

Reprochabilidad Penal

Francisco Javier Pascua

Reprochabilidad Penal

**de la culpa psicológica
a la culpa funcional**



**Editorial de la
Universidad del Aconcagua**

Pascua, Francisco Javier

Reprochabilidad Penal : de la culpa psicológica a la culpa funcional. - 1a ed. –
Mendoza : Universidad del Aconcagua, 2008. 225 p.; 21x16 cm.

ISBN 978-987-1511-02-0

1 Derecho Penal. 2 Reprochabilidad. 3 Culpabilidad
CDD 345

La imagen de fondo que ilustra la portada pertenece Much y se titula “El Grito”

Diagramación y Diseño de tapa: Arq. Gustavo Cadile.

Copyright by Editorial de la Universidad del Aconcagua

Catamarca 147 (M5500CKC) Mendoza

Teléfono (0261) 5201681

Correo electrónico: editorial@uda.edu.ar

Queda hecho el depósito que marca la ley 11723.

Impreso en Argentina

Primera Edición: Agosto de 2008

ISBN: 978-987-1511-02-0

Reservados todos los derechos. No está permitido reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir ninguna parte de esta publicación, cualquiera sea el medio empleado –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.-, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

*Para quienes nunca dejan de ser alumnos,
ávidos de aprender sin preconceptos ni prejuicios.*

Agradecimientos

A las autoridades de la Universidad del Aconcagua, en particular al Señor Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Dr. Rolando Galli Rey, al Director de la editorial de la Universidad del Aconcagua, Dr. Gustavo Mauricio, y como siempre al arquitecto Gustavo Cadile, quien más allá del diseño y compaginación de esta obra, ha acompañado el entusiasmo del autor en plasmar y hacer manifiestas estas ideas.

Índice

Prólogo	15
Capítulo I - Introducción	21
I. Planteo del tema.	21
Capítulo II - “Evolución histórica dogmática de la teoría de la culpabilidad” 27	
I. Evolución histórica. Introducción.....	27
II. Períodos. Distintas teorías.....	30
A. <i>Primer período. De la inexistencia.</i>	30
1- Teoría de la inexistencia.	30
a. <i>Teoría de la “versari in re ilícita”</i>	31
2- Resurgimiento.....	32
B. <i>Segundo período: Teoría de la culpabilidad.</i>	33
1. Origen.....	33
2. Culpabilidad formal y culpabilidad material	35
3. Culpabilidad por el acto y culpabilidad de autor o por la personalidad o por conducción de la vida.....	35
4. Teoría de la “cculpabilidad”	40
5. La teoría psicológica de la culpabilidad	41
6. La teoría psicológica normativa, o teoría compleja o mixta	48
a. <i>Origen. Contenido</i>	44
b. <i>Concepción caractereológica</i>	46
7. La teoría normativa.....	48
a. <i>La teoría finalista de la culpabilidad.</i>	48
b. <i>La teoría de la atribuibilidad</i>	53
8. La concepción funcionalista de la culpabilidad.	54
a. <i>Posición restringida</i>	56

b. <i>Posición amplia</i>	59
III. Síntesis conclusiva	65
Capítulo III - “La reprochabilidad”	69
I. Introducción. Breve desarrollo conceptual.....	69
II. Definición.	72
III. La reprochabilidad. Relación y diferencia con la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad. Idea General.	72
IV. Estructura de la reprochabilidad.....	75
V. Razón de la reprochabilidad como tercer estrato del delito.	77
VI. Importancia de la distinción entre antijuridicidad y reprochabilidad en cuanto a sus efectos.	80
VII. Cuadro sinóptico.	82
Capítulo IV - “Responsabilidad por el hecho” (Exigibilidad de otra conducta conforme los parámetros socio-legales).	85
I. Introducción. Caracterización general.....	85
II. Responsabilidad por el hecho: Exigibilidad de otra conducta conforme a los parámetros sociolegales.	87
III. Fundamento del substrato de la responsabilidad por el hecho o razón de la ausencia de reacción penal por la exclusión de la responsabilidad por el hecho.	90
IV. Causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho.	94
A. <i>Breve introducción.</i>	94
B. <i>Estado de necesidad coactivo (el tradicional estado de necesidad disculpante).</i>	94
1. Introducción.	94
2. Tipificación legal.	95
3. Estado de necesidad coactivo: Necesaria distinción con el estado de necesidad justificante, disculpante y por colisión de bienes de igual jerarquía.	96
4. Requisitos.	98
5. Casos particulares de inexigibilidad regulados expresamente en el C. P. argentino.	101
a. <i>La obediencia debida: Concepto. Naturaleza jurídica. Límites.</i> 101	
b. <i>Supuestos de aborto no punible.</i>	105
6. Otros casos particulares que no constituyen causas de irresponsabilidad por el hecho.	107
a. <i>El miedo insuperable.</i>	108
b. <i>La libertad de conciencia o conciencia disidente y el derecho penal.</i>	109

7.	El elemento subjetivo del estado de necesidad coactivo y el error acerca de la situación de necesidad coactiva.	110
V.	Los efectos prácticos de la exclusión de la responsabilidad por el hecho.	112
VI.	Cuadro sinóptico.	113
Capítulo V - “La culpabilidad”		117
I.	La culpabilidad: Idea general. Remisión. Concepto.	117
II.	Fundamento. Delimitación.	118
A.	<i>Autodeterminación (libre albedrío) vs Determinismo (caractereología).</i>	118
B.	<i>Delimitación.</i>	119
III.	Fuente normativa.	120
IV.	Desarrollo de los conceptos de comprensión, posibilidad de comprensión y criminalidad.	121
A.	<i>Comprensión de la criminalidad.</i>	121
B.	<i>Posibilidad de comprensión.</i>	122
C.	<i>La criminalidad.</i>	123
V.	Ubicación de la conciencia de la criminalidad. Teoría del dolo y teoría de la culpabilidad.	124
A.	<i>Teoría del dolo: Teoría estricta y teoría limitada.</i>	124
B.	<i>Teoría de la culpabilidad.</i>	126
C.	<i>Ubicación según el criterio científico de esta obra.</i>	126
VI.	Componentes positivos o estructurales de la culpabilidad.	127
A.	<i>Imputabilidad.</i>	128
1.	Concepto. Ubicación. Definición.	128
2.	Requisitos.	129
3.	Fuente legal específica.	132
B.	<i>Comprensión de la criminalidad en el caso concreto y la posibilidad de dirigir las acciones conforme esa comprensión (imputabilidad específica).</i>	132
C.	<i>Capacidad de motivación.</i>	134
D.	<i>Cuadro sinóptico.</i>	136
VII.	Componentes negativos de la culpabilidad o causas de inculpabilidad. ..	137
A.	<i>Breve individualización.</i>	137
B.	<i>Inimputabilidad. Concepto. Criterios.</i>	137
C.	<i>Minoridad.</i>	138
D.	<i>Incapacidad psíquica de comprensión.</i>	142
1.	Introducción. De los trastornos mentales en general. Breve Clasificación.	142
2.	Distinción médico-legal. Ubicación de distintos trastornos mentales según la clasificación del C.P.	144

3.	Insuficiencia de las facultades mentales.	145
a.	<i>Concepto. Causas.</i>	145
b.	<i>Caracteres. Grados.</i>	146
c.	<i>Marco de peligrosidad delictiva.</i>	148
4.	Alteraciones morbosas de las facultades mentales.....	149
a.	<i>Conceptos generales.</i>	149
b.	<i>De las alteraciones mentales en particular.</i>	150
i.	De las Psicosis:.....	150
	La esquizofrenia.....	151
	La paranoia	154
	Las manías depresivas.....	157
	La epilepsia.....	158
ii.	Trastornos de orden afectivo-volitivo-instintivo	159
	Las neurosis	159
	La personalidad psicopática o psicopatías.	163
5.	Algunos casos particulares.....	171
a.	<i>La demencia senil.</i>	171
b.	<i>Alteraciones de la percepción sensorial: Sordomudos,</i> <i>ciegos y otros.</i>	172
c.	<i>Las psicosis tóxicas.</i>	173
i.	Criterio cronológico	175
ii.	Criterio gradual.	175
iii.	Criterio causal.....	176
d.	<i>La “actio liberae in causa”</i>	177
e.	<i>La imputabilidad disminuida.</i>	181
f.	<i>Trastorno mental transitorio.</i>	185
6.	Breve corolario de los efectos penales de los trastornos mentales. ...	186
E.	<i>Error de prohibición (Falta o Falsa comprensión de la criminalidad)</i> 187	
1.	Introducción. Concepto general de error e ignorancia.	187
2.	Distinción del error de prohibición con el error de hecho, error de derecho y error de tipo.....	189
a.	<i>Error de hecho.</i>	189
b.	<i>Error de derecho extrapenal.</i>	189
c.	<i>Error iuris nocet.</i>	190
d.	<i>Error de tipo y error de prohibición.</i>	192
3.	Error de prohibición y conciencia.	193
4.	Ubicación del error de prohibición conforme las distintas teorías del delito: Teoría del dolo y teoría de la culpabilidad.	193
5.	Elementos de la teoría del delito sobre los que puede recaer el error de prohibición.	194

6.	Clasificación del error de prohibición: Directo e Indirecto. Vencible e invencible.	198
7.	Regulación legal.	205
8.	El error de prohibición, la conciencia disidente y el error de comprensión culturalmente condicionado.	206
9.	Diagrama General.	208
Capítulo VI - Colofón		213
Bibliografía		219

Prólogo

El Doctor Francisco Javier Pascua, Profesor de Derecho Penal de la Universidad del Aconcagua, Ex Juez de Cámara del Crimen, y actual Fiscal de Cámara de la Ciudad de Mendoza, autor del recientemente aparecido Código Procesal Penal de Mendoza Comentado, autor de más de una docena de trabajos sobre temas jurídicos, participante y director de numerosos cursos, congresos y seminarios sobre la especialidad, y por tanto un profesional que vive con ilusión la Ciencia del Derecho Penal, ha escrito un libro al que ha titulado *Reprochabilidad Penal*, privilegiándome con el enorme compromiso de presentarlo a sus potenciales lectores.

Podemos afirmar, sin temor a equívocos que ésta obra, era necesaria, no porque no se haya escrito en estas tierras sobre la temática, basta recordar los importantes aportes de Righi, Bruzzone y tantos otros que con buen criterio, al igual que Pascua, han procurado esforzarse por dedicar parte de su tiempo y de su intelecto, para traernos una porción más del basto campo de desarrollo científico de éste derecho penal de hoy, cada vez más desarrollado y complejo.

Intenta el autor, abordar la problemática de la reprochabilidad, desde una perspectiva integral. Para ello analiza el principio de culpabilidad, como operador directo de los límites a la potestad punitiva y como condición necesaria tanto para la atribución penal, como para imposición de la pena. Trata además con prolija pluma, el reconocimiento de la vigencia de un derecho penal de culpabilidad

por el hecho, como base del respeto a la dignidad humana, tomando distancia desde la introducción misma al trabajo y por supuesto, hasta su Colofón, de la postura asumida por el funcionalismo radical, con su lógica de reemplazo del tándem – *culpabilidad - responsabilidad por el hecho – reprochabilidad* -, por la difusa y cuestionable idea de la peligrosidad.

No menos importante y destacable, resulta el capítulo dedicado a la evolución histórica de la problemática expuesta, intentando delinear una lógica de reprochabilidad como elemento integrador de la tipicidad y la antijuridicidad, referido a lo cual destaca el desarrollo de la doctrina europea desde finales del siglo XIX en adelante. Se hace expresa referencia a las diferencias existentes entre las ideas de culpabilidad como fundamento del principio de culpabilidad; culpabilidad como elemento dogmático del delito y culpabilidad como elemento legitimador de la pena; del principio de proporcionalidad y del *ius puniendi*.

En armonía con sus manifestaciones, el autor, también nos ilustra sobre el compromiso ineludible, que el hombre moderno debe tener con la libertad y con el respeto al semejante, es decir, con las garantías individuales. Aún asumiendo una postura doctrinaria clara, no deja de transmitir la idea de que no debe causar temor el rápido progreso de los sistemas funcionales, de los que hay que necesariamente extraer un importante aporte en materia de filosofía, adaptable, necesario y complementario de la dogmática jurídico penal del presente.

En congruencia con éstas breves líneas, también resulta trascendente destacar que se han incorporado a ésta obra nuevos e importantes puntos de vista referidos a una reprochabilidad que sin dudas, ha agotado su papel de fundamento determinante de la punibilidad, tal como éste se configuró en el Derecho Penal retributivo, y por consiguiente, sigue manteniendo una *función de delimitación*, en el sentido de que es inadmisibles una pena sin culpabilidad. Así pues, la necesidad de la pena debe surgir exclusivamente de consideraciones preventivas, junto a las cuales, no obstante, debe mantenerse a la culpabilidad como base complementaria de la legitimación. Así, la finalidad preventiva habrá de fundamentar la necesidad de pena y el principio de culpabilidad limitará su admisibilidad.

