



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”

FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DE DOCTORADO

TEMA: LA TEORÍA DEL DELITO

SUB TEMA: REVISIÓN CRÍTICA DEL ELEMENTO CULPABILIDAD

DOCTORANDO: YUDITH LÓPEZ SORIA.

DIRECTOR: DR. JORGE GUILLERMO PORTELA ROSSO. Ph.D.

BUENOS AIRES

2020

*A ti Abuelo Panchin,
tú eres el resumen de toda la familia y amigos que me han ayudado en mi vida,
tú eres mi vida*

Gracias debo dar:

A Dios, mi mejor amigo,

A mi familia toda,

*Al resto de mis amigos, por creer en mí, e impulsar, apoyar y acariciar, mi locura
de vida,*

Gracias a todos los profesores de la UCA.

Y,

de modo especial,

Doy Gracias a los cuatro profesores que han marcado mi vida profesional:

*Pedro Gilberto Valle Molina, que, con su pasión, por el Derecho Penal, me
contagió para siempre,*

*Danilo Rivero García, cuyos pasos de excelencia en el Derecho Penal, siempre
quiero seguir,*

*Jorge Guillermo Portela Rosso, la cúspide del brillo y la humildad profesional, y,
a ti abuelo Panchin, por rehacerme con lo mejor de ti...*

ÍNDICE

Índice

Introducción	1
Objetivo General:	5
Objetivos específicos:	6
CAPÍTULO I	11
LA TEORÍA DEL DELITO	11
1. La Teoría del Delito, su origen y evolución histórica.	11
1.2. Etapas de la Teoría del Delito.....	18
1.3. Escuelas, Teorías o Corrientes de pensamiento en torno a la Teoría del Delito.	25
1.3.1 Síntesis del neoclasicismo y el finalismo	27
1.3.2 La tesis funcionalista radical de Jakobs	30
1.4. Actualidad de la dogmática penal en Italia	35
1.5. Teorías Causalista, Finalista y, Funcionalista.	41
1.5.1. Causalismo	41
1.5.2. Finalismo	42
Funcionalismo	47
1.6. La Teoría de delito desde un enfoque filosófico.	53
1.6.1 El Krausismo español.....	55
1.7. Concepciones del delito.....	60
1.7.1. Concepción filosófica del delito.....	60
1.8. Concepto de delito, y análisis de sus elementos estructurales.....	65
1.8.1 La Acción.....	66
1.8.2 La Tipicidad	71
1.8.2.1. Elemento intelectual o cognoscitivo del dolo	73
1.8.2.2. Elemento volitivo del dolo	74
1.8.3 La culpa	74
Manifestaciones de la Culpa	76
1.9. La antijuridicidad. Su origen.....	76
1.9.1 La antijuridicidad en el Derecho Penal.....	80
1.9.2. La antijuridicidad desde el Derecho Civil	84
1.9.3. ¿Antijuridicidad sin tipicidad?	89
1.9.4. ¿Daño sin antijuridicidad?	91
1.9.5. Elementos de la responsabilidad civil	91

1.9.6. Punibilidad.....	96
CAPÍTULO II	110
LA CULPABILIDAD	110
2. Origen de la culpabilidad. Sus diferentes concepciones.....	110
La concepción personalizada	115
La concepción normativa.....	120
La concepción vigente	122
2.1. Esbozo sobre la Teoría de la culpabilidad.	125
2.2. Matices históricos de la culpabilidad en la humanidad.	126
2.3. Análisis antropológico de la culpabilidad.....	139
2.4. Análisis filosófico de la culpabilidad.....	148
2.4.1 ¿Por qué podemos ser culpables de causar daño ó, de cometer delitos? 150	
2.5. Estructura de la culpabilidad	160
2.5.2. Concepciones psicológicas y normativas de la culpabilidad.....	162
2.6. Presupuestos de la culpabilidad.	163
2.6.1 La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.....	163
2.7. La culpabilidad como elemento estructural del delito.	170
2.8. La culpabilidad penal como principio limitador al <i>ius puniendi</i>	171
2.9. La importancia del principio de culpabilidad como límite al <i>ius puniendi</i> , o, la importancia de la culpabilidad como principio.....	174
2.9.1. Necesidad de la apreciación de la culpabilidad como principio.	175
2.10. La culpabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad.....	178
2.11. La culpabilidad en los juicios de Nuremberg a la sombra del <i>ius naturalismo</i> y el <i>ius positivismo</i>	179
CAPÍTULO III	186
LA PENA.....	186
3.1. El <i>ius puniendi</i> . Sus fundamentos.	186
3.2. Orígenes y naturaleza del <i>ius puniendi</i>	187
3.3. El castigo como materialización del <i>ius puniendi</i> . Justificación del castigo. 190	
3.4. La Dogmática Jurídica. Límites al <i>ius puniendi</i> , o poder punitivo del Estado. 193	
3.5. Análisis de las funciones de la pena.	198
3.6. Las teorías sobre la pena.	200
3.7. La pena en el Derecho Civil en comparación con su presencia en el Derecho Penal.209	
3.8. Alcance de la responsabilidad civil	211

3.8.1	Responsables civiles subsidiarios.....	211
3.8.2	Análisis de los daños punitivos como manifestación de pena o sanción en materia civil.....	213
3.8.3	Finalidad del daño punitivo.....	215
3.9.	Aspectos criticados a los daños punitivos	218
3.9.1	¿Existen daños punitivos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina?.....	219
3.9.2	¿Por qué la fijación de la responsabilidad civil vigente actualmente en el modelo romano-germánico, no tiene carácter sancionador?.....	227
3.10.	La pena y la voluntad estatal.	230
3.11.	Posturas filosóficas en torno a la pena.	232
	Capítulo IV.....	241
	LA CULPABILIDAD EXCLUIDA DE LA TEORÍA Y ESTRUCTURA DEL DELITO Y CONSIDERADA INDISPENSABLE COMO PRESUPUESTO DE LA PENA.	241
4.	Nociones sobre la culpabilidad excluida de la Teoría y estructura del delito. 241	
4.1	Responsabilidad penal, sus presupuestos y modalidades.	241
4.2	La imputación objetiva. Sus consecuencias dogmáticas.....	253
4.2.1	Postura de Roxin con respecto a la Imputación objetiva y la postura de riesgo. 255	
4.2.2	Postura normativista de Jakobs respecto a la imputación objetiva.....	258
4.3	La culpabilidad como presupuesto de la pena.....	261
4.4	La culpabilidad como sustento y fundamentación de la pena.	265
4.5	El retiro de la culpabilidad en el concepto del ilícito.	267
4.6	La culpabilidad. Propuesta de su presencia en la Teoría de la Pena y su exclusión de la Teoría del Delito, o, más bien, vista como presupuesto del castigo, más no del delito.....	276
	CONCLUSIONES PRINCIPALES Y DERIVADAS.....	286
	Listado de Fuentes y Bibliografía	294

INTRODUCCIÓN

Introducción

Creemos fehacientemente que, en la actualidad, no existe para un jurista, otro modo de plantear el concepto de delito, que a través de la enunciación de los elementos que conforman su estructura. Estructura que, dicho sea de paso, se erige entre elementos objetivos y subjetivos.

La historia de la humanidad va mostrando que para determinar estos elementos se partió de aspectos de la vida cotidiana, que, expuestos por Carnelutti, se reflejan en estos términos: "Que cada movimiento del hombre se califica al amparo de la voluntad que lo determina, bajo el interés o móvil que lo estimula o provoca, y, de la acción en que se manifiesta o del evento del que se deriva".¹

Pero los elementos no están solo en el sujeto y su conducta, también se encuentran según demuestra la experiencia de la propia vida, en un conflicto de intereses, y, además, en la posición de la persona que comete el delito, por ejemplo, el hecho de matar a otro, no es lo mismo cuando ocurre entre personas ajenas entre sí, a cuando ocurre entre un padre y un hijo, o entre un esposo y una esposa, etc.

Para este caso, la actualidad de la doctrina moderna habla de circunstancias cualificativas del delito en algunas ocasiones y que conforman el tipo penal mismo y en otras, habla de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, dígase, por ejemplo, circunstancias agravantes y atenuantes, que son externas a la estructura del delito y, por ende, vienen a ser elementos externos y accidentales, pero que, sin lugar a duda, también influyen en la calificación del delito.

Se dice que para que exista delito deben concurrir todos los elementos de la estructura del delito, que, según la teoría clásica son: acción, antijuridicidad,

¹Ver a Carnelutti, Francesco, *Teoría General del delito*, traducción del italiano por Victor Conde, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1952, pp. 59/63.

tipicidad, y culpabilidad, aunque es de decir que otras teorías han incluido entre estos, como elemento, la punibilidad.

En este trabajo específicamente, jugará un rol protagónico el elemento culpabilidad dentro de la estructura del delito, y sobre ello, destaquemos su importancia en el Derecho Penal, a partir de la opinión de Gonzalo de Fernández, cuando dice: “En suma, es válido afirmar que la Escuela Clásica- en consonancia con los principios del derecho penal liberal y, entre ellos, la regla del *nullum crime sine culpa*, asentó la responsabilidad criminal sobre la base del libre albedrío”.²

Y, es que, es precisamente el libre albedrío, concebido como la facultad que tiene cada persona para decidir o tomar sus propias decisiones, una parte importante del concepto actual de la culpabilidad, pero la culpabilidad es un concepto mucho más amplio, y de hecho, cuando se analiza en su totalidad el concepto de delito, a través de cada uno de sus elementos actualmente reconocidos, se puede encontrar que unos, están en la norma, tales como la antijuridicidad, y la punibilidad; otros, combinan la norma y los hechos y su encuadre viene a constituir la tipicidad, en la que hay que distinguir según algunas escuelas o teorías la voluntad con que se cometió el ilícito penal y bajo qué interés se llevó a cabo, y, otros elementos están en el nexo causal entre el hecho y la persona que los comete, así como, en la capacidad para responder penalmente por ellos, y aquí estaríamos ante otra parte de la culpabilidad.

Analizando desde la teoría y desde la práctica cotidiana, cada uno de los sistemas que conforman el Derecho Penal, hemos reparado en el sistema que conforma el concepto de delito, devenido en la Teoría del Delito, y, por ende, sobre los elementos estructurales que lo conforman, según las diferentes escuelas o corrientes de pensamiento.

² Ver Fernández, Gonzalo, *Culpabilidad y Teoría del delito*, t. I, Buenos Aires, Editorial B de F, 1995. p. 149.

En este análisis hemos tenido la percepción teórica de que la culpabilidad está muy relacionada con la teoría de la pena, más que con la teoría del Delito. De hecho, entendemos que, influye en la pena tanto para su imposición, determinación, como para su justificación, pues es un hecho que, para imponer una pena en materia penal, no basta con que exista un acto típico y antijurídico.

A decir de Frías Caballero, en su libro, "Teoría del delito", "la pena exige como presupuestos predominantemente objetivos, no solo un comportamiento típico y antijurídico, esto es, requisitos o presupuestos situados en el mundo externo, sino a la vez un comportamiento o acto interior realizado en el alma del autor. Este comportamiento consistente en la intervención anímica o espiritual del autor en su acto (en lo que hace u omite) y que ha de ser reprochable (susceptible de reproche desde el punto de vista de las valoraciones jurídicas) es básicamente, la culpabilidad".³

Partiendo de este concepto, es posible acercarse más a la esencia de este elemento que actualmente conforma la estructura del delito, la culpabilidad, y sobre el cual, así como sobre su presencia en dicha estructura, versará nuestro trabajo.

Antelamos que nuestro criterio central es que la culpabilidad no es imprescindible para que se configure el delito y sí es imprescindible para poder imponer, determinar, fundamentar y justificar la pena, como consecuencia jurídica del delito.

Razonando juntos, se puede decir que, para que el delito, según la Teoría del delito, se configure, debe haberse cometido por un ser humano, que lo lleve a cabo por acción o por omisión, que puede ser doloso o por imprudencia y debemos analizar que se exige que el hecho, pueda encuadrar perfectamente en la descripción del tipo penal concreto, lo cual constituye el elemento tipicidad.

³ Ver a Frías, Jorge, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, p. 353

Además, este hecho, debe atacar bienes jurídicos protegidos por la norma penal y aquí se encuentra la antinormatividad o antijuridicidad. Debe existir también, una pena prevista para esa conducta que ya fue descrita y, por último, plantea esta teoría que debe hacerse un juicio de culpabilidad, demostrando el nexo causal entre el hecho y la persona a que se le imputa.

Es que, esta persona a quien se le atribuye el delito, además, según Jiménez de Asúa, “debe ser imputable como requisito previo a determinarlo culpable y esta imputabilidad depende de la capacidad legal, (tener mayoría de edad) y de la capacidad mental, (tener capacidad mental suficiente para entender su conducta y poder determinar su propia voluntad) ”.⁴

A grandes rasgos anticipamos este criterio nuestro, luego de razonar durante años esta posición en cuanto a que, se puede hablar de una estructura donde exista la acción, estando ésta, dentro o fuera de la tipicidad, deben existir también, la antijuridicidad y la punibilidad dentro de dicha estructura, como elementos del delito, de hecho, como elementos objetivos del tipo penal; sin necesidad de que la culpabilidad sea uno más de estos elementos y por ende, puede prescindirse de ello, pues el delito se configura y va a existir aun cuando no logremos demostrar el nexo causal entre el autor y el hecho, aun cuando el que lo ejecutó, sea menor de edad o, aun y cuando, el que lo ejecutó sea loco o trastornado mental y debido a alguna de estas razones, no pueda responder penalmente. Lo cierto es que, el delito se integró, se configuró, se materializó, solo que, en estos casos no tenemos a quien juzgar o a quien exigir responsabilidad penal por ello.

Resumiendo, en palabras de Merkel, con una opinión que fue sostenida por él desde 1889, “el delito se configura, aunque a la persona que se dice que ha cometido el mismo, no se le pueda determinar culpable de él, porque carece de

⁴ Ver Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal. La culpabilidad*, t. V, Buenos Aires, Editorial Lozada S.A., 1956, p. 38.

capacidad, ya sea por falta de madurez suficiente, que sería la minoría de edad, o porque es loco y no comprende, ni dirige su conducta, que es la incapacidad mental”.⁵

Este juicio de culpabilidad, entendemos, que sería imprescindible para el acto de juzgamiento, más no para que se integre el tipo penal concreto, pues el elemento culpabilidad radica sobre todo en el individuo y no en el hecho; argumento que lo convierte en un elemento, hasta ahora de naturaleza subjetiva, dentro de la estructura del delito, por ende, debería formar parte determinante de la Teoría sobre determinación de la Pena y no, de la Teoría del Delito, como acontece en la actualidad doctrinal del derecho Penal.

Por todo esto, como objeto científico de este trabajo planteamos analizar la Teoría del delito y dentro de ello, revisar con visión crítica la presencia actual, de la culpabilidad como elemento indispensable en dicha estructura, para que pueda configurarse el delito, frente a nuestra posición de poder prescindir de dicho elemento dentro de la estructura del delito y sí apreciarlo como presupuesto constitutivo e imprescindible en la teoría de determinación de la pena, para que esta pueda ser determinada, impuesta, fundamentada, e incluso, justificada.

En función de ello, hemos planteado objetivos, uno general, y tres específicos, a decir:

Objetivo General:

1- Proponer una nueva Teoría del delito que prescinda del elemento culpabilidad dentro de su estructura básica para conceptualizarlo, de modo que, dicho elemento sea considerado como un presupuesto imprescindible para fijar, determinar, imponer y justificar la pena, y, por ende, sea considerado parte esencial de la Teoría de determinación de la pena,

⁵ Ver Merkel, Adolf, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Montevideo, B de f, 2004, pp. 95 y 96.

más no, de la Teoría del delito.

Objetivos específicos:

Entre los Objetivos específicos fueron planteados:

1- Analizar la evolución histórica de la Teoría del Delito y el contenido de cada uno de los elementos estructurales del concepto de delito.

2- Evaluar críticamente la presencia del elemento estructural culpabilidad en el concepto de delito dentro de la Teoría del Delito.

3- Argumentar la inclusión del elemento culpabilidad como presupuesto indispensable para la imposición, determinación y, justificación, de la pena, siendo imprescindible, por ende, su presencia, en la Teoría de determinación de la pena.

Como **Hipótesis**, sostenemos que: La culpabilidad como elemento estructural del delito, según la Teoría del Delito, es prescindible.

Para poder confirmar esta hipótesis, hemos de basarnos en una Metodología Científica, desarrollada bajo un paradigma cualitativo en consideración a la naturaleza dinámica, evolutiva e interactiva de la realidad que se analiza, o sea, los elementos que componen la estructura del delito en la Teoría del Delito.

Con respecto a los Métodos, se emplearán armónicamente varios conocidos, tales como el **histórico**, para abundar en los antecedentes, el contexto y formación de las doctrinas normativas y filosóficas que le sirven de fundamento a la Teoría del Delito; el método de **revisión bibliográfica**, para recopilar información suficiente sobre la evolución de la Teoría del Delito y las posturas más importantes desde su

surgimiento hasta la actualidad con respecto a este tema, posturas que han sido sostenidas por destacados doctrinólogos; se utilizará también el método **analítico-lógico** para poder comprender el contenido de cada uno de los elementos que conforman la estructura del delito y la necesidad de su presencia en dicha estructura, así como analizar a la culpabilidad como un componente prescindible en la misma, y, finalmente, se emplea el método **comparativo**, para poder comparar y hasta evaluar críticamente, las diferentes posiciones o corrientes en cuanto a la Teoría del Delito, así como, los fundamentos esgrimidos para justificar la presencia de la culpabilidad dentro de la estructura del delito en todas estas Escuelas o corrientes de pensamiento, como un elemento imprescindible, según las cuales, la culpabilidad, es necesaria para que exista el delito, ante nuestra posición de que, por el contrario, la culpabilidad es prescindible dentro de la Teoría del Delito e imprescindible en la Teoría de determinación de la pena. También será empleada la **novedad** pues en nuestra propuesta pretendemos demostrar que la culpabilidad es un elemento prescindible en la estructura del delito y por demás, es imprescindible en la determinación, imposición, fundamentación y justificación de la pena y hasta el momento han existido afirmaciones teórico-doctrinales, pero, no ha sido planteado como una nueva Teoría del Delito, que prescindiera de la culpabilidad en el concepto estructural del delito.

En definitiva, luego de terminada esta investigación se podrá contar con elementos suficientes obtenidos a través de los métodos cualitativos empleados en ella, para argumentar que el delito tiene una columna vertebral que está conformada de modo imprescindible por los elementos estructurales que son la tipicidad, la antijuridicidad y la punibilidad, con estos elementos se erige el delito, se configura legalmente, de hecho, para configurarse el delito, ninguno de ellos puede faltar, pues su ausencia afectaría la existencia o configuración del mismo, dada su naturaleza esencial e imprescindible en su estructura. Pero, en modo alguno depende también la configuración de delito, del elemento culpabilidad que actualmente está ubicado en esa estructura, pues sin este elemento subjetivo, de igual modo, puede configurarse el delito, siendo la culpabilidad un elemento y

presupuesto imprescindible para la imposición, determinación, y justificación de la pena.

Por todo esto, tras este estudio e implementación de una metodología cualitativa se estará en condiciones de proponer una nueva Teoría del Delito, en la que la estructura del delito prescinda del elemento culpabilidad.

La investigación se ha organizado en cuatro capítulos, que quedan planteados de la siguiente forma: **Capítulo I**, llamado, **La Teoría del Delito**, en el que se abarcará, el origen y evolución histórica de la Teoría del Delito, sus etapas, las Escuelas, corrientes, y teorías de pensamiento en torno a ella, sus enfoques filosóficos, el concepto de delito y sus diferentes concepciones, así como, sus elementos estructurales.

El **Capítulo II**, denominado: **La Culpabilidad**, que abarca el origen de la culpabilidad y sus diferentes concepciones, sus enfoques filosóficos, psicológicos, antropológicos y jurídicos; el análisis de sus elementos estructurales. Hemos revisado la presencia de la culpabilidad en pasajes de la historia de la humanidad. También las diferentes concepciones y teorías acerca de la culpabilidad, las principales y más notorias posiciones doctrinales sobre el concepto y contenido de la culpabilidad, así como, sus presupuestos y elementos estructurales.

Así llegamos al **Capítulo III**, cuyo nombre es: **La Pena**, aquí, analizamos entre otras cosas, el concepto del *ius puniendi*, como facultad de castigar que, en la actualidad, está monopolizado por el Estado, así mismo, revisamos los orígenes del *ius puniendi*, su evolución, su materialización en el castigo, concepto, características, funciones y finalidades de la pena, analizamos, además, diferentes posturas filosóficas en torno a la pena o castigo y su justificación. Analizamos además las Teorías de la pena, y, los presupuestos de la pena.

El último de los capítulos es el **Capítulo IV**, titulado: **La culpabilidad**

excluida de la Teoría del Delito y considerada indispensable como presupuesto de la pena, en este capítulo, recorreremos temas como las nociones sobre la culpabilidad excluida de la estructura del delito, la Responsabilidad penal, sus presupuestos y modalidades, la culpabilidad, como presupuesto, sustento, y fundamento de la pena, y por último las ideas concretas encaminadas a excluir la culpabilidad del concepto del delito, y proponer su inclusión en la teoría de determinación, imposición y justificación de la pena, como un presupuesto indispensable para su la imposición.

El trabajo que presentamos es el resultado inquietante en la concreción de ideas recurrentes a lo largo de 25 años en la carrera de Derecho, primero como estudiante, y luego, como profesional, ensimismada por la parte general del Derecho Penal, y dentro de él, por la Teoría del Delito.

CAPÍTULO I

LA TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO I

LA TEORÍA DEL DELITO

1. La Teoría del Delito, su origen y evolución histórica.

El delito para cualquier ser humano es un acto lesivo, dañoso, malo, negativo, y es cierto, pero, cuando se trata de técnica, para el jurista, esta definición no es suficiente para lograr la comprensión del delito como una institución jurídica. Es por ello por lo que se hizo necesario con la evolución del derecho, ir sistematizando el estudio del delito y así surgen diferentes escuelas que han ido y, de hecho, siguen formulando diversas teorías que ayudan a comprender su estudio, así como, su estructura.

Cuando nos referimos entonces, a la Teoría del Delito hemos de discurrir por varias tendencias de pensamiento, corrientes, y/o escuelas, de lo cual podremos ir concretando la esencia de sus postulados, y así mismo, la evolución de los mismos, en manos de cada exponente.

“En este movimiento surge la Teoría clásica del Delito que tiene como precursores a Franz Von Liszt, y Ernest Beling ”⁶, para ellos, el delito tiene cuatro elementos básicos en su estructura, estos son: acción, tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad, los tres primeros, como elementos objetivos de dicha estructura y el cuarto, que es la culpabilidad, y viene a ser el elemento subjetivo.

Históricamente el delito no era concebido como lo es en la actualidad. Por ejemplo, "en 1822, época de la tercera edición de los Elementos de Derecho Criminal de Giovanni Carmignani, el entonces profesor de la Universidad de Pisa

⁶ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Reus, 1926, t.I. p. 360.

enseñaba que en cierto modo todo delito consta de dos elementos, a saber, de un acto de la voluntad, por el cual el agente quiere un efecto contrario a la ley, y de un acto físico, del cual resulta la infracción de la ley social ya promulgada. El primer elemento del delito emana de la intención del agente; el segundo de la materialidad del hecho nocivo a la sociedad. Para poner a plena luz la intención de la acción delictuosa, es necesario contemplar dicha acción por un doble aspecto; es decir, en cuanto a la intención del agente, y en cuanto a la ejecución, de donde se deriva el daño social".⁷

“El precedente más remoto de la actual construcción se remonta a la teoría del delito común, desarrollada bajo los auspicios de la ciencia italiana de los siglos XVI y XVII, a la luz de la concepción del derecho natural entonces imperante; se trataba de una estructura bipartita que distinguía entre imputatio facti (imputación objetiva) e imputatio iuris (imputación subjetiva), entre una parte externa al delito y otra interna. Dicha sistemática, retomada por el derecho alemán de la época, fue sostenida por autores como T. Deciani (1590, ocho años después de su muerte), P. Theodoricus (1618), S. Puffendorf (1660) y Ch. Wolff (1738)”.⁸

Como anota Velázquez “comenzando el siglo XIX, se empieza a gestar en Alemania la teoría cuatripartita, aún hoy imperante. En efecto, Ch. K. Stubel (1805) distinguió entre injusto e imputación del hecho; H. Luden (1840) elaboró un concepto tripartito de delito integrado por las notas de acción, antijuridicidad y culpabilidad, a cuyos aportes se sumó, A. F. Berner al desarrollar con toda claridad el concepto jurídico-penal de acción (1843-1857)”.⁹

También Roxin reseña que, "el concepto de acción fue emitido por primera vez en el Manual de Albert Friedrich Berner en 1857 como piedra básica del sistema

⁷ Carminagni, Giovanni, *Elementos de Derecho Criminal*, Bogotá, Editorial Temis Ltda, 1979, p.34.

⁸ Rodríguez, José, *La Doctrina de la acción finalista*, Valencia, Universidad de Valencia, 1953, p. 15.

⁹ Velázquez, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, 2004, p. 131.

del delito. La exigencia de reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad fue formulada un poco después por Rudolph Von Jhering (1818 – 1892), en su escrito “El momento de culpabilidad en el Derecho Privado Romano”, en 1867”.¹⁰

“Este concepto fue incorporado al Derecho Penal por F. von Liszt y E. von Beling (1902), previas elaboraciones de K. Binding (1872), expuestas en su conocida teoría de las normas. El concepto del tipo se dice que fue creado por Ernest Beling (1866- 1932) en el año 1906 en su obra "La Teoría del Delito". La Teoría de la culpabilidad, por su parte, se desarrolla a partir de Reinhard Frank (1860 – 1934) en su obra "Sobre la estructura del concepto de culpabilidad" en 1907".¹¹

“La evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad del siglo XX con impulsos teóricos por parte de Franz von Liszt, quien publica su tratado en 1881 y Ernest Beling, Max Ernest Mayer (1875 – 1923) y Edmund Mezger (1883 – 1962), así como de Hans Welzel (1904 – 1977) el fundador de la Teoría Final de la Acción”.¹²

En la moderna dogmática del Derecho Penal, existe en lo sustancial, acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad. Por tanto, desde este punto es comprensible el planteamiento que con anterioridad esbozamos sobre que toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Las citadas categorías básicas le dan al Derecho Penal un considerable grado de orden y de principios comunes.

¹⁰ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito*, traducido por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remezal, Madrid, Editorial Civitas, 1997, t. I. pp. 190/196.

¹¹ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Reus, 1926, t.I. p. 362.

¹² Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito*, traducido por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remezal, Madrid, Editorial Civitas, 1997, t. I. pp. 190/196.

A lo largo de la historia, con unos nombres u otros, se ha hecho uso de diversas reglas o criterios para atribuir responsabilidad, para decidir quién es responsable, a quién se le aplicará una pena, o cuándo puede ésta rebajarse, o cuándo puede agravarse. Es así como hoy día, llamamos Teoría Jurídica del Delito a la ordenación de esas reglas y criterios de imputación en un sistema; y es que dicha teoría agrupa ordenadamente las categorías y conceptos sobre los que se basa la imputación de responsabilidad.

Pero exactamente lo que hoy conocemos como Teoría Jurídica del Delito surge a finales del siglo XIX, asumimos desde un pensamiento muy simple, que, cuando los profesores de Derecho Penal se ven en la necesidad de explicar a sus estudiantes de forma sistemática y ordenada el contenido de la parte general de la materia, es decir, las instituciones generales del Derecho Penal, existentes para aquel entonces.

Se dice que, “la Teoría del delito, surge en Alemania tras la promulgación del Código Penal de 1871, y por autores como F. von Liszt (1851-1919), E.L. Beling (1866-1932), y otros”.¹³

Históricamente, se puede hablar de dos corrientes o líneas, a decir:

- la teoría causalista del delito y,
- la teoría finalista del delito.

Para la explicación causalista del delito la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta.

¹³ Ramos, Enrique, “La Teoría del Delito desde Von Liszt y Beling a Hoy”, en Idearium, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, p. 17.

Por otra parte, la teoría finalista del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al desvalor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis, en el desvalor de la acción.

Más recientemente, la teoría funcionalista intenta constituir un punto de encuentro entre finalistas y causalistas, destacándose en este sentido, por ejemplo, Claus Roxin, en Alemania y Paz de la Cuesta, en España.

Los sistemas de construcción analíticos del delito han sido producto de una lenta y gradual evolución, caracterizándose, por la elaboración del concepto del delito según los rasgos de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. “Esto siempre fue así ya que, en el antiguo Derecho Penal, el punto de partida del concepto de delito era amorfo, entendiéndose el delito sólo como un hecho dañoso que causa perjuicio”.¹⁴

Ahora bien, la dogmática jurídica, como componente central de la ciencia del Derecho Penal aparece vinculada a la aportación del positivismo jurídico o científico. Esto no quiere decir que antes no se hubiera examinado el delito en su dimensión jurídica, pues está clara la existencia de varias escuelas anteriores como se verá al estudiar el tema de las escuelas penales, pero “la situación actual de la teoría del delito se vincula siempre con la aportación que realizaron autores como Franz Von Liszt y Ernest Von Beling”.¹⁵

“A mediados del siglo XIX la teoría del delito diferenciaba entre imputación objetiva e imputación subjetiva. Consecuentemente, se establecía una clara distinción entre el aspecto material y el aspecto moral de los hechos analizados; el

¹⁴ Plascencia, Raúl, *Fases de desarrollo de la teoría del delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p.36.

¹⁵ Ramos, Enrique, “La Teoría del Delito desde Von Liszt y Beling a Hoy”, en *Idearium*, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, p. 18/19.

primero, objetivo, material o externo, estaba basado en la acción externa del hombre y, el segundo, sobre lo subjetivo o anímico, se fundamentaba en la relación psicológica existente entre el hecho y la persona. Se trataba en el fondo, de una distinción entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva”.¹⁶

“El origen más inmediato de esta dirección doctrinal se sitúa en la obra de Von Liszt, quien definía el delito como la acción antijurídica y culpable, amenazada con una pena”¹⁷. El concepto de Von Lizst analíticamente considerado, contenía como elementos a la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la amenaza de la pena, base ésta sobre la cual estudiaba la penalidad, hoy punibilidad.

Se considera que “es Von Beling con su obra “*Die Lehre Vom Verbrechen*” (la Teoría del Delito), que la teoría del tipo penal hace su ingreso en el Derecho Penal (por el año 1906). Esta teoría de Beling está presente hoy, en casi todos los conceptos y definiciones de delito que asumen la forma tripartita como: acción típica, antijurídica y culpable”.¹⁸

“El fundamento del sistema List-Beling radica en el concepto de acción. Esta, la acción, era concebida en forma natural, por la influencia y auge de las ciencias naturales de su época, consecuentemente, se utilizaba el método científico naturalístico de observar y describir que la acción es un movimiento corporal que causa una modificación del mundo exterior. Este movimiento es causado por un acto de voluntariedad, por un impulso de la voluntad que pone causas, produciendo un resultado y se ven unidos la acción y el resultado por el vínculo de causalidad”.¹⁹

¹⁶Ramos, Enrique, “La Teoría del Delito desde Von Liszt y Beling a Hoy”, en Idearium, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, p. 19.

¹⁷ Ramos, Enrique, “La Teoría del Delito desde Von Liszt y Beling a Hoy”, en Idearium, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, p. 17.

¹⁸ Ramos, Enrique, “La Teoría del Delito desde Von Liszt y Beling a Hoy”, en Idearium, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, p. 17.

¹⁹ Ramos, Enrique, “La Teoría del Delito desde Von Liszt y Beling a Hoy”, en Idearium, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, p. 20.

Dice Bustos que “la acción es el primer elemento, la acción aparece como lo sustantivo, mientras que, las demás características como simples adjetivaciones. En tal sentido la acción desempeña una función básica en el concepto de delito constituyéndose en elemento general y común de cualquier delito, al que se agregan los atributos legales de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”.²⁰

En base a ello, la teoría clásica del delito cuyo fundamento radica como hemos dicho, en un concepto de acción causal naturalista, no investiga el contenido de la conducta humana, manteniendo tal concepto en el plano estrictamente físico, sin ingredientes psíquicos.

La acción y la tipicidad deberán entonces, entenderse valorativamente neutras, siendo importante únicamente establecer el resultado producido por la acción por medio de la relación de causalidad. En consecuencia, el contenido psicológico de la voluntad que toda conducta supone era y es aún, estudiada dentro de la culpabilidad.

Por su parte, Max Ernest Mayer, pone en duda la independencia de los componentes del delito, cuando “precisa en 1915, en su tratado de Derecho Penal, que la tipicidad, es la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, es decir, no se le considera como simple descripción, sino que le atribuye un valor indiciario de otras características del delito, respecto de la antijuridicidad”.²¹

En cambio, en 1931, Edmund Mezger, afirmó que “la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad, pues considera que el delito no es una acción típica, antijurídica y culpable, sino típicamente antijurídica y culpable, lo que permite deducir que la tipicidad no se produce con independencia de la antijuridicidad, sino que aquella se incluye en ésta, ya que los elementos comunes a todo delito son

²⁰ Bustos, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores. Colección Iustitia, 2005, p.37.

²¹ Mayer, Ernst, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, B de F., 2007, pp. 324 y ss.

esos tres”.²²

Posteriormente, “Reinhard Frank, en 1943, demuestra la insuficiencia del concepto de culpabilidad como el simple nexo psicológico entre el autor y el resultado, lo cual permite que haya una redefinición de la culpabilidad como reprochabilidad, es decir en ella existiría una verdadera valoración, que incluye los siguientes elementos: imputabilidad, dolo y culpa”.²³

Si entendiésemos la postura de Reinhard Frank sobre la culpabilidad cuando dice: “un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo cometido”,²⁴ y que, además, es una opinión que está contenida en su obra “Estructura del concepto de culpabilidad”, nos percataríamos de que, en la concepción neoclásica, el dolo y la culpa siguen ubicados en la culpabilidad como dos formas en que esta, puede manifestarse.

1.2. Etapas de la Teoría del Delito.

En este recuento bibliográfico ya hemos planteado la idea de que la teoría del delito surge en Alemania y su evolución hasta la actualidad, discurre por las siguientes etapas:

- “El causalismo positivista, bajo cuya influencia se pretende plantear el delito y la responsabilidad como datos positivos, y realidades físicas explicadas mediante la mera causalidad y no la libertad (F.v. Liszt, 1851-1919)”.²⁵

²² Ver Muñoz, Francisco, *Edmund Mezger y El Derecho Penal de su tiempo: Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. Buenos Aires, Tirant lo Blanch, 2000. pp. 125 y ss.

²³ Reinhard, Frank, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, traducido por Gustavo Eduardo Abosoy Tea Low, Buenos Aires, Editorial B de F., 2002, pp. 18 y ss.

²⁴ Reinhard, Frank, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, traducido por Gustavo Eduardo Abosoy Tea Low, Buenos Aires, Editorial B de F., 2002, pp. 18 y ss.

²⁵ Jiménez de Asúa, Luis, “Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito”, en *Sudamericana*, 1990, pp. 578.

- “Enfoques neokantianos, pues ante la insuficiencia de tal enfoque causalista, se recurre a enfoques denominados neoclásicos o neokantianos, atentos a los valores que se hallan presentes en los diversos elementos de la acción humana, la libertad y la culpabilidad como reproche... (G. Radbruch, 1878-1949, y E. Mezger, 1883-1962)”.²⁶
- “El finalismo, que, tras la segunda guerra mundial, ocurre el redescubrimiento de que la acción humana se encuentra gobernada por la idea de finalidad buscada por el agente, idea que sirve para replantear el orden de las categorías de la teoría del delito, e ir dotándolas de nuevo contenido, quedando así planteado el finalismo de H. Welzel, 1904-1977, y R. Maurach”.²⁷

Estos enfoques finalistas aún están dominando el panorama doctrinal y de la búsqueda literaria sobre el tema, se deduce que esto ocurre desde los años setenta del pasado siglo, combinados con el funcionalismo. Es decir, la explicación y justificación de los contenidos de las categorías por las funciones que cumplen en la sociedad o por sus consecuencias, siendo la finalidad de la pena y su contribución al mantenimiento de la vida social, lo que sirve para dar contenido a las categorías del delito, según plantea, Jakobs; o bien, son los principios y categorías de la política criminal, tales como, principio de legalidad y prevención, los que han de dar contenido a cada una de las categorías de la Teoría del Delito.

Debemos hablar también, del sistema que conforman estos planteamientos, para ello, partamos de entender por sistema, a un conjunto de reglas o principios jurídicos racionalmente enlazados entre sí, que dan coherencia a un instituto jurídico-penal, en este caso, el delito. El filósofo Kant dijo que, “un sistema es la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea, un todo del conocimiento

²⁶ Jiménez de Asúa, Luis, “Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito”, en Sudamericana, 1990, pp. 578.

²⁷ Jiménez de Asúa, Luis, “Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito”, en Sudamericana, 1990, pp. 578.

ordenado según principios”.²⁸

En esta orientación Medina Peñaloza considera que “el sistema científico jurídico es una ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia del derecho, donde el contenido de los enunciados principios determina la relación sistemática de unos con otros; garantizando una precisión de sus argumentos y aportando posibilidades de solución para problemas específicos, además de mostrar las consecuencias de esas soluciones hasta conducir a planteamientos válidos para la comunidad. Y así es la estructura de la teoría del delito”.²⁹

Por estas consideraciones, la Teoría del Delito reúne en un sistema, dice Mir Puig, “los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos”.³⁰

La Teoría del Delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho Penal. Esta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho Penal positivo y su articulación en un sistema unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de esas características. Por eso se sostiene que el esfuerzo investigador en la Ciencia del Derecho Penal se ha centrado, a lo largo de los tiempos, en la elaboración de la Teoría Jurídica del Delito.

Emiliano Borja Jiménez considera que, “muchas razones explican la gran importancia que la doctrina le ha otorgado al hecho punible, sin embargo, la de mayor peso, reside en la constatación de que la infracción penal constituye el presupuesto fundamental de la norma jurídica, y con ello, del propio Derecho

²⁸ Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina y Jesús Canal Sancho. Madrid, 1989, Tecnos, pp. 24/27.

²⁹ Medina, Sergio, *Teoría del delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*, México, Ae Angel editor, 2003. p. 25.

³⁰ Mir, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2005, p. 143.

penal".³¹

Muñoz Conde escribe que "la Teoría General del Delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito, sea ésta en el caso concreto un homicidio, una estafa, una agresión sexual o una malversación de caudales públicos".³²

Y es que, hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos penales unos de otros; un asesinato es distinto a una estafa o un hurto; cada uno de estos hechos presenta particularidades diferentes y tiene conminadas, en principio, penas de distinta gravedad.

Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa, tienen características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito, sobre esto Muñoz Conde refiere que, "la verificación de estas características comunes corresponde a la Teoría General del Delito, que es una de las materias de la Parte General del Derecho Penal; mientras que el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del hurto, de la violación, de la estafa, etc., es materia de la Parte Especial".³³

Es por ello por lo que Roxin considera que "la dogmática de la Teoría General del Delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la Parte General, ya que uno de sus cometidos más difíciles que encuentra es la formación y evolución cada vez más fina de un Sistema de Derecho Penal".³⁴

³¹ Borja, Emiliano, "Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España", en cuadernos de política criminal, No. 63, 1997, pp. 562/565.

³² Muñoz, Francisco y García, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 199.

³³ Muñoz, Francisco y García, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch. 2004. p. 200.

³⁴ Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas. t.I. 2003, p. 54.

La Teoría del Delito, representa una parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en sentido genérico, descomponiendo el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas, facilitando así, la aplicación de la ley penal.

Por ello, la doctrina ha separado sus elementos, categorías o ingredientes generalmente, en: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Lo que se observa es que indudablemente el sistema actual de la teoría del delito está integrado prácticamente por las mismas categorías que en su origen, ya que, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son desde casi un siglo las categorías básicas del sistema.

Por su parte, Bacigalupo sostiene acertadamente, que “no se discute el orden de las categorías, pues éste procede del fundamento lógico-normativo de los problemas generados por la aplicación de la ley penal respecto del que el acuerdo es muy estable. Lo que se discute se refiere precisamente a la cuestión de la mediación entre la ley y los hechos que son objeto del juicio”.³⁵

En todo caso entendemos que, la moderna Teoría Jurídica del Delito es el resultado de un desarrollo dogmático y un proceso evolutivo de ideas con amplia y compleja trayectoria en la ciencia penal. Los sucesivos cambios en la forma de entender el carácter y contenido de cada uno de los elementos del delito y su relación interna o entre sí, han dado lugar a distintos y variados planteamientos, en ocasiones enfrentados como entre el causalismo y el finalismo, y ahora entre el finalismo y el pensamiento jurídico- penal estructural-funcionalista que irrumpe en la ciencia jurídico-penal alemana.

Por otro lado, muchos doctrinarios han asegurado, que la Teoría del Delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia

³⁵ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores, 2004, pp.37/39.

dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no, la aplicación de una consecuencia jurídico-penal, a una acción humana.

Se habla de sistema, porque representa un conjunto ordenado de conocimientos, de hipótesis, porque son enunciados como que pueden probarse, atestiguar o confirmarse sólo indirectamente y a través de sus consecuencias, y decimos tendencia dogmática, porque no existe unidad, al ser parte de una ciencia social respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo.

La Teoría Jurídica del Delito estudia los principios y elementos que son comunes a todo delito, así como las características por las que se diferencian los delitos unos de otros, elementos que, como dijimos anteriormente, son la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Consecuentemente, todo el estudio analítico de lo que comprende el delito, es tarea de la teoría jurídica del mismo. Por ello, se afirma que la Teoría del Delito es un producto de la dogmática.

La doctrina, partiendo del derecho positivo, al decir de Gimbernat, “ha ordenado y sistematizado bajo las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad las reglas jurídicas que condicionan la posible responsabilidad penal de una persona. La ordenación y sistematización de estas reglas facilita su interpretación y su aplicación práctica en el análisis de los casos concretos”.³⁶

Las categorías básicas o elementos, o peldaños de la estructura del delito, como los llama Roxín, son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y se han elaborado o desarrollado por la ciencia en un proceso de discusión que ha abarcado décadas y aún no termina. Es decir, que esta evolución y elaboración de la moderna Teoría del Delito, como la concebimos actualmente, ha experimentado

³⁶ Gimbernat, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1980, p. 67.

un proceso histórico de transformación desde que fue iniciada por los dogmáticos alemanes, a finales del siglo XIX y comienzos del XX, hasta este momento.

Resulta interesante analizar el criterio de Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre estableciendo que, “la teoría del delito cumple un rol fundamental: primero, como criterio interpretativo de la norma jurídico-penal, a fin de fijar la relevancia jurídico-penal del comportamiento conforme a los alcances normativos del tipo penal y, segundo, como método lógico-deductivo dirigido a resolver un determinado grupo de casos, como interdicción a la arbitrariedad judicial y como mecanismo garantizador del principio de igualdad”.³⁷

Esto sin lugar a duda, es parte de nuestra dogmática jurídico-penal actual, poniendo límites al poder punitivo del Estado o, dicho de otro modo, garantizando los derechos del ciudadano frente a este poder.

Como teoría tiene muchos fines explicativos y objetos, sobre ello, encontramos la opinión de Esteban Righi, diciendo que “su objeto es formular reglas generales que, sin afectar las particularidades de cada caso, sirvan para imputar cualquier hecho punible a determinadas personas a las que se atribuye responsabilidad en su comisión. De lo que se trata, en consecuencia, es de presentar aquellas exigencias que en todos los casos deben cumplirse para que una determinada acción sea punible. Esa pretensión sólo es posible si más allá de sus diferencias, necesariamente todos los delitos reúnen características iguales, es decir, los mismos elementos esenciales”.³⁸

³⁷ Cabrera, Alonso, *Derecho penal, parte general*, Lima, Editorial Rodhas, 2006, p. 56.

³⁸ Righi, Esteban, *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 34.

