

CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES EN TORNO A LA CULPABILIDAD

Moisés MORENO HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción y planteamiento del problema.* II. *Consideraciones generales.* 1. *Exposición de las diversas concepciones en torno a la culpabilidad.* a) *Antecedentes generales.* b) *Concepción psicológica y normativa de la culpabilidad.* c) *La culpabilidad de acto y culpabilidad de autor.* 2. *Funciones de la culpabilidad.* 3. *Críticas a las concepciones expuestas. Situación actual de la discusión.* a) *Críticas al concepto de la culpabilidad.* b) *Crítica a las funciones de la culpabilidad.* III. *Consideraciones particulares.*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Después de que el positivismo italiano rechazó en la segunda mitad del siglo pasado el concepto de culpabilidad, como fundamento de la pena —tal como lo hacía valer la escuela clásica—, en virtud de lo indemostrable que resultaba su principal premisa: el *libre albedrío*, en ninguna otra época había sido puesta en tela de juicio la culpabilidad como en los últimos años.

Diversos autores, incluso de distintas tendencias, someten a severa crítica a varias concepciones tradicionales, porque son poco o nada eficaces para resolver los problemas, o bien, porque sus contenidos carecen de base científica. Entre los conceptos que han sido objeto de rigurosos exámenes, para determinar si desempeñan realmente una función o si cumplen con los fines que teóricamente se les asignan, no sólo desde el punto de vista dogmático sino también y fundamentalmente desde la perspectiva político-criminal, está el de culpabilidad. De esta manera se mencionan, por una parte, propuestas para rechazar que el concepto de culpabilidad cumpla alguna función “sistemática” en la estructura del concepto de delito y, por otra, argumentos de quienes le niegan cualquier función político-criminal, ya sea como “fundamento” o bien como “límite” de la pena, por lo que la desechan y la sustituyen por

otro principio. Una postura intermedia, en cierta forma moderada y razonable, entre éstos y los que sin objeción alguna le reconocen a la culpabilidad las anteriores funciones, que sin duda son la doctrina dominante en la actual ciencia del derecho penal, es adoptada por aquellos autores que, si bien critican duramente el concepto de culpabilidad, no se van al extremo de rechazarla, sino que ven la conveniencia de su mantenimiento y sólo le señalan algunos correctivos.

Al ponerse en tela de juicio conceptos tradicionales de tal magnitud, como la culpabilidad, por no partir de bases científicas seguras y no responder a las exigencias político-criminales de la hora, se afectan directamente pilares sobre los que descansa la actual ciencia jurídico-penal. Y, al cuestionarse sus tradicionales principios, se pone en entredicho, por tanto, el mismo destino del derecho penal y, con él, los alcances del poder punitivo del Estado.

Trátase, entonces, de un punto incuestionablemente neurálgico de la misma ciencia del derecho penal.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Exposición de las diversas concepciones en torno a la culpabilidad

¿Cuál es el concepto de culpabilidad que vamos a manejar, junto al cual tengamos que analizar las diversas críticas enderezadas y las posibles soluciones?

En la actualidad, es opinión dominante en la doctrina penal de que la culpabilidad ha de entenderse como “reprochabilidad”, o, en otras palabras, como *juicio de reproche* que se hace al sujeto que realizó una acción antijurídica, pudiendo haber actuado de otra manera; es decir, al sujeto se le reprocha, en la medida en que tuvo “alternativas” de actuar y, “en lugar de” actuar conforme a derecho, realiza una acción antijurídica. Este concepto de culpabilidad, por otra parte, es un concepto de culpabilidad “por el hecho” o *culpabilidad de acto*, al que se contrapone el de “culpabilidad de autor”.

a) *Antecedentes generales*

Previo a la referencia a las diversas concepciones actuales, permítaseme algunas anotaciones históricas:

En el desarrollo del derecho penal, una primera etapa, a la cual corresponde el derecho germánico, se caracteriza porque la realización del derecho estaba fundamentalmente en manos de la parentela; era la autoayuda de los grupos la que venía a restablecer el *status quo*. Es a partir de mediados del siglo XII cuando aparece la pena estatal como una sanción ligada a la culpabilidad moral: “el hecho es una *malitia*, una *iniquitas* y el autor un *perversus homo*. El derecho penal se ha etizado”;¹ es la época en que la sociedad se ha organizado ya en forma de Estado y el derecho penal pasa a manos de unos poderes políticos centralizados, que se extiende hasta fines del siglo XVII, en que se inicia una etapa más, la de la sociedad moderna. En ésta, los conflictos sociales son tratados a partir de una estricta separación del derecho y la moral, emprendida por Chr. Thomasius,² y que se acentúa sobre la base de “fines racionalmente verificables”. El pensamiento orientado al *fin de la prevención* adquiere notable influencia en el derecho penal del iluminismo, según puede constatarse en la obra de *Beccaria*³ o en la opinión desarrollada por *Lardizábal*,⁴ sin olvidar la controversia científica sobre la alternativa prevención especial —prevención general, que llevaron a cabo a finales del siglo XVIII y principios del XIX, ante todo *Grolman* y *Feuerbach*, al mismo tiempo que *E. Ferdinand Klein* fundamentaba por primera vez la diferenciación de la pena y la medida de seguridad en una forma teórica.⁵ A partir de entonces, la culpabilidad vinculada a la moral y la pena referida a la expiación se encuentran a la defensiva frente a las medidas preventivas. Es decir, desde entonces empiezan a ser cuestionados el principio de la culpabilidad y la teoría retribucionista que encuentra en él su fundamento o justificación. Se inicia

¹ Stratenwerth, Günter, “Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips”. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. C. F. Müller Juristischer Verlag, GmbH, Heidelberg-Karlsruhe, 1977.

Hay traducción española de Enrique Bacigalupo, “El futuro del principio de culpabilidad”, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid LXXX, 1980.

² Cfr. Wetzel, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962, pp. 164 y ss.

³ Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Edición de Gian Domenico Pisapia, Giuffrè, Milán, 1964.

⁴ Manuel de Lardizábal, *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782.

Sobre el desarrollo del pensamiento de la culpabilidad y la prevención en el derecho penal español, puede consultarse E. Bacigalupo, “Culpabilidad y prevención en la fundamentación del derecho penal español y latinoamericano”, en G. Stratenwerth, *El futuro del principio de culpabilidad*, Madrid, 1980, pp. 9 y ss.

⁵ Cfr. Schmidt, Eb, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., 1965, pp. 226 y ss. Véase también G. Stratenwerth, *op. cit.* (trad.), p. 88.

así la oposición entre retribución y prevención, entre derecho penal y política criminal,⁶ entre un derecho de penas y un derecho de medidas, que se acentúa por la aparición —en la segunda mitad del siglo pasado— de la tendencia preventivo-especial inspirada por el positivismo; misma tendencia que en el pensamiento penal moderno se caracteriza por su *racionalidad*, ya que trata de fundamentar la eficacia de sus proposiciones apoyándose en los conocimientos de las ciencias sociales empíricas. Pero se hace valer un límite *irracional*, que encuentra su explicación en el resguardo de la seguridad jurídica y en el mantenimiento de las estructuras legislativas y dogmáticas del derecho penal vigente. Tal era el pensamiento de *Franz von Liszt*, quien, ante la consideración de la influencia de la investigación sociológica y antropológica sobre los conceptos fundamentales del derecho penal y ante la perspectiva de que el Código Penal se transformara en la Carta Magna del delincuente, estableció: “el Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal”.⁷

Con esta discusión se llega al final del siglo XIX y casi tomados de la mano, animados por un cierto espíritu de unificación, cruzan los umbrales del siglo XX la teoría retributiva y la preventiva: el criterio que busca el límite de la pena en la culpabilidad del autor, por un lado, y el que se basa en la exigencia del “tratamiento”, por el otro. Los conceptos de *culpabilidad* y *peligrosidad* empiezan a transitar juntos el amplio campo del derecho penal y de la política criminal, como los puntos de conexión del sistema de reacción estatal frente a la comisión de un hecho antijurídico.

La polémica de que aquí se habla se circunscribe en principio en torno a los conceptos que hasta entonces se manejan por la ciencia del derecho penal, que presuponen una serie de afirmaciones que son precisamente las que se cuestionan por su “irracionalidad”. Entre esas afirmaciones destaca la de que la culpabilidad implica la aceptación de que el hombre es “libre”, es decir, de que existe *libertad de voluntad*; luego, la afirmación de que la culpabilidad es un *juicio de reproche*. Es sobre estos puntos donde yace gran parte de la materia de la discusión futura.