Luego del desarrollo realizado en el presente trabajo es posible deducir, a mi humilde saber y entender, que la reprochabilidad constituye un elemento estructural básico del derecho penal, de modo tal que cualquier pena que se imponga sin la comprobación de una previa infracción del deber de obligación en que consiste la norma subjetiva de determinación, o que supere la medida de esta infracción, supondrá una retroceso de la dignidad de la persona y un avance hacia un ilimitado poder punitivo del Estado.

De esta manera, no resulta superfluo afirmar que al Estado sólo le es lícito privar a un ciudadano de su libertad si es como consecuencia de una conducta agresiva para los valores, libremente realizada, pues no sólo no es respetuosa con la dignidad de la persona la imposición de una pena sin culpabilidad, sino también la de cualquier pena que supere un ápice la medida de ésta. Lo dicho puede resultar sobreaudiente, pero estoy convencido de su necesidad, por cuanto el preocupante camino de corte expansionista y represivo seguido por nuestra legislación durante el último lustro, así lo impone. El valor justicia debe ser el encargado de determinar que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor.

Concluimos finalmente afirmando con profundo agrado, que una nueva obra ha dado a luz. Hecho doblemente gratificante, para con la ciencia penal en general y para con la academia mendocina en particular, que conforme a esta y otras claras muestras de valentía intelectual, parece decidida a abandonar, largas etapas de ostracismo, felizmente hoy en caminos de la superación. Afectuosamente.

Roberto Manuel Godoy Lemos

Mendoza, Mayo de 2.008

Capítulo I

Introducción

Capítulo I

Introducción

“Un hombre jamás es dueño de una idea hasta que puede expresarla con claridad”

Lew Sarett

“Una idea puede transformarse en polvo o en magia dependiendo del talento con que la frotas”

William Bernbach

I. Planteo del tema.

Cometida una acción u omisión que vulnera bienes jurídicos penalmente tutelados, amparados legislativamente en los correspondientes tipos penales, y comprobada la antijuridicidad, esto es la disconformidad del tipo activo u omisivo con el ordenamiento jurídico (relación de disconformidad sustancial entre tipo y orden normativo –desaprobación del orden jurídico-), emerge la labor de saber y determinar, si su autor puede ser responsabilizado penalmente (desaprobación jurídico penal).

Para ello corresponderá establecer, *si la voluntad del sujeto*, es o no, como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico en el ámbito social. De modo que, si éste *no procedió, conforme a su deber normativo comprendido, desplegando la acción u omisión típica antijurídica, aún cuando podía adecuarse a derecho*, es decir, que si la conducta del autor no fue como se la exigía el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho y tenía capacidad de comprensión, se abrirá un juicio de demérito de su conducta en el caso concreto, que se lo denomina tradicionalmente “*culpabilidad*”.

Ya pristinamente al referirse a la culpabilidad, Francesco Carrara señalaba que el delincuente, antes de violar la ley con sus manos, la había violado en su corazón, siendo ello el fundamento de la pena.

Una de las premisas fundamentales del derecho penal moderno, es entonces, la que se expresa en el apotegma de que *no hay pena sin culpabilidad*, y en el consecuente, que *la medida de la pena no puede exceder de la medida de la culpabilidad* (nulla poena sine culpa).

El Derecho penal es por consiguiente, como se suele decir, un “Derecho penal de la culpabilidad”.

De esta manera la culpabilidad ha sido, y sigue siendo, la piedra angular que da fundamento para poder responsabilizar personalmente al autor del injusto personal mediante una pena estatal. Se ha considerado al mismo tiempo un requisito de la punibilidad y un criterio para la determinación de la pena. En este doble sentido se habla de la culpabilidad como principio.

Pero cierto es también que, dicho concepto de culpabilidad, desde los comienzos de la dogmática jurídica penal moderna (Frank 1907), se definió por la mayoritaria doctrina apelando al término “*reprochabilidad*”, viéndose su estructura sometida a diversas transformaciones, que aún hoy siguen siendo especialmente discutidas.

Se advierte entonces en tal concepto, *una amalgamaba de elementos unos de carácter individual, otros sociales y también normativos*, que no coinciden todos para englobarlos en un único concepto de culpabilidad. Más aún, cada vez más, *el término reprochabilidad se lo utiliza como sinónimo de culpabilidad, cuando en realidad no lo es.*

Precisamente, aquí se trata de la siguiente cuestión: *¿En qué medida se puede conectar la imputación subjetiva de una persona por su conducta típica y antijurídica, a las exigencias sociales-jurídicas normales y generales, a las características psíquicas, a las emociones y a la comprensión del autor, y, especialmente, cómo una pena basada en esos parámetros se puede determinar, justificar y limitar como reacción proporcionada del Estado frente al hecho cometido?*, respuesta que excede lógicamente del marco tradicional del *concepto jurídico penal de culpabilidad*, y que solo puede darse tras la debida sistematización dogmática penal que comprenda a la política criminal en un estrato independiente que la trascienda, que aquí se considera debe ser “la reprochabilidad”.

En efecto, en la fisonomía actual no procede dar por sentado el *reproche penal* solo con *la culpabilidad* sino que debe adicionársele de manera debidamente individualizada de manera independiente de aquélla a *la responsabilidad por el hecho desde una óptica de política criminal que se une al concepto tradicional de culpabilidad. En tal sentido se ha dicho que “...la culpabilidad como problema jurídico sufre los embates desde los más diferentes ángulos. Quizá pueda parecer una contradicción; pero esa aparente contradicción se supera si se acepta la posibilidad de diferenciar entre un significado político-criminal del principio de culpabilidad que no coincide necesariamente en su contenido con el concepto de culpabilidad tradicional estrictamente jurídico-penal. Cuando se invoca el principio de culpabilidad como criterio rector de la política criminal y de la legislación penal, en realidad lo que se quiere es preservar una serie*

de garantías que el principio encierra y que son la sedimentación de una progresiva evolución del derecho penal”¹.

Así, estos dos parámetros estructurales del reproche (responsabilidad = exigibilidad y culpabilidad = comprensión-motivación) servirán de base y de medida de la pena, actuando como verdaderos limitadores a la imputación o reprobación, *sin olvidar en su consideración al sujeto en su entidad antropológica y al medio circundante como determinante de conductas marginales*.

La “reprochabilidad” ha de adicionar un nuevo momento al tipo activo u omisivo antijurídico, sólo mediante la cual, el acontecer que afecta bienes jurídicos, y transgrede el orden jurídico se convierte en delito en ***una visión estratificada tripartita del mismo***.

De todas maneras, lo que debe quedar desde ya en claro, es que la estructura que aquí se sostiene no sigue la línea doctrinal moderna del funcionalismo extremo que tiende, no sólo a interferir con la culpabilidad, sino también a sustituirla por la peligrosidad en la determinación de la pena so pretexto de valoraciones sociales normativas que devuelven el análisis al organicismo más extremo (Jakobs).

¹ Quintero Olivares, G.; Morales Prats, F.; Prats Canut, M. (1996) *Curso de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Cedecs, p. 58.

Capítulo II

*“Evolución histórica dogmática
de la teoría de la culpabilidad”*

Capítulo II

“Evolución histórica dogmática de la teoría de la culpabilidad”.

“Si uno no sabe historia, no sabe nada: es como ser una hoja y no saber que forma parte del árbol”.

Michael Crichton

“Lo que uno cuenta acerca de su pasado le va dando forma a su futuro”.

Eric Ransdell

I. Evolución histórica. Introducción.

A lo largo del desarrollo del derecho penal, en el marco de la teoría general del delito, la dogmática penal alemana, española e italiana, y la latinoamericana como receptora de aquellas, han tratado desde ángulos diversos **la problemática de la culpabilidad** como estamento esencial del delito en la que se dijo haberse sellado el destino del derecho penal, **asignándole diversos contenidos** que han ido mutando a lo largo de la enciclopedia penal.

Así, la noción de culpabilidad *ha estado dirigida a dar respuesta a la cuestión de los requisitos necesarios para que, al sujeto que ha cometido un injusto penal, se le pueda reprochar su proceder* (esto es, ser sujeto de “**reprochabilidad penal**”), y generar, consecuentemente, la responsabilidad penal de modo que pueda ser merecedor de una respuesta sancionatoria penal justa, siendo el concepto jurídico-penal de culpabilidad un pilar garantista que debe tomar en consideración al hombre en su base antropológica y social real como ser libre y racional, pero también debe valorar la faz del hombre condicionado por su medio social, lo que lo ha de tornar único frente a cada uno de sus iguales, resultando así tal concepto base de equilibrio y limitador del ius puniendi frente al abuso del poder represivo.

Lógicamente, ello debe ser así, ya que si la esfera de la antijuricidad supone el tratamiento “igual de lo igual”; el ámbito de la culpabilidad, por el contrario, se desenvuelve bajo criterios valorativos de tratar lo “desigual como desigual”. Bajo este razonamiento habrán que admitirse aquellos presupuestos que determinan el por qué se operan de forma diferente los casos de estado de necesidad, de los que obran bajo inimputabilidad, y de los que obran en error de prohibición.

El concepto de culpabilidad ha tardado siglos en consolidarse y aceptarse como principio jurídico-penal fundamental y, sin embargo, en unos pocos años se ha convertido para muchos en una imprecisa categoría metafísica, superflua e incluso nociva, tornándose en un concepto paradójico en estado permanente de crisis².

Habrá entonces, que exponer, brevemente, cómo ha evolucionado la teoría de la culpabilidad, particularmente en cuanto a los elementos que la componen (contenido), ubicación en la teoría del delito y su vinculación con el ius puniendi, y cómo las diversas posiciones al respecto han llevado a desembocar en aquéllas inconsistencias referidas.

² García Pablos de Molina, A. (2000) *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Universidad Complutense, p. 392.

En tal sentido, la configuración del concepto y el contenido de la culpabilidad denota en su evolución histórica un desarrollo con múltiples variables susceptible de ser individualizado, en **dos grandes períodos**: **El primero**, como período de la inexistencia del concepto de culpabilidad como estrato del delito; y **el segundo**, como período propiamente de la culpabilidad. A su vez, dentro de este último, puede distinguirse **la culpabilidad individual de la coculpabilidad**, y dentro de la primera **dos posiciones eclécticas**, la denominada **culpabilidad de autor y la culpabilidad por el acto**, distinguiéndose en esta última sintéticamente **cuatro grandes teorías sobre la culpabilidad**: **1º. La teoría psicológica**; **2º. La teoría normativa-psicológica, compleja o mixta**; **3º. La teoría normativa, y finalmente, 4º. La teoría funcionalista**, en la que cabe incorporar **ciertas postulaciones extremas que hoy implican normativamente volver al primer período erosionando el principio de culpabilidad**³, aunque por fundamentos diversos (preventistas o funcionalistas)⁴, siendo aquellas teorizaciones que plantean **minimizar el alcance de la culpabilidad o postulan su supresión, que bien pueden ser catalogadas como teorías del resurgimiento de la teoría negatoria y que por ello ha de ser tratada en el acápite de ésta.**

³ Hassemer Winfried, Catedrático de Derecho Penal, Teoría y Sociología del Derecho en la Universidad Johan Wolfgang Goethe de Frankfurt (Main), se refiere a esta erosión del principio de culpabilidad expresando que dicho principio está siendo hoy amenazado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz, siendo válido explicar y defender las misiones irrenunciables que se le han asignado a la culpabilidad: posibilidad de imputación subjetiva, exclusión de la responsabilidad por azar, diferenciar y valorar la participación interna en el suceso externo y garantizar la proporcionalidad de las consecuencias jurídico-penales (En *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, Revista nº 3, Traducido del alemán por Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, España).

⁴ Couso Salas, J. (2006) *Fundamentos de derecho penal de culpabilidad*. España: Civitas. Señala el autor que la dogmática jurídico-penal ha evolucionado desde una concepción individualizadora del juicio de culpabilidad hacia una generalizante, a partir de la cual el funcionalismo extremo llegó a ignorar por completo las capacidades reales del individuo, decidiendo su culpabilidad según las necesidades sociales de pena.

II. Períodos. Distintas teorías.

A. *Primer período. De la inexistencia.*

1- Teoría de la inexistencia.

