



Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

Hormazábal Malarée, Hernán

UNA NECESARIA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XVIII, núm. 2, diciembre, 2005, pp. 167-185

Universidad Austral de Chile

Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173713783008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica





Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



## Revista de derecho (Valdivia)

ISSN 0718-0950 *versión on-line*

-  Como citar este artículo
-  Agregar a favoritos
-  Enviar a e-mail
-  Imprimir HTML

Rev. derecho (Valdivia) v.18 n.2 Valdivia dic. 2005

---

Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - Diciembre 2005 Páginas 167-185

### INVESTIGACIONES

## UNA NECESARIA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

### *A necessary revision of the concept of criminal responsibility*

**Hernán Hormazábal Malarée \***

\* Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Gerona, España, Facultad de Derecho Campus de Montilivi 17071, Gerona, España. Correo electrónico: [hormazabal-malaree@telefonica.net](mailto:hormazabal-malaree@telefonica.net)

---

A Gonzalo Rodríguez Mourullo

### Resumen

*La adecuación del concepto y contenido de la culpabilidad a los derechos constitucionales constituye una de las más importantes lagunas en el discurso penal. El concepto de culpabilidad debe volver a la antinomia entre ciudadano y Estado de la Ilustración, no desde una perspectiva abstracta y una supuesta racionalidad homogénea, sino desde la premisa de la desigualdad social. Ello obliga al Estado a una acción positiva de redistribución de los bienes sociales que en el ámbito penal se concreta en la toma de consideración a la hora de imponer la pena del acervo de bienes culturales, sociales y económicos del individuo. La responsabilidad no es sólo responsabilidad del autor por el injusto, sino también una responsabilidad social.*

To Gonzalo Rodriguez Mourullo

## Abstract

*The adaptation of the concept and content of criminal responsibility to constitutional rights is one of the most serious omissions in criminal law discourse. The concept of criminal responsibility must return to the confrontation between the citizen and the State that existed during the Enlightenment, not from a theoretical perspective and a pretended homogeneous rationality, but from the assumption of social inequality. The State is required to take an active stance in redistribution of the social goods. In criminal law this active stance is made real in the consideration of the person's cultural, social and economic capabilities, in the process of imposing punishment. Criminal liability for the infringement of the law is not only the perpetrator's but it is also society's responsibility.*

CRIMINAL RESPONSIBILITY - LEGAL THEORY ON CRIME - SOCIAL RESPONSIBILITY

---

## 1. Introducción

En el comienzo de la relativamente corta historia de la teoría del delito el concepto de culpabilidad fue por antonomasia el continente de lo subjetivo, referido tanto al actuar del sujeto como al sujeto mismo. Así, para la teoría psicológica de la culpabilidad, a la que adhería el causalismo naturalista, ésta era solo o dolo o culpa, es decir, única y exclusivamente el momento donde debía analizarse si entre la acción del sujeto y el resultado existía una vinculación subjetiva que sólo podía ser psicológica y que se expresaba en una de estas dos formas.<sup>1</sup> A esta teoría, en consecuencia, para determinar la culpabilidad le bastaba con que el resultado le fuera imputable subjetivamente al autor.

Las críticas de que fue objeto este concepto, principalmente en la imposibilidad de demostrar la presencia de una vinculación psicológica en la culpa inconsciente<sup>2</sup> y ser inoperante para la cuantificación de la pena, llevaron a configurar la culpabilidad (Frank<sup>3</sup>, Goldschmidt,<sup>4</sup> Freudenthal<sup>5</sup> Mezger<sup>6</sup>) antes que nada como un juicio normativo de reproche al autor por haber cometido el delito. Este aspecto normativo haría que dolo y culpa en adelante no se presentaran como formas de culpabilidad, sino como elementos de ella. El proceso de desplazamiento del dolo y de la culpa, como es sabido, culminó con Welzel.<sup>7</sup> Este autor, al reelaborar el concepto de acción como acción final, pudo con coherencia y fuerza lógica sostener que dolo y culpa no eran formas de culpabilidad, por tanto, valoración, sino solo formas con que el sujeto se vinculaba con la acción y que, en consecuencia, en tanto que objeto valorado pertenecía, implícitamente, la mayor parte de las veces, al tipo penal. Con el desplazamiento del dolo y de la culpa o imprudencia al tipo penal, la culpabilidad quedó reducida en lo normativo al juicio de reproche al autor "por haber podido actuar de otro modo" y en lo subjetivo en la exigencia de "capacidad del sujeto para motivarse por la norma".<sup>8</sup> El finalismo junto con acentuar el normativismo<sup>9</sup> en la culpabilidad sintetizó todo su contenido en un juicio de reproche al autor por haber podido actuar de otra manera y no hacerlo. Con este planteamiento el juicio de reproche, de culpabilidad en definitiva, quedó restringido a la persona del sujeto consignado como autor por no haber omitido la acción antijurídica en circunstancias que estaba en condiciones de poder hacerlo.<sup>10</sup>

La teoría final de la acción, como es sabido, dio lugar a una larga y rica discusión de carácter sistemático,<sup>11</sup> pero en lo que a los objetivos de este trabajo importa debemos destacar dos muy importantes. Por una parte la discusión sobre la vacuidad del llamado principio de culpabilidad y superfluidad de la categoría dogmática "culpabilidad",<sup>12</sup> y por la otra, la a nuestro juicio clara y radical separación entre el injusto y la culpabilidad.

### 1.1. La vacuidad del principio de culpabilidad y la aparente superfluidad de ésta

En la doctrina se conoce con el nombre de principio de culpabilidad<sup>13</sup> a un conjunto de exigencias de carácter político criminal que constituyen límites al *jus puniendi*<sup>14</sup> tanto en el nivel de creación como de aplicación de las normas penales y también a la existencia misma de la propia culpabilidad como categoría dogmática en la teoría del delito. La culpabilidad, como tal, del mismo modo que los elementos tipicidad y antijuridicidad, se presenta como un elemento reductor de la acción.<sup>15</sup> En cuanto a las exigencias garantistas límites del *jus puniendi* son tres y se refiere la primera a la existencia de una vinculación personal en forma de dolo o culpa entre el sujeto y el hecho y la segunda a la observancia de proporcionalidad de la pena, la que no puede rebasar en cantidad y calidad a la culpabilidad del sujeto responsable de la comisión del hecho. La tercera exigencia se refiere a que el fundamento de la responsabilidad de la persona solo puede ser un hecho y de ningún modo circunstancias personales del sujeto como podría ser el rechazo social que pudiera originar su modo de vida.<sup>16</sup>

Sin perjuicio de que la vigencia de estas tres últimas garantías esté fuera de toda discusión, la coherencia con un modelo que en la teoría del delito estime que dolo y culpa son categorías que pertenecen a la tipicidad, desplaza cada una de estas tres exigencias a diferentes momentos dentro del derecho penal.