1.3. Escuelas, Teorías o Corrientes de pensamiento en torno a la Teoría del Delito.

El pensamiento penal de la ilustración se sistematizó en una serie de axiomas y principios básicos, surgiendo la “Escuela clásica” del derecho penal, etiqueta creada a posteriori por los detractores de estos autores, y dentro de la cual se aglutinaba una variopinta gama de penalistas con diferentes planteamientos (Carrara, Rossi, Filangieri, Pacheco, Pagano, Pessina, entre otros), que, a pesar de lo antagónico de sus posiciones en ciertos puntos, parecían coincidir en otros.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, dominaron en los planteamientos doctrinales del país germánico la sistemática objetiva neokantiana, por un lado; y, de otra parte, los postulados de la teoría de la acción final desarrollada fundamentalmente por Welzel y sus discípulos. Sin embargo, los defensores de la teoría neoclásica del delito fueron disminuyendo hasta constituir en el momento actual un sector doctrinal minoritario, mientras que, con el paso del tiempo, cada vez eran más los autores que defendían las consecuencias jurídicas que el Profesor de Bonn (Welzel), había asignado a la Teoría del Delito.

“La influencia de la sistemática finalista ha sido de gran importancia tanto en Alemania como en España, no así en Italia, donde los presupuestos de esta concepción apenas han sido tomados en consideración. Dicha importancia se ha reflejado más en las deducciones dogmáticas de las tesis welzelianas que en su principal fundamentación metodológica “. ³⁹

El sector dominante en la dogmática penal alemana considera que el dolo, por ejemplo, forma parte del tipo o del elemento tipicidad y no de la culpabilidad.

También es mayoritaria la consideración distinta del delito doloso e imprudente, activo y omisivo. Es decir, esto último, en cuanto al delito de acción y

³⁹ Borja, Emiliano, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”, en cuadernos de política criminal, No. 63, México, 1997, pp. 562/565.

el de omisión.

“Sin embargo, la consideración previa ius filosófica de la base ontológica del Derecho representada por las estructuras lógico-objetivas y su reflejo en la acción final como piedra angular del sistema del Derecho penal o la práctica irrelevancia del desvalor del resultado frente a la absolutización del desvalor de acción, no ha tenido una repercusión de tanta envergadura como las posiciones dogmáticas señaladas”.⁴⁰

Junto a esta tendencia postfinalista, en el país germánico se ha ido desarrollando otra dirección del pensamiento jurídico-penal iniciada por Roxin, a principios de los años sesenta, denominada por algunos de sus seguidores con el calificativo de racional-funcional, “esta tendencia define el sistema de Derecho penal atendiendo a criterios teleológicos marcados por decisiones de carácter político criminal”.⁴¹

El funcionalismo alemán, además, ha transcurrido por otra vía más radical, representada por Jakobs, que desarrolla la construcción conceptual con pautas sociológicas y en atención a necesidades preventivo-generales.

En la escuela finalista en la actualidad, se encuentran dos líneas de pensamiento y resulta la una, más radical y sociológica, que la anterior, cuya última versión se haya representada en la segunda edición del Tratado de Jakobs. La otra dirección, la sistemática teleológica, va orientada por criterios político-criminales, que encuentra su formulación más reciente en la obra de la Parte general de Claus Roxin.

⁴⁰ Borja, Emiliano, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”, en Cuadernos de política criminal, No. 63, México, 1997, pp. 562/565.

⁴¹ Borja, Emiliano, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”, en Cuadernos de política criminal, No. 63, México, 1997, pp. 562/565.

Pero ambas están incluidas por la doctrina en una misma escuela o corriente de pensamiento, que es el Finalismo, por estar funcionando en relación con el fin.

1.3.1 Síntesis del neoclasicismo y el finalismo

En Alemania, y tal y como señala Roxin, “la síntesis neoclásica-finalista representa en la actualidad en la teoría del delito, la corriente dominante. Las concepciones nítidamente neoclásicas o construidas sobre la base del concepto final de acción son, como expusimos anteriormente, cada vez más minoritarias”.⁴²

“El propio finalismo, representado fundamentalmente por un sector de notables discípulos de Welzel, ha evolucionado en diversas tendencias. Así, Hirsch representaría la línea más ortodoxa y cercana a su maestro. Otra dirección ha radicalizado los presupuestos fundamentales de la doctrina finalista y llevado a sus últimas consecuencias algunas de las premisas metodológicas clave”.⁴³

Kaufmann, por ejemplo, “atiende exclusivamente al desvalor de acción como fundamento del injusto personal, en tanto que la importancia del desvalor del resultado, es decir, la auténtica lesión o puesta en peligro del bien jurídico, quedaría notablemente reducida en su consideración conceptual como mera condición objetiva de punibilidad”.⁴⁴

Autores, como Stratenwerth y Jakobs llegan al extremo de la subjetivización en el ámbito del delito imprudente “cuando ubican en la antijuridicidad no sólo el deber objetivo de cuidado, sino también las capacidades individuales del autor”.⁴⁵

⁴² Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992, pp.56/58.

⁴³ Rodríguez, José, *La Doctrina de la acción finalista*, Valencia, Universidad de Valencia, 1953, p. 16.

⁴⁴ Kaufmann, Arthur, “EL procesamiento jurídico contemporáneo”, en *Debate*, Madrid, edición española a cargo de Gregorio Robles, 1992, p. 43.

⁴⁵ Borja Jiménez, Emiliano, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”, en *cuadernos de política criminal*, No. 63, México, 1997, pp. 566.

“Con todo, la tendencia predominante en el país germánico ha aceptado, por línea general, las deducciones dogmáticas más importantes del finalismo (traslación del dolo y del deber objetivo de cuidado a la tipicidad, concepto personal del injusto, reducción del ámbito del juicio de culpabilidad), pero al mismo tiempo se rechaza el concepto final de acción como piedra angular del sistema y sin abandonar totalmente los presupuestos metodológicos valorativos y teleológicos que inspiraron a los autores neokantianos”.⁴⁶

En consecuencia, los estudiosos afirman algo de lo que también nosotros nos percatamos al estudiar los postulados finalistas y es que, el incluir el dolo en el tipo ni estaría determinado por características o condiciones específicas de la acción y tampoco por el método. “Esta posición se refleja también en sus consideraciones sobre la tentativa acabada, en la medida en que entienden que en tal supuesto el injusto se encuentra totalmente agotado, dado que el autor ha realizado todo aquello que en virtud de su representación mental del hecho debe conducir a la causación del resultado por él querido”.⁴⁷

De hecho, la principal consecuencia de los postulados del finalismo al ubicar el dolo en el injusto de la acción y no en la culpabilidad, no han sido impuestas por el concepto final atribuido a la acción, sino, porque comprenden o conciben la antijuridicidad relacionada a la teoría de la norma.

No cabe duda, como se ha señalado desde algún sector incluido en la esfera del finalismo, que “el desarrollo actual de la dogmática penal alemana sigue caracterizado, desde su base, por la continuidad de la metodología normativa. Se considera erróneo reconocer constelaciones fácticas anteriores a los preceptos jurídicos, es decir, constataciones ontológicas que sirvan de marco de referencia a

⁴⁶ Esta ha sido una de las primeras síntesis en el sentido señalado en el texto, tras la segunda guerra mundial, como reconoce el propio autor, se puede considerar el trabajo de Gallas, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, traducido por Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1959, p. 64.

⁴⁷ Silva, Jesús, “La Sistemática alemana de la Teoría del delito: ¿Eso no adecuada a estos tiempos?”, en *Estudios de Derecho penal*, Perú, Ara editores, 2005, pp. 13 y ss.

las disposiciones legales".⁴⁸

Por ello suele darse preferencia desde un principio a un determinado concepto de acción o, de lo contrario, concluir que "el Derecho penal está en condiciones de renunciar a un concepto determinado de acción".⁴⁹

Con respecto a la ubicación del dolo señala Jescheck: "Pero el desenvolvimiento de los elementos del injusto debe efectuarse asimismo a partir de la esencia de la antijuridicidad. El punto de arranque ha de ser que la voluntad de la comunidad que expresa la norma jurídica se dirige a un determinado comportamiento de su destinatario: Misión del Derecho Penal es guiar al hombre a un querer materialmente correcto con vistas a la protección de los valores imprescindibles de la colectividad. De ahí se deduce lo siguiente: se prohíbe aquella actuación de la voluntad que persigue la producción del resultado del delito, pero también la manifestación de voluntad que tiene lugar a conciencia de que el resultado del delito se halla unido a ella de forma necesaria o posible. Del contenido de la norma se deriva, pues, que, además de los elementos subjetivos del injusto en sentido estricto, pertenece también al injusto de la acción la propia voluntad típica de la acción".⁵⁰

Estamos de acuerdo y de hecho, así lo hemos manifestado a nuestros estudiantes en las explicaciones de la Teoría del Delito que, cada concepto de delito, así como, la composición de sus elementos estructurales, depende de la libertad de acogerse cada norma a una escuela o corriente de pensamiento determinada, por ende, y como se plantea, "es el legislador, guiado por sus representaciones valorativas, quien determina cuál de los aspectos de la realidad pre jurídica desea tomar como fundamento de su regulación. Además, las

⁴⁸ Silva, Jesús, "La Sistemática alemana de la Teoría del delito: ¿Eso no adecuada a estos tiempos?", en Estudios de Derecho penal, Perú, Ara editores, 2005, pp. 13 y ss.

⁴⁹ Silva, Jesús, "La Sistemática alemana de la Teoría del delito: ¿Eso no adecuada a estos tiempos?", en Estudios de Derecho penal, Perú, Ara editores, 2005, pp. 13 y ss.

⁵⁰ Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho penal*, traducido por Mir Puig, Santiago y Muñoz Conde, Francisco, Barcelona, 1981, pp. 324 y 325.

estructuras previas ni son lo suficientemente claras, ni están, a su vez, libres de influencias jurídicas, ni pueden imponer una concreta regulación, con lo que en las zonas límite de los conceptos existe un campo abierto a la intervención creadora presidida por consideraciones teleológico-valorativas".⁵¹

De ahí que, aun cuando no sea atendiendo al factor temporal, ni mucho menos, esta primera expresión del pensamiento funcionalista tenga que ser expuesta, por su proximidad con el planteamiento inicial, en primer lugar.

1.3.2 La tesis funcionalista radical de Jakobs

“Jakobs es coherente con la concepción funcionalista de toda su posición en la medida en que el injusto de un delito consiste en la frustración de un rol determinado para el sujeto en una comunidad dada, y en este sentido, la norma, en tanto que supone la definición de los papeles que cada ciudadano juega en la sociedad, representa el mecanismo supremo de la organización de la señalada comunidad. La lesión a su vigencia, en consecuencia, es la lesión a la función y se constituye así en el primer motivo de la incriminación”.⁵²

De todo esto se deduce el por qué el autor llega a definir la acción en base a este resultado y caracteriza a la misma como causación de la lesión de la vigencia de la norma, y de su posición, llama mucho la atención, su postura en materia de culpabilidad, pues Jakobs, al igual que Gimbernat, parte de la idea de que toda pena excesiva o desproporcionada es rechazable por inútil.

“De otro lado, la pena cumple una función fundamentada en la prevención general, que en su particular terminología significa necesidad de mantenimiento de

⁵¹ Silva, Jesús, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J.M. Bosch editor S.A, 1992, p. 66.

⁵² Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido al español por Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 45.

las expectativas de la fidelidad al ordenamiento jurídico. Esa fidelidad al ordenamiento jurídico se debilita cuando el sujeto que se encuentra en perfectas condiciones para prever y dominar la realidad planificada (en el sentido de cumplimiento de su rol personal en favor del desarrollo equilibrado del sistema), siendo posible una actuación conforme a la expectativa que dicho rol inspira en la creencia de los demás; lleva a cabo una actuación contraria a la norma”.⁵³

Así se entiende la afirmación "la función de la culpabilidad es estabilizar la norma débil, o esta otra similar el fin que determina directivamente la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden jurídico-perturbada por el comportamiento delictivo. Pues en la defraudación de la expectativa que representa la norma por parte del sujeto que lleva a cabo la conducta bajo condiciones normales, es decir, en su comportamiento bajo condiciones volitivas e intelectivas susceptibles de ser interpretadas con sentido en un determinado contexto social, se niega la vigencia de esa norma jurídica y con ello se debilita su afirmación y su aptitud funcional de equilibrio en el desarrollo de la comunidad”.⁵⁴

“Porque las reglas de la naturaleza no necesitan afirmar su vigencia, pues ésta no peligra si alguien pretende actuar contra las mismas. Pero ello no ocurre en el ordenamiento jurídico, que al no constituir un sistema absoluto necesita resarcirse contra las violaciones de sus preceptos para mantener su firmeza. En los supuestos de exclusión de la culpabilidad, por el contrario, la defraudación de la expectativa que representa la conducta infiel al mandato de los preceptos legales no se produce, puesto que nadie espera que el niño, el loco, o el que desconoce la significación antijurídica del hecho cometido, cumpliera con esta exigencia de fidelidad al mismo”.⁵⁵

⁵³Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido al español por Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 45 y 46.

⁵⁴Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijó Sánchez, Madrid, Civitas, 2000, p.14.

⁵⁵Borja, Emiliano, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”, en *cuadernos de política criminal*, No. 63, México, 1997, pp. 566.

“La culpabilidad, por tanto, no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada en base a un criterio de limitación del poder punitivo del Estado en favor del reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino tan sólo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general”.⁵⁶

Los fines de la pena son entendidos por Jakobs del siguiente modo:

“La pena parte de la prevención general positiva como criterio decisivo de orientación de la sanción jurídica, es decir, que la pena supone la consecuencia racional y sincronizada con el hecho punible del autor, en cuanto que éste con el mismo ha comunicado su esbozo de la realidad. Dicho hecho se entiende no sólo como acto psicofísico, sino como representación de un esquema social rechazado por el ordenamiento jurídico. La pena supone otra comunicación en sintonía con aquél: reflejo de que no se quiere mantener ese esbozo de la realidad presentado por el autor con su comportamiento ilícito. En consecuencia, la prevención general es positiva puesto que no sólo se pretende dar a la sociedad una visión negativa de la consecuencia del delito, sino que también se desea imponer una determinada visión de la realidad”.⁵⁷

El fin de la pena que acabamos de esbozar se denomina actualmente, prevención general positiva; prevención general, porque se pretende producir un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilidad en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena, la pena es un resguardo.

⁵⁶ Borja, Emiliano, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”, en Cuadernos de política criminal, No. 63, México, 1997, pp. 567.

⁵⁷ Durán, Mario, “Teorías Absolutas de La Pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y Críticas Fundamentales a La Teoría de La Retribución Moral de Immanuel Kant a Propósito del Neo-Retribucionismo y del Neo-Proporcionalismo en el Derecho Penal actual”, en Revista Filosofía, Volumen 67, Santiago, 2011, pp.123/144.

No obstante, la concepción de Jakobs, en la actualidad, es minoritaria, y está siendo objeto, constantemente, de numerosas críticas. Es curioso observar, sin embargo, que la objeción más importante no se ha ceñido tanto a su punto de partida (teoría de los sistemas sociales) como a parte de las consecuencias que han derivado de su posición dogmática. Tal es el caso de la comprensión del principio de culpabilidad, fundamentado exclusivamente con base en la prevención general, que representa, sin embargo, una consecuencia coherente con todo su planteamiento inicial.

En opinión de Schünemann, “el sistema de Jakobs presenta dos ventajas frente a la concepción neoclásica del Derecho penal: De una parte, se asegura aquél a través del reconocimiento de la prevención general (ejercicio de la confianza en la norma) como fin primordial de la pena estatal frente a las inseguridades que presenta el relativismo valorativo; y de otra parte, en el hecho de que pueda desarrollar su método de funcionalización de los conceptos dogmáticos apoyándose en las categorías de la teoría de los sistemas sociológicos”.⁵⁸

“En este campo de la teoría del ilícito, las categorías básicas del delito permanecen, pero con diversa significación funcional. El tipo es concebido, así como determinación técnica de la ley penal bajo las exigencias del principio del *nullum crimen sine lege*, la antijuridicidad es contemplada como el ámbito donde se proporcionan las soluciones sociales de los conflictos y la culpabilidad es asociada a la necesidad de pena en atención a las distintas aspiraciones preventivas”.⁵⁹

En un plano más concreto, dos son las aportaciones más notables que se han de destacar. “La primera se refleja en el redescubrimiento y dotación funcional de la teoría de la imputación objetiva en el marco de la tipicidad. En efecto, mientras que, para las doctrinas clásica, neoclásica y final, los problemas de relación en los

⁵⁸ Schünemann, Bernd, “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant”, en *INDRET 2 Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2008, pp. 2 y ss.

⁵⁹ Ver en este sentido Schünemann, Bernd, *La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal*. Madrid, ADPCP, t. XLIV, 1991, p. 703.

delitos de resultado entre éste y la acción se reducían, en la mayoría de los casos, a una cuestión de relación de causalidad; la nueva tendencia utiliza como criterio decisivo de imputación del resultado en el tipo objetivo la regla en virtud de la cual se examina la creación, a través de la acción, de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma. Se cree superado de esta forma el recurso a categorías científico-naturales o lógicas de la causalidad en favor de una mejor explicación pura desde el punto de vista técnico-orientada por criterios exclusivos de valoración jurídica”.⁶⁰

“La segunda gran innovación sistemática de la doctrina racional-final consiste en la extensión de la "culpabilidad" a la categoría de la "responsabilidad". A través de la misma, se trata de responder a la pregunta de si el autor individual merece la pena en razón al injusto cometido por él mismo. El principal presupuesto de la responsabilidad es, claro está, la culpabilidad del autor. Pero éste no es el único, tiene que coincidir al mismo tiempo una necesidad preventiva de penalización. Es decir, en virtud de esta categoría, la culpabilidad se presenta como condición indispensable en la imposición de toda pena en la medida en que ésta pueda ser explicada y justificada con arreglo a necesidades de carácter preventivo, de tal forma que una y otra se limitan mutuamente; y juntas conforman la "responsabilidad" personal y jurídica del autor”.⁶¹

En este aspecto, el punto de partida es muy similar al enunciado por Jakobs, pero para evitar la gran crítica que supone el apreciar o no, una condición del castigo en atención a los variables criterios de prevención general y especial.

Este autor tiene en cuenta que, “en el primer plano de la culpabilidad, los presupuestos personales de abordabilidad normativa. Es decir, presupuesto fundamental de la responsabilidad es la culpabilidad, y esta es afirmada cuando el

⁶⁰ Borja, Emiliano, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”, en cuadernos de política criminal, No. 63, México, 1997, pp. 567 y ss.

⁶¹ Borja, Emiliano, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”, en cuadernos de política criminal, No. 63, México, 1997, pp. 567 y ss.

autor en el hecho, conforme a su constitución espiritual y anímica, estaba en disposición de recibir la llamada de la norma”.⁶²

Y es que, según expresa Roxin, “... el concepto de culpabilidad sostenido se apoya en una justificación social de la pena y se asemeja en esa medida a la teoría de algunos propugnadores de la culpabilidad del carácter y del concepto funcional de la culpabilidad de Jakobs. Pero, asegura mejor que ellas, la función protectora liberal de un Estado de Derecho del principio de culpabilidad. Pues la culpabilidad no depende de necesidades preventivo-generales o especiales, vagas y cambiantes, reales o supuestas, sino de la capacidad de conducción del autor y con ello de un criterio por principio accesible a la comprobación empírica, que pone un límite al poder penal del Estado”.⁶³

1.4. Actualidad de la dogmática penal en Italia

“La lucha que se desarrolló en Italia entre la Escuela positiva y la Escuela clásica, a fines del Siglo XIX y principios del XX, dio lugar a un abandono del estudio del Derecho positivo, y, por consiguiente, a una ausencia de un planteamiento teórico riguroso desde el punto de vista estrictamente jurídico. En efecto, los clásicos, preocupados por cuestiones metafísicas relacionadas con el derecho natural, no llegaban a sentar las bases para elaborar una concepción sistemática y coherente con las exigencias legales presentes en la ley. De otra parte, los positivistas, especialmente interesados por el estudio de una realidad previa al Derecho, pero carentes de la preparación y conocimientos necesarios para alcanzar los progresos científicos necesarios en la pretendida superación del planteamiento clásico, tampoco consiguieron concretar sus esfuerzos en un modelo teórico válido para el Derecho penal”.⁶⁴

⁶² Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijó Sánchez, Madrid, Civitas, 2000, p.17.

⁶³ Roxin, Claus, *Derecho penal, Parte general*, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Civitas, 1997, p.43.

⁶⁴ Mir, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 188.

Rocco se ha encargado desde su famoso discurso inaugural en la Universidad de Sassari en 1910, de “la creación de una auténtica ciencia del derecho penal, y, para obtener esto, el objeto del Derecho Penal debía situarse de nuevo en el derecho positivo, y el método tendría que partir de fundamentos casi exclusivamente jurídicos, y aplica para ello el método dogmático, que había sido exitoso en Europa y específicamente, en Alemania, España e Italia”.⁶⁵

Para lograr esta reformulación científica del Derecho Penal, Rocco, considera varios criterios, a decir:

“La necesidad de considerar el derecho positivo vigente como el objeto de la Ciencia jurídico-penal, escindiéndose así de otras posibles ciencias como la Antropología, Sociología, Psicología, la Filosofía del Derecho o la Política criminal. Que la elaboración científica del derecho penal se realizase, en consecuencia, con los métodos de la dogmática jurídica, para que quedase reducida a sus justos límites, es decir, a un sistema de principios de derecho, a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas. Otro, “... que esta dogmática del derecho penal estuviese presidida por un sentido realista, capaz de armonizarla con las necesidades de la práctica”.⁶⁶

Entre las escuelas estudiosas de la Teoría del Delito, es cierto que ha existido una lucha, por ejemplo, la Dogmática italiana se desarrolla bajo los signos de distinción marcados por la dirección técnico-jurídica, de tal forma, que algunas tendencias que aparecen como una crítica o un rechazo a este modelo teórico, en realidad tan solo representan una revisión desde la propia estructura interna de aquello que, en principio, se pone en tela de juicio.

⁶⁵ Rocco, Arturo, “El problema del método de la ciencia de Derecho Penal”, en Revista derecho y proceso penal, Roma, 1910, pp. 497 y ss.

⁶⁶ Rocco, Arturo, “El problema del método de la ciencia de Derecho Penal”, en Revista derecho y proceso penal, Roma, 1910, pp. 263 y ss.

“Para analizar la teoría del delito en el enfoque que estamos siguiendo, es necesario hablar del realismo jurídico de Antolisei que se refleja de igual forma en la teoría jurídica del delito. Coherente con esta idea, el autor busca una concepción naturalística del delito que le lleva a negar la diferencia entre tipo y antijuridicidad. Distingue así el autor, dentro del delito dos momentos fundamentales: elemento objetivo, que comprendería lo que en la doctrina se ha denominado el tipo material, es decir, todos los momentos objetivos que fundamentan la punibilidad; y elementos subjetivos, que abarcaría el ámbito de la culpabilidad, o como el mismo autor señala, la voluntad culpable. Aunque es cierto que no se puede decir que la estructura propuesta es unitaria, en ella se intenta conjugar ciertos factores irracionales, propios de la vida real, con el análisis lógico del delito”.⁶⁷

Según Bettioli, “la sistemática bipartita de Antolisei, por vía distinta, refleja la continuación de cierto sector de la doctrina italiana que, ya desde Carrara, conformaba el delito con base en esos dos componentes: elemento objetivo y subjetivo”.⁶⁸

Y, de hecho, “Bettioli, hace una importante propuesta de revisión del tecnicismo-jurídico, y desde una corriente independiente de sus presupuestos, y dirigiendo su doctrina contra los excesos del formalismo jurídico, y especialmente, contra su método lógico-deductivo”.⁶⁹

Bettioli plantea que, “el conocimiento del Derecho no se puede limitar a una mera apreciación de la superficie de la materia jurídica, resultado al que conduce la mera lógica abstracta. La indagación jurídica, por tanto, tiene que entrar en la sustancia de la cosa, pues sólo así se puede captar el total significado que entraña la norma jurídica. Propugna entonces en favor de la utilización, como criterio metodológico, de una lógica concreta, de una lógica que penetre en la naturaleza

⁶⁷ Antolisei, Francesco, "Para una orientación realista en la ciencia del derecho penal", en *Escritos de derecho penal*, Milán, 1975, pp.89 y ss.

⁶⁸ Bettioli, Giuseppe, *Derecho Penal*, Madrid, Padova, 1982, pp. 82 y ss.

⁶⁹ Bettioli, Giuseppe, *Derecho Penal*, Madrid, Padova, 1982, pp. 82 y ss.

de la cosa para llegar así a comprender su génesis, su estructura y su función”.⁷⁰

Para él, “la tipicidad es concebida como una forma técnica de descripción del hecho que lleva en su seno reflejado el interés relevante para el Derecho penal. La antijuricidad, como señalábamos, cumple la función de determinar cuándo un hecho representa una lesión al bien jurídico tutelado. Estas dos no son categorías formales porque el bien, en sí mismo, es una noción teleológica. La culpabilidad, en fin, vendría a significar el momento a partir del cual el hecho puede ser reprochado al autor que lo ha perpetrado”.⁷¹

Existe, en esta lucha o polémica de escuelas, concepciones bipartitas y tripartitas del delito.

Desde luego, en Italia también han existido corrientes anti dogmáticas con gran fuerza, sobre todo en los años sesenta y setenta, representadas fundamentalmente por la Criminología crítica. No obstante, en este resumen se trata de exponer tan sólo alguno de los aspectos más relevantes que han guiado a la doctrina italiana en el moderno desarrollo dogmático, de tal forma que nos limitamos a mostrar algunas de las tendencias dentro de la Dogmática italiana, a fin de poder comprender mejor las peculiaridades de las diversas y actuales sistemáticas.

En el ámbito de la Teoría Jurídica del Delito, el punto de partida, si se tienen en cuenta los precedentes metodológicos generales, ha sido dogmático y analítico, así es en Alemania, pero, sin embargo, la gran discusión que se ha planteado en Italia respecto de la estructura del delito no ha sido tanto en torno al concepto de acción o en relación con si el método debe considerarse desde el punto de vista naturalístico o valorativo. No se ha polarizado la discusión fundamental en torno a la doctrina neoclásica o final del delito, sino que, por el contrario, las dos tendencias en disputa encuentran su punto de controversia en el mantenimiento de una

⁷⁰ Bettioli, Giuseppe, *Derecho Penal*, Madrid, Padova, 1982, p. 84.

⁷¹ Bettioli, Giuseppe, *Derecho Penal*, Madrid, Padova, 1982, pp. 82 y ss

concepción bipartita o tripartita del delito.

“La denominada concepción tripartita del delito es defendida por aquellos autores que han recibido la teoría clásica del delito elaborada en Alemania por Von Liszt y Beling. Así, Delitala trasladó esta estructura del ilícito a Italia, de tal forma que éste se contempla como comportamiento, acción en sentido amplio, típico, antijurídico y culpable”.⁷²

Estos elementos se entienden en su forma clásica:

“La tipicidad hace referencia a la conformidad entre el hecho y la descripción o imagen que presenta la norma; la antijuridicidad expresa la contradicción del comportamiento con el ordenamiento jurídico y los valores o deberes (según las distintas perspectivas) que residen en su seno; y la culpabilidad refleja el reproche jurídico que se dirige a la persona del autor por la comisión del hecho antijurídico”.

⁷³

“La concepción bipartita del delito, por el contrario, es un reflejo de la doctrina tradicional italiana anclada en las raíces de la Escuela clásica, sobre todo toma como precedente la descomposición carrariana del delito en «fuerza física» y «fuerza moral»”.⁷⁴

Ya se ha hecho referencia al hecho de que, “desde esta perspectiva, el delito se estructura en torno a dos componentes fundamentales: el elemento objetivo y el elemento subjetivo. En su paulatina evolución, los polos de la bipartición varían según los autores, y de igual forma se habla de tipo y culpabilidad, elemento físico o elemento psicológico, etc. En todo caso, en el primer término se analiza todo aquello que, en la descripción legal del hecho, viene coloreado de forma objetiva, material o natural, según los diferentes elementos, abarcando también aquellos

⁷² Delitala, Giacomo, *El "hecho" en la teoría general del crimen*, Roma, Padua, 1930; pp. 13 y ss.

⁷³ Delitala, Giacomo, *El "hecho" en la teoría general del crimen*, Roma, Padua, 1930; pp. 13 y ss.

⁷⁴ Carrara, Francesco, *Programa del Derecho Penal, Parte General*, Roma, Lucca, 1871; pp. 54 y ss.

términos que hacen referencia al fin del juicio de exclusión de la ilicitud del hecho (causas de justificación). En el elemento subjetivo se incluye, por el contrario, los aspectos relevantes de la descripción legal que conciernen a la actitud de la voluntad, como conexión psicológica entre el hecho y su autor”.⁷⁵

“En esta concepción, la antijuridicidad interesa no tanto en su consideración objetiva (así concebida en la doctrina clásica de la tripartición), como en el carácter global dentro del cual es examinada. En efecto, siendo el delito un hecho penalmente antijurídico inescindible, la antijuridicidad constituye un carácter que envuelve y califica al delito en todos sus componentes, ya sean objetivos o subjetivos. Así, la relación entre los elementos objetivos y subjetivos y la antijuridicidad es la relación entre la valoración y aquello que es valorado”.⁷⁶

“En este sentido, mientras que los elementos objetivos y subjetivos representan los componentes naturalísticos del delito, la antijuridicidad se encuentra en otro plano general que refleja el aspecto valorativo del mismo. Frente a la concepción tripartita que toma un concepto restrictivo del hecho típico, la bipartita adopta a estos efectos un criterio sumamente extensivo del mismo, considerando todos los elementos objetivos y subjetivos merced a los cuales el delito adquiere su propia existencia y razón de ser”.⁷⁷

“En estas posiciones el punto más discordante es el modo de entender, colocar y sistematizar la antijuridicidad y las correspondientes causas de justificación dentro del sistema del delito. Esta razón de divergencia reside, fundamentalmente, en la especial forma de consideración, por parte de la concepción bipartita, de las eximentes que excluyen la ilicitud del hecho como elementos negativos del tipo. En efecto, el tipo recoge, en una unidad inescindible, todos los componentes que fundamentan y dan contenido a la antijuridicidad (elementos positivos) así como estos otros que, de igual forma, la excluyen

⁷⁵ Mantovani, Ferrando, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Padova, 1990; p. 558.

⁷⁶ Mantovani, Ferrando, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Padova, 1990; p. 558.

⁷⁷ Mantovani, Ferrando, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Padova, 1990; p. 558.

(elementos negativos). De esta forma se pretende unificar en un solo momento todo el desvalor que comporta la antijuridicidad en una inseparable unidad entre tipo e ilícito”.⁷⁸

1.5. Teorías Causalista, Finalista y, Funcionalista.

1.5.1. Causalismo

El sistema causalista se caracteriza por su sencillez para ubicar la culpabilidad ya que para atribuir la responsabilidad a la persona solo se requiere la comprobación de la causa, tomándose al efecto como su consecuencia directa, razón por la cual, una persona siempre será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado. Este sistema recibe el nombre de causalismo por basarse en el binomio de la causa-efecto. Donde la causa es la conducta dígase a nuestro entender, acción u omisión, y el efecto, es el resultado delictivo.

Para el causalismo naturalista, la acción es un movimiento voluntario del cuerpo que causa un resultado, una modificación en el mundo material. La voluntariedad a que se alude es la necesaria para ordenar el movimiento (recoger el brazo, apretar el gatillo). Los aspectos volitivos del porqué se hizo la actividad se separan del concepto de acción, que queda circunscrita al movimiento y su resultado.

Beling sostiene que: “existe acción si objetivamente alguien ha emprendido cualquier movimiento o no movimiento, a lo que subjetivamente ha de añadirse la comprobación de que en ese movimiento corporal o en esa falta de movimiento animaba una voluntad. El concepto de Beling consiste en que la acción debe afirmarse siempre que concurra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa voluntad (es decir, no considera dentro de su concepto el contenido de la voluntad”.⁷⁹

⁷⁸ Mantovani, Ferrando, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Padova, 1990, p. 339.

⁷⁹ Beling, Ernst, *La Doctrina del Crimen*, Tübingen, Ed. J.C.B. Mohr, 1906, p. 56.

Esta teoría concibe al delito como un acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena.

La teoría causalista distingue las fases internas del delito como la ideación, deliberación, resolución, y la fase externa del delito como es la exteriorización, preparación y ejecución.

1.5.2. Finalismo

Uno de sus máximos exponentes es Hanz Welzel. Esta teoría se apoya en los mismos elementos del delito que el causalismo (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad), pero la acción es considerada siempre con una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente.

Para Welzel, “la acción y la omisión son dos subclases de la conducta típica, ambas a ser susceptibles de ser dirigidas por la voluntad final. Al autor de omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado, la única pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión se refiere a si la ejecución de la acción omitida habría evitado el resultado”.⁸⁰

“En la teoría finalista, el delito de omisión tiene una explicación confusa la conducta “finalista” del sujeto, mencionan el sujeto al proponerse una conducta; la posibilidad de hacer algo(poder de hecho), debe considerar la potencialidad de su acción, o de su omisión y es por ello, que al perseguir un fin, la omisión de la conducta a la que estaba obligado a realizar por su calidad de garante, y no efectuarla es lo que le es reprochable; es decir el deber de hacer algo que la ley no espera que se actúe pero que por la situación de garante sí debe hacerse. El resultado: debe ser exigido por el tipo, no el resultado estrictamente naturalístico.

⁸⁰ Welzel, Hans, "Causalidad y Acción", en revista para todo Derecho Penal, Berlín, 1931, p. 703.

Es decir, que no se le va a juzgar por lo que pretendía cometer si no por lo que cometió. Para ellos, Nexo causal es la relación entre la acción finalista (propósito) y el resultado típico (fin), y está el nexo causal en los delitos culposos, en estos, el sujeto no dirige su voluntad a un fin típico, entonces la intención de actuar no coincide con el resultado, por tanto, este solo puede ser culposo”.⁸¹

Ausencia de la acción

Se considera que la ausencia de acción se presenta cuando el sujeto no se plantea la realización de un fin típico, no ha seleccionado los medios, no ha considerado los efectos concomitantes, y el resultado se produce como efecto de un mero proceso causal, en el que participó como un elemental instrumento.

Sus elementos son:

- fuerza física irresistible o absoluta,
- fuerza de la naturaleza o,
- mejor sueño,
- sonambulismo,
- actos reflejos, o,
- caso fortuito

Welzel en su Teoría de la acción final, establece dos fases:

- “Fase interna, la cual acontece en el pensamiento, la inteligencia y que se puede llamar fase finalista. Esta se da cuando se planea y se está seguro de qué es lo que se quiere, o sea, se plantea clara y determinadamente, cuál es el fin de la acción que se quiere cometer. También, el objetivo que se pretende alcanzar o proposición de fines, los medios que se pueden emplear para su realización, así como, las posibles consecuencias

⁸¹ López, Eduardo, *Teoría del Delito*, Porrúa, México, 1994, p. 11.

concomitantes. Se observa que, para el finalismo, esta fase viene a constituir la voluntad dolosa o el dolo volitivo.

- Fase Externa: es la que se da fuera de la inteligencia a la que se le puede llamar fase causalista. En ella, una vez propuesto el fin, seleccionados los medios y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo, es decir, exterioriza su voluntad".⁸²

Para el finalismo, la acción u omisión se encuentran previstos en la ley, y la voluntad forma parte de la descripción típica.

El tipo en sentido amplio comprende:

- la antijuricidad,
- la culpabilidad
- las condiciones objetivas de la punibilidad

Para el finalismo el tipo está compuesto de elementos objetivos y subjetivos.

“Elementos objetivos; son aquellos que se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, como las que dan lugar al tipo autónomo y a veces se presentan como elementos que solo califica, agravan o atenúan al tipo.

Estos elementos objetivos son:

- Sujeto Activo,
- Sujeto Pasivo,
- Bien jurídico tutelado, (objeto del delito)
- Acción u omisión (modalidades de la conducta, expresadas a través del verbo rector),

⁸² Welzel, Hans, "Causalidad y Acción", en revista para todo Derecho Penal, Berlín, 1931, p. 705.

- El resultado típico en el caso que se trate de un delito de resultado.
- Los elementos normativos, circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Elementos subjetivos:

Estos atienden la condición de la finalidad, la acción u omisión, o sea, el dolo y en ocasiones el ánimo tendencia del sujeto activo o la inobservancia del deber de cuidado (culpa) cuando el resultado dañoso era previsible.

Entre los elementos subjetivos se consideran:

- El dolo y/o,
- La culpa”⁸³

“El dolo, afirman los finalistas, está en la conducta considerándolo, como dolo neutro, libre de toda valoración, un dolo natural que no requiere del conocimiento de la ilicitud del hecho., por ende, si el tipo penal es una descripción de la conducta, el dolo está en el tipo. El dolo pues debe ser la finalidad tipificada”.⁸⁴

Destaquemos que, existen otros elementos subjetivos distintos del dolo como son, el ánimo, las tendencias, las expectativas, etc.

En el sistema causalista, como en el sistema finalista: “La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. La culpabilidad —la responsabilidad personal por el hecho antijurídico— presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento

⁸³ Welzel, Hans, "Causalidad y Acción", en revista para todo Derecho Penal, Berlín, 1931, p. 705.

⁸⁴ López, Eduardo, *Teoría del Delito*, México, Porrúa, 1994, p. 11.

posterior del delito presupone el anterior”.⁸⁵

Welzel define a la antijuridicidad como “la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. El injusto penal es la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado; lo injusto, un sustantivo. De ahí que lo injusto es siempre referido al autor de la conducta, por tanto, siempre será un injusto personal”.⁸⁶

“El sistema finalista considera que a la culpabilidad le corresponde el papel más importante en la teoría del delito, el del juicio de reproche por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión (imputabilidad), además tuvo conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada, y por último, que al sujeto le era exigible dicha conducta y que pudiendo obrar de otro modo, no lo hace”.⁸⁷

“La teoría causalista de la culpabilidad exigía en el dolo tres elementos:

- que el sujeto siendo imputable conociera los hechos;
- conociera la ilicitud de los hechos y,
- quisiera los hechos”.⁸⁸

“Según la Teoría finalista en la culpabilidad solamente se encuentra la imputabilidad, el conocimiento de la ilicitud, que lo elimina como elemento del dolo, para quedar este como un dolo neutro tal como se da en la naturaleza- y la exigibilidad de la conducta descrita en la norma”.⁸⁹

⁸⁵ López, Eduardo, *Teoría del Delito*, México, Porrúa, 1994, p. 11.

⁸⁶ Welzel, Hans, "Causalidad y Acción" en revista para todo Derecho Penal, Berlín, 1931, p. 705.

⁸⁷ Welzel, Hans, " Causalidad y Acción" en revista para todo Derecho Penal, Berlín, 1931, p. 705.

⁸⁸ Welzel, Hans, " Causalidad y Acción" en revista para todo Derecho Penal, Berlín, 1931, p. 706.

⁸⁹ Welzel, Hans, " Causalidad y Acción" en revista para todo Derecho Penal, Berlín, 1931, p. 706.

Entonces, la Imputabilidad, viene a ser un juicio sobre la general capacidad del sujeto, mientras que, el conocimiento de la ilicitud es un juicio sobre la posibilidad de conocer la concreta ilicitud y la exigibilidad, es un juicio sobre la posibilidad de exigir o no exigir la conducta. Al sujeto se le reprocha no haber actuado conforme a derecho, sino que, pudo haber evitado el mal, pudo haber elegido actuar conforme a la norma de derecho y no lo hizo así.

La imputabilidad del sujeto es el primer elemento de la culpabilidad en la teoría finalista, o sea, la capacidad de poder actuar de otra manera. Acá la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, y no como piensa una importante corriente de penalistas causalistas, que se trata de un presupuesto. En el sistema finalista, el imputable sí puede, obrar dolosa o culposamente, y su obrar puede ser injusto, pero no culpable, por estar imposibilitado de poder actuar de otra manera.

Diferencias

La teoría causalista se distingue de la finalista porque la primera considera a la acción como un producto causal y mecánico, y la segunda determina la dirección o propósito a ese producto causal, es decir existe una voluntad orientada en determinado sentido.

Funcionalismo

“El sistema funcionalista ha ido surgiendo como escuela de pensamiento en torno a la teoría del delito, desde los años setenta, pues se ha venido ofreciendo nuevas soluciones sistemáticas para superar las críticas realizadas al sistema finalista, así encontramos, por ejemplo, la síntesis neoclásico-finalista por Gallas, Jescheck y Wessel; el sistema racional-final, también llamado teleológico o funcionalismo político- criminal, de Claus Roxin, y el sistema funcionalista

normativista de Gunter Jakobs”.⁹⁰

“Estos nuevos proyectos de sistematización mantienen la estructura del delito con la conducta como presupuesto del delito y tres categorías; tipicidad; antijuridicidad, y culpabilidad. Sin embargo, cada categoría experimenta un notorio cambio tanto en su concepción como en su conformación. Puede decirse que, las dos exposiciones sistemáticas del funcionalismo más importantes en Alemania son las de Roxin y de Jakobs”.⁹¹

“Según el sistema funcional normativista de Jakobs, se parte de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann y somete toda la teoría del delito a sus postulados, así, mientras que su maestro Hans Welzel, consideró indispensable construir el sistema del delito sobre una base lógica real, Jakobs lo sustenta normativamente, de ahí que conceptos como la conducta, causalidad o bien jurídico quedan circunscritos a las necesidades de la regulación jurídica. Por esta razón podemos calificarlo como funcionalismo normativista, el cual, en palabras de Jakobs se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”.⁹²

“En esta tendencia del funcionalismo, la base sociológica de la sociedad, como entidad conformada por individuos que pactan ceder su soberanía a favor del estado para el ejercicio del poder en beneficio del pueblo, es sustituida por una concepción de la sociedad como un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo armónico (normativo), que se afecta cuando alguien no cumple con su rol y realiza una conducta delictiva contradiciendo las expectativas sociales; por ello, la prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la

⁹⁰ Busato, Paulo, *Derecho Penal y acción significativa*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, p. 34.

⁹¹ López, Eduardo, *Teoría del Delito*, Porrúa, México, 1994, pp. 11 y ss.

⁹² López, Eduardo, *Teoría del Delito*, Porrúa, México, 1994, pp. 11 y ss.

sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad”.⁹³

“La pena constituye una reacción frente a un hecho que supone el quebrantamiento de una norma. Por tanto, el delito es una afirmación que contradice a la norma, y la pena es la respuesta que confirma la norma, en consecuencia, la función de la pena es restituir la vigencia de la norma violada con la conducta delictiva”.⁹⁴

El otro sistema finalista, y entendemos que, con mucho más seguidores, es el Sistema Racional Final Teleológico o Funcional de Roxin. Para Roxin “la dogmática no debe sustentarse exclusivamente en desarrollos lógicos y normativos, sino que tiene que atender a la realidad social y ofrecer soluciones conforme a los conocimientos ofrecidos por la política criminal”.⁹⁵

Dos son las innovaciones centrales del funcionalismo para dar un cambio a la teoría del delito:

- la teoría de la imputación al tipo objetivo y,
- la tercera categoría de la teoría del delito, denominada responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imponer la pena

“Para el sistema funcionalista, se rechazan las concepciones de la conducta ofrecidas por los anteriores sistemas, debido a que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a las realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, sino que, única y exclusivamente puede guiarse por finalidades del derecho penal. A esto se debe sumar que un concepto de conducta como control de cursos causales dirigido a un determinado objetivo no sustenta

⁹³ López, Eduardo, *Teoría del Delito*, Porrúa, México, 1994, pp. 11 y ss.

⁹⁴ López, Eduardo, *Teoría del Delito*, Porrúa, México, 1994, pp. 11 y ss.