⁶ Cfr. sobre esto E. Bacigalupo, “Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-política criminal”, en *Revue Internationale de Droit Penal*, año 49, núm. 1, 1978, pp. 15 y ss.

⁷ Liszt, Franz von, “Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts”, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, 1905; reproducción fotomecánica de Walter de Gruyter y Co., Berlin, 1970, p. 80

b) *Concepción psicológica y normativa de la culpabilidad*

Antes de contemplar las consideraciones críticas a las concepciones dogmáticas y político-criminales actuales, es conveniente hacer alguna referencia a las elaboraciones dogmáticas sobre el concepto de culpabilidad, por ser tema central de esta intervención y por ser de la opinión de que las decisiones político-criminales deben tomar como base las aportaciones dogmáticas. Si a la culpabilidad se le reconoce o asigna una determinada función político-criminal, habrá que tener un concepto de ella y de su función dogmática, saber qué elementos o ingredientes la integran y, así, consecuentemente, conocer las causas de su exclusión.

Si bien la problemática de la culpabilidad es muy antigua y todos los autores se han ocupado de ella, su concepto y sistematización, tal como actualmente la entendemos, es de reciente data.⁸ Es apenas a partir de mediados del siglo pasado, con Merkel⁹ y Binding¹⁰ cuando encontramos planteamientos de ella semejantes a los que modernamente se hacen.

En el desarrollo de la dogmática jurídico-penal moderna, cuyo inquestionable iniciador fue *Franz von Liszt* (1881), dos han sido fundamentalmente los conceptos que se han elaborado de la culpabilidad, uno "psicológico" y otro "normativo", que a su vez han dado origen a dos teorías correspondientes, siendo el segundo el que mayores transformaciones experimenta, sobre todo a raíz de la teoría de la acción finalista de *Welzel*.

ba) La "concepción psicológica de la culpabilidad", que se corresponde con el naturalismo causalista y se fundamenta en el positivismo del siglo XIX, parte de la distinción tajante entre el objetivo y lo subjetivo del delito, refiriéndose lo primero a la antijuridicidad y lo segundo a la culpabilidad. Esta, por tanto, es entendida sólo subjetivamente, como *relación psicológica* entre el autor y su hecho, que se agota en sus especies o formas: "dolo" y "culpa", y tiene a la "imputabilidad" como su presupuesto.¹¹

⁸ Cfr., Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas, *Derecho penal latinoamericano comparado*, Buenos Aires, 1981, t. I, parte general, Ed. Depalma, p. 282.

⁹ Merkel Adolf, "Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen", en *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867.

¹⁰ Binding, Karl, *Die Normen und ihre Ibertretungen*, 3ª ed., Leipzig, t. I, 1916.

¹¹ Cfr., von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 4ª ed., Berlin, 1891, pp. 160 y ss.; Gustav Radbruch, *Über den Schuldbegriff*, 1904; E. Kohlrausch, *Irrtum und Schuldbegriff in Strafrecht*, 1903, entre otros.

Conforme a esta corriente, la culpabilidad sólo se anula mediante las causas que eliminan el proceso psicológico, como son el “error” y la “coacción”; el primero destruye el elemento intelectual, la segunda el elemento volitivo (del dolo).

Entendida así la culpabilidad y su exclusión, la teoría psicológica chocó con grandes problemas: 1) Por una parte, no podía explicar satisfactoriamente la culpa, en especial la culpa inconsciente, ya que el “nexo psicológico” presuponía una concepción de la culpabilidad basada fundamentalmente sobre el dolo. 2) Por otra, no podía explicar la concurrencia de determinadas causas de exclusión de la culpabilidad, diferentes al error y a la coacción, como era, por ejemplo, el “estado de necesidad” con bienes de igual valor, ya que en éste la relación psicológica no se afecta.

Ante estas dificultades, la teoría psicológica, que dominó durante el siglo XIX y parte del actual, es superada por la teoría normativa de la culpabilidad, de la que provienen las anteriores críticas.

bb) La “concepción normativa de la culpabilidad” es el resultado de una larga evolución doctrinaria,¹² cuyo fundador fue *Reinhard von Frank*.¹³

Se desarrolla en una etapa de la dogmática en que la teoría del delito recibe una gran influencia del pensamiento kantiano, de la primera mitad del siglo XX en su nueva vertiente de la escuela sudoccidental alemana de Baden Baden; esta influencia hace que el derecho penal se separe en gran medida, en cuanto a su método, de las ciencias naturales, pues se trata ahora de un derecho referido a fines y a valores. La aparente armonía de la sistemática anterior se ve grandemente convulsionada: el mismo concepto de *acción*, como objeto de regulación de las normas jurídico-penales (de Liszt, Beling y Rodbruch), fue enjuiciado por no responder a esas nuevas exigencias teleológicas y valorativas. El concepto avalorado o neutro de *tipo* de *Beling* es rechazado, primero por *Mayer* y luego por *Mezger*, al considerarse en su estructura también elementos “normativos”. En atención a los “bienes jurídicos” que el derecho penal protege, junto al concepto puramente “formal”, ahora se habla de un concepto “material” de antijuridicidad, en la medida que la conducta lesione (delito consumado) o ponga en peli-

¹² Que, según las investigaciones de Zaffaroni, termina por volver a los principios aristotélicos de la autodeterminación del sujeto. Cfr., E. R. Zaffaroni, *Manual de derecho penal*, parte general, B. Aires, Ediar, 1977, pp. 44 y ss., 439 y ss.; del mismo, *Teoría del delito*, B. Aires, Ediar, 1973, pp. 535 y ss.

¹³ *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907.

gro (delito tentado) algún bien jurídico. Esa lesión o puesta en peligro sirvió para graduar el injusto e indudablemente influyó para la graduación de la pena,¹⁴ la que se completaba con la consideración determinante de la *culpabilidad*, misma que, igualmente por la influencia neokantiana, es atendida ya no psicológicamente sino “normativamente” como *reprochabilidad* —a partir de Frank (1907)—, y se liga con la concepción kantiana de la “retribución” por el contenido “ético” que el reproche lleva.

Del análisis del concepto anterior y, sobre todo de las circunstancias dispensadoras, *Frank* llega a la conclusión de que el juicio de reproche tiene como elementos la imputabilidad, el dolo, la culpa y el estado normal de las circunstancias en las cuales obra el autor.¹⁵ La culpabilidad, pues, ya no se reduce simplemente a dolo y culpa, sino a un juicio de reproche que se da tanto en las acciones dolosas como en las culposas. Por otra parte, dice que la gravedad de la culpabilidad dependerá de la medida de *libertad*, la que igualmente influirá para la graduación de la pena, de suerte que a mayor libertad mayor pena y viceversa, a menor libertad menor pena, en virtud de nueva culpabilidad.

Ahora bien, si la pena es retribución, ella sólo será exigible a aquel al que se le puede reprochar lo que hizo; y ese reproche, como se ha dicho, puede hacérselo tanto al que actúa con dolo como al que lo hace con culpa, de este modo se engloban en un solo concepto tanto el “objeto” de reproche como el “juicio” de reproche, lo cual va a constituir posteriormente un blanco de la crítica de la teoría finalista.

Continuando el pensamiento de *Frank*, en 1913 *James Goldschmidt*,¹⁶ para fundamentar el concepto normativo de culpabilidad, parte de la distinción entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) y norma de deber (*Pflichtnorm*), y señala que la contravención a la norma de deber es lo que da contenido a la culpabilidad, pues es ahí donde juega papel importante el elemento de la “normal motivación”; es decir, el reproche se hace por no haberse dejado motivar por la representación del deber. La gravedad de ese reproche dependerá, siguiendo a *Frank*, también de la medida de libertad.

¹⁴ Al subjetivarse la antijuridicidad, por el reconocimiento de los llamados “elementos subjetivos del injusto”, resulta ya insostenible la distinción anterior entre lo objetivo y lo subjetivo del delito.

¹⁵ Este último componente del juicio de reproche, a raíz de las críticas de *Beling*, fue sustituido por *Frank* por el de “motivación normal” en 1911 y en las sucesivas ediciones de sus Comentarios al Código Penal alemán.

¹⁶ “Der Notstand ein Schuldproblem”, y en 1930 “Normativer Schuld begriff”, en *Frank-Festgabe*, pp. 428 y ss.