Así, la exigencia de dolo o culpa y exclusión de la responsabilidad objetiva, para aquellas propuestas que estiman que el lugar de análisis debe de ser la tipicidad, que en nosotros no se fundamenta en una concepción final de la acción, sino en la exigencia de que una acción típica ha de significar un riesgo para un bien jurídico, la vinculación de dolo o culpa no se deriva de la culpabilidad, sino del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

La garantía de proporcionalidad constituye en sí misma un aspecto del principio político criminal límite del *jus puniendi*, junto con la del carácter de extrema ratio y fragmentario del derecho penal, dentro del principio de necesidad de la pena y que encuentran su fundamento en principios irrenunciables de la modernidad.<sup>17</sup>

Con los términos "culpabilidad por el hecho" se está haciendo referencia a un comportamiento atribuido personalmente a una persona, a un injusto personal en consecuencia, que constituye el presupuesto para la exigencia de responsabilidad por ese hecho a un individuo.<sup>18</sup>

Luego, como puede apreciarse, la coherencia con el modelo propuesto lleva a dejar vacía de contenido a la culpabilidad. Todas y cada una de las garantías que se hacían derivar de la culpabilidad, con este modelo, se desplazan a otros ámbitos del derecho penal y pasan a ser aspectos totalmente ajenos a la culpabilidad.

Ahora bien, la discusión referida a la existencia misma de la categoría culpabilidad en la definición del delito está íntimamente vinculada con la teoría retributiva de la pena.<sup>19</sup> En esta visión sobre la pena, sus fines y funciones, la culpabilidad constituye un elemento esencial y dio lugar a un derecho penal que Schünemann desde una perspectiva histórica llama "derecho penal de retribución de la culpabilidad, en el que la función de la pena se halla únicamente en retribuir la culpabilidad que el autor ha cargado sobre sí al realizar el hecho punible, y en restablecer la justicia".<sup>20</sup> En todo caso dicha retribución implicaba también la proporcionalidad de la pena que en sí misma tenía que reflejar la medida de la culpabilidad. De esta manera el binomio "culpabilidad y pena" se constituiría en el derecho penal de "retribución de la culpabilidad" en una unidad indisoluble.

Tanto la culpabilidad y su correlato natural la retribución penal se fundamenta en el abuso que el individuo al delinquir ha hecho de su libre albedrío o capacidad de autodeterminación inherente a su naturaleza humana. Claramente adhiere a esta postura Urruela Mora, cuando señala que la culpabilidad se basa en "la capacidad humana individual de autodeterminación conforme a sentido",<sup>21</sup> planteamiento que, a nuestro juicio, no logra superar la contundente y definitiva crítica de la imposibilidad de demostrar el libre albedrío y, por tanto, la culpabilidad.

Sin embargo, de lo expuesto no puede llegarse a la fácil conclusión de la abolición del derecho penal<sup>23</sup> o la simple supresión del concepto<sup>24</sup> o alternatively a la de su mantenimiento como una ficción a favor del autor.<sup>25</sup> A nuestro entender, la teoría del delito necesita una categoría que se refiera al individuo que se constituya en una barrera garantística contra la aplicación de penas sin culpabilidad.<sup>26</sup> En el análisis del hecho concreto la intervención del autor no puede quedar reducida a su vinculación personal con el hecho, ni siquiera tan sólo a su imputabilidad ni a su conciencia del injusto ni a la exigibilidad concreta de si le era al momento de actuar otra conducta. Si bien con la constatación del injusto personal se ha establecido todo lo subjetivo referido a la acción de la persona, es necesaria una categoría para el análisis de todo lo subjetivo vinculado con la persona misma. A la constatación del injusto personal, debe seguir un momento para contestar a la pregunta de por qué se ha de hacer responsable por el injusto que ha cometido a la persona que se ha sindicado como autor o partícipe de ella. Éste es, a nuestro juicio, el significado de la culpabilidad en el actual estado de la teoría del delito. Dicho de otra forma, la imposición de una pena exige no sólo la constatación de un injusto, sino también una referencia a la persona concreta que explique por qué se le ha de imponer una pena.<sup>27</sup> Ello implica introducir en la teoría del delito un momento de reflexión y decisión sobre el autor y sus circunstancias para que el juez pueda decidir con cierta amplitud no solo sobre la cuantía de la pena, sino también sobre la necesidad de la imposición de la pena misma.<sup>28</sup>

### **1.2. *La distinción entre injusto y culpabilidad***

Claus Roxin comienza su artículo "'Culpabilidad' y 'responsabilidad' como categorías sistemáticas jurídico-penales", diciendo: "La distinción entre injusto y culpabilidad es considerada con razón como una de las perspectivas materiales más importantes que ha logrado elaborar nuestra ciencia del derecho penal en los últimos cien años".<sup>29</sup> En efecto, el injusto personal a que llega el finalismo desdibujó la armonía formal del modelo causalista-naturalista en que todo lo objetivo quedaba contenido en el injusto y todo lo subjetivo en la culpabilidad. Con el finalismo tanto tipicidad y antijuridicidad como culpabilidad pasaron a ser continentes tanto de aspectos objetivos como subjetivos.<sup>30</sup>

Sin embargo, Roxin, a pesar de lo que parecía anunciar el comienzo de su artículo, no extrae todas las consecuencias de su contundente afirmación, como se desprende de lo que señala en la página siguiente:<sup>31</sup> "Con independencia de tales precisiones conceptuales, la cuestión decisiva -verdadero problema básico de la dogmática jurídico- penal- sigue siendo saber qué es lo que realmente fundamenta en el aspecto material el reproche de la culpabilidad, es decir, por qué caracterizamos como "culpable" o "no culpable" una conducta ilícita, si concurren determinados requisitos positivos y negativos". Como puede apreciarse, el autor, distanciándose de lo que parece anunciar al comienzo, sigue considerando a la categoría culpabilidad como un atributo de la acción, como el tercer elemento reductor de la acción,<sup>32</sup> por tanto, como un elemento del hecho punible, lo que, a nuestro entender, ya quedó establecido con la determinación del injusto. En el injusto ya quedó plasmada objetiva y subjetivamente su participación en el hecho delictivo. No obstante, para la reacción punitiva hace falta algo más, un momento en el análisis referido a la persona a la que indiscutiblemente en el injusto se le ha atribuido el carácter de partícipe (autor o partícipe en sentido estricto). Una categoría, en definitiva, que haga de puente entre el injusto y la pena referida a la persona, pero independiente del hecho injusto.

Creemos que esta concepción del delito en que la culpabilidad aparece como un tercer elemento del delito no es ni siquiera coherente con una teoría normativa de la culpabilidad. El juicio de reproche en esta teoría está dirigido al autor que quedó establecido al determinarse el injusto. Se le reprocha no haberse abstenido de realizar el injusto en circunstancias que hubiera podido hacerlo. Es evidente que injusto y culpabilidad constituyen categorías independientes que sólo se vinculan con el juicio de reproche al autor del injusto. La teoría normativa de la culpabilidad da la respuesta que se espera que se dé en la culpabilidad, cierto que en absoluto satisfactoria, pero da su respuesta a la pregunta de por qué se ha de castigar al autor. A esta pregunta la teoría normativa de la culpabilidad

A nuestro entender, el delito se agota con el injusto. Con la acreditación del injusto queda individualizado el hecho típico y antijurídico, así como su autor doloso o culposo. Tendrá que ser a ese autor doloso o culposo al que tendría que dirigirse el juicio de reproche por haber cometido el injusto cuando podría libremente haberlo evitado. De ello se desprende que la culpabilidad, o cualquiera que sea el nombre que se le dé a la categoría que sea continente de las condiciones para que se pueda responder por qué se ha de penar o no al autor ya individualizado del injusto, es absolutamente independiente de la acción típica. El delito no es acción culpable. El delito es acción típica y antijurídica. La teoría del delito sólo tiene estos dos elementos, pero éstos no son suficientes para llegar a fundamentar la responsabilidad penal del autor. Ésta tiene que hacerse en un momento posterior donde no se trata de determinar una acción culpable, sino un sujeto culpable o responsable personal del injusto.