⁹⁵ Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas. t.I. 2003, p. 54.

satisfactoriamente ni la culpa ni la omisión”.⁹⁶

“Se aprecia una identidad del aspecto voluntario, un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea, como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un hacer o dejar de hacer y con ello una manifestación de la personalidad”.⁹⁷

“La teoría funcionalista interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la pena para un supuesto regular y no basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación. Al tipo se le confiere la función de llamada, no solo capta o describe simples procesos causales naturales, pues tiene como función enviar un mensaje al raciocinio del individuo para que sepa cuáles son las conductas prohibidas con el fin político-criminal de que las evite (delitos de acción), o bien, realice la conducta ordenada para la salvaguarda de un bien jurídico en peligro (delitos de omisión)”.⁹⁸

Para persuadir o convencer al individuo de no cometer el delito, el tipo establece una pena a imponer a quien infrinja la norma o actúe contrario al mensaje de esta, intentando causarle temor con la amenaza que encierra el sentido de la norma.

“Este efecto disuasorio de la norma se conoce como prevención general negativa, y obedece a los lineamientos generales de un derecho penal preventivo general. El tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a dicha descripción, luego entonces se debe determinar cuáles de esas conductas se han pretendido prevenir a través del tipo. Solo aquellas conductas así identificadas pueden ser consideradas como

⁹⁶ Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, t. I. 2003, p. 54.

⁹⁷ Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, t. I. 2003, p. 56.

⁹⁸ Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas. t. I. 2003, pp. 56 y ss.

desaprobadas legalmente y, en consecuencia, son típicas”.⁹⁹

Sobre la antijuricidad, encontramos que, para Roxin “una acción es formalmente jurídica, en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal, y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales”.¹⁰⁰

“La culpabilidad, es vista para Roxin, como una cuarta categoría o elemento de la teoría del delito, que se sustituye por la responsabilidad, categoría más amplia que se conforma por la culpabilidad y la necesidad de la pena. La categoría de la responsabilidad tiene que resolver el problema de bajo qué o cuáles presupuestos, el autor puede ser hecho penalmente responsable por un injusto realizado por él”.¹⁰¹

“El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol. No obstante, para considerar responsable al sujeto, además de la culpabilidad, se debe constatar la necesidad de imponerle la pena y no una sanción menos nociva, para lo cual es necesario acudir a los fines de la pena”.¹⁰²

“El sistema funcionalista de la conducta ofrece una estructura para establecer los elementos normativos objetivos y subjetivos del delito. El tipo objetivo está conformado por elementos objetivos o elementos normativos, que son los criterios de imputación normativa al tipo”.¹⁰³

⁹⁹ Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, t. I. 2003, pp. 56 y ss.

¹⁰⁰ Roxin, Claus, Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas. t. I. 2003, pp. 54/56.

¹⁰¹ Roxin, Claus, Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas. t. I. 2003, pp. 54/56.

¹⁰² Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas. t. I. 2003, pp. 54/56.

¹⁰³ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas. t. I. 2003, p. 57.

Encontramos que, el tipo subjetivo, es donde se observa al dolo o culpa.

“Elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo subjetivo:

- Antijuricidad o antijuridicidad, caracterizada por la ausencia de causas de la justificación.
- Responsabilidad, conformada por la culpabilidad, la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, la ausencia de excluyentes de la culpabilidad: miedo grave o temor fundado, Error de prohibición, Estado de necesidad exculpante, Necesidad de la pena”.¹⁰⁴

Este modelo se basa en postulados finalistas, a través de los cuales propone la introducción de un modelo de análisis de los tipos penales, redimensiona los presupuestos y elementos fundamentales del tipo penal, precisando sus contenidos ordenándolos de una mejor manera para facilitar su análisis.

Acá, “la tipicidad es entendida como la correspondencia unívoca de los presupuestos y elementos del tipo penal, como los presupuestos y elementos del delito. La atipicidad: es la ausencia de alguno de los elementos del tipo señalados en los sub-conjuntos, este aspecto funciona como en los sistemas causalista y finalista”.¹⁰⁵

Es decir, hasta que aparezca cualquier atipicidad y el tipo legal al cual se confronta el hecho para desechar la posibilidad de la comisión del delito.

Culpabilidad: es la reprochabilidad de la conducta violatoria de un deber jurídico penal y realizada en ejercicio de la libertad psicológica, independientemente

¹⁰⁴ Mir, Santiago, “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español”, en La Ley, Barcelona, 6 febrero 1991, p. 669.

¹⁰⁵ Mir, Santiago, “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español”, en La Ley, Barcelona, 6 febrero 1991, p. 669.

de que ese ejercicio este o no atenuado por factores que lo reduzcan, para que exista esta, se necesita el ejercicio de la libertad Psicológica.

Punibilidad, es la sanción que se le va imponer por medio de una metodología de la lógica formal simbólica y el cálculo funcional de la matemática.

Este modelo difiere en que el nexo causal no es el elemento del tipo, sino relación de tipicidad, debe hablarse de relación de conexidad no de causalidad.

La propuesta del modelo lógico es el de la precisión del estudio del delito, en su aspecto estático y el dinámico, en otorgar una mejor función de garantía a favor del individuo.

1.6. La Teoría de delito desde un enfoque filosófico.

La teoría del delito como sistema de conceptualización del delito, ha sido tratada a través de la historia por filósofos, obviamente ha sido necesario entenderlo filosóficamente también, y ha sido incluso, analizada con enfoque dialéctico en diferentes períodos de la humanidad.

Por ejemplo, “la llamada “Dialéctica de la Ilustración”, que, según Cuello Contreras, significa volver a lo que la Revolución Francesa quiso representar en el mundo de la realidad política y Kant en el mundo de las ideas; para superar esa tesis, junto con la antítesis de lo que su realización positiva dejaba en la sombra (dominio técnico de la naturaleza convertido en dominio técnico del hombre y, con ello, la pérdida de su libertad), mediante la síntesis de principios contrapuestos que se complementan en una unidad superior. Esta «Dialéctica de la Ilustración» se refleja muy claramente en el Derecho penal, y muestra que los principios que hoy lo inspiran, siendo los mismos de la Ilustración, son distintos, sintetizándose en una

unidad más elevada no prevista en el momento de su surgimiento”.¹⁰⁶

“El Derecho penal se define en la actualidad, fundamentalmente, como Derecho protector de bienes jurídicos imprescindibles para la convivencia. De esta manera, se trata de distinguir el orden jurídico de otros órdenes, como la moral; pero, sobre todo, se quiere preservar el máximo de libertad individual aun para aquello que, siendo nocivo para el individuo (p. ej. el consumo de drogas), no afecta para nada a la vida en sociedad. El origen de esta idea está en la Teoría del delito de los penalistas ilustrados, para quienes el Derecho penal sólo debía proteger derechos subjetivos del individuo; con lo que la moralidad y el orden público quedarían fuera del Derecho penal”.¹⁰⁷

“Que el concepto ilustrado de bien jurídico era insuficiente lo han demostrado, con posterioridad, las Ciencias sociales: Existen intereses y estructuras sociales, como el orden socioeconómico, la administración de justicia o el orden constitucional, imprescindibles para la convivencia, y susceptibles de protección penal. Sin embargo, la experiencia de los totalitarismos, para los que el individuo no era nada y el Estado lo era todo, ha obligado a anteponer el individuo a la comunidad (estando prohibido sacrificar aquél a ésta) mediante la institucionalización de los Derechos fundamentales inalienables; con lo que se rehabilita la concepción ilustrada del Derecho penal”.¹⁰⁸

“En íntima relación con la idea de Derecho penal protector de bienes jurídicos, aparece la orientación de la pena a la prevención del delito. El origen de las llamadas Teorías de la prevención se encuentra en Paul A. J. Von Feuerbach, un penalista ilustrado que se preguntó si la orientación de la pena a la retribución de Kant (quien, como heredero del pensamiento teológico anterior, quiso identificar el delito, como

¹⁰⁶ Cuello, Joaquín, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, traducido por Scaron, Amsterdam, 1968, p. 176.

¹⁰⁷ Cuello, Joaquín, “Raíces Filosófico-Jurídicas del Pensamiento Penal Español Contemporáneo”, en Dialnet, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 12.

¹⁰⁸ Knut, Amelung, “*Protección jurídica y protección de la Sociedad*”, en Ley y Moralidad, Baden 1991, p.269.

el pecado, con el mal mismo que debe ser expiado en nombre de la justicia) no sería cruel, respondiéndose que ello se evitaría con la fundamentación de la pena retributiva en la prevención del futuro delito, ya que el castigo del delincuente serviría de escarmiento («coacción psicológica») de futuros infractores. No es, por tanto, casualidad que el mismo Feuerbach acuñara otro de los principios del Derecho penal moderno: el principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege)".¹⁰⁹

“De esta manera, a través del principio de legalidad de los delitos y las penas, se conseguiría establecer el catálogo de bienes jurídicos que en cada momento el legislador quiere proteger; se motivaría con ello al posible infractor, que sabría en cada momento qué prohíbe el legislador estatal; y se podría definir la culpabilidad jurídico-penal como voluntad de lesión del Derecho, prescindiendo de toda consideración metafísica a la hora de definir el delito y fundamentar la pena”.¹¹⁰

El derecho penal español sentó pautas en torno a varias interpretaciones filosóficas sobre el delito y sus dimensiones o derivaciones, por ello es bueno que abordemos el pensamiento o corrientes de pensamiento de algunos exponentes.

1.6.1 El Krausismo español

El Krausismo español constituye un amplio movimiento de reforma moral, política y jurídica, muy bien documentado en la actualidad. Se conocen como padres del krausismo español a Sanz del Río y Giner de los Ríos, y, entre sus principales obras sobre este tema, se encuentran, “Las anotaciones al Ideal de la Humanidad” y “La Introducción de la Metafísica”, también “Los Principios de Derecho natural y las Lecciones de Psicología”, por su interés para el Derecho penal y su carácter de fundamento de la nueva Filosofía”.¹¹¹

¹⁰⁹ Feuerbach, Von, *Revisión de los principios y conceptos básicos del derecho positivo, Parte I*, Barcelona, 1966, p. 38.

¹¹⁰ Feuerbach, Von, *Revisión de los principios y conceptos básicos del derecho positivo, Parte I*, Barcelona, 1966, p. 44.

¹¹¹ Cuello, Joaquín, “Raíces Filosófico-Jurídicas del Pensamiento Penal Español Contemporáneo”, en Dialnet, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 13.

“Su teoría viene inspirada en la Filosofía de K. Cr. Krause, de ahí que se defina su pensamiento como Krausista, y al movimiento, genéricamente, como krausismo. Krause, se inserta en el ámbito del idealismo alemán. Dentro de este movimiento filosófico se dan tradiciones muy diversas, pero existen una serie de rasgos que lo definen desde Kant. Sus rasgos son los de racionalidad, autonomía de la persona humana, eticidad e historicidad, aspectos de los que, para evitar interpretaciones erróneas, debe desglosarse la caracterización general de racionalismo armónico de la nueva filosofía”.¹¹²

“Con esta nueva filosofía no se tratará ya de enriquecer una tradición segura de cuño teológico que entendiéndose la racionalidad y la libertad como atributos concedidos gratuitamente al hombre para permitirle su acceso directo a Dios. Se tratará, por el contrario, de descubrir en ellos las únicas armas con las que describir la trayectoria inversa, o sea, la que el hombre ha de transitar, solo, hacia el género humano y hacia Dios; no de la repetición de un modelo preconcebido”.¹¹³

Resulta una obviedad que el hombre como ser social, tiene una esfera amplia de libertades, pero precisamente la existencia del derecho, y la alteridad como una de las características de este, conllevan a que la libertad del hombre tenga límites, por ende, el hombre tiene la libertad, por ejemplo, para decidir delinquir, pero tiene el límite que le impone el ordenamiento penal como controlador social de no hacerlo.

En este punto se comprende bien la teoría de Krause, cuando dice:

“El Ideal de la Humanidad para la vida está condensado en la filosofía del racionalismo armónico, con el que se quiere expresar cómo es posible que la Humanidad se realice a través de la razón y de la libertad. Sin conciencia de los límites dentro de los cuales la Humanidad puede realizar estas facultades esenciales del hombre, no podrá disfrutar de ellas. El límite del acceso de la razón

¹¹² Cuello, Joaquín, “Raíces Filosófico-Jurídicas del Pensamiento Penal Español Contemporáneo”, en Dialnet, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 176.

¹¹³ Araquistáin, Luis, *El pensamiento español contemporáneo*, Buenos Aires, Losada, 1962, p. 15.

humana a la aprehensión de la realidad sobre la que el hombre ha de actuar (experiencia), ese límite es el que tiene que ser superado por la libertad: Si la Humanidad tuviese continuo acceso a la verdad sería esclava de ella, habiéndola de obedecer ciegamente, es decir, sin poder ejercer la libertad. Es, por tanto, la conciencia de dicho límite de la razón, determinado por la doble naturaleza del hombre: el hombre es espíritu, en cuanto participa, en cierta medida, del conocimiento de la Idea a través de la razón, pero es también naturaleza, producto de la idea, como cualquier otro objeto de la Naturaleza (por eso ni siquiera puede conocerse exhaustivamente a sí mismo); es esa conciencia del límite de la razón humana la que obliga a la Humanidad a ejercer la libertad”.¹¹⁴

Y el colofón para lograr la comprensión de esta idea, es ubicado por nuestro razonamiento cuando se dice: “la segunda facultad propiamente humana, a través de la cual el hombre, ni naturaleza pura en cuyo caso habría de limitarse a dejar hacer lo que la Idea ha puesto en él, como cualquier otro objeto de la Naturaleza), ni espíritu puro (en cuyo caso no haría falta ejercer la libertad, poseída de facto), puede trascender su propia limitación, asumiéndola, para, a partir de ahí, ejercer la libertad mediante la razón”.¹¹⁵

“El Ideal de la Humanidad, por tanto, consiste en la comunicación y su progresivo mejoramiento entre los hombres. No un ideal individualista, sino de la comunidad que forman individuos libres y racionales”.¹¹⁶

Sin embargo, “frente a Hegel, la Metafísica krausista reivindicará que la certeza del conocimiento es imposible, pero que, en su lugar, por semejanza al saber absoluto, el hombre puede mejorar las condiciones en que discurre el conocimiento, es decir, perfeccionando la participación de todos en la comunidad científica mediante reglas de racionalidad de, y para, quienes participan en el

¹¹⁴ López, Juan, *El Krausismo español*, Madrid, Fondo de cultura económica, 1980, p. 32.

¹¹⁵ López, Juan, *El Krausismo español*, Madrid, Fondo de cultura económica, 1980, p. 32

¹¹⁶ Krause, Friederick, *Ideal de la humanidad para la vida*, Madrid, Imprenta de F. Martínez del Río, 1871, pp. 27 y ss.

proceso del conocimiento. Es más, la Filosofía krausista representa, y se entiende a sí misma, como un ataque frontal a la Filosofía hegeliana del Saber absoluto, al negar precisamente el conocimiento absoluto, es decir, que la certeza del conocimiento sea posible".¹¹⁷

Debe subrayarse, pues, una vez más, el escepticismo krausista sobre la coactividad del Derecho (incluido, en primer plano, el fin preventivo de la pena), que lleva a Giner a decir: "no puede ser considerada la coacción, por tanto, como un signo característico del Derecho, según pretenden muchos todavía. Si el fundamento del Derecho no es uno coactivo sino normativo, quiere decir que la validez dependerá de que se acierte a configurarlo de tal forma que sea aceptable («Anerkennung»), para sus destinatarios como motivo del actuar. El Derecho no se basará en la fuerza, sino en el poder de convicción de sus mandatos".¹¹⁸

Esta reflexión es muy coherente con el punto de una apreciación filosófica sobre la teoría del delito, recordando que dicha teoría es un sistema que engloba todas las categorías en torno al delito, como eje de dicha teoría y del propio Derecho Penal.

"La Filosofía del Derecho krausista tiene el mérito de volver a planteamientos metafísicos acerca de la fundamentación del Derecho, producto de la tradición idealista a que claramente pertenece; pero superando -en lo fundamental- su fuerte arraigo moral, al introducir también la idea de utilidad social. El Derecho puede traducirse en fuerza coactiva, pero sólo en última instancia. Antes de eso, adquiere validez sólo si está fundado en la racionalidad de sus exigencias y en la finalidad social (utilidad) que persigue como totalidad. Al constituir un mandato normativo práctico, exige entenderlo como norma de actuación en una situación determinada para sus destinatarios (todos). Sólo con estos presupuestos puede pretender el Derecho servir a una finalidad ulterior de fomento de los valores ético-sociales de

¹¹⁷ Hegel, Guillermo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Juan Pablos, México, 1986, pp. 30/33.

¹¹⁸ Krause, Friederick, *Ideal de la humanidad para la vida*, Madrid, Imprenta de F. Martínez del Río, 1871, pp. 27 y ss.

acción entre sus destinatarios. De esta manera, además, se puede plantear en el Derecho penal el problema del conocimiento de la validez de la norma infringida, «fundamental para la teoría de la culpabilidad, dado que un reproche de culpabilidad resulta impensable sin una norma `válida' y sin capacidad de conocer esa `validez».

119

Ante esta situación es lógico que se cuestionen la medida en que la elaboración del sistema de Derecho penal necesita de un método dogmático y de un método político-criminal, los ámbitos abarcados por la Dogmática y la Política criminal y los distintos problemas que una y otra han de resolver en la unidad del sistema.

“Pero basta pensar en las consecuencias que se derivarían de renunciar a tales límites, p. ej. el que exige respecto a la culpabilidad jurídico-penal que el sujeto cuya responsabilidad se cuestiona hubiese podido, al menos, actualizar la norma lesionada, para darse cuenta de que las categorías dogmáticas también cumplen una importante función de Política criminal, de la que constituyen presupuestos mínimos. Históricamente, por otra parte, la elaboración del Derecho penal como ciencia arranca del estudio de esos «presupuestos mínimos» que deben respetarse a la hora de construir un sistema de Derecho penal”.¹²⁰

Luis Silvela va muy lejos cuando restringe el tratamiento del Derecho penal como ciencia a los principios sintéticos (hoy diríamos dogmáticos) que inspiran la legislación penal, pues, según él, “sólo ellos permiten aumentar los conocimientos jurídicos; pero, al igual que posteriormente hará el Finalismo, acierta al distinguir los diferentes problemas y métodos a que deben someterse en Derecho penal el ser (del que se ocupa preferentemente la Dogmática) y la valoración (de la que se ocupa preferentemente la Política criminal)”.¹²¹

¹¹⁹ López, Juan, *El Krausismo español*, Madrid, Fondo de cultura económica, 1980, p. 34.

¹²⁰ López, Juan, *El Krausismo español*, Madrid, Fondo de cultura económica, 1980, p. 34.

¹²¹ Silvela, Luis, *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*, Madrid, 1903, pp. 5 y ss.

1.7. Concepciones del delito.

1.7.1. Concepción filosófica del delito

Desde el punto de vista filosófico cabe ampliamente decir que, el delito siempre ha sido una de las manifestaciones de la conducta humana que más ha dependido del criterio ético que tenga en ese momento, la sociedad.

Pero es prudente el planteamiento sobre que, “los conceptos de delito han sido formulados en definiciones que se desarrollan en los siglos XVIII, XIX y XX, y pueden ser agrupadas en diversas concepciones:

- a. ” **Concepciones formales o nominales**, las cuales establecen que el delito es una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley la que establece y nombra qué hechos van a ser considerados delitos; es la ley la que designa y fija caracteres delictuales a un hecho. Si en algún momento esta ley es abrogada el delito desaparece. El delito es artificial.
- b. **Concepciones substanciales o materiales**, estas establecen elementos del delito como presupuestos para que un acto voluntario humano sea considerado como delito. Así, para estas concepciones, el delito es un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal. Sigue el método analítico.
- c. **Concepción jurídica del delito**, en ella se determina que, toda ley penal —en su estructura— tiene un presupuesto (lo que no se debe hacer o lo que manda a hacer) y una consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad)”.¹²²

¹²² Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L., 2010, pp. 109/114.

Se dice que, la concepción jurídica del delito fue desarrollado por Juan Domingo Romagnosi, Giovanni Carmignani y Francesco Carrara.

El delito para Romagnosi “es la agresión al bienestar. Si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal cosa, la sociedad y el derecho deben eliminar la impunidad”.¹²³

“Explica Carmignani que la pena se aplica con el fin de prevenir futuros delitos”.¹²⁴

Para Francesco Carrara “el delito es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.¹²⁵

Este autor describe el delito como “un ente jurídico (creación de la ley) y no un fenómeno social (ente de hecho). Es un ente jurídico porque es una contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Por eso no se define como acción sino como infracción, lo que supone que la antijuridicidad es la esencia del delito y no solo su elemento”.¹²⁶

Haciendo un desglose de cada uno de los elementos que conforman el concepto mismo de delito, Peña González y Almanza Altamirano refieren:

“Al decir “acto externo” se refiere a que no son sancionables los actos internos o pensamientos, sino sólo los actos exteriorizados del hombre. El pensar en matar no es delito, mientras no lo exteriorice o realice actos para materializar este acto”.¹²⁷

¹²³ Romagnosi, Juan, *Génesis del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1956, p. 23.

¹²⁴ Carmignani, Giovanni, *Elementos de Derecho Criminal*, Bogotá, Editorial Temis Ltda, 1979, p.34.

¹²⁵ Carrara, Francesco, *Programa del Derecho Penal, Parte General*, Roma, Lucca, 1871; pp. 54 y ss.

¹²⁶ Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L, 2010, pp. 109/114.

¹²⁷ Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L, 2010, pp. 109/114.

“Con acto positivo se refiere las acciones voluntarias humanas. Con acto negativo se refiere a un no hacer lo que la ley manda a hacer, esto es, una omisión. “Moralmente imputable” significa que el sujeto comete el delito en base a su libre albedrío”.¹²⁸

El sujeto puede escoger entre la comisión de un delito o no.

El ser humano puede elegir un comportamiento (mores, “costumbre”, “comportamiento”) particular o no.

“Con “políticamente dañoso” se refiere a que el delito, al vulnerar los derechos subjetivos de otra persona, también está perjudicando a la sociedad”.¹²⁹

d. ” Concepción filosófica del delito, esta teoría, la desarrollan Pellegrino Rossi y Enrique Pessina. “Estos autores han querido conceptualizar al delito para todos los tiempos y todos los lugares. Es decir, quieren formar un concepto universal de delito”.¹³⁰

Pero es obvio que, el delito no perdura eternamente, de hecho, incluso, la prescripción ha sido también un término en torno a la vigencia o duración del delito que ha sido referido a su validez temporal, manejándose el pensamiento de que el delito deja de serlo, con el paso del tiempo, y también cuando es derogada la ley que lo concibió como tal.

Ante esta teoría descubrimos con la lectura que, de estas concepciones no fue tan aceptada la concepción jurídica del delito, partiendo de que el delito no es algo creado por la ley, sino que, la ley solamente lo define y describe el tipo, y se

¹²⁸ Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L., 2010, pp. 109/114.

¹²⁹ Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L., 2010, pp. 109/114.

¹³⁰ Pessina, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1936, p. 24.

concibe al delito como un hecho enteramente humano, que nace con el hombre y desaparecerá con la desaparición de él.

Y pensamos que, el delito es un hecho humano, aparece con el hombre, y desaparecerá con él. El delito es al hombre como la enfermedad a él.

Pessina dice que “el delito no puede ser definido por la Ley, este solo da lugar a la especie delictorum”, es decir, los delitos en particular”.¹³¹

“Para la concepción filosófica, el delito consiste en la violación de un deber, pero pueden surgir diversos cuestionamientos. Por ejemplo:

- 1- El delito de adulterio en el Perú era un delito que contravenía el deber de fidelidad; hoy ya no es delito sino simplemente una causal de divorcio.
- 2- ¿Qué pasa con el deber de no abandonar el trabajo? Esto ni siquiera es una violación a un deber, es un derecho establecido en las Constituciones políticas: el derecho a la huelga.
- 3- ¿Qué pasa con las acciones violatorias de deberes morales como la deslealtad filial?
- 4- ¿Y los actos como la huelga, el lock out, que causan perjuicios sociales, pero que más bien son derechos?

“Pues no son delitos. La pretensión de validez para todos los tiempos no es tal”.¹³²

e. Concepción dogmática del delito, “esta concepción de delito fue desarrollada por Karl Binding, Ernst von Beling, Max Ernst Mayer y Edmundo Mezger. El delito es la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable”.¹³³

¹³¹ Pessina, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1936, p. 25.

¹³² Goldstein, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 293.

¹³³ Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz,

La concepción dogmática del delito enumera los elementos constitutivos del delito y tiene su origen en la teoría de las normas de Binding que dice que “el delincuente vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica no la ley”.¹³⁴

“Edmundo Mezger se apoya en la “teoría del tipo” de Ernst von Beling que dice que cuando se infringe el supuesto hipotético de norma jurídica penal, esa infracción, ese acto debe encajar en lo descrito por la ley como delito, es decir, la infracción debe encuadrarse al tipo penal”.¹³⁵

“El delito es un acto u omisión voluntaria, quedan descartadas las conductas que no son producidas por la voluntad, como las que se realizan por fuerza irresistible, acto reflejo o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo). En estos supuestos no existe conducta, por tanto, no hay delito. El “delito es un acto típico”, todo acto humano para considerarse como delito debe adecuarse al tipo penal. Si no hay adecuación no hay delito, o peor aún, si no hay tipo, la conducta no es delito. Por eso, todo lo que no está prohibido u ordenado, está permitido”.¹³⁶

“El delito es un acto típicamente antijurídico significa que el delito está en oposición a la norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido. Un acto típicamente antijurídico puede dejar de ser tal si median las causas de justificación de la acción como: Estado de necesidad o legítima defensa”.¹³⁷

“El delito es un acto típicamente antijurídico y culpable. Para que la culpabilidad pueda ligarse a una persona, deben existir los siguientes elementos de culpabilidad:

Madrid, Editorial de Revista de Derecho Privado, 1955, p. 21.

¹³⁴ Binding, Karl, *Las normas y su transgresión*, Leipzig, Ed. Wilhelm Engelmann, 1872, p. 12.

¹³⁵ Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 21.

¹³⁶ Silva, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992, p. 23.

¹³⁷ Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L, 2010, pp. 109/114.

- Imputabilidad;
- Dolo o culpa;
- Exigibilidad de un comportamiento distinto.

Pero la conducta deja de ser culpable si median las causas de inculpabilidad como:

- El caso fortuito;
- Cumplimiento de un deber o;
- Un estado de necesidad (por ejemplo, la legítima defensa).

“Si al acto típicamente antijurídico le falta algún elemento de la culpabilidad o se dio alguna causa de inculpabilidad el delito deja de ser tal, no hay delito”.¹³⁸

Según esta concepción, “el último elemento constitutivo del delito es la punibilidad (privación de un bien jurídico a quien haya cometido, o intente cometer, un delito). Un acto típicamente antijurídico y culpable debe ser sancionado con una pena de carácter criminal. Algunas veces a quien haya cometido un acto típicamente antijurídico y culpable no se le puede aplicar la sanción por las llamadas causas de impunidad”.¹³⁹

1.8. Concepto de delito, y análisis de sus elementos estructurales.

En la moderna dogmática del Derecho Penal, existe en lo sustancial, acuerdo en cuanto a que toda conducta delictiva supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad.

¹³⁸ Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L., 2010, pp. 109/114.

¹³⁹ Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L., 2010, pp. 109/114.

Por tanto, toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes, tales como, la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a los cuales puede añadirse aún, en algunos casos un ulterior presupuesto, que es la punibilidad, pero que al decir conducta punible ya está calificada la conducta como susceptible de ser castigada.

1.8.1 La Acción

Para la doctrina más extendida, acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, ni lo son los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que son incontrolables por el ser humano, por ejemplo, los movimientos reflejos o los ataques convulsivos.

Sin embargo, es nuestro criterio que, no debería llamarse acción según esta corriente de pensamiento que así define a la conducta delictiva, y sí debería llamarse siempre conducta, y así lo pensamos pues por razones obvias, la conducta es una manifestación del comportamiento humano y cuando se extrapola la conducta humana al ámbito penal, al punto de llamársele delito o conducta punible o ilícito penal, estamos hablando de una conducta humana que puede tener, diferentes modalidades de manifestación y materialización, es decir, esta conducta se puede cometer por acción o por omisión, significados extremadamente opuestos, tienen dichas modalidades, por cuanto, la acción implica un hacer, un ejecutar, un sí accionar, y en el otro extremo omisión, significa un no hacer, un dejar de hacer, un no actuar, con la coletilla de que se está obligado a actuar en ese caso, algunas legislaciones le denominan previa fijación del deber objetivo de cuidado reclamable al procesado en el caso de un delito por omisión.

Por ende, emplear el término acción en el concepto teórico del delito excluiría según nuestro criterio, la posibilidad de que también pueda cometerse por omisión,

dilema que no encontramos, si empleamos la palabra o término, conducta.

“Esa acción ha de ser típica, o sea, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, debe encuadrar en uno de los tipos penales concebidos en la parte especial de cualquier código penal. La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crime sine lege*, por consiguiente, no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles”.¹⁴⁰

La acción típica ha de ser antijurídica, este es el segundo análisis técnico sobre la conducta o acción que analicemos, o sea, debe estar prohibida por la ley, o al menos, debe contravenir una norma jurídica, pero incluso siendo antijurídica, podemos encontrar que esté justificado contravenir la norma, ir contra un bien jurídico o un derecho especialmente protegido por el derecho penal, de modo que concurra alguna de las causas de justificación, si eso ocurre, también deja de ser delito, la conducta en cuestión.

Por último, debemos analizar en esta estructura y la configuración de sus elementos, acorde a la teoría actual, que esa acción típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir ha de poderse hacer responsable de ella al autor, la misma se le ha de poder atribuir, imputar o reprochar, pero debe tenerse como presupuestos la imputabilidad del individuo que depende de su capacidad mental y de su capacidad psicológica y social, es decir, depende de que sea capaz mentalmente y mayor de edad. Igualmente existen causas que pueden excluir la culpabilidad y radican precisamente en el defecto o la carencia de estos requisitos de imputabilidad, o sea, técnicamente no se es imputable y, por ende, no puede responderse penalmente, cuando se es loco o cuando se es menor de edad.

¹⁴⁰ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, pp. 194 y 195.

La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida; únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica. Ahora bien, véase que, una conducta típica, antijurídica y culpable es por lo general punible.

Aquí surge uno de los principales fundamentos por los que algunas escuelas incluyen la punibilidad como un elemento más, dentro de la teoría del delito.

Toda conducta típica, antijurídica y culpable debe ser punible, es decir, debe tener prevista una sanción penal para ella, aunque en ocasiones también existen algunas circunstancias que excluyen la punibilidad. Lo conocemos como excusas legales absolutorias, para que una conducta sea punible debe contar sin lugar a duda, con condiciones objetivas de punibilidad y la ausencia de causas de exclusión de esta.

Debemos retomar ahora el elemento culpabilidad tocado someramente ut supra, por ser central en nuestro tema. En pensamiento de Villavicencio Terreros, “la culpabilidad se orienta, por un lado, desde la óptica del Estado, en los fines preventivos de la pena (no se pretende un libre albedrío indemostrable empíricamente, sino un concepto de libertad, no en un sentido abstracto, sino una especial ubicación del sujeto frente al cúmulo de condicionamientos), y, por otro lado, desde la óptica del individuo, siendo necesario apreciar la situación de desventaja que éste tiene frente al Estado”.¹⁴¹

“Para este fin, la imputación personal evalúa un conjunto de aspectos relativos al individuo: imputabilidad (excluida por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteración de la percepción), probabilidad de conciencia

¹⁴¹ Villavicencio, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Lima, Editorial jurídica Grijley, 2007, p. 253.

de la antijuridicidad (excluida por situación de error de prohibición) y exigibilidad de otra conducta (excluida por una situación de miedo insuperable, obediencia jerárquica, etc.)”.¹⁴²

También, para Santiago Mir Puig, “el delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable tiene dos partes. La primera, la antijuridicidad penal, exige la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación. La segunda, la imputación personal, requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una infracción personal de la norma primaria por parte de un sujeto penalmente responsable. Por lo demás, al requerir que la antijuridicidad sea penal y que la misma sea imputable a un sujeto penalmente responsable, se hace innecesario añadir a la definición propuesta una nota independiente de punibilidad”.

143

“El profesor Dr. Juan Bustos Ramírez, escribió que, una posición política criminal conduce necesariamente a distinguir tres teorías diferentes: la del delito, la del sujeto responsable y la de la determinación de la pena. Esbozaremos sucintamente sus criterios dogmáticos al respecto, por su importancia en el estado actual de la doctrina jurídico-penal”.¹⁴⁴

“La teoría del delito, según Bustos, es el bien jurídico el que está en la base de la teoría del delito y no la acción; ésta es sólo un elemento objetivo, importante, pero sólo un elemento objetivo más del tipo, a través de la cual se singulariza una vinculación entre los sujetos. Lo importante son los procesos valorativos fundamentados desde el bien jurídico. El tipo legal contiene la descripción de un ámbito situacional de comunicación social, esto es, sean de acción u omisión, dolosos o culposos, que tienen capacidad de entrar en conflicto con el bien jurídico protegido por la norma. La tipicidad es el resultado de un proceso valorativo de

¹⁴² Villavicencio, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Lima, Editorial jurídica Grijley, 2007, p. 254.

¹⁴³ Mir, Santiago, *Derecho Penal*, Barcelona, Reppertor, 2000, p. 46.

¹⁴⁴ Bustos, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores, 2005, pp. 627/628.

atribución de un ámbito situacional concreto a un tipo legal abstracto y genérico; el juicio de atribución implica la determinación de la tipicidad”.¹⁴⁵

“Para Bustos la antijuridicidad consiste en dos procesos: En primer lugar, habría un proceso valorativo en que se ha de determinar si es posible imputar objetivamente la afectación al ámbito situacional de comunicación social que es la tipicidad. En segundo lugar, es necesario considerar un aspecto negativo, esto es, que no existan causas de justificación, es decir, que en el propio ordenamiento jurídico no se den normas permisivas en relación con esa afectación del bien jurídico”.¹⁴⁶

En resumen, la teoría del delito se construye a partir de una finalidad político-criminal de protección de bienes jurídicos. Escriben los autores alemanes en referencia, que los sistemas teóricos antiguos ponían en primer plano la distinción entre el sujeto y el objeto del delito. El sujeto es el autor; el objeto es la acción por él cometida. Dichos sistemas examinan, en primer término, la idoneidad del sujeto del delito. Con ello, para tales sistemas se hace forzoso tomar a la teoría de la imputabilidad como base del sistema: sólo es capaz de actuar un autor imputable. La exposición sobre el objeto del delito aparece recién con el debate sobre la calidad del autor: el objeto está constituido por el ilícito típico.

“Los sistemas teóricos contemporáneos, siguen el camino contrario, sobre la base de la estructura del delito de Beling. El fundamento del delito está constituido por la acción. En este sentido, es capaz de cometer una acción toda persona, sin consideración de su capacidad de imputabilidad; de tal modo, ésta pasa de ser un presupuesto de la acción a uno de la culpabilidad. Para el Derecho penal, sólo es relevante una acción que sea antijurídica y típica. La constatación de la concurrencia

¹⁴⁵ Bustos, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores, 2005, pp. 627/628.

¹⁴⁶ Bustos, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores, 2005, pp. 627/628.

de estos presupuestos agota el juicio sobre el hecho.”¹⁴⁷

1.8.2 La Tipicidad

Los esquemas del delito clásico, neoclásico y finalista conciben de manera distinta el concepto de tipo penal, y, eso, ya lo hemos dejado claro en todo el avance de este trabajo, estos sistemas, por consiguiente, también conciben de modo diferente, la tipicidad. Por ejemplo, para un esquema clásico del delito, el tipo penal es siempre objetivo y nunca subjetivo.

Según el esquema clásico, todo lo externo material se estudia en el tipo y lo subjetivo, dolo o culpa, se estudia en la culpabilidad, entonces, este esquema definirá la tipicidad como la adecuación objetiva y nunca subjetiva de la conducta en el tipo.

“El esquema neoclásico del delito concibe el tipo como fundamentalmente objetivo por cuanto, si bien este esquema seguía entendiendo, igual que el esquema clásico, que el dolo y la culpa eran un problema de la culpabilidad, reconoció que en algunas ocasiones es necesario hacer en el tipo alusiones a aspectos subjetivos distintos al dolo y la imprudencia que siguen siendo problemas de culpabilidad, como lo son los elementos o ingredientes especiales subjetivos, que no son más que ciertos ánimos o propósitos distintos del dolo, la culpa y la preterintención.” ¹⁴⁸

“El esquema neoclásico del delito definirá la tipicidad como la adecuación objetiva y a veces subjetiva de la conducta en el tipo. Con el esquema finalista se comienza a hablar de tipo complejo, es decir, para el esquema finalista el tipo penal ya no es nunca subjetivo, ni solo a veces subjetivo, como lo pregonan los partidarios de los esquemas clásico y neoclásico del delito respectivamente, sino que lo será

¹⁴⁷ Beling, Ernst Von, *Esquema del Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial Gustav Fischer, 1944, p.11.

¹⁴⁸Vega, Harold, “El análisis gramatical del tipo penal”, en <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233>, en Justicia, No. 29, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, 2016, pp. 53/71.

siempre. Es decir, el tipo penal en un esquema finalista del delito siempre tendrá referentes objetivos y subjetivos, porque además del elemento o ingrediente especial subjetivo, que a veces aparecen en el tipo, los finalistas exigen el dolo y la culpa en el tipo”.¹⁴⁹

La tipicidad, es considerada en todas las escuelas o corrientes de pensamiento sobre la teoría del delito, como un elemento estructural del concepto de delito, de modo que, para poder decir que una conducta es delictiva, uno de los requisitos a exigirse, es que deberá ser típica, ¿qué quiere decir?, pues trata de que el hecho que ha ocurrido en la realidad debe reunir una serie de elementos cuya descripción debe encuadrar de modo perfecto e indubitado, en uno de los tipos penales que ha creado el legislador, generalmente agrupados según el bien jurídico protegido en esa familia de delitos a la que pertenece este tipo penal.

Este es el elemento que nos permite como ningún otro, distinguir, diferenciar los tipos penales o figuras delictivas, cuando por ejemplo, ocurre un hecho en que una persona ha dado muerte a otra, tenemos varias figuras delictivas en las que el verbo rector es matar y se pune o sanciona el hecho de que una persona mate a otra, pero, cómo podemos diferenciar si es un Homicidio intencional o culposo, un Sicariato, un Femicidio, o un Asesinato, por solo citar algunos, en todos existe un denominador común; y es que una persona ha matado a otra, sin embargo, existen una serie de elementos reales que ocurrieron en los hechos, y que nos permite ir aproximando la conducta en uno de los tipos penales concretos y preestablecidos en este Código, es así que triunfará la calificación que permita encuadrar en su descripción todos los elementos de hecho ocurridos en la conducta misma, así llegaremos a la conclusión de que se configurará uno solo de estos tipos penales, el que sea típico, o sea, que describa en su configuración legal todos los elementos acontecidos en el hecho.

¹⁴⁹Vega, Harold, “El análisis gramatical del tipo penal”, en <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233>, en Justicia, No. 29, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, 2016, pp. 53/71.

La tipicidad en nuestro criterio funciona, tal y como acostumbramos a explicar a los alumnos, con éste símil: su pie calzará cómodamente, sin que sobre ni falte espacio, el zapato que es su talla exacta, que le quedará realmente cómodo, es así que la conducta delictiva encuadrará perfectamente en un tipo penal concreto, podrán usarse otras calificaciones o supuestos de conductas delictivas, pero solo una será su correcta calificación, y esta es la que reúna todos los elementos descritos, en el tipo penal concreto.

Según los ordenamientos legales penales adheridos a los postulados de la escuela finalista, se considera dentro de la tipicidad elementos como el dolo y la culpa, que han sido considerados por la Escuela Clásica como elementos dentro del elemento culpabilidad.

De modo que, según la Escuela Finalista, dentro de la tipicidad debemos encontrar elementos que nos reflejen si la acción u omisión ocurrió por dolo o por culpa, esto quiere decir si ocurrió de modo intencional, o por imprudencia, y es que, el dolo es la expresión más dañina y peligrosa de la acción u omisión humana, pues ocurre cuando la persona actúa o deja de actuar con el designio o la decisión de causar daño, actúa o deja de hacer algo con maldad y para dañar algo o a alguien, consta de varios elementos el dolo:

1.8.2.1. Elemento intelectual o cognoscitivo del dolo

Para actuar dolosamente, el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que conforman el hecho típico, por ejemplo, en el homicidio doloso debe saber que mata a otra persona; en el hurto, que sustrae cosas ajenas sin el consentimiento de su dueño, etc. Ese conocimiento constituye un requisito previo a la voluntad (no se puede querer hacer algo, si no se sabe primero qué se va a hacer).

Pero no es necesario que el sujeto antes de actuar realice una reflexión sobre su futura acción, basta con que reconozca que en la situación concurren los

elementos objetivos descritos en el tipo.

Por otro lado, no es imprescindible que el sujeto tenga un conocimiento exacto de cada uno de los elementos típicos, sino que es suficiente con que posea un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos del tipo, por ejemplo, en el caso del hurto, no es necesario que el sujeto conozca exactamente el significado del concepto de "cosa mueble ajena"; basta con que sea consciente de que está sustrayendo, apropiándose, quitándole a alguien, generalmente a su dueño un objeto, el que no es de él si no, de otra persona.

1.8.2.2. Elemento volitivo del dolo

Para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizar el hecho.

Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de esa acción, del tipo de injusto doloso frente al imprudente: quien actúa con dolo se ha decidido a agredir el bien jurídico protegido en el tipo correspondiente.

1.8.3 La culpa

Sin embargo, la culpa, conocida también como imprudencia, se refiere a que, sin maldad, sin intención, o designio de provocar el daño, la persona actúa y lo produce, a causa de infringir un deber objetivo de cuidado que personalmente le corresponde a ella, cumplir.

Culpa o imprudencia es, es el término jurídico que, según Carrara, al igual que la negligencia, supone la "voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho".¹⁵⁰

¹⁵⁰ Carrara, Francesco, *Programa del Derecho Penal, Parte General*, Roma, Lucca, 1871; pp. 54 y ss.

A esta teoría se le han formulado diversas críticas, lo que no implica que no se reconozca que el concepto de previsibilidad desempeña un papel de importancia en la culpa, sino tan solo, que ese elemento no puede considerarse como suficiente para servirle de fundamento, dado que, en otras razones, aun siendo previsible el resultado, puede no darse la culpa, si el sujeto ha actuado con la debida diligencia y prudencia.

La culpa en sentido estricto es definida como la falta de intención en el sujeto activo de provocar las consecuencias que del acto que emprende, por lo que se dice que no se representó mentalmente el resultado de su accionar, mientras que el dolo es la intención de cometer el acto en cuestión y consecuentemente, causar sus consecuencias, por lo que previamente se representó mentalmente el resultado de su acto y lo quiso.

La culpa entonces es el actuar imprudente, negligente, en otras palabras, la conducta atrevida o descuidada del sujeto activo. “El límite entre culpa y dolo; límite entre el actuar culposo y el doloso, está dado por la culpa consciente y el dolo eventual”.¹⁵¹

Así, “en la culpa consciente hay representación mental del resultado que conlleva el acto efectuado, pero se suma a ello, el criterio del sujeto activo, de que tal resultado perjudicial, finalmente delictual, no se concretará por una mala valoración de las circunstancias del hecho, que podría calificarse generalmente como un exceso de confianza, no susceptible de ocurrir si se actuara con un criterio estándar de cuidado y atención”.¹⁵²

¹⁵¹Magariños, Mario, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, en https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/l%C3%ADmite.pdf, p. 62.

¹⁵²Magariños, Mario, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, en https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/l%C3%ADmite.pdf, p. 63.