Freudenthal (1922) es el tercer autor que contribuye en el desarrollo de esta teoría normativa, y a él se debe como aportación importante el requisito de la *exigibilidad*, como criterio para cubrir el espacio entre culpabilidad e inculpabilidad, al establecer que la culpabilidad es “la desaprobación de que el autor se haya comportado así, cuando hubiera podido y debido comportarse en forma diferente”.¹⁷

El concepto normativo de culpabilidad, correspondiente a esta fase de la dogmática que caracterizamos como de la sistemática “causalista”, alcanza su mayor expresión en *Mezger* (1931), para quien “la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al autor, la reprochabilidad personal de la acción anti-jurídica”.¹⁸ Los componentes de este concepto son la imputabilidad, el dolo o la culpa —o sea la relación psicológica del autor con el hecho—, y la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad; de donde se desprende que la imputabilidad no es presupuesto de la culpabilidad, que el dolo y la culpa son elementos o formas de la misma y no especies, y que tanto las circunstancias acompañantes, la motivación normal o la exigibilidad sólo aparecen en forma negativa, como exclusión de la culpabilidad. En relación a la oposición entre la concepción moral y jurídica de culpabilidad, *Mezger*, siguiendo a *Hold V. Fernek*,¹⁹ precisa que “culpabilidad jurídico-penal es culpabilidad no en sentido ético, sino en sentido jurídico. Ella es, por eso, independiente de la discusión en torno a la llamada libertad de voluntad”.²⁰

Resumiendo, el concepto de culpabilidad hasta ahora es un concepto complejo o mixto, porque junto a la base naturalista-psicológica aparece la teoría de los valores; es decir, junto a elementos psicológicos aparecen componentes normativos que le imprimen una mayor coloración ética al concepto y reafirman su corte retributivo. Éste es el concepto que ahora se utiliza como fundamento de la pena y de la medida de seguridad.

bc) La concepción normativa “por excelencia” de la culpabilidad, producto de las elaboraciones de la teoría de la acción finalista y del rechazo total tanto del naturalismo causalista como del naturalismo psicologista, fundamenta el juicio de reproche en la “posibilidad del autor

¹⁷ Freudenthal, Berthold, *Schuld und Vorwurf in geltenden Strafrecht*, 1922.

¹⁸ Mezger, Edmund, *Strafrecht Ein Lehrbuch*, Zweite Auflage, Munchen und Leipzig, 1933, pp. 247 y ss.

¹⁹ *Die Idee der Schuld*, 1911; del mismo, *Die Schuld in Rechte und in der Moral*, ZStW 32, p. 249.

²⁰ *Strafrecht*, p. 251.

de actuar de manera diferente”, esto es, en la *libertad de voluntad* para “motivarse de acuerdo a la norma”.²¹ “El reproche de culpabilidad —dice Welzel— presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no en un sentido abstracto de que algún hombre en vez del autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esa situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma”.²² “La culpabilidad sólo puede edificarse sobre la base antropológica de la autodeterminación como capacidad del hombre. Cuando se suprime esa base, desaparece la culpabilidad; ²³ sea que se le reemplace por la peligrosidad sea que se la reduzca a una relación psicológica.

Por supuesto, a esta concepción no se llega sino después de un proceso de evolución que implicó librar una serie de batallas científicas con las diversas líneas de la sistemática causalista a la postre reinante. En su búsqueda por algo “permanente” frente a lo “pasajero” en la ciencia del derecho penal, para poner un freno a la facultad omnipotente del legislador al momento de dar origen a los tipos, la doctrina de la acción finalista encontró aquello precisamente en la estructura esencial de la acción y en los principios de la culpabilidad. En base a eso, establece que “la estructura final del actuar humano es necesariamente constitutivo para las normas del Derecho penal”; que las normas jurídicas “no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro”.²⁴ La culpabilidad, por otra parte, es “reprochabilidad” de la configuración de la voluntad; es decir, “el objeto primario del reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ellas también toda la acción”.²⁵ Se acentúa, además, que “el libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido”.²⁶ Todo esto implicó, naturalmente, el rechazo del concepto “causal” o “naturalístico” de acción, del concepto y estructura del tipo que de ello resultaba y, finalmente, del concepto y estructura de la

²¹ Cfr. Welzel, Hans, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 9ª Ed., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, pp. 139 y ss. Trad. al español de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, *Derecho penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 198. Cfr., también Zaffaroni, *Teoría del delito*, pp. 519 y ss.; Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 23 y ss.; R. Maurach, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, II, Ed. Ariel, 1962, pp. 19 y ss., 24 y ss.

²² Welzel, H., *Derecho penal alemán*, p. 201.

²³ Zaffaroni, E. R., *Manual de derecho penal*, pp. 445 y ss.

²⁴ Welzel, H., *Derecho penal alemán*, p. 59.

²⁵ Welzel, H., *op. cit.*, p. 198.

²⁶ Welzel, H., *op. cit.*, p. 209.

culpabilidad mixta. En lugar del concepto causal, se sostiene ahora uno “final” de acción; el tipo, que en la mayoría de los casos se estructuraba sólo de elementos objetivos, ahora es mixto, compuesto en todos casos de elementos objetivos y subjetivos, lo que hace que ahora, al extraerse de la culpabilidad el dolo y la culpa y ubicárseles —como consecuencia lógica del concepto ontológico de acción— en el tipo, a este nivel puedan distinguirse los delitos dolosos de los culposos; resulta de ello una fundamentación distinta del injusto (personal): en lugar del solo “desvalor del resultado” ahora se hace valer como determinante el “desvalor de la acción”; al quitarse de su contenido el “objeto de valoración” el “objeto del juicio de reproche” (dolo y culpa) —que se encuentra ya en la esfera de la tipicidad—, la culpabilidad normativa alcanza su pureza. Ahora son elementos de la reprochabilidad: la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad.²⁷ Esa reestructuración en todos los niveles del delito lleva aparejada una diferente distribución: la inimputabilidad, el error de prohibición —que nada tiene que ver con el dolo— y la inexigibilidad.

Concluyendo, podemos decir que la teoría de la acción finalista acentúa el concepto normativo y señala precisos criterios para determinar el juicio de reproche. Al considerar a la culpabilidad como *presupuesto de la punibilidad*, reconoce el ingrediente ético de aquella y el contenido retributivo de la pena; y al concebirla sobre la base de la posibilidad de actuar de diversa manera”, está implicando el reconocimiento de la *libertad del hombre*, del hombre como persona. Y es en torno a estas afirmaciones —que retoman las hechas por el clasicismo— que se han desatado las objeciones que actualmente ocupan la atención de gran parte de la doctrina y que aquí también serán objeto de tratamiento.

c) *La culpabilidad de acto y culpabilidad de autor*

Desde otra perspectiva, también se habla, como posiciones antitéticas, de “culpabilidad de acto” y de “culpabilidad de autor”, según que el juicio de reproche se haga al autor por su “acto” típico o antijurídico (injusto) o por su “personalidad”, lo que en cierta medida se corresponde con un derecho penal de acto y un derecho penal de autor.

ca) En la *culpabilidad de acto o por el hecho* se entiende que “lo que se reprocha al hombre es su acto, en la medida de la posibilidad

²⁷ Cfr., entre otros, H. Welzel, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

de autodeterminación que tuvo en el caso concreto”, es decir, “de lo que el hombre hizo”.²⁸ Pero el juicio de reproche no se formula en función de un hecho cualquiera, sino de un hecho con ciertas características: contrario a la norma específica del derecho penal (= típico) y contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad (= antijurídico); si no se dan esas características no hay juicio de reproche. Además, ese juicio sólo se hace por hechos propios y no por hechos de otro o de otros; es, por eso, un juicio *personal* de reproche; lo cual, indudablemente, es una garantía para el hombre, y refleja su importancia sobre todo en materia de autoría y participación.

cb) En la *culpabilidad de autor*,²⁹ al hombre no se le reprocha lo que hizo, sino lo que es, esto es, “su personalidad”. Esta concepción presenta diversas modalidades: 1) Para la culpabilidad de “carácter” o de “disposición”, de notas puramente *preventivo-especiales*, la culpabilidad del hecho”,³⁰ es decir, un defecto del carácter. *Eb. Schmidt* afirma al respecto: “La culpabilidad es tanto más grave cuanto más peligroso es el autor y cuanto más antisocial nos parece su carácter;”³¹ lo que conduce a una cierta confusión entre culpabilidad y peligrosidad, sobre todo por la inclusión del principio de la prevención especial. 2) Para la culpabilidad por la “conducción de la vida”, en cambio, al hombre se le responsabiliza no sólo por la disposición al delito, sino porque se estima que el delito “es el resultado del modo en que el sujeto condujo su vida, y la culpabilidad es en realidad el reproche a esta conducción de la vida del individuo”.³² Este concepto, a diferencia del de carácter, presenta la posibilidad del juicio de reproche; pero ello no hace que escape a la crítica. Tomando en su concepto la consideración de estos

²⁸ Zaffaroni, E. R., *Manual*, p. 446.