Luego, a una teoría del delito ha de seguir una teoría de la responsabilidad o del sujeto responsable, como la denomina Bustos Ramírez,<sup>34</sup> que es absolutamente independiente de la acción. El delito no es injusto culpable, es sólo injusto y otra cosa es la responsabilidad del sujeto que tiene que ser establecida de acuerdo con reglas y principios propios de culpabilidad.

Este planteamiento ha sido objeto de crítica por parte de Terradillos Basoco<sup>35</sup> que afirma: "La teoría de la culpabilidad se distancia de la teoría del injusto, lo que ha llevado a Bustos y Hormazábal a desgajar, de la teoría del delito, la teoría del sujeto responsable. No parece, sin embargo, que sea precisa esta parcelación, por más que las diferencias de objeto sean obvias, máxime si se comparte que la culpabilidad va siempre referida a un hecho concreto, típico y antijurídico". Como puede apreciarse, el catedrático de la Universidad de Cádiz constata, al igual que Roxin, que hay una clara separación entre injusto, y culpabilidad, y también que las diferencias de objeto de uno y otra son obvias, pero entiende que esta separación no puede efectuarse, porque la culpabilidad va "siempre referida a un hecho concreto, típico y antijurídico", como dice textualmente precisando el punto de discrepancia.

La repuesta a esta objeción es clara, cuando Terradillos Basoco dice que la culpabilidad va referida al injusto, está afirmando el principio garantista de culpabilidad por el acto o hecho, pero ese acto o hecho es el injusto personal del autor, doloso o culposo. La comprobación del carácter típico y antijurídico del hecho conlleva la vinculación personal de ese hecho con una persona que ha de estar dentro de una de las categorías a las cuales el ordenamiento hace responsable de los delitos, esto es, a una de las categorías de la teoría de la participación. El partícipe, sea autor o partícipe en sentido restringido, ha quedado individualizado en el injusto. Luego no se trata de un hecho en abstracto, sino de la acción típica y antijurídica de ese partícipe al cual éste le ha dado sentido. De esta forma, la culpabilidad no está referida al hecho, sino a la persona autora (o partícipe) de ese hecho. Tan obvio es, en consecuencia, que las diferencias de objeto entre injusto y culpabilidad son diferentes, como que la culpabilidad no es un atributo de la acción. A este argumento lógico podemos agregar uno de fondo. Si estamos de acuerdo que el objeto de la culpabilidad es la persona misma y que el objeto del injusto es un hecho, si no se separa radicalmente injusto y culpabilidad y no se acepta como aquí se propone que dan lugar a dos teorías diferentes, a una teoría del injusto o delito y a una teoría de la culpabilidad, la persona pasaría a ser un elemento factual, se le estaría "cosificando" dentro de la teoría del delito; en definitiva, considerándola como un subsistema dentro del sistema normativo,<sup>36</sup> lo cual es ciertamente inaceptable en un Estado social y democrático de derecho. Las normas penales en el Estado democrático no son simplemente imperativos frente a las cuales a la persona no le queda otro remedio que obedecer, sino que ejercen una función comunicativa en el sentido de informar cómo no debe actuar (o actuar) para resolver sus conflictos, si no quiere hacerse acreedor a una pena.

Las normas están dirigidas a personas, las que, como tales, el Estado democrático les reconoce su dignidad y autonomía ética. Por lo tanto, la norma no es simplemente una cuestión de obediencia o desobediencia. El injusto es el momento del análisis de un hecho o situación antinormativo en la que aparece vinculada la persona. Pero en el momento de la

injusto.

Por eso, por la propia naturaleza del juicio de culpabilidad, cuyo objeto es la persona, no pueden aplicarse los mismos principios que rigen el injusto, que es un hecho o situación. La culpabilidad no puede ser un elemento de la acción como lo plantea la doctrina. Así como el hecho da lugar a una teoría del delito o del injusto, la culpabilidad tiene que dar lugar a una teoría de la culpabilidad con reglas y principios diferentes.

## **2. La reducción de la culpabilidad al fin preventivo general de la pena**

Una clara y manifiesta consecuencia de la aplicación mecánica de las reglas y principios que rigen el injusto en la culpabilidad se puede apreciar en el modelo funcionalista sistémico donde todo es imputación. Constatado el injusto personal con la inapreciable ayuda de la teoría de la imputación, la culpabilidad queda automáticamente establecida. De acuerdo con Jakobs, el sujeto es culpable cuando la actuación antijurídica "no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma. Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad. La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente, como infidelidad al Derecho". Y más adelante señala el autor alemán: "Al igual que el injusto del hecho consiste en la realización del tipo faltando un contexto justificante, la culpabilidad consiste en la realización del tipo de culpabilidad faltando un contexto exculpante".<sup>37</sup> Dicho de otra forma, la culpabilidad ya está ahí, pues con el injusto quedó demostrada con la falta de motivación jurídica y desde luego la responsabilidad del autor por el déficit de motivación jurídica no necesita demostración. La culpabilidad es sinónimo de infidelidad al derecho y la infidelidad al derecho quedó manifiesta cuando el sujeto actuó antijurídicamente.

En suma, una culpabilidad vacía de contenido, pues de acuerdo con su propuesta, ésta ya quedó establecida con su actuar antijurídico que puso de manifiesto su infidelidad al derecho. En suma, para Jakobs pareciera que la culpabilidad no tiene otra función en la teoría del delito que darle cabida sistemática a las causas de inimputabilidad y de exculpación.

Urruela Mora,<sup>38</sup> con referencia a dos destacados representantes de la corriente funcionalista sistémica, señala que "dado que dotan a la culpabilidad exclusivamente de perfiles preventivos, pese a aceptar que la misma pueda constituir el fundamento de la pena, no estarán consagrando otra cosa que el sometimiento de la sanción estatal (en su modalidad de pena) a criterios político-criminales". Dicho de otra forma, la pena, de acuerdo con esta postura, se fundamenta única y exclusivamente en los fines del Estado con absoluta prescindencia de la persona, lo que ciertamente no ocurre con la culpabilidad de retribución.

El funcionalismo sistémico, sin embargo, no viene sino a ser la culminación radical de una corriente iniciada en los años sesenta,<sup>39</sup> que declarando, por tanto, también dándolo por hecho, el efecto preventivo general de la pena, determinó el contenido de la culpabilidad con esta función de la pena, pero sin llegar a los extremos que hemos visto anteriormente. En efecto, en el año 1973, Roxin<sup>40</sup> deriva un concepto de culpabilidad a partir del fin preventivo general de la pena. De esta manera, a su juicio, la culpabilidad se presentaría como un límite a la potestad estatal de castigar,<sup>41</sup> pues de lo que se trata es de resolver "la cuestión de si es necesaria una sanción contra el autor concreto desde puntos de vista jurídico-penales".<sup>42</sup> En esta línea puntualiza más adelante. "Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales quiera hacer responsable al autor de su actuación"<sup>43</sup> con una pena. Y la pena sólo se puede imponer "cuando ello sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico"... "la culpabilidad del autor es una condición necesaria, pero de ningún modo suficiente para imponer una pena"<sup>44</sup> Distingue, por eso, entre culpabilidad y responsabilidad. La pena derivará de la responsabilidad, un estadio en el que el juez deberá ponderar todas

El pensamiento de Roxin sobre la culpabilidad en su versión más acabada<sup>46</sup> puede sintetizarse de la siguiente forma: culpabilidad y necesidad preventiva constituyen presupuestos de la responsabilidad penal. La responsabilidad implica "una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto"<sup>47</sup> y "el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal, pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho."<sup>48</sup>

Luego para Roxin, el sujeto es culpable del hecho injusto, si lo lleva a cabo a pesar de que la norma pudo haberlo motivado en sentido contrario. Es decir, parte de dos premisas. Primero, que la norma produce un efecto de llamada o es capaz de dirigir el actuar de las personas, y segundo, que la persona es sensible a ese efecto de llamada y habiendo podido autocontrolarse y actuar conforme a Derecho, sin embargo, no lo hace.