Manifestaciones de la Culpa

Existen varias manifestaciones de la culpa, entre ellas:

“Negligencia: Descuido en el actuar. Omisión consciente, descuido por impericia o dejar de cumplir un acto que el deber funcional exige. En materia penal, es punible”.¹⁵³

“Imprudencia: Punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar actos que se realizan sin la diligencia debida y que son previsibles desde un punto de vista objetivo, siendo considerados como delito”.¹⁵⁴

“Impericia: Falta de pericia, sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte”.¹⁵⁵

“Inobservancia: Consiste en que, al desempeñar ciertas actividades o cargos, el sujeto omite cumplir los deberes impuestos por los reglamentos u ordenanzas”.

156

1.9. La antijuridicidad. Su origen.

La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil tiene su origen cercano en los juristas en lengua alemana, pero su surgimiento se remonta al Derecho Romano.

¹⁵³Magariños, Mario, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, en https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/l%C3%ADmite.pdf, p. 62/64.

¹⁵⁴Magariños, Mario, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, en https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/l%C3%ADmite.pdf, p. 62/64.

¹⁵⁵Magariños, Mario, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, en https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/l%C3%ADmite.pdf, p. 62/64.

¹⁵⁶Magariños, Mario, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, en https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/l%C3%ADmite.pdf, p. 62/64.

A lo injusto o contrario a la ley, se le denominaba Iniuria, siendo ius-iuris, Derecho, e in un prefijo negativo de origen protoindoeuropeo, que significa contrario o que carece de algo, en este caso carece de juridicidad.

Existen tantas opiniones y discusiones sobre el tema que se hace difícil abarcarlas todas, pero podemos emplear esta idea como resumen: “la actividad del sujeto era acorde con el Derecho cuando había una causa de justificación, especialmente, legítima defensa; de hecho, se decía que, *Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. Itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest*, (se considera también mala intención matar cuando quien lo hace no tiene ningún derecho a ello; por consiguiente, quien mata a un ladrón no es responsable cuando no puede escapar del peligro de otro modo). Fue considerada la inuria como maldad.”¹⁵⁷

Cualquiera que fuera el significado de *iniuria* en el Derecho romano, “los autores del llamado *Ius Commune* no se preocuparon sobre ese término en la Lex Aquilia. Una vez que la negligencia o culpa había sido introducida entre los elementos de la responsabilidad aquiliana, iniuria, la intención maliciosa, perdió interés para los juristas. Si nos fijamos en los comentarios de Bartolo (1313-1357).

158

“Luego Jacobus Cujacius (Jacques Cujas), dos siglos después (1520- 1590), al estudiar la Lex Aquilia conforme al llamado *mos gallicus*, ligaba el concepto de iniuria con el de culpa en sentido amplio, o sea, intención o negligencia:” *In ea lege iniuria significat culpa.*”¹⁵⁹

¹⁵⁷ García, Martín, *La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil*, Universidad de Murcia, ADC, tomo LXVI, fasc. IV, en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-40150301604_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_antijuridicidad_como_requisito_de_la_responsabilidad_civil, 2013, p. 7.

¹⁵⁸ En un rápido repaso se observa que la palabra iniuria aparece una sola vez en cuatro folios dedicados a la Lex Aquilia (en *lex Liber homo*, D. 9, 2,37, pr.), ver Winiger, Winiger, *responsabilidad aquiliana según la ley ordinaria. Damnum Culpa Datum*, Helbing y Lichtenhahn, Ginebra, 2002.

¹⁵⁹ Guzmán, Alejandro, “La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes”, en *Revista Chilena de derecho*, vol.31, No. 1, 2004, p.39.

Desde el inicio de la Edad Moderna, el Derecho privado en general, comenzó a diferenciarse y tomar su propio camino en cada país. No obstante, el país líder en este movimiento fue Francia, copiado en gran medida por otros, luego de su Código Civil Napoleónico.

“Jean Domat (1625-1696) y Robert Pothier (1699-1772), los juristas más importantes de esta época en ese país consideraban que eran necesarios tres elementos para interponer con éxito una acción de responsabilidad civil:

- daño (*damnum*);
- intención (*dolus*, *délict*) o negligencia (*culpa*, *quasi-délict*); y,
- una relación de causalidad.¹⁶⁰

Aunque sobre este último elemento apenas se hacía hincapié, de hecho, siguen algunos de estos elementos vigentes en la actualidad como presupuestos de la responsabilidad civil por daños.

No obstante, es importante dejar claro que la expresión *culpa* era utilizada en tres sentidos distintos:

- como negligencia;
- como negligencia y *dolo* conjuntamente; o,
- para referirse a la *inimputabilidad* de los enfermos mentales y los menores.

En conclusión, el concepto de *iniuria*, en este tiempo, se convirtió en irrelevante, con determinarse el *dolo* o la *culpa*, era más que suficiente.

¹⁶⁰ Guzmán, Alejandro, “La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes”, en *Revista Chilena de derecho*, vol.31, No. 1, 2004, p.39.

“Los juristas del área germánica siguieron las enseñanzas del *Ius Commune*. Pero con el holandés Hugo Grocio, (Huigh de root, 1583-1645) y el alemán Samuel von Pufendorf (1632-1694), comenzó una nueva era en la filosofía del Derecho continental.”¹⁶¹

“La fundamentación de Grocio del Derecho natural simplemente en la razón humana exista o no Dios, fue el punto de partida del racionalismo en Derecho. El éxito de su obra fue, además de en los Países Bajos, excepcional en el área de lengua alemana, y para estos autores, casi todo el Derecho podía ser deducido de ciertos axiomas racionales.”¹⁶²

“Aplicando tales ideas al ámbito que nos concierne, igual que existía el axioma “conforme a Derecho”, debía existir el axioma “contra Derecho” o “iniuria”, y del mismo podían ser inferidos tanto sus efectos criminales como civiles.”¹⁶³

Grocio, en su Introducción al Derecho de Holanda dedica algunas páginas a las fuentes de las obligaciones e incluye el delito entre ellas. Desde su punto de vista, “El delito es un hacer o dejar mantenerse un estado de cosas como estaba, cuando no está autorizado por su propia naturaleza o por una ley, y del crimen pueden surgir dos obligaciones: por un lado, la pena; por otro, la indemnización del daño”.¹⁶⁴

“A partir de estas líneas, se ha llegado a afirmar por la doctrina holandesa contemporánea que Grocio ya tenía en mente el concepto de antijuridicidad, que

¹⁶¹Huesbe, Marco, “La teoría política de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la constitución del imperio romano-germánico”, en Revista Estudios histórico-jurídicos, No.31, Valparaíso, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552009000100016>, 2009, pp. 427/445.

¹⁶²Huesbe, Marco, “La teoría política de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la constitución del imperio romano-germánico”, en Revista Estudios histórico-jurídicos, No.31, Valparaíso, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552009000100016>, 2009, pp. 427/445.

¹⁶³Huesbe, Marco, “La teoría política de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la constitución del imperio romano-germánico”, en Revista Estudios histórico-jurídicos, No.31, Valparaíso, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552009000100016>, 2009, pp. 427/445.

¹⁶⁴Huesbe, Marco, “La teoría política de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la constitución del imperio romano-germánico”, en Revista Estudios histórico-jurídicos, No.31, Valparaíso, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552009000100016>, 2009, pp. 427/445.

supuestamente fue copiado por Domat y Pothier.”¹⁶⁵

La función del juicio de antijuridicidad era reconocer una serie de causas que justificaban la acción aparentemente criminal, y así se suele considerar por la mayoría aún en estos días.

1.9.1 La antijuridicidad en el Derecho Penal.

Para el Derecho Penal la antijuridicidad también es concebida en todas las teorías, escuelas y postulados, como uno de los elementos que conforman la estructura básica del delito, es así como, sobre la antijuridicidad desde el Derecho Penal, estamos acostumbrados a determinar que para que una conducta sea delictiva, debe poseer, al menos, cuatro de los elementos de su estructura, dígase tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

“Antijuridicidad, proviene del término alemán *Rechtswidrigkeit*, que significa "contrario al Derecho".¹⁶⁶ Se le define como aquel desvalor que posee un hecho típico que es contrario a las normas del Derecho en general, es decir, no sólo al ordenamiento penal.

La antijuridicidad supone que la conducta que se ha realizado está prohibida por el ordenamiento jurídico; en otras palabras, que dicho comportamiento es contrario a Derecho.

“Entiéndase entonces que, matar es antijurídico porque es contrario a derecho, nadie tiene el derecho de hacerlo, está prohibido por ley hacerlo, excepto que concurra alguna causa de justificación para haber obrado de ese modo”.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Huesbe, Marco, “La teoría política de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la constitución del imperio romano-germánico”, en Revista Estudios histórico-jurídicos, No.31, Valparaíso, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552009000100016>, 2009, pp. 427/445.

¹⁶⁶ Diez, José, “La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal”, en Dialnet-LaCategoríaDeLaAntijuridicidadEnDerechoPenal-46400 (1).pdf. Universidad de Málaga, 1991, p.43.

¹⁶⁷ López, Yudith, *El Código Orgánico Integral Penal al alcance de todos. Normas rectoras e*

Así incluso, aunque se integre la antijuridicidad, ya que con la acción u omisión se afecte un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, aunque se vaya contra la norma penal, se ponga en peligro o lesione un derecho; sucede que, en ocasiones, pueda el actor estar legitimado, autorizado o justificado, para llevar a cabo esta conducta antijurídica.

Cuando eso ocurre, es porque acontece una causa de justificación, y cualquiera de ellas si se integrara en el caso de modo pleno, sería capaz de excluir el elemento antijuridicidad y, por ende, al faltar uno de los elementos, dicha conducta dejaría de ser considerada como delictiva, estando entonces ante un precepto permisivo.

Los preceptos permisivos son fruto de la inevitable necesidad de reconocer que la injerencia del poder punitivo es irracional cuando el agente realiza la acción antinormativa como parte de su ejercicio de libertad y yo diría incluso, que lo realiza como parte de su derecho de autoprotección.

La abstracción esquemática del tipo penal permite que el tipo fáctico o supuesto de hecho, asuma todas las formas posibles cuyas particularidades no interesan a la prohibición, pero no puede menos que admitir que en ciertos casos, esas particularidades hacen que, precisamente la acción típica, sea parte del ejercicio de la libertad del agente.

El relevamiento particularizado de estas circunstancias se expresa en esos preceptos permisivos. Estos preceptos permisivos se llaman causas de justificación o de licitud, y la tensión entre tipicidad y causas de justificación es un segundo capítulo dialéctico dentro de la teoría del injusto, impuesto por la inevitable necesidad legislativa de establecer determinadas circunstancias de hecho o de derecho, para evitar que se convierta en prohibición cuando ésta afectaría la libertad de modo irracional.

infracción en general, t. I, Quito, Editorial jurídica del Ecuador, 2016, p.14.

La antinormatividad, que resulta de una situación de conflicto lesivo (tipicidad penal), pone entre paréntesis la libertad de la acción típica hasta que la existencia de un precepto permisivo la rehabilite o confirme como derecho, o, por el contrario, la prohíba, por rebasar el límite de lo lícito. Conforme con ello, nunca podrá asimilarse un hecho inocuo con otro lesivo e imputable al agente como obra suya, pero sí, cuando lo hace en ejercicio de un derecho cuya licitud puede ser conflictiva, pero, aun así, seguirá siendo lícita.

Esto último hace que la existencia de un permiso sea manifestación de no contradicción de un conflicto dañino con el derecho, es decir, como antinormatividad o antijuridicidad circunstanciada que el legislador político reconoce como ejercicio de un derecho. Más claro aún, ante determinadas circunstancias previstas y descritas en ley, la conducta deja de ser antinormativa porque el agente tiene derecho a llevar a cabo esa conducta.

Por ello, por un lado, injusto penal no es cualquier conducta antijurídica, sino sólo la que es penalmente típica; pero, por otro lado, tampoco es injusto penal, una conducta meramente típica, sino sólo cuando ésta es también antijurídica.

En consecuencia, se denomina injusto penal (delito), a la acción que es típica y antijurídica, salvando en este punto otras cuestiones que faltarían, pero solo nos circunscribimos ahora, al análisis de estos dos elementos. En tanto que la antijuridicidad, es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, es decir, el delito, o sea, es la misma conducta humana desvalorizada.

Estamos conformes con la conclusión de que una acción está prohibida como injusto penal.

A ello se llega mediante dos juicios valorativos:

El de antinormatividad, (antijuridicidad), que sólo tiene en cuenta las normas prohibitivas que se deducen de los tipos, juntamente con las restantes normas del orden normativo (tipicidad).

Pero como el orden jurídico se integra también con preceptos permisivos, que reconocen ejercicios de derechos, la antijuridicidad no afirma la prohibición justamente en estos últimos supuestos de ejercicio de derechos, o sea, cuando éstos consisten en la realización de una acción típica.

“Los derechos cuyo ejercicio se reconoce mediante los preceptos permisivos no difieren en su esencia de la disponibilidad de bienes jurídicos que excluyen directamente la antinormatividad, sino que, por efecto de la inevitable necesidad de circunstanciar la norma prohibitiva para no incurrir en una prohibición irracional a causa de la abstracción del instrumento legal (tipo) de que se la deduce, se expresan en preceptos permisivos. La necesaria abstracción del tipo penal obliga a preservar el principio de reserva mediante el principio lógico de que la negación de la negación es la afirmación”.¹⁶⁸

Entendemos que lo anterior no significa que la norma coloca una prohibición que el precepto destruye, sino que la antijuridicidad de la acción típica es una síntesis de la presencia de la norma con la ausencia de precepto, en tanto que la justificación de la acción típica es síntesis de la norma con la presencia del precepto.

En consecuencia, el Derecho Penal general se encarga de regular de modo expreso, taxativo y claro, cuáles serían las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad.

Así encontramos como causas de justificación o eximentes de la responsabilidad penal que excluyen la antijuridicidad, cada una con sus propias

¹⁶⁸ Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 632.

peculiaridades y requisitos, las siguientes:

- Legítima defensa,
- Estado de necesidad,
- Cumplimiento de un deber,
- Obediencia debida y,
- Error.

1.9.2. La antijuridicidad desde el Derecho Civil

Comencemos analizando casos de derecho civil, en que podría o no, estar presente la antijuridicidad, para lo cual se nos hace fácil poner un ejemplo:

En muchos países, el causante ha de dejar parte de sus bienes a determinados parientes; para calcular la cuota de cada pariente se tienen normalmente en cuenta las liberalidades inter vivos. Imaginemos ahora que una persona de buena posición económica realiza diversas donaciones, pensando que le quedan bienes suficientes para respetar la legítima. Con posterioridad, debido a una crisis económica, le deviene una mala situación, de modo que lo dejado a su muerte no cubre la legítima, si sumamos el valor de las donaciones, ante esto podríamos decir que el testamento o las donaciones son ilícitas o antijurídicas, pero, desde luego, en un sentido muy distinto de aquél en el que lo hacemos en el Derecho de daños y estaríamos ante la antijuridicidad dentro del propio Derecho Civil, pero emanada de una fuente distinta, es decir, no emana de actos, tampoco emana de hechos; sino que, en este ejemplo, emana de una situación de hecho.

Igualmente, podríamos considerar que la posesión de buena fe es una situación ilegal, pero aquí podría ser más bien, un problema de enriquecimiento injusto.

Dentro del ámbito de la responsabilidad civil, lo que se discute fervientemente es, si el requisito de la antijuridicidad se refiere a la conducta del agente o al resultado, es decir, al daño, e incluso, si podría estar la antijuridicidad en ambos, es decir, tanto en la conducta del agente, como en el resultado dañoso.

“La doctrina alemana suele fijar el punto de partida fundamental de este debate en la discusión entre Adolf Merkel, y Jhering, que tiene como trasfondo las distintas concepciones que de la antijuridicidad se iban desarrollando entre los penalistas decimonónicos, y la clasificación de Hegel sobre los distintos tipos de actos contrarios a Derecho”.¹⁶⁹

Esto que hemos expuesto nos lleva a analizar la antijuridicidad desde el Derecho Civil, partiendo del daño, pues a partir de él, es que puede derivarse en nuestro criterio, la responsabilidad civil.

Sin embargo, no todo daño real alcanza juridicidad suficiente, o tal y como dice Mosset Iturraspe, “No todo daño “fáctico” o “de hecho” tiene la entidad suficiente para alcanzar juridicidad en materia de responsabilidad civil, y en tal caso carecen de tutela jurídica”.¹⁷⁰

Es decir que, no todo daño puede generar responsabilidad civil, ni guarda la entidad necesaria como para ser resguardado por la ley, ni por el tribunal actuante, con miras resarcitorias.

Pudiéramos citar varias normas a nivel internacional que conciben el daño desde aristas y puntos de vista diferentes, pero nos detenemos a invocar el art. 1737 del recientemente puesto en vigor, Código Civil y Comercial de la Nación, de Argentina, artículo que enmarca el daño de este modo: “Hay daño cuando se lesiona

¹⁶⁹ Merkel, Adolf, "Sobre la enseñanza de las injusticias fundamentales y sus consecuencias legales", en *Tratados criminalistas*, Leipzig, Breitkopf-Härtel, 1867, p.21.

¹⁷⁰ Mosset, Jorge y Lorenzetti, Ricardo, *Contratos Médicos*, Buenos Aires, La Rocca, 1991, pp.79 y ss.

un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.¹⁷¹. Y lo determina de modo muy amplio, abarcando que exista una lesión a cualquiera de tres esferas de la vida de una persona en particular, tales como, la persona misma, su patrimonio, o un derecho que tenga incidencia colectiva.

Pero, - ¿qué quiso decir el legislador argentino cuando plantea que se considera daño la lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico?

A nuestro entender se trata de un daño no ilegítimo, es decir, de un daño legítimo, de modo que puede ser un daño lícito, pero podemos entender que, aun así, podría el causante del mismo, ser responsable civilmente de sus efectos.

De cualquier forma, también se entiende que, sería compleja la determinación de un daño resarcible o que implica la obligación de resarcimiento cuando no es reprobado por el ordenamiento jurídico.

Citemos a Bueres, para quien “es digno de tutela el interés que resulta lícito y serio, ello es suficiente para fundamentar el resarcimiento que exigen la equidad y la solidaridad social”.¹⁷²

Lo siguiente sería determinar si el daño es resarcible o no, y para ello, cabe analizar si es un daño causado de forma justificada, aun y cuando, dicho daño sea perfectamente imputable a dicho sujeto, pero la obligación de resarcirlo no nace porque quien lo sufrió, no lo sufrió injustamente, sino por el contrario, lo sufrió de modo justo, o quizás incluso, de modo merecido.

¹⁷¹ Ver Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1737, Ley 26.994, Sancionada en octubre 1 de 2014, Promulgada octubre 7 de 2014.

¹⁷² Bueres, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006. pp.138/172.

Si hablamos de causas que pueden justificar que un individuo produzca un daño a otro, entonces estaríamos hablando de una causa de justificación y estas solo concurren legalmente, cuando excusan o justifican una determinada conducta.

Por ello es por lo que cuando concurre una causa de justificación, la conducta deja de ser antijurídica, y se convierte en una conducta permitida por el derecho, de ahí que hayamos hablado antes, de preceptos permisivos, así que, resulta indudable que estaríamos hablando de que el daño causado en materia civil puede ser perdonado por la propia ley, cuando esta concibe determinadas circunstancias en que ese daño puede estar también, justificado.

Pero llamamos la atención sobre algo curioso, al menos para nosotros, y es que en materia civil los daños no están descritos en la ley, de hecho no han sido creados tipos dañosos, como sí existen los tipos penales, y por ende, no son concebidos como delito, de ahí el término civil de cuasidelitos; pero aunque expresamente no se haya hablado de la tipicidad, sí observamos que va implícita la misma en el daño causado y de ella depende en gran medida que deba responder de modo resarcitorio, el causante del mismo.

La normativa civil de modo general no expresa ante cuáles causas, estaría perdonado el daño o dejaría de ser antijurídico el mismo, no obstante, el Dr. Ubiría en la página 235 de su reciente obra, “Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, plantea algunos ejemplos o supuestos, en que puede el daño en cuestión, estar justificado “.¹⁷³

Esto no lo hace la normativa civil; entonces, quedaría a arbitrio del juzgador determinar no solo si está justificado el daño, sino, además, que se integran todos los elementos para su justificación y estos elementos los pondría el propio juzgador acorde a su sapiencia y experiencia de vida, pues la ley por lo general no describe

¹⁷³ Ubiría, Fernando, *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 235.

cuáles son.

Una excepción a esto lo constituye el acierto, en nuestro criterio técnico, del Código Civil y Comercial de la Nación (CC y CN), Argentina, que en sus art. 1718 y hasta el 1720, establece de modo taxativo, cuáles serían los hechos que podrían justificar la provocación de un daño, exactamente concibe seis supuestos, estos son:

- “Ejercicio regular de un derecho
- Legítima defensa propia o de un tercero
- Estado de necesidad
- Consentimiento del damnificado
- Cumplimiento de un deber”.¹⁷⁴

Claro está, que el derecho a dañar a alguien o, a algo, no existe, sin embargo, puede dañarse a alguien o a algo, de modo justificado.

Confirmación de esta posición descrita en el CC y CN Argentina, lo es el hecho de que, su art. 1749 plantea: “Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión”.¹⁷⁵

O sea, veamos que deja claro que no sería responsable directo quien incumple la obligación u ocasiona el daño, por acción u omisión siempre que sea justificadamente.

Quedaría entonces ante esta norma, valorar la posibilidad de que por ese daño o incumplimiento obligacional que se llevó a cabo de modo justificado, sí pueda responder el causante del mismo, de modo indirecto.

¹⁷⁴ Ver art. 1718 del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada en octubre 1 de 2014, Promulgada octubre 7 de 2014.

¹⁷⁵ Ver art. 1749 del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada en octubre 1 de 2014, Promulgada octubre 7 de 2014.

Existen otros autores que han hablado incluso de que para que el daño pueda ser considerado ilícito y amerite sea fijada responsabilidad civil, por su acaecimiento, será de este modo: "...el daño merecerá la calificación de antijurídico cuando lesione un interés protegido por el Derecho, entendidos, tanto éste como aquél, en su sentido más amplio. Lo anterior significa que por intereses jurídicamente protegidos o tutelados no deben entenderse únicamente los derechos subjetivos, sino también los intereses legítimos e, incluso, las expectativas ciertas y legítimas, siempre y cuando unos y otras se encuentren protegidos por el Ordenamiento jurídico, concebido éste no sólo como la suma de sus concretas normas, sino integrado también por los principios y valores que lo informan".¹⁷⁶

"Y bien se ha aclarado que institutos como el abuso del derecho amplían la antijuridicidad mediante pautas axiológicas genéricas, como la funcionalidad en el ejercicio de los derechos, la moral, la buena fe, las buenas costumbres, etc."¹⁷⁷

1.9.3. ¿Antijuridicidad sin tipicidad?

Pasando a otro aspecto dentro de este mismo tema, logra entenderse que, no deja de hablar el Código Civil, aunque de modo tácito, de la presencia de la tipicidad, es clara la relación entre tipicidad y antijuridicidad, de modo que, si en Derecho Civil existe la antijuridicidad debe existir también, la tipicidad, pues toda conducta antijurídica tiene que ser típica; aunque no toda conducta típica sea siempre, antijurídica.

La tipicidad siempre concebida como parte del Derecho Penal, se conforma por elementos normativos que constituyen la integración del daño, tales como que sea cometido por acción u omisión, o que sea voluntario o involuntario, lo cual es muy próximo a decir que haya sido cometido con intención o por imprudencia,

¹⁷⁶ Naveira, Maita, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 2006, pp. 248/249.

¹⁷⁷ Zavala, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. IV, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 315.

supuestos ante los cuales, igualmente deberá responder civilmente por el daño, quien lo produjo.

Se habla de bienes jurídicos lesionados, por ende, este es otro concepto por dejar definido, de modo que, si nos acogemos a este criterio en materia civil, tendríamos que determinar cuál bien jurídico resultó dañado.

Es que se está hablando incluso, en el Derecho Civil sobre participación en el daño causado, que puede ser singular o múltiple y sería otro elemento normativo que ayude a determinar la tipicidad de dicho daño y señalamos al respecto: habla ya de roles participativos, unos principales y otros secundarios, nada más parecido a la autoría y la complicidad como formas de participación delictiva.

Todo esto nos lleva a estar de acuerdo con que la antijuridicidad misma es la que salva cualquier ausencia y la respuesta hasta este momento, la encontramos en el razonamiento de algunos autores que piensan que la antijuridicidad para el Derecho Penal es típica, mientras que para el Derecho Civil, es genérica y ahí está su mayor diferencia, entre ambas ramas en opinión nuestra, y además esto constituye la razón que logra explicarnos que, a pesar de existir cuasi-delitos y delitos civiles no existan tipos civiles o dañosos.

En conclusión, respecto a esto opinamos que, es cierta la afirmación de Pena López cuando en el prólogo al libro de Busto Lago, plantea que, “La antijuridicidad existe en nuestro ordenamiento, como en todos, porque, a nuestro parecer, es un requisito ontológico de la responsabilidad civil.”¹⁷⁸

¹⁷⁸ Ver a Pena, José, en Prólogo a la Obra de Busto, José, *La Antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Ed. Tecnos, 1998, p. 24.

1.9.4. ¿Daño sin antijuridicidad?

No cabe duda en cuanto a que, decir que el daño no fue ilícito, o sea, que se produjo un daño a causa de un acto lícito, esto se enfrenta contradictoriamente al elemento antijuridicidad, por cuanto, si se trata de un acto lícito no puede ser antijurídico, una categoría de acuerdo con cada concepto excluye la posibilidad de integración de la otra, tal y como plantea Aldo Luis de Cunto, en su artículo “La Antijuridicidad y la Responsabilidad por Acto Lícito”:

“La primera radica en que, si se reconoce que es posible la existencia de responsabilidad por acto lícito, entonces se habrá de colegir que la antijuridicidad no es un elemento o requisito necesario de la responsabilidad por daños. La segunda, contraria a la anterior consiste en considerar que en la responsabilidad por acto lícito está presente el elemento antijuridicidad, que el mismo es un requisito de la responsabilidad por daños y por lo tanto no existe tal licitud”.¹⁷⁹

1.9.5. Elementos de la responsabilidad civil

Según Vázquez Ferreyra “los elementos que conforman la responsabilidad civil son cuatro:

- antijuridicidad
- daño
- factor de atribución y,
- causalidad”.¹⁸⁰

¹⁷⁹ De Cunto, Aldo, *La Antijuridicidad y La Responsabilidad por Acto Lícito*, Lecciones y Ensayos, capturado el 6 de octubre de 2016, pp. 51/54.

¹⁸⁰Vázquez, Roberto, *Responsabilidad por Daños*, Buenos Aires, De Palma, 1993, p. 24.

El primero de estos elementos es la propia antijuridicidad y sabemos ya su concepto, pues ha girado sobre su existencia este tópico. Signifiquemos que antijuridicidad es lo contrario a derecho, es lo antinormativo.

El segundo de los elementos es el daño. Resulta obvio que significa una lesión a un interés o podría decirse, a un bien jurídico, y es interés jurídico porque está protegido precisamente por el ordenamiento jurídico, interés o bien jurídico que por su propia naturaleza debe ser espiritual y/o patrimonial, o dicho de otro modo, menos cuestionable, de naturaleza patrimonial y/o extra patrimonial, o como se le conoce por muchos, en nuestros días, daño patrimonial y/o daño moral.

El siguiente elemento podría traer más dudas. Hablamos del factor de atribución que no es más que la fundamentación del motivo, o sea, la argumentación de por qué debe responder esa persona por el daño, es el por qué debe reparar dicho daño. En cuanto a esto, existen factores de atribución objetivos y subjetivos, y es así como la parte civil del derecho analiza el dolo y la culpa como factores de atribución de índole subjetiva y los objetivos no aparecen taxativamente enumerados.

Estos factores son importantes porque nos permiten conocer por qué se debe reparar el daño y quién debe repararlo.

La causalidad sería el último de los elementos a analizar, y conocemos que se trata del nexo causal entre el acto y el resultado, causa-efecto, es decir, entre el hecho previo que ha provocado una persona o una cosa y el daño que se produjo, y ahí analizaríamos el elemento de la autoría que ya enunciábamos antes, en el caso de que lo haya provocado una persona y si fue una cosa la causante de ese daño, entonces habría que establecer quién es la persona que ostenta una especial relación con esa cosa. Incluso también sabemos, que existen casos en que como causa del daño pueden existir diferentes concausas.

Ahora bien, cuando analizamos la responsabilidad civil partiendo de que estos elementos examinados son presupuestos de su existencia, es preciso entonces que estén todos ellos, y solo cuando logremos evidenciarlos todos, explicarlos todos, podremos llegar a la conclusión de que existe responsabilidad civil, - pero ¿qué pasaría si faltare uno de esos elementos?

La respuesta aquí es acorde a nuestra concepción y práctica de Derecho Penal: al faltar uno de los elementos de la estructura del delito, pues dejaría de ser considerado delito y, por ende, no existiría responsabilidad penal, ni sanción a imponerse.

Pero acá, el conflicto se ofrece ante la responsabilidad civil, ya que existen otros tantos autores que consideran que puede existir responsabilidad civil por daños ocasionados por actos lícitos, o sea, si son lícitos es porque no son antijurídicos y si no son antijurídicos, pues faltaría entonces el elemento antijuridicidad, que hemos analizado como un presupuesto para que pueda existir la responsabilidad civil.

Orgaz, por ejemplo, es de los que apoya esta situación descrita; “el daño provocado por acto lícito o justificado, como una excepción al principio general que deriva la antijuridicidad, invocando para ello el principio de libertad de amparo constitucional, y plantea que los casos de ilicitud habrán de derivarse de incumplimientos a normas o mandamientos, expresamente prohibitivos. Opinando él, en conclusión, que, si el acto es lícito, también lo será su consecuencia, es decir, el daño.”¹⁸¹

En este aspecto, encontramos posiciones parecidas por parte de Mosset Iturraspe y de Zavala de González, esta última autora plantea que, “... puede existir daño resarcible sin ilicitud, pero no puede haber daño resarcible lícito o ilícito en sí

¹⁸¹ Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible. La culpa. La ilicitud*, Buenos Aires, De Palma, 1967, pp.14/15.

mismo”.¹⁸²

Parece muy firme Zavala al plantear “que no puede existir acto lícito y daño ilícito”, (pero también se aprecia que deja abierta la posibilidad contraria como una excepción).¹⁸³

Es claro que, ante esto, cuando estemos frente a un daño justo, estaríamos ante el *droit de nuire* o, “derecho de dañar”.

Huberman considera que el problema de la responsabilidad civil debe ser enfocado desde el punto de vista de la víctima y no del autor del hecho, y dice, “de allí que haya que partir del daño hacia el autor y no a la inversa, por lo que la antijuridicidad puede encontrarse en el daño mismo, o, en el resultado del hecho o incluso en un segmento posterior, es decir, en la situación en la que queda la víctima. Así, el juez puede valorar con “ilícito” que nadie distinto al titular del bien dañado repare lo ocasionado”.¹⁸⁴

Vamos a cerrar los bosquejos doctrinales que aquí hemos analizado, con éste que llama muchísimo nuestra atención, por la solución indudablemente brillante que ofrece, aunque igualmente puede ser objetable en derecho, es el caso de Vázquez Ferreyra que plantea que: “... en materia de responsabilidad civil la mera conducta aislada resulta intrascendente, por lo que debe focalizarse, más que la conducta, el conjunto de ésta con su resultado, y con el daño que provoca. De allí que la antijuridicidad debe predicarse de ese conjunto. Es así que a veces la antijuridicidad radicará en la conducta y por ende su resultado también lo será. Otras, el acto es ajustado a derecho, pero la situación resultante no lo es”.¹⁸⁵

¹⁸² Zavala, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. IV, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pp.85/87.

¹⁸³ Zavala, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. IV, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pp.85/87.

¹⁸⁴ Vázquez, Roberto, *Responsabilidad por Daños*, Buenos Aires, De Palma, 1993, pp. 139/140.

¹⁸⁵ Vázquez, Roberto, *Responsabilidad por Daños*, Buenos Aires, De Palma, 1993, pp. 164/165.

Este argumento es lo que permite a este autor fundamentar que en la responsabilidad por acto lícito existe antijuridicidad, lo que ocurre es que ésta, o sea, la antijuridicidad, no la encontramos en la conducta, ni en el acto, sino en su resultado.

Esta posición ha provocado que algunas causas de justificación logren justificar el daño, como casi siempre lo hace la legítima defensa cuando se integra, y otras no lo logren como le sucede a veces desde esa óptica, al estado de necesidad.

Otros autores buscan la ilicitud o la argumentación que fundamenta la ilicitud del daño, en la inequidad o desigualdad con respecto al resto de la sociedad, en que queda la persona afectada con el daño, y ante esto, cabe objetar con una máxima de derecho más allá de los principios o premisas que lo informan, recordemos que no todo lo legal es justo, ni todo lo justo es legal.

No obstante, nos detenemos en este análisis para intentar demostrar el por qué entendemos y, nos acogemos a que la antijuridicidad siempre será contraria a derecho, contraria a la norma, pero no siempre ésta presenta la antijuridicidad en el acto, toda vez que en ocasiones los daños son provocados no por un acto y sí por una determinada situación de hecho.

La inequidad es parte de la injusticia o del juicio de desvalor de la justicia, podemos calificar como injusta o inequitativa a las condiciones en que queda la persona que sufre el daño ante determinadas situaciones, si la antijuridicidad se constata al contravenir el ordenamiento jurídico, en cualquiera de las materias, podríamos y parece muy válido, hacer un análisis desde la misma constitución y desde el Derecho Constitucional.

Razonemos juntos: En un régimen de igualdad de todos ante la ley, visto como un principio constitucional, está claro que, si por las acciones aun lícitas de

otros, unos sufren daños sean patrimoniales o extra patrimoniales, su situación de equidad deja de ser coherente o uniforme con el resto de los miembros de la sociedad y, por ende, esto contravendría el ordenamiento jurídico, y específicamente, contravendría las normas constitucionales, de modo que, sería una situación antijurídica, por ende, comprendo que los daños en materia civil son resarcibles tanto cuando se derivan de actos antijurídicos o ilícitos, como cuando a pesar de derivarse de actos lícitos, crean situaciones antijurídicas o ilícitas.

Vale que invoquemos la opinión de Vázquez Ferreyra cuando dice: “No cabe duda de que la justicia y la equidad integran el ordenamiento jurídico, ya sea como reglas del orden natural o principios jurídicos que emanan del sistema. Pero además, existen supuestos, como el de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, en los cuales la situación en la que queda un ciudadano o contribuyente es violatoria de una norma constitucional expresa que consagra el principio de igualdad ante la cargas públicas, por lo que no merece dudas que estaríamos frente a una situación antijurídica y otro tanto cabe decir del damnificado por el agente necesario cuya situación contraviene el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse a expensas o detrimento de otro”.¹⁸⁶

De modo que nuestras ideas concretas después de esta exposición de enfoques diversos en torno a la antijuridicidad, las resumiremos en nuestras conclusiones, pero queremos terminar esta parte teórica diciendo que, para nosotros no cabe dudas de que la antijuridicidad tiene vida dentro del Derecho de Daños, y, por ende, también está viva dentro del Derecho Civil.

1.9.6. Punibilidad

Se dice por Sauer, que el tema de la punibilidad en la estructura del delito ha sido completamente descuidado, y es que este elemento provoca dificultad por su

¹⁸⁶ Vázquez, Roberto, *Responsabilidad por Daños*, Buenos Aires, De Palma, 1993, pp. 164/165.

alto nivel de abstracción.

Hartmann ha planteado que “la punibilidad requiere de la precisión de algunos extremos que serían tomados como su punto de partida. La racionalización, que dijera Hartmann, del estudio jurídico del delito, ha conducido a dos tendencias generales, que son denominadas tópicamente análisis-síntesis”.¹⁸⁷

“Los distintos elementos del delito son piezas autónomas, separadas entre sí: no tienen puntos de conexión y sus contornos se fijan casi con precisión geométrica. Elementos normativos del tipo, elementos subjetivos de la antijuricidad, son, desde este punto de vista, nociones que subvierten la pureza del análisis”.¹⁸⁸

“Existe, por ende, una dimensión técnica, y desde la perspectiva objetivo-subjetiva (antijuricidad-culpabilidad), el encuentro y desarrollo por sus primeros formuladores (Fischer, Hegler, M.E. Mayer), de los elementos subjetivos del injusto, significó ya un fuerte impacto en la estática concepción de que todo lo objetivo pertenecía a la antijuricidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad”.¹⁸⁹

“La existencia de los citados elementos expresa la relación inexorable que en determinadas ocasiones se produce entre una y otra, y que hace difícil, desde el plano lógico, su perfecta distinción, aunque no por ello deje de ser practicable. Dentro de esa misma línea, la síntesis se consagrará con la negación de toda diferencia entre culpabilidad y antijuricidad, conforme se dedujera, con sus específicas particularidades, de las aportaciones de Ferneck, Dahm, Schaffstein, Petrocelli, etc.”.¹⁹⁰

“De idéntica manera, y desde el ángulo naturalístico-normativo, tipo-antijuricidad, la formulación de los elementos normativos del tipo, comprometerá en

¹⁸⁷ Hartmann, Nicolai, *Introducción a la Filosofía*, México, 1974, p. 33.

¹⁸⁸ Mir, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008, p. 23.

¹⁸⁹ Mir, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008, p. 26.

¹⁹⁰ Mir, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008, p. 26.

algunos sistemas, por ejemplo, en Baumgarten, la distinción entre uno y otra, y se llegará a afirmar que, en el fondo, todos los componentes del tipo son conceptos normativos, valorativos, por Wolf, Radbruch, y recientemente, por Petrocelli”.¹⁹¹

“Los tres elementos comúnmente aceptados son, como lo ha expresado con claridad Welzel, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Su afirmación en una conducta hace que se convierta en delito. La cuestión, pues, parece tranquila aparentemente. Y es tan sólo aparente, ya que la interna relación de los citados elementos es la que, en la actualidad, provoca las discusiones más fuertes en la doctrina científica”.¹⁹²

“En España se han seguido dos actitudes que genéricamente pueden ser expresadas así: unos, han afirmado que el delito es acción con las características de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; otros, añaden la punibilidad como elemento de la estructura del delito, en la forma que apuntaran algunos autores italianos, (Vasilotta, Martucci y también Bellavista), que conservan la antijuricidad y la punibilidad dentro del sistema, ya que Battaglini, conforme expondremos en su momento, suprime la primera, y en Mezger la segunda no recibe desarrollo dentro de la teoría jurídica del delito”.¹⁹³

“En la doctrina española, por tanto, no existe todavía opinión uniforme sobre la composición de la estructura del delito: se discute si la punibilidad debe o no, considerarse como elemento. De aquí, pues, la necesidad de adoptar una actitud y precisar el valor y función que a la misma se le atribuya, tanto en el concepto, como en el sistema del delito, de forma que satisfaga las exigencias del Derecho positivo español “.¹⁹⁴

¹⁹¹ Mir, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008, p. 27.

¹⁹² Welzel, Hans, “Causalidad y Acción”, en *Revista para todo derecho penal*, Berlín, 1931, p. 703.

¹⁹³ Meza, Fernando, “¿Derecho Penal de culpabilidad?” en *Temas de Derecho Penal Colombiano*, N° 14, Segunda Época, Medellín, 1981, pp.21 y ss.

¹⁹⁴ Vega, Harold, “El análisis gramatical del tipo penal”, en *Justicia* No. 29, Barranquilla, 2016, pp. 53/71, en <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n29/n29a05.pdf>.

“La cuestión de las relaciones entre delito y punibilidad supone, además, una toma de posición ante una cuestión de teoría general del Derecho, como es la de las relaciones entre precepto y sanción”.¹⁹⁵

“Dos actitudes pueden seguirse: La primera, que afirma la posibilidad de separar el precepto de la sanción y, por consiguiente, que la punibilidad es perfectamente destacable del delito, cobrando así autonomía y valor sistemático, La segunda, que parte de la indisolubilidad entre precepto y sanción, y, en consecuencia, niega que exista la punibilidad con una función propia, separada del delito”.¹⁹⁶

De acuerdo con esta última, el carácter inseparable del precepto y la sanción se afirma, desde el momento que, en la norma, surgen y funcionan conjuntamente como una sola cosa. Así, se dice, que todo precepto jurídico, para que lo sea, debe prever determinadas consecuencias jurídicas.

La anterior proposición, expresada negativamente, sería: “que solamente cuando se dispone la sanción surge la figura de lo ilícito. Formulada penalmente es: *nullum crimen sine poena*. Ha sido mérito de Petrocelli, sobre la base de Arturo Rocco y von Ferneck en tema de antijuricidad.”¹⁹⁷

En este planteamiento general, también la inextinguible relación entre precepto y sanción encuentra fundamento en la noción de hecho jurídico. Este, como ha puesto de manifiesto Petrocelli, “es el antecedente lógico de las relaciones entre ilícito y sanción, en la medida que un hecho es hecho jurídico siempre que para él haya previsto el ordenamiento una consecuencia jurídica.”¹⁹⁸

¹⁹⁵ Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L., 2010, pp. 116.

¹⁹⁶ Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L., 2010, pp. 116.

¹⁹⁷ Donini, Massimo, “El problema del método penal: de Arturo Rocco al Europeísmo judicial”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 7, No. 76, Universidad EAFIT, Medellín, enero-junio 2011, pp. 49/100.

¹⁹⁸ Donini, Massimo, “El problema del método penal: de Arturo Rocco al Europeísmo judicial”, en

Dentro del ámbito de la punibilidad, se ha distinguido, con bastante éxito, entre un momento normativo y un momento aplicativo o de concreción.

“La pena, entendida como consecuencia jurídica, podrá faltar por las causas que fuese en el momento de la aplicabilidad, pero nunca estará ausente en el momento normativo. y, por consiguiente, podrá faltar como efectiva consecuencia, pero jamás como consecuencia legalmente prevista”.¹⁹⁹

“En el momento normativo, pues, la relación pena-delito, es simplemente una correlación lógica; en aquellos casos en que, por cualquier razón, la Ley excluya o no prevea la pena, nunca podrá hablarse de delito. En esta misma línea de pensamiento, la categoría, delito, no admite término medio: o existe delito, o no. *Tertium non datur* “. ²⁰⁰

“Establecen así una correlación cronológica entre delito y pena. Pero, en la punibilidad, entendida en su momento normativo, que es el que aquí interesa, no se trata en forma alguna de correlación cronológica, sino, como se ha dicho, puramente lógica, de referencia a la sanción de la figura legal en cuanto sea ésta, síntesis perfecta de todos los elementos del delito”.²⁰¹

Dentro de esa consideración, ni el delito, ni la pena, se encuentran en la realidad, sino solamente en la previsión de la norma. Sus relaciones no pueden fijarse en el tiempo de forma concreta. sino abstractamente de manera lógica.

Revista Nuevo Foro Penal, Vol. 7, No. 76, Universidad EAFIT, Medellín, enero-junio 2011, pp. 49/100.

¹⁹⁹ Feijoo, Bernardo, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", en INDRET Revista para el análisis del Derecho 1, 2007, pp. 2 y ss.

²⁰⁰ Feijoo, Bernardo, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", en INDRET Revista para el análisis del Derecho 1, 2007, pp. 2 y ss.

²⁰¹ Cobo del Rosal, Manuel, *La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español*, s/e, Madrid, 1982, pp. 15 y ss.

También abundando en la crítica de la tesis comentada, Battaglini ha afirmado, con acierto y rigor en el razonamiento, que, “si el delito es un hecho punible, la punibilidad no puede nacer después que el delito ya ha surgido y ocupar una categoría intermedia entre delito y pena”.²⁰²

De acuerdo con lo expuesto, y con fundamento en la tesis expuesta por Petrocelli, precisamos nuestra posición general acerca del tema, con las correcciones debidas.

Para Petrocelli, “la punibilidad es, en primer lugar, posibilidad de referir, abstractamente, la sanción penal a un hecho, y en segundo, aplicabilidad de la pena después que haya surgido el delito. Por nuestra parte, destacamos que la punibilidad expresa un juicio de relación entre un hecho jurídico que reúne determinados caracteres, y la pena, como su consecuencia jurídica”.²⁰³

Este hecho, en cuanto es descrito normativamente, no puede prescindir de la referencia a la pena para que pueda ser denominado hecho penalmente antijurídico.