²⁹ También llamada de “personalidad”, del “carácter”, de la “decisión de la vida” y de la “conducción de la vida”.

³⁰ Kohlrausch, *Mitteilungen der IKV*, Neve Folge, t. 3, 1928, p. 17. Así también, Exner, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, pp. 157 y 170; en el mismo sentido, O. Tesar, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, Berlín, 1907; Kollmann, “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, en *ZStW* 20, pp. 449 y ss. *Cfr.*, igualmente Welzel, *Derecho penal alemán*, pp. 211 y ss., del mismo, “*Personlichkeit und Schuld*”, *ZStW* 60, p. 428.

³¹ Schmidt, *Eb.*, *Schweiz ZStW* 45, 1931, p. 227. *Cfr.*, también, Engisch *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª Ed., 1965, pp. 23 y ss.; del mismo, “Über die Charakterschuld”, en *MSchr Krim.*, 1967, p. 108.

³² Zaffaroni, *Manual*, p. 447. *Cfr.*, también, P. Boekelmann, “Wie wurde sich ein konsequentes Taterstrafrecht auf ein neues StGB auswirken?”, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. I, 1954, pp. 29 y ss.

aspectos, *Welzel* dice, por un lado, que: “el objeto primario de reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda la acción”. “Culpabilidad es la reprochabilidad de la configuración de la voluntad”, toda la culpabilidad es según esto (culpabilidad de voluntad)” (culpabilidad por el hecho);³³ pero luego agrega que la culpabilidad en ciertos casos puede tener su raíz “ya en la construcción deficiente o errónea” del “estrato de la personalidad, como fundamento determinante de la acción antijurídica individual. Éste es el caso, por ejemplo, del delincuente por tendencia, que ha incorporado en sí en forma insuficiente las normas de conducta social o las ha perdido nuevamente por su conducción de la vida, o del autor pasional, que ha dejado crecer en forma desmesurada en sí la pasión o no ha desarrollado las fuerzas inhibitorias contrarias, o del negligente o imprudente temerario que ha cultivado en forma insuficiente el estar tenso ante los peligros de carácter inconsciente. En todos estos casos, la culpabilidad del hecho individual tiene su raíz en un momento permanente, esto es, en la estructura defectuosa del estrato de la personalidad, en un defecto reprochable del carácter (llamado “culpabilidad de autor”).³⁴

Si bien los planteamientos de la culpabilidad de autor se acercan en gran medida a los de la peligrosidad del positivismo, el pensamiento de *Welzel* debe ser entendido en el sentido de que el tomar en consideración la “conducción de la vida”, que por cierto viene ya de *Aristóteles*, no es para “fundamentar” la culpabilidad —pues respecto de esto es claro su criterio—, sino para mejor explicar un hecho y mejor graduar la propia culpabilidad y, en su caso, para mejor individualizar la pena o la medida aplicable frente al hecho cometido, lo cual se hace imprescindible en la mayoría de los casos. El hecho cometido, por tanto, no se olvida, para atender exclusivamente la personalidad del autor, como sucedería en un derecho penal de autor propiamente dicho.

2. Funciones de la culpabilidad

De las consideraciones dogmáticas anteriores es fácil derivar que la culpabilidad siempre ha cumplido una *función sistemática*, por ser un ingrediente esencial en la estructura del delito; es decir, se trata de un

³³ *Welzel, Derecho penal alemán*, p. 198.

³⁴ *Welzel, op. cit.*, p. 212. Estos planteamientos son recogidos, entre otros, por Jescheck, Bockelmann y Scelig, para determinadas materias como reincidencia, habitualidad, profesionalidad y determinación de la pena; *cfr.*, al respecto, Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas, *op. cit.*, p. 295.

componente que, junto a otros, “convierten” a la acción en delictiva. Al concurrir en esta función, necesariamente se convierte, al lado del injusto, también en *presupuesto de la punibilidad*. *Injusto y culpabilidad* son pues los dos grandes presupuestos necesarios de la punibilidad.

Habrà que señalar, sin embargo, que hay casos en los que es “suficiente” el primer presupuesto (injusto) para la punibilidad, sobre todo si entendemos por ésta no sólo la posibilidad de aplicación de una pena propiamente dicha, sino de cualquier consecuencia jurídico-penal, incluyendo a las medidas de seguridad, pues en este último caso, conforme a la situación actualmente dominante —tanto en el plano legislativo como en el teórico—, no se hace “necesaria” la culpabilidad como presupuesto; en su lugar, en cambio, se hace valer otro que hasta ahora lo es la *peligrosidad*.³⁵

De la consideración de la culpabilidad como “presupuesto de la punibilidad”, se ha derivado que el concepto de culpabilidad ha venido cumpliendo, hasta el presente, fundamentalmente dos principales funciones prácticas diversas: a) ser fundamento de la pena, y b) ser límite de la pena.

Estas dos concepciones han sido, por una parte, derivaciones de *lege lata*, por la expresa disposición en ciertas leyes —tal es el caso, por ejemplo, del Código Penal alemán y de los proyectos de los cuales derivó—, y, por otra, construcciones de *lege ferenda*, ligadas tanto a consideraciones dogmáticas como político-criminales, para dar apoyo a ciertas prácticas cuando la ley no es clara al respecto, tal es el caso de la mayoría de legislaciones penales, sobre todo latinoamericanas, y entre ellas las mexicanas, que, en virtud de la recia influencia del positivismo italiano, adoptan una postura marcadamente peligrosista o, en el mejor de los casos, ecléctica. En las reformas penales más recientes, el interés científico sigue moviéndose entre ambos polos.

a) Como *fundamento* de la pena, la culpabilidad sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución, entendida ésta como “imposición de un mal adecuado a la culpabilidad”³⁶ por el hecho antijurídico realizado. Los sostenedores de este criterio argumentan que de

³⁵ Para mayor abundamiento sobre este particular, puede consultarse el trabajo que, para obtener el grado de maestro en Ciencias Penales, presentó en el INACIPE Gustavo Cosacov Belaus, *Las condiciones de punibilidad en la teoría general del delito*, México, 1981.

³⁶ Cfr., Roxin, “Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad”, en Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, S. A., 1981, pp. 41 y ss.

esta manera se está en favor de la dignidad de la persona, “a la que debe protegerse de una reducción a mero objeto de medidas intimidantes y correccionales”;³⁷ hay pues una gran vinculación entre derecho y moral.

b) Como *límite* de la pena, en cambio, la culpabilidad sirve para limitar el poder de intervención estatal, en tanto que la culpabilidad es el “límite máximo” de la pena. De acuerdo con esto, entonces, “la pena no debe fundamentarse ya más en la culpabilidad, sino que ésta sólo operará como límite de su máximo”. El sentido de la pena será determinado por fines racionalmente descritos y no por la compensación de la culpabilidad.³⁸ Con esto, el criterio de la culpabilidad se le desvincula de lo metafísico y se le reduce a la función de garantía jurídico-estatal frente a abusos preventivos,³⁹ y, además, de esta manera se le trata de ligar con los *fines preventivos* de la pena. El vínculo entre derecho y moral es aquí “menos” estrecho.

El principio de culpabilidad, según la consideración de las funciones señaladas, ha estado siempre íntimamente ligado con la pena y su función, y posiblemente esto sea la razón de su existencia. En las líneas que siguen se determinará si las razones que se esgrimen ayudan a mantenerlo o a desecharlo.

