), a considerarse una buena razón de

(79) > Urd. Antolisen, *Manuale de Direito Penal*, p. 177; Battisti, *Instituições de Direito Penal*, p. 171.

(80) > cfr. Welzel, *Derecho Penal*, pp. 182, 184; véase también *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 180.

disculpa o indulgencia por parte del derecho, pero que, sin embargo, aún forma parte de la culpabilidad por ser requisito inexcusable de la reprochabilidad.

1.3 ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD SEGUN LA CONCEPCION PURAMENTE NORMATIVA DEL FINALISMO (81) (82)

Como hemos apuntado anteriormente, al separarse

(81) / Parece oportuno destacar en este lugar que los elementos de la culpabilidad según la concepción puramente normativa del finalismo ni, en general, toda la estructura del delito propuesta por este, han sido aceptados de manera casi unánime por la moderna doctrina, aun cuando no todos los autores comparten sus presupuestos metodológicos, referidos al concepto final de acción. Así, por ejemplo, Jescheck y Weßels, quienes se adhieren al concepto social de acción o *Mir Puig*, quien plantea un concepto intermedio entre ambas posiciones (vid. al respecto, Jescheck, *Tratado...*, pp. 295 a 299; Weßels, *Derecho Penal*, pp. 25, 27; *Mir Puig, Derecho Penal*, pp. 131 a 136).

(82) / No se incluye aquí la original construcción de un finalista como Mauerach, quien entiende que el concepto de culpabilidad tradicionalmente planteado por sus colegas, "no responde aun ni a los cometidos ni a la esencia de la culpabilidad jurídica penal", ello en razón de que es insuficiente para fundamentar toda la responsabilidad criminal, comprensiva tanto de penas como de medidas de seguridad y porque contradice esos criterios generalizados: el principio de que "culpabilidad es reproche personal". Por ello propone la adopción de un concepto escalonado de la culpabilidad (teoría de la atribución), según el cual debe distinguirse entre dos grados de la atribución del hecho. Un primer grado denominado "responsabilidad por el hecho" y según el cual se pone de relieve que el actor tiene responsabilidad de su acto como sero propio, pero que no alcanza todavía el reproche personal, sino solo un grado de atribución que priva al sujeto. E incluso la responsabilidad por el hecho las "situaciones de necesidad"; de no existir estas últimas constituirían el segundo grado de la atribución, denominado propiamente culpabilidad. Aquí, surge la formulación de un reproche al actor, el cual habiéndose conformado "de modo distinto (respecto a los demás)", excluyen el reproche la imputabilidad y la existencia de "elemento del injusto". No este ni de el primer grado de la atribución sería suficiente para la "atribución" al grado de seguridad, mientras que la plena dependencia de la existencia de la culpabilidad, medida no en razón de un criterio general, sino del particular del sujeto (sobre esta teoría, véase Mauerach, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, pp. 11 a 33).

dolo y conciencia de la ilicitud y luego trasladarse toda la relación psíquica entre el sujeto y su acto a nivel de la tipicidad, la culpabilidad (reprochabilidad) se hizo depender exclusivamente de elementos normativos (valorativos)⁽⁸³⁾, los cuales, según lo dicho, se constituyen por la imputabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad.

En cuanto a la IMPUTABILIDAD, o capacidad de ser culpable, se sigue concibiendo como la capacidad para comprender lo injusto del hecho y determinarse según esa comprensión. Si el sujeto no puede comprender o no puede determinarse según esa comprensión, estará impedido para obrar de manera distinta.

En lo que toca a la CONCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD, se entiende que esta ocurre cuando el sujeto sabe o puede saber que su conducta contradice el ordenamiento jurídico, lo que no implica que éste conozca exactamente el precepto jurídico que vulnera o la punibilidad del hecho; basta con que sepa que su comportamiento se encuentra prohibido al "modo profano" (Jescheck).

Ahora bien, la mayoría de las veces el sujeto se dará perfecta cuenta de lo antijurídico de su proceder (conciencia actual de lo injusto), pero si no ocurre así, basta con que el sujeto haya considerado seriamente lo ilícito de

⁽⁸³⁾ V. Refiriéndose a esto Lorenz fue una conocida expresión afín: "En el concepto psicológico de la culpabilidad, la culpabilidad está en la esbozo del autor y en el concepto simplemente normativo, tan sólo en la esbozo de otros: Jünger, 'Los jueces' (vid. Paumann, 'Personas Penales' 1989).

su proceder y se haya conformado con ello (conciencia eventual o potencial de lo injusto).⁽⁸⁴⁾

Por el contrario, si el sujeto, a causa de un error invencible sobre la prohibición, ha actuado antijurídicamente, no podrá ser reprochado, pues quien erróneamente supone que obra de acuerdo a derecho no puede motivarse de manera mejor; en cambio si el error es vencible, subsiste el reproche, pues dada la factibilidad de su contrario, el autor tiene todavía la posibilidad de obrar de otra manera.⁽⁸⁵⁾

Consecuentemente, la solución para estos casos de error estará dada aquí por la teoría de la culpabilidad, según la cual en tratándose de un error invencible (o no imputable al sujeto) desaparece toda la culpabilidad, dada la irreprochabilidad del hecho, pero si lo que ocurre es un error vencible (o imputable al sujeto), sólo se estará en presencia de una causal de reducción del reproche (en la medida de su evitabilidad) que tendrá como consecuencia la atenuación facultativa de la pena.⁽⁸⁶⁾

(84) Véase, lo anterior en Jescheck, Tratado . . . , pp. 624 a 636; Stratenwerth, Derecho Penal, pp. 179 a 181; Wessels, Derecho Penal, p. 118; Weizel, Derecho Penal, p. 173; el mismo, El Nuevo Sistema, p. 112.

(85) Véase, particularmente, Bacigalupo, Lineamientos . . . , pp. 82, 89; Vid., también Weizel, Derecho Penal, p. 173 y Wessels, Derecho Penal, p. 118.

(86) Véase nuestro Código Penal, Federal artículo 15 fracción XI) reconoce efecto atenuante al error invencible de prohibición, pero no admite atenuación de la pena en el caso de error vencible.

La diferenciación entre las consecuencias jurídicas del error de tipo (que en todo caso afecta la estructura del dolo y constituye un problema de tipicidad que ha de resolverse conforme a la teoría del dolo) y el error de prohibición (que pasa a convertirse en problema exclusivo de la culpabilidad), obedece fundamentalmente al hecho de que entre ambos tipos de error existe un contenido desvalioso muy distinto (no es lo mismo no saber lo que se hace, como en el error de tipo, que saber lo que se hace, pero creerlo permitido, como en el error de prohibición) y a que la solución de la teoría del dolo, aplicada a los casos de error de prohibición veniente, llevaba forzosamente a la admisión de la tentativa culposa, cosa que resultaba lógicamente incompatible, pues ambas figuras se excluyen mutuamente (recuérdese que característico de la culpa es la no intención de producir el resultado, mientras que en la tentativa se sanciona precisamente la intención de un resultado que no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente).⁽³⁷⁾

(37) Véase Duffano, citando las mismas implicaciones del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito, p. 434; Weizel, la teoría de la acción finalista, p.37, en donde plantea el caso de la mujer abortando, en el que no se permite el aborto en el momento abortado en Occidente occidental (donde está prohibido). Dice Weizel: "observemos cuáles son las consecuencias de la aplicación de este criterio (se refiere al criterio de la teoría del dolo) a nuestro caso. La muchacha que, por conciencia de la antijuricidad, ha cometido una tentativa de aborto, debería haber cometido, según esa opinión, un delito culposo, y cuando su error fue evitable, una acción culposa. Ahora, puesto que el aborto fue solamente tentado, se debería aceptar, con la falta una tentativa culposa. ¡Que contradicción! El adjecto "Como el aborto culposo es imposible, debería ser abuelta por lo tanto, aún en el supuesto de error veniente".

Afirmada, pues, la diferencia central entre ambos tipos de error y su ubicación sistemática, la discusión doctrinal hubo de trasladarse hacia una problemática muy concreta, según se verá a continuación.

Resulta que en el ámbito del error sobre la ilicitud, se suele distinguir entre dos supuestos fundamentales. Por una parte -indica Jescheck- puede suceder que el autor no conozca la norma prohibitiva que directamente se refiere al hecho y que por ello tome como lícita su acción (error de prohibición directo). Por otra parte puede acaecer que el autor, aún conociendo perfectamente la norma prohibitiva, crea falsamente que en el caso concreto obra amparado por una causa de justificación, ya sea por considerar que esa causa efectivamente existe o bien por suponer que tiene una extensión mayor que la real (error de prohibición indirecto).

Finalmente se plantea la existencia de un tercer supuesto, mismo que surge cuando el sujeto cree erróneamente que concurren aquellas circunstancias que, de darse, justifican el hecho (error sobre el tipo permisivo).⁽⁸⁸⁾ (89)

(88) Véase Jescheck, Tratado, ..., pp. 626, 627, 632, 633; Wessels, Derecho Penal, pp. 134, 135, 137, 138.

(89) Véase, p. ej., se encuentra en error de tipo permisivo el soldado que dispara sobre el que cree que es su enemigo, cuando en realidad se trata de un compañero extraviado; o bien el que cree que es necesario matar a su agresor, cuando objetivamente sólo bastaba con lesionarlo.

Para la teoría estricta de la culpabilidad (también llamada "rígida"), los tres casos anteriores han de resolverse de la misma manera: si el error es invencible, elimina toda reprochabilidad; si es vencible, sólo reduce el reproche y atenua la pena.⁽⁹⁰⁾

Sin embargo, otras posiciones, con diverso fundamento, y en principio de acuerdo con la teoría estricta de la culpabilidad, estiman que el caso específico del error vencible sobre el tipo permisivo (justificantes putativas o errores sobre la situación de justificación), debe ser tratado de manera diferenciada; esto es, no disminuyendo el reproche, sino convirtiendo la conducta en culposa. Se arriba así a un resultado similar al propuesto por la teoría del dolo.

Se aduce para ello que el error del tipo permisivo constituye un error sui generis situado entre el error de tipo y el error de prohibición indirecto, y que, por tanto, merece un trato distinto. "La analogía con el error de tipo -apunta Jeschke- radica en su estructura: también el error de tipo permisivo se refiere a los elementos normativos y

⁽⁹⁰⁾ / Entre otros, siguen esta posición, Welzel, Derecho Penal, p.177; Zaffaroni, Manual, t. I, pp. 578, 579; Córdoba Roda, El Conocimiento de la Antijuricidad, pp. 111 y ss.; Graf zu Dohna, La Estructura de la Teoría del Delito, 73, 72.

descriptivos) de una proposición jurídica.⁽⁹¹⁾ La similitud con el error de prohibición indirecto reside en su consecuencia: el conocimiento del tipo no resulta afectado y la función de llamada de éste puede, así, desplegarse plenamente: el error determina solamente que el autor crea que la norma prohibitiva retrocede excepcionalmente ante una proposición permisiva.⁽⁹²⁾

Las teorías que proponen un trato diferenciado para el error sobre el tipo permisivo son las siguientes:

a) Teoría de los elementos negativos del tipo. En realidad para esta teoría la admisión del trato diferenciado para el error de tipo permisivo no constituye una excepción, sino la regla aplicable en general a todo tipo de error. Ello se basa en el siguiente razonamiento: Para la teoría de los elementos negativos del tipo este se compone de dos partes:

(91) > Recuérdese que no sólo existen tipos penales que prohíben conductas, como la prohibición de los contenidos en la legislación penal, sino también tipos penales que permiten conductas, como sucede con los casos de justificación. Por otra parte, parece pertinente anotar aquí que el error sobre el supuesto que permite no es un error sobre los hechos, también los tipos permisivos contienen elementos normativos susceptibles de una valoración jurídica. Sobre los que se puede errar, así, por ejemplo, el error sobre los conceptos "sin derecho" o bien "jurídico propio o ajeno" que contempla la legítima defensa. De aquí que toda discusión tendiente a equiparar este error con el error de hecho, resulte de antemano desatendida. Sobre el particular ver, Jescheck, op. cit. p. 937, Hessels, op. cit. p. 105.

(92) > cfr. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, pp. 673, 674; sobre esto, véase también Stratenwerth, Derecho Penal, p. 106.

parte positiva y parte negativa (tipo positivo y tipo negativo). La parte positiva equivale al tipo tradicional y la parte negativa añade la exigencia de que no concurren causas de justificación. De este modo la conducta dolosa o culposa ha de abarcar, para ser típica, no solo el conocimiento del tipo (estrictu sensu), sino también el conocimiento de la antijuricidad. Por ello, cualquier clase de error concurrente ha de resolverse conforme a la teoría del dolo.(93)

Independientemente de algunas críticas de fondo, el reparo principal que se aduce contra esta teoría es que de nueva cuenta, pero a nivel del injusto, recoge todos los inconvenientes que conlleva a la teoría del dolo.(94)

(93) X sobre los fundamentos de la teoría de los elementos negativos del tipo vid. S. Mir Puig (Derecho Penal, pp. 95 a 97, 118 a 121, 356 y 357, 543 y 544), quien es partidario de esta teoría, aunque con diferente terminología. Jescheck, Tratado... y pp. 330, 379, 634; Haeussler, Derecho Penal, pp. 401, 482, 581, 582.- Una construcción principal de la teoría de los elementos negativos del tipo, que sin embargo postula para los elementos putativos un trato similar al otorgado por la teoría estricta de la culpabilidad, es la representada por la Doctora Olga Isías. Según esta teoría, la antijuricidad de la conducta, denominada "violación del deber jurídico penal", constituye un elemento del tipo y, por tanto, la ausencia de esta violación, por concurrir una causa de libertad, traera aparejada la atipicidad del comportamiento. Además, el conocimiento de la violación del deber jurídico (conocimiento de la antijuricidad) no se entiende como elemento del tipo, sino como componente de la culpabilidad. De este modo, el error que padega sobre ese conocimiento habrá de resolverse conforme a la teoría estricta; si es invencible, elimina la culpabilidad y si es vencible, solo reduce el grado de reproche (vid. Olga Isías, Análisis Crítico de los límites contra la vida, pp. 15-16, 51-73 y 55 a 57).

(94) X sobre la crítica referida vid. Jescheck, Tratado... pp. 339 a 341, 374, 379; Haeussler, op. cit. pp. 41, 42, 126; Bartrons, op. cit. supra, pp. 582. Así mismo Mir Puig (opus y 1988 cit. supra).

b) Teoría limitada o restringida de la culpabilidad.
Para esta teoría, que supone una solución conciliante, el resultado del error sobre el tipo permisivo debe ser análogo al propuesto por la teoría de los elementos negativos del tipo, pero con una diferente fundamentación: si bien el error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación, no es un error de tipo, debe resolverse como si lo fuera, pues es evidente su analogía estructural con aquel. Con ello desaparece el injusto doloso y sólo cabe la reprochabilidad por culpa.⁽⁹⁵⁾

Esta teoría es congruente con la idea de que también los tipos permisivos requieren de un elemento subjetivo (el conocimiento de que se obra justificadamente), de donde se surte que si alguien cree erróneamente que su conducta se adecua al tipo que la permite (en sus presupuestos fácticos y normativos) no puede ser reprochado sin más por un injusto doloso; a lo sumo, responderá culposamente en la medida de la inevitabilidad de su error.

c) Teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica. Según esta teoría, quien actúa bajo los presupuestos de una causa de justificación, comete de cualquier modo un injusto doloso; sin embargo su conducta puede ser tratada, únicamente en cuanto a su consecuencia

(95) < Sobre el particular, vid. Stratenwerth, "Derecho penal", pp. 159 y ss. > y Hessel, "Derecho penal", pp. 125 y ss. >. Quiénes son partidarios de esta teoría, seguida mayoritariamente en Alemania, vid. también Jescheck, "Introducción", p. 375.

jurídica, como si fuera un error de tipo, dada la disminución del devalor de la acción y de la culpabilidad del acto. Esta reducción del injusto y de la culpabilidad, se hace consistir en el hecho de que por un lado el autor cree obrar jurídicamente y de que por el otro, la formación de su dolo no obedece a una falta de actitud jurídica, sino a un examen descuidado de la situación. Son pues, aquí, razones de equidad las que permiten el trato diferenciado para el error de tipo permisivo.⁽³⁶⁾

Por lo que ve a la EXIGIBILIDAD, ya habíamos anotado como la concepción de Welzel, basada estrictamente en el "poder obrar de otro modo", le impidió entender que en esos casos estuviera efectivamente excluida la reprochabilidad del hecho: se trataba, según su afirmación, de meras situaciones de disculpa, en atención a la anormalidad de la motivación y a la debilidad humana, que a la vez hacían imposible la exigencia de un comportamiento adecuado al derecho. Desde esta posición, acogida más allá de un finalismo ortodoxo, adquiere especial relevancia la posterior diferenciación que se hace entre "causas de excusación" (o "disculpa") y "causas de exclusión de la culpabilidad" (o "inculpabilidad"), puesto que se reconoce que las primeras no excluyen realmente esta y solo determinan una "disculpa" en razón de

(36) Sostiene particularmente esta teoría Jescheck (Tratado..., pp. 618, 636) aunque quedan dudas sobre la posición de Welzel. Pues en ciertas partes de su discurso pareciera inclinarse por ella aunque no mencionaría por su nombre a sus las obras de su obra citada en la nota anterior).

la considerable disminución del injusto y culpabilidad.⁽⁹⁷⁾

Sobre ello, Jescheck ha puntualizado que mientras en los casos de inimputabilidad o error invencible de prohibición ocurre una efectiva exclusión de la culpabilidad dado que "el autor es incapaz de conocer el injusto del hecho o de dejarse guiar por este conocimiento", la situación es totalmente distinta en las causas de exculpación. "Estas, ciertamente, determinan una disminución del contenido de injusto y de culpabilidad del hecho, pero no excluyen por eso a la culpabilidad: el autor es capaz aun de comprender el injusto y de guiar su conducta adecuadamente. Por ello las causas de exculpación deben contemplarse (solo) como causas de disminución del injusto y de la culpabilidad, a los cuales ha asociado el legislador la impunidad porque su concurrencia impide que se alcance el límite de merecimiento de pena"⁽⁹⁸⁾. Desde esta perspectiva, el legislador aparece, pues, como un legislador indulgente que se niega a formular un reproche de culpabilidad, solo en vista de la motivación extraordinaria de la voluntad del autor.⁽⁹⁹⁾

Sin embargo, al llegar a este estado de la discusión, los autores no logran explicar convincentemente cómo es que si la culpabilidad (y con ello la pena) depende del poder de

(97) Véase Cfr. S. Min. Pius, Derecho Penal, p. 525; Bustos, Manual..., p. 327.

(98) Véase Jescheck Tratado..., pp. 654, 655.

(99) Véase Haezels, op. cit. p. 119.

obrar de otro modo, porque es que se admite como uno de sus elementos a aquel en que expresamente se reconoce que no excluye tal poder.⁽¹⁰⁰⁾

Esto, independientemente de resultar sistemáticamente insatisfactorio e implicar una contradicción⁽¹⁰¹⁾, nos lleva a la conclusión de que, entonces, la culpabilidad y la pena no dependen exclusivamente del poder de obrar de otro modo.

(100) / Un jurista conforme con el fundamento propuesto, se vería obligado a reconocer que si las causas de inexigibilidad "no excluyen la culpabilidad, pues no determinan la exclusión de la capacidad de obrar de otra manera", no son, en consecuencia, "causas de inculpabilidad", sino "casos de simple exención de pena" (Así, Sacialupo, Lineamientos, p. 93).

(101) / Así, S. 110, Fung, en sus notas a la traducción del Tratado de Jescheck, p. 258.

Capítulo 2

FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA NORMATIVA

2. FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA NORMATIVA.

Hemos visto cómo, a pesar de alguna incongruencia final, la enumeración de los elementos de la culpabilidad, "pone de manifiesto que la libertad de determinarse de acuerdo con el deber jurídico es el punto de referencia común" de estos presupuestos.⁽¹⁰²⁾ Por tanto, pasemos ahora a hacer una exposición más clara de como es que se entiende en la doctrina ese poder o esa posibilidad de obrar de otra manera, como fundamento de pena y culpabilidad.⁽¹⁰³⁾

2.1 EL PLANTEAMIENTO ORIGINAL DE LA ESCUELA CLASICA

En un principio, y aún mucho antes de la aparición del concepto normativo de la culpabilidad, ya se había propugnado la idea de que el fundamento de la responsabilidad penal reside en la imputabilidad moral y el libre arbitrio. Este es el planteamiento desarrollado por Carrara, para quien el hombre

(102) Véase, por ejemplo, Benedetto Perassi, p. 71.

(103) ¿ Se hablaría aquí de un concepto material de la culpabilidad, que "se halla en juego en toda discusión de política jurídica sobre la cuestión de los presupuestos bajo los cuales pueda tener lugar la imputación subjetiva del hecho punible" (Carr. Lechner, op. cit., p. 58)? Esto es, el significado material de la culpabilidad pretende responder a la pregunta de porqué los elementos formales de la culpabilidad son necesarios para la pena. (Carr. cit. Fuhr, Derecho Penal, p. 445).

es moralmente imputable en cuanto tiene la capacidad de querer y determinarse con plena libertad: "yo no me ocupo de cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo como aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y como asentada sobre esta base la ciencia criminal, que el mal se construyera sin aquella" (104).

La imputabilidad moral es entendida por Carrara como la condición según la cual "el hombre que fue causa material de un hecho, haya sido además causa moral del mismo. Le imputamos moralmente al hombre un hecho del cual fue causa moral . . . y por ello a nadie se le puede pedir cuenta de un resultado del cual haya sido causa puramente física, sin haber sido de ningún modo su causa moral" (105).

Ahora bien, esta causa moral, considerada por Carrara como la "fuerza moral del delito", ha de requerir, para ser imputada a su autor, de la concurrencia de cuatro requisitos: 1) Conocimiento de la Ley; 2) Previsión de los efectos; 3) Libertad de elegir y 4) Libertad de obrar. "Los dos primeros requisitos se resumen en la expresión concurso de inteligencia . . . y los dos últimos se resumen en la fórmula concurso de voluntad; porque la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de modo que esta no puede existir sin aquella, del mismo modo que no puede haber materia sin gravedad" (106).

(104) - Cfr. Francesco Carrara, Programa del curso de Derecho Criminal, Vol. 1, p. 73.
(105) - Cfr. Carrara, Op. Cit., pp. 34, 35 y 37.
(106) - Cfr. Carrara, Op. Cit., pp. 66 y 71.

Esto lleva a Carrara a plantear que el grado de imputación moral de un hecho, dependerá a su vez del grado en que se haya manifestado la fuerza moral subjetiva del delito: "Para que exista en un delito la plenitud de su fuerza moral, es menester que en los dos momentos sucesivos del deseo y de la determinación haya gozado de la plenitud de su libertad. Si disminuye o falta el auxilio del primero, disminuye o cesa la imputación; así como se aminora o cesa, si fue disminuido o anulado el ejercicio de la segunda. De aquí la subdivisión del grado en relación con la fuerza moral subjetiva del delito, según que la degradación se derive del estado de la inteligencia o del estado de la libertad del agente" (107).

Para Carrara, el concurso de la inteligencia puede disminuirse o cesar, por causas físicas o fisiológicas, "que provienen de defecto o alteración en el organismo corporal" (edad, sexo, sueño, sordomudez y locura) o por causas morales o sociológicas, "en virtud de las cuales en ciertos momentos se torna ineficaz en el hombre su poder intelectual, del cual por lo demás puede estar completamente provisto..."¹⁰⁷ estas causas son la ignorancia y el error (108).

En lo que se refiere al concurso de la voluntad, el autor encuentra que puede aminorarse o ser inexistente, cuando se "halla aminorado el arbitrio en el momento de la determinación". Pueden aminorar o excluir la libertad de

107) Cfr. Carrara, Op. Cit., pp. 185.

108) Cfr. Carrara, Op. Cit., pp. 185, 186 y 184.

voluntad: 1) La coacción o violencia moral; 2) El impetu en las pasiones y 3) La embriaguez (109).

Como puede observarse, el eje de la estructura del delito propuesta por Carrara reside en aquella imputabilidad moral que se funda en la concurrencia de la inteligencia y la libertad de elegir. Por tanto, los casos que estén más allá o más acá de esa facultad de entender y de querer con libertad, ya ño encontrarían una respuesta del ordenamiento punitivo y el imputado sería declarado como no punible (110).

Por último, es dable aclarar que del concepto del delito propuesto por Carrara ("Infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (111)), no puede desprenderse todavía el elemento de culpabilidad como uno de sus componentes. Es cierto que el autor señalaba que el acto moralmente imputable, debía, para atribuirse a su autor como delito, ser además imputado como acto reprochable, mas con ello no quería expresar una reprobación por parte del ordenamiento jurídico, sino simplemente que el acto ísea en sí mismo, según el concepto moral. Con esto pretendía destacar que las conductas delictuosas no podían ir en contra de las leyes morales o religiosas: "no esté dentro de las facultades del

(109) - Cfr. Carrara, *Op. Cit.*, pp. 191 y 192.

(110) - Esta última expresión procede originalmente de Maggiore *Derecho Penal*, p. 1437, la cual he sido adoptado con algunas modificaciones.

(111) - Cfr. Carrara, *Op. Cit.*, pp. 43.

legislador incriminar cualquier acto cuya causa moral fue el hombre . . . y ello, porque si bien es cierto que la ley criminal no debe ser, en sus preceptos, una repetición de la ley moral o religiosa, con todo no puede ir en contra de estas leyes" (112).

Dentro del contexto del liberalismo ilustrado -en el que surge-, esta teoría indeterminista resultaba ser congruente con la creencia de que la libertad del individuo, en cuanto ser dotado de razón, es previa a la organización estatal: la libertad no ha de ser creada, sino simplemente garantizada y protegida, lo que da pie a una teoría penal -observa Stratenwerth- que también concibe al delito como un producto del libre albedrío, como una enajenación de la persona autónoma, que, en libertad, se contrapone a la ley. "Los fines de la pena, consecuentemente solo pueden consistir en la retribución e intimidación, y estos principios han dominado lógicamente con amplitud, a lo largo del siglo XIX, tal como lo atestiguan las codificaciones penales españolas de 1848 y 1870, así como los códigos prusiano y alemán de los años 1851 y 1870, respectivamente" (113).

Sobre el mismo tema, Rodríguez Mourillo anota que en los días en que se elaboró el Código Penal Español de 1848, "el derecho penal descansaba por completo sobre la idea del libre albedrío. Faltaban aun muchos años para que se iniciara el estudio de la criminalidad, la investigación de los múltiples

(112) C. de C. Iancova, *Op. Cit.* pp. 37, 38.

(113) C. Günter, *Unter Stratenwerth, Tendenzen y Posibilidades de una Reforma del Derecho Penal*, pp. 298-309.

y diversas causas e influjos que intervienen y condicionan su producción no había comenzado todavía. La libre voluntad, aislada por entero de toda influencia o condición psicológica o social, era la única explicación de la conducta criminal. La represión penal era uniforme . . . y en su aplicación no se aspiraba a la retención del penado, sino a que expiase su delito, a intimidarlo a apartarlo de la conducta criminal por el miedo inspirado por la ejecución del castigo conminado por la ley".(114)

2.2 LA LIBERTAD DE VOLUNTAD COMO LA FACULTAD PARA RESISTIR EL IMPULSO DE LOS ESTIMULOS CAUSALES

Sin embargo, los fuertes embates de la, para su tiempo, bastante avanzada escuela criminal-antrpologica italiana, hubieron de poner en claro (entre otras cosas) que la conducta delictiva no puede ser producto, sin más, de una pretendida libertad de voluntad, que en mucho se ve condicionada por factores y causas en las que nada tiene que ver aquella libertad individual.(115) Se reprochaba, en suma, a este indeterminismo incondicionado, el haber desconocido los motivos impulsores de la conducta

(114) González Rodríguez, Manuel, Directrices Políticas-criminales del anteproyecto de código penal, pp. 323-324

(115) V. ind. Spatenwerth, *opus cit.*, nota 113.

humana.⁽¹¹⁶⁾

Con independencia del resultado de esta polémica (el determinismo y la escuela político-criminal de von Liszt, que dotaron de diferentes bases materiales al Derecho Penal y constituyeron una especie de paréntesis histórico), al posterior advenimiento de la culpabilidad normativa hubo de rescatar nuevamente aquella precondición de la responsabilidad penal, en donde encontró el asidero para el fundamento del sistema: si la culpabilidad es reprochabilidad, solo puede ser reprochado quien tuvo la libertad de elegir.