“Cuando se emplea la palabra punibilidad, aludimos solamente a esta última, prefiriendo utilizar la expresión "concreción de la punibilidad" para señalar el segundo momento, y no la de "punibilidad concreta", puesto que cuando la punibilidad ha quedado concretada, se está, sencillamente, ante la pena”.²⁰⁴

Con este esquema general debe penetrarse en la estructura jurídica del delito, y determinar el sentido que a la punibilidad se le ha concedido en la misma.

²⁰² Battaglini, *Falsedad inofensiva o irrelevante en el testamento público*, en *Revista Penal*, 1940, pp. 1065/1067.

²⁰³ Petrocelli, “La tendencia utilitaria del derecho penal”, en *Ensayos sobre derecho penal*, segunda serie, s/c, Padua, 1965, p.11.

²⁰⁴ Cobo del Rosal, Manuel, y Vives, Tomas, *Derecho Penal: Parte General*; ciudad, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 32 y ss.

Existen dos vertientes generales sobre el tema de la punibilidad desde una visión dogmática, la primera, en la que se agrupan gran parte de los autores, señala la punibilidad simplemente como referencia conceptual del delito. La segunda, que implica la anterior, pero que lleva a cabo un desarrollo de la punibilidad como elemento de la estructura del delito y le concede un importante valor funcional y sistemático.

“La alusión a la punibilidad en la definición del delito se encuentra ya en los juristas romanos, y adquiere firmeza, siendo casi una constante, en los tratadistas del Derecho común”.²⁰⁵

Para Liszt, la expresión de: "sancionado con una pena" es un requisito conceptual del delito.²⁰⁶

“A juicio de Beling, se trata de una expresión que descubre la impropiedad de la definición: no se dice por Liszt cuando cae bajo ese "sancionado con pena" la conducta de una persona. Por esta razón, en 1906, Beling la estima como una simple consecuencia, y no como un elemento del delito, y describe un amplio repertorio de requisitos sin aludir a "sancionado con una pena", sino a "subsumible bajo una sanción penal adecuada”.²⁰⁷

Sin embargo, cuando en 1930 rectifica Beling su definición del delito, forzado por la crítica, se verá obligado a formular negativamente la punibilidad, aludiendo en la definición a que "no concurra una causa material de exclusión de la pena".²⁰⁸

En realidad, lleva a cabo el mismo procedimiento mental que utilizó la doctrina

²⁰⁵ Cobo del Rosal, Manuel, y Vives, Tomas, *Derecho Penal: Parte General*; ciudad, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 32 y ss.

²⁰⁶ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducido, por Jiménez de Asúa, t. I y II. Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1917, pp. 23 y ss.

²⁰⁷ Beling, Ernst Von, *Esquema del Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial Gustav Fischer, 1944, p. 56.

²⁰⁸ Beling, Ernst Von, *Esquema del Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial Gustav Fischer, 1944, p. 56.

italiana, por ejemplo, Grispigni, en referencia con la antijuricidad, la conectó a su aspecto negativo.

“La crítica que más fortuna alcanzó, y que negaba radicalmente debiera hacerse la menor referencia a la punibilidad en el concepto del delito, y de forma particular, en la noción de Beling de 1906, fue la desarrollada por Mayer en su Parte General del Derecho penal alemán. Para este autor, no tiene sentido que Beling incluya en la definición esa característica, o por mejor decir, la consecuencia del delito, junto con los tres elementos fundamentales (tipo, antijuricidad y culpabilidad), pues se trata de un auténtico pleonasma”.²⁰⁹

Es obvio que hoy, la punibilidad o penalidad es una categoría muy criticada doctrinalmente, pues no todos los autores concuerdan en considerarla como un verdadero elemento del delito. Lo anterior es consecuencia de que la penalidad no es tan trascendental en la práctica como el resto de los elementos que conforman el delito según la teoría del delito, pero hasta aquí, es obvio también que, la penalidad o punibilidad supone la imposición de una pena cuando estamos en presencia de los demás elementos del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad).

“Battaglini ha intentado con mucho esfuerzo que la punibilidad sea parte de los elementos de la estructura del delito, ofreciendo su definición diciendo que es un hecho típico, culpable y punible. Los elementos del delito son, pues, el tipo, la culpabilidad y la punibilidad, y la inclusión de esta última será, según Battaglini, expresión de un pensamiento penal italiano auténtico y autónomo e insiste, repetidas veces, en que la punibilidad, ni puede, ni debe, ser confundida con la pena. Son cosas diferentes. Un delito sin pena es imaginable, no así sin punibilidad”.

210

²⁰⁹ Battaglini, *Falsedad inofensiva o irrelevante en el testamento público*, en Revista Penal, 1940, pp. 1065/1067.

²¹⁰ Battaglini, *Falsedad inofensiva o irrelevante en el testamento público*, en Revista Penal, 1940, pp. 1065/1067.

“A su juicio, esta última es posibilidad de aplicar la pena, o si se quiere, más técnicamente, el derecho de castigar abstractamente considerado. Se trata, por tanto, de una categoría formal. La diferenciación entre pena y punibilidad, perfectamente formulada por el autor, queda reflejada en la siguiente proposición: delito es un hecho punible, no un hecho ya castigado”.²¹¹

Es decir, delito es un hecho susceptible de ser castigado, pero aún no lo ha sido, desde la propia previsión de la norma.

Ahora bien; “para Battaglini, la justificación de la punibilidad no sólo como referencia conceptual, sino como elemento esencial de la estructura del delito, debe encontrarse tanto en razones dimanantes de la lógica abstracta, como del Derecho positivo italiano. En su opinión, la incerteza e inseguridad que lleva dentro de sí la construcción de la antijuricidad como elemento del delito -extraña incluso a la tradición jurídica italiana-, hacen que el autor la formule como el en sí del delito, su esencia misma, como dijera Arturo Rocco, y repitieran Antolisei, Aldo Moro, Pannain, Nuvolone, etc., y un autorizado sector de la doctrina”.²¹²

“Ni siquiera concede Battaglini que la antijuricidad tenga una simple función hermeneútica, en la forma razonada recientemente por Dell' Andro, o cuando menos, sea elemento diferenciador entre injustos penales y otros tipos de injustos, civiles, administrativos, etc., pues ambos extremos quedan embebidos por el valor asignado a la punibilidad dentro de su sistema”.²¹³

“Esta, a su entender, ofrece datos de interés en orden a la práctica de la anterior distinción, así como de una serie de instituciones procesales, difícilmente diferenciables de otras de naturaleza estrictamente penal y explica la función de las

²¹¹Battaglini, *Falsedad inofensiva o irrelevante en el testamento público*, en *Revista Penal*, 1940, pp. 1065/1069.

²¹² Battaglini, *Falsedad inofensiva o irrelevante en el testamento público*, en *Revista Penal*, 1940, pp. 1065/1069.

²¹³ Battaglini, *Falsedad inofensiva o irrelevante en el testamento público*, en *Revista Penal*, 1940, pp. 1065/1069.

llamadas condiciones objetivas de punibilidad: en la medida que la condición no se verifica, falta la punibilidad, y consecuentemente, falta el delito”.²¹⁴

“Pero quizá el extremo más importante y decisivo sea la función que Battaglini asigna a la punibilidad, como elemento que agrupa, en su dimensión negativa, las causas legales de negación del delito en sentido amplio. En su aspecto negativo, está compuesta por las llamadas causas impeditivas de la punibilidad, que no son otras sino las habitualmente denominadas causas de justificación (legítima defensa, consentimiento, etc.); y las causas extintivas de la punibilidad, tales como la muerte del reo, prescripción, amnistía, perdón judicial, remisión de la querrela, etc. En todas estas causas, según indica, existe un común denominador: ni puede hablarse de punibilidad, ni ésta puede ser verificada”.²¹⁵

“Rocco, sin embargo, ha criticado fuertemente la inclusión de la punibilidad como elemento en la estructura del delito, y fue seguido por Bettioli, en orden a la confusión que se introduce en el sistema entre antijuricidad y punibilidad”.²¹⁶

“En 1942, Salvatore Messina, objetó a Battaglini que la sustitución de aquella por la punibilidad constituye una repetición inútil, y en manera alguna se puede decir que sea una categoría autónoma. Desde el ámbito de los elementos del delito la crítica ha sido constante y sumamente severa”.²¹⁷

En fecha reciente a aquella, “Vassalli, afirma que “la confusión entre punibilidad y antijuricidad en el sistema de Battaglini es totalmente inadmisibles, y Dell' Andro, en 1958, sostuvo que, con ese entendimiento de la punibilidad, queda

²¹⁴ Battaglini, *Falsedad inofensiva o irrelevante en el testamento público*, en Revista Penal, 1940, pp. 1065/1069.

²¹⁵ Battaglini, *Falsedad inofensiva o irrelevante en el testamento público*, en Revista Penal, 1940, pp. 1065/1069.

²¹⁶ Rocco, Arturo, *El problema y el método en la ciencia del derecho penal*, en Oera Giudiche, Roma, 1933, pp. 35 y ss.

²¹⁷ Messina, Salvatore, *Presupuestos metódicos del concepto de culpabilidad: sobre las concepciones “normativas” en derecho penal* Salvatore ADPCP, t. XII, Fascículo III, 1959, pp. 541 - 559, <http://www.cienciaspenales.net>

desplazado, radicalmente, - el valor funcional de la antijuricidad, e incluso, ella misma".²¹⁸

"Petrocelli en 1960 y 1963 se ocupó del sistema de Battaglini, de forma muy concreta, y afectando su crítica a todos los extremos sostenidos por el antiguo profesor de Barí. Petrocelli dice, en primer lugar, que la punibilidad, entendida como posibilidad de aplicar la pena, es un concepto tan amplio como inútil, pues comprende tanto el momento normativo como el aplicativo, y no se llega a entender entonces su valor y función".²¹⁹

En segundo lugar, que, "si el delito supone una referencia conceptual inderogable a la pena, no hay motivo alguno para incluir la punibilidad como un simple elemento del sistema. Y, por último, que la admisión de las causas extintivas de la punibilidad y las causas impeditivas de la misma, entendidas como excluyentes de la posibilidad de aplicar la pena, significaría incidir en una confusión de fenómenos e instituciones heterogéneas que, al referirlas todas ellas a la punibilidad, hacen que ésta no tenga límites claros -ni precisos, y que se convierta en un concepto por demás impropio".²²⁰

Se piensa por lo general que, la punibilidad ha sido interpretada como abstracta referencia del concepto técnico del delito, aunque otros no hagan la menor alusión a ella.

También por lo general, "el grupo de autores que la aceptan no le conceden valor sistemático alguno en la estructura del delito, y solamente de forma excepcional se configura como elemento autónomo que agrupa determinadas instituciones. La principal dificultad para que sea aceptada, en esos términos, radica

²¹⁸ Vassalli, Giuliano, *Fórmula Radbruch y derecho penal. Notas sobre el castigo de los "crímenes de Estado" en la Alemania posnazi y la Alemania poscomunista*, Milán, Giuffrè, 2001.

²¹⁹ Petrocelli, "La tendencia utilitaria del derecho penal", en *Ensayos sobre derecho penal*, segunda serie, s/c, Padua, 1965, p.12.

²²⁰ Díez, José, "La categoría de la punibilidad en el derecho penal español", en *Cuadernos de Derecho Penal*, No. 18, 2017, pp.11/20.

en su confusión con la antijuricidad -elemento del delito de más fácil admisión-, haciendo problemática su diferenciación, y, asimismo, igualmente, se afirma que constituye un elemento inútil, pues su contenido es comprendido en otras secciones de la Parte General, sin que sea necesaria su formulación”.²²¹

Especialmente debe resaltarse que aquellos autores que admiten una antijuricidad penal, no genérica, son totalmente opuestos a la admisión de la punibilidad como elemento de la estructura del delito, ya que, en realidad, ésta queda desplazada hacia la antijuricidad, o, mejor dicho, incluida dentro de ella.

La doctrina española, por su parte, se debate entre que la punibilidad ni es elemento del delito, ni se necesita para que éste pueda ser definido. Por el contrario, para otros, la punibilidad, es pieza indispensable en la formulación técnica del delito, e incluso, elemento esencial de su estructura.

Rodríguez Muñoz, es un ejemplo de los opositores a la inclusión de la punibilidad en la estructura del delito, y plantea la cuestión en los siguientes términos: ¿puede, en realidad, prescindirse de la "pena" como característica conceptual del delito?, “A su juicio, la citada pregunta debe ser resuelta de acuerdo con la legislación positiva española”.²²²

Y de esa forma, continúa, diciendo que “existen casos en los que, dándose una conducta típica, antijurídica y culpable, sin embargo, no se castiga al autor. Tales casos se agrupan bajo el nombre de excusas absolutorias”.²²³

Aquí cabe resaltar nuestra opinión sobre que los delitos no solo se dejan de castigar por falta de punibilidad, sino, en muchas ocasiones, por falta de

²²¹ Rodríguez, José, “Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista”, en ADPCP, T. VI, Fasc. II, <http://www.cienciaspenales.net>, 1953, pp. 207/230.

²²² Rodríguez, José, “Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista”, en ADPCP, T. VI, Fasc. II, 1953, pp. 207/230 <http://www.cienciaspenales.net>

²²³ Rodríguez, José, “Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista”, en ADPCP, T. VI, Fasc. II, 1953, pp. 207/230 <http://www.cienciaspenales.net>

culpabilidad.

Ahora bien; de la existencia de esas excusas nace, según Rodríguez Muñoz, “la fundada duda de que el delito no puede concebirse solamente como conducta típica, antijurídica y culpable, pues se pensaría que, a pesar de reunir esas características, no es delito, desde el momento que no surge responsabilidad criminal alguna”.²²⁴

²²⁴ Rodríguez, José, “Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista”, en ADPCP, T. VI, Fasc. II, <http://www.cienciaspenales.net>, 1953, pp. 207/230.

CAPÍTULO II

LA CULPABILIDAD

CAPÍTULO II

LA CULPABILIDAD

2. Origen de la culpabilidad. Sus diferentes concepciones.

Los orígenes del castigo dicen muchos autores que radica en el delito, pero nosotros vemos su origen en la culpabilidad, incluso antes de haber sido concebida ésta como elemento subjetivo dentro de la estructura del delito, y es que, el castigo por cuestiones lógicas y hasta de justicia, solo deberá imponerse a la persona determinada culpable del hecho dañino o peligroso que se le atribuye, y que, además, ha de ser típico y antijurídico. Hacer lo opuesto conllevaría a castigar a un inocente, y eso además de ilógico, resulta arbitrario y evidentemente, injustificado.

“Si se tiene en cuenta que el Derecho de los pueblos más antiguos de la Humanidad se basaba en el castigo por la sola producción del resultado dañoso (responsabilidad sin culpa), y que la culpabilidad se fue acuñando a través de los siglos hasta llegar a los modernos derechos penales, en los cuales rige el principio de culpabilidad con amplitud (responsabilidad por la culpa), se entiende por qué solo en el siglo XIX se acuña como tal la categoría examinada aunque sus raíces se encuentran en la ciencia penal italiana de la Baja Edad Media y en la doctrina del Derecho Común de los siglos XVI y XVIII”.²²⁵

Es nuestro criterio que la culpabilidad existió siempre, y fue a causa de su juicio o ejercicio de atribución a alguien, que resultó castigada la primer persona, sin embargo, la culpabilidad como concepto, surge después, es así que, se dice que “el concepto de culpabilidad, usando palabras de Toledo, clausuró en cierto modo, la época del pensamiento penal primitivo, en que imperaba la mera responsabilidad por el resultado, y en consecuencia, el juicio de imputación se afirmaba sobre la base de la simple ejecución material- esto es, la causación física del hecho

²²⁵ Muñoz, Francisco, "El principio de culpabilidad", en Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1975, pp. 219 y ss.

punible”.²²⁶

Es a lo que se conoce en el Derecho Penal como el pensamiento resultatista, que, aunque se erigió desde la época primitiva, es cierto también que aun hoy está vigente y forma parte de diversas posiciones que analizan la culpabilidad. Tras la aparición dentro del derecho romano del concepto de intencionalidad o intención, se estableció también la necesidad de instaurar un nexo psíquico entre la persona y el resultado, como devenido de la mera causalidad material.

Es así como la culpabilidad ha atravesado etapas en su evolución, que hoy podemos decir que han tenido una marcha progresiva.

El concepto de culpabilidad incluso ha estado presente en el derecho canónico y en el derecho estatutario que aportaron mucho a la concepción espiritual del derecho de castigar. Desde entonces, es necesario imponer la pena no solo por la mera atribuibilidad material del hecho al sujeto, sino, además, uniéndolo al comportamiento del culpable. Hoy la imputabilidad objetiva se ha quedado atrás como parte de la fundamentación del castigo de aquella época, a pesar de que aún muchas legislaciones regresan a hablar de ella e incluso de incluirla en sus normas penales.

En palabras de Tomas y Valiente, se dice que “el derecho penal de la culpabilidad se plantea de cara al poder soberano e impone límites infranqueables”²²⁷ y en palabras de Schmidt, “la culpabilidad destierra la responsabilidad objetiva por el resultado.”²²⁸

²²⁶Toledo y Ubieto, Emilio, *Sobre el Concepto del Derecho Penal*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, pp. 316 y 317.

²²⁷ Tomás y Valiente, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta, siglos XVI-XVII-XVIII*, Madrid, Editorial Tecnos, 1969, p. 295.

²²⁸ Schmidt, Eberhard, *Introducción a la historia de la justicia penal alemana*, Gottingan, 1965, pp. 16/20.

El efecto de este proceso en torno a la culpabilidad estriba en que a la responsabilidad penal se le comenzó a exigir la demostración de un elemento subjetivo y al poder punitivo del estado se le fijaron varios límites, que provocaron que este poder se moderase. Límites de los que ya someramente hicimos un esbozo *ut supra*.

Existe también un sistema dualista que considera que la culpabilidad va de la mano del concepto de peligrosidad, la primera sustentaría la imposición de la pena y la segunda sustentaría la imposición de medidas de seguridad, “precisamente es esto lo que sucede con la distinción ya clásica entre pena y medida, entre retribución y prevención, entre culpabilidad y peligrosidad, que sirve de base al sistema dualista vigente en muchos ordenamientos jurídicos. Durante mucho tiempo se ha creído que esta sutil distinción, producto de una elaboración conceptual bastante acabada de la materia jurídica, era la única forma de salvar la contradicción existente entre un Derecho Penal retributivo destinado a compensar la culpabilidad y un Derecho Penal preventivo destinado a proteger los intereses teóricamente más importantes y fundamentales de una convivencia pacíficamente organizada. Sin embargo, la distinción, que tanto trabajo había costado realizar, se muestra en la práctica como una fórmula ambigua, vacía de contenido, que no consigue explicar con suficiente claridad la auténtica función que cumple el Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico y en el actual contexto de los demás sistemas de control social. La crítica al sistema dualista se centra en dos puntos que muestran con gran claridad cuál es la falacia implícita a dicho sistema.”²²⁹

“En el ámbito penal se emplea la palabra "culpabilidad", de diversas maneras: general-individual; abstracta-concreta; estricta (en la teoría del delito) y amplia (acepción procesal); por el hecho concreto; por el carácter, de tendencia crónica; por la conducción de la vida; formal y material; etc. E incluso, ha sido propuesto distinguir entre la idea de culpabilidad, culpabilidad como medida o graduación de la pena y culpabilidad como fundamento de la pena. Esta triple diferencia se ha

²²⁹ Muñoz, Francisco, *Derecho Penal General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 48.

impuesto en la dogmática alemana".²³⁰

“Se dice que fue Puffendorf, quien vivió en el siglo XVII, el primero en denominar a la acción libre que se reputa como perteneciente al autor en la cual se funda la responsabilidad como imputatio, a partir de lo cual pudo entender dicho concepto como el "fundamento subjetivo de la punibilidad".²³¹

Mientras que este argumento les permitió a los discípulos de Hegel, a mediados del siglo XIX, asumir que todo el sistema del Derecho Penal descansa en la "imputación subjetiva" aunque sin aludir a la culpabilidad como una categoría sistemática".²³²

“No obstante, más allá de las concepciones de la culpabilidad del derecho natural y hegeliana, fue el positivismo normativista el que introdujo con precisión la categoría de la culpabilidad en la sistemática jurídico-penal; ello fue posible gracias a las elaboraciones de Adolf Merkel, alumno de Jhering, quien utilizó expresamente la locución denominándola a veces como "imputabilidad" y concibiéndola dentro de su construcción como presupuesto del injusto".²³³

“Luego, Jhering, criticando a aquel, postuló un concepto de culpabilidad acuñado desde el ángulo del derecho civil distinto, en todo caso, del injusto a partir de lo cual la dogmática posterior pudo distinguir en el delito entre una parte puramente objetiva (el injusto) y otra subjetiva (la culpabilidad)".²³⁴

²³⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, "Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria", en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, p. 577.

²³¹ Jescheck, Hans-Heinrich, "Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria", en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, p. 99.

²³² Achenbach, Hans, Fundamentos históricos y dogmáticos de la teoría sistemática de la culpa, Berlín, Ed. J. Schweitzer, 1974, p.20.

²³³ Merkel, Adolf, " Sobre la enseñanza de la culpabilidad", en Tratados criminalistas, 1910, pp. 45 y ss.

²³⁴ Merkel, Adolf, " Sobre la enseñanza de la culpabilidad", en Tratados criminalistas, 1910, pp.50 y 51.

Karl Binding fue el primer expositor en utilizar el concepto de culpabilidad dentro de un sistema penal cerrado, lo cual planteó en estos términos: "la culpabilidad del sujeto que actúa es necesaria en todo crimen: dolo e imprudencia son -como se demostrará más adelante- los dos conceptos accesorios en los cuales se descompone el concepto de culpabilidad".²³⁵

Sin embargo, sufrió críticas el concepto examinado bajo los auspicios del Positivismo naturalista gracias a los trabajos de von Buri y Liszt con posterioridad a 1863, "correspondiendo al primero distinguir entre relación de causalidad y relación de voluntad (1866 y 1873) sentando las bases para el primer concepto psicológico de culpabilidad en sentido estricto, aunque sin hacer una exposición desde la perspectiva de un sistema jurídico cerrado".²³⁶

Esta tarea, la tarea de armar un sistema jurídico cerrado, "la emprendió el segundo de los mencionados quien concibió el delito como una acción seguida de diversos atributos: acción antijurídica y culpable conminada con una pena".²³⁷

"Para Von Liszt, la imputabilidad era distinta de la culpabilidad, entendiendo la primera como la "capacidad jurídico penal de acción" constituida por la "suma de capacidades elementales del sujeto".²³⁸ y, la segunda como: "la relación de un hecho punible (objetivo) (como efecto), con una determinada voluntad de autor contraria a la ley penal (como causa de la misma) se llama imputación y el estado (exterior e interior) de una persona, en virtud de la cual puede imputársele un hecho, imputabilidad. La imputación determina la culpabilidad (lo culpable) como fundamento subjetivo general de la punibilidad".²³⁹

²³⁵ Binding, Karl, *Las normas y su transgresión*, t. I, Leipzig, Ed. Wilhelm Engelmann, 1872, p. 107.

²³⁶ Ver las referencias de Achenbach, Hans, *Fundamentos históricos y dogmáticos de la teoría sistemática de la culpa*, Berlín, Ed. J. Schweitzer, 1974, pp.37 y 38.

²³⁷ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducido, por Jiménez de Asúa, t. I y II. Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1917, pp. 64/66.

²³⁸ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducido, por Jiménez de Asúa, t. I y II. Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1917, pp. 64/66.

²³⁹ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducido, por Jiménez de Asúa, t. I y II. Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1917, pp. 64/66.

“Los presupuestos subjetivos junto a los cuales tienen existencia las consecuencias del delito”, siendo dolo e imprudencia sus dos especies no obstante reconocer que ambas tenían una naturaleza distinta y era imposible reunir las en un concepto superior de culpabilidad, caracterizado como una noción subjetivo-psicológica”.²⁴⁰

De cualquier forma, las concepciones sobre la culpabilidad puramente psicológicas o mixtas, siguieron su evolución. De hecho, “Estas concepciones de tipo psicológicas continuaron con las exposiciones de Löffler, Basedow, Radbruch, Kohlrausch, entre otros; amén de que se incrustó dentro de la concepción clásica de delito”.²⁴¹

La concepción personalizada.

“Esta concepción personalizada de la culpabilidad es sostenida por posturas como la de Liszt, hacia 1913, en el sentido de que la culpabilidad se debe valorar a partir del “carácter antisocial” va unida a otras que, como ella, desplazan la culpabilidad del acto a la persona del autor convirtiendo aquella en un elemento a valorar con pautas de contenido ético”.²⁴²

“Sin embargo, con miras a hacer más ágil la exposición, deben mencionarse las que postulan la contrariedad al deber como el núcleo de la culpabilidad, las que entienden el hecho como un síntoma de la culpabilidad (sintomáticas) y las de la culpabilidad de autor propias del Nacionalsocialismo”.²⁴³

En efecto, dentro de la primera vertiente, deben ubicarse los desarrollos de Liepmann en 1900, quien por primera vez postuló que la culpabilidad comportaba

²⁴⁰ Gimbernat, Enrique, “La culpabilidad como criterio regulador de la pena”, en Revista de Ciencias Penales de Chile, Santiago de Chile, 1973, p. 32.

²⁴¹ Achenbach, Hans, Fundamentos históricos y dogmáticos de la teoría sistemática de la culpa, Berlín, Ed. J. Schweitzer, 1974, pp.62 y ss.

²⁴² Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, La culpabilidad*, t. V, Buenos Aires, Editorial Lozada S.A, 1956, p. 135.

²⁴³ Achenbach, Hans, *Fundamentos históricos y dogmáticos de la teoría sistemática de la culpa*, Berlín, Ed. J. Schweitzer, 1974, pp.62 y ss.

"un juicio de reprobación éticamente matizado", mediando "una actuación de la voluntad contraria al deber".²⁴⁴

En efecto, lo dicho se verifica en la idea de que la culpabilidad, "en el más amplio sentido, es la responsabilidad del autor por el acto ilícito realizado, mientras en sentido estricto comprende tan sólo "la relación subjetiva entre el acto y el autor" añadiendo que ella "sólo puede ser psicológica: pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa)".²⁴⁵

Y, según esta valoración normativa, "el acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable. Ello le permitió proponer un concepto material de culpabilidad: "éste radica en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido: es decir, en la imperfección del sentimiento del deber social necesario para la vida en común en el estado y en la motivación antisocial, provocada por esa causa (en proponerse un fin contrario a los fines de la comunidad".²⁴⁶

"En la segunda corriente, aparece la sintomática impulsada por Tesar y Kollmann, que se caracteriza por afirmar que es el carácter del autor lo que interesa a efectos de determinar la culpabilidad, no su hecho. En efecto, para el primero de ellos dicha categoría comporta la valoración del comportamiento delictivo extremo como síntoma de un determinado substrato psiquiátrico sobranter"²⁴⁷, mientras el segundo dirá que es "un estado de la voluntad antisocial".²⁴⁸

"No obstante, esta elaboración se fue perfeccionando y transformando con el correr de los años y con el pretexto de formular un concepto avalorado de culpabilidad, de carácter puramente psicológico, se introdujo con toda claridad la

²⁴⁴ Ver a Liepmann, "Monografía de Freudenthal hecha por Liepmann, en Revista de Derecho Penal, No. 43, 1922, pp. 710/713.

²⁴⁵ Liepmann, "Monografía de Freudenthal hecha por Liepmann, en Revista de Derecho Penal, No. 43, 1922, pp. 710/713

²⁴⁶ Tesar, Ottakar, *La sintomatología de la peligrosidad*, Berlín, Ed. J. Guttentag, 1907, pp. 230 y ss.

²⁴⁷ Tesar, Ottakar, *La sintomatología de la peligrosidad*, Berlín, Ed. J. Guttentag, 1907, pp. 230 y ss.

²⁴⁸ Kollmann, Horst., *El concepto sintomático del delito*, ZStW, 1908, pp. 449.

concepción peligrosista dentro de la noción material que se proponía rechazando cualquier injerencia de las posturas libre arbitristas, al tiempo que reivindicaba para el derecho penal -que dejaba de ser de acto para convertirse en uno de autor- el determinismo como única alternativa; se trataba, en otras palabras, de formular una noción de culpabilidad que se compadeciera con las exigencias defensistas de la época, en el marco del estado liberal intervencionista, por lo cual al autor, se le juzgaba por su "carácter antisocial" y no por el injusto cometido".²⁴⁹

"Se ha dicho que "el peligrosismo siempre fue un ardid para reemplazar la culpabilidad por la peligrosidad, llamando culpabilidad a la parte subjetiva del injusto y haciendo ocupar a la peligrosidad el lugar que la culpabilidad dejaba hueco en la teoría del delito, con sus lógicas consecuencias para la pena, o bien, dejando ese lugar hueco y haciendo de lo que llamaba 'culpabilidad' un mero síntoma de una 'culpabilidad material', en la que —más o menos camuflada— iba la peligrosidad".

250

"En tercer lugar, aparecen los planteamientos de los penalistas del nacionalsocialismo quienes, por boca de Siegert, después de afirmar que el concepto se debe edificar a partir de un punto de partida determinista del actuar humano rechazando el indeterminista por ser expresión del individualismo, piensan que es necesario rebasar los marcos de la ley adentrándose en las raíces del derecho plasmadas en "el espíritu del pueblo"; por ello, de la misma que se entiende la antijuridicidad en sentido formal y material, la culpabilidad material equivale a un juicio de presunción emitido por el juez (que lleva la voz del Fíhrer) el cual "recae sobre el autor por contradecir el espíritu del pueblo"²⁵¹, mientras la formal se agota en las formas de dolo y culpa".²⁵²

Estas posturas, se vinculan con otras que surgen algunos años después como se pone luego de presente. "Como la concepción psicológico-normativa, paso,

²⁴⁹ Kollmann, Horst., *El concepto sintomático del delito*, ZStW, 1908, pp. 449

²⁵⁰ Siegert, Karl, *El Derecho Penal y el Estado*, Tübingen, Ed. J.C.B. Mohr, 1934, pp. 47 y 48.

²⁵¹ Siegert, Karl, *El Derecho Penal y el Estado*, Tübingen, Ed. J.C.B. Mohr, 1934, pp. 47 y 48.

²⁵² Siegert, Karl, *El Derecho Penal y el Estado*, Tübingen, Ed. J.C.B. Mohr, 1934, pp. 47 y 48.

logrado por Beling (1899, 1906) quien, sin abandonar todavía su postura positivista, planteó por primera vez una teoría normativa de la culpabilidad".²⁵³

“En efecto, después de postular la culpabilidad como parte del tipo subjetivo, la entiende como "un reproche que se formula a alguien por no haber actuado de otro modo" y se concreta en la responsabilidad por una "falta de la voluntad, siendo dolo y culpa especies de la misma".²⁵⁴

Por su parte, A. Hegler, en 1915, “concibe la culpabilidad desde el punto de vista formal como reprochabilidad y materialmente como equivalente al "dominio del hecho", dentro de una sistemática del delito de rasgos teleológicos”.²⁵⁵

Por otro lado, Goldschmidt entendió que “el elemento normativo de la culpabilidad estaba constituido por la "contrariedad al deber" partiendo de la distinción entre injusto y culpabilidad, aseverando que el primero se configuraba por una "norma de acción" (de carácter imperativo) y la segunda por una "norma de deber" (de carácter motivador); de éste modo, la culpabilidad es concebida como puro juicio de reproche compuesto por la exigibilidad (deber de motivarse de conformidad con la representación del deber indicado en la norma de derecho), y por la no motivación del sujeto acorde con la representación del deber jurídico, pasando a ser la imputabilidad, el dolo, la culpa, y la motivación normal meros presupuestos de ella.²⁵⁶

Otro aporte fue hecho por Freudenthal, pues para él, “la esencia de la culpabilidad radica en el desprecio mostrado por el autor quien se ha comportado de determinada manera, a pesar de que podía y debía hacerlo en otro sentido,

²⁵³ Achenbach, Hans, *Fundamentos históricos y dogmáticos de la teoría sistemática de la culpa*, berlina, Ed. J. Schweitzer, 1974, pp.91 y ss.

²⁵⁴ Beling, Ernst Von, *Esquema del Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial Gustav Fischer, 1944, p. 56.

²⁵⁵ Hegler, Augusto, "Las características del crimen" en Revista Jurídica de Derecho Penal (ZStW), No. 36, Berlín, 1915; pág. 19 y ss.

²⁵⁶ Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducido por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Buenos Aires, De Palma, 1943, p. 253.

añadiendo que el criterio limitativo del reproche de culpabilidad está constituido por la "exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho", elemento que deriva del postulado según el cual "a lo imposible nadie está obligado".²⁵⁷

“Las formulaciones anteriores, permitieron una amplia discusión de la teoría mixta de la culpabilidad bajo los baremos del neokantismo, siendo asimilada por los más destacados autores de esta tendencia, aunque con diferentes variantes, a lo largo de los años veinte”.²⁵⁸

Muy elocuentes al respecto, son los desarrollos de E. Schmidt y Mezger, entre otros, como se ve en seguida. En efecto, para el primero de los nombrados “el concepto de culpabilidad se debe deducir de la teoría de la norma afirmando que junto a la función del derecho como norma de valoración se encuentra la no menos significativa como norma de determinación, lo cual le permite invocar la "contrariedad al deber" como concepto central de la culpabilidad como ya habían planteado otros expositores en los que se apoya”²⁵⁹; esto le permitió convertir el concepto psicologista de Von Liszt en una noción de amplio contenido normativo, como se deduce de la siguiente definición: "culpabilidad es reprochabilidad de una acción antijurídica desde la perspectiva de la deficiencia del proceso psíquico que la ha originado".²⁶⁰

“Pero, sin lugar a dudas, la más acabada elaboración compleja de la culpabilidad”²⁶¹, es la llevada a cabo por Mezger, el máximo arquitecto del concepto neoclásico del hecho punible, “tal como la planteó en 1931/1932 sometiéndola

²⁵⁷ Freudenthal, Berthold, Culpabilidad y reproche en el derecho penal vigente, también una contribución a la crítica del borrador de un código penal alemán de 1919, Tübingen, Editorial: Mohr, 1922, pp. 10/13.

²⁵⁸ Cardenal, Sergi, *El Tipo Penal en Beling y Los Neokantianos*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2002, p. 40 y ss.

²⁵⁹ Eberhard, Schmidt, "Fundamentos de Derecho penal de Beling", en JW, 1931, p. 209.

²⁶⁰ Ver a Eberhard, Schmidt, "Fundamentos de Derecho penal de Beling", en JW, 1931, p. 209, invocando a pie de página (nota 4) los trabajos de Dohna, Mayer, Kohlrausch y Goldschmidt.

²⁶¹ Es de destacar que, el nombre de "concepto complejo", que refleja bien la problemática, proviene de Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1948, pp. 21 y ss.

después a diversos ajustes que no comprometen el fondo del planteamiento"²⁶²; efectivamente, según él, actúa culpablemente "aquel cuya acción jurídicamente reprobable, es expresión de su personalidad, entendiendo por culpabilidad el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".²⁶³.

"Esto supone, entonces, que el juicio de culpabilidad está referido a una determinada situación de hecho, es un "juicio de referencia", por lo cual puede añadir: en una palabra: culpabilidad es reprochabilidad; lo cual no le impide advertir que no se trata de una culpabilidad en sentido ético sino jurídico completamente ajena a la controversia en torno a la libertad de querer, declarándose partidario de "un determinismo crítico" más allá de una antigua polémica que, afirma, no tiene por qué afectar el concepto examinado".²⁶⁴

La concepción normativa.

"Una vez superada la postura psicologista e introducida en la discusión la tesis normativista, el paso hacia una nueva formulación era fácil de dar; en efecto, ya desde muy temprano Paul Merkel y su discípulo Otto Berg demostraron cómo el dolo y la culpa no eran formas de culpabilidad entendida ésta como juicio de reproche, afirmando que la estructura de dicha categoría era igual tanto para hechos dolosos como culposos concebidos como forma de acción. Así, el primero de los mencionados se preguntaba si no hablaba en favor de su concepción el conocimiento nítido de que "dolo e imprudencia (culpa) no son especies de culpabilidad, sino que, por el contrario, la culpabilidad es la característica genérica tanto de los hechos dolosos como culposos".²⁶⁵

²⁶² Achenbach, Hans, *Fundamentos históricos y dogmáticos de la teoría sistemática de la culpa*, Berlín, Ed. J. Schweitzer, 1974, p. 165.

²⁶³ Mezger, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, traducido por Conrado A. Finzi, Tijuana, Cárdenas Editor, 1985, p. 247.

²⁶⁴ Mezger, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, traducido por Conrado A. Finzi, Tijuana, Cárdenas Editor, 1985, pp. 252 y 253.

²⁶⁵ Merkel, Paul, "Merkel, Paul, "Las disposiciones del proyecto de ley de derecho penal de 1919 ..." en ZSIW, No. 43, Berlín, 1922, pp.299 y ss.

“Esto tuvo lugar en el período ubicado entre 1931 y 1939, cuando los penalistas nazis querían reducir la culpabilidad a la infracción del sano sentimiento del pueblo”.²⁶⁶

Para esto, Weber había dicho “que obra culpablemente quien acciona antijurídicamente, no obstante que pudo conducirse conforme a derecho”.²⁶⁷ Y se manifiesta aquí la visión del contenido de exigibilidad, dentro de la culpabilidad.

“La culpabilidad se halla en el poder, la antijuridicidad en el deber. El lugar de la antinomia objetivo-subjetivo lo ocupa la de deber-poder”.²⁶⁸

Desde este planteamiento se erige una teoría del tipo complejo en la que el dolo y la culpa dejan de ser parte de la culpabilidad.

Dohna, en 1936, después de propugnar por la doctrina normativa, aseveraba: “la idea de la exigibilidad y de la contrariedad al deber son idénticas, en el sentido de que la infracción a las normas de derecho no puede tener validez como contraria al deber cuando ha dejado de ser exigible un actuar de acuerdo a la norma, a lo cual se suma la adscripción del dolo y la culpa a la acción y la distinción, por muchos considerada capital, entre objeto de la valoración (el injusto) y la valoración del objeto (la culpabilidad)”.²⁶⁹

Welzel, afirma que, “la culpabilidad es "un juicio de reproche" de carácter personal formulado al autor del hecho cuando éste, a pesar de haberse podido motivar de conformidad con la norma, opta por comportarse de manera distinta; nace así, el criterio del "poder en lugar de ello" que sirve de contenido material al

²⁶⁶ Weber, Helmuth Von, "Para la estructuración del sistema penal", traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni, en *Nuevo Foro Penal (NFP)*, N° 13, Bogotá, 1982; pp. 567 y ss.

²⁶⁷ Weber, Helmuth Von, "Para la estructuración del sistema penal", traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni, en *Nuevo Foro Penal (NFP)*, N° 13, Bogotá, 1982; pp. 567 y ss.

²⁶⁸ Weber, Helmuth Von, "Para la estructuración del sistema penal", traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni, en *Nuevo Foro Penal (NFP)*, N° 13, Bogotá, 1982; pp. 567 y ss.

²⁶⁹ Dohna, Alexander, *La Estructura de la teoría del delito*, traducido por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, pp.14 y ss.

"juicio de reproche". ²⁷⁰

“Luego, con el concepto final de acción, ya el dolo y la culpa no son formas de la culpabilidad, sino de conducta humana y la teoría del delito adquiere una nueva estructura; al injusto personal se opone la culpabilidad entendida en sentido puramente normativo, y al juicio de reproche se le asignan como elementos la imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho”. ²⁷¹

Maurach y Kaufman, acogieron esta concepción y si en la actualidad el concepto de culpabilidad ha tomado otro rumbo, se debe, entre otras razones, al pensamiento de diversas corrientes.

La concepción vigente

“Después de la vertiginosa evolución sufrida por el concepto de culpabilidad, la doctrina actual se muestra más preocupada por darle a este estrato del hecho punible un contenido preciso; por ello, se insiste en una clasificación que se fundamenta en las elaboraciones del positivismo sociológico de finales del siglo XIX, en virtud de la cual debe distinguirse entre los aspectos formal y material de las diversas categorías delictuales”. ²⁷²

En resumen, “el concepto formal de culpabilidad comprende todos aquellos presupuestos que, en un ordenamiento jurídico dado, son indispensables para formular al agente la imputación subjetiva; mientras que el material busca desentrañar el contenido de esa imputación, el porqué de la misma”. ²⁷³

²⁷⁰ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica, 1970, pp.452 y ss.

²⁷¹ Velásquez, Fernando, “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, Lima, 1993, pp. 283/310.

²⁷² Velásquez, Fernando, “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, Lima, 1993, pp. 283/310.

²⁷³ Velásquez, Fernando, “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, Lima, 1993, pp. 283/310.

Pero hoy, la culpabilidad requiere de presupuestos, además de ser en sí misma, un juicio de reproche.

“En primer lugar, se entiende la culpabilidad como el poder actuar de otra manera por lo cual el contenido de esta categoría se basa en el "poder en lugar de ello", de donde se infiere que la culpabilidad fundamenta el reproche personal contra el autor que no ha omitido la acción antijurídica, aunque podía hacerlo, como alguna vez dijera la jurisprudencia alemana”.²⁷⁴

Esta postura hace una mezcla de la culpabilidad por la postura y la culpabilidad por el carácter y, en consecuencia, la crítica alega que no es admisible desde el punto de vista científico, pues no es susceptible de ser demostrada la libre autodeterminación del ser humano.

“En segundo lugar, se afirma que el mencionado criterio debe indagarse a partir del ánimo jurídicamente desaprobado" o mejor: "culpabilidad es pues reprochabilidad del acto en atención al ánimo jurídicamente desaprobado que se realiza en él", entendiendo por "ánimo" "el valor o disvalor de la actitud actualizada en el acto concreto".²⁷⁵

A esta posición se le plantea críticamente que, no logra explicar el ánimo o intención del autor, y no podríamos caer en un derecho penal que dependa del ánimo de este.

En tercer lugar, se postula que el baremo buscado debe partir de la responsabilidad de la persona por su propio carácter, pues se es culpable por las cualidades que inducen a cometer el hecho, por "ser así"; como dice uno de los más destacados voceros de esta corriente: "en la vida se responde por lo que se es, sin

²⁷⁴ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica, 1970, pp.452 y ss.

²⁷⁵ Gallas, Wilhelm, *La Teoría del delito en su momento actual*, traducido por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959, pp. 62 y ss.

consideración de las razones por las cuales esto se ha producido".²⁷⁶

Si fuera entendida así, de este modo, la culpabilidad, sería aceptar una concepción determinista del actuar del ser humano, que dependería de su estado.

“Una cuarta alternativa, es el ensayo funcionalista de reemplazar la culpabilidad por la asignación de necesidades preventivo-generales, a partir de la idea del fin, siendo en última instancia la "no fidelidad al derecho".²⁷⁷

Esta concepción ve al hombre como objeto, y, por ende, es de rechazarla.

“En quinto lugar, se ha buscado reemplazar el concepto tradicional por el de responsabilidad por parte de un punto de vista que se auto califica como de la culpabilidad a pesar de la capacidad de reaccionar normativamente”.²⁷⁸

“Este criterio, según se alega, es verificable dada su naturaleza empírico-normativa; y, propone un cambio de nombre a la categoría porque, de un lado, se asienta en el tradicional principio de culpabilidad desechando la función retributiva de la pena y, del otro, acude a la idea de fin que se traduce en cometidos de carácter general y especial”.²⁷⁹

Como se puede suponer, esta postura tampoco logra darle un contenido preciso a la culpabilidad limitándose a retomar tanto la concepción de la culpabilidad

²⁷⁶ Heinitz, Ernst. "Castigo y personalidad" en línea para todo derecho penal, *Strafrechtswissenschaftl (ZStW)*, No. 63, Berlín, 1951; pp. 57 y ss.