3. Críticas a las concepciones expuestas. Situación actual de la discusión

a) *Críticas al concepto de la culpabilidad*

Se ha afirmado en el punto relativo a los conceptos de culpabilidad que ésta, conforme a la concepción normativa, es un *juicio de reproche* al autor de un injusto, cuyo presupuesto es el *poder actuar de otro modo*. Las críticas elevadas contra este concepto normativo de culpabilidad, sobre todo en su versión finalista, centran su fuerza precisamente en esas dos afirmaciones:⁴⁰

³⁷ Tal es la postura adoptada por los redactores del Proyecto de Código Penal alemán de 1962. *Cfr.*, al respecto Stratenwerth, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, pp. 90 y ss., quien nos menciona, a su vez, dos resoluciones judiciales donde se plantea este criterio.

³⁸ Ésta es la postura adoptada por los redactores del Proyecto Alternativo alemán de 1966.

³⁹ Criterio que, por otra parte, ya había sido reconocido por Fenerbach al formular el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

⁴⁰ Véase sobre este particular, Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, pp. 24 y ss.; Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático*

Objeciones a la “libertad de voluntad” o “posibilidad de actuar de otro modo”: 1) Una de las primeras críticas radicales en contra de la libertad de voluntad y, en consecuencia, en contra de la culpabilidad misma, viene el positivismo italiano, enderezada a partir de la segunda mitad del siglo pasado en contra de las afirmaciones de la Escuela Clásica; siendo la razón principal la indemostrabilidad científica del libre albedrío;⁴¹ con lo que se concluyó que el delincuente, lejos de ser un hombre libre, es un ser determinado al delito, frente al cual al Estado le cabe actuar, en “defensa de la sociedad”, con medidas represivas adecuadas a su “readaptación social”, sirviendo como criterio para medir éstas la *peligrosidad*, o sea la capacidad para delinquir, y, como único fundamento de la intervención estatal, la situación de que el hombre, sólo porque y en tanto vive en sociedad, es responsable siempre de todo acto que realiza.

2) Retomando las críticas del positivismo, un respetable sector de la doctrina penal actual vuelve a objetar a la culpabilidad —en el concepto de *Welzel*, quien en este aspecto reanima al principio de la Escuela Clásica—, en el punto relativo a la “libertad de voluntad”, y entre ellos hay quienes son radicales y quienes actúan con moderación. Adoptan una postura radical y rechazan el concepto de culpabilidad como exigencia de la noción dogmática del delito: *Ellscheid y Hassemer y Gimbernat Ordeig*. Los primeros señalan que

hay consenso en la ciencia jurídico-penal, de que la culpabilidad sólo es posible en libertad. Pero la libertad, como ella se entiende, no es un contenido respecto del cual el juez puede alegar constataciones comprobables. Por el contrario, toda acentuación de factores y cadenas causales en el comportamiento interior y exterior del autor excluye la suposición de libertad en ese comportamiento.⁴²

De ahí que planteen la posibilidad de la “pena sin reproche”. Siguiendo este pensamiento *Gimbernat* agrega: “Aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible, es demostrar si

de derecho, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 66 y ss.; Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas, *op. cit.*, pp. 295 y ss.; K. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, 1965; Manfred Danner, *Gibt es einen freien Willen?, Eine psychologische Studie*, Hamburgo, 1974, pp. 196 y ss., así como la bibliografía por ellos citada.

⁴¹ Cfr., sobre todo E. Ferri, *Principios de derecho criminal*, trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, 1ª ed., Madrid, 1933, p. 204.

⁴² Ellscheid-Hassemer, “Strafe ohne Vorwurf”, en *Seminar Abweichendes Verhalten*, II, 1, p. 267.

una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito”; que la conducta “depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto: un hombre —con sus siempre limitados conocimientos— no puede juzgar a otro hombre”, concluyendo que la dogmática penal presupone el derecho penal, el derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe”.⁴³ Estos razonamientos conducen a Gimbernat a sugerir que se suprima la culpabilidad, y en su lugar propone el criterio de la “necesidad de la pena”.

Criticando el concepto de culpabilidad (normativa), en este aspecto, pero sin llegar al extremo de desecharla: Roxin, Córdoba Roda, Mir Puig, Muñoz Conde, entre otros.⁴⁴ Roxin, que es uno de los más agudos críticos del finalismo y que más se ha ocupado del tema en los últimos años, al preguntarse sobre la causa que fundamenta el reproche de culpabilidad se encuentra con los diversos criterios aportados por la doctrina y, entre ellos, con el de Welzel del “poder en lugar de ello” (*dafür können*) de la persona con respecto a su antijurídica formación de la voluntad, plantea que “esta concepción tropieza con dificultades tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias”; que se trata de un criterio que “se basa en la aceptación de una libertad de voluntad (o libre albedrío) que escapa a la comprobación empírica”;⁴⁵ concluyendo que “el problema de la libertad de voluntad puede estimarse superado” o, en el fondo, “como irrelevante para el Derecho penal”, al desarrollar su teoría de los “fines de la pena”, con lo cual —dice— “la idea de la retribución —que fundamenta consecuencias jurídicas perjudiciales en una hipótesis científicamente indemostrable— pierde su importancia político-criminal”.⁴⁶

Córdoba Roda, por su parte, centra su crítica a la concepción normativa de la culpabilidad, en dos aspectos: a) en la práctica imposibilidad

⁴³ Gimbernat Ordeig, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en G. Ordeig, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Ed. Civitas, S. A., 1967, pp. 57 y ss.

⁴⁴ Roxin, Claus, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; del mismo, “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales”, y “Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal”, en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, pp. 57 y ss. y 147 y ss., respectivamente; Córdoba Roda, *op. cit.*, pp. 24 y ss.; Mir Puig, *op. cit.*, pp. 64 y ss.; Muñoz Conde, “Über den materiellen Schuldbegriff”, en *Golttdammers Archiv*, 1978, p. 68.

⁴⁵ Roxin, Claus, “Culpabilidad y responsabilidad como categorías jurídico-penales”, *loc. cit.*, p. 61.

⁴⁶ Roxin, Claus, “Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad”, *loc. cit.*, pp. 54 y ss.

de que los tribunales den efectiva constancia de la libertad de actuación del condenado en la situación concreta en la que cometió el delito sometido a juicio, y b) en las dificultades de concebir la culpabilidad como un *reproche*, cuando lo cierto es que la formulación de éste no presupone lo existencia de *autorreproche* alguno en el agente; lo cual lo lleva a dudar el considerar a la esencia de la pena como un *castigo* de una conducta determinada.⁴⁷

Junto a estas opiniones, podríamos continuar señalando las de Mir Puig, Muñoz Conde, Stratenwerth, Bustos Ramírez, entre otros, pero todos parecen coincidir en cuanto al punto central de la crítica,⁴⁸ de suerte que con las mencionadas pueden ser suficientes.

b) *Crítica a las funciones de la culpabilidad*

Después de las anteriores consideraciones críticas al concepto, surge la pregunta: ¿constituye la culpabilidad un fundamento racional de la punibilidad? ¿Sirve la culpabilidad para ponerle límites al poder punitivo del Estado?

Las respuestas son diversas e igualmente las hay radicales y moderadas.

ba) Para quienes proponen la sustitución de la culpabilidad, se niega automáticamente que la culpabilidad pueda constituir un fundamento racional, al basarse en algo científicamente indemostrable.⁴⁹

bb) Los moderados, en cambio, ven la necesidad de su mantenimiento, aunque no como fundamento. Así, por ejemplo, *Roxin* establece que “el concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y 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”.⁵⁰ *Córdoba Roda* señala a este respecto que “la sustitución del requisito de *culpabilidad* . . . incurre . . . en dos reparos fundamentales: a) incapacidad para ofrecer una determinación conceptual de determinadas materias como la inimputabilidad y el error de prohibición; b) riesgo para ciertas garantías en favor de la persona humana”.⁵¹

⁴⁷ Córdoba Roda, *op. cit.*, pp. 24 y ss.; 53 y ss.

⁴⁸ *Cfr.*, las obras citadas.

⁴⁹ Así, p. ej.: Gimbernat Ordeig, *op. cit.*

⁵⁰ Roxin, Claus, *Reflexiones . . .*, p. 43. Aquí Roxin invierte el problema al fundamentar la culpabilidad en el fin de la pena.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 38.

Con estas opiniones quisiéramos bastarnos, para pasar ahora a nuestras consideraciones personales.

III. CONSIDERACIONES PARTICULARES

¿Cuál es nuestra postura frente a tan autorizadas voces que cuestionan duramente el concepto y la función de la culpabilidad? ¿Podemos todavía, después de las penetrantes críticas, sostener que el principio de culpabilidad, que el derecho penal de culpabilidad tiene algún valor en el momento actual y, tal vez, en el futuro? ¿O debemos aceptar que nos movemos entre una gama de irracionalidades y ficciones y que es conveniente alejarnos de ellas y conducirnos únicamente con criterios que son científicamente demostrables?