Partiendo de los tiempos más remotos, y hasta mediados del siglo XIX, se advierte en una primera etapa histórica, que *el concepto de culpabilidad era inexistente como referencia a una relación de imputación subjetiva por el delito.*

Así, en el primitivo derecho griego la punición no toma en cuenta la voluntariedad del delito y, en razón de una necesidad fatal que no distingue entre culpables e inocentes, podía alcanzar no sólo al ofensor sino también a otros, como los integrantes del grupo de parientes.

En el derecho hebreo, no se distinguía siquiera entre delitos intencionales y accidentales y se preveía penas también para los hijos y los descendientes del reo hasta la séptima generación.

Durante la edad media, en el antiguo derecho germánico, la venganza recaía sobre el ofensor y sus allegados, y, cuando no desembocada en un enfrentamiento armado, se resolvía en un pacto privado, en el que la reparación corría a cargo del reo y de sus parientes poco más que a título de resarcimiento del daño, al margen de la voluntad de la acción⁵.

La sanción por el hecho dañoso o contrario a las leyes, (por ejemplo una violación), sobrevenía al margen de toda valoración *respecto de la actitud anímica, espiritual o psicológica del sujeto o de las exigencias normales de la*

⁵ Ferrajoli, L. (1997) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 2ª ed. Madrid: Trotta, p. 487/488.

sociedad para con sus integrantes frente al hecho ilícito y frente al ordenamiento jurídico, por lo tanto, la naturaleza lesiva del comportamiento, y por ende, la responsabilidad penal, se imponía *objetivamente solamente por el resultado*⁶. Bastaba entonces por ejemplo que A hubiera causado la muerte de B, sin que importara si lo había hecho con o sin conocimiento de su hacer o de la antijuridicidad de su proceder o en un marco coactivo. Por lo tanto si Mr. Hyde mataba en el más puro estado psicótico, igualmente debía responder penalmente. Se trataba entonces de una responsabilidad objetiva sin culpa⁷.

a. Teoría de la “*versari in re ilícita*”

Un claro exponente de la responsabilidad objetiva es la denominada “*versari in re illicita*” (*el que quiso la causa quiso el efecto*), que da origen a *los delitos calificados por el resultado*, y conforme la cual, se debe responsabilizar al autor de un injusto penal también de los resultados producidos accidentalmente en el contexto de su acción criminal.

Así, por ejemplo, el autor del robo de unas cabezas de ganado debe responder de los daños causados por los animales que fugan del campo en estampida al encontrarse cortado el alambrado; o el estafador debe responder de la muerte del sujeto pasivo de la estafa que al enterarse de la misma sufre de un infarto cardíaco.

Se trata pues de una teoría que responde a una responsabilidad objetiva que violenta el principio de que no hay reprochabilidad penal sin culpa (*nulum crimen sine culpa*).

⁶ Ver Nuñez R. C. (1978) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Lerner, p. 208; Sancinetti, M., (1991) *Teoría del delito y desvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 117 y sgtes.; Aguinaga, J. C. (1998) *Culpabilidad*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 35/36.

⁷ Stevenson, R. L. (1886) *The strange case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde*. Londres: Longmans, Green & Co, 1ª edición.

2- Resurgimiento.

Actualmente también en Alemania existen adversarios del principio de culpabilidad, entendiendo que es una etapa superada en la historia del derecho penal, por ser el concepto de culpabilidad, en cualquiera de sus formas, anticuado (Walter Kargl)⁸ como un “reproche moral” ya que no resulta conciliable con el sentido común, por cuanto la “imputación que aísla individualmente al sujeto” (culpabilidad), oculta la contribución de la sociedad al surgimiento de la criminalidad y discrimina al autor, quien no posee la libertad que en el principio de culpabilidad se presupone. Se pretende fundar así el derecho penal del futuro “exclusivamente sobre las instituciones básicas del derecho constitucional”, lo cual sin embargo tiene que conducirlo de vuelta al principio de culpabilidad, ya que éste ostenta en Alemania rango constitucional. Asimismo, desde una perspectiva criminológica (Uwe Scheffler)⁹ se rechaza el principio de culpabilidad en todas sus formas y se recomienda para los años venideros un concepto que se aproxime a la “défense sociale” en su formulación original y orientada hacia la “Nonintervention” y la reparación. La construcción de este nuevo concepto descansa sobre la aplicación universal del “principio de la responsabilidad objetiva”¹⁰ en la que la fijación de la pena se establece en función del “principio de proporcionalidad”¹¹.

Michael Baumann¹², finalmente, rechaza el principio de culpabilidad por su “indeterminación semántica”, entendiendo que la misma no sirve, ni para los

⁸ Kargl Walter, Kritik des Schuldprinzips –eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, 1982.

⁹ En Scheffler, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985.

¹⁰ En Scheffler, Grundlegung eines kriminologisch-orientierten Strafrechtssystems, 1987, pág. 138.

¹¹ Así ya Ellscheid / Hassemer, “Strafe ohne Vorwurf”, en Civitas, Jahrbuch für Sozialwissenschaften 9, 1970, págs. 27 y ss. No obstante, el principio de proporcionalidad no puede sustituir al de culpabilidad; al respecto, Arthur Kaufmann, “Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, en Festschrift für Richard Lange, 1976, pág. 35, así como Schönke/Schröder/Lenckner, observaciones preliminares a los §§ 13 y ss., marginal n° 103.

¹² Baumann, Michael, Zweckrationalität und Strafrecht, 1987.

criterios de la imputación relacionados con el hecho, ni para los relacionados con el autor. En un “Derecho de medidas referido al hecho”, como el que él sugiere, el principio de culpabilidad debería ser sustituido por los criterios de la “nocividad social” y la “motivación” del autor.

Estas posiciones teóricas se traducen en propuestas propias del mundo imaginario de la abolición del derecho penal, propuestas que no son capaces de sustituir las garantías que éste ofrece al afectado, ni de satisfacer las exigencias de justicia del autor, ni del conjunto de la población¹³.

B. Segundo período: Teoría de la culpabilidad.

1. Origen

Con el devenir de los siglos, la necesidad que el delincuente fuera considerado y valorado en su condición de ser humano (dignidad) y de persona con derechos frente a la sociedad y el Estado, determinó que, para responder jurídicamente, no bastara con el mero resultado dañoso a él atribuible, sino que dicha responsabilidad debía fundarse además en *la capacidad del sujeto de determinarse libremente sin coacciones (autodeterminación - libre albedrío)*¹⁴ y en

¹³ Sin embargo, de ninguna manera pueden llegar a equipararse con estas posiciones extremas aquellas otras aspiraciones, a menudo defendidas en la doctrina, partidarias de tener en cuenta la conciliación (resolución del conflicto) entre el autor y la víctima y la reparación del daño en el momento de la determinación de la sanción.

Bajo el título “La nueva justicia”, el autor Wolfgang Stangl (Stangl, Die neue Gerechtigkeit, 1985, págs. 109, 113) defiende en Austria tesis semejantes a las de los enemigos radicales del principio de la culpabilidad en Alemania. Dicho autor se opone decididamente a toda censura basada en un reproche de culpabilidad. En el lugar de la declaración de culpabilidad debería situarse la reparación voluntaria “de acuerdo con la capacidad del autor”. El Derecho penal ha de ser sustituido por una compensación social (En torno a esta nueva forma del abolicionismo en Austria, Moos, “Der

la capacidad de conducirse racionalmente, comprendiendo su proceder en sentido contrario al ordenamiento jurídico, demandándose entonces que la responsabilidad penal se fundara subjetivamente.

Así, aparecieron los primeros antecedentes de lo que luego se denominaría culpabilidad, siendo en el siglo XVII por obra de *Puffendorf* que se demandó que en el acto lesivo mediara, además de la faz objetiva del resultado dañoso, una acción conciente y libre del autor como concepto de imputación legal subjetiva, y *Feuerbach*, un siglo después, entendió que para la procedencia de la punibilidad del delito se requería de un fundamento subjetivo. Asimismo, en el

AussergerichtlicheTatausgleich für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionsersatz”, JBl 1997, págs. 337 y ss).

En Austria estas tendencias han llevado a adoptar, al menos para el ámbito del derecho penal juvenil (§§ 6 a 8 de la Ley procesal juvenil de 1988), la solución del conflicto fomentada por Udo Jesionek (Sobre esto, Jesionek, “Die Konfliktregelung im neuen österreichischen Jugendrecht”, en Festschrift für Franz Pallin, págs. 161 y ss.) En un ensayo piloto se experimentó también para el derecho penal de adultos con la introducción de la compensación extrajudicial del hecho, en favor de la cual se ha pronunciado especialmente Roland Miklau (Miklau, “Der aussergerichtliche Tatausgleich und die Weiterentwicklung des Strafrechts”, en Sozialarbeit und Bewährungshilfe, 2/1989, págs. 4 y ss.; el mismo, “Der „Modellversuch aus ser gerichtlicherTatausgleich” ist nicht verfassungswidrig”, en ÖJZ 1993, págs. 697 y ss.; también Moos (nota 100), págs. 346 y ss.; el mismo, “Richter und Strafrechtsreform”, en: Weinzierl y otros editores, Richter und Gesellschaftspolitik, 1997, págs. 115 y siguiente.

No obstante, todo esto no puede significar tampoco en Austria aún la abolición del Derecho penal de la culpabilidad. Por el contrario, la compensación del conflicto requiere que el Derecho penal, en principio como plano de fondo, configure la responsabilidad del autor, aún existente, por su acción y por los efectos de ésta. Aunque el concepto austriaco de la culpabilidad, según la interpretación oficial, sea igualmente un concepto generalizador en lugar de ético-individual, ello no supone sin embargo en modo alguno una conversión hacia la postura de los detractores del principio de la culpabilidad.

En nuestro país, en la Pcia. de Mendoza se ha legislado sobre el principio de solución de conflicto generado por el delito en el art. 26, inc. 2 del C.P.P. Ley n° 6.730, pero, a mi entender, erróneamente como instituto de derecho procesal penal y no de derecho penal de fondo como ocurre precisamente en Austria (ver Pascua; F. J. (2006) *Código Procesal Penal de Mendoza. Ley n° 6.730 y sus modificatorias. Anotado y Comentado*. Mendoza: Universidad del Aconcagua, p. 67 y sgtes.).

¹⁴ Zaffaroni E. R. (1997) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 6ª edición, p. 517/520.

ámbito del derecho civil, fue *Rudolf Von Ihering* quien separa por primera vez en 1867, en su escrito “Das Schuldmoment in römischen Privatrecht”, el injusto "objetivo" de la culpabilidad "subjetiva" introduciendo el concepto de culpabilidad y con ello se sientan las bases para la moderna teoría del delito¹⁵.

No obstante, la categoría de la culpabilidad como elemento estructurante de la teoría del delito, en el marco de la dogmática jurídico penal, fue recién incorporada por la doctrina alemana por obra del positivismo normativista, siendo a *Binding* a quien se atribuye en su obra “Die Normen und ihre Übertretung”, la elaboración del concepto de culpabilidad en su sentido moderno y quien primero utilizó tal concepto.

2. Culpabilidad formal y culpabilidad material

Conforme las tradicionales enunciaciones tripartita y cuatripartita del delito, que primero con Von Liszt y luego con Beling se impusieron en la doctrina, el delito fue considerado como acción u omisión, típica, antijurídica y culpable.

Ahora bien, esta definición, bastaba para afirmar la culpabilidad como *elemento estructurante del concepto de delito*, pero no para *definir el contenido o fundamento de la misma*. Por ello, en la doctrina actual, tanto española, como alemana e italiana, dentro del concepto de culpabilidad (como elemento dogmático) suelen diferenciar dos posibles acepciones: *culpabilidad en sentido formal* y *culpabilidad en sentido material*.

El concepto formal de culpabilidad comprende los componentes *psíquicos* del injusto penal, que en un ordenamiento jurídico determinado *son requisitos positivos* para dar fundamento a la culpabilidad y responde a una trayectoria jurídico-positivista y, al menos aparentemente, neutral o no valorativa.

¹⁵ Merkel, "Zur Lehre von der Grundeintheilungen..." en *Kriminalistische Abhandlungen*, pág. 45 y ss., esp. 50 y 51. Ihering R., *Das Schuldmoment*, pág. 6.

El concepto material de culpabilidad, por el contrario, va más allá de la mera exigencia formal de culpabilidad y se cuestiona el fundamento material de ésta, es decir las *condiciones bajo las cuales resulta justificado fundar la culpabilidad* (imputación subjetiva), intentando responder a la pregunta de ¿por qué el Estado puede imponer una pena a determinadas personas calificadas como culpables? Encontrándose ligado entonces, el concepto material de culpabilidad a una determinada visión de la función de la pena, según se base en las teorías absolutas, en las relativas o en las unificadoras¹⁶.