²⁷⁷ Heinitz, Ernst. "Castigo y personalidad" en línea para todo *Strafrechtswissenschaftl (ZStW)*, No. 63, Berlín, 1951; pp. 57 y ss.

²⁷⁸ Heinitz, Ernst. "Castigo y personalidad" en línea para todo *Strafrechtswissenschaftl (ZStW)*, No. 63, Berlín, 1951; pp. 57 y ss.

²⁷⁹ Esto queda muy claramente expresado así: "la responsabilidad penal del autor por su comportamiento no sólo depende de su culpabilidad, sino además de la necesidad preventiva de pena". Ver a Roxin, Claus, Roxin, Claus, *Política criminal y Sistema de Derecho Penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p.115.

por el carácter ya mencionada como la perspectiva funcionalista, por lo cual le caben los mismos reproches formulables a dichas posturas que, no por el hecho de refundirse en una sola fórmula, resultan convincentes. Desde luego, frente a las anteriores construcciones se erigen otras, cuyo punto de partida es abolicionista, pretendiendo desterrar del Derecho Penal la categoría objeto de estudio, que es la culpabilidad.

2.1. Esbozo sobre la Teoría de la culpabilidad.

La teoría de la culpabilidad cuyo análisis sigue a continuación, investiga si el autor puede ser personalmente responsable por su conducta desvalorada. Sólo en este caso cabe estimar que la acción ha sido cometida culpablemente, dando lugar al efecto de la pena.

En materia de culpabilidad se pueden distinguir esencialmente tres concepciones básicas diferentes. La más antigua, que se retrotrae a Beling y fue posteriormente sostenida por H. Mayer, incluye en el tipo de ilícito todo el acontecimiento objetivo externo, mientras todo lo subjetivo o psicológico, pertenece al campo de la culpabilidad.

La segunda posición, frecuentemente sostenida en la actualidad, se encuentra especialmente en el sistema teórico de Mezger, y ciertamente, esta posición relaja la rígida diferenciación entre ilícito como algo exclusivamente objetivo y culpabilidad como exclusivamente subjetiva.

Se reconoce, por una parte, que tanto el tipo, como la antijuridicidad pueden ser determinados, caracterizados o excluidos, mediante ciertas y determinadas aspiraciones o nociones psíquicas o subjetivas del autor, los llamados elementos subjetivos del ilícito y elementos de justificación y, por la otra, que el juicio de culpabilidad psicológico, primario, puede ser influido por ciertas circunstancias objetivas, es decir, estos serían los elementos de culpabilidad concebidos

objetivamente.

Una tercera corriente doctrinaria, actualmente dominante, rechaza absolutamente la distinción entre el carácter objetivo del ilícito y la naturaleza subjetiva de la culpabilidad. Para esta corriente sólo es relevante la distinción entre objeto de valoración o tipo de ilícito, y juicio de valoración que no es más que la determinación de la culpabilidad.

“Esta corriente reconoce que “la voluntad del autor, en cuanto elemento subjetivo final del delito, es necesaria al momento de caracterizar la acción ilícita; la voluntad, en cuanto factor de configuración de la acción, es objeto de valoración juntamente con ésta, mientras la culpabilidad aparece como un juicio valorativo puro, liberado de toda carga psicológica-actual.”²⁸⁰

2.2. Matices históricos de la culpabilidad en la humanidad.

La culpabilidad siempre ha sido una preocupación en cuestiones humanas, sociales y jurídicas, y dentro de ellas, la más grave de las culpabilidades puede ser la del pecado o la culpabilidad por un delito, esto dado a las consecuencias que ambas constriñen.

Como ejemplo de esta afirmación podemos traer a colación varios episodios de la historia de la humanidad, por ejemplo, Edipo, y, Calígula.

²⁸⁰ Maurach, Heinz, *Derecho Penal Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, t. I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, pp. 228 y 229.

Edipo

Hagamos sobre el enfoque histórico de la culpabilidad o culpa en Edipo, el siguiente resumen:

“Existe una escena en la ciudad de Tebas, en la que, ante el palacio de Edipo, donde se encuentra un grupo de tebanos arrodillados alrededor del sacerdote de Zeus, Edipo sale del palacio y se dirige a su pueblo preguntándoles la razón de la reunión. El sacerdote trágicamente responde que la peste se ha adueñado de Tebas. Como fue Edipo quien salvó al pueblo de la esfinge se dirigen ahora a él para librarlos de la Peste y salvar nuevamente a la ciudad. Edipo responde que ya es consciente de este problema y que ya ha actuado mandando a su cuñado Creonte a Apolo Pitio, con el fin de informarse sobre lo que se debe hacer. En ese momento llega Creonte, quien, ante la pregunta de Edipo sobre lo que Apolo había dicho, responde que, según el oráculo, la manera de librar a la ciudad de su infortunio sería desterrando al culpable del asesinato del rey Layo, quien reinó Tebas antes de la llegada de Edipo”²⁸¹

“Según Creonte, el oráculo decía que debían castigar a los culpables de su muerte. Al oír esto Edipo se encuentra desconcertado ya que no había pistas sobre la muerte de Layo, salvo el dato que Creonte aportó, que fue asesinado por unos bandidos con la fuerza de un gran número de manos. Edipo se compromete con el pueblo a hallar al culpable”.²⁸²

“Edipo habla con Corifeo, cree que, como ignorante de los hechos de la muerte de Layo, sería imposible para él descubrir al asesino sin otra pista. Por eso

²⁸¹Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

²⁸²Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

dirigiéndose a su pueblo clama que castigará a aquel que se rehúse a darle las explicaciones que pide. En este discurso prohíbe a todos los habitantes de Tebas que se reciba a esa persona o se le dirija la palabra. De este modo lanza una maldición contra los criminales y ordena que se cumpla lo que ha pedido. Corifeo sugiere a Edipo que llame a Tiresias, un adivino tan perspicaz como el dios Apolo. Edipo responde que ya ha enviado dos mensajeros a buscarlo por consejo de Creonte. Corifeo cuenta a Edipo que las habladurías dicen que Layo murió a manos de unos caminantes. En ese momento entra Tiresias y Edipo pide ayuda a Tiresias para encontrar al culpable y librar a Tebas de la mancha del homicidio. Tiresias responde preocupado que no debería estar allí ya que no son buenas noticias las que trae, por eso hace ademán de irse, pero Edipo lo detiene pensando que el adivino sabe y no quiere decirlo. Tiresias responde que no querría hacer públicas sus desgracias, o más bien las de Edipo, y que de cualquier manera los hechos llegarían a pesar de su silencio”.²⁸³

“Edipo entonces acusa a Tiresias de ser el culpable del crimen. Edipo insulta al adivino con su ceguera, y éste dice que Edipo mismo es el causante de todos sus males. El rey le pregunta a Tiresias si fue él o Creonte quien tramó esos descubrimientos, ya que cree que Creonte le pagó al adivino para ir y decir esas mentiras. Tiresias responde que Creonte no causa para él ningún mal. Edipo piensa que todo está arreglado entre Creonte y él para arrojarlo del trono”.²⁸⁴

“Corifeo interviene y dice a Edipo que tanto las palabras suyas como las de Tiresias han sido dictadas por la cólera, y que lo que realmente importa es averiguar cómo cumplir los oráculos de Apolo. Tiresias luego de una pausa, le dice a Edipo que él que ve la luz, no ve la desgracia que se cierne sobre él, ni dónde, ni con quién

²⁸³Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

²⁸⁴Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

convive. Le dice que pronto no verá más que tinieblas. El adivino enojado pide que lo guíen para irse. Antes de marcharse avisa a Edipo que la persona a quien él busca está allí, que pasa por un extranjero domiciliado en Tebas, pero en realidad es tebano de nacimiento y ese descubrimiento no será para él motivo de alegría. Descubrirá también, dijo Tiresias, que es padre y hermano de sus hijos; hijo y esposo de la madre que le dio el ser; y el asesino de un padre a cuya esposa fecundó. Tiresias se retira diciéndole a Edipo que reflexione”.²⁸⁵

“Creonte se dirige al pueblo de Tebas, diciendo que, informado de la acusación hecha por Edipo contra él, siente que le hacen un daño inmenso creyendo que él es un traidor. Luego pregunta a Corifeo la razón de la acusación de Edipo. Corifeo responde que desconoce la intención de esas palabras. En ese momento sale Edipo del palacio y recibe enojado a Creonte”.²⁸⁶

“Yocasta le pide a su esposo que le muestre la razón de su enojo. Edipo le cuenta que Creonte le ha enviado un siniestro adivino que indirectamente lo acusó de ser el asesino de Layo. Yocasta trata de convencerlo de que ningún mortal entiende de profecías. Como ejemplo le cuenta que hace tiempo, un oráculo predijo que Layo moriría a manos de un hijo nacido de ella. Y a pesar de eso, Layo fue asesinado por unos extranjeros. Yocasta le cuenta cómo Layo entregó a su hijo con los pies atados para que lo arrojasen al fondo de una sima impenetrable de una montaña. La reina le muestra cómo ni Apolo cumplió sus oráculos, ni el hijo de Layo mató a su padre, y le dice que se tranquilice”.²⁸⁷

²⁸⁵Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

²⁸⁶Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

²⁸⁷Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

“Edipo le comunica a su esposa el desconcierto que sus palabras le causan. Luego le pregunta sobre el lugar donde Layo fue muerto, y la apariencia física de este hombre. Yocasta le cuenta todo lo que sabe, y Edipo siente que todo desgraciadamente se aclara. Le pregunta si alguno de los acompañantes de Layo sobrevivió, y Yocasta responde que un servidor fue el único sobreviviente. Cuando regresó y vio que era Edipo quien gobernaba Tebas pidió suplicante a la reina que lo enviasen al campo, con el fin de estar lejos de la ciudad y del alcance de su vista. Yocasta no entiende la razón de las inquietudes de Edipo respecto a esta información, por lo que Edipo le cuenta su historia”.²⁸⁸

“Su padre era Pólipo, de Corinto y su madre era Mérope, de Doria. Cierta vez en un festival, una persona que había bebido con exceso, lo insultó diciéndole que era hijo adoptivo. Él se dirigió a sus padres, quienes se indignaron ante este incidente, lo cual no tranquilizó del todo a Edipo, quien decidió marcharse de la ciudad. Febo le anunció antes otras desgracias terribles y lamentables. Le dijo que estaba destinado a ser el esposo de su madre, y que sería el asesino de su padre. Por esta razón se alejó de Corinto. Andando y andando llegó al lugar en donde Yocasta le dijo que Layo encontró la muerte, y allí se cruzó con un heraldo seguido por una carroza. Cuando lo hicieron apartarse del camino, Edipo montó en cólera y los mató”.²⁸⁹

“Edipo, después de corroborar por medio de Corifeo y el mensajero la identidad del pastor, comienza a interrogarlo. A pesar de no querer aportar la información que el rey le pide, finalmente el pastor le dice que lo recibió de una madre, quien se lo dio por miedo de unos terribles oráculos que decían que mataría a sus padres. Edipo comprende todo ahora y se lamenta profundamente, ya que nació de quien no debió haber nacido, vivió con quien no debió haber vivido y mató

²⁸⁸Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

²⁸⁹Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

a quien no debió haber matado”.²⁹⁰

“El paje anuncia que Yocasta ya no existe, se quitó la vida. Cuando Edipo lleno de odio entró en la habitación donde yacía su mujer y madre, arrancó de sus vestidos los broches de oro que los adornaban y se los hundió en las órbitas de sus ojos, gritando que ya no serían testigos de sus desgracias ni delitos. En ese momento entra el desgraciado Edipo. Corifeo se espanta ante la visión de tan horrible desgracia. Edipo maldice el momento en que alguien lo rescató de la muerte. Llega Creonte y Corifeo le informa que será ahora Creonte el protector de ese país. Edipo le pide que lo expulse del país. Creonte le concede estar con sus hijas. Edipo le pide a su cuñado que lo destierre del país, como castigo por sus culpas”.²⁹¹

Calígula

“Educo a una serpiente para el reino”.²⁹²

Estas fueron las palabras del emperador Tiberio cuando comenzó a percatarse de la personalidad de su sobrino Calígula, quien además sería su sucesor.

“Calígula llevaba por nombre, Cayo César Germánico, sus padres fueron el general Germánico y Agripina, pero fue adoptado por su tío, el emperador Tiberio. A la edad de 24 años sube al trono, tras la caída en coma y posterior muerte, del emperador Tiberio, por culpa de los excesos de vino, de prostitutas y de comida, pero en pleno juramento para el cargo, el emperador sale del coma, haciendo que

²⁹⁰Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

²⁹¹Sófocles, Edipo Rey, Dirección y responsabilidad del proyecto: Fundación El Libro Total, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, siglo V. a.C., consultado 11 de noviembre de 2019, pp. 1/98.

²⁹² Camus, Albert, *Calígula*, en Calígula (5).pdf, consultado 21 de noviembre de 2019, pp.10/76.

Calígula tiemble de miedo por verse destituido. Unos dicen que lo mandó asesinar, otros que fue él mismo quien lo asfixió con la almohada. El caso es que Tiberio muere poco después de despertar y Calígula es al fin, nombrado emperador”.²⁹³

“A la administración de Calígula le llamaron el imperio del terror, y duró 3 años, 10 meses y 8 días. Los primeros seis meses de su reinado fueron relativamente buenos. Levantó prohibiciones que el antiguo emperador había impuesto, como permitir que se hicieran juegos, bajó los tributos y dio libertad al ejército y a la aristocracia”.²⁹⁴

“Pero cuando Roma gozaba de cierto esplendor, el emperador enferma de epilepsia del lóbulo temporal, con síntomas parecidos a la esquizofrenia. Esta enfermedad le acompañaría de por vida. Cada vez que sufría un ataque se pasaba días en cama, pero le hacía volver al mundo real con mayor ferocidad y con más paranoias. Por ejemplo, como era calvo y feo, cada vez que veía a un joven apuesto con una bonita cabellera se la hacía cortar, prohibió bajo pena de muerte la palabra cabra, ya que creía que se parecía a una de ellas”.²⁹⁵

Pero, una de las excentricidades de Calígula que con más fuerza ha pasado a la historia fue la de casarse con su hermana menor de la que se enamoró ferozmente y a la que deja embarazada, acusándolo la historia de ser culpable de la muerte de esta y de su feto, pues debido a padecer en una de esas noches, un ataque de ansiedad, quiso saber cómo sería su hijo, y antes de que este naciera, abrió el vientre de su hermana y “esposa”, y le arrancó el feto, acabando de esta manera con la vida de los dos. Estando imbuido su comportamiento, por un padecimiento eminentemente mental.

²⁹³ Camus, Albert, *Calígula*, traducido por Javier Albiñana Serain, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pp. 10/160.

²⁹⁴ Camus, Albert, *Calígula*, traducido por Javier Albiñana Serain, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pp. 10/160.

²⁹⁵ Camus, Albert, *Calígula*, traducido por Javier Albiñana Serain, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pp. 10/160.

La culpa en Roma

El Derecho romano, se caracterizó entre otras muchas cosas, por incluir la culpa entre sus institutos jurídicos, siendo así, podemos hacer referencias al respecto, que lo demuestren.

“La culpa siempre supone un hecho, a consecuencia del cual una persona resulta dañada o perjudicada. Como cuando se obra con dolo también resulta dañada o perjudicada una persona, para distinguirlo de la culpa se ha recurrido a la intención con que se ha ejecutado el hecho. Si éste se ha llevado a efecto por su autor con deliberada intención de causar el daño, ó perjuicio que produce, entonces, se dice que ha habido dolo; pero si al practicarlo no se ha tenido intención de dañar, se establece que se ha cometido únicamente culpa”.²⁹⁶

Esta distinción tan sencilla, como a primera vista parece, necesita, sin embargo, de alguna explicación. Desde luego es preciso advertir, que jurídicamente por hecho se entiende no solo lo que se hace, sino también, lo que deja de hacerse.

El último párrafo del título 15, del libro 3, de Justiniano, dice: "No solo pueden ser objeto de las estipulaciones las cosas, sino también los hechos, como si estipulamos que se haga, o, que no se haga alguna cosa. Así es, que, tratándose de las culpas, no solo las acciones, sino también las omisiones que causan daños y perjuicios deben tomarse en cuenta. Previa esta advertencia, ocupémonos de la distinción que antes hemos sentado existe entre el dolo y la culpa. Siempre que al ejecutarse un hecho el que lo pone en práctica no tiene expedito el uso de su razón, no puede imputársele el daño, o, perjuicio que, como resultado del hecho, haya ocasionado”.²⁹⁷

²⁹⁶ Velázquez, Luis, *Teorías de las Culpas en el derecho romano*, Imprentas del socialista, escalerillas, México, 1886, pp.10/40.

²⁹⁷ Velázquez, Luis, *Teoría de las Culpas en el derecho romano*, Imprentas del socialista, escalerillas, México, 1886, pp.10/40.

El Digesto también habla del daño causado y de la culpa sobre él. “En esta ley se dispone que el daño causado por el furioso no puede reclamarse en virtud de la acción de la ley Aquilia, exponiéndose como fundamento de esta disposición que el furioso al causar el daño, no ha incurrido en culpa por faltarle la razón, *quum suementis non sit*. Ampliando un poco más el fundamento que expone la ley, podremos decir, que aquel que se encuentra privado del uso de la razón no puede tener voluntad de hacer ó no hacer alguna cosa. Y si voluntad no tiene, por una consecuencia necesaria, tampoco puede tener intención de causar un daño, porque no puede concebirse que haya intención sin que intervenga la voluntad. Si conforme a lo que se establece en la ley anterior, no hay culpa cuando falta la intención, ¿cómo se asienta que el autor de la culpa no ha tenido la intención, y a pesar de esto se le hace responsable del daño que de ella se origina? ¿Lo es cierto que esta doctrina está en abierta contradicción con lo que se previene en la ley antes citada? Fácil es, sin embargo, desvanecer la contradicción que parece haber, si se determina con exactitud cuál es el punto en que se requiere la intención para que exista la culpa, y cuál aquel en que no es necesaria”.²⁹⁸

En este punto logra denotarse que ya desde el Digesto, se exigía voluntad y comprensión para poder exigir culpabilidad o culpa al ejecutor de un daño, sin embargo, no se trataba de eximir de culpa, ni de una causa de inculpabilidad este tipo de exigencia, no conllevaba a la exención de culpa, sino, a configurar otra modalidad de culpa que excluye la intención, y se configura la culpa por negligencia misma, o incumplimiento de un deber, por descuido, o imprudencia.

“Al tratarse de la culpa, preciso es distinguir el hecho del daño o perjuicio que produce. Ni el hecho, ni el daño que de él se deriva son imputables, si el primero, es decir, el hecho, no ha sido ejecutado por su autor con intención y entera voluntad”.²⁹⁹

²⁹⁸ Velázquez, Luis, *Teoría de las Culpas en el derecho romano*, Imprentas del socialista, escalerillas, México, 1886, pp. 10/40.

²⁹⁹ Velázquez, Luis, *Teoría de las Culpas en el derecho romano*, Imprentas del socialista, escalerillas, México, 1886, pp.10/40.

Así se deduce de la ley 49, párrafo 1º, lib. 9, tít. 2 del Digesto, en cuyo párrafo se expresa de la siguiente manera el jurisconsulto Ulpiano:

“...el daño causado sin derecho (injuria) se persigue con la acción de la ley Aquilia, debe entenderse si el daño ha sido causado sin derecho, si a él le acompaña la injuria, (tomada esta palabra en el sentido de carecer de derecho) a no ser que haya sido ejecutado, urgiendo una grande fuerza, como escribe Celso respecto de aquel que destruyó las casas vecinas con objeto de contener el incendio, porque en este caso escribe que cesa la acción de la ley Aquilia, en virtud, de que lo hizo impelido por un temor justo, el de que llegase el fuego a sus propiedades: así es que ya sea que el fuego se haya extinguido o ya sea, que haya invadido la propiedad del que destruyó las casas, juzga (Celso) que cesa la acción de la ley Aquilia. En el caso de la presente ley, ¿en qué consistió el hecho? En la destrucción de las casas. Y el daño ¿cuál fue? La pérdida que sufrió el dueño de las casas destruidas. Pues bien: la misma ley nos dice, que aquel que destruyó las casas no es responsable del daño, porque al destruirlas procedió impelido por un justo temor, es decir, que el temor hizo que no tuviera voluntad, ni por lo mismo intención de practicar el hecho, la destrucción de las casas, puesto que la voluntad fue forzada. Si no se hace uno responsable del daño, cuando el hecho que lo produce ha sido ejecutado sin intención, según lo que expresa la ley que acabamos de citar, debe sentarse, que siempre que se impute el daño debe suponerse de precisión que el hecho que lo causó ha sido practicado con intención, con espontánea voluntad. Pero como el daño que se hace con culpa se imputa, y como únicamente es imputable el que procede de un hecho ejecutado con intención y libertad, parece incuestionable que cuando se ha obrado con culpa, el hecho por el que alguno se ha considerado culpable debe haberse practicado con verdadera intención, resultando de aquí que para que haya culpa, es preciso que el hecho sea ejecutado con entera deliberación”.³⁰⁰

³⁰⁰ Velázquez, Luis, *Teoría de las Culpas en el derecho romano*, Imprentas del socialista, escalerillas, México, 1886, pp. 10/40.

Además, se nota que están hablando de culpabilidad y, diferencia al dolo de la culpa, pero hablan de culpabilidad cuando dice, “para fijarse la culpa”, se requiere la intención en estos términos:

“Si, pues, al tratarse de la culpa, el hecho, para que pueda ser imputado, debe verificarse con intención ¿por qué se asienta que esta no existe en la culpa? Porque la intención en la culpa solo se limita al hecho y no se extiende al daño ni al perjuicio. O, en otros términos, el que comete culpa tiene intención de ejecutar el hecho, pero la de causar el daño ó perjuicio que resulta del mismo hecho. Esto nos explica la verdadera diferencia entre el dolo y la culpa. Para que haya dolo, preciso es que exista la intención de ejecutar el hecho y de que se cause el daño: para que haya solo culpa, ha de faltar la intención de que alguna persona sea dañada, pero sí debe haber voluntad; y, por lo mismo, intención de que el hecho se ejecute”.³⁰¹

“La explicación de esta dificultad servirá juntamente para exponer el fundamento en que se apoya la obligación de pagar los daños y perjuicios cuando se ha incurrido en culpa. Es un principio universalmente reconocido que lo accesorio sigue la naturaleza de su principal. Por esto, igualmente se ha admitido que la persona que consiente en la ejecución de un hecho se entiende que también consiente en las consecuencias de él, puesto que éstas son su accesorio. Siendo, pues, los daños y perjuicios una consecuencia del hecho que los ha producido, debe deducirse, conforme a la doctrina anterior, que, habiéndose consentido en la ejecución del hecho, se ha consentido de la misma manera en causar los daños y perjuicios que han resultado de aquel, y que, por lo mismo, el que llevó a efecto el hecho, es responsable de los daños y perjuicios, que de él se han originado”.³⁰²

Examinando con atención las leyes romanas, puede con seguridad afirmarse, que, “según sus disposiciones, únicamente es responsable el autor de un hecho de

³⁰¹ Velázquez, Luis, *Teoría de las Culpas en el derecho romano*, Imprentas del socialista, escalerillas, México, 1886, pp. 10/40.

³⁰² Velázquez, Luis, *Teoría de las Culpas en el derecho romano*, Imprentas del socialista, escalerillas, México, 1886, pp. 10/40.

los daños y perjuicios que al ejecutarlo haya previsto o podido prever: obligarlo a indemnizar aun aquellos que no hubiera podido prever, sería lo mismo que sujetarlo a prestar el caso fortuito, puesto que éste comprende los hechos que no pueden preverse".³⁰³

Esto que indica la razón lo dispone también la ley 19, párrafo 1°, libro 19, título 2, del Digesto, que dice así:

"Si alguno hubiese dado en locación toneles viciados, ignorando que lo estuvieran, y después se derramase el vino, estará obligado a los daños e intereses, (*in id quod interest*) sin que le sirva de excusa su ignorancia: y así lo escribió Casio. Otra cosa se observa si has arrendado pasto y en él nace yerba mala: porque en este caso, si los animales mueren o se deterioran, pagarás los daños y perjuicios si has tenido conocimiento; (que nacía yerba mala) pero si lo ignoraste no pedirás las pensiones".³⁰⁴

La ley, como se ve, contiene dos disposiciones, en la primera ordena que aquel que hubiese alquilado toneles que estaban viciados, deberá pagar el daño que resulte al locatario, aun cuando el locador hubiera ignorado el vicio que tenían: en la segunda, determina que el que arrienda pasto no está obligado a satisfacer el daño que al arrendatario se le ocasione, porque en el mismo pasto se encuentre yerba mala, si el que arrendó lo ignoraba. Así es, como, conforme a la ley, en el primer caso, la ignorancia no libra al locador de la obligación de pagar el daño, mientras que, en el segundo, queda libre en virtud de la ignorancia.

³⁰³ Fernández, Eugenio, *La culpa extracontractual en el Derecho Navarro*, pp. 738/759, Ley 0, libro 4. °, título 24 del Digesto, en la https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjsro_J5PbmAhWPxVkkHbqFCuAQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fdia.net.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2251977.pdf&usg=AOvVaw3v_dNuAll0gaQmbKtEck1.

³⁰⁴ Ley 19, párrafo 1°, libro 19, título 2, del Digesto.

Véase que, en el primer caso, ha podido preverse el daño y en el segundo, no.

Esta ley, además, logra diferenciar la culpa lata del dolo, es así como, la Ley 7.a, libro 5.º, tít. 51 del Código, dice:

"Es de derecho cierto, que en el juicio de tutela o en el útil de gestión de negocios, se comprende todo lo que los menores hayan perdido por dolo, por culpa lata ó leve del tutor o del curador, o cuando por estas causas no hayan adquirido alguna cosa pudiendo haberla adquirido, en esta ley se distingue el dolo de la culpa lata".³⁰⁵

Pero en la Ley 32, libro 16, título 3 del Digesto, no se hace esta distinción, sino que expresamente se establece que la culpa lata es dolo. Dice así la ley: "Lo que Nerva decía que la culpa lata (*latiorem culpam*) era dolo, desagradaba a Próculo; pero para mí es muy verdadero. Porque si alguno no es diligente en aquel grado que la naturaleza de los hombres desea, o si no pone en la cosa depositada el cuidado que acostumbra poner, no carece de fraude, puesto que no poniendo en las cosas depositadas el mismo cuidado que en las propias ha faltado a la fe".³⁰⁶

De propósito hemos citado esta ley porque en ella no se establece simplemente que la culpa lata es dolo, sino que, además, el Jurisconsulto asienta la razón porque juzga muy verdadero que lo sea, y, la razón, según lo manifiesta, estriba en que, aquél que incurre en la culpa lata comete fraude, y por esto, falta a la confianza que había sido depositada en él, y que, por ende, debía tener.

Según lo que se comprende en estas leyes, en el dolo debe haber una intención cierta y segura de causar daño a otra persona, en la culpa lata no existe esta intención; pero, aunque no exista, bien puede suceder que cuando se incurra

³⁰⁵ Ley 7a, libro 5, tít. 51 del Digesto.

³⁰⁶ Ley 32, libro 16, título 3 del Digesto.

en culpa lata, el acto, en virtud del cual se cometa, sea de tal naturaleza, que dé motivo fundado para sospechar que la persona que lo ejecutó tuvo intención de dañar.

“Así en los casos que menciona el Jurisconsulto en la citada ley 32, lib. 16, tít. 3 del Digesto, se nota que la desidia y el abandono son de tal magnitud, que atendiendo a lo que comúnmente se observa, no puede menos que presumirse que sean el resultado de una mala intención. Los casos mencionados son, primero, que no se tenga la diligencia que el común de las gentes tiene, y segundo, que el depositario no ponga en las cosas depositadas el mismo cuidado que en las propias”.³⁰⁷

2.3. Análisis antropológico de la culpabilidad.

La culpabilidad sea analizada desde el punto de vista moral, religioso, social o penal, se erige sobre la capacidad de libre albedrío propio de cada persona, además de los presupuestos de los que depende la culpabilidad en sí misma.

Y al justificarse precisamente el reproche que recae en las conductas antijurídicas llevadas a cabo por los seres humanos, desde su propia naturaleza de ser humano, se requiere el análisis de los fundamentos antropológicos de la culpabilidad.

Es así como, para fundamentar la culpabilidad, tanto se ha argumentado por parte de quienes sostienen la teoría de que la naturaleza del hombre es su libertad, como por los detractores de dicha teoría.

“La ciencia y filosofía penal se han condicionado, desde siempre, por la imagen de ser humano que se tenga en la época de que se trate, la cual, ha estado siempre vinculada al desarrollo científico y la evolución cultural del momento”.³⁰⁸

³⁰⁷ Ley 32, lib. 16, tít. 3 del Digesto.

³⁰⁸ Frías, Jorge, *Imputabilidad penal*, Buenos Aires, Ediar, 1981, p. 103.

“La doctrina más difundida y aceptada, ha fundado la culpabilidad en la existencia del libre albedrío, esto es, de la libre determinación del ser humano”.³⁰⁹

Los representantes de esta teoría fueron denominados “clásicos” y sostenían que: “era el sujeto inteligente y libre quien debía recibir el reproche moral en el que consistía la pena”.³¹⁰

Carrara, como uno de los máximos exponentes de la escuela clásica, se identificó en torno a la culpabilidad así: “...no me ocupo de discusiones filosóficas: presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre”.³¹¹

Y es que, “el principio de culpabilidad presupone lógicamente la libertad de decisión del hombre, pues solo si existe básicamente la capacidad de actuar de otra forma podrá hacerse responsable al autor de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar sus impulsos criminales”.³¹²

Es fácil percatarse aquí de que Jescheck, acoge la teoría del libre albedrío y ubica a la culpabilidad sobre esa capacidad de cada individuo para auto determinarse con respecto al derecho, o, al delito.

No obstante, desde el momento en que se formuló la concepción de la culpabilidad erigida sobre el libre albedrío, hasta nuestros días, ha ido cambiando y/ o evolucionando mucho, por ejemplo, hoy la voluntad tiene límites, y, por ende, el albedrío, ya no es tan libre.

³⁰⁹ Bustos, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, t. I., Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 317.

³¹⁰ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. II. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1992, p. 40.

³¹¹ Carrara, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General*, t. I. San José, Tipografía Nacional, 1889, p. 40.

³¹² Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Granada, Editorial Comares, 1993, p. 365.

“La autodeterminación, la libertad de la voluntad, o el arbitrio, no es la libertad misma, sino un presupuesto de la existencia en la que puede alcanzarse la libertad. Desde este punto de vista, resulta claro que la culpabilidad no presupone la libertad del hombre – lo que sería absurdo-, sino sólo su autodeterminación”.³¹³

Varias ciencias han estudiado la culpabilidad con la finalidad de comprenderla y justificarla, en ese sentido, por ejemplo, la psiquiatría, explica la culpabilidad “desde la libertad sobre la cual se funda el principio jurídico de la responsabilidad criminal como una realidad viviente”.³¹⁴

Y según Bustos: “Aun pudiéndose concebir una libertad del ser humano para decidir, la capacidad del ser humano en el momento preciso de cometer el hecho es un dato incomprobable”.³¹⁵

La doctrina que fundamenta el reproche de culpabilidad en el “poder actuar de otro modo” sostiene que este poder consiste en que el autor de una acción antijurídica no la ha omitido aun así siendo capaz de hacerlo, y responde a las críticas que se le hacen a la idea del libre albedrío argumentando que el análisis de la posibilidad del sujeto para actuar o no debe hacerse desde la base del hombre medio, es decir, si el hombre medio podría actuar de manera diversa en el mismo escenario que el imputado, entonces debe afirmarse la capacidad de este último para decidir actuar conforme a derecho, empleando la fuerza de voluntad que le faltó al sujeto.³¹⁶

El determinismo fue otra concepción antropológica sobre la culpabilidad, tal y como lo encierra la propia palabra, se refiere a que la libertad del ser humano no es real, mientras que los positivistas pensaban que la culpabilidad era una

³¹³ Zaffaroni, Eugenio, *Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2002, p. 40.

³¹⁴ Frías, Jorge, *Imputabilidad penal*, Buenos Aires, Ediar, 1981, p. 98.

³¹⁵ Bustos, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, t. I., Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 318.

³¹⁶ Velásquez, Fernando, “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, Medellín, 1993, pp. 283/310.

determinación intrínseca en el ser humano, para cometer el delito.

Por ejemplo, Franz Von Liszt, entiende que “un determinismo coherente implica el reconocimiento sin reservas de una pena final y propone que debe renunciarse a darle un sentido ético social a la culpabilidad, y que sólo debe ser entendida de manera formal o procesal, siendo únicamente la suma de los elementos de la imputación subjetiva”.³¹⁷

“Existe también la concepción o teoría en cuanto al deber responder por el carácter propio, que ha sido enunciada por Liszt Schmidt, esta concepción afirma que cada cual es responsable de su propia personalidad”.³¹⁸

“Actualmente ha cobrado significación una tendencia, que, a través de una solución ecléctica, introduce la consideración de la personalidad en el auténtico derecho penal de culpabilidad, mediante la incorporación del concepto de culpabilidad por la conducción de vida”.³¹⁹

“Según esta concepción material de la culpabilidad, al autor de una conducta reprobable no se le reprocha por la mala elección al momento de determinar su voluntad en el caso concreto, sino que a lo largo de su vida no haya tenido la prudencia ética necesaria para resistir los impulsos que lo motivaron. El hecho delictivo sería un medio para descubrir el núcleo anímico de la culpabilidad, que consistiría en la disposición asocial del autor”.³²⁰

“Contra esta postura se erige la de aquellos que defienden que los sujetos no son responsables por las características de personalidad que los definen, ya que

³¹⁷ Liszt, Frankz Von, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Madrid, Reus, 1917. p. 17

³¹⁸ Cury, Enrique, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988, pp. 24 y ss.

³¹⁹ Cury, Enrique, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988, pp. 24 y ss.

³²⁰ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. II. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1992, p. 12.

ellos no han elegido ser quienes son”.³²¹

Es de destacar que esta concepción, no incluye el tratamiento diferenciado a los sujetos menores de edad, o los sujetos enfermos mentales que cometen delito, y que, según tal posición, deberían responder por ser menores de edad, o por ser enfermos mentales.

Existen seguidores y defensores de la idea de que los seres humanos no poseemos la capacidad para controlar nuestra actuación, y esto es propio de la concepción aún vigente, sobre el determinismo.

Por ejemplo, “para la postura de la reflexología criminal, la posibilidad de una elección libre entre los distintos factores es ilusoria, ya que la conducta humana es simplemente el resultado de una cadena de reflejos. También el conductismo señala que el comportamiento es únicamente una reacción a un estímulo ambiental”.³²²

Sin embargo, actualmente ha quedado sentada “la imposibilidad de establecer un determinismo en el comportamiento tanto de los seres vivos como en la misma física, lo que repercute fuertemente en la negación o afirmación del libre albedrío”.³²³

En nuestro criterio frente a los múltiples intentos por entender y/o justificar la culpabilidad, no dejan de ser relevantes y razonables los fundamentos jurídico-normativos de la culpabilidad, planteando un término medio, ya que, “se considera que la afirmación de la libre voluntad del ser humano no descansa en constataciones empíricas, sino son exigencias normativas que recaen en él”.³²⁴

³²¹ Velásquez, Fernando, “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, Medellín, 1993, p.p. 384 y ss.

³²² Frías, Jorge, *Imputabilidad penal*, Buenos Aires, Ediar, 1981, p. 76.

³²³ Frías, Jorge, *Imputabilidad penal*, Buenos Aires, Ediar, 1981, p.p. 78/79

³²⁴ Velásquez, Fernando, “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, Medellín, 1993, pp. 384 y ss.

Puede revisarse también, la concepción de la actitud interna jurídicamente desaprobada, que fue fundada por Wilhelm Gallas.

“Gallas diferencia entre los elementos del delito antijuricidad y culpabilidad los análisis del desvalor de la acción y el desvalor de la actitud interna del hecho, respectivamente”.³²⁵ .

Pero, para Welzel, “el objeto de la antijuricidad coincide con el de la culpabilidad y corresponde a la voluntad de actuar, que en sede de antijuricidad se evalúa como no debida y en el ámbito de la culpabilidad como reprochable, para esta nueva postura de la actitud interna jurídicamente desaprobada, en cambio, la culpabilidad tiene un objeto de valoración propio, consistente en una actitud interna jurídicamente defectuosa de la cual ha nacido la voluntad de cometer el acto desaprobado”.³²⁶

“Se entiende por esta postura, que a través de valores “ético-sociales” es posible emitir un reproche sobre una actitud del sujeto frente a las exigencias del Derecho, que se manifiesta en la conducta delictiva y que permite emitir un juicio de valor a su respecto. Objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico en relación con la actitud interna jurídicamente desaprobada que se actualiza en aquél. La actitud interna favorable al Derecho constituye una cualidad del ciudadano imprescindible para la afirmación práctica del orden social, ya que en ella se basa la posición frente al Derecho y, consiguientemente, la voluntad de obedecerlo”.³²⁷

“Schmidhäuser, compartiendo la concepción de culpabilidad como actitud interna reprobable, ha desarrollado una caracterización más concreta de ésta al

³²⁵ Gallas, Wilhelm, *La Teoría del delito en su momento actual*, traducido por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959, pp. 62 y ss.

³²⁶ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica, 1970, p. 800.

³²⁷ Velásquez, Fernando, “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, Medellín, 1993, pp. 384 y ss.

concebirla como el comportamiento espiritual lesivo de bienes jurídicos, estando el sujeto espiritualmente en contacto valorativo”.³²⁸

Pero esta postura no logra aclarar la postura del libre albedrío puesto que, no explica si el sujeto estaba en condiciones de valorar seriamente el bien jurídico dañado con el hecho delictivo.

Para una concepción de la culpabilidad como atribución, debemos analizar que: “Según las necesidades preventivo-generales, esta posición se caracteriza por su determinación normativa, desde el punto de vista de la prevención general positiva y de la configuración de la sociedad”.³²⁹

Por ejemplo, Jakobs sostiene que “la culpabilidad está determinada sólo por el fin de prevención general, entendida ésta como el ejercicio de la fidelidad al Derecho. Para este autor, la pena cumple el rol de estabilizar la confianza en el ordenamiento por parte de la comunidad jurídica y que fue puesta en duda por el hecho delictivo. La atribución de culpabilidad viene siendo la corrección del sistema en cuanto señala como fallo al sujeto y el hecho punible y como normal a las conductas promovidas por la norma”.³³⁰

Para este autor, “la determinación de la ausencia de culpabilidad de un individuo dependerá únicamente de la existencia de mecanismos alternos que cumplan el mismo rol que la pena y por tanto no sea necesario considerar a la conducta como delito. “La autonomía se atribuye como capacidad en el caso de que resulte funcional, y sólo puede faltar cuando exista la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera”.³³¹

³²⁸ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, pp. 801/802.

³²⁹ Velásquez, Fernando, “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, Medellín, 1993, p. 962.

³³⁰ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, p. 805.

³³¹ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, pp. 805/806.

“La principal crítica a esta concepción es que no satisface el principio de culpabilidad en cuanto el análisis de la culpabilidad de una persona no limitaría la capacidad punitiva del Estado, dejándole únicamente a las necesidades preventivas la decisión de la aplicación de penas, dándole al ser humano el tratamiento de un mero medio de resguardo del orden social”.³³²

Claus Roxin plantea que, “la culpabilidad estará presente si es que el sujeto que realiza la conducta punible se haya disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma, siéndole síquicamente asequible la posibilidad de conducta conforme a la norma”.³³³

Manifestándose así, la concepción de la actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa y este autor critica así, los fundamentos antropológicos de la culpabilidad, señalando que, “esta concepción se basa en un fenómeno científico empírico y no indemostrable como lo es el libre albedrío del ser humano. Se basa en que la siquiatria y la sicología han desarrollado criterios con los cuales pueden ser constatadas las restricciones de la capacidad de autocontrol”.³³⁴

Roxin no busca probar si es que el individuo en cuestión pudo o no pudo actuar de otro modo, sino que “lo que puede demostrarse es la existencia de una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, situación en la que al sujeto se le puede tratar como libre”.³³⁵

“Cuando existe dicha asequibilidad normativa, partimos, sin poder ni pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y que se convierte en

³³² Velásquez, Fernando, “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, Medellín, 1993, p. 955.

³³³ Velásquez, Fernando, “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, Medellín, 1993, p. 955.

³³⁴ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, p. 807.

³³⁵ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, p. 808.

culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio síquicamente asequibles para él. El indeterminista interpretará esta suposición de libertad como empíricamente acertada. Pero así mismo podrán aceptarla el que se declara desconocer de la existencia o no del libre albedrío y el determinista”.³³⁶

“Esta concepción de la culpabilidad considera que la suposición de libertad del sujeto es una aserción normativa que establece una base sólida para fundamentar la culpabilidad debido al valor social de esta aserción. Esta concepción considera la culpabilidad como un dato mixto. Por un lado, la capacidad de autocontrol y la aserción de la asequibilidad normativa se basan en criterios empíricos, y por el otro lado, la posibilidad de conducta conforme a Derecho se atribuye normativamente”.³³⁷

“La culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa se apoya en una justificación social de la pena, pero protege la función de protección liberal del principio de culpabilidad en cuanto que esta no depende de criterios preventivo-especiales o generales vagos sino de la capacidad de control del sujeto. “Cuando la protección frente a sujetos peligrosos pero inculpables haga realmente indispensables las reacciones estatales, ello exige una fundamentación adicional y la imposición de una medida de seguridad; pero no debe repercutir en el concepto de culpabilidad”.³³⁸

³³⁶ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, p. 808.

³³⁷ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, p.p. 808/810.

³³⁸ Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, p.p. 808/810.

2.4. Análisis filosófico de la culpabilidad.

El hecho de explicar bajo cuál o cuáles fundamentos se impone el castigo en materia penal, es un tema que cabe explicar ahora.

Es posible que se estudie y se pongan en aplicación los conocimientos adquiridos en Derecho Penal y muchas veces no se haya reflexionado lo suficiente en el interrogante de: ¿Bajo qué fundamentos se puede imponer la pena?

Sin embargo, muchos autores han dedicado pensamiento, tiempo y trabajo para tratar de explicar esto y a pesar de ello, la situación vigente se permea con la realidad de que no existe un criterio unánime sobre la justificación de la imposición de la pena o sanción en materia penal.

Varias teorías, corrientes y escuelas se han abierto paso dentro del Derecho Penal para estudiar y explicar además de la teoría del delito, también, la teoría de la pena, producto de ello, se cuenta con postulados muy importantes e incluso, confrontados entre sí, como lo son las teorías retribucionistas y las utilitaristas, hoy, estamos seguros de que no cabe dudas de que la imposición de la pena o sanción, en materia penal, amerita ser justificada.

La pena en materia penal, entendemos que constituye el castigo que el Estado tiene la facultad de imponer a través de sus órganos judiciales a la persona que resulta declarada, mediante una sentencia penal, como responsable de haber cometido un delito. Esta facultad o derecho del Estado conocida como *ius puniendi*, es la facultad que en criterio nuestro, emana del propio deber que ostenta el Estado de proteger a sus ciudadanos, de modo que, cuando acontece que en alguna ocasión, uno de ellos lesione o ponga en peligro un bien jurídico de los protegidos por el Derecho Penal en cuestión, así mismo, le estará concediendo con dicho acto, la facultad o el derecho al Estado, para que le castigue; castigo que viene a ser la respuesta a la ofensa, ultraje, crimen o delito, que aquel individuo cometió.

Obviamente, el *ius puniendi* es una facultad muy abarcadora y que atribuye gran poder al Estado, por ello, el castigo a imponer, derivado de este derecho, amerita una justificación social, filosófica, constitucional y penal, que, además, resulte suficiente.