Como puede apreciarse, Roxin finalmente da un concepto de culpabilidad, y lo integra con un criterio límite del ius puniendi de necesidad preventiva de la pena dando lugar con ello a la categoría de responsabilidad jurídico-penal.

El problema sigue estando en el concepto de culpabilidad pues aquello del "efecto de llamada de la norma" y la "capacidad de autocontrol" no son más que reformulaciones de la "motivabilidad" de la norma que poco o nada agregan.

A este respecto, Baratta<sup>49</sup> hace una crítica a la culpabilidad desde la teoría de las subculturas que nos parece pertinente para la posición de Roxin y en general para todas las que afirman la capacidad de motivación de la norma y que por su claridad y precisión debe ser transcrita textualmente: "La teoría de las subculturas criminales", dice este autor, "niega que el delito pueda ser considerado como expresión de una actitud contraria a los valores y a las normas sociales generales", y afirma que existen valores y normas específicos de diversos grupos sociales (subculturas). Éstos, a través de mecanismos de interacción y de aprendizaje en el seno de los grupos, son interiorizados por los individuos pertenecientes a ellos y determinan, pues, su comportamiento, en concurrencia con los valores y las normas institucionalizados del derecho y de la moral "oficial". No existe, entonces, un sistema de valores, o el sistema de valores, ante los cuales el individuo es libre de determinarse, siendo culpable la actitud de quienes, pudiendo, no se dejan "determinar por el valor", como quiere una concepción antropológica de la culpabilidad, cara sobre todo a la doctrina penalista alemana (concepción normativa, concepción finalista)".<sup>50</sup>

Creo que no es pertinente agregar nada a las palabras de Alessandro Baratta.

### **3. Cambio de enfoque**

En general, la determinación de la responsabilidad se establece siempre desde el individuo o, mejor dicho, desde una visión antropológica. El sujeto será responsable penalmente a partir de ciertas condiciones que se le atribuyen de antemano. Será responsable, porque dotado de libertad optó por la comisión de un delito para resolver su conflicto, o porque el delito no fue más que una manifestación de su peligrosidad, o porque, a pesar de su motivabilidad o dirigibilidad por la norma, optó por infringirla.

Todas estas construcciones, en definitiva, cuyo objetivo último es dar una base de racionalidad a la responsabilidad penal, se fundamentan en dogmas metafísicos que carecen de base científica, pero en lo que se refiere a los que se utilizan para fundamentar la categoría dogmática culpabilidad, por lo menos, aunque sea artificiosamente, cumplen con la tarea de darle algún sustento por lo menos formal a una institución indiscutiblemente necesaria, pero carente de base científica.

La indiscutible necesidad de esta categoría ha dado lugar, ante la imposibilidad de fundamentar científicamente el libre albedrío, a una corriente que simplemente afirma que



compartir sus fines. Sin embargo, al mismo tiempo es indiciaria de una de las más importantes lagunas en el discurso penal y que, a mi juicio, la doctrina científica mayoritaria aun no ha resuelto satisfactoriamente.

A mi juicio, el fracaso de los esfuerzos para satisfacer esta demanda se debe a que el discurso penal ha insistido en buscar los fundamentos de la disciplina en la metafísica, olvidando que el problema penal es esencialmente político desde la creación de la norma hasta su aplicación. En esta línea entiendo que el problema de fundamentación que presenta la culpabilidad no debe buscarse en la metafísica, sino en otras disciplinas que entiendan al hombre y sus conflictos como fenómenos históricos y políticos, como ciertas corrientes en la sociología y la antropología y principalmente en la filosofía política.

En el derecho penal ha habido ya esfuerzos, y en particular en el debate sobre la culpabilidad en este sentido. Cronológicamente, los de Juan Bustos Ramírez<sup>52</sup> y los de los autores argentinos E. Raúl Zaffaroni, Alejandro Aliaga y Alejandro Slokar expuesto en su notable *Derecho Penal*.<sup>53</sup>

Ambas posturas, si bien diferentes, comparten un mismo punto de partida que es la posición de antinomia de la persona con el Estado y que en la culpabilidad lleva a invertir el planteamiento del problema de la culpabilidad: no es la persona la que tiene que demostrar que no estaba en condiciones de cumplir con la norma, sino el Estado el que tiene que demostrar que a esa persona concreta le podía exigir un comportamiento conforme a la norma.

A continuación, haremos una síntesis de ambas posturas comenzando, por razones expositivas, por la de los autores argentinos.

### **3.1. *Culpabilidad por la vulnerabilidad de Zaffaroni, Aliaga y Slokar***

Para estos autores el Derecho Penal tiene el cometido ético de actuar como un dique de contención y reducción de un poder punitivo que se encuentra en relación dialéctica con el Estado de Derecho.<sup>54</sup> Señalan que no existe un Estado de Derecho puro, pues éste en su interior alberga un Estado policía puramente que pugna por salir. El Derecho Penal al contener la represión penal impulsa el Estado de Derecho.

La teoría del delito constituye un sistema de filtros reductores de la criminalización secundaria en sí misma selectiva, ya que se dirige hacia los hechos burdos y groseros (la obra tosca de la criminalidad cuya detección es más fácil, y a personas con menor capacidad de acceso al poder político y económico o a la comunicación masiva). Esta selección vulnera el principio de igualdad, continúan Zaffaroni-Aliaga-Slokar,<sup>55</sup> constata la peligrosidad del sistema penal para las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad.<sup>56</sup>

La agencia judicial (el juez) con la comprobación de la existencia de un delito (acción típica, antijurídica y culpable) habilita para el ejercicio de poder punitivo, con lo que se consuma la criminalización secundaria.<sup>57</sup> Esta habilitación conlleva una responsabilidad, la de la agencia judicial que habilitó para el ejercicio del poder punitivo. "En este sentido" señalan, "con la responsabilidad penal se construye un concepto diferente al usualmente manejado: el desplazamiento del sujeto de la exigencia ética, desde el sujeto criminalizable hacia la agencia criminalizante, importa un paralelo desplazamiento de la responsabilidad. No es la persona criminalizada la que debe responder, sino la agencia criminalizante debe hacerlo, evitando que se ejerza sobre aquélla un poder punitivo intolerablemente irracional".<sup>58</sup>