No ignorando, sin embargo, la influencia de los motivos en la determinación de la conducta humana, la nueva concepción de la libertad de voluntad, hubo de entenderse de diferente manera.

Así, p. ej., surgieron tentativas de explicación como la de Weizel, quien luego de analizar este problema en sus aspectos antropológicos (como es que el hombre se diferencia del animal por la degradación de sus instintos, lo que le permite la responsabilidad de sus acciones desligadas del control del comportamiento instintivo), psicopatológico (estructura del ps. dividido en "esfera baja" -impulsos vitales y comportamiento instintivo y "centro del ps. o ego racional" como centro de regulación de los impulsos) y catagorémático (que responde al cómo se da la libertad de voluntad), concluye que la libertad de voluntad es la capacidad del hombre

(116) Véase, Gál., Pdo., Pavor, Responsabil., Imputabilidad e Inmutabilidad = 58

para poder determinarse de acuerdo con el sentido. "Es la libertad de orientar la fuerza causal, ciega e indiferente al sentido, hacia una autodeterminación adecuada al sentido. Por eso, la libertad no es -como opina el indeterminismo- la libertad de poder actuar en forma distinta . . . sino la libertad de un actuar de modo adecuado al sentido. Por eso, la libertad no es la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre sentido y contrasentido, entre valor y desvalor . . ." (sino) el acto de la liberación de la fuerza causal de los impulsos, hacia una determinación adecuada al sentido . . . Culpabilidad no significa decisión 'libre' a favor de lo malo, sino quedar dependiente de la fuerza causal de los impulsos, de parte de un sujeto que es capaz para la autodeterminación adecuada al sentido" (17).

Esta idea de Welzel, según la cual la libertad de voluntad consiste en la facultad para resistir al impulso de los estímulos causales (ira, envidia, avaricia, avidez de posesión, instinto sexual, etc.) por un sujeto que es capaz para ello, es compartida también por otros autores, como p. ej. Maggioni, quien entiende a la libertad de voluntad como el poder de situarse por encima de los motivos, no para

(17) C. Offe, hacia Welzel, *Lezioni, Feltri, 1961*, 103. "Debe aclararse que la palabra 'sentido', tanto como concepto, es utilizada por Welzel para referirse al contenido de los impulsos reprimidos del hombre" (p. 178), como entidad reguladora de los instintos que subsisten en la "estructura psíquica" (p. 107). Welzel, que por razones de forma rechaza de la esfera fáctica, se sitúa el "yo" mismo, como centro de regulación de los impulsos . . . (p. 178) al respecto, véase también *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, pp. 173-184 y 201-202, en donde postula suel sistema.

suprimirlos, ni para actuar como si no existieran (la voluntad nunca puede ser inmotivada), sino para afirmar la soberanía del mundo interior sobre el exterior, pues si bien todo acto tiene una causa, nada se mueve sin la intervención de la voluntad.⁽¹¹⁸⁾

Bettioli, igualmente, razona que la referida libertad no debe entenderse como ausencia de motivos, sino como la autodeterminación sobre la base de un motivo que la voluntad elige entre la serie de motivos antagónicos⁽¹¹⁹⁾, posición que es similar a la adoptada por Belling, quien entiende que el hombre es libre en cuanto puede paralizar los motivos de impulsión con contramotivos, a través de la posibilidad de elegir y decidirse.⁽¹²⁰⁾

2.3 ALTERNATIVAS FALLIDAS DE FUNDAMENTACION

Empero, estas tentativas de explicación y fundamentación hubieron de fracasar ante la evidencia cierta de que el problema del libre albedrío quedaba fuera de toda comprobación empírica, ya sea en su favor o en su contra.⁽¹²¹⁾

Ante este estado de cosas, algunos autores intentaron desterrar esta polémica del campo del derecho penal (lo

(118) V. Cfr. Giuseppe Fogliara, *Derecho Penal*, pp. 488 a 490.

(119) V. Cfr. Bettioli, *Instituciones*, pp. 131 a 135.

(120) V. Cfr. Belling, *Esquema del Derecho Penal*, p. 32.

(121) V. Vid. Sánchez, *Tratado*, p. 583; Armin Kaufmann, *La Misión del Derecho Penal*, p. 104.

consideraban un problema meramente filosófico o ético; y buscaron otras alternativas de fundamentación, pero todavía sin una idea muy clara, lo que acabó por hacerlos sucumbir ante el peso de la tradición impuesta por la culpabilidad normativa.

Este es el caso de Mezguer, Jimenez de Asúa, Cuello Calón y Antolisei, quienes, a pesar de que al final hubieron de reconocer que el sistema no podía funcionar sin la admisión del libre albedrío, alcanzaron a atisvar otras alternativas de solución (122).

Mezguer percibe que el reproche de culpabilidad no depende necesariamente de la posibilidad de obrar de otra manera, lo cual advierte en los casos de no exigibilidad, en donde el sujeto conserva aun esa posibilidad. De aquí entonces enlaza que lo decisivo en la culpabilidad no sea ese "poder", sino la exigencia (extrínseca al sujeto) de una conducta diferente. Sin embargo este camino no es lo suficientemente explorado por Mezguer, quien en lugar de conectar esa exigencia extrínseca con algún fundamento político-criminal, da la vuelta para proponer que, ante la imposibilidad de un

(122) Es importante destacar aquí que tanto Cuello Calón como Jimenez de Asúa fueron discípulos de Fernando Ferrer y de von Liszt, lo que en un tiempo los hizo partidarios de las tesis de la escuela criminal de este último. Sobre todo en lo que se refiere a la idea de la pena preventiva, sin embargo, como señala Cerezo Vique, su evolución posterior nos lleva a incluir en la teoría de la pena la idea de retribución o con ello rechazando la adhesión a la teoría sucesiva de la culpabilidad. Sin embargo, en sus tesis de escuela primera influida se percibe de algún modo en los pasajes de su obra aquí citados, incluso la referencia a José Cerezo Vique, véase su curso de Derecho Penal Español, pp. 49 y 50.

criterio seguro que indique cuando existe o no esa posibilidad de obrar de otra manera, se debe acudir a un criterio generalizador, establecido por la comunidad social, que indique qué es lo exigible al hombre en general según las circunstancias de cada caso. Este criterio generalizador será el barómetro que determinará si el sujeto pudo o no obrar de otra manera en tales circunstancias⁽¹²³⁾ (este punto será después especialmente desarrollado por Jiménez).

Jiménez de Asúa, por su parte, intenta fundamentar la imputabilidad en un "cimiento psicológico", desligado de su "arcaico nexo moral del libre albedrío". Para ello propone que la imputabilidad se sustente no sobre la posibilidad de elegir, sino sobre la posibilidad psicológica de conocer el deber. Sin embargo, el esfuerzo de Jiménez de Asúa sucumbe ante la fuerte influencia del normativismo imperante, pues, como el mismo lo reconoce, "el nexo común de dolo y culpa estriba en que en ambos casos se debe y se puede obrar de otro modo (es decir, de conformidad al derecho)". En suma: en la exigibilidad, tal es el contenido de la culpabilidad normativamente concebida. Con ello vuelve al punto de partida y fundamenta la culpabilidad en la "metafísica" posibilidad de obrar de otro modo.⁽¹²⁴⁾

Lo anterior se confirma en la definición de imputabilidad propuesta por Jiménez de Asúa en su Tratado, en donde afirma que si bien el paranoico o el psicopata afectado

(123) - Iba. Mezquero, Derecho Penal, pp. 196 a 198.

(124) - Iba. Jiménez de Asúa, La Ley y El Delito, pp. 332, 356 y 357.

de ciertas formas compulsivas, conocen el deber de no atacar las normas, no pueden evitar el impulso de quebrantarlas (no pueden obrar de otro modo).⁽¹²⁵⁾

Cuello León nos dice que el problema del libre arbitrio y del determinismo está fuera del campo del Derecho Penal, pues ésta cuestión está dominada por un hondo sentido ético y religioso que le es ajeno.

Según el autor, "para que un individuo sea responsable penalmente, para que el poder social le imponga la pena señalada por la ley para el hecho realizado, basta que este se haya ejecutado con voluntad, es decir, con voluntad consciente y libre (no cohibida). Esta solución, independiente del problema moral y metafísico del indeterminismo y del determinismo (pues no desciende a investigar si la voluntad está determinada por un conjunto de factores o es hija del libre albedrío), se halla de perfecto acuerdo con nuestro derecho penal positivo".

Sin embargo, y a pesar de este propugnado alejamiento, el autor nos advierte reconociendo que la doctrina del libre arbitrio les crea creencia favorable a los intereses sociales y altamente beneficiosa su difusión entre las masas. El sentimiento de la responsabilidad moral, uno de los sentimientos colectivos más sanos y elevados, debe ser firmemente mantenido para el triunfo de la moralidad y la justicia.⁽¹²⁶⁾

(125) Vid. Jimenez de Asua, Tratado..., p. 86.
(126) Vid. Cuello León, Derecho Penal, pp. 367, 364.

Antolisei, quien indudablemente era un hombre de gran perspicacia, admite en principio el postulado del libre arbitrio y razona: "Efectivamente el concepto de la pena-castigo presupone la libertad de querer, entendida como la capacidad de autodeterminarse sobre la base de motivos conscientes. Si, en efecto, el hombre fuese privado de toda libertad de elegir; si en el caso concreto no hubiese la posibilidad de actuar de modo diverso, ninguna reprobación podría exigirsele cuando viola la ley. Reconocemos que esta posibilidad de obrar de otro modo no puede ser demostrada; reconocemos también que no es fácil despejarla racionalmente, mas sin embargo todavía no logramos ver cómo sin esa, puede existir la idea fundamental de merito y de demérito, de premio y de pena, idea que es indispensable en la vida social".

Mas sin embargo, la perspicacia de Antolisei le impide aceptar el planteamiento tradicional de que los imaduros y los enfermos de mente están coartados en su libertad de "querer". "... si el ser humano en género está dotado del poder de elección, tal poder debe existir también en los niños y en los enfermos de mente ...". Tampoco entiende la libertad parcial de elección atribuida a los semi-imputables o de incompleto desarrollo intelectual (... "no vemos como un poder parcial de elección... puede concebirse la facultad de elegir, existe o no (existir), lo que le lleva a buscar fundamentos alternativos de la imputabilidad.

A su entender, la razón justificante del instituto debe buscarse en la concepción común de la responsabilidad humana y dice: "Según la opinión que en la época actual esta

profundamente radicado en la conciencia colectiva, a fin de que un hombre pueda ser llamado a responder del propio acto frente a la ley penal, es necesario que sea un grado de rendir cuenta del valor social de los mismos y no esté afectado de anomalía psíquica que le impida actuar como debía: se requiere en sustancia que ellos tengan un cierto desarrollo intelectual y estén sanos de mente. La pena es un sufrimiento: implica una notable restricción de los bienes de la persona e importa una lesión del honor, repercutiendo también en su porvenir. Ahora a la conciencia social repugna que esta grave sanción sea infringida a los niños, a los locos, a los individuos que se encuentran en condiciones análogas . . . La comunidad, cuando éstas personas violan la ley penal, está puesta a excusarlos, porque atribuye el hecho a sus condiciones especiales. En consecuencia la reacción psico-social que nace del delito dependiente de los individuos de que se trata, es diversa de aquella que se verifica en los casos ordinarios: en estos casos no puede surgir sino alarma y, por eso, el reconocimiento de la necesidad de procedimientos cautelares en el interés de la comunidad pero no aquella reprobación moral que justifica la inflicción de un castigo.

En cuanto a la exclusión de la responsabilidad de los estados intermedios, el autor afirma que la conciencia colectiva postula en estos casos una atenuación de la pena. "Se piensa generalmente que cuando la capacidad de entender o de querer está muy disminuida, el sujeto debe ser tratado con indulgencia, porque su culpa aparece menor que en los

casos ordinarios".

Por último, el autor destaca que esta concepción de la responsabilidad humana (que en suma señala los límites de lo prohibido y lo permitido) está sujeta a la evolución social: "Puede darse y también es probable que con el tiempo mude, como ha mudado en el pasado. Baste pensar que por siglos y siglos se pensó que el descendiente debía responder de la culpa de sus progenitores y que por largo tiempo los locos fueron merecedores de pena".(127)

El gran mérito de Antolizer reside aquí en haber conectado la responsabilidad penal con las necesidades y exigencias sociales, despojándola de su marcado tinte individualista y retributivo. La responsabilidad penal aparece así como una responsabilidad social, cuyos límites son propuestos por la sociedad entera.(128)

2.4 CONCEPCION NORMATIVA DE LA LIBERTAD DE VOLUNTAD.

Sin embargo, la doctrina dominante, aun reconociendo la imposibilidad de fundamentar la reprochabilidad en la libertad del hombre como persona individual, ha preferido enfrentar el problema, sin estudio o estudio

(127) > Cfr. Antolizer, *Manuale di Diritto Penale*, pp. 315, 316 y anteriores.

(128) > Sobre esta responsabilidad social, sancionada por el desarrollo histórico, vid. también Baccano, *Derecho Penal*, p. 247 y Francisco Muñoz Conde, en su introducción al volumen *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal de Claud Rogin*, pp. 23, 25 y 24, 25.

independientemente de la polémica, reinterpretando el sentido del "poder obrar de otro modo".

Jescheck, quien es indudablemente uno de los más importantes pensadores del Derecho Penal contemporáneo, resume, con el peso de su autoridad, los argumentos con que la posición normativa mayoritaria fundamenta actualmente el reproche de culpabilidad.

Dice el autor que, al margen de las posiciones que basan la reprochabilidad en la libertad de elegir entre los motivos circundantes o en las deficiencias caracterológicas del autor a lo largo de su vida (culpabilidad por el carácter), la doctrina dominante, ante la imposibilidad de comprobar la existencia de una libertad individual, ha optado por establecer un "juicio de culpabilidad comparativo" en el que se pregunta si "otro" (un nombre medio, colocado en el lugar del autor hubiese estado en situación de actuar de otro modo). Con ello se establece que el criterio para la imputación de la culpabilidad no es el poder individual del autor, sino el que puede ser esperado de un nombre medio en esa situación concreta.

Establecido este "juicio de culpabilidad comparativo", se pasa a establecer que el traslado del problema a la expectativa de "la acción referida a otro", supone materialmente dos cosas: primero, en el hombre adulto sólo pueden existir el reproche de culpabilidad circunstancias extraordinarias que concurren en la persona del autor o en la situación del hecho; segundo, de toda persona se supone que hubiera podido conseguir la fuerza de voluntad necesaria para

vencer la tentación de cometer el hecho. Ninguno de ambos presupuestos descansa en comprobaciones empíricas, sino que representan exigencias normativas que la sociedad dirige al autor, al cual trata como ciudadano responsable y no como menor o enfermo. El Derecho Penal se funda en la decisión del legislador en el sentido de admitir que esta especie de imputación subjetiva es tan necesaria como justificada, en un ordenamiento jurídico basado en la libertad, pues la idea de la responsabilidad del hombre adulto normal y mentalmente sano, constituye una indudable realidad de nuestra conciencia social y moral.(129)

Con ello se renuncia a fundamentar la culpabilidad ontológicamente, aceptando únicamente un sustento normativo: el derecho debe ser configurado como si existiera la libertad de voluntad, aunque sobre esta misma no es posible una declaración científica cierta.(130)

(129) Véase, por ejemplo, Jaroschek, Tratado..., pp. 563 a 566; ind. también Messels, Derecho Penal 109, 110.

(130) Véase al respecto Walter Perron, Problemas Principales u Tendencias actuales de la Teoría de la Culpabilidad, pp. 20, 29, 34; así como, especialmente, el mismo Perron, quien como podrá verse en la nota 109, era un determinista, atribuye a Kant la idea de concebir al hombre como un "ser libre", aunque de hecho éste es realmente determinado. Véase Hans Kelsen, Teoría pura del Derecho, págs. 103 y 104. El filósofo de "Münchener Kreis" niega la autonomía de la voluntad relacionada con las imperativas categóricas de las leyes morales, sólo podrá concebirse para la idea de la libertad la libertad pura Kant, es una propiedad del acto volitivo consistente en encauzar la conducta en manera independiente de los motivos que la provocan. En relación al propio filósofo reconoce que la libertad no puede ser demostrada según las leyes naturales, o, lo que es lo mismo, no es un concepto que pueda ser la experiencia. Tales no podemos aplicar nada, sino reduciéndolo a las leyes que, al menos, pueda darse en alguna experiencia.

La afirmación de esta libertad normativamente concebida, y que bien pudiera parecer una terquedad, encierra en realidad un trasfondo de larga significación. No se trata de saber quién está en lo cierto (si los deterministas o los indeterministas), sino ver qué es lo mejor para la colectividad y el individuo. Por ello se cree que se debe dar preferencia a la idea de la libertad voluntad, como fundamento del principio de culpabilidad por el hecho, pues este constituye, ni más ni menos, que la carta magna del delincuente.⁽¹³¹⁾

De aquí que detrás de todo esto se esconda una necesidad insoslayable: el que el Derecho penal sea un Derecho penal de culpabilidad, como garantía de la limitación de la intervención estatal en la esfera jurídica de los particulares, en lugar de un Derecho penal de peligrosidad, que supone graves consecuencias para la dignidad del ser humano como persona.⁽¹³²⁾

posible. Mas la libertad es una mera idea, cuya realidad objetiva no puede evidenciarse de ninguna manera por leyes naturales ni por lo tanto, en ninguna experiencia posible. Por tanto y dado que la libertad de voluntad no puede ser demostrada por leyes naturales, ella existe, ciertamente, sólo debido a su dignidad. Esto es, rechazando los argumentos de quienes, pretendiendo haber obtenido la ciencia de las cosas, declaran que la libertad es imposible. En este sentido, según sentó el Ius Cæsarum de toda la legislación penal (Cfr. Manuel Martí, Fundamentación de la Metemúsica de las Costumbres, pp. 55, 61, 63, 64, 66).

(131) - En este sentido, véase también: La Libertad del Derecho Penal, p. 107.

(132) - Como es sabido, el Derecho Penal de culpabilidad parte de la reprochabilidad de las acciones libremente escogidas (responsabilidad por el hecho) y supone un límite para la pena que no puede ir más allá de la prisión, en cambio el Derecho Penal de peligrosidad, negando la culpabilidad de las acciones

Capítulo 3

CRITICAS AL TRADICIONAL FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD

3.- CRITICAS AL TRADICIONAL FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD

Tal y como lo hemos visto hasta ahora, la culpabilidad se plantea tradicionalmente como una culpabilidad de voluntad y constituye la reprochabilidad de la decisión libremente elegida. Sirve, asimismo, de fundamento y límite de pena (134), la cual adquiere así, en gran medida, un sentido retributivo (como compensación de la culpabilidad) y un marcado tinte de desvalor ético-social (135).

Empero, los cuestionamientos a la culpabilidad libre-albedrista y a la pena retributiva, no han faltado desde que se sentaron las bases del Derecho penal moderno; por ello, en lo que sigue, trataremos de dar cuenta de aquellas más renombradas posiciones críticas.

3.1 LA ANTIGUA CRITICA DEL POSITIVISMO ITALIANO

La Escuela positiva del siglo XIX fue la primera en atacar sistemáticamente las bases que sustentaban al

(134) Véase Jescheck, Tratado, p. 568.
(135) Y sobre el sentido de la retribución no debemos de abundar aquí; basta señalar que modernamente se ha matizado un tanto su acento negativo (como mero castigo al hecho culpable) para entenderse como retribución justa al hecho culpable (cfr. Hroch, Kaufmann, la Misión del Derecho penal, p. 128) o como respuesta proporcional al injusto distributivo (cfr. Jescheck, Op. Cit., p. 82). De cualquier modo, su gran tinte de desvalor ético no ha podido ser abandonada.

derecho penal de la época, una de cuyas piedras angulares lo constituía el libre albedrío. Fue Ferrri, quien más duramente enfiló la artillería en contra de la que él mismo bautizó como la "Escuela clásica del Derecho penal".

Para Ferrri, el razonamiento según el cual el hombre posee el libre albedrío o la libertad moral que presupone que "él puede querer el bien o el mal y en consecuencia, si escoge el mal es responsable de su elección y debe ser castigado por ella", no puede ser aceptado por la escuela criminal positiva por dos razones: "la primera, que la fisiopsicología positiva ha anulado completamente la creencia en el libre albedrío o libertad moral. La segunda, es que aún aceptando este criterio de la responsabilidad individual, se encuentran, cuando se quiere aplicar a cada caso particular, dificultades teóricas y prácticas inabarcables y se deja el campo libre a una multitud de subterfugios, como consecuencia de falsas deducciones sacadas de los nuevos e incontestables datos que suministra el estudio del hombre criminal" (Cfr. Enrico Ferrri, Sociología Criminal, p. 31).

Para el autor, la conciencia que tenemos de ser libres de querer una cosa mejor que otra es una pura ilusión originada en que nos falta la conciencia de los antecedentes inmediatos, una fisiológicos o psíquicos de la deliberación que precede a la voluntad (ibid, p. 45) . . . la voluntad no es otra cosa que la síntesis abstracta de los actos volitivos que hemos realizado, y por lo tanto, no existe una voluntad, como ser sustancial en sí mismo, que exista de tiempo en tiempo, ordenada "volitivas"

(ibid., pp. 10, 11).

De aquí entonces que el autor sostenga que "no existiendo libre arbitrio o voluntad libre, no hay tampoco responsabilidad, culpabilidad o imputabilidad moral" (ibid., p. 65). La Escuela positiva niega que la sanción social dependa de la condición de libertad de voluntad y por consecuencia de culpabilidad moral, como sostiene la ciencia criminal clásica y con ella la legislación penal (ibid., p. 72) . . . se deberá evolucionar la idea de que la sociedad castiga una falta moral para vengarse a sí misma, o bien para dar reparación al derecho lesionado, o para ejercer un acto de justicia distributiva; ella llena únicamente una función de defensa, de preservación, en la que no entra ningún resentimiento . . ." (ibid., p. 79).

La defensa social, por tanto, no puede pues aceptar a la pena, sino que la sustituye por la medida de seguridad, que "está exclusivamente en función del estado del sujeto, de su forma de ser, de la forma de vida que lleva y no en función de lo que hizo" (ibid., p. 195).

Ahora bien, si la función defensiva de la sociedad no puede justificarse por la responsabilidad moral del individuo, "no quedan más que dos soluciones posibles: a) negar esta función a la sociedad, o b) justificarla por el principio de la responsabilidad social" (ibid., p. 82).

Sobre esta responsabilidad social el autor nos dice: "Los actos del hombre pueden serle imputados, y es, por lo tanto, responsable de ellos, porque vive en sociedad" (ibid., p. 92). No es, pues, porque el hombre tenga una libertad

moral, o libertad ideal o una libertad relativa de hacer, por lo que es jurídicamente, es decir, socialmente responsable de sus acciones; sino que lo es únicamente porque desde el momento en que vive en sociedad, cada uno de los actos produce efectos individuales y además sociales que repercuten de la sociedad sobre el individuo que actúa Por el sólo hecho de vivir en sociedad, debe sentir y soportar sus efectos, que serán útiles o buenos para él si su acción ha sido útil o buena para la sociedad, y que serán en cambio dañados o malos si su acción ha sido perjudicial o mala para la sociedad (ibid., p. 93). Esto equivale a decir, y es la primera afirmación sobre la cual se funda un criterio positivo de la responsabilidad, que todo hombre es siempre responsable de cualquier acción antijurídica realizada por él, únicamente porque y en tanto vive en sociedad" (ibid., p. 94).

De las anteriores tesis de Ferris, derivan varias consecuencias fundamentales: primero, la exclusión del principio de culpabilidad como fundamento y límite de la pena, y segundo, la admisión de criterios substitutivos para fundamentar la intervención penal, tales como la responsabilidad social y sobre todo la temibilidad después concebida como peligrosidad. La responsabilidad social vendría a sustituir al principio de culpabilidad y la peligrosidad, ofrecería un concreto criterio de medición de la reacción penal y la intensidad de la defensa social, a través de medidas asegurativas habría de depender del grado de probabilidad de que el sujeto cayera de nuevo en el

delito) (135).

La aplicación de las ideas de la Escuela Positiva al campo del Derecho Penal, con independencia de sus importantes consecuencias en ámbito criminológico, habría de desembocar directamente en un derecho penal de autor o de peligrosidad, con todas las consecuencias negativas que ello entraña (parcial o total alejamiento del principio de legalidad, subjetivismo en la cuantificación de la peligrosidad, "tratamiento" lesivo para la dignidad humana, y desproporción con el hecho).

Sin embargo, las propuestas positivistas -con contadas excepciones- no fueron recogidas en puridad por las legislaciones positivas, llegándose a lo sumo a una solución de compromiso en lo que concierne al tratamiento para los imputables por medio de medidas de seguridad, que luego se aceptaron como complementarias de la pena en el caso de imputables.

Esto fue posible en gran medida gracias a que la Escuela Clásica no había teorizado lo suficiente sobre la medida de seguridad y pasaba la unidad del enajenado o del menor de cierta edad, en la falta de una voluntad libre,

lo que no parecía totalmente satisfactorio (137).

(135) Véase sobre esto Vid. J. M. Pina, Derecho Penal, pp. 102, 103; Juan Bautista, Manual, p. 363.

(137) El hecho, no más que eludir que allí los Derechos penales de corte eminentemente clásico contenían ciertas consecuencias jurídicas meras, todas no lo suficientemente teorizadas- que bien podrían consistir en un antecedente de la medida de seguridad. En el caso del depósito en caso de contención para el tiempo de la pena convenientemente con tal que nunca pase de la edad de 20 años y que se someta a

En cambio, la Escuela positiva se opone a la distinción que ello suponía entre sujetos imputables responsables y sujetos imputables no responsables, pues aún los enajenados o los menores no aparecerían como menos peligrosos que los demás. De aquí que se buscara reemplazar los conceptos de pena y culpabilidad por los de medida de seguridad y peligrosidad. Sin embargo, como dijimos, este camino extremo no fue seguido, optándose por la llamada "doble vía" del derecho penal (178).

3.2 LA CONCEPCION POLITICO-CRIMINAL DE VON LISZT

El pensamiento de von Liszt bien podría situarse, en principio, como una vía intermedia entre el determinismo y el indeterminismo, si bien esto no supone a secas la adopción de una postura eclectica o conciliante como la propugnada por la Tercera Escuela Italiana. Sus implicaciones

los menores de 17 años que hubieran padecido un deterioramiento y que se encontraran por el hecho de su edad establecido en el artículo 114 del Código Penal para el Estado de Venecia de 1805. El Código Penal italiano de Castro de 1871 contenía también disposiciones similares para los menores de 9 años o los menores de esa edad pero mayores de 14 años que hubieran cometido un crimen grave, a los cuales se imponía en un establecimiento de educación correccional por un máximo de seis años, en el caso de la imbecilidad de sus progenitores o por la gravedad del hecho (arts. 157 y 159), contemplaba también el internamiento en hospital, para los locos o dementes, cuando no hubiera garantía suficiente de sus cuidadores o si aun con ella no se asegurara el interés de la sociedad (art. 160).

(178) Véase, por ejemplo, Soriano, *Penal*, pp. 115, 117.

van mucho más allá, pues a diferencia de sus colegas italianos, Liszt no pareció contentarse con establecer una expresa diferencia metodológica entre Derecho Penal y Criminología y con adoptar algunos planteamientos eclécticos derivados de esa dicotomía (así, por ejemplo, la negación del libre albedrío, que no impide, en cambio, la distinción entre imputables e imputables); por el contrario, su preocupación persistente residió en la unión de la dogmática jurídica, en un nivel superior, con ciertos principios y directrices provenientes del estudio científico del crimen, que él denominaba la "Política Criminal". La inquietud de Liszt por la política criminal, no tan patente en la también llamada Escuela Ecléctica Italiana, constituyó, pues, su sello, característico y la diferencia esencial con aquella (139).