Es decir, que con la formulación de un concepto material de culpabilidad se intenta dar argumentos que legitimen la intervención penal y además razones que delimiten el ius puniendi del Estado, respondiendo a una corriente filosófico jurídica surgida del neokantismo y del idealismo neoclásico que intenta superar tal neutralidad normativa propia de la culpabilidad formal, introduciendo criterios valorativos y axiológicos en el derecho penal recogiendo la imagen del hombre como individuo racional, responsable y libre, propio de la ilustración. Para ello se impregna a la culpabilidad de un contenido material desde diversas teorías justificadoras fundamentadas en consideraciones éticas, de seguridad pública, sociológicas o en el fin de la pena, o en la conducción de los impulsos del hombre u otras posturas ideológicas, para, a partir de allí, justificar la imposición de una pena.

Cabe señalar que en la dogmática penal *la distinción entre culpabilidad formal y material* fue iniciada por Von Liszt dentro de un criterio causal de la acción, considerando por entonces que la culpabilidad en sentido formal estaba constituida por el dolo y la culpa, mientras que en sentido material su fundamento era la exigibilidad.

Posteriormente, en la sociedad más moderna e industrializada, cuando el hombre aparece no solo como un individuo libre y racional, sino fundamentalmente, como individuo socializado, esto es, como individuo que "es en

¹⁶ Bacigalupo, E. (1999) *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi, 2ª edición, p. 415.

relación con el grupo social que integra", el cual tiene sus ideologías, legitimadoras de sus intereses, sus creencias, su propia imagen del hombre, que el individuo asume como propias y que configuran su interrelación social y su personalidad, la forma en que el hombre se relaciona con el ius puniendi en la culpabilidad será distinta, siendo entonces que la culpabilidad formal se integrara con los requisitos de la imputabilidad y la posibilidad de conciencia de la antijuridicidad, fundamentándose la culpabilidad material en la libertad de voluntad y en el poder actuar de otro modo denominándose a ello "reprochabilidad".

En síntesis, como se verá a continuación, las diversas teorizaciones acerca del concepto material de la culpabilidad, han fluctuado en su evolución histórica, y aún hoy lo siguen haciendo, de manera persistente entre un concepto de culpabilidad referido a *la voluntad libre*, propio de las teorías absolutas, y otro que sustituye el libre albedrío por el *carácter del autor o por la conducta de su vida* expuesta en el hecho ejecutado, que se corresponde con las teorías preventivo-especiales, siendo que actualmente, sobre la base de la prevención general positiva de la pena, se sugiere un concepto de culpabilidad extremo o ajeno a la misma que no se basa ni en la libertad ni en la conducción de vida del sujeto, sino en *las alternativas sociales a la solución penal del conflicto* (funcionalismo sistémico – Jakobs-).

3. Culpabilidad por el acto y culpabilidad de autor o por la personalidad o por conducción de la vida.

Pero aún cuando se introdujo el concepto de culpabilidad como necesario estamento para responsabilizar penalmente a un sujeto, el alcance de su contenido fue, y sigue siendo, arduamente controvertido, generándose dos corrientes iniciales antitéticas conocidas como culpabilidad por el hecho cometido (culpabilidad por el acto) y culpabilidad por la personalidad (culpabilidad de autor).

Conforme la culpabilidad por el acto, se sostiene que la culpabilidad implica un análisis respecto de la actitud del autor en relación al tipo activo u omisivo y antijurídico ejecutado en un caso concreto, sin importar la conducta socialmente inadecuada que el autor hubiera tenido antes del hecho.

Así, no importa que el sujeto antes haya sido un vago, un alcohólico, un inmoral, ni siquiera que antes haya cometido otros delitos, todo lo cual no puede implicar una mayor culpabilidad a los efectos de la valoración que sobre un hecho puntual se hace de la culpabilidad del agente. Tampoco puede considerarse el pronóstico de peligrosidad futura del mismo para definir la culpabilidad o agravarla.

Esta postura encuentra su basamento filosófico y antropológico en la libertad de voluntad (*autodeterminación*), por la cual todos los hombres son libres de elegir y actuar conforme o contra el derecho, siendo entonces la decisión contra el derecho la base del juicio sobre la culpabilidad.

Por el contrario, para quienes sostienen una culpabilidad de autor, parten de una premisa totalmente contraria, considerando que debe meritarse también en el concepto de culpabilidad, el comportamiento del autor anterior al delito e inclusive el posterior, siendo así la culpabilidad un producto de la personalidad del sujeto, surgiendo que el centro del reproche penal no es lo que el hombre hizo: el delito en sí, sino lo que es: su personalidad, su forma de conducirse asocialmente en la vida en general¹⁷.

Dentro de esta corriente, *si bien no en su forma más pura o extrema*, no puede dejar de citarse a *Edmund Mezger*, quien además de compartir el criterio general antes descripto, sostuvo que la culpabilidad se debía entender como un

¹⁷ La expresión de “culpabilidad por la conducción de vida” emerge de la filosofía Aristotélica, en el marco de un análisis ético, que distingue entre vicios y virtudes, para señalar que la personalidad que se aparta de la virtud va cayendo por una vertiente del vicio que en un cierto momento ya no le deja ninguna libertad para ser virtuoso porque con sus actos anteriores ha procedido como el que arroja una piedra y luego ya es incapaz para detenerla. Es decir, que el hombre era libre en el instante que eligió una personalidad viciosa; luego, una vez en el vicio, no es libre, pero su conducta es reprochable porque eligió el camino del vicio.

comportamiento psicológico culpable y de un juicio de valor normativo de ese comportamiento, lo que era una sola cosa, por lo que *la conducta antijurídica aparecía de esta forma como una manifestación de la personalidad del que actuaba que era desaprobada por el Derecho*¹⁸.

Con esta formulación, Mezger estaba tendiendo ya un puente hacia la denominada **“concepción normativa caracteriológica de la culpabilidad” que pretende prescindir, como se dijo, del libre albedrío del ser humano** como determinante de su culpabilidad, **por los caracteres de su personalidad condicionados socialmente**, ya que este penalista, al hablar de “personalidad”, no se refiere al autor individual, sino a “la personalidad dada conforme a la experiencia”¹⁹.

Al respecto, bien enseña Zaffaroni que *la culpabilidad* dista mucho de *la peligrosidad por la personalidad del autor*, la que en nuestro sistema penal no puede ser un sustitutivo de aquélla, sino que debe quedar reducida a un correctivo en la determinación de la pena que opera a nivel de la teoría de la coerción penal²⁰.

¹⁸ Mezger, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 1931, págs. 247 y ss.

¹⁹ En Austria, Rittler defiende la concepción normativa haciendo una clara referencia a la interpretación caracteriológica de la culpabilidad. Expresa que: “el carácter antijurídico de la voluntad no se deriva de que el autor pudiera haberse comportado también de otra manera, sino del hecho de que él, en virtud de su forma de ser, de acuerdo con su carácter, se ha comportado precisamente mal, injustamente” (*Strafrecht I*, 2ª edición, pág. 160). En relación con este cambio en el concepto normativo de culpabilidad Rittler se remite también a autores alemanes como Karl Engisch, para quien “la concepción caracteriológica de la culpabilidad pide cuentas a la persona por lo que ésta es” (“Zur Idee der Täterschuld”, en *ZStW* 61 (1942), pág. 177; igualmente el mismo, más tarde, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtlichen Doktrin der Gegenwart*, 2ª edición, 1965, pág. 65), así como a Ernst Heinitz, el cual sostiene abiertamente “que en Derecho penal cada uno debe responder por aquello que es” (“Strafzumessung und Persönlichkeit”, en *ZStW* 63 (1951), pág. 76). En el contexto austríaco, la interpretación caracteriológica de la culpabilidad como versión desarrollada de la concepción normativa encontró su máxima expresión en la teoría de Friedrich Nowakowski (Acerca de esto, Jescheck, “Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker”, en *ZStW* 103 (1991), pág. 1008).

²⁰ Explica Zaffaroni que “El reproche de la conducción de la vida es el reproche de conductas anteriores atípicas que el juez considera contrarias a la ética (cuando en realidad pueden

No obstante ambos postulados ven a la culpabilidad como fundamento de la pena ya sea como retribución (la primera) o como prevención general o especial (la segunda), o de manera combinada (teoría de la unión).

4. Teoría de la “cocolpabilidad”

Esta teoría parte de considerar que todo sujeto debe responder penalmente en la medida de su culpabilidad conforme el principio de la libre autodeterminación.

Sin embargo, el sujeto no solo es lo que es, sino lo que el medio circundante hace de él. Precisamente, el sujeto obra dentro de un ámbito social que contribuye a la formación de su personalidad incidiendo en su autodeterminación, y siendo que la sociedad nunca tiene la posibilidad de brindar a todos los hombres las mismas oportunidades de educación, trabajo, referencia a observancia de las normas, etc., habrá individuos entonces que encontrarán condicionada su autodeterminación por variadas causas sociales desventajosas.

De manera que frente a la reprochabilidad por la culpabilidad personal deben adicionarse contrarrestando aquellas, las causas sociales negativas que le han impedido al agente, junto a su autodecisión personal, ajustarse debidamente a la observancia de las normas. A ello se le ha dado en llamar entonces “co-

ser solo contrarias a sus propios valores subjetivos) . La culpabilidad por la conducción de la vida es el mas claro expediente para burlar la vigencia absoluta del principio de reserva y extiende la culpabilidad en función de una “actio in moralis in causa” por vía de la que se pueden llegar a reprochar los mas íntimos actos del individuo. Pocos conceptos pueden ser mas destructivos para una sana concepción del derecho penal. Como si con lo expuesto la teoría no resultase ya suficientemente aberrante, cabe agregar con otro claro argumento: la personalidad del hombre se integra con caracteres adquiridos mediante vivencias o conductas anteriores, pero también con elementos heredados es decir, con elementos que provienen de una carga genética recibida. Un reproche de la personalidad implica un reproche de la carga genética, es decir, el reproche a algo absolutamente extraño a cualquier conducta del sujeto” (Zaffaroni E. R., ob. cit. p. 517/520).

culpabilidad”, como una parte de la culpa con la que debe cargar la sociedad misma por su administración deficitaria de sociabilización de los individuos.

Señala Zaffaroni que en nuestro Código Penal hay una clara referencia del principio de co-culpabilidad en el art. 41 cuando se exige que para graduar la pena se tome en cuenta “la miseria o dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”²¹.

5. La teoría psicológica de la culpabilidad

La teoría del delito dominante a partir de las postrimerías del siglo XIX y las primeras tres décadas del siglo XX, se construyó bajo la impronta de la denominada escuela causalista positivista científica que postulaba la “**teoría causal de la acción**”, que dividió en dos partes tajantes y diferenciadas la estructura del delito.

La primera parte comprendía todo *lo objetivo*, lo externo, es decir aquello que se situaba fuera de la faz volitiva, intelectual y valorativa del sujeto, abarcando *la acción típica y la antijuridicidad*; *la segunda parte* se integraba con *lo subjetivo*, con lo que ocurría en el interior del sujeto, comprendiendo *la culpabilidad*, dando origen a la denominada “**teoría psicológica de la culpabilidad**”, siendo en Alemania Franz Von Liszt²² su primer expositor y posteriormente *Beling*²³ su seguidor.

Esta concepción se detenía en ***el estado mental del autor del delito***, sobre la base de aquellos hechos que fueran reconocibles por medio de la observación y accesibles a una descripción, ya que, como entendía el austriaco

²¹ Zaffaroni, E. R. (1997) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar. 6ª edición, p. 520/521.

²² V. Liszt, F. “Das Deutsche Reichsstrafrecht”, 1906, p. 137.

²³ Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, p. 180.

Georg Jellinek²⁴, las ciencias sociales (como el derecho penal) sólo podían ser “empíricas” y debían servirse del método inductivo de las ciencias naturales²⁵. De esta forma, *la culpabilidad se entendió como un hecho psíquico*.

Para esta teoría, la culpabilidad implicaba *una consecuencia jurídica*, la responsabilidad del autor por el acto ilícito cometido, de forma tal que, a *la desaprobación jurídica del acto* se le sumaba *la desaprobación jurídica del autor*²⁶ (*veremos luego que conforme la concepción que aquí se ha de desarrollar la desaprobación jurídica del acto y del autor no es culpabilidad sino específicamente la reprochabilidad*).

¿Cómo se llegaba entonces a esa desaprobación jurídica? ¿Que había que determinar previamente para afirmar la culpabilidad del agente?