A partir de estos presupuestos construyen la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad. Para ellos la culpabilidad en su función reductora y de contención del ius puniendi debe incorporar el dato del carácter selectivo y peligroso del Derecho Penal para ciertas personas vulnerables y procurar compensarlo o reducirlo rebajando su cuota de ilegitimidad hasta donde le es posible, cumpliendo con ello su cometido ético.<sup>59</sup> Pero, claro, que no basta con esta constatación, sino que es necesario que el autor deba poner algo para ser criminalizado que cubra el espacio entre su potencial criminalidad y el actor criminal concreto. Por eso, la

*situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo".<sup>60</sup>*

Zaffaroni, Aliaga y Slokar se fundamentan, en este tema como en otros, en datos de la sociología criminal. Su concepto de culpabilidad lo elaboran a partir de una concepción del hombre alejada de los planteamientos metafísicos de los que adhieren a la teoría normativa de la culpabilidad o a las posturas que la dotan de contenidos preventivos. Para ellos el reproche no se dirige a un ser abstracto dotado de libre albedrío y con una racionalidad homogénea, sino a un hombre concreto en una sociedad desigual y discriminatoria. Este concepto de culpabilidad lleva implícita la idea de corresponsabilidad social en el proceso de criminalización, pues ya no se trata solo del reproche al autor del injusto, sino también de la responsabilidad del Estado titular de un poder punitivo irracional que se dirige precisamente a los grupos sociales cuya mayor vulnerabilidad no le es ajena.

Sin duda que esta idea de corresponsabilidad social en los procesos de criminalización abre interesantes perspectivas de investigación en la relación Estado-delito. La idea vulnerabilidad de la persona en general frente a un sistema penal que opera como freno de los excesos del Estado policía que guarda en su interior el Estado de Derecho, introduce en el juicio de culpabilidad un factor de valoración que obliga al intérprete a considerar las circunstancias concretas de la persona a fin de establecer su responsabilidad. La vulnerabilidad es genérica, pero hay, por sus circunstancias vitales, personas más vulnerables que otras y el delito que se le imputa constituye el plus de riesgo necesario para que tenga lugar la criminalización secundaria. Una idea interesante, sin duda, pero creo que incluso hay que ir más allá. Es cierto que hay una relación dialéctica entre Estado policía y Estado de Derecho. Esta relación está siempre presente y no es más que la relación entre Estado absoluto y Estado democrático, como lo demuestra el hecho de que en las situaciones de crisis del Estado democrático vuelve el Estado primigenio: el Estado absoluto. Creo que la antinomia hay que plantearla derechamente entre el individuo y el Estado, sea absoluto o democrático, entre la persona y la forma de organización social en que ella está sin mediatizaciones. El sistema penal y su funcionamiento real, de esta forma, se erige en el parámetro para medir el grado de profundización democrática del Estado.

### **3.2. Teoría del sujeto responsable**

Una teoría de la responsabilidad penal por el injusto necesariamente tiene que distinguirse del injusto mismo, pues ya no se trata del hecho, sino de la persona que aparece como autor de ese hecho. El problema es establecer si se le puede castigar. No se trata, en consecuencia, de una idea de persona en abstracto, sino de la persona real que vive en un medio social determinado, que se relaciona e interacciona con otras, que está condicionada social y culturalmente y al mismo tiempo es un sujeto condicionante respecto de otros.

En un Estado social y democrático de derecho y de economía de mercado esta persona concreta es sujeto de derechos y obligaciones. El Estado, por una parte, se compromete a asegurarle sus derechos políticos y las condiciones para ejercerlos que incluye la satisfacción de sus necesidades mínimas, sus necesidades económico-sociales y también más ampliamente a tomar las medidas que sean necesarias para que el derecho de igualdad sea una realidad efectiva.

Es a este sujeto al que se dirige la Constitución española cuando en sus artículos 14 y siguientes le garantiza sus derechos individuales y políticos, y en los artículos 39 y siguientes fija los principios rectores de una política social y económica y en el art. 9.2 se compromete a promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas. Parte, en consecuencia, de la realidad de que las personas viven en sociedad y que dentro de ella no todas se encuentran en las mismas condiciones, que hay desigualdades entre ellas provocadas por el mismo modelo de sociedad. El Estado asume la tarea de intervenir en los procesos sociales no sólo con el fin de evitar que se profundicen las desigualdades, sino también para que desaparezcan. Se trata de un mandato derivado del reconocimiento de la dignidad de la persona, de su autonomía ética frente al Estado que de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución no puede ser objeto de ninguna discriminación. En suma, es el Estado el que está al servicio de la persona y de ningún modo ésta al servicio

Luego, como puede apreciarse, la imagen del hombre y de la sociedad que refleja la Constitución es muy diferente de la que parten las teorías penales de la culpabilidad. El hombre real está lejos de gozar de esa libertad absoluta que solo con las limitaciones de la naturaleza podría tenerla únicamente un hombre aislado socialmente. La teoría normativa de la culpabilidad parte de esta irrealidad para enseguida señalar con un inexplicable salto en el vacío, pues ahora el hombre de no social pasa a ser social, que la norma tiene capacidad para motivar a todos los hombres por igual. En suma, la teoría normativa de la culpabilidad<sup>61</sup> en esta versión parte de un hombre no social al que le atribuye una libertad absoluta de determinación, para en seguida considerarlo integrado dentro de una sociedad en que todos sus individuos tienen una racionalidad homogénea y, por tanto, todos susceptibles de ser motivados por el sistema normativo.

La experiencia indica que la realidad es otra, que el hombre real es el hombre en una sociedad concreta que genera desigualdades y en la que el Estado ha de asumir la tarea de nivelarlas. Hay diferencias entre las personas provocadas por el propio modelo de sociedad. En consecuencia, la teoría de la responsabilidad penal o de la responsabilidad del sujeto tiene que partir de estas premisas y también de una básica que encuentra sus raíces en la Ilustración: la antinomia entre la persona y el Estado que está latente en el propio texto constitucional.

El reconocimiento de la igualdad de las personas, y la interdicción de toda discriminación establecida en el artículo 14 de la Constitución española, constituyen el planteamiento básico a partir del cual se puede hacer realidad la justicia que este mismo texto consagra en su artículo 1º como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Este reconocimiento en el texto constitucional es necesario a partir de la constatación en la realidad social de desigualdades entre los individuos tanto naturales como provocadas por la propia estructura social que son fuente de situaciones de injusticia. Ello obliga al Estado a una acción positiva de redistribución de los bienes sociales a fin de hacer efectiva la igualdad.<sup>62</sup>

De esta manera, si proyectamos estos principios constitucionales al Derecho Penal, el momento hacer efectiva la justicia no puede ser sino otro que aquél en que se ha de enfrentar al individuo con su hecho, esto es, el del establecimiento de su responsabilidad que, como hemos explicado anteriormente, es independiente del hecho punible. En ese momento el juez ha de entrar a considerar todas las circunstancias del individuo especialmente las que dicen relación con sus oportunidades de acceso a los bienes naturales y sociales, de considerarlo no sólo en su posesión de bienes, sino también en su carencia de los mismos.

Este planteamiento, que a partir del texto constitucional deviene en exigencia, no puede conciliarse con la teoría normativa de la culpabilidad. En su base está la falacia de una igual distribución de los bienes, de una igualdad natural de todos los hombres que de modo general haría a todos "capaces de culpabilidad".<sup>63</sup> De este modo, el Estado estaría amparado de modo general por una presunción que lo legitimaría de forma permanente para exigir responsabilidad a toda persona que vulnerara la norma. La "capacidad de culpabilidad" de todo se constituiría en una categoría general legitimante del poder punitivo del Estado sobre todas las personas.