(139) > Sobre el planteamiento general y metodológico de la Tercera Escuela, representada fundamentalmente por Carnevale y Allena, vid. Luis Rodríguez Manzanera, Criminología, pp. 245, 246 y ss. (lib. 2º), Introducción a las Bases del Derecho Penal, pp. 105 a 107. En lo particular, puede verse la obra de Allena citada en la Bibliografía, especialmente las págs. 15 a 21, en donde se refiere a la función asignada a la Sociología y Antropología Criminales (prevención indirecta) y al Derecho Penal (prevención directa) y representadas, ambas, que se consideran como ciencias autónomas e independientes, pero coordinadas en su fin último: el estudio del delito y del delincuente y la defensa social, págs. 100, 140, en donde señala que el Estado no tiene el derecho de castigar por castigo, sino sólo el de defenderse "la cosa debe aliviar el mérito de la defensa social con el mérito de cumplimiento individual" hasta el grado de la nueva defensa de Ferrero, págs. 185 a 187 y 189, en donde alude a la función de la pena "contra del delincuente de la defensa social (prevención delictiva)" y págs. 185, 189, 190, en donde afirma que la diferencia entre imputables e imputables reside en que los primeros son imputables (coadyuvables psicológicamente) por la pena y los segundos no lo son porque fundamentalmente la psicopatología criminal son independientes del libre albedrío.

Para Liszt, el Derecho Penal cumple con funciones específicas y bien determinadas. En principio, parte de la idea de que el Derecho en general sirve a la protección de intereses jurídicamente protegidos (bienes jurídicos) y que el Derecho penal en lo particular "tiene como misión peculiar la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena . . ." (140).

Empero, la pena carece en Liszt de un sentido retributivo; su función es únicamente preventivo-general (a través de la amenaza de pena y su posterior concreción en el caso concreto) y, muy particularmente, preventivo-especial, ya que "actúa sobre el criminal mismo", ya sea intimidándolo, corrigiéndolo o inculicándolo, lo que lo lleva a plantear que la pena debe adaptarse siempre a las necesidades del caso particular (141) y a inclinarse por la condena indeterminada (142).

Pero a pesar de ello, Liszt concluye que de todos modos el Derecho Penal es un Derecho de protección de intereses (143), por lo que le asigna funciones muy concretas. Por un lado y en cuanto a la pena de prisión, desde un aspecto puramente técnico-jurídico y basándose en la legislación, generalizaciones ideales de los delitos y las

(140) V. Offr. Franz von Liszt, Tratado de Derecho Penal, T II, pp. 6 a 9.

(141) V. Offr. v. Liszt, Tratado de Derecho Penal, T II, pp. 8 y 10.

(142) V. Offr. Ibid., p. 27.

(143) V. Offr. Ibid. Supra.

penas hasta formar un sistema cerrado de proposiciones (144) (función exclusivamente técnico-jurídica de la ciencia del Derecho Penal (145)), y, por el otro, la de servir como límite infranqueable de la libertad individual, que no puede ser abandonada sin protección al interés general, lo que constituye una función político-criminal de la mayor importancia. "En este sentido aparece la ley penal como la magna carta del delincuente. Impide que el peligro social suplante a la culpabilidad individual, evite la exageración de la idea correccionalista llegara a ser tan funesta a la conciencia jurídica de la población entera y, por tanto, a la vitalidad del Estado, como lo sería una dureza desconsiderada respecto al delincuente de ocasión o de una crueldad brutal respecto al incorregible. La idea finalista se limita y protege por sí misma. Nunca parecería oportuno poner el medio por encima del fin" (146).

Desde esta perspectiva, el autor reconoce la necesidad del Derecho penal, no sólo como ciencia, sino también como límite de la prevención, lo que no quiere decir que acepte su fundamentación sobre la base del libre albedrío.

Liszt era un determinista. "La controversia sobre el indeterminismo del lado de allá, que postula el libre albedrío para el dominio de la fe, situado más allá de la conciencia humana, no tiene por consiguiente, para el derecho

(144) Véase, Liszt, Tratado I, p. 6
(145) Véase, Liszt, Tratado I, II, p. 73
(146) Véase, Liszt, Tratado I, II, p. 28

penal más importancia que la que podía tener la creencia en la inmortalidad del alma o en un Dios personal" (147)), al que sin embargo, no preocupaba tomar partido en la polémica, pues el fundaba la responsabilidad no en la libertad de elección, sino en la facultad de motivación normal de las representaciones normativas (148).

Esto lo explica Liszt al desarrollar su concepto de imputabilidad, misma que entiende como aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente; es decir de determinarse conforme a las normas de la conducta social. "En este sentido la imputabilidad puede definirse como la facultad de determinación normal. Por consiguiente es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, cuya conciencia no se halle perturbada. El contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones constituyen la esencia de la imputabilidad". Con ello concluye Liszt que el concepto de imputabilidad (en cuanto se fundamenta en la motivación normal de las representaciones) es independiente de la hipótesis del libre albedrío (149), (150).

(147) - Cfr. Liszt, *Introducción*, T II, nota 23, p. 27.

(148) - Cfr. Liszt, *Introducción*, T II, pp. 36, 37.

(149) - Cfr. *Ibid.*, *Introducción*, pp. 385, 396 y 397.

(150) - Similar fundamento de la responsabilidad penal ajeno al libre albedrío, es el de la intimidabilidad, sostenido por juristas italianos de la *Scuola Scudola* como Imbelloni, Alimena, Canaleale y Trovini "Según esta teoría la pena tiene una función únicamente intimidadora, pues como sobre las personas que, por ser ajenas, de madurez mental, son en su mayor parte intimidables la imputabilidad, pues, coincide con la intimidabilidad propia de la acción propia de los hombres

Liszt aseguraba que el empleo consciente de la pena, como una arma de lucha contra el crimen, resultaría insuficiente e imposible sin un paralelo examen científico en su aspecto real y exterior y en sus causas interiores que se deducieran de los hechos, a través de la criminología o etiología de la criminalidad (150).

sanos y psíquicamente maduros" (Cfr. Maggioni, Derecho Penal, p. 494).

La idea de Liszt de que el fundamento de la responsabilidad reside en la facultad de determinarse normalmente por las normas, es posteriormente aceptada por la mayoría de los críticos de la culpabilidad. Este supuesto también se comparte por un filósofo y teórico del derecho como Kelsen, quien curiosamente lo utiliza no para ponerse más allá de la disputa, sino precisamente para demostrar que la conducta humana se encuentra determinada y no es libre. Kelsen razona que "si el supuesto de que sólo la libertad del hombre, es decir, el hecho de no estar sometido a una ley causal, hace posible la responsabilidad y, por ende, la imputación atribuida, se encuentra, empero, en abierta contradicción con los hechos de la vida social. La promulgación de un orden normativo que regula la conducta humana, fundándose en la cual fundamento pueden establecerse imputaciones, presupone justamente que la voluntad humana, como cuanto es así regulado, es causalmente determinable y, por tanto, que no es libre". El argumento según el cual los niños, los enfermos psíquicos y los que cohen bajo una fuerza mayor se ven exculpar de culpa de que no tienen una libertad de voluntad, no queda aceptado. En realidad, esta irresponsabilidad se debe a que "los niños y los enfermos psíquicos no pueden, en razón de la constitución de sus conciencias, ser motivados causalmente mediante la representación de normas jurídicas, o por lo menos, no suficientemente, al desenvolvimiento de la conducta adecuada". En lo que concierne a los adultos, quienes se exculpan de responsabilidad cuando están bajo una "fuerza mayor", el autor comenta que si bien todas las conductas se encuentran causalmente determinadas, en estos casos se trata de casos excepcionales que la ley establece, por rebasar el tipo de hombre medio y al tipo medio de circunstancias bajo los cuales los hombres, causalmente determinados, actúan (Cfr. Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, pp. 107 a 117).

(150) Cfr. Liszt, Tratado de Criminología, p. 12.

Por otra parte, destacaba la necesidad de que entre el Derecho Penal (dogmático, rígido, invariable) y la viviente realidad de la práctica criminal y penal (siempre variable), hubiera una solución de continuidad que llenara el vacío existente. Este vacío sólo podía llenarse por la política criminal, a la que concebía como el conjunto "sistemático de principios garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito por medio de la pena y sus formas de ejecución" (152).

La política criminal apoyada como exigencia metódica en una investigación causal del delito y la pena, es decir, en la criminología y la penología, estaba llamada a la crítica de la legislación penal vigente a la luz de la observación de sus resultados y a la proposición de las bases para la reforma del Derecho Penal actual (153).

Finalmente concluía que la política criminal no aspiraba a sustituir al Derecho Penal, como la sociología de Ferri, sino a marchar a su lado (154).

Los esfuerzos de Liszt por construir una Ciencia del Derecho Penal total, cuyo vertice estaría coronado por la política criminal, hubieron de quedar soterrados largo tiempo, pues la aparición del concepto normativo de la culpabilidad con el consecuente abandono de las tesis de Liszt - hubo de suponer, como vimos, una vuelta al

(152) C. ibid., pp. 100 y 102.
(153) C. ibid., pp. 100 y 102.
(154) C. ibid., pp. 100 y 102.

clasicismo que aquel pretendió superar (155).

3.3 LA CRITICA ACTUAL DE LA DOGMATICA JURIDICO-PENAL

Durante los últimos tiempos y en particular desde mediados de los sesentas, los planteamientos en contra del libre albedrío han continuado mas allá de la Escuela Positiva, no para plantear una vuelta al determinismo, sino para sustituir o complementar a la culpabilidad con otro tipo de principios (156), en lo que puede considerarse como la continuación de la tradición reformadora de Liszt.

La influencia de Liszt en el movimiento internacional de reforma del Derecho penal -que supone no sólo la revisión del principio de culpabilidad, sino de sus mismos fundamentos politico-criminales- es más que evidente en los textos de quienes se han dedicado a impulsarlo. Ya Roxin, en un artículo dedicado expresamente a comentar la influencia de este autor en la concepción politico-criminal del Proyecto Alternativo (157), ha expresado que la tendencia de conjunto del proyecto y, con él, del nuevo movimiento de reforma, se ha caracterizado por destacar de modo más fuerte la

(155) V. Sobre la evolución del pensamiento de O. Liszt, es importante ver a G. von Puig, Introducción a las Leases del Derecho Penal, pp. 216 y 227, y, complementariamente, Zaffaroni, Manual, pp. 256, 257.

(156) Cfr. Juan Eustasio Ramírez, Manual, p. 364.

(157) V. Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1966 (Proyecto Alternativo de Código Penal, Parte general, 1966).

prevención especial a costa de la idea de compensación de la culpabilidad y de la prevención general. "Con lo que se impone por sí misma la pregunta de si Franz von Liszt, que pese a ser nuestro más gran autor de política criminal fue desterrado en la postguerra al mausoleo del recuerdo histórico, puede celebrar ahora cincuenta años después de su muerte una victoria tardía; y, por tanto, si la reforma, cuyo comienzo científico debe fijarse en el 'programa marburgués' de Liszt, ha alcanzado tras casi cien años de rodeos fracasados la meta que Liszt le marcó. Hace treinta años, cuando Liszt parecía 'muerto' y sin posibilidad de resucitar' preguntaba Radbruch presintiendo algo posible: 'Pero, soportara ese espíritu inquieto yacer tranquilamente en la tumba bajo la losa de la fama histórica con la que se le ha cubierto cuidadosamente?. ¿No resucitara de nuevo un día sin que nos demos cuenta y se paseara entre nosotros con influencia viva?' De momento aun podemos dejar, precavidos, la respuesta en el aire, pero algo es seguro: que el PA está en la línea histórica que se remonta a Franz von

Liszt (1880).

1980. - (v. Ciudad Excm. Franz von Liszt y la concepción política-criminal del "proyecto" alternativo, en "Problemas Jurídicos del Derecho Penal", pp. 37-38, el artículo de referencia se publicó por primera vez en 1969).

Destacada esta influencia -no muchas veces reconocida-, pasemos ahora a dar cuenta de las diferentes posiciones críticas del concepto de culpabilidad, cuya coincidencia se da especialmente en sus objeciones al libre albedrío. Un análisis arento de cada una de ellas nos permite distinguir tres tipos de posiciones: a) aquellas que niegan por completo el concepto de culpabilidad y lo sustituyen por otro tipo de criterio; b) aquellas que si bien sostienen una actitud discordante, mantienen, sin embargo el concepto de culpabilidad, pero mirado desde los fines de la pena y c) aquellas que, desde una visión crítica, sostienen también el principio de culpabilidad, pero intentando su complementación y revisión interna (159).

a) **Sustitución del concepto de culpabilidad.-**

Algunos autores, receptando las fuertes objeciones al fundamento libre-albednista de la culpabilidad, han propuesto su desaparición como categoría jurídica del delito, entendiendo que esta puede sustituirse por otros criterios reguladores de la pena. Son los casos de Ellscheid y Hassemer y de Gimbernat Ordeig.

Ellscheid y Hassemer, han propuesto la sustitución del principio de culpabilidad por un principio de proporcionalidad similar al vigente en Alemania para las medidas de seguridad (160), el cual también extiende, sírvete a su modo

(159) V. Sobre esta clasificación, vid. Juan Bautista, Iturriz, "Los delitos y las penas", pp. 665 y 666; y Berball, "Observaciones Críticas a las Reformas Penales Tradicionales", pp. 200 y 203.
(160) El artículo 6º del Código Penal alemán dice: "Artículo de Proporcionalidad de las medidas". "El no podrán imponerse penas o medidas de seguridad a los reos que no sean proporcionales a los hechos que se les atribuyen en el futuro, así como por el grado de peligro que supone el autor".

para limitar las interferencias estatales (161).

La crítica más extendida a esta teoría reside en el hecho de que de admitirse el principio de proporcionalidad, se reduciría drásticamente la protección hoy existente respecto de un eventual castigo superior. En efecto, la admisión del principio de proporcionalidad -ya existente en la que a medidas de seguridad se refiere- representa para la libertad del reo un ataque mucho más amplio que el que permite la punición basada en el principio de culpabilidad. Esto es porque la peligrosidad, a la que todo derecho de medidas debe ajustarse, queda fuera de juego mediante el principio de culpabilidad, que ha de ver al hecho y no al futuro, a la hora de medir la pena (162).

Gimbernat, por su parte, ha propuesto sustituir el principio de culpabilidad por el de necesidad de pena. El análisis de Gimbernat comienza con la afirmación de que la ciencia del Derecho Penal "ha subrayado siempre que la culpabilidad es presupuesto indispensable de la pena" y que se entiende "por culpabilidad el reproche que se hace al autor porque y aun más a Mauraco" se ha decidido por el mal a pesar de que carecía personalmente de la capacidad

(161) - Sobre la posición de Ellscheid y Massamer, vid. Roxin, El Desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo, pp. 13, 14; Walter Fennel, Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad, pp. 32 y 33; Roberto Bengali, Observaciones unificadas a las Reformas Penales Tradicionales, p. 267.

(162) - Cfr. Roxin, El Desarrollo de la Política Criminal, op. cit., p. 14.

de elegir el camino del derecho" (163).

De aquí enlaza que tanto críticos como dogmáticos estén de acuerdo en que el Derecho Penal sólo se justifica sobre la base del libre albedrío y que solo es imaginable y posible un Derecho Penal de la culpabilidad (164).

Sin embargo, se pregunta hasta qué punto la existencia del Derecho Penal depende del principio de culpabilidad y, en caso de no ser así, cual es el papel que toca a la dogmática desempeñar (165).

En principio, Gimbernat sostiene que no se puede profesar el principio de culpabilidad, pues aunque en abstracto existiera el libre albedrío (lo de que cualquier modo es imposible de demostrar), no se puede saber si una persona en situación concreta pudo haber optado libremente por el delito: ni un psicoanalista en años de constante esfuerzo apenas puede señalar los factores que determinan el comportamiento del analizado. ¿cómo va a poderlo hacer el juez en tiempo tan corto y no siendo un especialista? : la conducta depende de tantos elementos, que cae fuera de la posibilidad humana el abandonarlos y averiguar cómo ha actuado un hombre en el caso concreto. De aquí que

(163) Cfr. Enrique Gimbernat Ordeiz, Tiene un futuro la Dogmática del Delictual?, en Estudios de Derecho Penal, p. 187. Este artículo apareció también publicado en el volumen Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, y según lo señala el autor (p. 495) fue escrito en el verano de 1969.

(164) Cfr. las obras
1967 y 1968, pp. 100, 109

"pretender fundar el Derecho Penal en el (por lo menos respecto de cada delincuente concreto) indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla perdida de antemano . . ." (166)

De este punto parte Gimbernát para plantear que se puede renunciar al principio de culpabilidad -sin que ello implique dejar al ciudadano al arbitrio estatal- para sustituirlo por el principio de necesidad de pena. Según este principio, el fundamento y presupuesto de la pena no sería la culpabilidad, sino la necesidad político-criminal de prevención (general o especial) que de ella exista (167).

Gimbernát agrega que el "que la potestad penal no esté fundada en la retribución y expiación no significa ni mucho menos, como piensan los representantes del Derecho Penal de la culpabilidad, que con ello se abran las puertas a la arbitrariedad y que el estado pueda ejercer dicha potestad a su antojo. Un Derecho Penal no basado sobre el libre albedrío determina la gravedad de las penas del mismo modo que lo determinan, en lo fundamental, todas las leyes penales actualmente vigentes en el mundo, o saber, en primer lugar, sobre la base del valor del bien jurídico; en segundo lugar, estableciendo una ulterior distinción y castigando con mayor severidad no únicamente la lesión dolosa de un bien jurídico, que

(166) Véase, ídem, pp. 109-110.

(167) La teoría de Gimbernát no es, o más precisamente enunciada por el autor como "teoría de la necesidad de pena", ello sólo surge de la abstracción de su pensamiento, como se verá en las citas subsiguientes.

la culposa del mismo bien" (168).

Continúa diciendo que castigar con el máximo rigor todos los delitos, prescindiendo del distinto trastorno social que producen, es inadmisibile, en primer lugar, porque la pena no se puede aplicar demofradadora sino cautelosamente (de otro modo perderia su efectividad como medio de encauzamiento de las conductas) y en segundo, porque el rigor de la pena no puede aparecer como innecesario a los ojos de la comunidad, ni producir mas padecimiento del absolutamente imprescindible (169).

Ahora bien, la pena no solo se determina por la importancia del bien juridico, sino tambien por la circunstancia de comision (dolo, culpa o inculpabilidad). En este sentido, si la justificacion de la pena es su necesidad, castigar lo mismo el homicidio imprudente que el doloso seria un abuso de la potestad penal, ya que, dada la estructura del delito imprudente, con la elevacion de la pena no se conseguiria una disminucion de muertes culposas y desde el punto de vista social, el aumento de sufrimiento de los delinquentes imprudentes seria injusto. (170) Esto implica, pues, que tanto desde el punto de vista de la prevencion general como de la especial, no concuerda como necesario igual pena para el delito imprudente que para el doloso).

Finalmente, Goussennat expone el fundamento con el que fundamenta la exencion de pena para los irreputables, sin acudir para ello al criterio de la culpabilidad

168) < Ibid. p. 118
169) < Ibid., pp. 119, 120
170) < Ibid., pp. 121, 122, 124

por el hecho o por el carácter: "Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales o los menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario: pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. El sujeto normal distingue muy bien esos dos grupos de imputables -tal vez el progreso de las ciencias empíricas pueda segregarse en el futuro ulteriores grupos de los normales-; sabe que pertenece a otro grupo, y que a él si se le va a castigar si realiza un tipo penal; sabe pues, que la impunidad de aquellos no afecta la suya. Por ello en referencia de los sujetos "imputables" las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los "inimputables" quedan exentos de responsabilidad criminal" (171). (Se desprende, de aquí que no existe una necesidad preventivo general que justifique la pena para los imputables).

En un artículo posterior, que el propio Gimbernat reconoce, en cuanto modo como continuación del anterior, el autor introduce una diferenciación entre "sujetos motivables y no motivables" (¿dónde la pena?), lo que viene a constituir un criterio complementario de la necesidad preventiva de pena. En esta última es una referencia a necesidades sociales, la primera implica una referencia al sujeto.

(171) *Ibid.*, pp. 119, 120.

Parte aquí Gimbert de la aseveración de que de acuerdo con la doctrina dominante (y que no excluye a finalistas, causalistas y partidarios de la doctrina social de la acción) el imputable o el que invenciblemente desconoce la prohibición penal, no es reprochable, no es culpable, en virtud de que no tuvo oportunidad de optar de manera libre por lo injusto.-

El cree que este planteamiento es en esencia correcto, pero que en todo caso esta "inculpabilidad" no puede basarse en una distinción entre delincuentes "libres" y "no libres" en su actuar, sino entre delincuentes motivables y no motivables mediante la pena. (172)

Señala que de los conocimientos psicológicos de que disponemos, el Derecho Penal tiene muy en cuenta dos de ellos. El primero es la distinción psiquiátrica entre los perturbados mentales y los restantes (los "normales"). El segundo, que mientras que los "normales" suelen responder al estímulo del castigo, los locos reaccionan ante este con mucho mayor insensibilidad, con ello se parte del presupuesto generalizador (y por ello tal vez incorrecto) de que todos los no enajenados son accesibles al estímulo de pena.

Ahora bien, si se reconoce que el imputable tiene una escasa o nula "motivabilidad", debe aceptarse que la pena no supone para él ex ante, un factor inhibitor serio y que ex post, el método más adecuado para su readaptación no es el de la pena, sino el del tratamiento médico. Si a

(172) Véase Cfr. Enrique Gimbert, Ochoa, El Sistema del Derecho Penal en la Actualidad, en Estudios de Derecho Penal, p. 149 Este artículo apareció por primera vez en Octubre de 1971.

esto aunamos que la impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los imputables, se deberá arribar a la conclusión de que no existen razones ni de prevención general ni de prevención especial para imponerle pena. (173) (esto es la falta de una necesidad social y personal de prevención aconseja la exención de pena).

En lo que se refiere a la exención de pena para quienes obran en error inevitable de prohibición, el autor señala que como sucede con los imputables, también en ellos la pena carece de sentido. "Desde el punto de vista de prevención especial, no es preciso, mediante la ejecución de la pena, dado que la simple amenaza no ha sido suficiente, reforzar frente al autor el efecto inhibitorio de la prohibición del incesto o del hurto, vigorizar su voluntad de actuar conforme a Derecho, cuando el que ha delinquido ni ha despreciado el efecto inhibitorio de la prohibición (que no conocía), ni necesita que vigoricen una voluntad (la de actuar conforme a Derecho) que es precisamente la que tenía al realizar los hechos que el estimó perfectamente jurídicos". Tampoco existen razones de prevención general para imponer pena en estos casos, pues "lo que rige para los errados no es aplicable en absoluto a los conocedores", y estos últimos no pueden exigir ni alegar un trato igual al de aquellos. La amenaza de pena no se relaja frente a la comunidad. (174)

(173) - C.F., 1982, pp. 146 a 148.
(174) - C.F., 1982, pp. 147 a 151.

De la teoría de Gimbernat, resalta, finalmente, una consecuencia fundamental: el abandono de la idea de que la pena es una retribución por el hecho cometido, basada en el reproche que se hace a quien honestamente optó por el injusto. Con qué derecho podemos retribuir a la zona Gimbernat- si la sociedad toda es corresponsable de la falta realizada. La pena no retribuye nada, ni busca realizar la justicia; tiene la misión más modesta de prevenir delitos; como se dice en el proyecto alternativo de Código Penal Alemán: la pena es una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres (175).

(175) / Vid. Gimbernat. Tiene un futuro la Dogmática-Jurídico Penal?, pp. 115, 116.- Estas últimas reflexiones, palpables en todo el movimiento de reforma, se destacan especialmente por Luzón Peña, quien en un artículo denominado "Antinomias Penales y Ilusión de la Pena", intenta fundamentar, tanto desde el punto de vista político-criminal como dogmático, la exclusión de la retribución como fin o esencia de la pena y la aceptación de la prevención general y especial como únicos fines de la pena, utilizando para ello argumentos muy parecidos a los Gimbernat. "En cuanto al rechazo de la retribución, desde una perspectiva político-criminal se puede alegar lo siguiente. En su aspecto de retribución de culpabilidad es inaceptable, como señala Gimbernat, porque tal culpabilidad entendida como responsabilidad, presupone la existencia del libre albedrío, que es indemostrable. Ser, tampoco es aceptable, como la retribución del hecho injusto, es decir, el castigo. Hoy así, significa retribución concedida al injusto, por lo que la misión de la pena no es realizar la justicia, sino evitar delitos. Así, el castigo no interviene en lo posible la comisión de delitos. Tampoco, como Scholze en frase ejemplar, que fue luego recogida casi textualmente por el proyecto alternativo, con ello muy conocida, tampoco es un acontecimiento que atiende a la realización de la moralidad, sino una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos como son los hombres". Continúa diciendo Luzón que contra el argumento dogmático que alega que la única manera de establecer una proporcionalidad entre delitos y penas es acudiendo al criterio de la retribución, se puede oponer el hecho de que esta proporcionalidad es

Los reparos hechos a la proposición de Gimbernat, se centran fundamentalmente en el peligro que el criterio de "necesidad de pena" podría significar para ciertas garantías de la persona humana, pues, por un lado, se corre el riesgo de que aquella se aprecie de manera muy subjetiva (176) y, por el otro, que las desproporciones entre pena y hecho lleguen a ser muy dramáticas. Dada la exclusiva visión preventiva que antecorria su imposición (177)

perfectamente explicable partiendo únicamente de la prevención general. En efecto para que la pena pueda cumplir eficazmente su fin de encauzar conductas y evitar delitos, debe ser proporcional con el hecho. Finalmente el autor expone las razones político-criminales que justifican la prevención general y especial (encauzamiento de conductas, control social, evitación futura de delitos, protección de bienes jurídicos) y menciona algunos datos del derecho positivo que confirman la tesis de la prevención especial como fin de la pena (Cfr. Diego Manuel Luzón Peña, *Entinómicas Penales y Medición de la Pena*, pp. 177 a 181 y 208 y 209, (176) y *La Pena y los Delitos*, pp. 109 y 110, en el fin de la prevención de la pena y quedaria lo suficientemente claro el principio de culpabilidad establecido en la ley y la pena excesivamente larga, como si todo ello no se hace constar en la ley, se corre el peligro de que el juez confunda la prevención especial con la falta o falta de basidos leges al imponer la pena. "No aparece ninguna formulación legal que condene expresamente al delito, que la frase "la pena no puede superar la medida de la culpabilidad" sea por lo tanto una ley de rango superior. Ver el párrafo que precede a "precisión" de él" (Cfr. Rojo, *El Desarrollo de la Política Criminal*, pp. 14, 15).

(177) El hecho de ventilar, incluso para el caso de que desapareciera la culpabilidad como criterio regulador de la pena, y se introdujera el de su necesidad, se podría llegar a extremos "desproporcionados" si todos estos casos podían imponer penas muy elevadas o muy reves con relación al hecho-atendimiento o al delito ya sea de prevención especial o de prevención general. expresa Córdoba Aza en lo que se refiere a la inmoderabilidad y a la necesidad objetiva del peligro de la necesidad de pena reside en que, al ser justificada tal necesidad, podría darse el caso de imponer al culpable o al que produce un resultado mayor al prevenido, pena de lit

Se agrega también como crítica el que el criterio de la necesidad de pena no aparece como suficiente para explicar ni fundamentar ciertos fenómenos que se dan en la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición, estado de necesidad)⁽¹⁷⁸⁾, cosa que inicialmente aparece como cierta, pero que no resulta ya tan fundada a la luz del posterior criterio complementario introducido por Gimbernat, la distinción entre sujetos motivables y no motivables mediante la pena, que precisamente sirve a esos fines.

Roxin agrega que si bien Gimbernat abandona expresamente el principio de culpabilidad, a la hora de la medición de la pena llega al mismo resultado que con la culpabilidad, pero por caminos distintos: así rechaza, p. ej., en tanto que preventivamente inútil, la penalización del enfermo mental, un castigo severo a las acciones imprudentes (conduciendo al coloso) y el castigo atenuado de la mera puesta en peligro. Todo esto le parece acertado a Roxin, pues se corresponde con la idea de que la pena nunca debe ser más dura de lo que corresponde a la idea general de justicia. Sin embargo, la idea social de lo que es una pena justa (y que es independiente del problema filosófico de la culpabilidad y del tipo) al cual esta orientada hacia el

rietas a que Juan Córdoba es el que se refiere a la introducción de criterios "ajenos a la acción delictiva" con los cuales "fuerza la pena" ciertos delitos "por un de naturaleza preventivo general o especial". Cfr. Juan Córdoba Sosa, Culpabilidad y Pena, pp. 10, 44 a 52.