En primer lugar, debía determinarse la imputabilidad del sujeto. *La imputabilidad* era la capacidad para ser penalmente culpable y requería del sujeto *madurez y salud mental*, dadas estas, cabía determinar si el sujeto había obrado con conocimiento de la criminalidad de su acto (conociendo el tipo y la antijuridicidad) y con intención de cometer el ilícito (*dolo*) o bien con la voluntad contraria a la precaución que el autor estaba obligado a observar en determinadas circunstancias para evitar dañar bienes ajenos (*culpa*), *excluyéndose el dolo y la culpa solo por error, ignorancia de hecho o por coacción*²⁷.

Es decir, que la voluntad del autor era la causal del hecho ilícito, cuando se procedía con dolo o con culpa, quedando así constituida la culpabilidad, pero sin contener la misma, ningún componente normativo o juicio valorativo de

²⁴ G. Jellinek, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, págs. 9 a 11.

²⁵ Larenz, K. (1994) *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, p. 113-114

²⁶ Jescheck, H. H., (1993) *Tratado de derecho penal. Parte general*. Trad. de Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 4ª edición, p. 378.

²⁷ Von Liszt, F. (1916) *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luis Giménez de Azúa. Madrid: Reus, t II, p. 387 y sgtes.

reproche al autor, siendo entonces una mera descripción de una relación psíquica²⁸. De allí que Beling sostuviera que así como la causalidad era la relación física que vinculaba la conducta con el resultado (aspecto objetivo), la culpabilidad era una relación psicológica que ligaba la conducta del sujeto con el resultado típico (aspecto subjetivo)²⁹, dando el conjunto de ambas relaciones por resultado el delito.

Con este concepto, como lo expresa Cerezo Mir, se lograba “hacer abstracción del problema del libre albedrío, en torno al cual existía entonces una ardua polémica, ante el auge de la concepción determinista del ser humano, por influencia del positivismo y de la teoría evolucionista de Darwin”³⁰.

Así, *la culpabilidad era el género, siendo sus especies (su contenido) el dolo y la culpa*, requiriendo estas especies, previamente, la imputabilidad del autor, de allí que **la imputabilidad** fuera considerada como **un presupuesto de la culpabilidad**. Otros autores, en minoría, afirmaban que la imputabilidad era una simple causa de exclusión de la pena, pero no del delito.

Contra esta teoría se alzaron las más fervorosas críticas, que llevaron a su desuso. Particularmente, se le cuestionó que **en los casos de culpa**, no mediaba entre el autor y el hecho la relación psicológica de querer el sujeto la realización del resultado típico y antijurídico, y sin embargo se consideraba que existía tal relación psicológica, y más puntualmente que tal teoría no servía para dar respuesta a **la culpa inconsciente**. También se cuestionó que **la relación psicológica** base de esta teoría, no podía servir de fundamento incuestionable para fundar la existencia de culpabilidad ya que tal relación existía cuando el autor quería la realización del hecho típico, aún obrando en **estado de inimputabilidad**, por ejemplo un menor o un enfermo mental que obran queriendo el resultado típico, es decir con capacidad

²⁸ En México, la Juez del Primero Penal de Cuantía Menor de Tlalnepantla, Elaine Nava García, rememora esta relación (Revista Perspectivas Jurídicas del Estado de México, año 3, vol. 2, número5, julio-diciembre 2003, p. 401/412).

²⁹ Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, pág. 180.

³⁰ Cerezo Mir, J., (2000) *Derecho penal. Parte general. Lecciones*. (Lecciones 26-40), Madrid: Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, 2ª edición, p. 20.

para una relación psicológica, pero ignorando la antijuridicidad, o en estado de inculpabilidad, como en el caso de ***un estado de necesidad disculpante*** (aquí se sostiene en el capítulo respectivo la exclusión de la responsabilidad por el hecho) lo que claramente indicaba que no había culpabilidad a pesar de tal relación psicológica. Finalmente, tampoco aparecía dentro de esta teoría la consideración de ***la autodeterminación del sujeto***, ya que como lo refiere Zaffaroni, no era necesario para esta teoría fundarse en una concepción antropológica, en la que el hombre es un ente capaz de autodeterminarse, ya que se podía sostener perfectamente sobre una base determinista³¹.

6. La teoría psicológica normativa, o teoría compleja o mixta

a- Origen. Contenido.

El alejamiento del positivismo científico y el viraje hacia el neokantismo, que se inicia hacia el final del siglo XIX, condujeron a que también en el Derecho Penal, en lugar del método de ***las ciencias naturales*** consistente en *observar* y *describir*, apareciera de nuevo un método propio de ***las ciencias humanas*** consistente en *comprender* y *valorar*.

En el transcurso de esta evolución, frente a las críticas que se le efectuarán a la teoría psicológica de la culpabilidad, la misma fue remplazada por una concepción que pretendió ser normativa, y de la cual se considera fundador a Reinhard Frank³².

La denominada teoría normativa, vio a la culpabilidad, no solo ya como *una relación psicológica*, cuyas especies eran el dolo y la culpa, las que no erradicó, sino que incorporó a las circunstancias relevantes que acompañan al hecho

³¹ Zaffaroni, E. R. (1997) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 6ª edición, p. 513.

³² Frank R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, pág. 11.

y a la capacidad de imputación, introduciendo *un juicio de valor* acerca de la conducta realizada que implicaba *un reproche jurídico* hacia el autor por demostrar *una disposición interna opuesta al derecho*³³.

Se concibió entonces a la culpabilidad como un estamento del delito de contenido subjetivo-normativo, sin eliminar al dolo ni a la culpa de la culpabilidad (relación psicológica), continuando con la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y particularmente de las especies dolo y culpa³⁴, siendo el error de hecho, la ignorancia y la coacción causas que excluían la culpabilidad, y además adicionando la desaprobación jurídica del autor mediante la reprochabilidad del injusto (juicio de reproche al autor)³⁵.

Precisamente, quedando el dolo en la culpabilidad, ello hizo que los autores no se pusiesen de acuerdo respecto de cuál era su contenido, si el dolo requería la conciencia de la antijuridicidad (Mezger), en Argentina (Nuñez), o si podía haber dolo sin culpabilidad (dolo avalorado) (Frank), o finalmente, si el dolo era un presupuesto de la culpabilidad (Goldschmidt)³⁶.

³³ En Austria, Theodor Rittler acogió con prontitud el concepto normativo de culpabilidad (ver *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Vol. I, 2ª edición, 1954, págs. 153 y 166). Por su parte, en Austria también, Hermann Roeder se había adelantado ya a él con la diferenciación entre el auténtico dolo psicológico, por un lado, y la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de la obediencia al Derecho como elementos normativos de la culpabilidad, por el otro (Schuld und Irrtum im Justiz- und Verwaltungsstrafrecht, 1938, págs. 54 y ss; el mismo, “Das Schuld - und Irrtumsproblem beim Vollrausch”, en *Festschrift für Theodor Rittler*, 1957, págs. 223 y ss; el mismo, “Die Irrtumsregelung im österreichischen und deutschen Strafgesetzentwurf”, en *ÖJZ*, 1962, pág. 338).

³⁴ Nuñez R. C., (1978) *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Lerner, t.II, p. 17/18.

³⁵ Nuñez, R. C., (1978) *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Lerner, t.II, p. 17/18.

³⁶ La concepción normativa de la culpabilidad alcanza en Alemania su forma definitiva con James Goldschmidt y Edmund Mezger. Goldschmidt le otorga un contenido material unitario mediante la idea del deber de observancia de la norma: un deber que emana de la exigencia de obediencia que ésta encierra. También para la imprudencia halló Goldschmidt en el moderno concepto de la infracción de un deber de cuidado aquella desobediencia de un deber jurídico que fundamentara la culpabilidad (Goldschmidt, “Der Notstand –ein Schuldproblem”, en *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht (ÖZSt)*, 1913, págs. 129 y ss).

Se advierte así que esta teoría no era una teoría normativa pura sino compuesta, mixta o compleja, por lo que erróneamente se la denomina normativa.

Señala Zaffaroni que no obstante el planteo de Frank fue bastante claro y permitió el desarrollo posterior de la doctrina por cuanto “para Frank el dolo no estaba desvalorado sino que era avalorado, lo que treinta años después permitiría su reubicación correcta dentro de la teoría del tipo, sin que la culpabilidad normativa sufra más que la depuración de sus componentes extraños”³⁷.

En nuestro país, autores de la talla de Soler, Núñez y Fontán Balestra, quienes si bien han sido calificados como “psicólogos”, tras el estudio de sus obras, se observa que a su concepción psicológica se incorporan netos componentes normativos que permiten sostener que los mismos sostienen una culpabilidad entendida tanto como relación psicológica, como reprochabilidad normativa, pudiendo ubicarlos entonces dentro de quienes postulan la denominada teoría compleja o mixta de la culpabilidad.

b. La concepción caracteriológica:

Dentro de esta corriente, como ya se dijo al referirse a la culpabilidad de autor, Edmund Mezger además de compartir el criterio general antes descripto, afirmó que la culpabilidad debía considerarse ciertamente como un comportamiento psicológico culpable y como un juicio de valor normativo de ese comportamiento, lo que era una sola cosa, por lo que *la conducta antijurídica aparecía de esta forma como una manifestación de la personalidad del que actuaba que era desaprobada por el Derecho*³⁸.

Con esta formulación, Mezger estaba tendiendo ya un puente hacia la denominada “***concepción normativa caracteriológica de la culpabilidad***”, que

³⁷ Zaffaroni E.R. (1997) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 6ª edición, p. 514.

³⁸ Mezger E., *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 1931, págs. 247 y ss.

pretende prescindir del libre albedrío del ser humano como determinante de su culpabilidad por los caracteres de su personalidad condicionados socialmente, ya que este penalista, al hablar de “personalidad” no se refiere al autor individual, sino a “la personalidad dada conforme a la experiencia”.

En Austria, Rittler defiende la concepción normativa haciendo una clara referencia a la interpretación caracteriológica de la culpabilidad. Dice así: “el carácter antijurídico de la voluntad no se deriva de que el autor pudiera haberse comportado también de otra manera, sino del hecho de que él, en virtud de su forma de ser, de acuerdo con su carácter, se ha comportado precisamente mal, injustamente”³⁹. En relación con este cambio en el concepto normativo de culpabilidad Rittler se remite también a autores alemanes como Karl Engisch, para quien “la concepción caracteriológica de la culpabilidad pide cuentas a la persona por lo que ésta es”⁴⁰, así como a Ernst Heinitz, el cual sostiene abiertamente “que en Derecho penal cada uno debe responder por aquello que es”⁴¹.

En el contexto austríaco, la interpretación caracteriológica de la culpabilidad, como versión desarrollada de la concepción normativa encontró su máxima expresión en la teoría de Friedrich Nowakowski. Éste se unió en dicha valoración a su maestro Ferdinand Kadečka, quien ya por el año 1936 había declarado: “En cuanto al destino que deba corresponder al autor, lo decisivo no es determinar si éste hubiera podido comportarse de otro modo, sino si una persona honrada y con escrúpulos hubiera actuado de forma diferente. La razón por la que pretendemos corregir al autor mediante una pena o una medida de seguridad, o apartarle de la sociedad, es precisamente el hecho de que él no puede hacer lo que otros sí pueden”⁴². En conclusión, la culpabilidad consiste simplemente en “no llegar

³⁹ Rittler, *Strafrecht I*, 2ª edición, pág. 160.

⁴⁰ Engisch, Karl, “Zur Idee der Täterschuld”, en *ZStW* 61 (1942), pág. 177; igualmente el mismo, más tarde, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtlichen Doktrin der Gegenwart*, 2ª edición, 1965, pág. 65.

⁴¹ Heinitz Ernst, “Strafzumessung und Persönlichkeit”, en *ZStW* 63 (1951), pág. 76.

⁴² Ver Jescheck, Heinrich, “Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker”, en *ZStW* 103 (1991), pág. 1008; Kadečka, *Gesammelte Aufsätze*,

a alcanzar, de hecho, la clase de reacción propia de una persona a medida, es decir, de una persona vinculada a los valores jurídicamente protegidos.

7. La teoría normativa.

a. *La teoría finalista de la culpabilidad.*

Tras la estructura de la culpabilidad desarrollada por *la teoría compleja o mixta (mal denominada normativa puramente)*, se abrió paso *la construcción finalista de la acción* formulada por *Hans Welzel* en el siglo pasado, en la década del treinta, con la cual, el dolo y la culpa dejaron de ser ubicados como especies de la culpabilidad y pasaron a integrar el tipo, específicamente en la faz subjetiva del mismo, *como componentes avalorados*, es decir que no implicaban el abrir juicio *sobre el conocimiento por el agente de la antijuridicidad* de su obrar sino, en el caso del dolo, *solo el querer el resultado típico*, quedando la culpabilidad liberada de estos dos componentes. Así por ejemplo, en el apoderamiento ilegítimo de bienes ajenos, el sujeto dirige su voluntad final hacia un delito, queriendo el resultado típico penal (dolo), pero ello por si solo no implica una voluntad antijurídica, ya que bien ese accionar puede haber estado motivado desde la capacidad de inteligencia sin querer lo antijurídico, si verbigracia, se actuaba por un estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3º del C.P.)⁴³.