El problema tiene que ser planteado de otra forma. No puede partirse de una legitimación genérica del Estado para exigir respecto de cada individuo una responsabilidad por el injusto, pues tal planteamiento vulneraría los principios constitucionales a que hemos hecho referencia anteriormente. A nuestro entender, el problema debe ser planteado justamente al revés. El Estado no está legitimado de modo general para exigir responsabilidad, sino que debe legitimarse en cada caso respecto de cada individuo en concreto. En esta legitimación ha de entrar a considerar la forma en que se han distribuido los bienes sociales y la responsabilidad que pueda llegar a tener en una distribución desigual de éstos respecto del individuo en concreto.

individuo, lo que significa que tiene que legitimarse en cada caso considerando la responsabilidad que pueda caberle en el caso de que ese individuo haya sido objeto de discriminación. Luego, el problema no es si el Estado debe exigir responsabilidad al autor del injusto, sino si puede exigir dicha responsabilidad a la persona concreta.

La responsabilidad así entendida obliga a considerar todas las circunstancias vitales del autor a efecto de no solo establecer su responsabilidad, sino también, si la hay, la medida de ésta que dependerá de su acervo de bienes culturales, sociales y económicos, en definitiva de los bienes en cuya distribución tiene responsabilidad el Estado. Luego, la responsabilidad entendida como exigibilidad no es sólo responsabilidad del autor por el injusto, sino que es una responsabilidad social. No es lo mismo la responsabilidad de una persona que cuenta con una gran cantidad de bienes sociales, que la de una persona que carece de ellos hasta el punto de no poder satisfacer sus necesidades mínimas. En este caso hay una persona que ha sido objeto de discriminación y la capacidad del Estado para exigir responsabilidad en este caso, en tanto que responsable en la distribución de bienes, será mayor y menor la de la persona. La responsabilidad así planteada, si se llega a establecer, será una corresponsabilidad de la persona y del Estado, en definitiva, como decíamos, una responsabilidad social.

Aparece en este planteamiento una clara vinculación entre la responsabilidad y la pena. El Estado solo podrá imponerla teniendo en cuenta su mayor o menor corresponsabilidad y solo en tanto que ésta aparezca como necesaria. Ello lo obligará a tomar en cuenta también las consecuencias sociales que su imposición y ejecución pudieran acarrear. Por lo tanto, la ejecución penal dista mucho de ser un categórico imperativo ético, ni siquiera una necesidad. De esta manera, parafraseando el kantiano ejemplo de la isla podríamos decir que la imposición de una pena cuando el Estado no está legitimado para exigir responsabilidad o la ejecución de una pena no necesaria es la que hará recaer la culpa sobre cada uno de los individuos de una sociedad que ha decidido autodisolverse.

### **3.2.1. La teoría del sujeto responsable y las causas de inimputabilidad y exculpación**

Un planteamiento de esta naturaleza no está de ningún modo reñido con el texto del Código Penal vigente que felizmente, pues tampoco es su función, el concepto de culpabilidad. La teoría penal distingue entre las causas que excluyen la culpabilidad por razones históricas entre causas de inimputabilidad y de exculpación. Las primeras se encuentran en los tres primeros números del artículo 20 y las de exculpación en el 20,5° y 6° CP, y también el artículo 14.3 CP.

Para la teoría alternativa que proponemos tanto las causas de inimputabilidad como de exculpación son causas de inexigibilidad, es decir, supuestos expresamente reconocidos en la ley en los que el Estado no está legitimado para exigir responsabilidad al individuo en concreto. De esta manera, los supuestos de inexigibilidad, pueden ser agrupados dentro de tres categorías: una primera categoría de inexigibilidad en la que se contemplarían los supuestos en que la distribución de recursos naturales ha sido desigual, es decir, supuestos de inexigibilidad por falta de salud psíquica y física y de madurez mental; una segunda en que la causa de inexigibilidad vendría planteada al individuo en concreto por no haber interiorizado los valores del sistema social, y una tercera en que la inexigibilidad vendría dada por las circunstancias fácticas concretas del individuo en el momento de la comisión del hecho.

Por otra parte, no hay ningún obstáculo legal para admitir dentro de la teoría del sujeto responsable causas supraleales de exención de responsabilidad criminal que signifiquen supuestos de inexigibilidad. Es cierto que el artículo 4° 3. CP habla de una "rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley", pero esto no significa una extensión distorsionada del principio de legalidad a las causas de exención de responsabilidad. A nuestro entender, "aplicación rigurosa" no significa interpretación restringida del texto, sino interpretación conforme a la Constitución y a los principios básicos del Estado social y democrático de derecho.

pues, a nuestro juicio, según lo hemos demostrado anteriormente, no es conciliable con el texto constitucional. En cambio, sí lo es la propuesta que hemos hecho de identificar responsabilidad con exigibilidad, es decir, con capacidad o legitimación del Estado para exigir responsabilidad a un individuo concreto por su injusto.

En suma, nada impide que la responsabilidad del individuo y la determinación de la pena se fundamenten en el establecimiento por parte del Estado de su legitimación respecto del individuo concreto para exigirle un comportamiento conforme a la norma.

## Notas

<sup>1</sup> Liszt, F. Tratado de Derecho Penal, T. II, Ed. Reus, Madrid, (1917), p. 388.

<sup>2</sup> Eduard Kohlrausch ante el inconveniente que para la teoría psicológica representaba la culpa inconsciente tuvo que afirmar que ella no representaba culpabilidad. Vide, "Die Schuld" en Aschrott-Liszt Die Reform des Reichsstrafgesetzbuch T. I., 1910.

<sup>3</sup> Frank, R., Über den Aufbau des Schuldbegriffes, Huyesen, 1907.

<sup>4</sup> Goldschmidt, J., Normativer Schuldbegriff, en Frank Festgabe, 1930.

<sup>5</sup> Freudenthal, B., Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922.

<sup>6</sup> Mezger, E., Tratado de Derecho Penal Alemán, trad. de la 2ª Ed. alemana de J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid, T. II, 1957, p. 9 y ss.

<sup>7</sup> Welzel, H. Derecho Penal Alemán, traducción de la 11ª edición alemana de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1970, p. 197.

<sup>8</sup> Sobre la culpabilidad, de reciente aparición en la literatura española, Terradillos Basoco, La Culpabilidad, México, 2002; Melendo Pardos, M., El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas, Comares, 2002; de la Cuesta Aguado P.M., Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación, Dykinson, Madrid, 2004; Urruela Mora, A., Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, Comares, Granada, 2004.

<sup>9</sup> Jakobs discípulo de Welzel lleva hasta sus últimos extremos la normativización de la culpabilidad construyendo un concepto funcional de culpabilidad, es decir, un concepto orientado al fin preventivo general de restablecer el derecho quebrantado, un ejercicio de fidelidad al derecho. El binomio culpabilidad y pena se establece jurídicamente asignándole a la pena una función de conservación de la norma y constituye una respuesta jurídica al que la ha infringido y al mismo tiempo una reafirmación del derecho. Véase Jakobs, G., Derecho Penal. Parte General, trad. de la 2ª ed. alemana de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 1995, p. 579 y ss.