(178) Cfr. Córdoba Sosa, Culpabilidad y Pena, pp. 38 y 44 y Juan Bustos Mansueto, op. cit., p. 369.

grado de la culpabilidad. De aquí concluye Roxin que entonces Gimbernat viene a decir lo mismo que con el principio de culpabilidad y que únicamente en razón de una duda

epistemológica quiere evitar el término culpabilidad. (179)

En suma, de las anteriores objeciones a la teoría de Gimbernat, resalta la idea de que no parece aconsejable por el momento el abandono del principio de culpabilidad, pues no se conoce otra fórmula mejor que pueda conjurar los excesos de la prevención y la excesiva injerencia del poder punitivo estatal.

b) Culpabilidad analizada desde los fines de la pena (criterio extrínseco de determinación).

Dentro del movimiento de reforma, se destacan algunas tentativas destinadas no a eliminar el principio de culpabilidad, pero sí a interpretarlo desde los fines del Derecho Penal: tal es el caso de Claud Roxin y Günter Jakobs, quienes parten de una visión crítica de la culpabilidad basada en el libre albedrío y producen su fundamentación en criterios extrínsecos derivados de los fines de la pena (teoría funcionalista). (180)

La teoría de Roxin ha sido expuesta y desarrollada por el autor en diversos e importantes trabajos, a los cuales nos referimos a continuación.

(179) Véase Cfr. Claud Roxin, El Desarrollo de la Política Criminal..., pp. 14-15

(180) Véase Walter Perrino, Problemas Principales y Tendencias Actuales de la Teoría de la Culpabilidad, p. 36

En un primer estudio publicado en *Juristische Schulung* ("Formación Jurídica", 1966) y denominado "Sentido y Límites de la Pena Estatal", Roxin esboza la idea de que la culpabilidad no puede ser útil para fundamentar la pena (en el sentido de compensación de la culpabilidad), pues, como se sabe, aquello presupone la libertad de voluntad, cosa que -cogit conceden incluso los partidarios de la retribución- es indemostrable (181).

Sin embargo, esta hipótesis, que no podría fundamentar la pena (esta sólo se justifica cuando aparece como necesaria por razones de prevención general o especial), sirve en cambio para limitarla, pues de acuerdo con ella, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. De este modo, el principio de culpabilidad aparece no como el fundamento de la pena, sino como un medio imprescindible para limitar la intervención penal estatal, pues tiene la función de asegurar al individuo que el estado no extienda su potestad penal (en aras de la prevención general o especial) más allá de la responsabilidad que le corresponde a un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad.

(181) - Esta indemostrabilidad deriva, según Roxin, del hecho de que nuestras voces conocidas de los procesos microfísicos del cerebro nos impiden saber si realmente el hombre elige libremente frente a los factores de determinación, y de que, aun suponiendo en abstracto la existencia de esa libertad, sería prácticamente imposible demostrar que un hombre concreto, en esa precisa situación, estaba en actitud de obrar de otro modo. Cfr. Roxin, *Sentido y Límites de la Pena Estatal*, en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, pp. 13, 14.

Concluye pues, Roxin que debe quedar claro que mientras la medida de la culpabilidad por sí sola limita la pena, en cambio la culpabilidad por sí sola no puede fundamentar la pena. Una conducta culpable solo justifica sanciones juridicopenales en cuanto son necesarias por razones de prevención general o especial (182).

En un segundo trabajo, publicado en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista para la Ciencia total del Derecho Penal, 1969) y al que ya hicimos alusión (183), Roxin aborda el problema que, para la doble vía del Derecho penal, supone la fundamentación de la pena conforme al fin. "La doble vía de penas y medidas de seguridad se convierte en problemática con la idea de pena conforme a fin, porque si la pena no se propone de modo primario la compensación retributiva de la culpabilidad sino que en vez de eso persigue exclusivamente fines preventivos, en todo caso con ayuda de tal contenido ya no se le puede delimitar de las medidas, que sirven para los mismos fines. Sin embargo agrega que en List encontramos ya un criterio diferenciador (con independencia del fin basado en la normalidad motivacional que acaso existe en los imputados, pero no en los inimputables, agregando que "para comenzar judicialmente la existencia de esa

(182) Véase, Cfr. Art. 18, Sentido y Límites de la Pena Estatal, pp. 29 y 30.

(183) Véase, Cfr. el trabajo del trabajo, "Frank von List y la Concepción Político-Judicial de Proceder Alternativa", en Problemas Básicos del Derecho Penal.

motivabilidad normal es irrelevante concebirla como algo basado en la capacidad de libres decisiones de voluntad o concebirla como algo a su vez determinado". No obstante, Roxin observa que para Liszt en realidad no tenían especial significación los viejas y venerables doguetos, por lo que propone el siguiente criterio diferenciador: "a la sanción preventiva de una conducta socialmente insoporable la llamamos pena si esta limitada por el principio de culpabilidad, y medida de seguridad si lo esta por el principio de proporcionalidad. Así pues la diferencia estriba sólo en el tipo de limitación..." (1984).

En un tercer trabajo, aparecido en 1973 en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (Revista mensual para Criminología y reforma del Derecho Penal), e intitulado: "Reflexiones Político-Criminales sobre el Principio de Culpabilidad", Roxin retoma y desarrolla las ideas ya expresadas en *Juristische Schulung*. Comienza diciendo que el concepto de culpabilidad ha venido cumpliendo dos funciones prácticas que deben tenerse y valorarse de distinto modo. Una primera función es aquella que sirve para justificar la retribución como fin de la pena, pero como esta retribución se apoya en una hipótesis indemostrable de libertad de voluntad que legitima el mal que se impone, no puede sostenerse, pues tendría un efecto perjudicial para el delincuente, basado en un hecho no comprobado. La segunda función que cumple el concepto de culpabilidad tiene un

134) Cfr. Roxin, *op. cit.* supra, pp. 33, 34 y 50.

carácter opuesto: la culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal. Esta segunda función de la culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más allá de lo que corresponde a su culpabilidad.

De aquí que "el concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución al delincuente u debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función". Por ello la misión del Derecho Penal no puede consistir en retribuir la culpabilidad, sino solamente en la resocialización y las ineludibles exigencias de prevención general.

En cuanto a la culpabilidad como criterio regulador de la pena, dice Roxin: "que el principio de que la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad, sirve para limitar el poder de intervención estatal (o el se derivan una serie de garantías del Estado de Derecho) así el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que se vincula estrechamente con la función limitadora de la pena que tiene el principio de culpabilidad. Por otro lado, el principio de culpabilidad sirve para determinar el grado máximo admisible de pena, pues si bien en aras de la prevención general pudiera parecer conveniente una pena grave para el conductor ligeramente descuidado que produce un accidente, la vigencia del

principio de culpabilidad obliga también a poner una pena leve en caso de inmundicia simple, impidiendo así que se sacrifique la libertad del individuo en interés de la intimidación general. También en el ámbito de la prevención especial, la culpabilidad cumple una función de garantía. El que roba una bicicleta puede presentar síntomas de una grave alteración de la personalidad, aunque su delito no tenga la mayor importancia; aquí la prevención general aconsejaría un prolongado internamiento (hasta que "se adapte socialmente y pueda salir libre"), pero en estos casos también el principio de culpabilidad obliga a limitar la respuesta penal, conforme a la escasa importancia del delito.

Por tanto, esta función limitativa de la pena que tiene el principio de culpabilidad debe seguir manteniéndose, y, también, debe separarse el concepto de culpabilidad del principio retributivo con el cual se le cree indisolublemente unido, para emplearlo únicamente en el primer sentido (limitación del poder de intervención estatal).

Por otro lado, ni siquiera hace falta suponer que el legislador, al utilizar el grado de culpabilidad como límite del poder de intervención estatal, pronuncia un juicio sobre la existencia de la libertad de voluntad humana. No se trata de formular declaraciones ontológicas, sino de un postulado político-criminal dirigido a los jueces: "Deberis tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona capaz de una decisión autónoma y de responsabilidad plena", que su capacidad de motivación racional no está anulada por

perturbaciones psíquicas".

En cuanto a la frase, "la culpabilidad limita la pena, pero no la fundamenta". Roxin señala que es en efecto incorrecta desde el punto de vista lógico -según le objeto Lenzner-, pero que ello no afecta su esencia. "Exactamente debe decirse que la su culpabilidad es un medio de limitar sanciones juridico-penales, pero no de fundamentarlas, y que una sanción juridico-penal limitada por el principio de culpabilidad se llama pena".

Dice entonces Roxin que al tenor de estas consideraciones se debe tener como superado o irrelevante el problema de la libertad de voluntad, pues nadie puede negar que, al margen de esta polémica, el principio de culpabilidad cumple una función político-criminal de suma importancia: proteger al ciudadano de la potestad penal estatal, o sea de su intervención. (185).

En un cuarto estudio intitulado "Culpabilidad y Responsabilidad como categorías sistemáticas Juridico-Penales" y publicado en 1974 en Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hansel (Problemas Fundamentales de la Ciencia Total del Derecho Penal Libro - homenaje para Heinrich Hansel, el autor vuelve sobre la línea ya trazada, e introduce el concepto de "responsabilidad", en lugar del de "culpabilidad".

Por su parte, aquí, de una pregunta básica: ¿por qué

(185) - de Roxin, Ratia Jones político-criminales sobre el sentido de culpabilidad en Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, pp. 48 a 44, 46 a 50 y 54 y 55.

se le reprocha su conducta al autor?, y contesta que una solución ampliamente difundida es la representada por Welzel, quien basa la reprochabilidad en el poder obrar de otro modo. "Pero esta concepción tropieza con dificultades tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias. Se basa en una aceptación de una libertad de voluntad (o libre albedrío) que escapa a la comprobación empírica. El mismo Welzel concede que "la misma pregunta resulta sin sentido en este punto"

De cualquier modo, y aunque se quiera ignorar esta circunstancia, el elemento del "no poder actuar de otro modo" no aclararía nada en algunas causas importantes de exclusión de la culpabilidad, particularmente en el caso del llamado estado de necesidad disculpante, en el que el sujeto sí puede actuar de otro modo; por tanto, la disculpa no debe basarse en otras consideraciones, pues no puede explicarse bajo el argumento de la libertad de voluntad.

Por consiguiente debe seguir buscándose el concepto material de la culpabilidad, el cual Roxin cree que puede encontrarse en la idea de que los principios político-criminales de la teoría del tipo de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina culpabilidad.¹¹⁸⁵ Esta idea, según apunta el propio Roxin, fue primeramente expresada en su fundamental trabajo *Strafrechtssystem und Strafrechtssystem*, del cual hay traducción española.¹¹⁸⁶

¹¹⁸⁵ En este trabajo, fruto de una conferencia pronunciada en Berlín el 13 de Mayo de 1978, el autor no

concreto desde puntos de vista juridicopenales." Por ello lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista juridico penales quiera hacer responsable al autor de su actuación. Sin embargo, el autor reconoce que desde esta perspectiva, el termino "culpabilidad" ya no resulta muy adecuado para designar a esta categoría sistematica, pues habría que forzar mucho el lenguaje para equipar la culpabilidad a la necesidad de una sanción penal. De aquí que Roxin prefiera hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad⁽¹³⁷⁾.

Expresándolo resumidamente se puede exponer así este pensamiento: el injusto (tipo y antijuricidad) decide sobre el problema de si una conducta se ajusta o no a las reglas del Derecho penal y la categoría de responsabilidad (culpabilidad) responde desde puntos de vista politico-criminales a la cuestión de la necesidad juridico penal de sancionar en el caso concreto. Ésto último sólo puede deducirse partiendo de los postulados del fin de la pena.

Por lo que se refiere a la teoria del fin de la pena, Roxin indica que hoy se parte de la concepcion dominante de que sólo cabe imponer una pena cuando ello sea imprescindible por razones de prevencion especial o general.

(137) . Resulta interesante señalar aquí que también un autor como Mr. Gótz ha dicho que el término "culpabilidad" tiene ciertas resonancias moralizantes, por lo que sería preferible usar un término más neutro como "responsabilidad". Sin embargo, éste último opta por utilizar en su obra el término "culpabilidad" así bien por razones tradicionales (vid. J. Mr. Gótz, Derecho Penal, p. 189).

También los defensores de un Derecho penal de culpabilidad parten, pues, de la base de que la culpabilidad del autor es una condición necesaria, pero en modo alguno suficiente para imponer una pena. Si trasplantamos esta idea del fin de la pena a la categoría del delito que discutimos (culpabilidad-responsabilidad), encontraremos que aun en algunos casos en los que se comprueba la posibilidad de actuar de otro modo, ello no decide todavía sobre la punibilidad del autor, pues el legislador se ha preguntado además si político criminalmente (desde la óptica de la prevención general o especial) es necesario el castigo.

Esto lo aclara Roxin con un ejemplo: En el llamado estado de necesidad disculpante, si alguien realiza un tipo de injusto para salvar a una persona allegada, desde el punto de vista indeterminista habrá que reconocer que hay posibilidad de actuar de otro modo y que por tanto también hay culpabilidad. Pero a pesar de esto, el legislador deja impune la conducta por consideraciones político criminales que dependen del fin de la pena: desde la prevención especial la sanción es innecesaria porque el autor está totalmente integrado y sólo una extraordinaria situación lo ha empujado a esa acción; desde el punto de vista de la prevención general, tampoco se exige la pena dado la infrecuencia de tales situaciones y porque sencillamente sería difícil que un hombre medio en una situación así reflexionara sobre la norma y se pudiera motivar por ella.

Pero cuando el autor está en una situación especial, dentro de la cual la existencia de peligros propios de la

profesión es esencial para el funcionamiento del sistema (soldados, policías, bomberos, socorristas, etc.), el legislador cambia de opinión y por razones de prevención general no concede la impunidad.

De este modo la teoría del fin de la pena explica sin dificultad porque el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción pese al poder general de actuar de otro modo y pese a la culpabilidad que por sí existe porque, aun dando por supuesto la posibilidad de culpabilidad humana, hace depender la responsabilidad jurídico penal de consideraciones preventivas.

Continúa diciendo el autor que la fundamentación político criminal de la categoría de la responsabilidad partiendo de la teoría de los fines de la pena, no solo es adecuada para explicar sin contradicciones la ley positiva, sino también para solucionar mejor los problemas técnicos fundamentales del Derecho Penal. Con respecto a la imputabilidad y al error de prohibición incoercible, dice que ya ha expuesto GEBERNAT que la exclusión de responsabilidad se puede explicar exactamente igual por falta de necesidad de prevención que desde el punto de vista de la falta de culpabilidad. La no motivabilidad por la norma y la exclusión de necesidad de prevención general hace que resulte adecuada la renuncia a la sanción, con total independencia de si se le atribuye o no al hombre la capacidad de tomar de otro modo (aquí la polémica en torno al libre albedrío es totalmente irrelevante). Lo mismo sucede en los casos de estado de necesidad, pues aun quien afirma

que en tales casos se da el poder de actuar de otro modo (y e. la culpabilidad), tendrá que reconocer que la exclusión de responsabilidad se admite precisamente por la falta de necesidad de prevención especial o general. Así pues, llegarán al mismo resultado los deterministas y los indeterministas.

Por ello -concluye Roxin- la importancia de la culpabilidad no radica en la exclusión de la responsabilidad (que puede explicarse también e incluso mejor por la falta de necesidad de prevención), sino en que la medida de la culpabilidad pone un límite a las necesidades preventivas⁽¹⁸⁸⁾.

Finalmente, en un trabajo presentado en el Segundo Seminario hispano-germánico sobre la reforma del Derecho Penal organizado por la Universidad de Barcelona (1980), Roxin resume las tesis más importantes de las cuales partió el Proyecto Alternativo, del cual fuera importante redactor. Nos interesan aquí la tercera y cuarta tesis, que de algún modo sintetizan su pensamiento:

TERCERA TESIS: La restricción en decir el grado de culpabilidad, no constituye el fin de la pena y no puede legitimar la imposición de una pena. La imposición de una pena puede basarse exclusivamente en necesidades de prevención.

(188) - Cfr. Roxin, "Culpabilidad y Responsabilidad como Categorías Sistemáticas", *Jurid.Revistas*, en "Problemas Básicos del Derecho Penal", pp. 307 y 309, 309 y 313, 314 y 315. (Este trabajo también se publicó en el volumen "Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal", pp. 60 a 67, 73 a 74 y 76 y 77).

general o especial".

" CUARTA TESIS: Pese al abandono de la retribución, hay que seguir conservando el principio de culpabilidad. En cualquier caso, la culpabilidad es condición necesaria, aunque no suficiente, de toda pena. La función político-criminal del principio de culpabilidad reside en la limitación del poder estatal y en la distinción entre pena y medida de seguridad. Es decir, el principio de culpabilidad representa una toma de posición respecto al sistema de doble vía"⁽¹⁸⁹⁾.

En lo que ve a Günther Jakobs, su análisis parte de la consideración de que la culpabilidad sólo puede estar determinada por el fin ("la relación entre culpabilidad y finalidad sólo puede ser de manera en que el fin tiñe la culpabilidad"), pues, para este autor, una culpabilidad en Derecho Penal no debe ser inútil al Derecho Penal, sino que tiene el deber de servir a las necesidades del mantenimiento de un orden.⁽¹⁹⁰⁾

De aquí que Jakobs afirme que el objeto de su investigación sea llegar a demostrar que "la culpabilidad está determinada por el fin y por tanto la culpabilidad misma y no una responsabilidad desprendida"⁽¹⁹¹⁾ (con esto -según Sustorff- se hace una velada crítica a Roxin). Tal fin no es otro que el de la prevención general, no en el sentido

(189) V. Cfr. Roxin, El Desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo, en Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, p. 6.

(190) V. Cfr. Günther Jakobs, Schuld und Prävention, a. 7.

(191) V. Cfr. Jakobs, Op. Cit., p. 8.

de intimidación, "sino de ejercicio de fidelidad al Derecho" (192), agregando que, "ni hay primariamente una socialización o intimidación del autor o de otros, sino una prevención general en el sentido de garantía de aquellas expectativas, cuya energía de desengaño el ordenamiento necesita para su conservación" (193).

Jakobs, sin embargo, aclara que este concepto de culpabilidad no es ningún bosquejo para el futuro, sino una tentativa para llegar a obtener una interpretación de la situación actual tal como se muestra. Ello lo lleva a extraer una consecuencia obligada: "El fin contraído no puede llegar a limitar la culpabilidad, pero la culpabilidad, contraída en el fin, funda la pena" (194).

Con ello Jakobs implícitamente reconoce que el fin contenido en la culpabilidad no puede ser útil para limitarla, pues ciertamente el fin aprehendido sólo podrá circunscribirse cuando se alcanzan aquellos fines que no están contenidos en la misma. "La culpabilidad como derivación de la prevención general sólo limita la prevención especial requerida por la pena..." (195). Esto, pues, implica la admisión de que la culpabilidad así planteada, carece de un elemento de limitación propio.

(192) v. *Ibid.* Jakobs, *Op. Cit.*, p. 10.
(193) v. *Ibid.* Jakobs, *Op. Cit.*, p. 24.
(194) v. *Ibid.* Jakobs, *Op. Cit.*, p. 32.
(195) *Ibid.* Jakobs, *ibid. supra.*

Walter Perron agrega que este autor, partiendo de una teoría sociológica-sistemática, ve la tarea de la sanción penal en la demostración a la generalidad, por cuenta del infractor, de que la norma infringida continúa siendo válida (prevención general positiva). La culpabilidad en este sistema, tiene la tarea de fijar si el autor es un sujeto apto para esta demostración o si el puede ser distanciado de la antinomicidad de su acción sin que la generalidad cuestione, por ello, la continuación de la validez de la norma infringida. 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, o bien, en sentido contrario, de cuantas de sus particularidades distorsionantes está dispuesta a tolerar. Ya no se trata de un reproche ético individual orientado a la capacidad personal del autor, sino de una imputación externa de responsabilidad orientada a necesidades sociales. (1964).

Bustos, finalmente, añade que la diferencia entre Roxin y Gótzke reside en que, mientras el primero reduce la culpabilidad a una categoría formal, más bien mantenida por razones tradicionales, el segundo vincula la determinación desde el fin de la culpabilidad misma, con el objeto de darle algún contenido esencial ("sólo el fin da contenido al concepto de culpabilidad") (1977). Este fin, como vimos, no es

(1964) - Cfr. Walter Perron, Problemas Principales y Tendencias Actuales de la Teoría de la Culpabilidad, pp. 33, 34.

(1977) - Cfr. Bustos, Manual de Derecho Penal, p. 367.

otro que la prevención general.

Las teorías funcionalistas han sido criticadas por diversos autores. Resumiremos aquí las objeciones de Bustos, Muñoz Conde y Ferron, por ser particularmente específicas.

Bustos señala que la pretensión de Roxin de fundamentar la pena en criterios extrínsecos como la prevención general o especial, no esta exenta de desventajas, pues bien se puede plantear desde un punto de vista de prevención general que la pena es necesaria para los inimputables y de que, así mismo, desde la óptica de la prevención especial, podría suceder que para un imputable no sea necesaria la pena y si para un inimputable (con ello se acerca a la crítica de Córdoba Roda -pp. 39 ss.- a la necesidad de pena); por otra parte, señala que difícilmente se puede entender, salvo con un salto en el vacío, que la culpabilidad pueda ser limitante de la pena, sin ser al mismo tiempo su presupuesto y, por tanto, fundante, o al menos base de su imposición específica. Con esto, recepta la crítica de Landinier, criticada por el propio Roxin- en el sentido de que si la culpabilidad es limitante de la pena, igualmente debe ser también su presupuesto. En cuanto a Jakobs, Bustos encuentra que en general se le pueden hacer las mismas críticas que a Roxin en lo que se refiere a la prevención general, pero además en razón de los conceptos que él mismo da: esto es, el determinar la culpabilidad en forma preventiva, dependiente, luego, el castigo no en razón de una compensación de culpabilidad, sino para la mantención

del ordenamiento, lo cual nos devuelve a un carácter eminentemente retributivo del derecho penal, muy semejante al de Carrara. Si la pena es compensación del desorden, su medida va a ser la medida del desorden, con lo que no se avanza demasiado y deja a la culpabilidad sin una base de limitación propia, al ser su contenido la prevención general (198).

Perron agrega que la idea de Jakobs de que la culpabilidad se basa en las necesidades sociales de pena, no puede ofrecer ningún medio para comprobar realmente cuáles son esas necesidades en el caso concreto. "En la práctica, una tal inteligencia de la culpabilidad llevaría a seudofundamentaciones de los juicios de los tribunales, por lo menos tan dudosos como las de la teoría tradicional de la culpabilidad. Además es dudoso que el derecho deba aceptar completamente sin crítica todo desarrollo de la sociedad o más bien deba estimular el cambio de las actitudes individuales y sociales" (199).

Muñoz González indica que el error de Roxin reside en tapar las deficiencias y ensalsar las virtudes del viejo y obsoleto concepto tradicional de culpabilidad, en lugar de redefinirlo y dotarlo de un nuevo contenido para que pueda servir al mismo tiempo de fundamento y límite de la pena (en este sentido, entiendo que el esfuerzo de Roxin queda a medio camino). Por otra parte, señala que la función

(198) Cfr. Juan José Rosas, *Manual de Derecho Penal*, p. 367, 368.
(199) V. Perron, *Op. Cit.*, p. 31.

protectora que Roxin asigna al principio de culpabilidad, no es tan amplia como pudiera pensarse, pues en todo caso sólo sirve para proteger a los autores culpables, pero no para los inculpables o incapaces de culpabilidad, quienes quedarían abandonados al poder de intervención estatal. De aquí que considere que "la medida, como la pena a la que sustituye, tiene que estar limitada de algún modo. Y parece lógico que estos límites deben ser en principio, los mismos que tiene la pena". (200)

Agrega Muñoz Conde que en todo caso la separación tajante entre culpabilidad (como límite) y prevención (como fundamento), resulta disfuncional en un Derecho Penal preventivo, pues tarde o temprano sus exigencias contrapuestas nos llevarían a elegir entre una u otra alternativa. Observa también que la tesis de Roxin de que la culpabilidad constituye el límite máximo de la pena, debe aceptarse con ciertas reservas, pues ese tope máximo no está dado exclusivamente por la culpabilidad, sino, fundamentalmente, por los límites señalados en la ley, de aquí se desprende que lo que no puede sobrepasarse es el límite máximo del marco penal correspondiente al delito, y ello no por imperativo del principio de culpabilidad, sino del de legalidad, que es el que fija los límites dentro de los cuales se puede mover el arbitrio judicial. (201)

(200) V. Offr., Paez, Muñoz Conde, en su introducción a: Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal de Claus Roxin, pp. 37 y 38.

(201) V. Offr., Muñoz Conde, *Ibid.*, supra, 35, 36, 39 y 31.

Con independencia de estas objeciones, en parte justificadas, es de toda evidencia, sin embargo, que el gran mérito de las teorías funcionalistas radica en haber puesto de manifiesto que el fundamento de la pena no reside exclusivamente en la culpabilidad del hecho libremente elegido, pues en ciertas ocasiones su imposición depende de consideraciones preventivas que le son ajenas.

De este modo, las teorías funcionalistas pueden explicar perfectamente por qué no se impone pena en los casos de estado de necesidad exculpante, en donde, según la teoría tradicional, todavía existe un cierto grado de culpabilidad; ello se debe a que, de acuerdo con la teoría de los fines de la pena, no existe, en esa específica situación, una necesidad preventivo general o especial que lo justifique⁽²⁰²⁾.

La posibilidad de "renuncia a la pena", contemplada en el Código Penal Alemán e introducida no tan recientemente en la legislación penal Mexicana, constituye otra evidencia cierta de que la imposición de una pena no depende, en todos los casos, de la constatación de la culpabilidad.

Así, el artículo 33 de nuestro Código Penal Federal, reformado el 30 de diciembre de 1983, señala que "cuando el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, que pudieren notoriamente innecesarias e irracional

⁽²⁰²⁾ Véase Walter Ferraz, op. cit., p. 37.

la imposición de una pena privativa o restrictiva de la libertad, el juez podrá prescindir de ella "; por su parte, el artículo 60 del Código Penal Alemán establece: "Cuando las consecuencias del hecho han alcanzado a su autor de modo tan grave que la inflicción de una pena resultaría evidentemente errada, el tribunal podrá prescindir de la pena. Este precepto no se aplicara cuando el hecho apareje para su autor la aplicación de pena privativa de libertad por más de un año ".

De estos dos preceptos se deduce claramente que, al margen de la culpabilidad existente, se faculta al juez para renunciar a la pena cuando es notorio que no existe una necesidad de ella: con ello se renuncia a agotar la medida de la pena ajustada a la culpabilidad, de acuerdo con postulados de prevención especial, dentro del marco de la prevención general⁽²⁰³⁾, lo que viene a confirmar el aserto de las teorías funcionalistas.

(203) Véase sobre el particular, vid. Günther Stratenwerth, Tendencias y posibilidades de una reforma del Derecho Penal, p. 310 y Winfried Hassemer, La renuncia a la pena como instrumento político criminal, pp. 314, 315, 317 y 323.

C) Criterios intrínsecos de una determinación revisada de la culpabilidad.— Los autores que sostienen tales posiciones parten también de la crítica a las bases tradicionales de la culpabilidad, esto es, el libre albedrío y su carácter de reproche ético, pero tratando de dar una nueva fundamentación interna que justifique la intervención punitiva; cabe destacar entre ellos a Córdoba Roda, Mir Puig, Juan Bustos, Muñoz Conde y Günter Stratenwerth.

1. Culpabilidad y necesidad de pena (Córdoba Roda).— El análisis de Juan Córdoba Roda parte del contenido tradicionalmente asignado a la culpabilidad ("Juicio de reproche cuyo presupuesto es el poder del sujeto de adaptar su conducta a las normas de derecho"). Luego de su estudio, concluye que dincilmente puede la culpabilidad apoyarse en tal presupuesto, pues "las ciencias del comportamiento no permiten certar la afirmación de que al sujeto le fue posible evitar la comisión del delito, por la razón de que el dar constancia de la libertad de actuación de un individuo en una situación concreta rebasa los límites de lo científicamente factible". A esta razón, agrega una segunda que habla en favor de la primera: "las características propias de la administración de la justicia penal conllevan un alejamiento —bajo ciertos puntos de vista— de tiempo, de posibilidades percibidas —entre el juez y la acción cometida, que contribuya en muy poderosa medida a la referida imposibilidad" (204).