1959, págs. 61 y siguiente. Sobre ello, críticamente, Moos, “El concepto de culpabilidad en el Código Penal Austríaco”, en *Festschrift für Otto Triffterer*, 1996, págs. 171 y ss.

⁴³ En tal sentido, no es exacta la afirmación sostenida en nuestro medio por Aguinaga cuando afirma que el reproche para la teoría finalista esta dirigida al dolo (“Culpabilidad”, Ed., Jur. Cuyo, 1998, p. 50, 4to. párraf.), ya que el reproche considera el injusto penal dentro del cual esta el tipo subjetivo con el dolo, pero la reprobación no se cierne solamente en él, sino en el querer antijurídico con plena o posible comprensión de ello, que es algo muy distinto. El dolo es avalorado, el reproche contiene el desvalor. De no ser así no puede afirmarse que el dolo en la teoría final de Welzel sea avalorado

¿Qué comprendía entonces la culpabilidad para la teoría finalista? Expresaba Welzel que **la culpabilidad era la reprochabilidad** del hecho jurídico individual por *la configuración deficitaria de “la voluntad”* por ser contraria al orden jurídico en el caso concreto (resolución de voluntad antijurídica en relación al hecho individual), por cuanto solo de aquello de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprobado⁴⁴.

La culpabilidad, pasó a ser sinónimo de *reprochabilidad*, entendida ésta como *capacidad exigible de motivarse en la norma jurídica, y en consecuencia el “poder obrar de otra manera”, esto es, la exigencia de comportarse conforme a lo requerido por la norma omitiendo toda acción antijurídica*⁴⁵.

Welzel sostenía que la culpabilidad era entonces un defecto en la capacidad de inteligencia-voluntad del sujeto que se dirigía hacia el injusto, encontrándose el defecto en la no aceptación de la exigencia del deber jurídico, eligiendo, deficitariamente, entre el valor jurídico y el poder antijurídico, por éste último⁴⁶.

Así, quien realizaba una acción típica y antijurídica, era culpable, si *comprendiendo la criminalidad de su injusto (posibilidad de comprensión de la antijuridicidad), y pudiendo obrar libremente (autodeterminado) sin coacción*, lo que implicaba que debía *motivarse en la norma* y desplegar una acción ajustada a derecho (*conducta exigible*), igualmente ejecutaba el injusto personal⁴⁷.

⁴⁴ Welzel, H. (1960) *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

⁴⁵ Carlos Creus explica que para la teoría finalista la culpabilidad es un juicio de valor referido a la actitud anímica asumida por el agente según el tipo subjetivo -culpabilidad como juicio de reproche-, lo que cuestiona por cuanto según su concepción ubica la antijuridicidad como pretípica, por lo que el tipo asume lo antijurídico para seleccionar e indicar lo antijurídico punible. ((1993) *Esquema de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Astrea, p. 99).

⁴⁶ Welzel, H. (1939) *Studien zum System des strafrechts*. Z, 58, p. 491.

⁴⁷ Welzel, H. (1964) *El nuevo sistema de derecho penal*. Barcelona: Ariel, p.100/101.

En nuestro medio, Zaffaroni, como uno de los principales expositores, ha sostenido que *la culpabilidad es la reprochabilidad del injusto al autor*⁴⁸.

De manera que los elementos integrantes del concepto de culpabilidad en esta línea teórica, comprendían: *la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad*, aunque entendiendo algunos autores que la inexigibilidad de otra conducta no era una causa de inculpabilidad (como contrapartida tampoco un elemento integrante más de la culpabilidad), sino *la esencia de todas las causas de inculpabilidad, ya que siempre que no hay culpabilidad ello obedece a que no hay exigibilidad, cualquiera sea la causa que la excluya*⁴⁹.

Así, esta teoría se presenta como una teoría realmente ***normativa de la culpabilidad*** por haber quedado limitada, *aparentemente*, a *pura reprochabilidad*.

Sin embargo, tal pureza en la normativización de la culpabilidad, no resulta ser tal. Bien se señala que *el concepto de culpabilidad del finalismo, no es un concepto normativo en el sentido postulado por Frank, ni en el de Goldschmidt (este último quien sostenía que la reprochabilidad implicaba un comportamiento interior opuesto a una norma de deber, que se encontraría junto a la norma jurídica, cuya lesión importaba la antijuridicidad)*⁵⁰, ya que para la teoría finalista de la acción, la reprochabilidad presupone la capacidad de motivarse en la norma y en consecuencia el “obrar de otra manera”, por lo que desde este punto de vista, las “causas de inculpabilidad” carecen de fuerza para excluir la culpabilidad y

⁴⁸ Zaffaroni se pregunta: “¿Qué se le reprocha? El Injusto. ¿Por qué se le reprocha? Porque no se motivó en la norma. ¿Por qué se le reprocha no haberse motivado en la norma? Porque le era exigible que se motivase en ella...Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria al derecho” (Zaffaroni, E. R. (1997) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 6ª edición, p. 511).

⁴⁹ Zaffaroni, R. E., ob. cit., p. 511 y 515/516.

⁵⁰ Goldschmidt, J. (1943) *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires: Desalma.

sólo constituyen “causas generales de no formulación del reproche de culpabilidad, fundamentando ello en la comprobación empírica de que, en las situaciones que caracterizan las causas de inculpabilidad, no se elimina la capacidad de obrar de otra manera. Así, por ejemplo, en el estado de necesidad disculpante siempre es posible cumplir con el derecho y asumir el daño sobre los propios bienes jurídicos; sólo que, en tales casos, el derecho no efectúa reprobación penal alguna⁵¹. De acuerdo con ello la esencia de la culpabilidad no debería ser el “*haber podido obrar de otra manera*”, comprobación que ha llevado al cuestionamiento íntegro del concepto de culpabilidad del finalismo⁵².

Pero también se le ha criticado a esta teoría, *en primer lugar*, que versa sobre la idea del libre albedrío del hombre (libertad de voluntad o posibilidad de actuar de otro modo), libertad que no es comprobable teniendo un carácter ficticio, falible en cuanto imagen antropológica del hombre racional y libre, lo que deja de ser una perspectiva confiable según las doctrinas positivistas⁵³ y del psicoanálisis⁵⁴.

⁵¹ Kaufmann Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normen theorie*, p. 202 y sgtes., cit. por Bacigalupo E. (1999) *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires: Hammurabi, 2ª edición, p. 422.

⁵² Así lo consideran Bockelmann Paul, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p.84 y sgtes.; idem Roxin Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p.34.

⁵³ Ferri, E. (1933) *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Madrid: Reus, Trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, p. 193 y 238.

⁵⁴ Ver Ziffer, Patricia, “La discusión en torno al concepto de culpabilidad”, en *Revista peruana de ciencias penales*, Número 3, enero-junio, edición Grijley, Lima, 1984. p. 260. Por su parte, Jiménez de Asúa, en cuanto a las explicaciones psicoanalíticas de la imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad, sostiene que: “Desde que Enrique Ferri proclamó la muerte del libre albedrío y de la responsabilidad moral, e implantó la doctrina de la responsabilidad social y legal, que llevó al proyecto de Código italiano de 1921, se ha venido repitiendo por los positivistas y sus seguidores que la imputabilidad penal era un concepto llamado a extinción. Proclamó Ferri, que la verdadera responsabilidad radicaba en el hecho de vivir en sociedad. Porque el hombre vive en ella ha de responder de todo sus actos, sin importar que el sujeto sea o no imputable, niño o adulto, demente o sano de espíritu”. Agrega Jiménez de Asúa que: “Esta tesis de la responsabilidad social fue causa de profundas escisiones entre los penalistas italianos. Y el caso es que se dividían a causa de un postulado, pero no por sus consecuencias, puesto

En segundo lugar, se cuestiona lo relacionado al baremo de la exigibilidad: si es individual o media, en la línea de Jescheck⁵⁵. Se afirma que es insostenible mantener el criterio de imputación subjetiva sobre la capacidad individual del “poder actuar de otra manera”, por la imposibilidad de acreditar las posibilidades reales del sujeto en el momento de la realización del hecho. Ante a ello, la teoría general de la culpabilidad adopta criterios normativos generalizadores de imputación subjetiva; es decir, reformulando su inicial postura, ya no se trata del poder actuar de otro modo en el caso concreto particular, sino del «poder de la persona media» que existe conforme a la experiencia. Al final, se sostiene, se termina por emplear presunciones generales trastocando la esencia misma del juicio de imputación individual que encierra el juicio de culpabilidad.

Finalmente, otras de las críticas que enfrenta el finalismo se vincula con la idea de que la culpabilidad sugiere la idea de reproche, vocablo que transita

que estas eran idénticas, ora se partiese de la responsabilidad moral, bien se aceptase el criterio de la responsabilidad social. Los positivistas proclamaban responsable al niño y al demente; pero, no les imponían una pena, sino que los sometían a un tratamiento educativo o los internaban en un establecimiento psiquiátrico. Eso mismo proclamaron también los clásicos, a pesar de estimarles irresponsables”. “En ciertos oídos, especialmente en lo de los médicos, sonaba a algo viejisimo la palabra imputabilidad, estrechamente unida al libre albedrío. En vano trataron de remozarla penalistas franceses, alemanes e italianos como Tarde, Von Liszt y Alimena, entre otros, que hallaban en la personalidad del individuo bases para mantenerla. Ferri les lanzó, un insulto, el mote de “eclécticos”. Agrega, Jiménez de Asúa que sin embargo, a la luz del psicoanálisis, la imputabilidad parece recobrar nuevo sentido, sobre todo para Alexander y Staub, en base de elementos psicóticos. Los actos humanos obedecen a una constelación heterogénea de motivaciones, de las cuales unas son conscientes y otras permanecen en el territorio del inconsciente. Por otro lado, agrega el autor que: “no sólo en orden a la imputabilidad ha actuado la doctrina psicoanalítica, sino que también Hans Coenen ha hecho, con bastante exageración, aplicaciones a la culpabilidad, afirmando que el psicoanálisis fundamenta la “concepción normativa de la culpabilidad” (Cfr. (1982) *Psicoanálisis criminal*. Buenos Aires: Depalma, 6ª edición, p. 63/65).

⁵⁵ Cfr. Jescheck, H. H. (1978-1982) *Tratado de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Bosch, 3ª edición Alemana, Traduc. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, t I, p. 588/589.

sobre componentes moralizantes y estigmatizantes⁵⁶; es decir, impregnado de una impronta, moral, religiosa e incluso metafísica que distorsiona el juicio de culpabilidad. Esta deducción parte de entender a la culpabilidad como un reproche que se hace al autor por no haber obrado de otro modo, pudiéndolo hacer; de ahí que la culpabilidad tendría una orientación moral⁵⁷.

b. La teoría de la atribuibilidad

Dentro del marco de las teorías normativas, cabe incluir, como un paso evolutivo de la teoría finalista, a la denominada teoría de la atribuibilidad.

Según esta teoría, postulada en Alemania por Maurach, hay que distinguir entre lo que es *la exigencia conforme a un término medio, que fundará una responsabilidad por el hecho, y la exigencia conforme a pautas individualizadas que darán lugar a la culpabilidad como juicio de reproche individualizado, generándose una distinción y desdoblamiento en la teoría del delito entre la responsabilidad y la culpabilidad*, las que serían dos estadios de un estrato más general la “atribuibilidad” del injusto.

Se señala que Bacigalupo, sobre postulados basados en la prevención (funcionalismo), retoma esta corriente señalando que en los supuestos en que la culpabilidad esta ausente porque opera una simple reducción del ámbito de autodeterminación del autor, no hay inculpabilidad, sino una causal de exclusión de pena fundada en la reducción de la culpabilidad, en tanto que en los casos en que la culpabilidad esta ausente porque no hay posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad hay una verdadera inculpabilidad. Así, el estado de necesidad exculpante o disculpante, dará lugar a una carencia del primer orden, es decir, de

⁵⁶ Zugaldía Espinar, José Miguel, “Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad”, en Estudios penales, Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Ed. De la Universidad de Salamanca, 1982, p. 571.

⁵⁷ Cfr. Torío López, Ángel, “El concepto individual de culpabilidad”, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Nro. 28, Enero-Abril, Madrid, 1985, p. 289.

responsabilidad por el hecho, en tanto que la culpabilidad estará ausente en los otros casos de afectación al conocimiento de la antijuridicidad del acto⁵⁸.