<sup>10</sup> V. nota 7;

<sup>11</sup> En particular y por su proximidad, citamos dentro de la abundante literatura que llenó la postguerra hasta aproximadamente los años setenta en que la discusión se amplió a aspectos político-criminales, procesales, penitenciarios, criminológicos, etc., entre otros, Roxin, C., "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", en Problemas Básicos de Derecho Penal, Ed. Reus, Madrid, 1976; y en nuestra literatura Rodríguez Muñoz J.A., La doctrina de la acción finalista, 2ª Ed., Valencia, 1978.

<sup>12</sup> Sobre los contenidos del principio de culpabilidad y sus variaciones, De la Cuesta Arzamendi, J. L. "El legado genético y el principio de culpabilidad. Algunas consideraciones provisionales", en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano II, Madrid, 1994.

Schuldprinzip, 1977.

<sup>14</sup> García Arán, M., "El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad", en Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, 2001, pp. 401-415, con interesantes reflexiones sobre el principio y su recepción en el Parlamento español en la redacción del CP, 1995.

<sup>15</sup> Maihofer, W. Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, Tübingen, 1953.

<sup>16</sup> Córdoba Roda, J.: Culpabilidad y Pena, 1977, p. 18 y ss. Debe señalarse que la culpabilidad por el hecho suele no presentarse en forma pura. Las legislaciones suelen contemplar conceptos que la distorsionan como habitualidad o reincidencia que son propias de una culpabilidad de autor vinculada a un positivismo de defensa social. Como dicen Zaffaroni, E.R.; Aliaga A. y Slokar, A. Derecho Penal. Parte General., 2ª. Ed., Ediar, Buenos Aires, (2002), p. 663, al procesado se le reprocha algo más que el acto mismo. En esta línea se encuentran expresiones como culpabilidad del carácter o culpabilidad por la propia orientación de la vida (Lebensführungsschuld). Esta última expresión se debe a Edmund Mezger, el más destacado sistemático del causalismo valorativo, pero también jurista al servicio del nacionalsocialismo. Véase Muñoz Conde F., Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>17</sup> "Y por justicia yo no entiendo otra cosa que el vínculo necesario para mantener unidos los intereses particulares, sin el cual se disolverían en el antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza", en Beccaria, C., De los delitos y las penas, Edición de Franco Venturi, 1ª Ed. Bruguera, 1766.

<sup>18</sup> Córdoba Roda, J. 1977, op. cit. nota 16, p. 22 y ss.

<sup>19</sup> Una visión crítica sobre las teorías de la pena en Bustos, J. / Hormazábal H., "Pena y Estado" en Papers Revista de Sociología, 1980, pp. 13, 97-128.

<sup>20</sup> Schünemann, B.: "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en AA.VV. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, Madrid, Tecnos, 1991, p. 149. Este trabajo se publicó originalmente en la obra colectiva editada por el mismo autor "Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, de Gruyter, Berlín.

<sup>21</sup> Ob. cit. nota 8, p. 149. y, en general, Cerezo Mir y sus discípulos.

<sup>22</sup> Gimbernat, E., "¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?"; él mismo, "El Sistema del Derecho Penal en la actualidad", trabajos están recopilados en Estudios de Derecho Penal, Ed. Tecnos, 1991.

<sup>23</sup> Sobre las teorías abolicionistas Pavarini, M., "El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo", en Poder y Control 1, 1987, pp. 141-157.

<sup>24</sup> En nuestra doctrina Gimbernat, ob. cit, nota 22. Además, Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1979; para información sobre la discusión en la doctrina alemana Roxin, C., "Das Schuldprinzip im Wandel", en LH a Arthur Kaufmann, 1993, Heidelberg, pp. 519 a 535.

<sup>25</sup> Schünemann, B. ob. cit. nota 19.

<sup>26</sup> Ibid., p. 165.

<sup>27</sup> A nuestro juicio, como veremos más adelante, el problema de la imposición de la pena no puede resolverse exclusivamente con el binomio "injusto y pena"; es necesaria otra

laico del Estado democrático de derecho. Por el contrario, Zaffaroni- Aliaga-Slokar, op. cit., nota 16, sostienen que "no se hace necesario reemplazar la denominación, a condición de tomarla como criterio útil para la reducción del poder punitivo y no para la legitimación discursiva de éste". También de la misma opinión, Terradillos Basoco, ob cit. nota 8: "Desde el punto de vista político, el principio de culpabilidad despliega, así, importantes efectos garantistas, ya que, en ausencia, no cabe el recurso a la pena", p. 1.

<sup>28</sup> Sin duda un sistema de pena máxima, esto es, sin especificar una pena mínima para cada delito, sería el modelo coherente con esta forma de entender la función de la culpabilidad.

<sup>29</sup> Roxin, C. "Problemas básicos del derecho penal", trad. Diego Manuel Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid 1985, p. 200. En el mismo sentido Cuello Contreras J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, 3ª Ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 909.

<sup>30</sup> Sobre la evolución de la teoría del delito: Bustos y Hormazábal: *Lecciones de Derecho Penal*, I, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 129 ss. También Roxin, C. *Sobre la culpabilidad en el derecho penal*, trad. Bustos- Hormazábal, PPU, Barcelona, 1992, pp. 115-143;

<sup>31</sup> Op. cit. nota 29, p. 201.

<sup>32</sup> Evidentemente será el tercero si se adhiere a una teoría tripartita del delito. Para los que adhieren a la teoría de los elementos negativos del tipo o cualquier otra propuesta que confunda tipicidad y antijuridicidad, será el segundo elemento. Sobre las variaciones sistemáticas en la teoría del delito: Bustos, J. / Hormazábal, H. *Lecciones de Derecho Penal*, II, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 177 y ss.

<sup>33</sup> En este punto hay que hacer notar, como lo hizo Córdoba Roda en su oportunidad, ob cit. nota 15, p. 72, que el poder o libertad de actuación del sujeto en el momento de cometer el hecho delictivo así como la aminoración de la capacidad de actuar conforme a derecho deben ser tomados en cuenta por el juez a los efectos de excluir o atenuar la pena "en cuanto sean comprobados en el proceso penal". Lamentablemente ocurre en la práctica judicial que los aspectos referidos al sujeto mismo, sus incapacidades, por ejemplo, juegan un papel secundario. La culpabilidad opera como una presunción, del mismo modo como se presumía la voluntariedad de las acciones en el CP de 1870, y la defensa tiene que acreditar la causa de inimputabilidad o de exculpación mediante pruebas periciales la mayor parte de las veces, sobre todo en las causas de inimputabilidad. El juez suele mecánicamente fallar en el sentido del informe del forense que suele acreditar que el sujeto tenía capacidad de conocer y de obrar, es decir, se limitan a decir si el sujeto obró o no obró dolosamente, cuestión ajena a la imputabilidad o inimputabilidad.

<sup>34</sup> En la 1ª edición de su *Manual de Derecho Penal Español* (Editorial Ariel, Barcelona), Juan Bustos Ramírez, ya en el año 1984, proponía la distinción entre una teoría del delito (tipicidad y antijuridicidad) y una teoría del sujeto responsable, señalando que la culpabilidad era responsabilidad y no reproche o que el sujeto podía actuar de otra manera. En esa ocasión afirmó que el punto de partida de la responsabilidad debía ser el hombre concreto en sociedad (pp. 371 y ss.). Posteriormente en la tercera edición de ese *Manual* (1989, 327) desarrolló más ampliamente este concepto diciendo textualmente: "En definitiva lo que interesa es la persona responsable frente al sistema penal criminal. Ello significa que el sujeto pueda responder frente a tareas concretas que le exige el sistema. Luego responsabilidad implica exigibilidad. Esto es, se trata de qué es lo que puede exigir el sistema de una persona frente a una situación concreta. Responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente unidos". El planteamiento se mantuvo en la cuarta edición de este *Manual* en el año 1994 en la Editorial PPU. (p. 512) de la cual fui responsable y pasó a la primera edición de las *Lecciones de derecho penal* en la que figuro como coautor con Juan Bustos Ramírez (Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 311 y ss.)