Es así como entendemos que, si mezclamos criterios retribucionistas y utilitaristas, o sea, desde una posición ecléctica de ambas teorías, podríamos decir que, la imposición de la pena se justifica, primero, porque el acusado ha infligido de modo ilegítimo un sufrimiento a alguien al dañar o poner en peligro, alguno de los bienes jurídicos que por demás, están protegidos por el Derecho Penal y del que la víctima es titular y, en segundo lugar, diríamos que además, al imponer este castigo, será útil para la sociedad ya que se haría con fines disciplinarios y preventivos pues actuaría también preventivamente, en el resto de la sociedad de modo general y ahí, encontramos parte de su función preventiva general y, además, intervendría preventivamente en la persona sancionada, en particular, encontrándose así el contenido de la prevención específica o especial.

Pero, aún seguimos estimando vigente a pesar de estos argumentos, el interrogante siguiente:

- ¿Basta solo con plantear explicaciones de merecimiento y de utilidad, para justificar imponer una sanción a una persona determinada responsable penalmente de un delito, cuando dicha sanción implica obligarlo a pasar por el sufrimiento de tener limitados o restringidos sus derechos, o, incluso, en algunas ocasiones hasta privarlo del mismo bien jurídico que el dañó o puso en peligro con su conducta delictiva y al castigarlo, estaríamos haciendo con él, lo mismo por lo que lo sancionamos?

2.4.1 ¿Por qué podemos ser culpables de causar daño ó, de cometer delitos?

No iniciemos este subtópico respondiendo este interrogante, sino, planteando otro interrogante más y, esta es:

¿Sobre quién descansa la culpabilidad como categoría filosófica y por demás, como categoría o elemento en la estructura actual del delito?

Pues podemos decir que, desde el punto de vista filosófico, recae sobre el ser humano, sea hombre o mujer, en dependencia de su falta.

Como elemento del delito, es nuestro criterio, tal y como lo es de la mayoría, que recae sobre el ser humano, mayor de edad, capaz mental e intelectualmente, que haya cometido un delito y haya sido, además, determinado como tal por el juez competente para el caso.

En la búsqueda de esta explicación, absorbió nuestra atención la obra: “Finitud y Culpabilidad” de Paul Ricoeur.

En ella, se habla de labilidad, a partir de su concepto de ser la debilidad existente en la constitución misma del hombre que hace que, el mal sea posible y, dice Ricoeur que:

“Gracias a ese concepto de labilidad, la antropología filosófica tiende, en cierto modo, el puente a la simbólica del mal, igual que la simbólica del mal empalma los mitos con el razonamiento filosófico; gracias a ese concepto de labilidad, la doctrina antropológica alcanza un nivel, un umbral de inteligibilidad, en el que se comprende que el mal haya podido entrar en el mundo por la acción del hombre; pero pasado ese umbral de inteligencia, comienza el enigma de un alumbramiento, al que no tiene acceso el raciocinio sino a través de conceptos indirectos y

cifrados”.³³⁹

Pero, - ¿Por qué el ser humano, sea hombre o mujer, es culpable?, - ¿De cuál parte de su naturaleza aflora la posibilidad de ser culpable?

Este autor habla además de labilidad, de desproporción, y, de finito e infinito, del error y el acierto, la causa o causas de los errores humanos, habla de Dios, de su perfección y de su influencia en cada ser humano, y, ubica los errores en un eslabón entre Dios y la nada.

Y describe al hombre, en la categoría de ser humano, sea hombre o mujer, como un ser intermedio entre Dios y la nada y, por ende, inclinado a la perfección de Dios y a la imperfección de la nada. Es en ese punto, donde habla de la desproporción.

Habla, por ende, del debate en el hombre entre la culpa y la inocencia, llevando entre ambas categorías, un registro indiferenciado.

También esboza sobre símbolos en el ser humano en torno a su voluntad y es ahí donde enuncia la presencia del siervo arbitrio o lo que es conocido como, libre albedrío.

Califica el autor que comentamos, sobre la elección del mal, como una manifestación de la humanidad del hombre, es decir, el hombre no es ni malo, ni bueno, sino, es solo humano.

³³⁹ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 21/24.

La finitud es la otra variable del tema de este libro, donde habla de lo infinito y lo finito y del hombre finito, hablando de su propia finitud.

“De manera que la finitud es, ante todo, perspectiva; luego, amor de sí mismo; después, inercia o forma cristalizada o cliché de repetición. Si se prefiere generalizar la idea de perspectiva ampliándola más allá de su significado primordial, es decir, rebasando el sentido en que se la suele usar en la fenomenología de la percepción, podría también decirse que el amor de sí mismo y la forma habitual que “contrae” mi existencia constituyen la perspectiva afectiva y práctica de mi vida”.³⁴⁰

“El hombre como ser, está constituido de tal forma que se ve expuesto a una infinidad de fallos; así que no debo extrañarme de mis deslices”.³⁴¹

De lo que se comprende que el hombre es lábil por naturaleza y de ahí, está naturalmente apto para cometer deslices.

De modo que, entendemos que el hombre, humano, lábil, finito y capaz de errar, es capaz de ser culpable de sus actos cuando estos provienen de su decisión voluntaria, o están desproporcionados consigo mismo, y además, afectan a otros.

“Existe cierto desplazamiento o in-coincidencia del hombre consigo mismo; esa desproporción del individuo consigo mismo marcaría el índice de su labilidad. “No debo extrañarme” de que el mal haya entrado en el mundo con el hombre, ya que el hombre es el único ser que presenta esa constitución ontológica inestable consistente en ser más grande y más pequeño que su propio yo”.³⁴²

Entonces el autor refiere buscar la labilidad en la desproporción y la desproporción la busca y la encuentra en la finitud e infinitud del hombre, y, para

³⁴⁰ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 21/24.

³⁴¹ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 21/24.

³⁴² Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 21/24.

explicarlo, invoca a Descartes cuando dice:

“Y en verdad, cuando pienso sólo en Dios, no descubro en mí ninguna causa de error ni falsedad; pero luego, volviendo sobre mí, reconozco por experiencia que, a pesar de todo, estoy sujeto a una infinidad de errores. Al tratar de averiguar más de cerca la causa de esos errores, observo que no sólo surge en mi pensamiento la idea real y positiva de Dios, o de un Ser soberanamente perfecto, sino, además, por decirlo así, cierta idea negativa de la nada, es decir, de lo que dista infinitamente de toda clase de perfección; y entonces me encuentro como un eslabón entre Dios y la nada, situado de tal manera entre el soberano ser y el no ser que, por el hecho de haberme producido un ser soberano, no hay en mí nada realmente que pueda inducirme a error; pero al considerar que yo participo de alguna manera de la nada y del no ser, es decir, que yo no soy personalmente el ser soberano, me veo expuesto a una infinidad de fallos, de forma que no debo extrañarme de mis deslices”.³⁴³

“Pero la diferencia es importante, aunque la reduzcamos a una diversidad de énfasis o de tonalidad. La cuestión está en saber si esa trascendencia es sólo la trascendencia de la finitud o si no resulta tan importante la recíproca; como se verá, el hombre se nos mostrará igualmente como razonamiento que como perspectiva, como exigencia de totalidad que como carácter limitado, como amor que como deseo; no creemos que la versión de la paradoja que empieza por la finitud tenga ningún privilegio sobre la versión inversa, según la cual el hombre sería infinitud, y su finitud sólo sería un índice restrictivo de esa infinitud, así como la infinitud es el índice de la trascendencia de la finitud; el hombre está destinado a la racionalidad ilimitada, a la totalidad y a la bienaventuranza, al igual que se ve limitado a una perspectiva, condenado a la muerte y encadenado al deseo. Mi hipótesis de trabajo, por lo que respecta a la paradoja finito-infinito, implica que hay que hablar de la infinitud del hombre tanto como de su finitud. Es esencial reconocer plenamente esta polaridad para elaborar los conceptos de intermediario, de desproporción y de

³⁴³ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 21/24.

labilidad, cuyo encadenamiento hemos puesto de relieve subiendo desde el último de estos conceptos hasta el primero”.³⁴⁴

Para comprender la culpabilidad en el hombre, Ricoeur, habla de la patética y de la miseria, teniendo el ser humano voluntades múltiples que parten de su capacidad de conocer el bien y el mal y decidir hacer o no hacer, según su voluntad.

“Ahora bien, esa voluntad múltiple sobre las mismas cosas desborda la finitud del entendimiento. Entonces la extensión, la amplitud del querer, es lo que constituye su independencia, y esa independencia es una cualidad indivisible. Esta independencia adopta la forma de indiferencia cuando el entendimiento no presenta ideas claras sobre la elección del tema. Pero, a falta de esa indiferencia, esa independencia se traduce también en ausencia de coacción, y hasta, en cierto modo, en poder de hacer o no hacer, de afirmar o negar, de perseguir o de huir; es decir, en el poder de adoptar actitudes contrarias”.³⁴⁵

Ricoeur, ha insistido en el arraigo afectivo de la voluntad en estos términos: “si bien es cierto que yo me determino, que yo me decido, y que esta relación a la vez activa y reflexiva que se establece entre el yo y el yo, contiene ya un juicio implícito de atribución, o imputación, es fuerza reconocer como contrapartida que esa imputación o atribución que me hago a mí mismo no constituye la operación fundamental de la voluntad; es un acto de recuperación, de retorno, de reconocimiento de sí mismo, un movimiento segundo, el que hace brotar el yo en el centro de la reflexión. El acto primero de la voluntad no es ese movimiento reiterativo por el cual yo me imputo mis actos, sino el movimiento directo con el que los produzco o los “pongo”. Ahora bien: el avance del yo, dentro de su ingenuidad pre reflexiva, consiste en ese momento intencional en que yo suscito por delante de mí un “quehacer propio”, y en el que, por consiguiente, abro en el mundo posibilidades, eventualidades, novedades acaecibles. Así se ve que yo no me oriento en primera

³⁴⁴ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 151/153.

³⁴⁵ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 151/153.

instancia hacia mi poder-ser, sino hacia el objeto de mis proyectos, que yo definía así: “La decisión significa, es decir designa en blanco, una acción futura que depende de mí y que está en mi poder”.³⁴⁶

Cuando el autor habla de finitud e infinitud, coloca la finitud directamente relacionada al cuerpo, y lo expresa en estos términos:

“Podría creerse que se puede empezar directamente una meditación filosófica sobre la finitud partiendo de la consideración del cuerpo propio. Es cierto que todas las pruebas de finitud me remiten a la relación insólita que me une con mi cuerpo. Pero ese nudo de finitud no es lo primero que aparece: lo que aparece primero, lo que se manifiesta, ante todo, son las cosas, los vivientes, las personas que se mueven en el mundo. Ante todo, me siento dirigido hacia el mundo. Mi finitud sólo se convierte en problema cuando siento cuartearse, ante el ataque de la duda o de la contradicción, mi fe en la aparición verdadera de una cosa; entonces es cuando yo desplazo mi atención, apartándola de lo que aparece para fijarla en aquel a quien aparece”.³⁴⁷

“Pero ese rebote desde “lo que” hacia “aquel a quien” no denuncia automáticamente mi finitud. La primera significación que encuentro al leer en mi propio cuerpo, como intermediario de la manifestación, no es su finitud, sino su abertura hacia...; precisamente esa misma abertura hacia... es la que lo hace mediador originario entre el yo y el mundo. No me tiene encerrado mi cuerpo en esa especie de saco de piel que, visto desde fuera, le da el aspecto de una cosa en el campo de las cosas, sino que me abre al mundo, representándome las cosas que percibo, haciéndome depender de las cosas que me faltan, cuya necesidad experimento, y que yo deseo porque están en alguna parte del mundo o porque no están en ninguna; y hasta me abre al mundo incluso cuando me aísla en el sufrimiento, pues en esa soledad del sufrimiento se experimenta aún la obsesión de

³⁴⁶ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 35/38.

³⁴⁷ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 35/38.

un mundo amenazador, a cuyos golpes me siento expuesto como a pecho descubierto”.³⁴⁸

“Me abre también a los demás, en cuanto que expresa, es decir, en cuanto que muestra el interior sobre el exterior, constituyéndose en signo para los demás, un signo descifrable y que se ofrece a la reciprocidad de las conciencias. En fin, mi cuerpo me abre al mundo mediante todo lo que puede hacer; mi cuerpo está implicado como elemento activo en la instrumentalidad del mundo, en los aspectos practicables de este mundo, en que voy dejando la marca de mi acción, en los productos del trabajo y del arte”.³⁴⁹

De modo que, esta explicación magnífica en criterio nuestro, sobre la relación de finitud del cuerpo e infinitud de la conciencia, nos explica en forma clara, cómo sucumbe el ser humano a su propia naturaleza y se debate entre decisiones de modo continuo, que van desde lo moralmente aprobado y lo moralmente reprochable hasta decidir clara, espontánea y conscientemente, abstenerse de hacer lo reprochable o, por el contrario, decidir hacerlo.

Entonces, este análisis filosófico nos explica claramente, cómo es posible que un ser humano con edad suficiente para tener madurez no solo legal, sino, además, psicológica suficiente para entender sus deseos y conducirlos en el sentido de conseguirlos, requiere también, una capacidad mental, referente a su carencia de cualquier patología psiquiátrica que igualmente, le impida comprender lo que quiere, y hacer lo pertinente para conseguirlo. Una vez cumplidos esos presupuestos estaríamos ante una persona capaz de comprender y dirigir sus actos, y, así mismo, capaz de asumir las consecuencias que se deriven de estos.

Estas teorías que discurren entre la finitud e infinitud, entre el mito y la realidad, entre la meditación y la desproporción, entre lo correcto y lo incorrecto, lo

³⁴⁸ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 35/38.

³⁴⁹ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 35/38.

aceptado socialmente y lo socialmente rechazado, la potencia y la impotencia, el carácter del ser humano como la englobación de todo lo finito, es lo que conlleva a explicar la responsabilidad de cada ser humano de asumir las consecuencias de ser culpable por sus actos.

Y ante el interrogante: ¿Cómo pasar de la posibilidad del mal humano a su realidad, y de la labilidad a la culpa efectiva?

Debemos primero analizar esta explicación filosófica proveniente de varios autores:

“Conozcamos, pues, el ámbito de nuestro ser; somos algo, pero no todo; la parte de ser que somos nos oculta el conocimiento de los primeros principios derivados de la nada, y lo poco que tenemos de ser nos esconde la visión del infinito.” Igualmente: “Pero cuando pensé la cosa más a fondo y, después de descubrir la causa de todas nuestras desdichas, quise averiguar su razón, hallé una bien convincente y eficaz, y es la desgracia natural inherente a nuestra condición débil y mortal, y tan miserable que no hay nada que pueda consolarnos cuando meditamos sobre ella”.³⁵⁰

“Y, sin embargo, la distracción es culpa nuestra. Si no, ¿por qué nos exhorta a que conozcamos el ámbito de nuestro ser? Por muy “débil”, “impotente”, “inconstante” y “ridículo” que lo su pongamos, el hombre tiene todavía el imperativo de conocerse: “Sin duda, es un mal el estar lleno de defectos; pero todavía es peor estar lleno de ellos y no quererlo reconocer, pues con ello añadimos el de una ilusión voluntaria”.³⁵¹

“Así, pues, para explicar nuestra distracción hay que recurrir a cierta “aversión por la verdad”, la cual, aunque tiene “raíces naturales en nuestro corazón”, no por

³⁵⁰ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 164/167.

³⁵¹ Ricoeur, Paul, *Finitud y Culpabilidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 164/167.

ello deja de ser una artimaña muy calculada, una técnica ilusoria, una maniobra preventiva frente a esa desdicha de desdichas que sería verse miserable. Esa táctica, que Pascal denomina “instinto secreto”, entraña, pues, un sentimiento natural de la condición miserable del hombre, que éste rechaza en cuanto la percibe”³⁵²: “Un sentir sus constantes miserias”³⁵³, en expresión de Pascal.

Otro punto interesante a analizar también desde la óptica de la filosofía, sería hablar de valores, valores jurídicos y de disvalores.

En esta ocasión encontramos respuestas a nuestro interrogante, planteado al principio de este punto, en la obra “Una Introducción a los Valores Jurídicos”, disertada por el Dr. Jorge Guillermo Portela Rosso, tras su lectura, hemos podido comprender gran parte de nuestras debilidades humanas, la concepción de los valores, cómo existen estos, en quién se depositan, o si son materiales o no, a qué se debe el valor que tienen las cosas, cómo los seres humanos, percibimos los valores, sobre la objetividad o subjetividad de los valores, su vínculo con la ética y la moral, etc.

Todo ello, ha conllevado a que podamos comprender que existe una problemática de valores en el ser humano culpable de delinquir, y que, en muchas ocasiones, aun no siendo culpable, igualmente ha de existir una crisis interna en él, con respecto a sus valores, tanto naturales como jurídicos.

Así llegamos a comprender también, que, aunque los valores perduran en el tiempo, su estimación, sufre cambios a través del mismo tiempo. Como dicen Scheler y Hartmann, sobre los valores, “...no son síntoma de relativismo moral, pues precisamente el verdadero relativismo es un dogmatismo disimulado que considera como absoluto los valores vigentes en su época y observa que hay distintos modos de interpretarlos y realizarlos; al paso que esta especie de “perspectivismo”, que

³⁵² Pascal, Blaise, Pensamientos, Madrid, Espasa-Calpe, 1967, pp. 45 y ss.

³⁵³ Pascal, Blaise, Pensamientos, Madrid, Espasa-Calpe, 1967, pp. 45 y ss.

reconoce las múltiples variaciones de la moralidad, presupone el carácter absoluto y a priori de un reino de valores, con jerarquía y conexiones propias. Así, la relatividad de los ideales de justicia no es incompatible con el carácter absoluto e inmutable de la idea de justicia”.³⁵⁴

Lo que conlleva a comprender que el juicio de disvalor o reprochabilidad, que se ha visto presente como parte de la culpabilidad, en varias escuelas sobre la Teoría del Delito, tendrá mayor o menor intensidad, será más o menos directo, para reprochar las conductas delictivas, según los patrones impuestos por la época que vive la sociedad en ese momento, de ahí que, por ejemplo, el juicio de reproche social, que conoció el delito de estupro como tipo penal, hace veinte años, no es el mismo juicio de reproche que existe en la actualidad, pues la sociedad y todo el conglomerado humano que la conforma, repudiará las conductas delictivas según el momento histórico que vive.

Y, es que, aunque el Dr. Portela en esta obra habla de valores desde varios puntos de vista, hemos trasladado esta visión a nuestro propio análisis de los valores humanos o depositados desde la ética y la moral en cada ser humano, para comprender su incidencia en la culpabilidad o posibilidad de ser culpables de delitos en las personas.

En ocasiones, hemos conversado en clases con los estudiantes manifestándoles una posición muy personal, y es que, todos los seres humanos somos capaces por naturaleza para delinquir, incluso, incursionando en cualquiera de las familias de delito, solo, que, a unas personas le funciona un tipo de frenos conductuales también implícito en nuestra personalidad, y a otras personas no le funcionan dichos frenos. Entre estos frenos visualizamos, factores como, las funciones de control social y prevención, que ejerce el Derecho Penal, visualizamos también, los valores éticos y morales que nos han sido inculcados por la familia, la educación, la sociedad, la religión, el propio temor a Dios, entre otros, y, en muchas

³⁵⁴ Legaz, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Editorial Bosch, 1953, p. 447.

ocasiones, y en diferentes circunstancias, funcionan como frenos que impiden la comisión de delitos, y en otras, simplemente, no funcionan.

Lo cual puede apreciarse con claridad filosófica meridiana en las palabras del Dr. Portela, cuando dice:

“...la captación valórica supone además la capacidad de tender a esos mismos valores que, una vez descubiertos, se imponen como un fin propio de la acción humana misma. Sucede aquí algo análogo al movimiento que se produce ante un bien cualquiera, en la esfera cognoscitiva y volitiva: existe lo que el maestro Belisario Tello con gran elegancia llamaba la “causación recíproca de las potencias espirituales”. En efecto, nuestros actos de inteligencia y voluntad son mutuamente dependientes. Inteligencia y voluntad se envuelven y desenvuelven mutuamente; ambas son potencias realmente diversas en el hombre y, sin embargo, el acto de la una compromete y envuelve necesariamente a la otra, pues el bien representado constituye el objeto de la voluntad; así se dice, que la inteligencia mueve a la voluntad, ..., en otros términos: el acto de la voluntad supone siempre un acto de la inteligencia; el acto de amor supone un acto de aprehensión. La inteligencia y la voluntad se incluyen, pues, en su obrar el acto de una causa supone el acto de las otras...”³⁵⁵

2.5. Estructura de la culpabilidad

Escudriñar sobre los elementos de la culpabilidad antes de ver a ésta como elemento de la estructura del delito, se nos hace interesante, sobre todo, para comprender la función limitadora de la culpabilidad, vista como principio, sobre el poder punitivo del estado.

De modo que, los elementos de la culpabilidad constituyen presupuestos indispensables para el futuro o derivado, juicio de reproche.

³⁵⁵ Portela, Jorge, *Una Introducción a los Valores Jurídicos*, Santa Fe, 2008, p. 57.

“La mayoría de los autores contemporáneos destacan que para determinar hasta qué punto y de qué manera el principio de culpabilidad cumplirá con el rol de limitar el poder punitivo del Estado, dependerá en definitiva del contenido material que se le da a la culpabilidad. Es el requisito de la culpabilidad, como elemento del delito, el que en la práctica cumple con restringir la aplicación de las penas a los casos en que este elemento se presente”.³⁵⁶

Y, es que, es vital tener en cuenta los elementos que conforman la culpabilidad en su contenido material para poder imponer una pena o sanción a causa de una conducta considerada delictiva.

Pero tal y como hemos estado tratando al analizar las diferentes escuelas en torno a la teoría del delito, y sus postulados o posiciones, observamos también, que la concepción de la culpabilidad igualmente depende de estas posiciones teóricas.

2.5.1. Concepción finalista

Es así como, podemos entender que, “siguiendo una concepción finalista del Derecho penal, el delito y la pena y siendo de mayor aceptación en la actualidad la teoría normativa pura de la culpabilidad, son considerados como elementos de la culpabilidad los siguientes:

- a) La imputabilidad del sujeto
- b) Conocimiento de lo injusto del acto concreto
- c) Exigibilidad de una conducta conforme a Derecho”.³⁵⁷

³⁵⁶ Guevara, Mayra, *Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Piura*, Universidad de Piura, Facultad de Derecho, 2016, pp. 32 y ss.

³⁵⁷ Velásquez, Fernando, “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, Medellín, 1993, pp. 971/1014.

Lo que estos tres presupuestos tienen en común, es que, debido a estos, al autor de la acción antijurídica no se le podrá exigir un comportamiento distinto al que realizó y, por lo tanto, no se podrá hacer en su contra un juicio de reproche.³⁵⁸

2.5.2. Concepciones psicológicas y normativas de la culpabilidad

“Desde la concepción psicológica la imputabilidad era considerada como un presupuesto del dolo o la culpa que la conformaba, mientras que, desde la teoría normativa, sin embargo, más que considerarlo un presupuesto de la culpabilidad, la considera como una característica de ésta, consistente en la capacidad de un sujeto tanto de conocer lo injusto de su actuar como de determinarse conforme a esa comprensión, es decir, no basta con que determinado sujeto no haya actuado del modo que el Derecho esperaba, siendo la culpabilidad un reproche personal, para reprochar a tal sujeto por una conducta contraria a derecho, debe este tener al menos la posibilidad de controlar sus actos conforme a la comprensión que tenga de estos”.³⁵⁹

El Derecho penal, en general, atribuye esta capacidad a la mayoría de los seres humanos, excluyendo a quienes la ley considera carentes de la capacidad de culpabilidad, como lo son los que adolecen trastornos mentales o los que carecen de madurez.³⁶⁰

“En el ámbito del ordenamiento jurídico la conciencia del Derecho es lo que capacita al hombre para distinguir entre el Derecho y lo injusto”.³⁶¹

³⁵⁸ Velásquez, Fernando, “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”, Universidad Pontificia Bolivariana, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, Medellín, 1993, p. 972.

³⁵⁹ León, Catalina, *Límites jurídicos entre la enajenación mental y las anomalías psíquicas para determinar la aplicación de una pena o de una medida de seguridad*, Universidad de Chile, Santiago, 2014, pp. 22/24.

³⁶⁰ León, Catalina, *Límites jurídicos entre la enajenación mental y las anomalías psíquicas para determinar la aplicación de una pena o de una medida de seguridad*, Universidad de Chile, Santiago, 2014, pp. 22/24.

³⁶¹ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 372.

“El que interviene en la ejecución de un delito sólo obra culpablemente si, en el momento de hacerlo, contaba con la posibilidad real de conocer lo injusto de su actuar”.³⁶²

La conducta delictiva ha de serlo, también, porque es reprochada o desaprobada por la sociedad, y, en consecuencia:

“El reproche de culpabilidad jurídico-penal se funda, pues, esencialmente en que el autor no se ha dejado conducir en la formación de la voluntad por su conciencia del Derecho o, si ésta era errónea, no la ha corregido”.³⁶³

“Ha sido Mezger quien logró un concepto más preciso del conocimiento del injusto requerido. El sujeto debe apreciar la contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico, aun cuando no pueda encuadrarlo en una norma determinada. No bastaría tampoco con la conciencia de estar actuando de manera incorrecta o inmoral, sino que debe tenerse conciencia que el hecho es jurídicamente reprobable y, por otra parte, si el sujeto está en conocimiento de que su conducta es jurídicamente incorrecta, no podrá alegar la ignorancia que éste tenga respecto de la existencia o no de una norma penal que la prohíba”.³⁶⁴

2.6. Presupuestos de la culpabilidad.

2.6.1 La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad, como ya había sido esbozado anteriormente, es la capacidad del ser humano para entender que su conducta lesiona los intereses de sus semejantes y la posibilidad también para adecuar su actuación a esa

³⁶² Cury, Enrique, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988, p. 57.

³⁶³ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 373.

³⁶⁴ Cury, Enrique, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988, pp. 58/59.

comprensión. Significa atribuir a alguien las consecuencias de su obrar, para lo cual el acto debe ser realizado con discernimiento, voluntad y libertad y este, viene a ser un concepto jurídico de base psicológica, del que dependen los conceptos de responsabilidad y culpabilidad.

Quien carece de estas capacidades, bien por no tener la madurez suficiente, (menores de edad), bien por sufrir graves alteraciones psíquicas (enajenados mentales), no puede ser declarado culpable, ni puede ser, por ende, declarado responsable penalmente de sus actos.

Se entiende con ello todo lo contrario a la inimputabilidad, ya que es inimputable quien actúa sin voluntad y conciencia, es decir, no tiene la capacidad de entender y querer, al momento de cometer el acto punible.

Es criterio nuestro que, para poder determinar que una persona es culpable de un delito, debe, primeramente, establecerse que es responsable penalmente del mismo, esto implica que sea imputable, y a su vez, ser imputable quiere decir que tenga la edad requerida para poder comprender lo que hace y tenga autonomía, voluntad e independencia, para decidir hacerlo, o sea, para ser imputable debe ser mayor de edad. Puede encontrarse que en diferentes ordenamientos jurídico-penales, se es imputable y se puede exigir responsabilidad penal, por la comisión de un delito, a partir de los 18 años de edad, de modo que alguien que no tenga como mínimo esa edad y haya cometido delito, no debe ser considerado imputable, pues no completa la madurez y capacidad legal requerida para dirigir su conducta y comprender el alcance de sus actos, es de señalar que, esa edad que legalmente lo hace capaz, y significa mayoría de edad, puede variar y de hecho, varía en cada país, sobre todo en base a su cultura, idiosincrasia y características poblacionales.

Ya se menciona *ut supra* que se puede encontrar también otro pilar sobre el que se erige la imputabilidad, y este, es la capacidad mental, pero esta vez visto desde la óptica médica o psicológica, o sea, es preciso ser cuerdo, tener la

capacidad mental requerida para entender lo que se hace y si esa capacidad estuviere afectada en el momento de la comisión del hecho delictivo por alguna patología psiquiátrica que la anule, mitigue, o disminuya, entonces no puede considerarse imputable esa persona portadora de esa patología psiquiátrica y que ha sido debidamente comprobada, o al menos, no podrá imputarse plenamente su responsabilidad penal, en caso de que la enajenación no sea total y sí parcial.

La culpabilidad, por ende, depende de dos presupuestos, a decir, la capacidad legal y la capacidad mental, pero también puede decirse que, un hecho delictivo es imputable a alguien cuando puede atribuírsele, a través de un nexo causal, es decir, cuando existen los elementos probatorios suficientes y capaces de explicar que ese individuo ha cometido ese hecho delictivo, y, debe poderse explicar también, cómo, cuándo, dónde y, en qué circunstancias lo cometió.

“En la culpabilidad además, se hace un juicio de reproche, se dice que el autor realizó un injusto; realizó una conducta que está desvalorada y prevista en la ley penal correspondiente, y que es antijurídica porque no está permitida, ahora bien, cuando tenemos que decidir si esta conducta se la podemos reprochar, ponerle una pena, ponerla a cargo, a esto le llamamos juicio de culpabilidad, la culpabilidad sería la posibilidad de reprochar el injusto, al ejecutor”.³⁶⁵

Esta posibilidad de reprochar está afirmada en base a un juicio de valor, y este juicio va a estar hecho en base a todas las circunstancias de la situación del injusto. En este juicio de valor se trata de colocarse en el lugar y situación de la persona del ejecutor y de ahí puede analizarse si lo puede reprochar, o sea, se analizan aspectos como:

³⁶⁵ López, Yudith, *El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador al alcance de todos, Normas Rectoras e Infracción en general*, t. I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2016. pp. 67 y ss.

- ¿Pudo dejar de hacer lo que hizo?, -
- ¿Tuvo la libertad suficiente como para decir no, no quiero delinquir?, o,
- ¿Estuvo constreñido a una forma determinada por incapacidad física, porque era demente, porque tiene una psicosis delirante, porque era psicópata?, o,
- ¿porque actuó bajo error o coacción?, o,
- ¿porque está impulsado por situaciones reales, que son circunstancias que le privan de libertad a su autodeterminación?

En esto consistiría el juicio de culpabilidad, pero también se requiere analizar la culpabilidad del hecho y la culpabilidad del autor o partícipe del mismo.

No obstante, no siempre puede demostrarse la culpabilidad de un autor o partícipe en un hecho delictivo, para ese caso, cabe que analicemos lo siguiente, basados en la falta de imputabilidad que anteriormente estuvimos valorando, de modo que si falta la madurez legal o falta la capacidad y salud mental, redundamos en una inimputabilidad y por ende, estaríamos ante una causa de inculpabilidad, basta con que falte solo una de las dos capacidades, y no podremos declarar culpable al individuo en cuestión.

Hablando un poco más de la otra razón o causa de hecho, que excluiría la culpabilidad según la mayoría de las normas penales en su parte sustantiva, es el trastorno mental debidamente comprobado, este trastorno mental puede ser causado por alguna patología psiquiátrica o no, y puede ser permanente o transitorio, total o parcial, el asunto trata de que si al momento de cometerse el delito o infracción penal, la persona que lo comete, carece o no tiene la capacidad mental suficiente, para comprender su acción, dirigir su conducta, o de determinarse conforme a esa comprensión sobre su conducta y sus dimensiones y consecuencias, entonces, no será penalmente responsable y por ende, no deberá ser sancionado, pudiendo el juez, fijarle una medida de seguridad, que en otro

momento podemos explicar y, que se sustentará en su enfermedad mental y en la manifestación peligrosa para la sociedad de dicha enfermedad, en consecuencia, casi siempre, ha de ser asegurado legalmente con una medida de seguridad que implique tratamiento médico-psiquiátrico.

Se decía que en ocasiones esta persona que ha cometido delito puede que no tenga su capacidad mental íntegra o completa y al momento de la comisión de la infracción penal, posea una capacidad mental disminuida, (algunas legislaciones le llaman sustancialmente disminuida), entonces es obvio que, no sería nula ni excluida absolutamente su responsabilidad penal, pero tampoco podríamos exigirla en los mismos términos que se haría si este individuo fuera completamente sano desde el punto de vista mental, en consecuencia, será sancionado generalmente de modo más benévolo o atenuado, según cada norma lo exprese preceptivamente o no.

La imputabilidad, es, en definitiva, la capacidad del ser humano para entender que su conducta lesiona los intereses de sus semejantes y para adecuar su actuación a esa comprensión. Significa atribuir a alguien las consecuencias de su obrar, para lo cual, el acto, debe ser realizado con discernimiento, intención y libertad. Es un concepto jurídico de base psicológica, del que dependen los conceptos de responsabilidad y culpabilidad.

Resumiendo, actualmente, quien carece de estas capacidades, bien por no tener la madurez suficiente (menores de edad), bien por sufrir graves alteraciones psíquicas (enajenados mentales), no puede ser declarado culpable, ni puede ser responsable penalmente de sus actos.

Se entiende con ello todo lo contrario a la inimputabilidad. Ya que es inimputable quien actúa sin voluntad y conciencia, es decir, no tiene la capacidad de entender y querer, al momento de cometer el acto punible.

De acá se deriva que otro pilar sobre el que se erige la imputabilidad, es la capacidad mental, pero esta vez visto desde la óptica médica o psicológica, es preciso ser cuerdo, tener la capacidad mental requerida para entender lo que se hace y si esa capacidad estuviere afectada en el momento de la comisión del hecho delictivo por alguna patología psiquiátrica que la anule o mitigue, o disminuya, entonces no puede considerarse imputable esa persona portadora de esa patología psiquiátrica debidamente comprobada, o al menos no podrá imputarse plenamente su responsabilidad penal.

“En la culpabilidad se hace un juicio de reproche, se dice que el autor realizó un injusto; realizó una conducta que está desvalorada y prevista en la ley penal correspondiente, y que es antijurídica porque no está permitida, ahora bien, cuando tenemos que decidir si esta conducta se la podemos reprochar, ponerle una pena, ponerla a cargo, a esto le llamamos juicio de culpabilidad, la culpabilidad sería la posibilidad de reprochar el injusto, al comisor”.³⁶⁶

Esta posibilidad de reprochar está afirmada en base a un juicio de valor, y este juicio va a estar hecho en base a todas las circunstancias de la situación del injusto.

No obstante, no siempre puede demostrarse la culpabilidad de un autor o partícipe en un hecho delictivo, para ese caso, cabe que analicemos lo siguiente, basados en la falta de imputabilidad que anteriormente estuvimos valorando, de modo que si falta la madurez mental o la capacidad y salud mental, redundamos en una inimputabilidad y por ende, en falta de culpabilidad, basta con que falte solo una de las dos capacidades, la de la edad sería causa de exclusión de la culpabilidad y por ende, esto conllevaría a no poder sancionar penalmente al infractor, si no alcanza la mayoría de edad.

³⁶⁶ López, Yudiith, *El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador al alcance de todos, Normas Rectoras e Infracción en general*, t. I, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2016, pp. 67 y ss.

La otra razón o causa de hecho, que excluiría la culpabilidad según la mayoría de las normas penales en su parte sustantiva, es el trastorno mental debidamente comprobado, este trastorno mental puede ser causado por alguna patología psiquiátrica o no, y puede ser permanente o transitorio, el asunto trata de que si al momento de cometerse el delito o infracción penal, la persona que lo comete, carece o no tiene la capacidad mental suficiente, para comprender su acción, dirigir su conducta, o de determinarse conforme a esa comprensión sobre su conducta y sus dimensiones y consecuencias, entonces, no será penalmente responsable y, por ende, no podrá ser sancionado, pero obviamente el juez le fijará una medida de seguridad, que en su momento explicaremos, por el hecho de estar enfermo y porque también manifiesta un comportamiento que agrede la sociedad y las reglas de convivencia, en consecuencia, casi siempre, ha de ser asegurado legalmente con una medida de seguridad.

Puede ocurrir que la persona no tenga su capacidad mental íntegra o completa y al momento de la comisión de la infracción penal, posea una capacidad mental disminuida, algunas legislaciones le llaman sustancialmente disminuida, entonces es obvio que no sería nula ni excluida absolutamente su responsabilidad penal, pero tampoco podríamos exigirse en los mismos términos que se haría si este individuo fuera completamente sano, desde el punto de vista mental, en consecuencia, será sancionado generalmente de modo más benévolo o atenuado.

Para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvo especial importancia el escrito del gran comentarista Reinhard Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*³⁶⁷, "Sobre la estructura del concepto de culpabilidad", en 1907.

³⁶⁷ Esto quiere decir: "Sobre la estructura del concepto de culpabilidad".

2.7. La culpabilidad como elemento estructural del delito.

En palabras de Francisco Muñoz Conde, “existe un sistema dualista que considera que la culpabilidad va de la mano del concepto de peligrosidad, la primera sustentaría la imposición de la pena y la segunda sustentaría la imposición de medidas de seguridad, precisamente es esto lo que sucede con la distinción ya clásica entre pena y medida, entre retribución y prevención, entre culpabilidad y peligrosidad, que sirve de base al sistema dualista vigente en muchos ordenamientos jurídicos”.³⁶⁸

“Durante mucho tiempo se ha creído que esta sutil distinción, producto de una elaboración conceptual bastante acabada de la materia jurídica, era la única forma de salvar la contradicción existente entre un Derecho Penal retributivo destinado a compensar la culpabilidad y un Derecho Penal preventivo destinado a proteger los intereses teóricamente más importantes y fundamentales de una convivencia pacíficamente organizada. Sin embargo, la distinción, que tanto trabajo había costado realizar, se muestra en la práctica como una fórmula ambigua, vacía de contenido, que no consigue explicar con suficiente claridad la auténtica función que cumple el Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico y en el actual contexto de los demás sistemas de control social”.³⁶⁹

Resulta una obviedad que para hablar del contenido de la culpabilidad es preciso hablar de la imputabilidad, que viene a ser un presupuesto para su determinación y que tiene que ver con que el autor goce de un estado psíquico que le permita conducirse y determinarse según las normas de la conducta social, y, parafraseando a Liszt:

“Este presupuesto depende de ser capaz psicológicamente y esta capacidad depende de un estado de salud mental plena y de la mayoría de edad alcanzada”.

³⁶⁸ Muñoz, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.59 y ss.

³⁶⁹ Muñoz, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.59 y ss.

Sin embargo, junto a la imputabilidad, Liszt, coloca al dolo y la culpa, y aquí se podría ver una versión del contenido material de la culpabilidad. "Siendo el dolo el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias de hecho, al cual pertenecen como elementos constitutivos, la representación del hecho y el conocimiento de su significación antisocial".³⁷¹

La culpabilidad está muy relacionada con la teoría de la pena, pues para imponer una pena en materia penal, no basta con que exista un acto típico y antijurídico, a decir de Frías Caballero, en su libro, Teoría del delito, "la pena exige como presupuestos predominantemente objetivos no solo un comportamiento típico antijurídico, esto es, requisitos o presupuestos situados en el mundo externo, sino a la vez un comportamiento o acto interior realizado en el alma del autor. Este comportamiento consistente en la intervención anímica o espiritual del autor en su acto (en lo que hace u omite) y que ha de ser reprochable (susceptible de reproche desde el punto de vista de las valoraciones jurídicas) es básicamente, la culpabilidad".³⁷²

2.8. La culpabilidad penal como principio limitador al *ius puniendi*.

Según Mezger, y según su teoría compleja de la culpabilidad, "esta es un concepto complejo que implica una situación de hecho y a la vez un juicio de valor, sobre la situación de hecho de la culpabilidad, y afirma que, la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, la acción aparece por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente.....la culpabilidad jurídico penal es, ante todo, una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica, en la que se concreta el reproche contra el autor. En tal sentido, la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos de hecho, de la pena

³⁷⁰ Liszt, Frankz Von, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Madrid, Ed. Reus, 1917, pp. 378 y ss.

³⁷¹ Liszt, Frankz Von, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Madrid, Ed. Reus, 1917, pp. 378 y ss.

³⁷² Frías, Jorge, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, p. 353.

situados en la persona del autor, que permiten que su acción pueda serle personalmente reprochada”, y agrega que, “sin embargo, la culpabilidad es, al mismo tiempo y siempre, un juicio valorativo sobre la situación de hecho de la culpabilidad, (la llamada concepción normativa de la culpabilidad)”.³⁷³

En tanto, “Merkel se centra en la imputación y aprecia el núcleo del ilícito en la imputabilidad, puesto que el ordenamiento jurídico constituye un conjunto de mandatos y prohibiciones que se dirigen, como órdenes, a la voluntad del hombre capaz de imputación, en tanto destinatario de la norma”.³⁷⁴

Acá puede extraerse claramente la idea de que la culpabilidad presupone la imputabilidad y que sin la determinación de esta, aquella no puede quedar determinada ni fijada, y por ende, no podría imponerse la pena, también se comprende que la norma penal está hecha para personas capaces tanto mental como legalmente, pues serán sus destinatarios, es claro que la norma no está dirigida para los sujetos inimputables, ya que estos no tienen la capacidad de entenderla, acatarla, distinguir entre el bien y el mal o dicho de otro modo, no son capaces de poder simplemente, dirigir su conducta y asumir las consecuencias legales de ellas.

Dice Muñoz Conde que, “la culpabilidad, cuyo contenido sigue siendo el tradicional cuestionado por casi todos, e incluso por el propio Roxin, aparece y desaparece como un fantasma al que sólo se da beligerancia cuando interesa buscar un ángel guardián protector que asuste al «cuco» del Leviathán estatal y que, en cambio, se oculta cuidadosamente cuando se trata de justificar o fundamentar la intervención del Estado. Pero es que, además, la función protectora que Roxin asigna al principio de culpabilidad no es tan amplia y eficaz como pudiera pensarse. El principio de culpabilidad sólo serviría, en todo caso, de protección para los autores culpables, pero no para los inculpables, incapaces de culpabilidad, etc.,

³⁷³ Mezger, Edmund, *Derecho penal*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958. p. 21

³⁷⁴ Ver Merkel, Adolf, *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, B de F, 2004, p. 36.

que quedarían abandonados al poder de intervención del Estado”.³⁷⁵

“Si se observa al delito como acción culpable, cabe referirse a Beling quien niega que se trate de un concepto sustantivo; y dice que se trata, más bien, de la sustantivización de una cualidad que la acción debe reunir para poder ser delito. Si la acción es una manifestación de la voluntad, y la tipicidad y la antijuridicidad son especializaciones de la manifestación de voluntad en el ámbito objetivo, la culpabilidad es una especialización de la manifestación de voluntad. En relación con la teoría de la unidad y pluralidad de delitos, Beling atribuye a la sustantivación del injusto el hecho de que aquélla se haya intentado fundamentar sobre la base de una supuesta unidad y pluralidad del injusto; en su opinión, en el caso de que esto fuera posible, sería algo de naturaleza adjetiva y, por lo tanto, no podría constituir el punto de partida para contar delitos”.³⁷⁶

Sobre la base de este planteamiento que vincula la culpabilidad al aspecto interno de la acción, Beling afirma que “el dolo y la imprudencia sólo pueden vincularse al núcleo de la voluntad de la acción, “sind nur an den Willenskern der Handlung anknüpfbar”. El carácter doloso y la imprudencia no son más que una determinada forma de la voluntad, y deben configurarse partiendo del vínculo entre la voluntad y la culpabilidad. Esta la concibe Beling precisamente como el contenido reprochable de la voluntad o, en su caso, la ausencia reprochable de un determinado contenido de la voluntad. En definitiva, Beling considera que, así como el tipo y la antijuridicidad otorgan un determinado contenido externo a la conducta, la culpabilidad le otorga un determinado contenido a la voluntad”.³⁷⁷

Dicho también en palabras de Beling: “aunque con la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad se ha delimitado ya la esencia del delito y una acción que reúna

³⁷⁵ Muñoz, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Montevideo, B de F, 2001, p. 43

³⁷⁶ Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, p. 12.

³⁷⁷ Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 13 y ss.

estas características es, según él, una acción merecedora de pena también es cierto que en el Derecho Penal vigente tales acciones no son siempre delito, pues las conminaciones penales concretas del Derecho positivo no se extienden a todas las acciones así configuradas. Hay acciones típicas, antijurídicas y culpables respecto de las cuales no se encuentra en la ley ninguna conminación penal que se ajuste a ellas”.³⁷⁸

2.9. La importancia del principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi*, o, la importancia de la culpabilidad como principio.