A esta nueva estructura de la teoría del delito, se le cuestiona que degrada al estado de necesidad disculpante y otros supuestos, a la posición de causas de exclusión de pena, por la razón de que la posibilidad de actuar de otro modo no se haya del todo excluida siendo que tampoco se halla del todo excluida la exigibilidad en ciertos supuestos de imputabilidad o en algunos de error de prohibición, por lo que tal distinción no resultaría adecuada, entendiéndose que tan graduable es el concepto de culpabilidad en el supuesto de posibilidad de comprensión de la antijuridicidad como en el del requerimiento de un cierto límite en el ámbito de autodeterminación⁵⁹.

8. La concepción funcionalista de la culpabilidad.

Sobre la base científica dogmática que entiende que no es posible probar la libertad del individuo (autodeterminación), el análisis del concepto de culpabilidad se pretende trasladar **del aspecto antropológico del ser del hombre en su unidad psicológica humana y de su relación normativa de reproche penal, hacia la política criminal** y hacia una refundamentación normativa de la teoría jurídica el delito **basada en las necesidades puramente sociales y normativas**, vinculándose con las propuestas de **prevención especial (Roxin) y en la configuración de una sociedad libre fundamentada en la prevención general positiva (Jakobs)**, considerándose ello como **una visión normativa de la culpabilidad**.

Se afirma entonces, que la culpabilidad ya no depende exclusivamente del libre albedrío, esto es de la libertad de acción y/o de la motivabilidad, como

⁵⁸ Zaffaroni, E. R. (1997) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 6ª edición, p. 521.

⁵⁹ Zaffaroni, E. R., ob. cit. p. 522.

fundamentos materiales de la culpabilidad, que además de ser indemostrables, sólo persiguen una descalificación social (reprochabilidad) prescindiendo en este caso de consideraciones sociales, sino que sólo puede haber culpabilidad cuando exista la necesidad de evitar comportamientos errados en el futuro por medio de la pena. El mero reproche resulta insuficiente para la aplicación de una pena por parte del Estado, ya que además, se debe atender a consideraciones de corte preventivo general y preventivo especial que conlleven a la culpabilidad hacia fines racionales.

La ciencia penal con este movimiento de avanzada se orienta hacia otras cuestiones más importantes que tengan consecuencias prácticas inmediatas: problemas como los de la eficacia y de las clases de pena, descriminalización y criminalización se convierten en el centro de la política criminal. En este orden, la culpabilidad no sólo se relaciona con la maldad o el reproche, sino, en consideración hacia un derecho penal más humanitario, ofreciendo caminos de solución. El concepto de culpabilidad, entonces, como lo grafica Hassemer “ha ido erosionando sus paredes maestras ahí donde este le impedía llevar a cabo una política criminal”⁶⁰.

Desde ya cabe mencionar que también las críticas han estado presentes respecto de estos postulados. Se ha sostenido con razón, que si se atiende exclusivamente a los fines preventivos se estaría muy cerca de un derecho penal de peligrosidad. Con ello, el hecho, en relación al delito, ya no sería la base del reproche, y la pena ya no tendría su límite con la culpabilidad, sino que inversamente, conforme la teoría del fin de la pena, existiría o no la culpabilidad en atención a los fines que se establezca en la prevención general o en la prevención especial⁶¹.

⁶⁰ Hassemer, W. (1999) *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch, Valencia, p. 99.

⁶¹ Para Zaffaroni la culpabilidad fundamentada en la teoría del fin de la pena, responde a un criterio político a partir de la teoría del fin de la pena (Roxin), por lo que cuando no hay posibilidad de evitar el injusto mediante la amenaza de la pena, no tiene sentido penarlo y por ende, la culpabilidad estaría ausente, invirtiéndose el planteo general de la cuestión, pues en vez de preguntarse si hay delito para saber si debe aplicarse una pena, se pretende partir de la teoría de la pena para establecer si hay delito (Zaffaroni E. R. , (1997) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, p. 521).

Dentro de esta visión preventiva existen variadas alternativas, las que sin agotar el tema, por su importancia, pueden agruparse en dos corrientes:

- Una de ellas, es la que responde a una **concepción funcional restringida** expuesta por Claus Roxin; y la otra es,
- La que emerge de una **concepción funcional amplia**, desarrollada por Günther Jakobs, con variantes o aditamentos en las propuestas de Hans Achenbach y Franz Streng.

a. Posición restringida

Para las teorías anteriores, puede decirse, en líneas generales, que la culpabilidad era entendida como la capacidad de actuar conforme a la norma.

En Alemania **Claus Roxin**, afirma que esto no es lo decisivo. Así, pretende conceder al principio de culpabilidad exclusivamente la función de límite superior de la sanción, mientras que para precisar la pena concreta sólo los aspectos preventivos deberían ser decisivos. La restricción del principio de culpabilidad a la función de “medio para la limitación de la pena” es el punto central en la influyente interpretación de este concepto elaborado por Roxin⁶². Este autor pretende hacer la teoría jurídico-penal de la culpabilidad “independiente del libre albedrío” del hombre⁶³. A su vez, tal concepto de la culpabilidad, restringido al papel de margen superior de la pena, es el fundamento de su **nueva categoría sistemática de “responsabilidad”**, en la cual ha fundido la culpabilidad del autor con la necesidad preventiva de la pena.

De esta manera, el concepto y contenido de la culpabilidad tiene que ver con la capacidad de poder determinarse conforme a las normas, pero también debe tratar acerca de si un comportamiento típico y antijurídico, debe o no ser

⁶² Roxin C., “Strafrecht. Allgemeiner Teil I”, 3ª edición, 1997, § 3, marginal n° 48.

⁶³ Roxin C., “Das Schuldprinzip im Wandel”, en Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 521.

merecedor de pena, por lo que junto con la culpabilidad debe existir la responsabilidad, esto es, que la sanción penal exige la necesidad de una reacción en términos de prevención general o especial, y la misma está ausente cuando existen causas de exclusión de la responsabilidad, esto es, el error de prohibición, el estado de necesidad disculpante y el exceso en legítima defensa, todo lo cual debe determinarse respondiendo a puntos de vista de política criminal que se introducen como complemento en la dogmática jurídica penal, con una metodología de relaciones de valor para con las categorías de las teorías del delito y de la pena (Roxin).

La responsabilidad está en función de consideraciones de política criminal, y éstas en la necesidad o no de pena⁶⁴.

También se debe discutir si las medidas de seguridad deben ser abarcadas por los criterios de política criminal, ya que son distintos los fines o metas en las penas que en las medidas de seguridad, por cuanto en las últimas se persiguen fines de prevención especial, no así en el caso de las penas.

Así, expresa Roxin que, la culpabilidad es la realización del injusto a pesar de la capacidad de realización normativa y de la facultad de conducirse de allí derivada, pero para la imposición de pena no basta con ello, sino que se requiere que exista una necesidad preventiva general o especial de castigo, caso contrario, de no ser la pena socialmente justificable deberá prescindirse de la misma, de allí que el estrato siguiente a la antijuridicidad no es la culpabilidad sino la responsabilidad por el hecho que comprende a aquélla como un aspecto parcial. Por lo tanto, las causas que excluyen la responsabilidad serán tanto causales de inculpabilidad como causales de falta de necesidad preventiva de sanción⁶⁵.

⁶⁴ Amelung Kunt, “Contribución a la crítica del sistema jurídico penal de orientación política criminal de Roxin”, en (1991) *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, p. 105.

⁶⁵ El doctrinario español Muñoz Conde es expositor de esta corriente entendiendo además que junto con los criterios de prevención general y especial, la responsabilidad se integra con la influencia de las interacciones sociales y del hombre en relación social. Ver Muñoz Conde, F. (2004) *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Tirant Lo Blanch, p. 317.

Expresa Zaffaroni que para esta teoría "... cuando no hay posibilidad de evitar el injusto no tiene sentido penarlo... de aquí la culpabilidad sería un criterio político que derivaría de la teoría del fin de la pena: cuando la pena no cumpliera su fin en el caso concreto, ya no tendría sentido aplicarla y por ende, la culpabilidad estaría ausente"⁶⁶.

Se observa así que no se trata de un concepto de culpabilidad basado, ni en la libertad de la voluntad, ni en el carácter del sujeto, sino en las alternativas sociales a la solución penal del conflicto.

A esto se puede objetar, en primer lugar, que la culpabilidad, si es el límite superior de la pena, también debe ser codecisiva para toda determinación de la misma que se encuentre por debajo de aquella frontera. Pero fundamentalmente, al limitarse la fijación concreta de la pena a fines preventivos, la resolución del juez pierde el punto de conexión con la calificación ética del hecho que ha de ser enjuiciado, y la pena, con ello, pierde también, después de todo, su posibilidad de influir en favor de aquellos objetivos de prevención, porque sólo apelando a la profundidad moral de la persona se puede esperar tanto la resocialización del condenado como también una eficacia socio-pedagógica de la pena sobre la población en general ⁶⁷.

La renuncia parcial al criterio de la culpabilidad para la pena concreta, resulta ser un precio demasiado alto para eludir el problema de la libertad en la teoría de la culpabilidad. Aquí, tanto la prevención general como la especial se presentan en cualquier caso como fines de la pena; sin embargo, ésta se considera un medio apropiado para la prevención sólo si se basa en la escala de la culpa⁶⁸. En tal

⁶⁶ Zaffaroni E. R., (1997) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 6ª edición, p.521). Agrega que "Esta limitación del delito por medio de la teoría de la pena creemos que invierte el planteo general de la cuestión: preguntamos si hay delito para saber si debemos aplicar pena y no a la inversa, puesto que lo que acá se pretende es que a partir de la teoría de la pena determinemos si hay delito".

⁶⁷ Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, 1996, pág. 215.

⁶⁸ Sólo recientemente se ha definido en Austria la relación entre la culpabilidad y la prevención del mismo modo que en Alemania, a través de un añadido al § 32, apartado 2º

sentido, la culpabilidad se puede entender desde luego “generalizando”, pero la pena tiene que ser merecida también de acuerdo con aquel criterio.

b. Posición amplia

1°) Günther Jakobs sigue una construcción funcional de la culpabilidad, basada en la teoría sociológica de la formación del Derecho de Niklas Luhmann⁶⁹.

Divide a la culpabilidad en dos fases: una positiva y otra negativa.

La faz positiva comprende *la capacidad de imputación del autor, el conocimiento de la ilicitud y los especiales elementos de la culpabilidad. En la faz negativa* se incluyen todas las condiciones de exclusión de la culpabilidad cuando el autor ha procedido en casos en los que *no se le puede exigir el cumplimiento de la norma*⁷⁰.

No obstante, siendo para Jakobs **la culpabilidad un concepto funcional** basado en *la teoría de la prevención general*, según sea *el fin de la pena* será en definitiva el concepto de culpabilidad.

Así, la culpabilidad no depende del grado de responsabilidad personal del autor por su acción, sino que la misma se determina considerando la infidelidad a la norma observada en el autor con su proceder. El reproche de culpabilidad, pues, no se refiere a la lesión dolosa o imprudente de un bien jurídico por parte del autor,

StGB (Ley de reforma del código penal de 1996 (StRÄG), BGBl 1996/762). En concordancia con el § 46, apartado 1°, 2ª frase del código penal alemán, este nuevo precepto exige que el órgano judicial, en el momento de determinar la pena, “debe tener también en cuenta las repercusiones de la sanción en la futura vida en sociedad del autor”.

⁶⁹ Luhmann, Rechtssoziologie I, 1972, págs. 27 y ss.

⁷⁰ Jakobs G., Strafrecht, (1991) *Allgemeiner Teil*. 2ª edición, 1991, marginal n° 17/22. Ver Bacigalupo, Enrique (1999) *Derecho Penal Parte General*. 2da. Ed. Hammurabi: Buenos Aires, p. 423.

sino que se vincula a una carencia en el “ámbito de organización” social propio del sujeto, carencia de la cual el mismo autor es responsable. La culpabilidad es la “parte de responsabilidad” del sujeto por su falta de disponibilidad a “dejarse motivar por la norma correspondiente”⁷¹, cuando “ese déficit no pueda hacerse comprensible bajo la afirmación de que no afecta la confianza general en la norma”. El concepto de la “parte de responsabilidad” o “competencia”, que es de lo que aquí se trata, no recibe aclaración por parte de Jakobs.

La pena entonces funciona con el fin de estabilizar el orden jurídico de una sociedad alterado por la acción del autor que procedió con un defecto en la motivación, esto es con “*infidelidad hacia la norma jurídica*“, a pesar de su conocimiento⁷², lo que significa que la culpabilidad es un “déficit de lealtad al Derecho”.