No quisiéramos responder a estas interrogantes diciendo llanamente que nos adherimos a las opiniones de los críticos o que las rechazamos, o con un simple sí o un no, aunque no dudamos que eso sería lo más fácil y razonable. Tampoco quisiéramos dar respuestas que parezcan verdades irrefutables. Sólo queremos participar en esta discusión, con la convicción de que aún no pueden decirse palabras definitivas.

1. *El problema de la culpabilidad*, según se ha comprobado, ha ido siempre de la mano con el problema de la pena. Para justificar el castigo, es como surge la culpabilidad, como una de las justificantes. Pero el castigo encuentra su primer fundamento en la realización de lesiones a ciertos bienes (intereses) individuales o colectivos. Al tener la intervención del Estado para normar la conducta de sus súbditos, se consideró que el hombre debe orientar su conducta y no seguir simplemente sus impulsos, instintos o necesidades, ya que de sus conductas pueden resultar afectados otros seres humanos. Pero como el hombre se encuentra inserto en una serie de concatenaciones y conexiones causales infinitas, y de sus acciones y omisiones surgen consecuencias a cada paso, es evidente que no pueda responder por todo lo que de él proviene. Nacen así las valoraciones sociales y jurídicas, y también la distinción necesaria entre aquello que el hombre reivindica como responsable y lo que no puede o no debe hacerlo. Surgen así los mecanismos de control social, pidiendo explicaciones al individuo, exigiendo respuestas y estableciendo sanciones; el hombre tiene que responder por sus acciones y omisiones. Entre esos mecanismos está la pena estatal, a la que se acude cuando los efectos de la conducta redundan en perjuicio de los intereses individua-

les o colectivos que son de importancia fundamental para la vida en sociedad.

Una vez que aparecen las normas y las sanciones jurídicas, surge igualmente la ciencia jurídica, que se ocupa de encontrar los límites de esa responsabilidad y, por tanto, los fundamentos de la pena; y tras siglos de peregrinar, llega a nuestros días con la idea fundamental conocida hoy como sustento de la responsabilidad: “ella es válida sólo allí y únicamente donde la capacidad humana esté dada, donde subsista la aptitud para poder gobernar el propio actuar con sus efectos. Con ello se obtiene la decisiva conexión y limitación ética del poder penal sobre la base de un criterio humano”.⁵²

Tal es el pensamiento en que se apoya la concepción normativa de la culpabilidad, particularmente en su versión de la teoría finalista; y tal es la concepción que ahora se la tacha de “irracional”, de tener una gran dosis de moralidad, de estar arraigada a la idea de retribución y, por tanto, de apoyar el efecto perjudicial de ésta para el individuo.

Ciertamente son aceptables las críticas que se enderezan en contra del concepto de culpabilidad que sirve para justificar la *retribución*, en virtud de su “efecto perjudicial para el acusado, legitimando el mal que se le impone”. En cierta medida es, igualmente, aceptable que la teoría de la retribución es perjudicial desde un punto de vista político-criminal y, si se quiere, porque “la premisa de la que parte, que el hecho ilícito cometido por el delincuente debe ser compensado y anulado por la pena retributiva, es irracional y es incompatible con las bases teóricas de una democracia”.⁵³ Pero, por supuesto, estas críticas son totalmente aceptables o se fortalecen si se las formula desde una perspectiva fundamentalmente “preventivista”, que se pregunta por la legitimidad de la “necesidad de una retribución justa” cuando falta todo tipo de “necesidad preventiva”. Sin embargo, y con esto no quiero justificar la función retributiva de la pena en sus efectos perjudiciales, la retribución como compensación de un mal por otro mal, no se funda exclusivamente en la “culpabilidad”, pues previamente a ésta se habla de un ‘injusto’, y la gravedad de éste también es, e incluso más, determinante para la aplicación de la pena, misma que no tiene otro carácter que el de la retribución. Si se rechaza a la culpabilidad como soporte para la pena habría que plantear la misma posibilidad en relación al injusto, sobre todo

⁵² Hilde Kaufmann, “Derecho penal de culpabilidad, concepto de pena y ejecución orientada por el tratamiento”, en *Nuevo pensamiento penal*, año 3, homenaje a Hans Welzel, Buenos Aires, 1974, p. 109.

⁵³ Roxin, Claus, *Reflexiones . . .*, p. 43.

cuando éste no es concebido exclusivamente de componentes objetivos —en su estructura ahora están aquellos de la culpabilidad psicológica y normativa mixta: dolo y culpa— y en sus elementos subjetivos habrá que afirmar aquellos que indudablemente están íntimamente ligados con la *libertad de voluntad*, como es la misma capacidad para realizar acciones, pues sólo afirmando esa capacidad humana para gobernar el propio actuar con sus efectos podrá afirmarse también la responsabilidad . . .

Pero si con esto se argumentara, igualmente, que si científicamente esa capacidad humana es indemostrable y, en consecuencia, es irracional su utilización, y, por tanto, debe también desecharse, entonces tendríamos que arribar necesariamente a la aceptación —de lo que en otro tiempo y aún ahora se rechaza con gran insistencia: de la responsabilidad puramente objetiva— de que la razón “suficiente” para la punibilidad sería el resultado de los movimientos corporales humanos, esto es, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, y sólo bastaría la mera constatación de la relación de causalidad entre el movimiento corporal y el resultado lesivo, lo cual, “científicamente” hablando, sería totalmente posible; difícilmente habría casos en que no se lograra esa constatación. Pero aunque esto estuviera avalado por la demostración científica (ciencia natural), con lo que volvemos a la pura concepción naturalística, ello nos llevaría, por otra parte, a aceptar que se sancionen —y, por tanto, que se prohíban— meros “procesos causales”; es decir, procesos en donde para nada importaría si la voluntad del hombre tuvo alguna intervención para orientarlos, ya que ello sería de “difícil” demostración científica, pudiendo tratarse de movimientos corporales que obedecen a simples impulsos, instintos o necesidades del hombre. De ser esto así, quizá el criterio regulador necesario de la clase o magnitud de la sanción lo sería el tipo de bien jurídico protegido por la norma que resulte lesionado o puesto en peligro; es decir, sólo la consideración de los bienes o intereses que el Estado quisiera proteger a través de las normas y sanciones penales vendría a servir de límite al poder punitivo frente a las infinitas conexiones causales en que el hombre se encuentra inserto. Pero de esta manera, al hombre se le despersonalizaría en gran medida y se le desproveería de los componentes que caracterizan su esencia humana, quedando reducido a un mero objeto o medio que el Estado utilizara para la consecución de sus fines.

Ahora bien, si en la actualidad se habla de un Estado de derecho, de un Estado democrático, ¿cómo se justifican esos términos ante una tal concepción del hombre al que se le despersonaliza? Si en la concepción democrática del Estado de derecho se dice que el poder de éste proviene

del pueblo; ¿podrá ser así si ese pueblo está formado de entes que sólo obedecen a sus impulsos o instintos, es decir, de seres a quienes no se les reconoce la capacidad de dirigir sus actos y de responder por las consecuencias de éstos? Aun cuando aquel concepto —Estado democrático de derecho— se corresponda más a la ficción y a los mitos que a la realidad, sería irracional aceptar que su base esté constituida sólo por seres sin capacidad de actuar, sin capacidad de controlar sus acciones u omisiones y, consiguientemente, sin capacidad de responder por los efectos de sus comportamientos. No habría soberanía del Estado y, sin este ingrediente esencial, el Estado pierde su razón de ser y, necesariamente, todo lo que de él proviene, como es el derecho.

El hecho, sin embargo, es que el Estado y el derecho existen, y su existencia —aunque sea producto de las elaboraciones mentales del hombre— es constatable, y es constatable también la razón de su origen y de su desarrollo, así como lo es la “función” que ha desempeñado y desempeña actualmente.⁵⁴ La función del Estado, al provenir su poder del pueblo mismo, no puede traducirse en la realización de fines divinos o trascendentes, sino en crear y asegurar las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de individuos que le dieron origen y posibilitar la vida en comunidad. Para el logro de esos fines, el Estado cuenta con el derecho como uno de los medios más adecuados, identificándose en éste el conjunto de normas que conforman el derecho penal, cuya misión es proteger los bienes, tanto individuales como colectivos, más fundamentales para esa vida en común y, de esta manera, a través de sus medios (las sanciones), garantizar que no sea puesta en peligro. Con lo cual, puede decirse, la función del derecho penal y de sus medios se identifican en este aspecto con la del Estado mismo y, consecuentemente, le corresponde igual justificación.