204) — Cfr. Córdoba Roda, Culpabilidad y Pena, pp. 23 y 24.

En consecuencia, Córdoba encuentra que sería procedente la renuncia a la pena, con independencia de la culpabilidad del hecho, en todos aquellos casos en que dicha sanción deje de ser necesaria. " En términos generales una tal renuncia puede manifestarse, o en la inexecución total de la pena, o en una disminución de esta por debajo del marco fijado por el principio de adecuación entre el desvalor del acto y la gravedad de la sanción. . . (Si bien) la eliminación de la culpabilidad como exigencia de la acción dogmática del delito y su sustitución por el requisito de la necesidad de pena, no puede, a nuestro juicio, ser aceptada. . . absolutamente correcto resulta, en cambio, el postular. . . el que la pena deje de ser impuesta en todos aquellos casos en que resulte innecesaria; esto es, el introducir la necesidad de la pena como una exigencia adicional a la culpabilidad "(208).

Apunta también el autor, que si bien es efectivamente imposible que el juez compruebe positivamente que el acusado estuvo en posibilidad de actuar de modo distinto, ello no debe de ser obstáculo para que el juzgador excluya o atenué la responsabilidad penal si es que se constata que al momento del hecho el sujeto no podía efectivamente actuar de otro modo, o bien que tenía disminuida dicha capacidad(209).

De aquí que concluya que por " una exigencia impuesta por la necesidad de lograr una mayor justicia penal sea necesario, a los efectos de la determinación

(208) > Ibid., p. 55 y 56.
(209) > Ibid., p. 56.

de la responsabilidad penal, tomar en consideración las variaciones experimentadas en el poder del sujeto de actuar conforme a derecho, en el momento de la comisión del delito" (210).

Como puede observarse, Córdoba Roda cree imposible que el juicio de culpabilidad pueda fundarse en el indemostrable poder de obrar de otro modo, pero a pesar de ello considera necesario conservarlo por razones garantistas (con lo que se acercaría a Roxin), si bien atemperando su rigor a través de la renuncia o atenuación de la pena por razones preventivas o derivadas de la exclusión o disminución de ese poder. Con ello, el autor reinterpreta el sentido del poder de obrar de otra manera, para presentarlo no solo como el justificante positivo de la pena, sino también como un principio restrictivo y garantizador, que a la vez puede servir para excluirla. Sin embargo, Bustos se pregunta si ello no significa de todos modos introducir de alguna manera la discusión entre libre albedrío y determinismo, aunque sea en forma muy velada (211).

2.- Culpabilidad, normatividad motivacional y necesidad de pena (Mir Puig).— Santiago Mir Puig, al igual que Juan Bustos, es de los pocos autores que ha desarrollado una completa teoría de la culpabilidad, al

(210) Véase *ibid.*, p. 78.

(211) Véase Juan Bustos, *Manual*, p. 269.

margen de los fundamentos prevaicentes de manera mayoritaria; frente al tradicional fundamento material de la culpabilidad (libertad de voluntad y poder actuar de otro modo), el estimo como preferible la siguiente definición, que incluye sus elementos formales: " Existe culpabilidad cuando el autor de un hecho antijurídico actúa en condiciones de motivabilidad normal, lo que sucede si no es inimputable (enajenado, menor de 15 años, sujeto a una alteración en la percepción desde la infancia que altere gravemente su conciencia de la realidad, o sujeto que actúa en trastorno mental transitorio) ni obra en una situación de no exigibilidad (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante). Ni el dolo ni la imprudencia afectan a la culpabilidad, sino al tipo de injusto" (R212) (no debe extrañar que el autor no incluya aquí al conocimiento de la antijuricidad como elemento formal de la culpabilidad, pues recuérdese -nota R3- que para él, este elemento forma parte del dolo, pero no del injusto).

Respecto del fundamento material de la culpabilidad y el principio de culpabilidad, el autor nos dice que pueden fundarse por distintos campos. El primero sería acudiendo al expediente tradicional de la libertad de voluntad o del " poder actuar de otro modo ", según el cual la causas que excluyen la culpabilidad derivan de la imposibilidad del autor de actuar de otra forma. Empero, nos obstaculos opone Mir a esta concepción de la culpabilidad: " por una parte,

(212) - Cfr. Santiago Mir Puig, Derecho Penal, p. 466.

resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de la causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa. Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como un mero producto mecanicista, es razonable pensar que si se halla determinada, en cambio, por la concurrencia de los distintos factores, en parte normativos, que concurren en el proceso de motivación racional con arreglo a sentido: la disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluir, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional y en definitiva no puede dejar de decidirse por el motivo que según su modo de ser - del que no es libre - en el momento concreto e irrepetible le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea. Si esto es así, o por lo menos no hay posibilidad de probar científicamente que no sea así, no cabe fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo. (213).

Continúa diciendo el autor que desde una concepción preventiva de la pena cabe una segunda posibilidad: buscar el fundamento de la culpabilidad en la necesidad de pena que existe ante los sujetos normativos, pero acaso deje de concurrir en aquellos que se sitúan en alguna de las causas de exclusión de la culpabilidad. En favor de esta construcción, Pirataga, siguiendo a Gumpert, que el

(213) Véase GFR Pir. Proc. Penal, Penal, pp. 471 a 473; véase también el mismo, Función de la Pena y Teoría de delito en Estado Social y Democrático de Derecho, pp. 93 y 94.

castigo de los inculpables no es necesario frente a la colectividad (prevención general) por que esta no lo exige ni se escandaliza por la impunidad de aquellos; por otra parte, frente al inculpable, la pena tampoco es necesaria por razones de prevención especial, ya que de concurrir peligrosidad cabe acudir a medidas de seguridad más apropiadas que la pena (214).

Sin embargo, Mir observa que el criterio de la necesidad de pena sería incompleto si no pudiera responder al porque precisamente la sociedad no se escandaliza por la impunidad del inculpable, ni cuestiona que a ellos se impongan medidas de seguridad. La respuesta que da es la siguiente: el inculpable es en realidad un sujeto no motivable mediante normas. Empero, agrega enseguida que una afirmación tan radical como la del " poder actuar de otro modo " pudiera ser objeto mismo de objeción de ciertas objeciones, pues acaso no sea exacto que los imputables no sean motivables normativamente, ni que quien actúa en situación de peligrosidad pierda necesariamente la capacidad de atender la llamada de la norma: lo que sucede es que en estos casos la norma no puede desplegar la intensidad suficiente que normalmente **posee**, lo que supone una decisión que no es producto de un proceso de motivación normal. De aquí deriva que el límite máximo de la punible sea lo exigible a un hombre normal.

Por eso no se castiga a quienes actúan en una situación en

214) Véase, por ejemplo, Derecho Penal, 2.ª Parte y Fundamen. de la pena, p. 99.

la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad), y no se castiga a los inimputables por que extender a ellos la conminación penal en su situación de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales, supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente para a los inimputables por encima del que se impone "al hombre normal" (215).

De lo anterior, el autor extrae la consecuencia de que, entonces, el fundamento de la culpabilidad no puede derivarse sin más de la "naturalidad de las cosas" (no cabe castigar al inculpaible porque no puede actuar de otro modo, o, como corre peligro de darlo a entender la teoría de la no motivabilidad normativa, por que no puede ser motivado en absoluto por la norma), sino de un momento normativo esencial: en un Estado Social y Democrático de Derecho no se considera justo llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad. (del pensamiento del autor debe extraerse que actúa sin culpabilidad aquel que, por anomalías de la situación o de su persona, no puede motivarse por la norma según le sería exigible a un hombre normal). De aquí entonces que la falta de culpabilidad sea el límite normativo de la pena (216).

El autor agrega que el hecho de que la culpabilidad constituya un límite normativo que se impone a la posibilidad de prevención, no significa que cuando la culpabilidad falta,

(215) - Cfr. Mir Puig, Derecho Penal, pp. 478 y 479 y Función de la pena, p. 98, 99 y 100.

(216) - Cfr. Mir Puig, Derecho Penal, p. 478 y Función, p. 98.

desaparezca también la necesidad de pena; lo que pasa es que la culpabilidad representa el límite normativo⁽²¹⁷⁾.

Finalmente, Mir nos dice que " la exigencia de culpabilidad, como límite de la prevención, reduce a sus límites imprescindibles la utilización del delincuente al fin de protección de los bienes jurídicos "; esto es " haciéndole responder sólo por los hechos que le pertenecen en cuando motivación normal "⁽²¹⁸⁾.

Es indudable que la teoría de Mir Puig arroja consecuencias interesantes en aras de una construcción dogmática alejada de las bases tradicionales. Sin embargo creemos que, si bien la ausencia de pena en los casos de motivación anormal podría explicarse satisfactoriamente como un supuesto de falta de punición por inexistencia de culpabilidad, queda latente la idea de que no todos los casos de exención de pena quedan cobijados bajo tal argumento, pues, por ejemplo, la "renuncia a la sanción", constituye un claro indicio que esta no se determina siempre por la falta de culpabilidad, sino, a veces, por la ausencia de una necesidad objetiva de pena.

3.- Culpabilidad y responsabilidad (Juan Bustos).- El análisis de Juan Bustos, parte de la afirmación de que es necesario superar la discusión entre partidarios del libre albedrío y deterministas, pues - y aquí ⁽²¹⁹⁾ ibid. Zapacho Penal, pá. 477, 478 y Fandiño, op. cit. pá. 101, 102. ⁽²²⁰⁾ ibid. por, pá. 3. Introducción a las Bases del Derecho Penal, pá. 158, 159.

cita a Carlos Pérez - " las dos tendencias ignoraron o desecharon la realidad del sujeto en el mundo. . . El libre albedrío se refiere a un HOMBRE - en mayúsculas -, como un ente de cualidades generales absolutas, luego fuera de tiempo y lugar, y por irreal, metafísico. . . El determinismo, por su parte, se refiere a un hombre - en minúsculas - atado a una causalidad ciega, concebida esta también dogmáticamente, como no discutible e inalterable; luego también fuera del tiempo y del espacio. . . El libre albedrío permite reprochar, apostrofar al hombre su maldad, y con ello estigmatizarlo y separarlo de los buenos. El determinismo permite dividir entre normales y anormales, y con ello también estigmatizar y separar al anormal de los normales. Ambas tendencias en el fondo son, pues, marcadamente individualistas, y en verdad reniegan del hombre como tal (1919)

De aquí que el autor plantea que para determinar el contenido de la culpabilidad (que no se puede derivar de criterios extrínsecos o de salidas falsas como el libre albedrío) sea necesario partir no del individuo, así como en el injusto no de la acción, sino del individuo en sociedad: el hombre solo puede ser comprendido en cuanto vive en sociedad; sin embargo, Éstos entiende que una determinación tan amplia y vaga no puede servir todavía para fundamentar la culpabilidad y que en ese sentido, no basta entonces la afirmación de Ferrn de que el hombre

(1919) - Cfr. Juan Bustos, Manual, . . . pp. 371, 372.

responde sólo porque y en tanto vive en sociedad. El punto de partida - afirma el autor - no puede ser, pues, sino el hombre en sociedad, pero no así en forma vaga, sino el hombre concreto que se vincula en una relación social concreta; esto es, el hombre no como un simple sujeto de la relación social, sino como un actor, que cumple un determinado papel asignado, pero realizado por él. El hombre no es entonces un simple sujeto de la relación social, sino además actor. Luego, desarrolla en ella un papel, que es dado tanto por la relación social misma, como por la sociedad toda, pero en el que interviene además con todas sus potencialidades; hay una constante interacción y vinculación entre los actores y demás circunstancias de la relación concreta y la sociedad toda. Ahora bien, como actor de una relación social concreta, lo que caracteriza al hombre en el curso de la historia del desarrollo de las relaciones sociales, es que toma conciencia de su papel. Es el acto consciente lo que le permite desempeñar un papel, el que lo eleva sobre la necesidad, el que le ha permitido su desarrollo social. Pero este acto consciente es un acto social, dentro de la relación social; de ahí que sus características físicas, biológicas y psíquicas, han que considerárlas primeramente en su dimensión social. Un ser de un hombre abstracto, sino dentro de una relación social. En la medida en que el hombre es un actor dentro del proceso social, es que el hombre pueda responder de su actuación, por su papel, por lo realizado. Sólo así el hombre tiene capacidad de respuesta. En capacidad de responder no es de carácter

abstracto ni metafísico, sino en razón de la conciencia concreta dentro de una relación social concreta⁽²²⁰⁾.

Continúa diciendo Bustos, que si la conciencia del hombre es el producto de un proceso o de una relación social, entonces la culpabilidad no puede plantearse como un reproche, ni como la posibilidad de obrar de otra manera, ni tampoco se puede decir que el hombre es un ser determinado y, por tanto, sin conciencia. Si el hombre es actor, esto es, que desempeña un papel y, por tanto, alcanza conciencia de él, entonces es responsable: culpabilidad es responsabilidad. "El hombre responde entonces por su comportamiento; por la conciencia de él, ese es fundamento y límite de la reacción social que se ejerce sobre él, pero esa conciencia está dada socialmente, y por eso también responde la sociedad toda" (221).

Por tanto, indica Bustos que la libertad del hombre no es el poder de obrar de otra manera, ni su determinación por el bien, sino su conciencia dentro de la relación social (lo que le abre infinitas posibilidades) y que por ello, la actividad del individuo no es tampoco una determinación causal dentro de un simple mecanismo naturalista⁽²²²⁾.

Ahora bien, si para Juan Bustos el hombre es corresponsable de sus acciones sociales, ¿cuándo estará

(220) / Cfr. Bustos, Manual, ... pp. 373 a 376.

(221) / Ibid., p. 376.

(222) / Ibid., p. 376.

exento de asumir la responsabilidad que deriva de sus actos? En términos generales, el autor plantea que ello sucede cuando la conducta no aparece como socialmente exigible, ya por la imposibilidad de representarse el injusto, ya por las condiciones concretas en que se encontraba (no exigibilidad de otra conducta). Los inimputables tampoco responden, pero no porque no puedan obrar de otro modo, sino por que su conducta social es incompatible con el modelo general. En consecuencia su responsabilidad ha de enjuiciarse conforme a reglas propias (223).

De aquí que el autor prefiera hablar de "elementos de la responsabilidad" y de "causas de exclusión de la responsabilidad", en lugar de elementos y causas de la culpabilidad.

La teoría de Juan Bustos, estructurada en torno a la responsabilidad del hombre concreto, tiene, a mi entender, el gran mérito de haberlo situado en un entorno (la sociedad), frente al cual tiene el deber de afrontar la responsabilidad que deriva de sus acciones: no se trata de saber si es o no libre o si esto o no determinado, se trata de una corresponsabilidad social que todo hombre tiene que asumir dentro de los límites que la propia sociedad marca. Sin embargo, si el hombre es el producto desigual de una sociedad desigual que no brinda a todos las mismas expectativas, no le cabe a esta - como dice Bustos - el derecho de apostrofarlo o de estigmatizarlo, sino sólo el de

1223. - *Ibid.*, pp. 247, 256, 288.

hacerlo responder de sus acciones negativas en beneficio de todos.

4.- La culpabilidad como frustrada expectativa de un comportamiento adecuado a la norma (Muñoz Conde).- Luego de plantear sus objeciones a Roxin, Muñoz Conde va directo a señalar que no es buscando tapan las deficiencias del viejo y obsoleto concepto tradicional de culpabilidad, como narra de lograrse superar el empantanamiento existente. Mas bien, es el concepto mismo de culpabilidad el que debe de ser redefinido y dotado de un nuevo contenido, a efecto de que pueda cumplir, sin ficciones o forzamientos, su función de limite y fundamento del poder punitivo del Estado. Para ello reafirma el autor - bastaría con desarrollar un concepto de culpabilidad capaz de acoger en su seno la finalidad preventiva que anima a todo el derecho penal⁽¹²⁴⁾.

En principio - nos dice el doctrinista - debería empezar por reconocerse que la culpabilidad no es un concepto individual, aislado, que solo afecta al autor del injusto, sino a brebe todo un concepto social, o sea una culpabilidad en referencia a los demás.

(124) Cf. Cfr. Francisco Muñoz Conde en su Introducción a Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal de Claus Roxin, pp. 26, 27.- La introducción referida aparece también publicada, en separado, en Cuadernos de Política Criminal (No. 10, 1988), bajo el título "Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal". Las citas corresponden a la primera fuente.

Es la sociedad la que define los límites de lo culpable o de lo inculpable⁽²²⁵⁾. Por tanto - Continúa Muñoz Conde -, es preciso reconocer que el fundamento material de la culpabilidad no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de un modo distinto (ficción generalizadora, imposible de verificar en el caso concreto y, por tanto, científicamente insostenible). Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motive con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos haceres posibles, que es precisamente el que la norma penal prohíbe con la amenaza de pena. De aquí entonces que la "motivabilidad ", la " capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas ", la " posibilidad de motivación por normas " debe ser el fundamento material común de la culpabilidad. Cualquier alteración esencial de esta facultad deberá determinar la exclusión o, si la alteración no es muy importante, la atenuación de la magnitud de la atribución. Lógicamente la fijación de este fundamento material no puede hacerse anacrónicamente, sino que debe tomar en cuenta las necesidades preventivas sociales. Los límites para reaccionar frente a las exigencias normativas los fija la sociedad.⁽²²⁶⁾

Continúa diciendo el autor que un Derecho Penal de culpabilidad concebido en el sentido expuesto, tendría desde

⁽²²⁵⁾ Véase, p. 48.
⁽²²⁶⁾ Véase, pp. 37, 38, 39, 39.

luego, una misión filosóficamente más modesta, pero social y políticamente más importante: "brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con un mínimo costo de represión y de sacrificio de la libertad individual" (227).

Agrega que en este sistema la pena adecuada a la culpabilidad podría también cumplir perfectamente su función preventiva general, pues si se entiende que los límites de la punición son fijados por las exigencias sociales, resultaría entonces que la pena adecuada a la culpabilidad es al mismo tiempo la pena idónea desde el punto de vista preventivo general. "A partir de ella se pueden cumplir también las funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de ayuda o, en todo caso, de no desocialización del delincuente. En la medida que sean compatibles con las exigencias preventivas generales, estas necesidades preventivas especiales pueden hacer bajar la pena hasta límites realmente muy atenuados, suspender la ejecución de la misma substituir un tipo de pena por otro, etc. Todo ello son necesidades necesarias en gran parte ya afortunadamente en casi todas las legislaciones penales modernas. Incluso en el país en que se condenaba el terrible fantasma del Derecho Penal preventivo se ha convertido en la mejor garantía de efectiva coacción criminal de las normas penales y de su máximo de libertad individual" (228).

(227) Ibid., p. 35, 36.

Por todo ello Muñoz Conde va directamente a una redefinición de la culpabilidad: "declaración de frustración de una expectativa jurídico-penal de una conducta determinada que posibilita la imposición de una pena" (229).

La teoría de Muñoz Conde, como se observa, se encuentra íntimamente relacionada con la idea de la prevención general como fin primario del derecho penal y en ella la culpabilidad juega el papel de límite de lo exigible a cada sujeto y la pena "justa" es la socialmente exigible, de donde deriva que prevención y culpabilidad estén armónicamente equilibrados (1).

No cabe duda que el planteo es interesante, pero no hay que olvidar que los límites punitivos no los fija propiamente la sociedad, sino el legislador. El peligro sería entonces que éste no fuera un buen interprete del sentimiento social y que por ese u otros motivos facilitados, por ejemplo, llevara la prevención general demasiado lejos.

En lo que ve a la redefinición de la culpabilidad como una expectativa frustrada de un comportamiento adecuado a la norma la dificultad reside según observa él mismo, en que los conceptos de expectativa y frustración son demasiado vagos, pueden aplicarse a todos los presupuestos del delito y resulta difícil justificar la aplicación de algo tan grave como la pena fundándose en una expectativa o una frustración (230).

(229) Esta tesis es expuesta por el autor en un artículo suyo publicado en alemán denominado "Der neue materielle Schuldbeginn" sobre el concepto material de la culpabilidad. La cita es de Juan Estrella Mansueti, p. 203.

(230) Cfr. Buntz, Manual, p. 370.

5) Culpabilidad y Política Criminal

(Stratenwerth).— Las reflexiones de Günter Stratenwerth en torno al problema que ahora nos ocupa, no se dirigen propiamente a estructurar un nuevo concepto de culpabilidad o a criticar desde algún prisma el vigente sistema del Derecho Penal (en este sentido y como apunta Eusebi, Stratenwerth es quizá quien más débilmente pone en revisión el concepto de culpabilidad (231); más bien se trata de una evaluación de la crítica que otros dirigen al concepto tradicional de la culpabilidad y de lo que, en su opinión, puede esperarse en el futuro para la mencionada categoría sistemática.

Lo fundamental aquí en su trabajo *Die Zukunft des Strafrechtlichen Schuldprinzips* (El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad), en donde el autor ofrece tal decir de Eusebi una síntesis del estado que guarda la actual discusión de la doctrina alemana sobre el principio de culpabilidad (232). Sobre esto, Stratenwerth apunta que los nuevos desarrollos y sus tendencias están encaminados a eliminar la protección dominante del principio de culpabilidad entendido en el sentido tradicional de poder operar de otra manera, es decir como un reproche moral, y que, aunado por todos lados aparecen puntos de vista vinculados a la prevención, lo que significa un tratamiento racionalmente controlado de la pena como presupuesto de toda

(231) Véase, Luzán Eusebi, El futuro del Principio Penalístico y Social, *Ciebsa*, 1974, in: *Márgine de un Contributo a Günter Stratenwerth*, p. 245.

consideración (233).

Pasa enseguida a hacerse cargo del intento de interpretar el principio de culpabilidad a partir de los fines del Derecho penal o de la pena, adoptando que desde este punto de vista nuestro interés deberá dirigirse preferentemente a la cuestión de si es posible deducir los elementos o presupuestos de la culpabilidad positivamente a partir de fines preventivos (234). A este respecto, el autor encuentra que difícilmente podrá fundamentarse la culpabilidad en criterios preventivo-generales, pues si el principio de culpabilidad debe tener por lo menos la significación de un correctivo de las exigencias preventivas, no podrá fundamentarse en las exigencias de la propia prevención, sino en otras consideraciones que quedan fuera (235) (con ello critica a Roxin en cuanto a la tesis de Jakobs de que la culpabilidad es sólo un producto del proceso de atribución de un comportamiento, le parece al menos dudosa, pues si la autonomía se considera capacidad en la medida en que ello resulta adecuado a la finalidad, no puede entenderse porque la exculpación debiera limitarse a aquellos autores que en principio fueran susceptibles de tratamiento (236).

(233) Véase, infra, Straatenwerth, El Futuro del Principio Jurídico-Penal de Culpabilidad, p. 103.
(234) Véase, infra, Straatenwerth, *ibid.* supra. El autor hace hincapié aquí en el presupuesto "positivo" de la culpabilidad, pues la circunstancia de que a partir de la teoría de la finalidad de la pena pueden explicarse algunas de las razones de la culpabilidad, le parece en realidad poco convincente. *Id.*, p. 110.
(235) Véase, infra, Straatenwerth, El Futuro del Principio Jurídico-Penal de Culpabilidad, p. 112.
(236) Véase, *ibid.* supra, p. 112 - 117.

Menos convincente le parece todavía el intento de explicar el requisito de culpabilidad por medio de consideraciones preventivoespeciales, pues, en su opinión, la falta de pena para quien actúa sin culpabilidad y es peligroso, no deriva de su innecesariedad desde el punto de vista preventivoespecial, sino de la falta de los requisitos positivos de imputación que se ligan a la culpabilidad (237).

Afirmado que el requisito de la culpabilidad no puede explicarse desde puntos de vista preventivos, pasa Stratenwerth a referirse a la cuestión más amplia y radical de si no habría que prescindir completamente de la culpabilidad y reemplazarla por otros criterios, como especialmente el de proporcionalidad . . . (238). Sobre esto, encuentra que la mayor objeción reside en la dificultad que supondría el hallar el criterio adecuado para determinar la proporcionalidad de la sanción, pues si bien en principio ello debería basarse en consideraciones preventivas, a la hora de concretizar este pensamiento, se chocaría con obstáculos insalvables (entre otros, la dificultad del pronóstico, en caso de adoptarse un criterio preventivoespecial, o la pérdida de proporción con el hecho, en el supuesto de guiarse por la prevención general) (239).

Por todo ello, Stratenwerth concluye que el principio de culpabilidad afirma su independencia, pues las consideraciones preventivas no permiten interpretarlo

237) Véase Stratenwerth, Op. Cit., supra, pp. 116 - 118.

238) Véase Stratenwerth, Op. Cit., supra, pp. 118.

239) Véase Stratenwerth, Op. Cit., supra, pp. 118 - 119.

suficientemente ni son capaces de reemplazarlo; pero, por otra parte, admite que es imposible desconocer que también la culpabilidad se encuentra configurada por mas o menos amplios elementos de política criminal, lo que obligara en lo sucesivo a una determinación mas precisa del grado de influencia que estos alcanzan en aquella configuración (240).

Este le parece a Stratenwerth el camino correcto, pues entiende que "la dogmática chocará de ahora en adelante con los límites que no pueden superarse con sus medios tradicionales. Intrasistematicamente, es decir, sin salir del principio de culpabilidad, no es posible explicar las limitaciones que rigen para la exclusión de la culpabilidad en los casos de incapacidad de culpabilidad o de error de prohibición"; para ello, señala, habría que acudir, indefectiblemente, a los motivos político criminales que influyen en la conformación de la teoría tradicional de la culpabilidad (241).

Por último, el autor vincula la cuestión del futuro del principio de culpabilidad con el contexto más amplio del desarrollo social. En este respecto advierte que en lo que a nuestra época le concierne, deberíamos aceptar que el comportamiento delincente será tratado todavía mediante la aplicación de la pena y que mientras haya pena, el principio de culpabilidad resultara imprescindible; sin embargo, repunter, es de esperarse una transformación en su significado que hará cada vez mas difícil explicar la lesión

(240) V. WIG. *Ibid.*, supra, p. 121.
(241) V. *Ibid.*, supra, p. 122.

de las normas con la mera referencia a la culpabilidad y a la explicación, pues hoy es ya conocido el completo de causas que dan origen al comportamiento desviado. Valdría más, por ende -agregar-, elaborar más claramente los fundamentos político-criminales que están en juego en toda imputación a título de culpabilidad y que implican la explicación de los mecanismos de elaboración de los conflictos sociales (242). Por otra parte, añade que no sólo se modificará la medida, sino también el carácter de las sanciones jurídico-penales, que estarán dirigidas primordialmente a la resocialización (243).

Concluye, finalmente, con el señalamiento de que lo característico de los tiempos modernos sería la regulación de los conflictos sociales a través de fines racionalmente verificables, entendiendo, bajo aquel concepto, "el intento de rendir cuenta, en forma tan abierta o sincera como sea posible, tanto del conglomerado de causas de que surgen los conflictos, que se expresa en la lesión de normas sociales de conducta, como de la forma en que la sociedad reacciona frente a tales lesiones normativas". (244).

De la línea del pensamiento de Stratenwerth, resalta, pues, una tendencia marcada que busca salvaguardar la autonomía de la categoría sistemática de la culpabilidad, no sólo como medida, sino también como fundamento de la pena (en este sentido, se aplica en el

(242) - Cfr. Stratenwerth, *Op. Cit.*, págs. 124-127.
(243) - Cfr. Stratenwerth, *Op. Cit.*, p. 126.
(244) - *Ibid.*, supra, p. 127.

sustento tradicional, al no haber, a su juicio, de momento otro mejor); sin embargo, el propio Stratenwerth reconoce que conforme se avance en el conocimiento de los conflictos sociales, aquella fundamentación habrá de apoyarse cada vez más en criterios político-criminales, y menos en consideraciones de índole retributiva.

Luciano Eusebi, quien en efecto ha hecho importantes notas al margen de la contribución de Günter Stratenwerth, encuentra que la obra de este autor opone al menos tres puntos firmes a la perspectiva que trata de frenar el proceso de evolución y de paralelo humanización del Derecho Penal, y que por ello se sitúa dentro de la línea que tiende a proseguir con la reforma del Derecho penal (245).

3.4. LA CRITICA DERIVADA DE LA CRIMINOLOGIA

Señala Bergalli - a mi juicio con acierto - que hasta ahora la polémica en torno al principio de culpabilidad y a su contenido material, parece haberse centrado casi exclusivamente en argumentos filosóficos o bien estrictamente jurídico-penales, a la par - agregamos - de consideraciones político-criminales sobre los fines de la pena o el Derecho Penal, en los que poco o nada se toman en cuenta las consideraciones que provienen del análisis directo de la realidad social¹².