La finalidad de la pena califica la imputación de un comportamiento contrario a la norma a título de culpabilidad, y para esa finalidad, a la hora de establecer el contenido de la culpabilidad resultara decisivo “el estado en que se encuentra la sociedad en cada caso”.

En otras palabras, el fin de la pena es lograr el reconocimiento de la norma (estabilización), por lo que la determinación de la culpabilidad en vinculación con aquél fin, será solo necesaria cuando no pueda la lesión a la norma ser absorbida de otra manera.

De allí que, derivando *el principio de culpabilidad* de la prevención general, *el mismo no es apto para fijarle límites a la intervención del Estado en pro*

⁷¹ Jakobs, G. (1991) *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2ª edición, marginal nº 17/22. Desde un punto de vista criminológico, Bock, “Ideen und Schimären im Strafrecht”, en ZStW 103, 1991, págs. 649 y ss; desde una perspectiva jurídica, Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, en: Plywaczewski (editor), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, 1998, pág. 189, con argumentos adicionales en la nota 44.

⁷² Jakobs G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, parág. 17, p. 383 a 392.

de la prevención general, aunque si lo sea en cuanto a puntos de vista de la prevención especial⁷³.

En Alemania, *esta concepción de la culpabilidad ha encontrado fuertes críticas*⁷⁴. Se cuestiona en primer lugar la preponderancia que Jakobs confiere a la prevención general por encima de la compensación de la culpabilidad por el delito mismo, siendo éste en realidad lo primero que justifica la intervención penal. Al parecer, las normas deberían “ser reafirmadas en su propia existencia como un fin en sí mismas”⁷⁵, mientras que el autor, por el contrario, tiene derecho a esperar, y espera sobre todo, una respuesta al hecho injusto y culpable que ha cometido. De este modo se desvirtúa, en perjuicio de la justicia individual, la orientación del Derecho penal hacia la responsabilidad personal del autor por su acción⁷⁶.

Sin embargo, visto correctamente, la culpabilidad y la prevención, residen en planos distintos. En cuanto a la culpabilidad, se trata de responder a la

⁷³ Jakobs G., *Schuld und Prävention*, Tübingen, J.C.V Mohr, 1976, p. 32.

⁷⁴ En Austria se ha percibido claramente la diferencia existente entre la teoría de Jakobs y la propia posición. Así, Moos, (“Positive Generalprävention und Vergeltung”, en *Festschrift für Franz Pallin*, nota 1, pág. 199) reconoce por una parte un amplio acuerdo con Nowakowski y con el Código Penal austríaco en la comprensión de la culpabilidad como “falta demostrada de “fidelidad al Derecho” y simple atribución social; sin embargo, no concede validez para el Derecho Penal austríaco a la llamada “inversión en el orden de las valoraciones”, característica de Jakobs. Para Moos, el concepto de culpabilidad preexiste idealmente a la pena”. Burgstaller (en: Porstner, editor, *Strafrecht, Vergeltung und Versöhnung*, 1983, nota 65, págs. 45, 54 y siguiente, respectivamente) se opone en especial a la estrechez de miras que supone asumir el fin de la prevención como fundamento exclusivo de la pena. Debería distinguirse entre el sentido y la finalidad de esta última: el sentido “se encuentra en el hecho de que la pena expresa en esencia una reprobación ético-social”. La culpa es por tanto para Burgstaller la “razón de ser” de la pena y también “la base para establecer su cuantía”. La prevención es únicamente la finalidad de la misma.

⁷⁵ Ver así, Hirsch “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, en: Plywaczewski (editor), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, 1998, págs. 158 y 201 y ss; el mismo, ya con anterioridad, en *ZStW* 106, 1994, págs. 763 y ss. En sentido conforme Dreher, *Die Willensfreiheit*, 1987, págs. 383 y ss.

⁷⁶ Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, 1996, pág. 216.

pregunta acerca de en qué medida el hecho puede ser reprochado personalmente al autor, así como, cuál es la pena que merece por ello. Sólo entonces se plantea la cuestión totalmente distinta de la prevención. Aquí hay que decidir qué sanción parece apropiada para introducir de nuevo al autor en la comunidad y para influir en esta misma en un sentido social-pedagógico. Y no es, sino llegado este punto, cuando podrá expresarse la preocupación en torno a la supervivencia del conjunto del sistema según el planteamiento de Luhmann.

2*) *Achenbach*⁷⁷, también dentro de una posición preventiva funcional, siguiendo a Jakobs sostiene que el tema de la culpabilidad debe ser abordado *desde la distinción de tres aspectos: Primero* por la referencia a una ***idea de la culpabilidad como garantía constitucional***; *que parte de la afirmación de la libertad y la culpabilidad por el hecho*, lo que implica que *no puede haber pena sin culpabilidad*, siendo ello un límite al poder del Estado y a la justificación de la pena. *Segundo* por la vinculación con la culpabilidad como ***fundamento de la pena***, como concepto dogmático-penal, que tiene como función la de cimentar o excluir la sanción penal, abarcando el análisis de si el dolo pertenece a la culpabilidad o al tipo, la capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuridicidad. *El último* aspecto se refiere a la culpabilidad como ***medida de la pena***, evaluando el efecto del desvalor de la acción y del resultado como parámetro para la aplicación de la coerción penal.

Considera así Achenbach que lo que une a estos tres niveles es que constituyen ***presupuestos de la pena***. *La idea de culpabilidad* tiene que ver con el "por qué" de la pena. *La culpabilidad como fundamento* atañe a la afirmación de la pena, en tanto *la culpabilidad como medida* se relaciona a la idea de cómo se aplica la pena.

El problema que en ello encuentra Achenbach, es que históricamente la determinación en concreto de la culpabilidad no se corresponde con las diferentes

⁷⁷ Achenbach, "Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld", en: Schünemann (editor), (nota37), págs. 140 y ss.

ideas que se han tenido sobre ella. Así, *la idea de culpabilidad*, debe separarse de los otros dos conceptos de culpabilidad, en tanto y en cuanto no está legalizado y no puede extraerse de la dogmática penal, por lo tanto, sólo son ideas de lo que debería ser la culpabilidad que se hallan en principios metajurídicos, como son *la antropología, la sociología y la filosofía*.

Siendo ello así, la teoría dogmática de la culpabilidad, conforme Achenbach, se basa en la prevención general positiva, por lo que la culpabilidad (imputación subjetiva), se puede deducir y limitar solo desde criterios preventivos, dando origen a *la prevención de integración* que recoge *la necesidad colectiva o individual de retribución y venganza* frente al delito en un procedimiento ordenado jurídicamente, demostrando *la validez de la norma de conducta lesionada mediante la sanción manifiesta*, para *garantizar así la orientación normativa de la comunidad jurídica y las reglas elementales*.

Se trata de un ejercicio de fidelidad en el derecho, es decir, de una relación entre la lesión normativa y la sanción, entendida de *modo social y psicológico, este último como prevención consciente (como se vera a diferencia de Streng)*, pero junto a ello, y a diferencia de Jakobs, adiciona siempre *la cuestión de la legitimidad o ilegitimidad* de tales expectativas de conductas sancionadas jurídica y penalmente, pero no basada en la culpabilidad sino en la prevención misma.

La prevención no aparece, pues, limitada por la culpabilidad sino que, en sí misma, tiene un inmanente límite en sentido normativo. De esta manera, Achenbach sostiene que *no existe una culpabilidad real fuera de la imputabilidad social de responsabilidad*. En este marco se debe colocar el "poder de actuar de otro modo" y, al hacerlo, se constata que no tiene un substrato real que se deba acreditar, sino que es *una proposición normativa* que establece "un poder actuar de otro modo distinto en el sentido de las expectativas normativas hechas a un hombre sano". De allí que sea *la imputación social del poder*.

3•) Franz Streng, finalmente, participa de las ideas de la imposibilidad de acreditar la autodeterminación del hombre, de la culpabilidad

fundada en la prevención general positiva, y de la pena como retribución, pero a diferencia de Jakobs y de Achenbach, **da un paso más allá, y recurre además a la teoría psicoanalítica**, intentando unir así *la culpabilidad con la retribución y la prevención general positiva*⁷⁸.

Debe recordarse que en la teoría psicoanalítica, *la voluntad de libertad de la actividad del yo*, como **ser consciente**, no es afirmada, sino que por el contrario se cuestiona o pone en duda, debido a que las acciones del ser humano pueden llegar a estar determinadas por **la actividad del inconsciente**.

Así, señala Streng que producido el delito la sociedad reacciona a fin de satisfacer **tres necesidades** básicas. **La primera** es la de *evitar el peligro de infección social* que el delito trae consigo, para lo cual existe *la necesidad de asegurar y reformar los tabúes del super yo*. **La segunda** necesidad es la de *resarcir o premiar simbólicamente* a los ciudadanos por haber cohibido sus impulsos delictivos, con lo cual el sujeto frente a la renuncia al delito obtiene la satisfacción del sentimiento de justicia. **La tercera** necesidad es satisfacer *la venganza de la víctima y del grupo afín que la rodea*.

Afirma entonces, que sólo la primera necesidad requiere **retribución estatal**, con lo cual, **la función primordial de la pena es afirmar el orden valorativo que se encuentra arraigado en el super yo**, en el sentido acordado al término por Freud, constituyendo ello la llamada prevención general positiva, que es una *prevención profunda (del inconsciente)*, *contrariamente* a la *prevención consciente*, que sólo podría tener una función secundaria en la coacción.

Sobre la base de esta teoría, **la culpabilidad** es la expresión de las necesidades de autoestabilización del otro ciudadano frente al autor del hecho, es decir que **la culpabilidad** no es más que una forma de sostener las necesidades de pena que tiene la sociedad, basadas en expectativas sociales, y, con ello, a *la*

⁷⁸ Streng Franz, "Schuld ohne Freiheit", en ZStW 101, 1989, págs. 283 y ss.

fidelidad de la norma de la generalidad, con lo cual concuerda con Jakobs. De allí el carácter funcional de la culpabilidad.

No obstante, habrá que valorar a futuro, y, desde la perspectiva psicoanalítica, si es necesaria la pena como tal, o si ella puede ser reemplazada por otras medidas, ***que ayuden o confirmen la norma que protege los bienes jurídicos penalmente tutelados.***

III. Síntesis conclusiva

De lo expuesto queda evidenciado el largo camino que la teoría de la culpabilidad penal ha seguido en la doctrina desde sus orígenes hasta la adopción de la ***“teoría normativa de la culpabilidad”***, surgida en el seno de las posturas causalistas de la acción, y desarrollada en la dogmática penal con variados matices hasta constituirse, en el derecho penal contemporáneo, en la teoría dominante, llegando a considerarse a la culpabilidad como sinónimo puro de reprochabilidad⁷⁹, y más aún, en los últimos tiempos adoptándose criterios preventivos acerca de la culpabilidad con las posiciones funcionalistas, que en su faz más extrema, han terminado por retomar ideas organicistas y celulares en donde el hombre es solo un engranaje de un gran aparato que es la sociedad en donde se desdibuja su libertad de autodeterminación.

Más allá de ello, y como anticipo que abrirá y deberá tenerse presente en el próximo capítulo, debe decirse que, la culpabilidad no puede concebirse como pura reprochabilidad o sinónimo de la misma como lo pensaba James Goldschmidt⁸⁰, sino que debe considerarse *como un elemento para afirmar o rechazar aquélla de manera puramente normativa y valorativa*

⁷⁹ Frias Caballero, J. (1994) *Capacidad de culpabilidad penal*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 55.

⁸⁰ Goldschmidt, J. (1943) *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires: Depalma, p.13.

Ya Kaufmann señalaba que la culpabilidad estaba fundada en una reprobación, siendo un juicio de valor, por lo que la reprochabilidad era una cualidad desvaliosa de la culpabilidad, para afirmar luego que la culpabilidad era la materia y objeto de valoración de la cualidad desvaliosa que era la reprochabilidad.

Por mi parte, partiendo de esta premisa, he de afirmar que si la reprochabilidad tiene como objeto y materia de valoración a la culpabilidad, pues entonces esta última no puede ser sinónimo de reproche penal sino que ha de ser la causa de aquél efecto, por lo cual la reprobación penal que llevará a la pena, deberá separarse como estrato independiente central de la teoría del delito integrándose con dos componentes que le han de servir de sustento: la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad, generándose así una teoría purificada normativa de lo hasta aquí denominado como culpabilidad, que no ha de prescindir, como objeto del juicio valorativo, ni del carácter antropológico, ni de la autodeterminación del ser humano, pero que ha de incluir los aspectos de la coculpabilidad y la prevención general y especial, estas últimas valoradas dentro de un marco limitado.