<sup>35</sup> Ob. cit. nota 8, p. 29.

<sup>36</sup> D. ... (El contenido de esta nota no es legible en la imagen)

publicado en la Revista General de Derecho Penal, 1, en el portal electrónico [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 2004. También ver el capítulo correspondiente en Bustos, J. / Hormazábal, H. Bases para un nuevo derecho penal, 2004, Ed. Trotta, Madrid.

<sup>37</sup> Jakobs, G. ob. cit., nota 9, pp. 566-567.

<sup>38</sup> Ob. cit. nota 8, p. 148. Cita a Jakobs y Achenbach.

<sup>39</sup> Para mayor información sobre el derecho penal en Alemania en dicha época Hassemer, W., "La ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana", en ADPCP, trad. Hormazábal Malarée, pp. 3580, 1993.

<sup>40</sup> Roxin, C. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2ª Ed., 1967, p. 33.

<sup>41</sup> "Sentido y límite de la pena estatal", en op. cit., nota 11, pp. 11-36. Este artículo dirigido fundamentalmente a estudiantes se publicó originalmente en Jun, 1966.

<sup>42</sup> Ob. cit, nota 29, p. 210.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Op. cit. p. 211.

<sup>45</sup> Op. cit. p. 213 y ss.

<sup>46</sup> Roxin, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3ª ed., München, 1997, p. 724 y ss. Hay traducción al español de la 2ª edición de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y de Vicente Remesal con notas: Derecho Penal. Parte General, Civitas, Madrid, 1997. Como las citas que haremos en el texto están referidas a párrafos que permanecen iguales en la 3ª edición, las haremos referidas a la versión española de este libro.

<sup>47</sup> Op. cit., p. 791.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Baratta, A., Criminología crítica e critica del diritto penale, Il Mulino, Bologna, 1982. Hay traducción al español de Bunster, A., Criminología crítica y crítica del derecho penal. Siglo XXI, 1986, México. Las citas se harán en referencia a la edición en español.

<sup>50</sup> Op. cit., p. 71. Cursivas en el original.

<sup>51</sup> Schünemann, B., op. cit. nota 20, p. 152.

<sup>52</sup> Al cual yo mismo he adherido posteriormente, véase nota 34.

<sup>53</sup> Ob. cit. nota 16.

<sup>54</sup> "El derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho", ob. cit. nota 16, p. 5.

<sup>55</sup> Ob. cit., p. 9.

<sup>56</sup> Ob. cit., p. 654.

<sup>57</sup> Ob. cit., p. 390.



<sup>59</sup> Ob. cit., p. 653.

<sup>60</sup> Ob. cit., p. 654, cursivas en el original.

<sup>61</sup> Es preciso precisar en este punto que la historia del Derecho Penal pone de manifiesto que no ha habido una sola teoría normativa de la culpabilidad, sino varias, pero con muchos elementos en común. Sobre el particular ver Melendo Pardos, M., Ob. cit., nota 8.

<sup>62</sup> Para Rawls la justicia se resume en la siguiente idea central: "Todos los bienes primarios sociales -libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, y los fundamentos de la propia estima- tienen que distribuir- se de modo igual a menos que una distribución desigual de alguno de estos bienes o de todos ellos resulte ventajosa para los menos favorecidos", en Teoría de la Justicia, 1971, p. 303.

<sup>63</sup> Empleo deliberadamente el concepto de un modo amplio con plena conciencia de que el término lo restringe la teoría penal a la imputabilidad.

<sup>64</sup> De la Cuesta Aguado, P.M., ob. cit., nota 8, plantea también la culpabilidad como un problema de exigibilidad, pero de una manera totalmente diversa a la nuestra. En efecto, lo plantea no como exigibilidad al Estado, sino como exigibilidad al individuo.

## Bibliografía

Baratta, A., Criminología crítica e crítica del diritto penale, Il Mulino, Bologna, 1982.

Bustos, J. / Hormazábal, H., "Bases para una revisión de la teoría de la norma penal", en Revista General de Derecho Penal, 1997.

Bustos, J. / Hormazábal, H., "Pena y Estado", en Papers Revista de Sociología, 1980.

Bustos, J. / Hormazábal, H., Lecciones de Derecho Penal, I, Ed. Trotta, Madrid, 1997.

Córdoba Roda, J.: Culpabilidad y Pena, 1977.

Cuello Contreras, J., El Derecho Penal Español. Parte General, 3ª Ed., Dykinson, Madrid, 2002.

De La Cuesta Aguado, P.M. Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación, Dykinson, Madrid, 2004.

De La Cuesta Arzamendi, J.L. "El legado genético y el principio de culpabilidad. Algunas consideraciones provisionales", en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano II, Madrid, 1994.

García Arán, M., "El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad", en Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, 2001.

Gimbernat, E., "¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?"; él mismo, "El Sistema del Derecho Penal en la actualidad", trabajos están recopilados en Estudios de Derecho Penal, Ed. Tecnos, 1991.

Hassemer, W., "La ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana", en ADPCP, trad. Hormazábal Malarée, pp. 35-80, 1993.

Jakobs, G., Derecho Penal. Parte General, trad. de la 2ª ed. alemana de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 1995.

Kaufmann, A., Das Schuldprinzip, 2ª Ed., 1976.

Melendo Pardos, M., El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas, Comares, 2002.

Mezger, E., Tratado de Derecho Penal Alemán, trad. de la 2ª Ed. alemana de J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid, T. II, 1957.

Pavarini, M., "El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo", en Poder y Control 1, 1987.

Rawls, J. Teoría de la Justicia, 1971.

Rodríguez Muñoz, J.A., La doctrina de la acción finalista, 2a Ed., Valencia, 1978.

Roxin, C., "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", en Problemas Básicos de Derecho Penal, Ed. Reus, Madrid, 1976.

Roxin, C., "Das Schuldprinzip im Wandel", en LH a Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993.

Roxin, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3ª ed., München, 1997.

Roxin, C., Sobre la culpabilidad en el derecho penal, trad. Bustos-Hormazábal, PPU, Barcelona, 1992.

Schünemann, B., "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en AA.VV. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, Madrid, Tecnos, 1999.

Stratenwerth, G., Die Zukunft des Strafrechtlichen Schuldprinzip, 1977.

Terradillos, J., La Culpabilidad, México, 2002.

Urruela Mora, A., Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, Comares, Granada, 2004.

Von Liszt, F., Tratado de Derecho Penal, T. II, Ed. Reus, Madrid, 1917.

Welzel, H., Derecho Penal Alemán, traducción de la 11ª edición alemana de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1970.

Zaffaroni, E.R. / Aliaga, A. / Slokar, A., Derecho Penal. Parte General, 2a. Ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

---

Artículo recibido el 22 de septiembre de 2005 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 15 de noviembre de 2005.