(245) - Cfr. Eusebi, *op. cit.*, p. 250.

(246) - Cfr. Roberto Bergalli, *Observaciones Críticas a las Reformas Penales Tradicionales*, p. 265.

Esta situación no es, sin embargo, en modo alguna novedosa; ya Göppinger ha aludido al hecho de que el Derecho Penal no siempre suele hacer caso de la investigación criminológica como sucede, por ejemplo, cuando se demuestra la falsedad empírica de alguna concepción de base y se acude al " sencillo expediente de mantener como exigencias del deber ser los hechos - repudiados por las ciencias del ser - que se afirman »(247).

Desde una perspectiva más amplia, también Baratta se ha referido a los " desafíos " que la moderna criminología le plantea a la ciencia juridico-penal y a la reticencia de esta en aceptarlos, pues contravienen la " ideología " (digamos los fundamentos teóricos) en que se sustenta el modelo del Derecho Penal. Tales desafíos, comprobados por la investigación empírica y para los cuales el sistema juridico penal no parece todavía tener una respuesta adecuada, serían los siguientes, si el Derecho Penal cumple una función de selección e inmunización que entra en contradicción con las metas que la Ciencia Penal le asigna al sistema de las penas declaradas de la sanción (sobre todo la prevención especial) y no se corresponden con sus efectos y funciones reales, y al escasa realización de fines declarados, con enormes costos sociales y económicos.(248).

(247) Véase Hans Göppinger, Criminología, p. 17.

(248) Alejandro Baratta, Criminología y Dramática penal. Mirada al futuro del modelo integral de la ciencia penal, p. 50, 51.

Por todo ello, y en aras de una política criminal congruente con sus fines (ya ha apuntado Muñoz Conde que dogmática jurídico-penal y política-criminal están condenadas a llevarse bien⁽²⁴⁵⁾), todo parece indicar que es hora de que el Derecho Penal preste oídos a las aportaciones de la Criminología, que en mucho arrojan luz al problema que ahora nos ocupa.

En principio, y aun cuando sobre ello parece haberse dicho ya demasiado, el problema de la libertad de voluntad aparece ante la Criminología como una cuestión no abordable empíricamente y también improcedente como objeto de investigación criminológica. Al respecto Göppinger afirma que se trata de un problema filosófico, no solucionable empíricamente ni psicológicamente. " El argumento de la conciencia de la propia libertad y de la posibilidad de la formación propia de voluntad acorde con las normas jurídicas no puede ser considerado como prueba de la libertad de la voluntad. No se puede juzgar sobre la realidad (ontológica) de la libertad partiendo de la conciencia personal (psicológica) de la libertad. Se trata de categorías distintas. Lo uno es un fenómeno psicológico, lo otro una cuestión ontológica. Pero tampoco la conciencia de la propia libertad y la capacidad de decisión son criterios psicológicos (y psicopatológicamente suficientes) para la fundamentación de la libertad de la voluntad. Numerosos enfermos mentales (locos) afirman ser plenamente

⁽²⁴⁵⁾ Véase Muñoz Conde en su introducción a culpabilidad y prevención, p. 27.

responsables y capaces de formar su voluntad, y luchan por su responsabilidad a pesar de que su conducta está inequívocamente caracterizada por los efectos de una grave enfermedad mental. Por tanto en torno a la cuestión de si un hombre tiene la capacidad de comprensión o hasta la capacidad de obrar según esa comprensión, K. Schneider, en su trabajo sobre los problemas del enjuiciamiento de la imputabilidad penal desde un plano empírico, constata lapidariamente que "no hay hombre que pueda contestar esa interrogante" (150).

Obviamente, este punto ha sido tomado muy en cuenta por la crítica dogmática y constituye uno de sus flancos de apoyo. Empero, todo parece indicar que la constatación de la existencia de subculturas en el seno de la sociedad, contribuye también de manera poderosa a cuestionar la validez del principio del "poder de obrar de otro modo".

Observa Baratta que del núcleo constante de la ideología dominante en la ciencia integral del Derecho Penal (generalmente Strafrechtswissenschaft) que se corresponde con el "saber común" (das ex-vivo dogma) acerca de la criminalidad y de la pena, se desprende, entre otros, el principio de culpabilidad, según el cual "el hecho punible es expresión de una actitud interior reprobable, por que el autor actúa conscientemente en contra de los valores y las normas que están dados en la sociedad con antes de resultar sancionadas por el legislador" (151).

(150) - Cfr. Schneider, *Criminalística*, pp. 17, 18 y 19.
(151) - Cfr. Baratta, *op. cit.*, p. 38.

Sin embargo, según el autor, en concordancia con Bergalli, las teorías de las subculturas criminales vendrían a poner en duda el referido principio de culpabilidad, dada la existencia de subsistemas de valores que impedirían al individuo actuar de conformidad con el sistema de valores dominante.

Como ya sabido, la teoría de las subculturas parte de la idea de que el sistema central de valores no constituye la totalidad del orden axiológico y de creencias profesadas y observadas en la sociedad. En toda sociedad diversificada, los sistemas de valores se distribuyen a la manera de un espectro, acusando variaciones que impiden estandarizar el sistema central dominante: ello da pauta a la existencia de subculturas, dentro de la cultura central, mismas que pueden aceptar algunos de sus elementos, recusar otros o inclusive tener algunos que resulten antitéticos, sin que por ello se salgan del sistema dominante. (252)

Wolfgang y Ferracuti explican que una subcultura implica que existen grupos de valor o todo un sistema social de valores que, siendo parte de otro sistema más amplio y central, han constituido aparte. Desde la óptica de la cultura dominante, los valores subculturales aparecen como segregantes y obstaculizantes de la integración total, lo que motiva que esta pueda provocar distanciamientos.

(252) Véase: Wolfgang y Ferracuti, "La subcultura de la delincuencia", pp. 117, 118 y 120.

generadores de conflictos abiertos o encubiertos; sean cuales fueren las causas de la diferencia, el resultado es el aislamiento normativo de la subcultura y su propia solidaridad. Surgen así valores compartidos que los miembros de la subcultura aprenden, adoptan e inclusive exhiben, y que difieren en cantidad y calidad de los de la cultura dominante. Así como el hombre nace dentro de una cultura, puede acontecerle también que nazca dentro de una subcultura. Pasa con él, afirman los autores citando a Scellin: "que nace biológicamente equipado para recibir y adaptar conocimientos acerca de sí mismo y de sus relaciones con otros. Sus primeros contactos sociales dan inicio a un proceso de coordinaciones que durará de por vida y en el que él va absorbiendo y adoptando ideas que le son transmitidas, ya sea de manera formal o informal, mediante la instrucción o los preceptos. Estas ideas representan significados inherentes a las costumbres, a las creencias, a los artefactos y a sus propias relaciones con sus semejantes y con las instituciones sociales. Vistas como unidades separadas, estas ideas pueden pasar como elementos culturales que van encajando en ciertos patrones o configuraciones mentales que tienden a fijarse en sistemas integrales de significados"⁽¹⁵⁵⁾.

En embargo, debe quedar claro que las subculturas se diferencian solo parcialmente de la cultura generatriz, sin que impliquen un choque frontal y absoluto con ella.

(155) / Op. Cit. supra, p. 120.

Si bien la subcultura tiene valores diferentes y a veces antitéticos a los dominantes, ser parte de una cultura más amplia supone que se comparten con ella ciertos valores relativos a los fines o a los medios de colectividad. Cuando la subcultura difiere nada más pero no ensea, representa una desviación tolerada. En cambio, cuando el conflicto es global, prefiere hablarse de contracultura. Naturalmente, la subcultura entraña, en algún grado, conflictos con la cultura global; sin embargo, el elemento conflictual no es tal decir de Yinger— la característica central como en la contracultura. (254)

Ahora bien, los valores compartidos por una subcultura suelen evidenciarse y se pueden identificar fenomenológicamente en función de la conducta esperada: actos que van desde lo permitido hasta lo obligatorio en determinadas situaciones de la vida. Lo esperado cristaliza en una serie de reglas que se denominan "normas de conducta", mismas que admiten, a su vez, variaciones en cuanto al grado de conformidad que se espera de un individuo frente a los valores compartidos. Las mismas normas pueden servir de criterio para definir lo que se supone "normal" o "esperado", y lo que no entra en esta categoría. Lo anormal puede entonces subclasificarse como "leal" o "inmoral" y "enfermo" o "desadaptado" o

(254) V. Ifig. Wilfgang y Ferruccio, op. cit., pp. 121-125 y "Contraculturas y Subculturas" en: Diccionario "Conceptos de Ciencias Sociales", Tomo I, p. 245

"psicológicamente enfermo", o como una combinación de estas características. Por otra parte, todas aquellas normas parecen requerir de una contranorma o sanción correspondiente a fin de afirmar su existencia. Wolfgang y Ferracuti observan que cualquiera que sea la demanda que fijemos a una subcultura, parece acertado afirmar que todos los grupos sociales poseen sistemas de sanciones -formales o informales- que van aplicando en aquellos de sus miembros que infringen los preceptos subculturales de vigencia máxima. (255)

De todo lo anterior -deriva al decir de Bergalli- lo relativo que puede resultar la pertenencia a uno o varios sistemas de valores y lo imposible que puede resultar la exigencia al sujeto de que adopte uno u otro sistema. En consecuencia -agrega Baratta- queda fuera del poder de decisión del individuo -y por tanto también de su responsabilidad moral- el hecho de participar en una determinada subcultura o no y, por ende, aprender un determinado sistema de valores o bien determinados modelos de comportamiento controlados o "secundarios de neutralización" alternativas a los criterios oficiales de comportamiento y valoración. (256)

De aquí que, exceptuando la contravención de ciertos valores básicos o primarios, no parezca entonces como acertada la exigencia al sujeto de obrar conforme a valores -fijados por la cultura central- que no comparte, y

255 - Wolfgang y Ferracuti, op. cit., pp. 125, 126 y 127.
256 - Cfr. Bergalli, op. cit., p. 207 y Baratta, op. cit., p. 34

que, a veces, pueden ser incluso contrarios a los que él profesa. En última instancia, el obrara de acuerdo con el sistema o subsistema al que pertenece, de donde deviene, cuando menos una relativización del poder de obrar de otro modo.

La existencia de amplias esferas subculturales en las sociedades heterogéneas, aparte de dificultar seriamente el poder de elegir conforme a un sistema valorativo que no se comparte, sirve también para deslegitimar, parcialmente, el discurso jurídico penal, según el cual el Derecho penal protege los bienes jurídicos más importantes para la sociedad; en efecto -como observa Picca-, los valores que protege el Derecho penal no son necesariamente los mismos que reconoce la unanimidad del grupo: pueden ser sólo los de la mayoría. Pero esta mayoría puede reducirse ante la multiplicación de grupos minoritarios que representan a otras tantas subculturas (incluso contraculturales) ligadas a ciertos valores diferentes. (1977)

De todo ello deriva la dificultad de que los valores que tutela el Derecho penal aparezcan como incontestables ante toda la colectividad (la penalización del aborto o del adulterio, por ej. siguen siendo objeto de amplia discusión) y la necesidad de que, ante la falta de consenso, el Derecho penal abandone amositos que durante mucho tiempo fueron considerados como suyos. En consecuencia, resulta aconsejable un repenque táctico del Derecho penal.

(1977) v. Georges Picca, *Criminologia*, p. 118.

a efecto de limitar su campo de aplicación a las negaciones más graves de los valores sociales, lo que, de paso, habría de restituírle toda la autoridad y legitimidad que le corresponde. (258)

La heterogeneidad de los valores sociales y su realidad subcultural, confirman, pues, la necesidad de que el Derecho Penal tenga un carácter subsidiario, lo que implica sólo la punición de aquellas conductas que más gravemente afectan la vida social y sobre las cuales existe un consenso uniforme a nivel macro-social.

El carácter subsidiario del Derecho Penal, por otra parte, no solo deriva de la realidad subcultural o del sentido de la pena, como afirma Roxin (el Derecho Penal ha de detenerse donde basten otros medios de control y limitarse a proteger las prestaciones vitalmente necesarias) (259), sino también de la subsidiaridad que guarda dentro de una política general de prevención del delito pues no puede negarse que el carácter del derecho penal como instrumento de prevención es, ciertamente, limitado, y que, incluso, puede verse seriamente cuestionado desde una perspectiva criminológica, pues, en efecto, la atribuida función preventivo general o especial que se asigna a la pena, no cuenta con concluyentes comprobaciones empíricas. (260)

Al respecto, Pineda observa que si bien la amenaza de pena sí sigue siendo uno de los fundamentos esenciales de la (261) (ver Pineda, *Ibid.*, supra, pp. 119, 130.

(258) Véase al respecto el artículo de C. Sando, *Revisión crítica de la pena sustitutiva en Problemas Jurídicos*, pp. 121 y 122.

(259) Véase con independencia de los múltiples cuestionamientos que tanto dogmáticos como criminológicos,

Justicia Penal, se ignora, en cambio, más o menos todo sobre su efecto disuasivo, y por lo mismo, de su eficacia. No obstante, la importancia de la reincidencia mostraría más bien -a su vez- que ese efecto es limitado: jamás ha descendido del 30 a 35%, sea cual fuera el tipo de pena aplicada y tratándose de encarciamiento, esta incluso puede alcanzar el 50%. Lo mismo puede decirse sobre la eficacia del tratamiento, pues las diversas investigaciones criminológicas no revelan ninguna diferencia significativa entre las varias medidas penales aplicadas respecto a la reincidencia del sujeto (261).

han dirigido en los últimos tiempos en contra de la pretendida función resocializadora o preventivo-especial de la pena; estas objeciones alcanzan no sólo al medio empleado para conseguir la resocialización del tratamiento penitenciario, sino también a este como tal, de aquí que la tendencia unánime sea en el sentido de dar preferencia a los substitutivos de la pena de prisión, dejando a estas como última ratio del derecho penal sólo sobre el particular, Francisco Muñoz Conde, "La Resocialización del Delincuente. Análisis y Crítica de un Mito", pp. 177, 181, 191 y 192; Juan González Roda, "La Pena y sus Fines en la Penitenciaría", pp. 156, 157 y 161; Hans Heinrich Jentsch, "Quelques Réflexions sur le Mouvement International de Réforme del Dérict pénal", pp. 274 y 237; García-Rodríguez de Miñón, "Los sucesivos Función Resocializadora del Dérict Penal", pp. 11 y 12; Rafael Alberdi, "Alternativas de la Pena Privativa de Libertad. Estudio de Metodologías de la Evaluación y sus Resultados de la Investigación Comparada sobre Sanciones", pp. 102 y 124; Roberto Lleras, "Alternativas a la Pena de Prisión. Substitutos Penales y Medios para Suprimir la Privación de Libertad Inocuosidad o Injusta", pp. 603 y 611; Luis Rodríguez Domínguez, "La Crisis Penitenciaria y los Substitutos de la Prisión", pp. 29 y ss.

(261) - Cfr. Fricke, op. cit., pp. 122 y 124.

Los estudios de Albrecht en torno a la eficacia de las penas aplicadas a menores delincuentes en Alemania, obtienen resultados similares.

Sobre este particular el autor nos dice que los estudios e investigaciones criminológicas, tanto en Alemania como en el plano internacional, acerca de las medidas privativas de libertad aplicables a menores y las suposiciones que derivan de ellas, están en realidad escasamente comprobadas y son poco utilizables, lo que le impide hacer señalamientos concretos acerca de este tema.

Sin embargo, señala que algunos indicios hablan más a favor de una limitación en la intensidad interventora de las penas estatales y de su sustitución por formas ambulatorias de control y asistencia. Tales indicios son, en cuanto a la prevención especial: al no existir evidencia de que los esfuerzos dirigidos hacia el cambio para mejorar las perspectivas profesionales y de trabajo de los delincuentes juveniles a través de asistencia escolar y formativa, sea una realidad; más bien existe evidencia de que las oportunidades de empleo para los jóvenes sujetos a medidas privativas, son menores y se deterioran constantemente, si los estudios sobre la eficacia de medidas terapéuticas aplicadas a los delincuentes entre otros: Miller y Aschauer, no muestran las transformaciones positivas esperadas; más bien se ha encontrado que aumentan los conocimientos técnicos delictivos. En cuanto a la prevención general, se ha encontrado asimismo que las normas de sanción sean incluidas en los planes de actuación de los jóvenes que:

la frecuencia en la aparición de comportamiento criminal depende ante todo del riesgo de descubrimiento y persecución, no de la gravedad objetiva o subjetivamente percibida de la sanción y de la gravedad de la sanción sola es significativa cuando el riesgo de descubrimiento alcanza un nivel muy elevado. Con ello debería hacerse evidente -afirma Albrecht- que, respecto de los jóvenes, a la prevención intimidatoria sólo puede corresponderle un carácter marginal (152).

Por todo ello, la función preventiva del Derecho Penal debe verse con ciertas reservas y manejarse con mucho cuidado, pues es obvio que el desconocimiento de esta situación puede arrojar altos costos sociales: la creencia exagerada en la eficacia de la pena o en su efecto disuasivo, sólo traería como consecuencia una represión generalizada y el clamor por la vuelta a la política de "law and order".

No implica lo anterior negar la importancia y -necesidad del Derecho Penal -tanto en su sentido de "carta magna del delincente", como en aquel referido a último recurso para la protección de los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad-, sino sólo un repliegue (el reconocimiento de su carácter subsidiario) que permita el -afloramiento de otras formas e instrumentos de prevención del delito.

152. Véase en Albrecht las sanciones en el Derecho Penal alemán. Una comparación de las medidas educativas de carácter preventivo de libertad con la luz de la investigación criminológica, pp. 170 - 173, 174 y 175 - 180.

Es, pues, cierto que de la idea de prevención jurídica hay que pasar a la de prevención social⁽²⁶³⁾, que es mucho más amplia y posibilita el involucramiento de otras instancias ajenas al sistema de Justicia Penal en la política común de prevención del delito.

Por lo demás -como afirma Picca-, es un hecho que, correlativamente a la evolución de las sociedades, el poder de intervención del Derecho penal tiende a restringirse. " Ahora bien, es oportuno que ceda ahí donde el derecho penal puede ceder a la acción social, sin perjudicar la seguridad de la sociedad o las libertades. Esto supone una transferencia de cargas del sistema penal a otros sistemas de sanción social, menos pesados, menos estigmatizadores para el individuo, pero que puedan asegurar el respeto de las normas comunes, así como la indispensable disciplina, ligada a la supervivencia de toda comunidad organizada. La justicia penal no es sino un recurso, en caso de violación grave de los valores esenciales sobre los que se basa la sociedad; no está destinada a ser el árbitro más común de todos los conflictos que se producen en la sociedad. Otras instituciones deben concurrir al respeto de las normas comunes (familia, religión, educación, etc.)"⁽²⁶⁴⁾. De aquí entonces, que una política de prevención del delito deba involucrar a la sociedad entera.

Con ello, concluimos el análisis asignado a este capítulo y pasaremos a realizar algunas reflexiones sobre lo hasta ahora dicho.

(263) > Sobre el particular, vid. Picca, op. cit., p. 127 y ss.
(264) > Cfr. ibid. supra, p. 122 y 123.

Capítulo 4

REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSION Y CONCLUSIONES PRELIMINARES

4.- REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSION Y CONCLUSIONES PRELIMINARES.

Hemos llegado al final del propósito asignado a la presente investigación; nos corresponde ahora hacer un alto, a efecto de realizar una especie de balance sobre el estado actual de la discusión y anotar algunas reflexiones personales.

En principio, parece evidente que está en juego mucho más que el fundamento material de la culpabilidad -a partir del cual se desata la polémica-, pues la temática abordada rebasa con mucho ese límite: se discuten, nada menos, que los fundamentos político-criminales del Derecho Penal; esto es, porqué y para qué se castiga.

Desde esta perspectiva, creo que el movimiento de reforma arroja varias consecuencias fundamentales:

1.- El abandono absoluto de la retribucion como fin de la pena, y su conceptualización exclusiva como un instrumento

de prevención. Esto, que en principio pudiera parecer una mera frase retórica, tiene, sin embargo, profundas implicaciones: significa, nada menos, que la reorientación del aparato punitivo, que de ser un fin suficiente, pasa a convertirse en uno más de los instrumentos de lucha contra el delito. Ello, desde luego, le abre al Derecho Penal infinitas posibilidades y permite su integración en un nivel superior (la política-criminal), en donde habrá de darse el esperado diálogo entre todas las ciencias penales. El sueño de Liszt de una ciencia penal total, parece, pues, así, un poco más cercano.

2.- El serio cuestionamiento al fundamento libre-albednista de la pena y la búsqueda inacabada de nuevos fundamentos de la sanción, acordes con la idea preventiva del Derecho Penal. En este punto -estrechamente relacionado con el anterior- los resultados de la polémica todavía no aparecen como satisfactorios, pero indudablemente se avanza por el camino correcto.

3.- La necesidad de que la pena preventiva no rebase el grado que deriva de los hechos del autor, con lo que se busca evitar cualquier exceso en la intervencion punitiva estatal. Aquí, el acuerdo parece unánime: se trata de afirmar un principio garantista fundamental del Estado Democrático de Derecho.

Los puntos anteriores constituyen, a mi entender, los principales fundamentos político-criminales que animan al movimiento de reforma del Derecho Penal y sobre los cuales creo continuará el debate en el futuro. Por lo demás, es obvio que cualquiera que sea su resultado, se estará de todos modos por la ruta adecuada.

A continuación y a modo de corolario, me permitiré anotar algunas apreciaciones personales sobre los puntos en cuestión.

1. En cuanto al abandono de la retribucion como fin de la pena (y, con ello, del Derecho Penal), parece muy oportuna la llamada de atencion del movimiento de reforma, al Derecho

Penal no es un fin en sí mismo y, en consecuencia, la pena no busca realizar la justicia absoluta, a la manera de Kant⁽²⁶⁵⁾, o reestablecer el orden jurídico roto por el delincuente, según la propuesta de Hegel⁽²⁶⁶⁾; tiene la misión más modesta (y terrena) de prevenir delitos, lo que constituye su fundamento y su límite.

(265) / Para Kant, la pena no podía ser sino retribución del hecho culpable y, por tanto, no servía a otro fin que a la realización de la justicia. Ello es más que palpable en el siguiente ejemplo, citado por Kant en su *Metafísica de las Costumbres*: "Incluso aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara, disolviera y se dispersara por todo el mundo, tendría que ser ejecutado antes el último asesino que se hallara en la cárcel, para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen, y para que no perezca la culpa de la sangre sobre el particular. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, p. 97; Roxin, *Sentido y Límites de la Pena Estatal*, p. 12; H. P. Ruiz, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, y J. G. y Francisco Nuñez Bonda, *Introducción al Derecho Penal*, p. 34; la cita apuntada corresponde a Roxin.

(266) / Según Hegel, "el Derecho se restablece por el negar de su negación", la negación de la negación, que opera al delito, es la pena. "El castigo es la superación del delito, pues según su concepto es eliminación de la vulneración, y según la existencia, el delito tiene un extensión determinada cualitativa y cuantitativamente por la medida su negación como existencia, tiene otra tal" (Hegel, *Filosofía del Derecho*, pp. 190, 192 y 193).

Es cierto que el planteo absoluto (267) que subyace en las tesis de Kant y de Hegel y según el cual la pena es la mera retribución del hecho culpable, no ha sido seguido en puridad ni por la Ciencia Penal ni por la legislación, pues generalmente también se atribuyen a la pena funciones de prevención, ya sea como algo subsidiario (268) o como un fin subordinado (269); sin embargo, es más que patente que de -----

(267) / Nos referimos aquí a las teorías absolutas sobre la función de la pena y que atribuye a esta una función exclusivamente retributiva, que se agota en el castigo del hecho cometido (Vid. al respecto, Arturo Villarreal Palos, La Función de la Pena, pp. 184, 185).

(268) / Algunos partidarios de las teorías absolutas (Dettliff, Petrocelli, Maggioni, entre otros) sostienen que la pena de algún modo cumple una función preventiva (después de todo, el castigo es el mejor modo de prevención), pero esta función se considera más bien ajena al sentido mismo de la pena y se concibe como algo subsidiario que corresponde a otras esferas (Vid. Villarreal, La Función de la Pena, pp. 177, 178).

(269) / Es el caso de las llamadas teorías de la unión, según las cuales la pena cumple en esencia una función retributiva, pero que se le complementada con fines preventivos (algunos van en la retribución el fundamento de la pena y concuerdan a la prevención fines secundarios, otros que otros creen que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos) y que la retribución es sólo el límite de la prevención. Sin embargo, la caracterización de esta posición el que un fin quede subordinado al otro (Véase, Mir Puig, Introducción a los Bases, pp. 71, 72; Muñoz Conde, Introducción al Derecho Penal, p. 25; Villarreal, op. cit., p. 187).

cualquier modo la idea de retribución sigue presente en el Sistema del Deracho Penal. Por ello, cobran importancia las afirmaciones del movimiento de reforma, pues a través de ellas se pone de relieve que la pena aparece (o debe aparecer) como un poderoso instrumento de prevención (arma delicada que encierra indudables peligros), sin que sea el brazo justiciero que estigmatiza, castiga, somete al rebelde, como dosis exacta de su mal, como retribución precisa del daño causado, que conlleva un juicio de reprobación social y un desvalor ético profundo.

Cabría desde luego preguntarse que es lo que quiere decirse cuando se afirma que la pena no puede ser retribución justa del hecho cometido (como compensación de culpabilidad). ¿significa acaso que la pena no debe ser proporcional al hecho cometido?

Creo que, al respecto, habría que hacer algunas precisiones. Cuando se dice que la pena no puede ser retribución lo único que quiere decirse es que la pena no puede entenderse como el pago justo al hecho libremente

elegido, lo cual, en mi concepto, va más allá de la polémica entre determinismo y libre albedrío. En efecto, el índice flamígero que dice: tú eres culpable, tú eres un criminal, tú debes pagar, no puede sostenerse, a nombre de la sociedad, impunemente: con que derecho, si después de todo, la sociedad crea sus propios criminales, sus propios locos, sus propios inadaptados. Todos somos, como dice Busto, un producto social y no sabemos hasta donde nosotros y hasta donde la sociedad, nos empuja al delito. Si esto es así, o cuando menos no puede probarse que no sea así, no cabe pues el reproche.

De aquí entonces que la culpabilidad, como reprochabilidad, no tenga lugar dentro del planteo de una sociedad desigual y diversificada: no corresponde a los órganos del Estado emitir juicios de desvalor ético en contra de los miembros de la colectividad, ni tampoco hacerse cargo de la venganza individual; su labor se circunscribe al aseguramiento de aquellas condiciones mínimas que permitan la convivencia organizada, entendiendo a la pena como la última ratio del sistema de control social. La pena se impone, pues, porque es necesaria y porque constituye "un elemental

recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres" (Gimbernát). Su justificación, por consiguiente -según lo afirma Muñoz Conde⁽²⁷⁰⁾- no es una cuestión religiosa ni filosófica, sino -como se dice en el proyecto alternativo- una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres.

Con ello, pues, parece quedar claro el lugar que corresponde a la retribución: no es admisible, ni tampoco resulta necesaria para justificar la intervención estatal.

2.- Pasemos ahora a discutir sobre los puntos siguientes de la discusión; se trata de abordar el delicado problema de la fundamentación de la pena, sin acudir para ello al sencillo expediente de la libertad de voluntad y de lograr, a la vez, que esa nueva fundamentación sea compatible con el principio de culpabilidad.

(270) Véase, cfr. Pab. Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal, p. 37.

En principio, parece evidente que las teorías funcionalistas no aparecen como suficientes para justificar positivamente la responsabilidad penal, pues, como lo ha puesto de relieve Stratenwerth, el hecho de que a través de ellas puedan explicarse claramente las causas que excluyen la culpabilidad, no resulta del todo satisfactorio.

En efecto, la teoría de los fines de la pena parece adecuada para fundamentar (y explicar) la ausencia de pena, pero no para fundamentar su presencia o su imposición en el caso concreto; podrá, ciertamente, explicar esa presencia o esa imposición (y aquí las necesidades preventivas parecen suficientes), pero no fundamentarla adecuadamente, pues es evidente que esa necesidad preventiva de pena requiere de un correctivo o limitante, que hasta ahora ha recibido el nombre de culpabilidad y se ha fundamentado en el libre albedrío.