Pero el Estado, dado el origen de su poder, no puede hacer uso de este medio, que es el más drástico de todos, de manera arbitraria, pues entonces los resultados podrían ser perjudiciales y el Estado se transfor-

⁵⁴ Al referirse a la justicia penal contemporánea, Rodríguez Devesa señala que, hoy más que nunca, “frente a un Estado todopoderoso capaz de aniquilar el destino de los individuos que lo componen, se hace preciso afirmar eficazmente la inviolabilidad de determinadas esferas vitales de los sujetos que integran la comunidad estatal, y calificar de injusto el ordenamiento jurídico que ignora la existencia de esos derechos necesarios para que los hombres puedan cumplir sus propios fines que, en definitiva, constituyen la razón de ser del Estado” (*Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., 1975, pp. 634 y ss.) Véase al respecto, también, A. Beristáin, *Crisis del derecho represivo*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, S. A., Madrid, 1977, pp. 231 y ss.

maría en autoritario y, por esta razón, carecería de legitimación,⁵⁵ sino que debe hacerlo tomando en consideración al individuo como punto de partida, al hombre como fin en sí mismo y no como un medio para el logro de fines diversos,⁵⁶ de que el hombre no es un ente que sigue simplemente sus impulsos o sus instintos, sino un ser capaz de orientar su conducta y de responder de los efectos de ésta. Sólo así puede lograrse que el hombre desarrolle su personalidad libremente; y sólo puede así explicarse que, no obstante la concurrencia de factores en los comportamientos humanos, el hombre escape a la virtualidad causal, pueda proponerse fines, seleccionar los medios para la consecución de éstos y, en consecuencia, realizar “acciones finales”. Esta afirmación, en el plano ontológico, en el plano de la realidad donde también se da la “causalidad”, ya casi nadie la discute, y su aceptación sólo puede compaginarse con la implícita de la “libertad de voluntad”, pues sin ésta las decisiones humanas no tendrían ningún sentido y todo sería producto mecanicista. Lo cierto es que el hombre sí está en posibilidades de proponerse fines, en base al conocimiento que tiene de que ciertos movimientos corporales y la utilización de determinado medio van a producirlo, y también está en posibilidades de decidirse por uno u otro medio, cuando sabe que la utilización de alguno de ellos puede resultar ineficaz o traer como consecuencia resultados que no desee producir. El que en estos casos la libertad humana para tomar decisiones no se halla exenta de factores que la determinan, la determinación sólo puede ser aceptada en términos relativos, en la misma medida como no puede hablarse de una libertad de voluntad absoluta. Y si hasta ahora es aceptable que no puede demostrarse científicamente la existencia, en el caso concreto, de esa libertad de voluntad, es igualmente aceptable que no se ha demostrado científicamente que realmente no existe, pues lo que se ha comprobado de esa manera es la concurrencia de “factores”; factores que, sin embargo, en la medida del conocimiento y de la motivabilidad del hombre, pueden arrastrar a éste a la necesaria causación de resultados, como cualquier fenómeno natural, o pueden ser neutralizados en mayor o menor medida.

Resumiendo: sólo en la medida en que se acepte la “libertad de volun-

⁵⁵ Cfr., Roxin, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del derecho penal*.

⁵⁶ Cfr., Zaffaroni, E. R., “Hacia una nueva defensa individual (Reflexiones sobre la reforma penal)”, en *Doctrina jurídica*, t. vi, núm. 126, La Plata, Argentina, 1973, pp. 33 y ss., 37 y ss.; Moisés Moreno H., “El Proyecto de Código Penal Colombiano de 1976”, en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, México, año 1, núm. 1, enero-junio 1978, pp. 253 y ss.

tad”, es decir, la capacidad humana para dirigir su propio comportamiento, puede razonablemente justificarse la existencia de las normas penales y de las sanciones de este tipo; pues sólo en base a esa concepción tienen sentido las prohibiciones y los mandatos: no pueden prohibirse ni ordenarse comportamientos allí donde no existe la facultad humana para gobernar parte de los sucesos del medio ambiente. Admitir lo contrario sería justificar la prohibición o el mandato de simples procesos causales, de fenómenos en que la voluntad del hombre no tiene ninguna injerencia para dirigirlos.

La concepción anterior debe tenerse, por lo tanto, desde el momento en que el Estado da origen a los tipos y a las conminaciones penales, y mantenerse asimismo tanto cuando se impone una sanción, al concretarse alguna de las conductas prohibidas, como cuando se llega al momento de su ejecución. Surgen así las limitantes al poder punitivo del Estado que, por ser propios de una determinada concepción estatal y del derecho penal, se convierten en principios informadores de éste, entre los que se mencionan el de legalidad, el de acto, el del bien jurídico y el de *culpabilidad*. Nos interesa por ahora referirnos a este último en todo este proceso funcional del Estado.

2. Al decir que la culpabilidad constituye un límite a la “facultad punitiva” del Estado de derecho, estamos pues partiendo de la consideración de los diferentes momentos en que éste, a través de sus órganos, interviene en la regulación de la actividad del hombre con el derecho penal,⁵⁷ para así determinar en cuál de esos momentos la culpabilidad influye.

a) En un primer nivel, el Estado interviene a través de su órgano legislativo, el que, en virtud de la consideración de los bienes jurídicos que son fundamentales para la vida en comunidad de los individuos, establece los tipos y las conminaciones penales para evitar la lesión o la puesta en peligro de esos bienes y, de esta manera, garantizar la seguridad de sus miembros y hacer posible la vida en común. Esto es lo que

⁵⁷ Retomamos de esta manera, en gran medida, el criterio aplicado por Roxin en “Sentido y límites de la pena estatal”, *loc. cit.*, pp. 20 y ss. Al hacer esto, nos ubicamos por supuesto en la concepción de un estado de derecho, de un Estado en donde se parte del principio de la división de poderes y, consecuentemente, nos alejamos de la concepción de un Estado autoritario o totalitario. Debe señalarse, sin embargo, que cualquiera que sea la forma del Estado y por muy totalitario o arbitrario que éste sea, en el ejercicio de su facultad punitiva necesariamente partirá de la consideración de algún presupuesto para la punibilidad; siendo el número o la calidad de esos presupuestos de la punibilidad lo que caracterice al derecho penal y, por tanto, al Estado.

justifica la “punibilidad” señalada en la ley, la que, además de constituir una garantía para los individuos (legalidad), persigue fundamentalmente fines *preventivo-generales*, como una parte de la finalidad del derecho penal para proteger los bienes jurídicos indispensables para la vida en común y de esta manera, si se quiere, salvaguardar también el orden jurídico. Se plantea el problema de si en este nivel tiene injerencia la “culpabilidad” para limitar el poder punitivo. Por supuesto, en este momento la culpabilidad no es “fundamento” o “presupuesto” de la punibilidad, por la razón de que aquí no se habla de “retribución”, es decir, de la imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, sino de la descripción, de manera general, de la materia de prohibición de la norma y de la punibilidad, que, como hemos dicho, se fundamenta en la necesidad de evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y asegurar la convivencia; es decir, no es la culpabilidad la que motiva al legislador a tipificar una conducta y asociarle una conminación penal. Habrían, sin embargo, quienes, siguiendo una concepción subjetiva de antijuridicidad, y sobre todo la concepción que se adecua a la “teoría de los imperativos”,⁵⁸ afirmarían que ya desde el momento de la fijación de los tipos y de las punibilidades se toma o debe tomarse a la culpabilidad como presupuesto, toda vez que sólo los que pueden comprender el contenido de las normas pueden cumplirlas y, por tanto, ser destinatarias de las mismas y de las punibilidades. No compartimos esta opinión. Ahora bien, si no es “fundamento de la punibilidad”, ¿constituye la culpabilidad un “límite” a la actividad del legislador? La respuesta parece no ser tajante. Si bien el legislador al conformar los tipos y las punibilidades da cumplimiento al principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no lo hace de manera arbitraria; toma para ello una serie de consideraciones, sobre todo para el señalamiento de las punibilidades, según las necesidades reales: gravedad de los hechos, formas, medios y frecuencia de comisión, importancia del bien jurídico, etcétera; pero considera también aquellos casos en que la conducta no debe ser punible, como es cuando opera alguna excluyente de responsabilidad, de las que en su mayoría señala expresamente en la ley; entre ellas están las que afectan directamente a la culpabilidad, ya sea excluyéndola o atenuándola. Se señalan, igualmente, reglas para la individualización de las sanciones que vinculan al juzgador; y, en la parte especial del Código Penal, la punibilidad está expresada en términos de