De aquí entonces que lo que se precisa sea la conservación de ese correctivo, pero con un diferente sustento interno (propio), pues como se ha reiterado

insistentemente- la culpabilidad no puede fundamentarse extrínsecamente en algo que a la vez pretende limitar: las exigencias preventivas.

Hay un camino que creemos puede ser útil a estos fines; se trata de la afirmación de la responsabilidad humana, pues parece claro que, salvo que medien tasas o situaciones excepcionales, todos tenemos un deber hacia los demás: el deber de respetar las normas mínimas de convivencia, lo que supone que, con independencia de nuestra determinación o indeterminación al delito, todos tenemos el deber de afrontar la responsabilidad que derive de nuestras acciones. En consecuencia, surgiría aquí una responsabilidad que en principio se presenta como individual, pero que sólo cobra todo su sentido en y con relación a los demás: la disciplina social lo exige de ese modo y, por ello, es también una responsabilidad social.

Ahora bien, si entonces el fundamento de la responsabilidad (culpabilidad) no puede descansar en la libertad individual de optar por el delito (supuesto, al menos,

no abordable empíricamente), ¿cuál ha de ser entonces su sustento?; pues precisamente -creemos- ese deber social que tenemos de responder de nuestras acciones individuales y que sólo se excluye en ocasiones excepcionales (en este sentido, la tesis original de Ferrn sería plenamente rescatable).

Empero, debe quedar claro -en lo que sería una posición revisada de la responsabilidad social- que sólo estaríamos obligados a responder de nuestras acciones, o sea de aquellos hechos que han trascendido socialmente, y no de las deficiencias de nuestro carácter, de los defectos de nuestra personalidad o de nuestra propensión al delito, situaciones todas de las que no somos absolutamente responsables.

Con esto, creo, puede darse un nuevo sustento a la culpabilidad (responsabilidad si se quiere) por el hecho: no se trata de saber si el hombre es libre o no lo es, o de suponer uno u otra cosa; sólo escapa, como lo hemos visto, a toda comprobación empírica o procesal y se cuestiona por la teoría de las subdeterminas (libre en relación a sus valores?).

simplemente se trata de afirmar una necesidad inaslayable: todos tenemos un deber social hacia los demás; el deber de responder de nuestras acciones dañosas, pero sólo de ellas (lo cual es, además, congruente con los fines declarados del derecho: regular conductas externas); cualquier responsabilidad que se quiera añadir, es tan absurda como querer responsabilizar al hombre de sus enfermedades.

En efecto, el que el Derecho tiene por objeto regular conductas externas, no parece ser un concepto que se encuentre a discusión en la Filosofía o en la Teoría General del Derecho. Recuerdese que una bien arraigada y añeja tradición señala que la norma jurídica, como expresión más evidente del derecho positivo, se distingue precisamente por ser exterior, lo que permite diferenciarlo claramente de las normas de otros órdenes normativos (moral y religión, principalmente). Ciertamente, lo único que se suele discutir ahora es la validez de la extrema diferenciación propuesta por Kant, según la cual la dicotomía sustancial entre moral y derecho radica en que la primera atiende únicamente a la pureza de las intenciones, sin tomar en consideración su

proyección práctica (en esto radica la interioridad de la moral) y, el segundo, ignora en absoluto el aspecto interno del comportamiento, centrandó su atención solamente en sus manifestaciones externas (271). Al respecto se apunta que tal afirmación sólo puede tener un valor relativo, pues es evidente que la moral no sólo exige que pensemos bien, sino también que esos pensamientos cristalicen en acciones virtuosas y que el derecho no pocas veces concede efectos normativos a las intenciones o a los móviles, tal y como lo demuestran los conceptos de buena o mala fe en el Derecho Civil o los de dolo y culpa en el Derecho Penal (272).

Ello implica, pues, el reconocimiento de que ni la interioridad de la moral ni la exterioridad del derecho pueden medirse en términos absolutos; más bien se trata, en cada caso, de una cuestión de grado: la moral va de lo interno a lo externo, mientras que el derecho parte de lo

(271) Véase lo que se dijo sobre el particular, Eduardo García Mañez, Filosofía del Derecho, p. 23.

(272) Véase Eduardo García Mañez, op. cit., p. 100.

externo a lo interno. Lo que sin embargo no se encuentra en el tapete de la discusión, es que la intervención punitiva requiere, cuando menos, la exterioridad de un comportamiento⁽²⁷³⁾.

Desde este punto de vista, entonces, la polémica entre determinismo e indeterminismo, podría quedar tranquilamente en el aire, pues como vemos, la responsabilidad penal (por el hecho) puede perfectamente fundarse por otros caminos.

Afirmado pues que el hombre esta obligado a responder de sus acciones sociales, tenemos que esa responsabilidad habra de fundamentar positivamente la pena

(273) Véase al respecto, Gustav Radbruch, Introducción a la Filosofía del Derecho, p. 54; Juan Manuel Terán, Filosofía del Derecho, pp. 55 y 57; Paul Vinogradoff, Introducción al Derecho, pp. 44, 45, cuya en cambio la diferenciación propuesta para moral y derecho (casi sea en términos relativos) Cesarini Sforza, pues para él la calificación de un acto como moral o como jurídico, solo puede radarse a través de su confrontación con el acto entendido como Filosofía del Derecho, pp. 57 y 58.

(sin que para ello sea necesario acudir a criterios extrínsecos, en parte subjetivos); empero, surge ahora la pregunta de cuándo es que el hombre se verá relevado de esa obligación. La respuesta a esta pregunta está ligada a los fines de la pena.

3. La pena en principio, se ha establecido que no tiene como fin retribuir o expiar la conducta culpable; se ha dicho que tiene por objeto prevenir delitos. Esta prevención se efectúa, en un primer grado o estadio, de manera general, a través de la amenaza, dirigida a todos los ciudadanos, de una sanción en caso de no hacer lo que la norma preceptúa.

Este primer momento de la pena, en el que cobra fuerza la idea preventivo general, se designa tradicionalmente con el nombre de punibilidad y surge al momento de la continuación penal por parte del legislador.

Entraría en consideración aquí la teoría "unificadora dialéctica" de la pena de Roxin, según la cual "el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras, amenazando

con, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado". De aquí se desprende la idea, explicitada por el autor, de que la pena no cumple una sola función (como lo subrayan las teorías monistas) o que tiene funciones que se subordinan (según el planteo de las teorías de la unión); más bien se trata de la afirmación de que la pena cumple funciones diversas, según sea el momento en que se aplique; así y según la tesis de Roxin, al momento de la conminación penal, será decisiva la idea preventivo-general; al tiempo de la imposición y medición, se refuerza dicha prevención y llegado el caso de la ejecución, la pena se orienta a la prevención especial (274).

El planteo de Roxin permite, pues, distinguir claramente los tres estadios de la pena que doctrinalmente se designan con los nombres de punibilidad (legislativo), punición (judicial) y pena (ejecutivo) y asignar a cada uno de

274) Véase Roxin, Sentido y Límites de la Pena Estatal, en Problemas Básicos del Derecho Penal, pp. 20 a 31.

ellos una determinada función, que podrá variar según la óptica particular. Así, por ejemplo, Bacigalupo, quien a cada uno de los momentos dichos, atribuye las funciones de prevención general, retribución y prevención especial, respectivamente (275).

Ahora bien, la idea de que la amenaza de pena pretende motivar al sujeto para que se abstenga de realizar determinada conducta, no es un concepto que opere de manera exclusiva en el Derecho Penal; se suele extender en general al ámbito del Derecho. Así, escribe Hart: "la más prominente y general característica del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertas clases de conducta humana no son más tiempo opcionales, sino en cualquier sentido obligatorio: el primero, más simple sentido en que una conducta no es más tiempo opcional, es cuando un hombre es forzado a hacer lo que otro le dice, no porque sea físicamente compelido en el sentido que su cuerpo sea empujado o tirado, sino porque el otro le amenaza con ~~.....~~" (275) / De Bacigalupo, Lineamientos de la Teoría del Delito p. 10

consecuencias desagradables si él rehusa; . . . nosotros nos referimos al modo en que fue forzado a ello, diciendo que fue obligado a hacerlo" (276).

Agrega Hart que si bien no todo el Derecho puede caracterizarse simplísticamente como un puro modelo de órdenes respaldadas por amenazas (277), es claro que de todas las variedades de leyes, la ley criminal tiene la más cercana semejanza con un orden respaldada por amenazas (278). "El Derecho Penal es algo que nosotros obedecemos o desobedecemos y lo que sus reglas requieren es señalado como un 'deber'. Si nosotros desobedecemos se dice que hemos 'quebrantado' la ley y que lo que hemos hecho es legalmente 'indecible', una 'contravención al deber' o un 'delito'. La función social que una ley penal desempeña es la de establecer y definir cierta clase de conductas como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes se -----

(276) - Cfr. H.L.H. Hart, *The Concept of Law*, p. 7.

(277) - Cfr. Hart, *Id.*, *Op. Cit.*, pp. 47-48.

(278) - Cfr. Hart, *Op. Cit.*, pp. 51.

aplica, prescindiendo de sus deseos. La pena o 'sanción' que la ley enlaza al quebrantamiento o violación del Derecho Penal (con independencia de otros fines de corrección a que pueda servir) está dirigida intencionalmente a proporcionar un motivo para que los hombres se abstengan de esas actividades. En todos estos aspectos hay, al menos, una fuerte analogía entre el Derecho Penal y sus sanciones y las órdenes generales respaldadas por amenazas de nuestro modelo" (279).

De este modo y a través de la técnica del castigo, el Derecho en general (y de manera muy particular, el Derecho Penal) pretende modelar conductas o forzar un comportamiento. Dice el Dr. Tardano: (para hacer que ciertos individuos (a) y los miembros de A) se comporten de conformidad al deseo del "legislador" o del "juez" estas amenazas con la aplicación de un castigo, en caso de conducta contraria. (Por ello) es pues el castigo, el recurso de la coacción, su elemento enormemente persuasivo. (e)

(279) Véase punto del cita. pá. 37.

que anula o, mejor, altera el cuadro de las motivaciones del comportamiento de los individuos" (280).

Con ello queda pues claro que la amenaza de pena (y en general de la sanción) busca motivar al individuo, para que se abstenga de realizar una conducta que se encuentra prohibida.

Ahora bien, el que el Derecho Penal acuda a la técnica del castigo para motivar al individuo, no tiene nada de raro, ni tampoco de expiatorio: igual sistema se utiliza para normar la conducta del niño (estímulo ante la conducta deseada, castigo -que no necesariamente es físico- ante la conducta indeseada) o para provocar determinado comportamiento en los animales. Incluso precisamente se "habucan" por el procedimiento de castigo-recompensa.

Este proceso motivacional que la pena cumple, bien puede explicarse acudiendo a la teoría psicoanalítica, pues,

(280) Véase, Rolando Tamayo, El Derecho y la Ciencia del Derecho, pp. 25 y 27.

como lo ha puesto de relieve Gimbernat, "lo que el psicoanálisis precisamente suministra es una justificación y explicación del Derecho Penal" (281).

Cobra importancia aquí la afirmación de Freud de que en algún lugar del núcleo de su yo, el hombre se ha creado un "órgano de vigilancia que examina sus propias mociones y acciones para determinar si armonizan con sus exigencias. Si no lo hacen, son inhibidas y relegadas sin miramientos" (282).

Este órgano de control recibe el nombre de super yo y representa propiamente la conciencia moral del hombre: vigila y enjuicia las acciones y los propósitos del yo; ejerce

(281) V. Cfr. Gimbernat, ¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídico Penal?, en Estudios de Derecho Penal, p. 112.

(282) V. Cfr. Sigmund Freud, Una dificultad del Psicoanálisis, en Obras Completas, Tomo 17, p. 173.

una actividad censora (283).

La formación del super yo es un proceso bastante complejo, pero dejando de lado tecnicismos propios del lenguaje psicoanalítico, todo parece indicar que su conformación se deriva de la introyección en el niño de los valores y exigencias de la autoridad parental. (284).

(283) / Cfr. Freud, El Malestar en la Cultura, en: Obras Completas, Tomo 21, p. 132.- Por lo demás, las referencias de Freud al super yo, como conciencia moral, son constantes en toda su obra. Así, p. ej., en El Yo y El Ello (Tomo 19), p. 36 u en Nuevas Conferencias de Introducción al Psicoanálisis (Tomo 22), pp. 55-56.- Sobre el papel asignado al ego y al ello, que básicamente se refieren a la adaptación en vida del sujeto a la realidad (representa la razón y la dependencia mientras que el ello permanece a nivel independiente y se encuentra íntimamente ligado con el mundo del placer) tal ello no conoce ni el bien ni el mal, ni moral alguna, véase El Yo y el Ello, pp. 27 y 28, y Nuevas Conferencias, pp. 55 y 56.

(284) / Todos los principios y valores son los padres y educadores -directos, indirectos e ideales- los introducen al niño en gran medida. El mundo exterior no es recibido en su vida interna como lo fue en la etapa de la segunda objetiva. Dentro del yo se ha instalado una institución permanente, como representante de las exigencias ambientales el super yo" (Cfr. Anna Freud, El Yo y las Mecanismos de Defensa, p. 153).

es que "el niño pequeño es notoriamente amoral, no posee inhibiciones internas contra sus impulsos que quieren alcanzar el placer. El papel que luego adopta el super yo es desempeñado primero por un poder externo, la autoridad parental. El influjo de los progenitores rige al niño otorgándole pruebas de amor y amenazándole con castigos que atestiguan la pérdida de ese amor y no pueden menos que temerse por sí mismos. Esta angustia realista es la precursora de la posterior angustia moral: mientras gobierna, no hace falta hablar de super yo ni de conciencia moral. Sólo más tarde se forma la situación secundaria de que estamos demasiado inclinados a considerarla normal: en el lugar de la instancia parental aparece el super yo que ahora observa al yo, lo guía y lo amenaza, exactamente como antes lo hicieron los padres con el niño" (1905).

De este modo vemos como antes de la aparición del super yo en la conciencia del niño, su conducta es modelada

(1905) S. Freud, "Las Conferencias de Introducción al Psicoanálisis", pp. 57-58.

por una autoridad exterior (padres-educadores), quienes logran su propósito (y a la vez introyectan sus deseos y exigencias) a través de amenazas que producen en el niño una angustia objetiva (un miedo real). "La ansiedad objetiva es la anticipación del dolor que los agentes exteriores podrían infligir al niño como castigo; una especie de 'predisplacer' que gobierna la conducta del yo, con independencia de que se cumpla o no el castigo esperado. Esta angustia real es, de una parte, tanto más intensa cuanto más peligrosa y amenazante es la conducta del ambiente" (286).

Una vez introducido el super yo en la conciencia del individuo, esa autoridad externa (gubernadora) no se hace necesaria. "Sólo sobreviene un cambio importante cuando la autoridad es interiorizada por la instauración de un super yo. Con ello los fenómenos de la conciencia moral son elevados a un nuevo grado (estadio); en el fondo, únicamente entonces corresponde hablar de conciencia moral y sentimiento de

118. Véase Anna Freud, El Yo y los Mecanismos de Defensa, pp. 107-109.

culpa. En ese momento desaparece la angustia frente a la posibilidad de ser descubierto, y también, por completo el distinguo entre hacer el mal y quererlo; en efecto, ante el super yo nada puede ocultarse, ni siquiera los pensamientos. El super yo pena al yo pecador con los mismos sentimientos de angustia, y busca oportunidades de hacerlo castigar por el mundo exterior . . . (Entonces sucede que la conciencia moral) se comporta con severidad y desconfianza tanto mayores cuanto más virtuoso es el individuo, de suerte que en definitiva justamente aquellos que se han acercado más a la santidad son los que más acerbadamente se reprochan su condición pecaminosa" (287).

Por otra parte, es importante destacar que el super yo introjectado no es propiamente el super yo de los padres, sino aquel que ellos mismos introjectaron atrás, de tal modo que ese super yo es el portavoz de la tradición y se transmite de generación en generación. "Por regla general,

(287) Cfr. Freud, Nuevas Conferencias de Introducción al Psicoanálisis, p. 82.

los padres y las autoridades análogas a ellos obedecen en la educación del niño a los preceptos de su propio super yo. No importa como se haya arreglado en ellos su yo con su super yo; en la educación del niño se muestran rigurosos y exigentes. Han olvidado las dificultades de su propia infancia, están contentos de poder identificarse ahora plenamente con sus propios padres, que en su tiempo, les impusieron a ellos mismos esas gravosas limitaciones. Así, el super yo del niño no se identifica en verdad según el modelo de sus progenitores, sino según el super yo de ellos; se llena con el mismo contenido, deviene portador de la tradición, de todas las variaciones perdurables que se han reproducido por este camino a lo largo de las generaciones" (288).

Esta situación permite explicar la presencia en la sociedad de un super yo colectivo: se trata de un super yo cultural que plasma sus ideales y plantea sus reclamos y se resume bajo el nombre de ética (289). Por medio de ella la

(288) v. Cfr. Freud, Nuevas Conferencias de Introducción al Psicoanálisis, p. 52.

(289) v. Cfr. Freud, El Malestar en la Cultura, p. 137.

cultura se vale para inhibir, para volver inofensiva, la agresión contrariante. "Por consiguiente, la cultura gurgula el peligroso gusto agresivo del individuo debilitándolo, desarmándolo y vigilándolo mediante una instancia situada en su interior, como si fuera una guarnición militar en la ciudad conquistada" (290). Esa instancia no es otra que el super yo de la cultura.

Pero si acaso esta instancia no funciona, o no es lo suficientemente fuerte, la comunidad humana global reemplaza a la autoridad parental y amenaza como mostrar su superioridad en la forma del castigo. "Por eso (algunos hombres) se permiten habitualmente ejecutar lo malo que les promete cosas agradables cuando están seguros de que la autoridad no se enterará o no podrá hacerles nada, y su angustia se dirige sólo a la posibilidad de ser descubiertos" (291).

(290) / Cfr. Freud. El Malestar en la Cultura, p. 119-120.

(291) / Cfr. Freud. El Malestar en la Cultura, pp. 120, 121.

Como vemos, las anteriores tesis psicoanalíticas bien pueden extenderse y aplicarse al Derecho Penal: el respeto a las normas de convivencia de la cultura dominante se introyecta en el individuo a través del super yo y este ejerce una función céntrica del comportamiento del individuo. Surge así una angustia ante el super yo por la conducta indebida, que motiva a la abstención; pero si esta se realiza, el super yo nos castiga con el sentimiento de culpa. Sin embargo, si esto no resulta suficiente, los órganos del estado, sustituyendo a la autoridad parental, oponen un motivo al comportamiento indeseado: amenazan con imponer un castigo (la pena) ante la conducta lesiva y crean miedos reales que, la mayor de las veces, provocan la abstención, así sea sólo por el temor de ser descubierto.

Ciertamente no sabemos, como lo evidencian los estudios criminológicos, qué tan poderoso es el efecto disuasivo de la pena. Los índices de reincidencia permiten aseverar que, al menos en tratándose de delinquentes, su efecto no parece ser tan eficaz; sin embargo, es indudable que de algún modo y en alguna medida funciona, puesto que si

no la sociedad toda delinquiría. Es claro, desde luego, que esto se debe no sólo al miedo real que provoca la pena, sino también -como se ha visto- a la serie de valores que ha introjectado el individuo a lo largo de su vida (piénsese, por ejemplo, en las reglas de la casa, de la escuela, del grupo, etc.); lo que sucede es que la pena constituye la última sanción en la cadena de sanciones posibles (incluido el propio sentimiento de culpa) y que muchos, a no dudarlo, se detienen ante esta. Por ello pensamos que la amenaza de pena constituye una indudable realidad en la conciencia social, que coadyuva de manera importante a la inhibición de conductas lesivas para la colectividad.

Establecido pues, que la amenaza de pena busca la abstención de una conducta (y, medítese, no está ahí como tentación para optar por ella, sino para provocar un comportamiento deseado), es obvio que quienes no estén en aptitud de motivarse normalmente por las representaciones normativas (según un criterio culturalmente aceptado), no pueden ser responsables de sus acciones sociales: la pena aparece como innecesaria frente a quienes no pueden motivarse por ella.

La ausencia de motivación a que aludimos, puede ser, en algunos casos absoluta, como ocurre en los supuesto de error de prohibición invencible, en donde el sujeto ignora la existencia de la norma; pero también puede ser relativa (escasa o nula), según derive de la no comprensión de su significado, de su distorsión según un estándar normal o de una desconexión de la realidad, como sucede en los casos de inimputabilidad (psicóticos, oligofrénicos, niños de corta edad, etc.). Puede suceder, también, que en el caso concreto no exista una ausencia de motivación (absoluta o relativa) deducida de un estado del sujeto, pero sí un proceso anómalo de motivación a consecuencia de una situación anormal. Son los casos del llamado estado de necesidad exculpante, en donde si bien el sujeto conoce potencialmente la norma prohibitiva, como en un estado excepcional tal, que no le permite motivarse conforme a ella. Ocurre aquí un conflicto motivacional (una anomalía en la motivación) que deviene de la colisión de iguales o superiores valores humanos y ante la cual no se puede exigir lo imposible; de cualquier modo, la conducta habrá de determinarse por el motivo más poderoso (así, por ejemplo, la salvación de la vida a que motiva el instinto de conservación).

En todas las hipótesis anteriores, la irresponsabilidad (inculpabilidad) jurídico-penal, deriva de consideraciones preventivas, socialmente aceptadas: el castigo no aparece como necesario ni para el sujeto ni para la colectividad. Frente a los demás, la exención de pena para el inculpable en nada relaja la fuerza inhibitoria de la norma, pues el grupo entiende que se trata de situaciones o casos excepcionales (que además comprende y disculpa) que en nada disminuye su propia responsabilidad, salvo que obren en la misma circunstancia. En el caso del mismo inculpable, la imposición de la pena sería también preventivamente inútil: tratándose del que ignora invenciblemente la prohibición o de un inimputable, no habría de servirle para motivarse en lo sucesivo, pues ignoraría o no comprendería, respectivamente, la razón de su castigo: si se trata de quien actúa en un conflicto motivacional, el refuerzo motivador, derivado de la imposición de la sanción, sería también innecesario, pues en una situación igual volvería a motivarse de la misma manera.

Es obvio, desde luego, que en algunos de aquellos

En todas las hipótesis anteriores, la irresponsabilidad (inculpabilidad) jurídico-penal, deriva de consideraciones preventivas, socialmente aceptadas: el castigo no aparece como necesario ni para el sujeto ni para la colectividad. Frente a los demás, la exención de pena para el inculpaible en nada relaja la fuerza inhibitoria de la norma, pues el grupo entiende que se trata de situaciones o casos excepcionales (que además comprende y disculpa) que en nada disminuye su propia responsabilidad, salvo que obren en la misma circunstancia. En el caso del mismo inculpaible, la imposición de la pena sería también preventivamente inútil: tratándose del que ignora inevitablemente la prohibición o de un imputable, no habría de servirle para motivarse en lo sucesivo, pues ignoraría o no comprendería, respectivamente, la razón de su castigo: si se trata de quien actúa en un conflicto motivacional, el refuerzo motivador, derivado de la imposición de la sanción, sería también innecesario, pues en una situación igual volvería a motivarse de la misma manera.

Es obvio, desde luego, que en algunos de aquellos

casos pudieran existir razones preventivo-especiales que aconsejaran la imposición de la pena; mas sin embargo, no debe olvidarse que si la sanción solo puede derivar de una responsabilidad por el hecho (que en este punto funciona como limitante de las exigencias preventivas) y si con arreglo a lo anterior esa responsabilidad no existe o no se puede asumir, es claro que no puede haber pena (las funciones preventivo-especiales de la pena estarían reservadas para la fase de su ejecución, en un sujeto a quien previamente se declaró responsable de un hecho). Ello no obsta, empero, para que los inimputables (psicóticos u oligofrénicos) reciban el tratamiento médico que corresponda, si es que su enfermedad o deficiencia mental lo amerita. Aquí, el juez, impondrá las medidas asegurativas que resulten pertinentes, las cuales nunca podrán rebasar, de cualquier modo, la medida del hecho.

De esta manera surge como contraria la responsabilidad social de nuestras acciones individuales fundamentada positivamente la pena, la falta de su necesidad desde la optica preventivo-general que estamos analizando justifica plenamente su extensión.

Esta ausencia de necesidad de pena, es generalmente determinada por patrones culturales socialmente aceptados y recogidos por el legislador; mas sin embargo, este no ha limitado la exención de pena para los casos en los cuales se justifica generalmente por la inculpabilidad del sujeto; tambien ha extendido el beneficio para los supuestos en donde, a pesar de haberse constatado en el sujeto una responsabilidad jurídico-penal, surge sin embargo la evidencia de que de todos modos la imposición de la pena sería preventivamente inútil, ya sea por razones de prevención general o especial. Son los casos de renuncia facultativa a la pena, según la apreciación del juez, y en donde éste ha de ponderar no sólo las necesidades sociales de pena, sino también las particulares que derivan del sujeto y su circunstancia.

4. Por todo lo anterior, es que creemos posible la construcción de un Derecho Penal de culpabilidad, sin acudir para nada al viejo expediente del libre albedrío: es mas pensamos que un sistema penal basado en un criterio revisado de la responsabilidad social y en la necesidad de pena (como fundamentos positivo y negativo de ella), es aun

más beneficioso para el delincuente, pues si bien le ofrece la garantía libre albedriata de que no responderá más que de su hecho, tiene la ventaja imposible desde una visión meramente retributiva (292) de que la pena podrá excluirse o rebajarse en la medida de su necesidad.

Así las cosas, la culpabilidad aparece no como el juicio que indica si un hombre es libre o no, sino como la categoría jurídica que decide si un hombre debe o no asumir la responsabilidad de sus hechos penales ante la comunidad. Llegado a este punto, sin embargo, la voz "culpabilidad" -que conlleva una gran carga de desvalor ético- ya no parece tan adecuada para designar a la mencionada categoría sistemática, por lo que tal vez fuera preferible sustituirla por un término más neutro como "responsabilidad".

(192) Al respecto, véase ilustrativa la reciente cita de Jeschke: "Mientras que la función fundamentadora y limitadora de la pena por el principio de culpabilidad se halla fuera de toda duda, la cuestión de hasta qué punto la pena puede atenuarse por debajo de la medida de la culpabilidad por razones de prevención especial, se cuenta entre los problemas más discutidos de la actual ciencia del Derecho Penal. Si la pena ha de ser compensación de la culpable violación del derecho, porque sólo así cabe alcanzar de forma justa el fin de protección de la sociedad, debe mantenerse una adecuada proporción entre contenido de la culpabilidad y medida de la pena, evitando una reducción excesiva de la pena..." (Off. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, pp. 31-32).

5. Ahora bien, y afirmada la responsabilidad por el hecho, resta precisar cómo se determina la cuantía de la pena en un Derecho Penal preventivo.

Según se ha establecido antes (vid. nota 133), el principio de culpabilidad -tan caro al Estado de Derecho- establece que no puede haber pena sin culpabilidad. Ello, entre otras cosas, quiere decir que la pena no puede sobrepasar la medida de culpabilidad del hecho y que no pueden tomarse en cuenta elementos distintos a la acción culpable -cierto modo de ser o de comportarse- para sustentar o agravar la pena (Cordoba Roda) -y esto vale en mi opinión, no solo para el legislador, sino también para el juez en el momento de la concreción-, con lo que se alude, pues, a la idea de proporcionalidad entre penas y delitos.

Según la teoría tradicional, la pena justa sería entonces aquella que retribuyera exactamente el mal causado, por lo que el criterio de la retribución aparecería como el único camino viable para establecer la proporcionalidad entre penas y delitos. Mas sin embargo, como lo ha evidenciado

Roxin (vid. nota 179), la idea de lo que es una "pena justa", no necesariamente deriva de la retribución, sino de lo que socialmente se considera como justo o injusto (esto es: la aludida proporcionalidad se determina sobre todo por consideraciones sociales que son relativas -según la época- y no por un criterio absoluto -"metafísico"- de medición). Zaffaroni ha llamado a esta idea social de justicia el "sentimiento de seguridad jurídica", mismo que se siente lesionado cuando las penas rebasan -o disminuyen- su proporcionalidad con el hecho, causando alarma social (293).

Gimbernat también se ha referido a lo mismo cuando expresa que el rigor de la pena no puede aparecer como innecesario a los ojos de la comunidad ni producir más padecimiento del absolutamente imprescindible (vid. nota 159).

Por todo ello, es claro que la proporcionalidad entre penas y delitos no deviene indefectiblemente -en un Derecho Penal preventivo- de pautas retributivas, sino de

(293) Vid. Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, pp. 69 a.68.

consideraciones sociales que el legislador pondera a la luz del bien jurídico lesionado y al ánimo con que el autor produce la lesión -culposa o dolosamente (sobre esto, vid. Gimbernat, notas 168 y 170). La pena justa aparece entonces como aquella que resulta socialmente exigible, de donde deriva su armonización con la prevención general, pues para que la pena pueda cumplir adecuadamente su función de encauzar conductas, necesariamente debe ser proporcional con el hecho que pretende evitar.

Ahora bien, si hemos dicho que en un primer momento la pena cumple la función (preventivo-general) de encauzar conductas mediante la motivación a la abstención y que, en un tercer momento (el ejecutivo), ha de servir a fines preventivo especiales, promoviendo la readaptación del sujeto, resta precisar cual es la función que cumple en el momento intermedio (individualización de la sanción por el Juez).

En principio, es de toda evidencia que la concreción de la pena sirve a fines preventivo-generales, demostrando -al sujeto y a la comunidad- la veracidad de la amenaza. Con

ello, se refuerza el mandato imperativo de la norma. Pero, por otra parte, el Juez se encuentra obligado a imponer la pena justa, dentro del margen arbitral permitido por el legislador. ¿Cómo ha de determinarse esta? Pues creemos que acudiendo en primer término a la ponderación entre el desvalor del hecho y la serie de motivos recurrentes en el sujeto, tomando como criterio accesorio los fines preventivo-especiales de la pena, sólo en cuanto beneficie al inculpado. Con ello se asegura que la responsabilidad sea proporcional con el hecho y su circunstancia y se evita que se funde en un criterio peligrósista. Lo anterior, desde luego, redundará en el reforzamiento de la prevención general e impide que se lesione el sentimiento de seguridad jurídica.

Evidentemente, un juicio de valorativo de tal naturaleza, no implica necesariamente la expresión de una reprobación moral, ni tampoco representa un ajuste de cuentas. Desde este punto de vista, constituye un juicio valorativamente neutral, que juzga un hecho y una circunstancia y permite la imposición de una medida de pena, esta pena no se impone para expiar o retribuir la conducta culpable, sino para

prevenir la futura comisión de delitos, demostrando al propio infractor y a la colectividad, que el respeto a las normas mínimas de convivencia (como valor que se desea introjectar) no se encuentra en el tapete de la discusión. De este modo, la concreción del castigo aparece como un medio (encauzamiento de conductas individuales y colectivas) y no como un fin en si mismo. El límite de este castigo está dado, naturalmente, por la medida del hecho.

Así las cosas, todo parece indicar que la pena se impone porque sirve para mantener el orden y porque a través de la afirmación de ese orden se satisfacen necesidades preventivas. Mas sin embargo, con ello parecería sugerirse que el hombre es utilizado como un simple medio para conseguir otros fines y que, en consecuencia, la pena no se fundamenta en su propia responsabilidad, sino en las necesidades preventivas. Con esta paradoja encontramos de nuevo en el punto de partida, pues si la pena se fundamenta en su necesidad, ¿qué caso tendría acudir a fundamentaciones con aquella de la responsabilidad humana. ¿Cómo corregir un planteo como este?

Pues bien, y si en principio resulta cierto que la imposición de la pena sirve a los efectos de mantener el orden y reforzar la prevención general, no lo es menos que ello es sólo la consecuencia derivada de un deber más general que todo hombre debe asumir. Así como el orden social garantiza a sus miembros las condiciones mínimas para su desenvolvimiento individual y colectivo, exige también que cada uno de ellos aporte el mínimo de disciplina que el mantenimiento de ese orden requiere. Si el hombre transgrede o no respeta las normas mínimas que se le imponen como carga y no existen en su caso circunstancias que lo impidan, está obligado, en cumplimiento de aquel deber social, a asumir toda la responsabilidad que deriva de sus acciones, pues sólo de ese modo es posible el funcionamiento de la vida colectiva. La pena se impone entonces porque el hombre está obligado a responder de sus acciones y no por el porque encuentra su fundamento y su límite y no porque ello sirve para mantener el orden y reforzar la prevención general. En el porque y el para que de la pena, está pues la clave para entender la diferencia entre su fundamento y su función, pues de este modo el hombre no aparece ya como objeto, sino como el ente al que se le reconoce como capaz de asumir un deber en

beneficio de todos. Si ello colateralmente implica su utilización como medio, es sólo la consecuencia obligada de su propia responsabilidad, que por lo demás no puede ir más allá de ella misma (294)

Lo antes dicho nos hace creer pues como factible la edificación de un sistema penal orientado hacia la prevención, sin que por ello sufra menoscabo su también importantísima función de garantía para el ciudadano. En este sentido la frase de Liszt de que el Derecho Penal es la "carta magna del delincuente", no ha perdido su vigencia.

S. Una última precisión y una observación necesaria, quisiera añadir al planteamiento expuesto. Si hemos dicho que el Derecho Penal es sólo una herramienta más dentro de una estrategia global de prevención del delito, en donde confluyen las diversas ciencias penales (particularmente la

(294) Un planteo similar, aunque no explicitado de esta forma, puede encontrarse también en Roxin (Uld. Sentido y Límites de la Pena Estatal en Problemas Básicos del Derecho Penal, pp. 24-27).

Criminología), parecería obvio que la planeación político-criminal sobre el uso de la pena deberá ser cada vez menos intuitiva y apoyarse cada vez más en las ciencias empíricas. Ello entre otras cosas, implica un análisis de la realidad cultural y subcultural donde la pena se aplica, a efecto de que las condenaciones penales se limiten a proteger sólo aquellos bienes jurídicos que resulten indispensables para el funcionamiento de la vida colectiva, bajo la idea de que sólo se debe acudir al Derecho Penal, cuando todo lo demás ha fallado. El carácter subsidiario del Derecho Penal, debe estar, consecuentemente, siempre presente en la planeación político criminal.

Una política criminal lo más racional posible parece sugerir, entonces, que los enunciados normativos del Derecho Penal deberán verse influidos en medida mayor por un extenso material empírico y que incluso algunos de sus postulados valorativos deben penetrar en el sistema del Derecho Penal, de tal modo que la aplicación de la pena pueda, en algunos casos, por criterios extrínsecos al sistema, tal y como sucede con el instituto de renuncia la

sanción por parte del Juez (295).

Por último una observación necesaria. Es de toda evidencia que en un planteo como el aquí desarrollado, no tiene otro propósito que contribuir al encuentro de los nuevos

(295) / Sobre el sentido atribuido a la política criminal, no parece haberse insistido mucho a lo largo del presente trabajo. Por ello no creemos inoportuno hacerlo en este momento. En términos generales se la considera como una ciencia autónoma que tiene por objeto la planeación de la lucha estatal contra el crimen y que se sirve para ello de medios tanto preventivos como represivos. En este sentido, se trata de una ciencia amplia que se sirve del conglomerado de las ciencias penales. En un sentido más restringido (y que es el que con mayor frecuencia se refieren los autores mencionados en este trabajo), se la concibe como la serie de principios o directrices que, tomados en las ciencias empíricas, sirven la planeación y configuración del Derecho Penal, de modo que este pueda cumplir de mejor manera su función de prevención del delito y protección de la sociedad. Se ayuda aquí a la serie de postulados o axiomas en que se apoyan las doctrinas derivadas del Derecho Penal en su extensión, se había entendido de "Escuela Político-Criminal" o "Orientación Política Criminal", para referirse a la dirección que, conforme a esos postulados, toma un determinado Derecho Penal (Sobre el particular, cf. Rodríguez Manzanaera, Criminología, pp. 110, 111; Górringh, Criminología, pp. 19, 20; Mir Puig, Derecho Penal, pp. 10, 11, 110b; Trabattoni, T. II, p. 60; Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, pp. 61, 62; Saffaroni, Manual, p. 90; Juchacz, Tratado, T. I, pp. 27, 30; Duelli Gilson, Derecho Penal, p. 30; Muñoz Conde, Introducción al Derecho Penal, p. 127).

fundamentos teóricos que requiere el Derecho Penal; es decir, busca proporcionar las bases para que el uso y la aplicación de la pena sea cada vez más racional, reduciendo al mínimo sus cada vez más altos costos sociales. Y ello sólo parece posible si se parte de la idea de que el Derecho Penal (su utilización) debe orientarse a la prevención del delito.

Un reclamo como este, dirigido a los planeadores, aplicadores y ejecutores del Derecho Penal (en suma, a los órganos de gobierno del Estado), aparece entonces como perfectamente comprensible y hasta exigible: el Derecho Penal debe proteger al máximo aquellos bienes jurídicos que resultan indispensables para el desarrollo de la vida colectiva, con el mínimo de sufrimiento individual y al menor costo social.

Sin embargo, no escapa a nuestra atención (y ello merecería quizá después ser mejor explicado) que cuando de simple espectador del drama penal se pasa a ser la víctima o el delincuente, la perspectiva cambia y las cosas se miran de otro modo. Cuando el ciudadano común o sus seres

cercanos no son sujetos activos o pasivos del delito, perfectamente pueden apoyar un planteo como el antes expresado e incluso pueden emitir juicios despersonalizados sobre lo injusto o lo justo que resulta una pena en relación con un hecho determinado. Sin embargo, esos hechos no le atañen personalmente, ni tampoco puede que le interesen particularmente. Simplemente se trata de opiniones impersonales, que el Estado puede tomar en cuenta para medir el grado de tolerancia o de presión sobre determinadas conductas.

Empero, cuando el hecho lo afecta a él personalmente, cuando de observador neutral se convierte en la víctima o en el delincuente, el ciudadano común se ve impedido para emitir esos juicios impersonales: es ya actor y parte en el drama. Si es víctima, con toda seguridad pedirá venganza, reclamará que se le haga justicia y buscará que la pena retribuya lo más exactamente el mal que se le causa. Si, en cambio, resulta ser el delincuente, pedirá ser comprendido, exigirá ser tratado con benevolencia y tratará que quien lo pena entienda su circunstancia.

Y esto, que a cualquiera puede pasarle (incluso a quienes planean, aplican o ejecutan el Derecho Penal), no podría ser explicado por la más fina teoría de los fines de la pena o del Derecho Penal: se encuentra entre aquellas paradojas irresolubles del alma humana: ¿por qué la misma persona, en diferente situación, puede pasar, de solicitar la aplicación del retribucionismo más puro, a demandar que se le comprenda en su circunstancia y se le justifique por sus motivos? Una respuesta aproximada, tal vez, podría darse con auxilio de las ciencias empíricas; pero en verdad, no es la misión del penalista el ofrecer esa respuesta: su trabajo consiste en diseñar un Derecho Penal mejor. Por ello, lo único que aparece como dable exigirle es que, al elaborar su ciencia, no substituya la razón por la pasión, esto es, que no piense como víctima ni tampoco como delincuente.

Y ello, es también extensible a los planeadores, aplicadores y ejecutores del Derecho Penal: su labor no consiste en hacer la justicia de las víctimas a través del retribucionismo más absoluto, ni tampoco en redimir a los

delinquentes por medio del más benevolente sistema, puesto que si así fuera, el Derecho Penal dejaría de estar al servicio de la sociedad, para convertirse en instrumento de la pasión y de los más abigarrados sentimientos humanos; sería de este modo algo poco menos que irracional. Y no es precisamente sobre la irracionalidad como puede aspirarse a tener un Derecho Penal mejor.

Lo anterior, desde luego, no significa que los fines preventivos del Derecho Penal y la protección de los bienes jurídicos, deban alcanzarse aún a costa de una excesiva dureza con el delincuente y de una desprotección absoluta de las víctimas del conflicto social más descarnado. Por el contrario, una visión lo más racional posible, obliga a tener presente que las penas deben respetar la dignidad del delincuente como persona, prohibiendo, entre otras cosas, las penas infamantes o de consecuencias perdurables (por ejemplo, muerte o esterilización) y que en el plano ejecutivo, la pena primordialmente debe ver por la resocialización del condenado.

En lo que toca a las víctimas, y si bien el sistema penal se ve impedido para satisfacer totalmente sus apetitos retribucionistas (aunque de algún modo la aplicación de la pena los satisfaga indirectamente), es obvio que debería ofrecérseles algo más que el instituto de la reparación del daño, creando la infraestructura necesaria para que reciban toda la ayuda moral, médica, psicológica, económica o laboral que requieran, pues no aparece como equitativo que la víctima de un conflicto social cargue sola con una consecuencia que indirectamente corresponde a la sociedad entera.

Con ello, agotamos la parte propositiva de nuestro trabajo y que no tiene otro carácter más que el preliminar que sigue a las primeras apreciaciones; tal vez futuras y más maduras reflexiones pudieran adelantarla, con todo lo imperfecto que el quonacer humano puede ser, a la obra concluida. Mientras tanto, queda ahí como la modesta aportación de un penalista preocupado por el futuro del Derecho Penal.

BIBLIOGRAFIA

- ACHENBACH, Hans. Riflessioni Storico-Dogmatiche Sulla Concezione Della Colpevolezza Di Reinhard Frank. Traduzione dal dott. Sergio Moccia. En: Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale. Nuova Serie. Anno XXIV, Fasc. 3. Luglio - Settembre 1981. Milano - Dott. A. Giuffrè Editore.
- ALIMENA, Bernardino. Principios de Derecho Penal. Traducido y anotado por Eugenio Cuervo Calón. Madrid. Librería General de Victoriano Suárez, 1915. Volumen I.
- ALBRECHT, Hans - Jörg. Las Sanciones en el Derecho Penal de Menores. Una comparación de la medidas privativas de libertad y no privativas de libertad bajo la luz de la investigación - criminológica. Publicado en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; año IV, núm. 10, enero-abril de 1989, México.
- ANTOLISEI, Francesco. Manuale Di Diritto Penale: Parte Generale. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. 1947.
- BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito. Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.; Buenos Aires, Argentina. 1974.
- BARATTA, Alessandro. Criminología y Dogmática Penal. Pasado y Futuro del modelo integral de la Ciencia Penal. Trad. del italiano por Roberto Bergalli. Publicado en el volumen: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal; Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 1982.
- BAUMANN, Jünger. Derecho Penal: Conceptos Fundamentales y Sistema. Trad. de la 11ª edición alemana de 1972 por el Dr. Conrado A. Finci. Edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1981.
- BELING, Ernst von. Esquema del Derecho Penal. Trad. de la 11ª edición alemana (1930) por el Dr. Sebastián Soler. Editorial Depalma, Buenos Aires. 1944.
- BETTIOL, Giuseppe. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Trad. del italiano por Fustino Gutiérrez Alviz. Barcelona, - Bosch, Casa Editorial. 1977.
- BERGALLI, Roberto. Observaciones Críticas a las Reformas Penales Tradicionales. Publicado en el volumen Política Criminal y Reforma del Derecho Penal; Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 1982.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. 1era edición. España. Editorial Ariel. 1984.
- CARBONERA y JORDANO. Paul. Derecho Penal Romano. Parte Gene

nal. 11va edición. México: Editorial Porrúa, 1977.

CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal: Parte General. Trad. del italiano por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Editorial Temis. Bogotá, 1972. Volumen I.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal: Parte General. 2da edición. México: Editorial Porrúa, 1975.

CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español: Parte General I. 5era edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

CEREZO MIR, José. La Polémica en torno a la Doctrina de la Acción Finalista en la Ciencia del Derecho Penal Española. Publicado en: Nuevo Pensamiento Penal, mayo - agosto, Buenos Aires, 1972.

CESAPINI SPORZA, H. Filosofía del Derecho. Trad. del italiano por Marcelo Cheret. Argentina, Ediciones Jurídicas Europa América, 1961.

CORDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y Pena. España. Bosch, Casa Editorial, 1977.

CORDOBA RODA, Juan. El Conocimiento de la Antijuricidad en la Teoría del Delito. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1962.

CORDOBA RODA, Juan. La Pena y sus Fines en la Constitución. Publicado en el volumen: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1982.

CUELLO COLÓN, Eugenio. Derecho Penal: Parte General. México. 5na edición: Editora Nacional, 1976.

DÍAZ FALLOS, Fernando. Culpabilidad Jurídico - Penal. Separado de Nueva Enciclopedia Jurídica. Edicionado con una conclusión. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.F.

DUNKEL, Frieder. Alternativas a la Pena Privativa de Libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación aplicada sobre funciones. Publicado en: Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: año IV, núm. 10, enero - abril de 1989, México.

EUSEBI, Luciano. Il Futuro del Principio Penalistico di Colpevolzza. Note in memoria ad un contributo di Goulet Strau--tenwerth. En: Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale. Nuova Serie, Anno XXV, fasc. 1, gennaio - Marzo 1982. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore.

FERRI, Enrico. Sociología Criminal. Editorial Góngora, Madrid, S.F. Tomo Segundo.

FRANK, Reinhard. Estructura del Concepto de Culpabilidad. Anar

tado del homenaje de la Facultad de Derecho de Giessen con --
ocasión del Tercer Centenario del Alma Mater Ludoviciana --
(1907). Versión castellana de Sebastian Soler. Publicaciones
del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile. --
1966.

FREUD, Anna. El Yo y los Mecanismos de Defensa. Trad. del ale-
mán por Y.P. de Carcamo y D.E. Carcamo. 2da reimpresión, Méxi-
co: Editorial Paídos, 1984.

FREUD, Sigmund. Obras Completas. Ordenamiento, comentarios y
notas de James Strachey con la colaboración de Anna Freud. Tra-
ducción directa del alemán por José L. Echeverry. Buenos Ai-
res, Amorrortu Editores, 1978-82. Tomos 17, 19, 21 y 22.

GALLAS, Wilhem. La Teoría del Delito en su Momento Actual. Tra-
ducción del alemán por Juan Córdoba Roda. Barcelona, Bosch, --
Casa Editorial, 1959.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Filosofía del Derecho. 2da edición, --
México: Editorial Porrúa, 1977.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de Derecho Penal. 2da edi-
ción ampliada. España: Editorial Civitas, 1981.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídica
dicopnal? En: Problemas Actuales de las Ciencias Penales y --
la Filosofía del Derecho, en Homenaje al Profesor Luis Jimé-
nez de Asúa. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Pannedille, --
1970.

GOLDSCHMIDT, James. La Concepción Normativa de la Culpabili-
dad. Traducción del alemán por Margarethe de Goldschmidt y Ri-
cardo C. Núñez. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. 4ta
edición. México: Editorial Porrúa, 1978.

GÖPPINGER, Hans. Criminología. Trad. del alemán por María Lui-
sa Schwarz e Ignacio Quiroga Castro. Instituto Editorial --
Reus, Madrid, 1970.

GRAF ZU DORNHA, Alexander. La Estructura de la Teoría del Deli-
to. Trad. de la cuarta edición alemana por el Dr. Carlos Fon-
tán Balestra en colaboración con el Sr. Eduardo Feiker. Editó-
rial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1951.

GUERRA DE VILLALAZ, Anna E. El Finalismo en el Derecho Penal.
Publicado en: Revista Penal. Organó de Investigación del Depar-
tamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universi-
dad de Panamá, 1981.

HART, H.L.A. The Concept of Law. Oxford, Oxford University --
Press, 1961.

HEBEL, G.U. Friedrich. Filosofía del Derecho. Prólogo y nota

biográfica de Juan Garzón Bates; 2da edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

ISLAS, Olga. Analisis lógico de los Delitos contra la Vida. - 1era edición, México: Editorial Trillas, 1982.

JAKOBS, Günther. Schuld und Prävention. Ein Recht und Staat - in Geschichte und Gegenwart. 452-453. Tübingen, J.C.B. Mohr - (Paul Siebeck), 1976.

JESCHECK, Hans Heinrich. Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal. Publicado en el - Volumen Política Criminal y Reforma del Derecho Penal; Bogotá, Colombia. Editorial Temis, 1982.

JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Trad. de la tercera edición alemana (1978) por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde; Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981. Tomo I.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. 1era edición, México: Editorial Hermes, 1986.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. 2da edición, Buenos Aires: Editorial Lozada, 1963. Tomo V: La Culpabilidad.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. 5ta edición, México: Editorial Porrúa, 1985. Tomo I.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Antijuricidad. México. Imprenta - Universitaria, 1952.

KANT, Manuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Traducción del alemán por Manuel García Morente; 5ta - edición, México: Editorial Porrúa, 1986.

KAUFMANN, Armin. La Etición del Derecho Penal. Trad. del alemán por Santiago Mir Puig. Publicado en el volumen: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal; Bogotá, Colombia. Editorial Temis, 1982.

KAUFMANN, Armin. Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna. Trad. del alemán por Enrique Saccajalupo y Ernesto Garzón Valdez. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Trad. de la 3da edición alemana por Roberto I. Verdberg, México, 5ta edición: - Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

LARIOS VALENCIA, Roberto. Alternativas a la Pena de Prisión. Substitutivos Penales y medios para suprimir la privación de libertad innecesaria o injusta. En: Memoria del Coloquio Mexicano-Alemán de Derecho Penal y Criminología, Guadalajara, México; Edición de la Academia de Ciencias Sociales de Occidente, 1983.

LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal. Trad. de la 18 - edición alemana por Quintiliano Saldana; tercera edición -- (sin año). Madrid: Instituto Editorial Reus. Tomo Primero.

LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal. Trad. de la 20 - edición alemana por Luis Jiménez de Asúa; tercera edición -- (sin año). Madrid: Instituto Editorial Reus. Tomo Segundo.

LONDONO BERRIO, Hernando. El Error en la Moderna Teoría del Delito. Editorial Temis. Bogotá, 1982.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. Antinomias Penales y Medición de la Pena. Publicado en el volumen Política Criminal y Reforma del Derecho Penal; Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1982.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Trad. del italiano por José J. Ortega Torres. Editorial Temis. Bogotá, 1971. Volumen I.

MAURACH, Reinhard. Tratado de Derecho Penal. Trad. del alemán por Juan Córdoba Roda. Barcelona. Ediciones Ariel, 1962. Tomo II.

MEZGUER, Edmund. Derecho Penal: Parte General. Trad. de la -- 6ta edición alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, S.F.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. 2da edición. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, -- 1985.

MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. 2da edición. Barcelona: Bosch. Casa Editorial, 1982.

MIR PUIG, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal. Bosch. Casa Editorial, 1976.

MOLINA, García-Pablos de. La Supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal. En: Estudios Penales. Editorial Bosch. Casa Editorial, 1984.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Culabilidad y Prevención en Derecho Penal. En: Cuadernos de Política Criminal, No. 10; España. -- Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Barcelona. Bosch. Casa Editorial, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La Resocialización del Delincuente. Análisis y Crítica de un Mito. Publicado en el volumen: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal; Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1982.

RAMOS VASCONCELOS, Francisco. Identificación e Imputabilidad.

1era edición . México: Editorial Porrúa, 1983.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano: Parte General. 3na edición. México: Editorial Porrúa, 1990.

PERRON, Walter. Problemas Principales y Tendencias Actuales de la Teoría de la Culpabilidad. Trad. del alemán por Juan Muñoz Sánchez. Publicado en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Año IV. núm. 10. enero-abril de 1982. México.

PICCO, Georges. La Criminología. Trad. del francés por Esther Herrera. 1era edición. México: Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1987.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte - General del Derecho Penal. Décima edición. México: Editorial Porrúa, 1985.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. La Culpabilidad en el Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano. En: Revista Jurídica Veracruzana. Órgano del Tribunal Superior de Justicia -- del Estado de Veracruz. Núm. 4. octubre a diciembre de 1971.

RADBROUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho. -- Traducción del alemán por Mercedes Socor. Tercera reimpresión. México: Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1978.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. Tercera edición. México: Editorial Porrúa, 1982.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. La Crisis Penitenciaria y los Substitutos de la Prisión. México. Instituto Nacional de Ciencias penales, 1984.

RODRIGUEZ MOUFULLO, Gonzalo. Directrices Político-Criminales del Anteproyecto de Código Penal. Publicado en el volumen: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Bogotá, Colombia. Editorial Temis, 1982.

ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Traducción del alemán. Introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. España. Instituto Editorial Reus, 1981.

ROXIN, Claus. El Desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo. Trad. del alemán por J. Queralto. Publicado en el volumen: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Bogotá, Colombia. Editorial Temis, 1982.

ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Traducción del alemán e introducción de Francisco Muñoz Conde. Barcelona. Bosch. Casa Editorial, 1972.

ROXIN, Claus. Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad. del alemán y notas por Diego Manuel Lucan Peña. Madrid: Editorial Reus, 1976.

SOLER, Sebastian. De la Culpabilidad en General. Publicado en an Criminalia, Revista Mensual de Criminología, año VI, núm. 8: abril 1 de 1940. México.

STRATENWERTH, Günter. El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad. Versión castellana de Enrique Bacigalupo -- con la colaboración de Agustin Zugaldia Espinar. España, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. Trad. -- de la 2da edición alemana (1976) por Gladys Romero. Madrid, -- Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.

STRATENWERTH, Günter. Tendencias y Posibilidades de una Reforma del Derecho Penal. Publicado en el volumen: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1982.

TAMAYO y SALMORAN, Rolando. El Derecho y la Ciencia del Derecho. Primera reimpresión, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

TERAN, Juan Manuel. Filosofía del Derecho. 8va edición. México: Editorial Porrúa, 1980.

VELA TREVINO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría -- del Delito. 2da reimpresión. México: Editorial Trillas, 1983.

VILLAPPEAL PALOS, Arturo. La Función de la Pena. En: Criminalia: Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales: año LIII, núms. 1 - 12, México, D.F., ene.-dic. 1987. Editorial -- Porrúa.

VILLARREAL PALOS, Arturo. Proyecto de Ley para la Justicia y Tratamiento del Menor Infractor en el Estado de Jalisco, precedido de algunas consideraciones substantivas sobre la materia. Tesis para obtener el Grado de Maestro en Derecho Penal. Universidad de Guadalajara, agosto de 1988 (inédita).

VINOGRADOFF, Paul. Introducción al Derecho. Trad. del inglés por Vicente Herrero. 2da reimpresión. México: Brevarios del Fondo de Cultura Económica, 1985.

WARREN, Howard C. Diccionario de Psicología. Trad. del inglés por E. Imaz, A. Alatorre y L. Alaminos. Decimosexta reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Versión castellana y notas por José Corozo Mir. Barcelona: Ediciones -- Ariel, 1964.

WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Trad. del alemán

por el Dr. Carlos Fontán Balestra en colaboración con el Sr. Eduardo Friker. Buenos Aires. Rogue Depalma, Editor, 1956.

WELZEL, Hans. La Teoría de la Acción Finalista. Trad. del -- alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra en colaboración con el Sr. Eduardo Friker. Buenos Aires. Editorial Depalma, 1951.

WESSELS, Johannes. Derecho Penal: Parte General. Trad. de la 6ta edición alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

WOLFGANG, Marvin E. y FERRACUTI, Franco. La Subcultura de la Violencia: Hacia una Teoría Criminológica. Trad. del inglés -- por Antonio Garza y Garza. 1era reimpresión. México. Fondo de Cultura Económica, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: Parte General. México. 1era edición. Cárdenas, Editor y Distribuidor, -- 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Síntesis de Algunas Implicaciones -- del Concepto Finalista de la Conducta en la Teoría General -- del Delito. Publicado en Criminalia, Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 31 de octubre de 1971, número 10.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE -- 1931. 7da edición. México. Editorial Juscañi, 1963.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1871 En: Leyes Penales Mexicanas. México. Instituto Nacional de -- Ciencias Penales, 1979. Tomo I.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE 1835. En: Leyes Penales Mexicanas. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979. Tomo I.

PARTE GENERAL DEL CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA (Texto establecido por la segunda ley de reforma de Derecho Penal, del 4 de julio de 1952, que regirá a partir del 1 de enero de 1975). Traducción y notas de Julio L. Espíndola. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976.

DICCIONARIO DEL LENGUAJE FILOSOFICO. Barcelona. Editorial Labor, 1967.

DICCIONARIO UNESCO DE CIENCIAS SOCIALES. España. Editorial -- Planeta-De Agostini, 1967. Tomo I.

ENCICLOPEDIA SALVAT DICCIONARIO. Salvat, Editores. Barcelona, 1971. Tomos 9 y 10.