⁵⁸ Defienden esta teoría, entre otros, Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, t. 1, 1894; Dohna, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal in tatbestande strafbarer Handlungen*, 1905.

mínimos y máximos, dentro de los cuales el juzgador podrá moverse para aplicar la pena adecuada o justa. Pero aunque el legislador establezca en la ley, por partir de un criterio eminentemente retribucionista, que el fundamento y el límite de la pena será la culpabilidad del autor, con ello sólo podrá decirse que ya en este nivel la culpabilidad juega un papel importante, pero no en el sentido de que el legislador esté concretamente determinando el grado de culpabilidad en que incurre el autor para así señalar la pena correspondiente, sino que ex-ante la está considerando como un criterio importante para efectos de la medición de la pena y, en todo caso, de que, en principio, legisla para hombres libres y responsables, aunque entre ellos los haya que no lo son, y, de esta manera, también presupone o puede presuponer la existencia de la "libertad de voluntad". Sin embargo, al establecer un sistema de reacciones de doble vía, surge inmediatamente la idea de que ello puede obedecer más que nada a consideraciones *preventivas*, en donde nuevamente se plantearía la función de la culpabilidad, pero sólo como una débil limitante del poder punitivo.

b) Al concretizarse la conducta prohibida, en virtud de que por diversas circunstancias la función "motivadora" de la norma y de la punibilidad no surtió efecto, interviene nuevamente el Estado ahora a través del órgano jurisdiccional, por ser el facultado para conocer de los hechos de este tipo; y su intervención se legitima precisamente por la concretización de un hecho contrario a la norma, y se ejercita para determinar si en el caso concreto efectivamente estamos ante un hecho anti-jurídico y, en su caso, frente a una persona contra la que pueda concretizarse la amenaza establecida en la ley por el legislador. Es en este momento donde, una vez afirmada la existencia de un injusto penal,⁵⁹ se plantea o debe plantearse en toda su plenitud el problema de la culpabilidad, ya que es el momento en que el órgano del Estado se encuentra frente al individuo que transgredió la norma y va a determinar si le aplica o no la consecuencia jurídica.

Claro que, si el Estado quisiera, podría bastarse con la mera comprobación de la relación de causalidad entre un resultado y un movimiento corporal, sin mayores ingredientes subjetivos que la voluntariedad, para

⁵⁹ En este nivel del injusto el Estado, a través de su órgano respectivo, tiene conocimiento directo del hecho cometido, es decir, del hecho contrario a la norma que prohíbe o a la norma que ordena y, además, contrario al total ordenamiento jurídico; y para afirmar la existencia de un hecho con tales características, han de tomarse en consideración no sólo los aspectos puramente externos u objetivos, sino también los subjetivos, que se derivan de la naturaleza misma del objeto de regulación de las normas jurídico-penales y de la estructura de los tipos.

aplicar la sanción; entonces, eso será lo que se retribuya, siendo la magnitud del resultado lo que determine el grado de la pena. Si además de eso, requiere de otros componentes, como podrían ser los que integran el injusto penal, ya los requisitos aumentarían —siendo más rico en contenido el injusto de la sistemática finalista que el del injusto de la sistemática causalista—, pero cualquiera que fuere, sería el injusto lo que se compensara con la pena, ya que el grado de ésta estaría en relación al grado de gravedad de ese injusto, independientemente de que con ello también se persigan fines preventivos que indudablemente serían sólo de tipo general. En consecuencia, puede hablarse de “retribución” sin necesidad de “culpabilidad”.⁶⁰ Pero bastarle esto al Estado y no serle necesaria la consideración de los elementos que se relacionan con la “capacidad personal” del autor del injusto, para ver en qué medida le es “reprochable”, hasta qué punto pudo actuar de otra manera a cómo lo hizo, es partir de una concepción del hombre diversa de la que lo considera como un fin en sí mismo y aceptar que el interés público o el interés del titular del poder está por encima y al hombre se le reduce simplemente a un medio.

Al hablar, sin embargo, de un Estado de derecho, liberal y democrático, que indudablemente se ceñirá a otros principios que, en lo posible, se correlacionen con una específica concepción del hombre, que no puede ser otra que la que vea a éste como persona, esto es, como un fin en sí mismo y no como un medio, y, en atención a los derechos fundamentales del hombre, limite su poder punitivo, existe una *gran posibilidad* de que, a la hora de la punición, el juzgador tome en cuenta si el hombre puede o no responder de ese injusto, es decir, si es culpable o no, si le es “reprochable” o no la conducta antijurídica. Para ello, invariablemente el juzgador debe considerar —lo que con más o menos precisión estará ya establecido en la ley— si el sujeto en el caso concreto tuvo la capacidad y la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y actuó dentro de un cierto margen de autodeterminación más o menos amplio. La consideración de estos requisitos permitirá al juez graduar la reprochabilidad del autor, lo que, a su vez, repercutirá en la graduación o cuantificación de la pena aplicable. El grado de la pena, por tanto, dependerá en gran medida del grado de la culpabilidad.

Ahora bien, si esos requisitos que debe considerar el juez para determinar si el sujeto es culpable o no de su conducta antijurídica, no están

⁶⁰ Hay retribución, si al hombre se le aplica una determinada sanción por el solo hecho de ser, con su movimiento corporal voluntario, el causante de un resultado antisocial, o por ser el autor del injusto penal.

claramente señalados por el legislador, entra entonces en función la interpretación que pueda hacer la dogmática, surgiendo así la polémica que se plantea en la ciencia del derecho penal, en torno a la determinación del contenido de la culpabilidad y de su función.

Resumiendo lo anterior,⁶¹ podemos llegar a las siguientes afirmaciones, que a su vez pueden ligarse a los planteamientos iniciales:

Si bien la culpabilidad está íntimamente ligada a la idea de “retribución”, ésta también puede darse sin aquélla.

Mientras se hable de “pena”, necesariamente habrá que aceptar el contenido “retributivo” de la misma, independientemente de cuál sea el objeto que se retribuya y de si en el momento de la punición el juzgador, además de tocar música de represión, también entona la de prevención. Por tanto, el carácter retributivo es inarraigable de la pena, como inarraigable lo es el “mínimo ético” que ello y otros conceptos jurídico-penales encierran —lo cual no quiere decir, por supuesto, que ante un caso concreto se haga a la vez un juicio jurídico y otro moral, sino un juicio jurídico con el contenido mínimo ético necesario.

En un Estado de derecho, injusto y culpabilidad deben ser los dos grandes *presupuestos* de la punición. Ambos conceptos tienen la función de constituir un *límite* al poder punitivo del Estado, influyendo de diversa manera en los diferentes niveles de intervención de éste.

La culpabilidad, por otra parte, “sólo puede edificarse sobre la base antropológica de la autodeterminación como capacidad del hombre”.⁶² El derecho penal de culpabilidad es el que concibe al hombre como persona.

Que es difícil demostrar científicamente la existencia, en el caso concreto, de la posibilidad de actuar de manera diferente, sobre la que se basa el concepto de culpabilidad, no hay duda alguna. Pero ante la no existencia de una alternativa mejor, que racionalmente nos conduzca a considerar al hombre como persona y que, consecuentemente, constituya un límite constante al poder punitivo del Estado —sin que con ello quiera decirse que aquélla representa una garantía perfecta—, no vemos aún la necesidad y la conveniencia de su abandono. Pues renunciar a ella, por la sola dificultad de su demostración científica, es caer cons-

⁶¹ Como puede observarse, no se desarrolla el punto relativo a la ejecución penal, en donde, por supuesto, también puede plantearse el problema de la culpabilidad y de otras limitantes al poder punitivo del Estado.

⁶² Zaffaroni, E. R., *Manual . . .*, pp. 445 y ss.

cientemente en la irracionalidad al saber, por otra parte, que no es el único concepto que presenta esa dificultad, y es aceptar, además, que para el ejercicio del poder penal, en el lugar del individuo se coloque al interés de quien ejerce el poder en el punto central.