Todo Estado que organiza su Derecho Penal con base en principios modernos se enfrenta a la tarea de establecer los requisitos y límites de la responsabilidad individual por conductas antijurídicas, amenazadas con pena, por eso concordamos con que, el legislador que quiera ligar la imputación penal con la calidad moral de la conducta humana colocará el principio de culpabilidad como base de la responsabilidad penal individual.

El principio de culpabilidad supone que la pena sólo puede estar basada en la constatación judicial de que el hecho puede reprocharse personalmente al autor. De dicho principio resulta, por un lado, que la pena requiera indispensablemente la existencia de culpabilidad, de manera que quien actúa sin culpabilidad resulta impune y ahí encontramos la culpabilidad como base de la punición o punibilidad y, por otro lado, está el hecho de que la pena no deba resultar desproporcionada en relación con la culpabilidad, funcionando entonces, la culpabilidad como límite de la punibilidad.

La reprochabilidad de una infracción punible supone en los hechos dolosos que los motivos que llevaron al autor a realizar una acción antijurídica deben valorarse negativamente. En los hechos imprudentes indica que no se ha actuado

³⁷⁸ Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp.13 y ss.

con la diligencia objetiva que el ordenamiento requiere en una situación dada, aunque el sujeto lo habría podido hacer, a la vista de las circunstancias y de sus aptitudes personales.

En cuanto a la determinación de la pena, el principio de culpabilidad supone que la misma debe ser, en calidad y cantidad, proporcional a la culpabilidad del autor; además deben tenerse en cuenta, junto con la culpabilidad, otras circunstancias tales como, los efectos de la pena en la posterior integración del autor en la sociedad, expresión de la prevención especial o la repercusión que la pena produce en la colectividad, manifestando así, la prevención general.

2.9.1. Necesidad de la apreciación de la culpabilidad como principio.

Culpabilidad y prevención general pertenecen a dimensiones distintas y tienen significados independientes, por lo que la una no puede englobar a la otra. Por ejemplo, en la culpabilidad se trata de determinar si se pueden reprochar personalmente y de qué manera se reprochan esos hechos al autor, o sea, determinar si el autor merece la pena. En la prevención general se trata de determinar si es necesaria y en qué grado lo es, una sanción penal contra el autor de una conducta antijurídica y cometida por él, para preservar la confianza de la colectividad en aquél y el sentimiento de seguridad jurídica y aquí estaríamos hablando de la necesidad de imponer esa pena. La pena, que sirve de puente entre ambas constituye una censura pública al autor por su delito culpablemente cometido.

“El principio de culpabilidad constituye una vía de protección a los derechos del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Sin embargo, dice mucho a su favor el que el cumplimiento justo y ponderado de la función represiva del Estado, es decir, el orientado al cumplimiento del principio de culpabilidad, pueda ser el medio más apropiado para establecer unos mismos baremos de comportamiento,

tanto para la colectividad como para el autor, que sirvan para la paz jurídica general y que permitan producir una acción preventiva eficaz del crimen”.³⁷⁹

De esta manera, cabe esperar, incluso en el Derecho Penal moderno orientado hacia la prevención, que la pena proporcionada a la culpabilidad consiga ser un medio eficaz para la prevención general y especial; las categorías morales se comprenden mejor tanto por la población general como por el propio autor y se consideran vinculantes, pues todos juzgamos y actuamos en la vida cotidiana conforme a esas categorías.

2.9.2. El sentido del principio de culpabilidad

“El principio de culpabilidad queda ligado, por tanto, a representaciones morales elementales acerca de la responsabilidad de los seres humanos, que se mantienen vivas en la población. La idea de la responsabilidad del sujeto adulto y mentalmente sano es una realidad incuestionable de nuestra conciencia social y moral. Generalmente, se asume la certeza de la libertad como presupuesto de los propios actos y se espera también una actuación libre por parte del resto de las personas. De la misma forma, se da también por supuesta la responsabilidad de todos los seres humanos frente al resto de los miembros de la colectividad. Así queda también ligado el principio de culpabilidad con la autovaloración de las personas de sus actos y omisiones. El sentimiento de libertad de decisión y la conciencia de la responsabilidad por los propios actos está inserta en el fuero interno de cada persona y, por eso, lo comprenden todos, cuando se les hace responsables con base en el principio de culpabilidad. Este es al mismo tiempo una importante protección para todos. Nadie puede ser responsable penalmente sin culpabilidad y sólo es posible sancionar en el marco de la culpabilidad”.³⁸⁰

³⁷⁹ Se reconoce la llamada prevención general de "integración"; en Roxin, Claus, *La discusión reciente sobre la prevención de la culpa y la rendición de cuentas en el derecho penal*, Publicación conmemorativa de P. Bockelmann, s/c, 1979, pp. 304 y ss.

³⁸⁰ Ver Jescheck, Hans- Heinrich, "El principio de culpabilidad como Fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español", en *Revista Eguzkilore* número 9, San Sebastián, 1995, p. 31.

Para comprender mejor el rol de la culpabilidad en cuanto a la pena, es de repasar sus diferentes expresiones, desde el Derecho Penal alemán, es así como, cabe delimitar tres planos en el principio de culpabilidad:

- Culpabilidad procesal (prozessuale Schuld),
- Culpabilidad argumentadora o fundamentadora de la pena (Strafbegründungsschuld) y,
- Culpabilidad en la determinación y medición de la pena (Strafbemessungsschuld).

La primera de ellas, que viene a ser la culpabilidad procesal se basa en la autoría del acusado y en la existencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del hecho, recogidos legalmente como presupuestos para la punibilidad apreciable a través del fallo judicial condenatorio; en suma, se trata de la condición básica procesal de una condena en el marco del proceso penal o se trata de la posibilidad de la constatación de la inocencia del autor, o la imposibilidad de probar su culpa, que queda garantizada por la presunción de inocencia, la prohibición de penas por mera sospecha y el principio fundamental "in dubio pro reo".

Por otra parte, "la culpabilidad fundamentadora de la pena, comprende la totalidad de los presupuestos jurídicos que fundamentan, restringen o excluyen la responsabilidad individual del autor de un comportamiento antijurídico y amenazado con pena".³⁸¹

"Y, por último, la culpabilidad en la determinación de la pena consiste en la totalidad de presupuestos subjetivos de la punibilidad y en la responsabilidad del autor por el injusto culpable cometido por el autor, así como por su comportamiento previo y posterior al hecho, junto con el conjunto de los factores de los que se deriva

³⁸¹ Ver Jescheck, Hans- Heinrich, "El principio de culpabilidad como Fundamento y Límite de la punibilidad en el derecho alemán y español", en Revista Eguzkilore número 9, San Sebastián, 1995, pp. 77 y ss.

el grado de reprochabilidad del hecho cara a la determinación de la pena”.³⁸²

2.10. La culpabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad.

Partiendo de que la antijuridicidad está muy relacionada a la tipicidad como elementos estructurales del delito y de que la primera depende de la segunda, cabe también decir que, el conocimiento de la antijuridicidad presupone que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que por eso se prohíbe jurídicamente. Basta un conocimiento lego, es decir, la conciencia de que un determinado comportamiento resulta insoportable para la comunidad y que no puede ser aceptado.

El mero conocimiento de que el acto es contrario a la moral o las buenas costumbres no basta en Derecho Penal para el conocimiento de lo injusto. Sin embargo, es ese mismo conocimiento el que conlleva obligatoriamente a que el autor piense sobre la valoración jurídica que puede tener su acto o a que indague sobre ella, en la mayoría de los casos, el autor es perfectamente consciente de la antijuridicidad de su actuar. Así ocurre, sin mayores exigencias, en los hechos que cualquiera conoce que están jurídicamente prohibidos, dígase, por ejemplo, matar a una persona o robar, pero basta también el hecho de que aun conociendo el autor que su comportamiento es antijurídico, decide infringir el derecho, lo cual se corresponde con el dolo eventual.

Esto significa, en principio, que en caso de falta de conocimiento de la antijuridicidad queda también excluida la punibilidad por falta de culpabilidad.

Es así como se han esbozado estos criterios personales y sobre todo de otros autores sobre la culpabilidad, intentando acercarnos al objeto de este trabajo, que es fundamentar la culpabilidad como elemento *sine qua non* en la imposición y

³⁸² Sobre este concepto ver Achenbach, Hans, *Fundamentos históricos y dogmáticos de la teoría sistemática de la culpa*, Berlín, Ed. J. Schweitzer, 1974, p. 167.

determinación de la pena, mas no dentro de la estructura del delito.

2.11. La culpabilidad en los juicios de Nuremberg a la sombra del *ius naturalismo* y el *ius positivismo*.

Entre las principales teorías propuestas por autores iusnaturalistas, como Santo Tomas de Aquino, se encuentra el que “las leyes permiten dar razones para actuar, que estas reglas de manera presunta (*iuris tantum*) crean obligaciones morales que no existen por el simple hecho de “positivizar” las leyes, también que este tipo de normas con obligaciones morales están contradichas por leyes claramente positivas injustas y, por fin, que los argumentos y las sentencias son una mezcla entre ley natural y ley positiva”.³⁸³

Green, en 2003, observaba que “ningún filosofo jurídico puede ser únicamente positivista”. En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) relaciona dos tradiciones discursivas, poniendo en el primer lugar de su estructura de los Derechos Humanos el que “todo ser humano ha nacido libre e igual en la dignidad y derechos”; hace referencia a lo que los juristas romanos decían “por naturaleza, desde el principio, todo ser humano ha nacido libre e igual”. El derecho, pareció tener un papel central en la práctica del razonamiento moral en cuanto a sentencias, basándose en que estas deben tener como principio rector la búsqueda del bien de los “hombres”, es decir, de todos los miembros de la comunidad regulada por la ley y todas las otras personas que no sean reguladas por esta ley”.³⁸⁴

El resultado de estas reglas puede explicarse por el hecho de que los tribunales alemanes estaban moralmente autorizados a aplicar estas leyes, pero

³⁸³ Huhle, Rainer, “De Nuremberg a la Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar”, en *Análisis Político* n° 55, Bogotá, 2005, p. 20.

³⁸⁴ Huhle, Rainer, “De Nuremberg a la Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar”, en *Análisis Político* n° 55, Bogotá, 2005, pp.20 y ss.

sabían que estas reglas aplicadas no eran ley tanto en el tiempo de los crímenes como en el tiempo de las persecuciones por estos crímenes.

Para la teoría del Derecho Natural, se juzgaba a las personas aplicando las leyes positivadas, pero ellas mismas tenían su fuente en reglas morales como origen de la argumentación o del juzgamiento.

“Es así como, por primera vez en la Historia, los responsables políticos eran juzgados por “crímenes de lesa humanidad”. Los tribunales también establecieron importantes principios de derecho internacional como la responsabilidad de jefes de Estado, el rechazo total de la excusa que servía de argumento para la defensa de cualquier acusado de la obediencia debida y la debilidad del argumento sobre la aplicación retroactiva de normas cuando se trata de crímenes de lesa humanidad o de genocidio. Pero, también, se destacó en estos juicios, el principio y el derecho a un juicio justo para cualquier criminal de guerra. Aunque los perseguidos en Núremberg se basaban en una estrategia positivista para defenderse en cuanto al problema de la retroactividad de las leyes aplicadas al caso, otra posible estrategia para rechazar estos argumentos podía partir de la teoría del iusnaturalismo. En efecto, una simple respuesta podía ser dada a estos argumentos, en cuanto que existen comportamientos que una persona sabe que no puede hacer o por cuya realización sabe que se puede ver castigada duramente, ya estén expresamente prohibidos o no. Podría tratarse de actuaciones que van en contra de la ley moral o simplemente de ofender sensibilidades fundamentales de todo ser humano civilizado, la consecuencia es la misma: en el extremo comportamiento del hombre, no es necesario que exista una anterior prohibición legal. Esta es la clásica distinción entre *mala prohibita* y *mala quia prohibita*. Fue uno de los argumentos expuestos por el fiscal británico, Hartley Shawcross para contra argumentar lo que decían los acusados alemanes”.³⁸⁵

³⁸⁵ Huhle, Rainer, “De Nuremberg a la Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar”, en análisis político n° 55, Bogotá, 2005, p. 20.

La llamada “formula de Radbruch” que establece que “cuando el derecho positivo es extremadamente injusto no se puede aplicar porque es un entuerto jurídico o un “falso derecho” (*lex injusta non est lex*)”, inspiró las decisiones de los tribunales alemanes de la posguerra, que consideraron inválidas – por ser contrarias al derecho natural- las leyes vigentes durante el régimen nazi”.³⁸⁶

El profesor Alexy defendió expresamente la “fórmula de Radbruch” como un concepto “no positivista” de derecho. Señaló que “su idea de “pretensión de corrección” en relación con el derecho incluye tanto la “moral interna” de Fuller como lo que este mismo autor llamó “moral externa”, y que la tesis fulleriana sobre la dimensión moral del derecho completa la fórmula de Radbruch, pero no la sustituye porque solamente tiene lugar en las leyes más extremas del ordenamiento jurídico nazi”.³⁸⁷

“El denominador común entre decisiones judiciales dadas durante la época nazi es la necesidad de apelar a criterios de justicia exógenos respecto del derecho positivo cuando la solución que brindan las leyes al caso juzgado resulta extremadamente injusta. Los contraargumentos que se dan para rechazar la posible aplicación de la “fórmula de Radbruch” es que es difícil de operarse por la indeterminación de sus conceptos. Al no seguir los procedimientos legislativos establecidos justamente por la teoría positivista, las leyes nazis obligaban a los ciudadanos, no en un estado de igualdad y de seguridad jurídica porque, en este caso, la falta de seguridad jurídica provenía de la subjetividad del contenido de las normas y, así, de la discrecionalidad judicial posible. Pero, en cuanto a la discrecionalidad judicial, un autor norteamericano, Dworkin, muestra su clara oposición. Defiende también, de este modo, la fórmula de Radbruch que fue

³⁸⁶ Huhle, Rainer, “De Nuremberg a la Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar”, en análisis político n° 55, Bogotá, 2005, p. 21.

³⁸⁷ Alexy, Rober, *Una defensa a la fórmula de Radbruch*, Múnich, Editorial Libre de Borgoña, 1994, pp. 52 y ss.

criticada, entre otras cosas, por la vaguedad de sus términos”.³⁸⁸

“Dworkin considera que el hecho de que exista una duda sobre la interpretación de términos en casos complicados no significa que no exista una respuesta. Siempre que el ordenamiento jurídico esté compuesto por principios morales, éste no puede considerarse incompleto o indeterminado. De allí, que no puede haber discrecionalidad judicial ninguna por parte del juez”.³⁸⁹

Para Dworkin, “las soluciones de los casos difíciles son y deben ser, de manera característica, generadas por principios y no por directrices políticas”.³⁹⁰

Según escribe Rainer Huhle, sobre el porqué del proceso, su razón de ser y su legitimidad, plantea que, “en forma escrita estos aspectos quedaron establecidos en dos documentos básicos: el Acuerdo de Londres (agosto 1945) y el Estatuto del Tribunal, aprobado en la misma Conferencia de Londres, y que son los que documentan la fase preparatoria del Tribunal. El cómo se refiere al desarrollo del proceso mismo, incluyendo sus normas procesales y toda la argumentación político-jurídica, que comenzó el 20 de noviembre de 1945 y terminó el 1 de octubre de 1946 con la sentencia. (...) La sentencia condenatoria contra los veinticuatro más altos representantes del régimen nazi, que pudieron ser capturados y con ellos se habla de que se puso un término simbólico a ese nefasto régimen y, en el caso de las doce sentencias de muerte, también se puso un término real a la vida de aquellos representantes”.³⁹¹

“En la percepción pública, parece que el significado histórico del proceso de Nuremberg está relacionado, más que todo, con el último de estos puntos: el cierre

³⁸⁸ Huhle, Rainer, “De Nuremberg a la Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar”, en análisis político n° 55, Bogotá, 2005, p. 23.

³⁸⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2010, p. 135 y ss.

³⁹⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2010, p. 135 y ss.

³⁹¹ Huhle, Rainer, “De Nuremberg a la Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar”, en análisis político n° 55, Bogotá, 2005, p. 23 y ss.

definitivo –real y simbólico– de una etapa histórica. En esta perspectiva, el juicio era para los nazis la continuación de la derrota militar en el escenario de la justicia. Para nosotros hoy en día, sin embargo, este aspecto es el menos interesante. Como factor histórico, el nazismo ya estaba eliminado antes del juicio. El significado del proceso de Nuremberg para nosotros no queda tanto en su función de cierre de una época, sino en la apertura de una nueva época, una época de un nuevo derecho humanitario internacional, una nueva vigencia de los principios universales de los derechos humanos”.³⁹²

Y es que, a partir de estos sucesos fue que comenzó a hablarse de Derecho Internacional Humanitario, de crímenes de lesa humanidad, de derechos humanos reconocidos en una Declaración, así como de crímenes contra la paz, entre otras categorías que hoy existen con mayor o menor efectividad, pero que, sin lugar a duda, fueron instauradas con posterioridad a estos eventos.

Para los autores ius naturalistas se debía culpar a los poderes políticos porque son ellos quienes tienen el poder para crear y promulgar normas jurídicas y en tal virtud, se culpó también y hasta los años sesenta a la teoría ius positivista de haber permitido tales acontecimientos. Esta doctrina fue utilizada para justificarlas, así como para exculpar a los jueces que dictaron sentencias con base a este Derecho. Podemos plantear aquí el contenido de la declaración de uno de esos jueces cuando dijo:

“Fui fiel al concepto que consideraba más importante en mi profesión. Este concepto era que el sentido personal de la justicia debe sacrificarse al orden legalmente establecido, aceptar la ley tal como es, sin detenerse a pensar si la ley es justa o injusta. Como juez no podía hacer otra cosa”.³⁹³

³⁹² Huhle, Rainer, “De Nuremberg a la Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar”, en análisis político n° 55, Bogotá, 2005, p. 23 y ss.

³⁹³ Ver a Jourdan, Eduardo, *La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. Lacrisisdelpositivismo*. https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi_qa3uqu7YAhXBIpAKHbtZCTUQFggIMAA&url=http%3A%2F%2Fiu

Dieter Simon, autor alemán, en: “La independencia del juez”, al interrogarse sobre si los jueces nazis eran o no independientes, sostiene que “para ciudadanos o juristas que vivieron después de la Segunda Guerra Mundial, los jueces no eran independientes pero que, bajo el régimen nazi, puede ser que sí. La diferencia del punto de partida proviene de los cambios históricos de las sociedades y de los criterios valorativos que se desprendieron de estos cambios. En efecto, hay que mencionar que, al final del conflicto; se creó en 1945, la Sociedad de Naciones, que logró reunir, poco a poco, los Estados existentes”.³⁹⁴

Los juicios de Núremberg demostraron que los jueces pueden ser considerados responsables por el derecho internacional, no sólo para los crímenes de guerra, sino también para la administración de la ley en contra de los propios nacionales de un país.

“El Tribunal Militar estableció que se trataba de un crimen que los jueces administran leyes que formaban parte de la política discriminatoria y del exterminio de los judíos y los polacos, y cuya participación resultara esencial para llevar a cabo una aplicación arbitraria y brutal de las leyes opresivas violentando la conciencia de la humanidad”.³⁹⁵

sfilosofiamundolatino.ua.es%2Fdownload%2FEDUARDO%2520JAVIER%2520JOURDAN%2520M%20ARKIEWICZ%2520LA%2520LEGALIDAD%2520NAZI.pdf&usg=AOvVaw0dcccdfLFONUEuSBsMnBFo, 2016, consultado enero 2018, p. 12.

³⁹⁴ Simon, Dieter, *La independencia del Juez*, Barcelona, Ariel, 1985, pp. 54 y ss.

³⁹⁵ Simon, Dieter, *La independencia del Juez*, Barcelona, Ariel, 1985, pp. 54 y ss.

CAPÍTULO III

LA PENA

CAPÍTULO III

LA PENA

3.1. El *ius puniendi*. Sus fundamentos.

Históricamente el Estado ha monopolizado el poder de castigar y, por ende, actualmente sólo el *ius puniendi* estatal puede operar como poderosa instancia pública capaz de resolver el conflicto criminal a través de los propios términos establecidos en ley para que pueda ser ejercido o aplicado. Al ser el *ius puniendi* una facultad que ostenta el Estado y que, para hacerla efectiva, implementa al Derecho Penal, como un mecanismo de control social, con su principal función dual, dígase protección de los bienes jurídicos y a su vez, con el derecho de sancionar a quien ha dañado o puesto en peligro esos bienes jurídicos, se analiza que estamos ante una facultad sustancialmente poderosa y de hecho, es a través del *ius puniendi*, a lo largo de la historia, que el Estado logra monopolizar la violencia privada y la autodefensa, pasando a convertirse en un poderoso instrumento de política criminal en aras de la prevención del delito.

Jurídicamente se suelen distinguir dos manifestaciones del *ius puniendi*:

- el derecho del Estado a establecer normas penales y,
- el derecho del Estado a exigir el cumplimiento de esas normas penales.

En nuestro criterio habría tres momentos, a decir:

- el derecho del Estado a establecer normas penales,
- el derecho del Estado a exigir el cumplimiento de esas normas penales,
- el derecho del Estado a castigar por el incumplimiento o infracción de

esas normas penales.

“El primer momento de este poder se une con el poder legislativo en el que se integran la potestad de dictar normas penales y el poder político penal”³⁹⁶, esto según ha planteado Rocco.

“Aunque Mayer asegura que el problema es constitucional y no político”.³⁹⁷

En cuanto al segundo momento, establecido por la doctrina, que es el derecho del Estado a exigir el cumplimiento de la norma penal encontramos que este viene impuesto por la propia ley, pero de aquí se deriva el tercer momento del que hablamos, y es que, de la violación de ésta surge el derecho del Estado a aplicar y ejecutar la pena, pues esa pena ya estaba prevista en esa ley.

3.2. Orígenes y naturaleza del *ius puniendi*.

La doctrina mayoritaria opta por una denominación tradicional del *ius puniendi* como derecho subjetivo, con la intervención punitiva del Estado, en cambio, algunos autores cuestionan tal naturaleza y prefieren hablar de un poder de castigar. Entendemos que el poder de castigar o el *ius puniendi*, sin que aun hubiere sido reconocido como tal, data del surgimiento de la humanidad, cuando ocurría que si un miembro de la horda, tribu, o clan, según las diferentes formas de agrupación humana para entonces, y según cada etapa atravesada en la evolución de la humanidad; dañaba, lesionaba o mataba a otro miembro de la misma agrupación primitiva o de una distinta y producto de ello, él, recibiría una pena o castigo. Pero sucede que el poder de castigar en ese caso estaba en poder de todos los miembros, casi siempre liderados o representados, organizados o dirigidos por otro miembro que según determinadas condiciones era el encargado de establecer las

³⁹⁶ Rocco, Arturo, *El problema del método en la ciencia del Derecho Penal*, Roma, 1933, pp. 290/317.

³⁹⁷ Mayer, Max, *Derecho Penal, Parte general*, Buenos Aires, B de F, 2007, p. 183.

reglas de convivencia, por así decirlo, en aquella comunidad.

Producto de este *ius puniendi*, en manos de todos, es que surgen sanciones como la pena de muerte, que tiene su origen natural en los actos de venganza de las tribus o familias como respuesta a las ofensas recibidas por otros; sólo la posibilidad de duras venganzas, ante la ausencia de un aparato estatal capaz de prevenir o castigar y la inexistencia de cárceles, servía en ese momento, para prevenir las ofensas y a la vez, para castigarlas.

“Las ofensas entre miembros del mismo grupo más raramente eran castigadas con la pena capital, que debilitaba al grupo. Ante una ofensa recibida de otro grupo, el grupo que se entendía ofendido emprendía una venganza de sangre, matando a algún miembro cualquiera de la tribu autora de la ofensa, a la que se entendía colectivamente responsable. Es claro entonces poder apreciar, cómo este sistema de ajusticiamiento o castigo producía espirales de violencia, duplicaba el daño social del delito, y resulta, además, una obvedad, que se aplicaba de modo manifiestamente injusto”.³⁹⁸

La cultura actual frente al delito descansa sobre el principio de causalidad (causa-efecto) y, a su vez, podemos pensar como entidades autónomas respecto a nuestros conciudadanos. Estas dos notas nos distinguen bien, pero el hombre primitivo no rigió su conducta conforme a los principios de causalidad y de conciencia del yo. El individuo en esta época recibió sus características del grupo, clan o tribu al que pertenecía, y el hecho por él ejecutado, no tuvo el sello de una obra individual propia, sino colectiva. La reacción penal, a su vez, nunca recayó sobre el infractor, sino sobre todo el grupo, de ahí comenzó a erigirse el Derecho Penal y dentro de él cada una de sus instituciones.

Por otra parte, el concepto de Derecho Penal subjetivo está sometido a objeciones, es así como Ferri advierte que “el delito no puede equipararse a un

³⁹⁸ López, Yudith, *La prueba y su tratamiento actual dentro del proceso penal latinoamericano*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2015, pp. 12 y ss.

negocio jurídico, pues delito y delincuente no se hallan en plano de igualdad, pues el primero dicta la ley en cumplimiento de su poder de defensa social, en cambio el autor ve el poder punitivo como una potestad soberana”.³⁹⁹

Sin embargo, los momentos del *ius puniendi* de que hablábamos están reconocidos por la doctrina dentro de la naturaleza del *ius puniendi*, distinguiéndose tres momentos en la vida de la norma:

- Antes de emanar la norma jurídica. En este momento no se puede hablar con rigor de *ius puniendi*, o de un derecho subjetivo de castigar.
- Una vez dictada la norma jurídica. Surge el deber de obediencia del ciudadano, y el derecho subjetivo del Estado para exigir esa obediencia y cumplimiento de dicha norma.
- Cuando se infringe la norma jurídica. Aquí nace el derecho subjetivo del Estado a castigar, derivado de la violación de la norma por el infractor.⁴⁰⁰

Otrora, una serie de instituciones fueron titulares del *ius puniendi*, sin embargo, en la actualidad, esta facultad o derecho de castigar es intransferible, indelegable y no susceptible de ser compartido por una pluralidad de titulares, es así como hoy, este poder obra única y exclusivamente en manos del Estado.

Y es que, la titularidad del *ius puniendi* pertenece al Estado en régimen de monopolio como expresión de su soberanía, esto parece fuera de toda discusión, pero en determinados presupuestos legalmente determinados, sí se admite la participación comunitaria en materia de derecho, que no implican directamente el ejercicio del *ius puniendi*.

³⁹⁹ Ver a Ferri, Enrico, *Los delincuentes en el arte*, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1899, p. 39.

⁴⁰⁰ López, Yudith, *La prueba y su tratamiento actual dentro del proceso penal latinoamericano*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2015, p. 17.

3.3. El castigo como materialización del *ius puniendi*. Justificación del castigo.

Según Jakobs, quien dice reflejar los planteamientos sociológicos del funcionalista alemán Niklas Luhmann, “se considera al delito simplemente como una ruptura con la fidelidad debida al derecho: se lesionaría de esta forma no a un tercero o a varios terceros sino a un bien jurídico, definido como una abstracción que simboliza la confianza de, y en las instituciones públicas. La pena sería necesaria y se justificaría porque logra restablecer esa confianza en el derecho”.⁴⁰¹

“Así surge la teoría de la pena, denominada teoría de la prevención-integración, la que se plantea como nueva, aunque es, otra vez, una mezcla de ideas hegelianas y de defensa social. Tal teoría que contiene un poco del utilitarismo pues derivaría en una doble función de la pena: la “latente” de consolidación de la sociedad, y la “manifiesta” de marginalizar al hecho delictivo y a su autor”.⁴⁰²

De este modo se llega a entender a la pena como la confirmación de la configuración de la sociedad. “La pena tiene la misión de dirigirse a las “personas” o “ciudadanos”, y de confirmarles su confianza en la norma como esquema de orientación de su rol de personalidad. Las políticas penales que implementan los diversos gobiernos actuales tienen una función simbólica declarada de imponer los valores morales tradicionales. Para ello se utiliza la herramienta tradicional de reprimir y construir, a la vez, subjetividades. Pero es posible percibir que lo punitivo no es sólo un “medio”, pues en sí mismo tiene las condiciones de reproducción de una organización social jerarquizada y basada en la exclusión. Sin embargo, también puede comprobarse sociológicamente la falsación de esta teoría, ya que la creciente criminalización de la vida cotidiana antes provoca transgresión que

⁴⁰¹ Jakobs, Günther, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. 1997, p. 441.

⁴⁰² Jakobs, Günther, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. 1997, p. 443.

conformidad. Queda la justificación del castigo que ya no intenta producir ningún efecto hacia el futuro, sino que sólo mira al pasado”.⁴⁰³

Y es que, el utilitarismo prometió de cierto modo que, al cumplirse la imposición de la pena, el delito y la criminalidad disminuirían en respuesta a ello, sin embargo, esto no ha sucedido, y tampoco se ha logrado la resocialización aspirada en el sancionado, por ende, devino la crisis de todo el sistema de penas basado en la utilidad.

“Para Von Hirsch, el estudio de la justificación del castigo penal debe distinguir dos niveles. Por un lado, el relacionado con la justificación general de su existencia en la sociedad –aquí el tema puede quedar en manos de la “defensa social” o cualquier otra teoría de prevención del delito–. Y por el otro, el que permite analizar la justificación y la determinación de la pena a imponer en cada caso. En este último caso juega un rol primordial el “merecimiento”, que es el que sin aludir a la sociedad como organismo sino al propio individuo y sus “méritos” puede resolver cuánto castigo debe sufrir el que ha cometido cierto delito. La justicia en este último caso debe imponer la misma pena para dos delitos iguales, cometidos en circunstancias similares –para ello resulta necesario establecer un sistema de penas fijas o determinadas.”⁴⁰⁴

“La retribución como teoría, sin embargo, siempre acaba por mezclarse con alguna otra ultra intención, perseguida por el Estado al aplicar las penas. Ello es observable en las formulaciones del derecho penal simbólico o las que pretenden justificar el sistema de la penalidad por la forma en que actúa dentro del sistema socio-estatal, con grandes cuotas de lucidez intelectual, pero sin un gramo de legitimidad ética, ni de intento de mejorar las condiciones de vida, mediante el cambio social en pro de la igualdad, la libertad y la solidaridad”.⁴⁰⁵

⁴⁰³ Jakobs, Günther, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. 1997, p. 510.

⁴⁰⁴ Hirsh, Andrew Von, *Límites al Derecho Penal*, Barcelona, Atelier, 2012, p.102.

⁴⁰⁵ Jakobs, Günther, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid,

En nuestro criterio, y, no obstante, la retribución en sí misma es hasta ahora, la más completa de las justificaciones a pesar de que significa sin lugar a duda, infligir de modo legítimo un mal a la persona que ha cometido el delito, previo juicio de culpabilidad y de determinación de su responsabilidad penal, es que ese individuo culpable funciona como el manantial del que emana el derecho del Estado para que desde su poder o facultad de castigar, pueda retribuirle de modo proporcional, a la gravedad del daño o peligro en cuestión, otro mal a él, pero ahora un mal legítimo, justificado, que se tiene el derecho y facultad de imponerle por haber producido un mal previamente, que no debió producir y, no obstante, decidió hacer o no hacer a pesar de que sabía que dicho daño o peligro típico y antijurídico se podía producir como resultado de sus actos.

O sea, apreciamos que, ya interviniendo el Derecho Penal, cabría también argumentar sobre el análisis de que el Estado actúa así, como representante de la ciudadanía legitimado por ésta a través de la evolución de la humanidad, y que opera como especie de un pacto social, entiéndase en estos términos que, el Estado, nos protege y le damos el derecho a que castigue a quien vulnere o afecte esa protección cometiendo un delito, de modo que, ante una agresión ilegítima y no provocada de alguien que finalmente, sea determinado culpable de esas conductas típicas y antijurídicas, el Estado, estará justificado a imponer una pena, que por demás aspiramos a que sea una pena severa según lo amerite la intensidad del daño o peligro causado con su actuar, pero también aspiramos, que sea humanitaria, digna y dentro de los límites que estos propios conceptos le imponen actualmente al castigo, del cual el ciudadano no tuvo opciones para protegerse ni evitarlo y el Estado, tampoco pudo hacerlo.

Pero ahora sí podrá castigarlo, como una forma de respuesta social, fundada en el merecimiento por parte del culpable de ser castigado y del merecimiento de la sociedad de ser protegida íntegramente y vivir en clima de seguridad con respecto

Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. 1997, p. 510.

a que sus bienes jurídicos no sean afectados y en caso de que algún miembro decida afectarlos, entonces desde ya, con esa decisión (libre albedrío), está asumiendo la posibilidad de la consecuencia jurídica de la pena que estará prevista para el caso y que deberá ser tan intensa como su agravio.

Este pensamiento nuestro encuentra base en planteamientos tales como el de Kant, cuando dice: “El castigo judicial nunca puede ser aplicado como un mero medio para promover otro bien, sea respecto del criminal mismo o de la sociedad civil, sino que en todos los casos tiene que ser aplicado únicamente al criminal porque ha cometido un delito. Pues el hombre nunca debe ser tratado meramente como medio para las intenciones de otro. “Esta constituye una de las manifestaciones del imperativo categórico”.⁴⁰⁶

3.4. La Dogmática Jurídica. Límites al *ius puniendi*, o poder punitivo del Estado.

“Durante la segunda mitad del siglo XIX la dogmática jurídico-penal alemana no perdió de vista al Derecho Penal como su objeto de estudio, y fue sentando las bases para un extraordinario desarrollo doctrinal que continúa hasta nuestros días, e influye claramente no sólo en los países europeos, sino en todos los países del mundo con sistemas basados en tradición jurídica romano-canónica-germana. La dogmática jurídica es una disciplina perteneciente al Derecho, cuyo método se basa en complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos. Tales dogmas han de extraerse del contenido de las normas jurídicas positivas, utilizando la abstracción, y siguiendo una serie de operaciones lógicas que otorgan a la dogmática jurídica un carácter eminentemente sistemático”.⁴⁰⁷

Los postulados del estado social con la dirección de la Política Criminal fueron

⁴⁰⁶ Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Traducido por G. Lizarraga, Madrid, Librería De Victoriano Suárez Jacometrezo, 1873, p. 195.

⁴⁰⁷ Mir, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2008, p. 56.

presentados por Franz Von Liszt, según él, “el Estado Intervencionista pretendería reaccionar frente a la ineficacia del Derecho penal clásico y liberal. Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial se pudo comprobar cómo un Estado intervencionista puede representar peligros importantes para las garantías individuales”.⁴⁰⁸

“Para que este poder no sea absoluto ni arbitrario, ha sido necesario implementar límites al mismo, varios de estos límites los podemos encontrar en los principios que forman parte de la dogmática jurídico penal, en palabras de Mir Puig, el Estado Social y Democrático debe ser un complemento al Estado Clásico y Liberal y no una alternativa”.⁴⁰⁹

La naturaleza del *ius puniendi* pretende buscar una fundamentación a sus límites, Binding, por ejemplo, “parte de la distinción norma-ley, la misión principal de toda norma es la de establecer la obediencia, existiendo un derecho a exigir su cumplimiento, por lo tanto, la conducta contraria a la norma es un delito que merece castigo. Con la ley penal surge un nuevo derecho subjetivo a la pena, por lo que, la lesión del derecho de obediencia es la fuente del derecho penal subjetivo”.⁴¹⁰

Respecto de los límites al *ius puniendi* cabe mencionar que los mismos deben analizarse separadamente, en base a dos categorías principales que son: límites materiales y límites formales. Dentro de los límites materiales podemos citar a los principios y entre ellos encontramos los que citaremos someramente:

Legitimidad y necesidad de la intervención del Derecho Penal, que obviamente se refiere a la menor inferencia posible o a una intervención mínima, considerando al Derecho Penal como un instrumento al cual debe recurrirse cuando

⁴⁰⁸ Liszt, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1927, pp. 202 y ss.

⁴⁰⁹ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2008, p. 56

⁴¹⁰ Binding, Karl, *Las normas y su transgresión*, t. I, Leipzig, Ed. Wilhelm Engelmann, 1872, p. 34.

previamente se han agotado todas las instancias de control social, tanto formal como informal; dicho de otra forma, cuando se hayan agotado todos los mecanismos extrapenales, conocido como principio de ultima ratio.

“Protección de bienes jurídicos, también se denominado principio de lesividad y se traduce en que el Estado no puede establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico, protegido previamente por la ley. De modo que el principio de lesividad puede entenderse como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, entendiendo como conflicto jurídico, la situación en la que ocurre la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno. El principio de lesividad “es denominador común a toda la cultura penal ilustrada de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. Sólo así las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.⁴¹¹

“Dignidad de la persona, que se refiere al merecimiento que ostenta cada persona a que sean respetados y garantizados sus derechos naturales, por el solo hecho de ser persona, se refiere a que la afectación del principio de dignidad concreta de la persona está dada por la aplicación de la pena de muerte y la tortura. También se denomina principio de humanidad o de proscripción de la crueldad, y no debe afectarse esta dignidad de primera instancia, sino únicamente en última instancia y cumpliendo previamente todos los requisitos y principios establecidos para un debido proceso. Se debe acudir a la metafísica para poder fundamentar radicalmente el valor absoluto de la persona. Dignidad es bondad por sí misma;

⁴¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2009, p. 466.

utilidad, bondad para otra cosa”.⁴¹²

“Dignidad es la suprema valía interior del sujeto que la ostenta. Es una independencia interior. Es aquella excelencia o encumbramiento correlativo a un tal grado de interioridad que permite al sujeto manifestarse como autónomo: que se apoya o sustenta en sí mismo. Se dice que una persona actúa con dignidad cuando sus operaciones no parecen poner en juego el núcleo constitutivo de su propio ser, no busca apoyo en exterioridades inconsistentes, ni las requiere”.⁴¹³

Hay virtudes que, como la templanza, el desprendimiento de los bienes materiales, reflejan inmediatamente la idea de dignidad. La dignidad de la persona humana se manifiesta en la capacidad de captar la verdad en cuanto tal, de aprehender y querer lo bueno en sí. Esa independencia a la que referimos en el plano óntico también se aprecia en el plano ético: el hombre es digno porque es libre. Ello supone que sólo el hombre puede dirigirse por sí mismo hacia su propia meta y, también, que puede determinar la dirección de toda su existencia: tiene capacidad para dirigirse a su fin último. De modo que, aun cuando una persona sea responsable penalmente de un delito, merece un trato digno como ser humano.

Culpabilidad, este elemento viene a funcionar como fundamento y factor de determinación de la pena de la pena, también como principio limitador al poder punitivo del Estado, solo se puede castigar al sujeto que cometió un hecho típico, antijurídico y culpable, y además siempre que ese sujeto cumpla a su vez, el presupuesto de imputabilidad, que depende además de la mayoría de edad y del goce de salud mental al momento que se cometen los hechos.

Actualmente se exige también que la culpabilidad dependa de determinar el nexo causal entre el individuo que se dice lo ha cometido y el hecho mismo. También se toma la culpabilidad como elemento para la determinación y cuantificación de la pena, es decir, importa para la gravedad y duración de la pena.

⁴¹² Cardona, Carlos, “Filosofía y cristianismo”, en Revista Espíritu, 1990, pp. 17 y 18.

⁴¹³ Melendo, Tomás, *Metafísica de la Dignidad Humana*, en Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Navarra, 2008, p. 15.

Ahora bien, antes se habló de los límites formales al derecho de castigar cuya titularidad ostenta el Estado, y dentro de estos, se puede ubicar al principio más importante que es el de legalidad, expresado mediante el aforismo *nullum crime nulla poena sine lege*, y se traduce mediante la explicación de que solo se puede castigar a quien comete una infracción que previamente fue definida como delictiva, y tanto el tipo penal, como el proceso por el que se juzgue, así como, su consecuencia, la pena, deben constar en la ley vigente antes de la comisión de ese delito.

El contenido del principio de legalidad requiere el análisis de una serie de aspectos de no menor trascendencia; el primero se refiere a la necesidad de previa ley y lleva como consecuencia la prohibición de retroactividad de la ley, impidiendo de esta manera la arbitrariedad del legislador. Implica, por tanto, la protección del ciudadano de la intervención abusiva del Estado. Pero este principio admite excepciones, en los casos de retroactividad de disposiciones favorables, lo cual relativiza sus efectos. En segundo lugar, cabe mencionar la necesidad de la ley escrita, denotando el tenor de este principio y, en tercer lugar, está la necesidad de ley estricta que indica que no es suficiente con que la ley sea previa y escrita, es necesario además que se respete su significado esencial.

Esto último tiene que ver con la claridad y taxatividad con que deben determinarse las conductas prohibidas y las sanciones aplicables. Esta taxatividad requerida a la ley penal implica el rechazo por la integración analógica y por la formulación de tipos abiertos, siendo de su esencia la materialización del principio de legalidad a través de tipos penales, entendidos como descripciones estrictas de las conductas que el derecho entiende reprobables.

“La base de estos límites también encuentra explicación técnica en la clasificación del Derecho Penal como Derecho Penal subjetivo al otro extremo del Derecho Penal objetivo, dígame de este último, que es el conjunto de normas, y ante

esto, el subjetivo lleva a fijar los límites que ha de encontrar el derecho del Estado a intervenir mediante normas penales. El antiguo Derecho Penal se caracterizó por su crueldad, arbitrariedad y falta de racionalidad. A partir del siglo XVIII y de las reformas impulsadas, entre otros, por el Marqués de Beccaria quien propugnaba principios como el valor educativo de la condena, es que hoy se entiende que solo el “ius puniendi” estatal puede operar como poderosa instancia pública capaz de resolver el conflicto criminal de forma institucional, pero también de forma previsible, formalizada, igualitaria, racional y eficaz”.⁴¹⁴

Con estos dos últimos adjetivos podríamos comenzar a discrepar en el marco de esta tesis, ¿es realmente justificado por la comisión previa del delito donde se provocan graves daños, responder luego con un castigo generalmente, equivalente al daño causado, para el culpable?

3.5. Análisis de las funciones de la pena.

“Roxin ha señalado desde el año 1966 que, la pregunta acerca del sentido de la pena estatal no se trata en primer término de un problema teórico, ni, por tanto, de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica. Sin embargo, la discusión doctrinal sobre la función de la pena parece seguir siendo vista como una cuestión teórica sin mucha importancia práctica”.⁴¹⁵

La función de la pena, sin lugar a duda, debe estar presente en todo el sistema penal de cada país, de manera tal que influya en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución, deben tener como punto de partida la función que la sanción penal intenta alcanzar. En el plano

⁴¹⁴ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, pp.62 y ss.

⁴¹⁵ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 62 y ss.

legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida, por ende, una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse, aunque se encuentre prevista en la ley. Así, por ejemplo, si la función de la pena es la sola retribución, resultará legítimo castigar a una persona por la comisión de un delito, aunque en el momento de la sentencia este delito se encuentre despenalizado, lo cual desde la lógica de la prevención general resultaría claramente improcedente.

Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que, si se entiende, por ejemplo, que la función de la pena es lograr la resocialización del sancionado, entonces sería contraproducente considerar legítimas y adecuadas, aquellas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que precisamente implica que el sancionado nunca más ha de estar en su hogar, ni en su casa, ni con su familia, ni formando parte de la sociedad, por ende, es una negación a la posibilidad de su reinserción social.

La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial, así, por ejemplo, en una concepción retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no, a la prevención general o, a la resocialización del delincuente.

Sin embargo, acorde a una visión preventivo-general de la pena, el juez se guiará por los fines de intimidación, imponiendo la pena como confirmación de la amenaza penal y dejando de lado, en principio, consideraciones referidas a la culpabilidad del autor, pero si el criterio rector del juez fuese la resocialización del reo, entonces podría encontrar legitimidad la aplicación de una pena indeterminada que sólo terminaría si es que se cumple la finalidad de una efectiva resocialización del reo. Análisis que resulta muy claro en virtud de potenciar la necesidad de un sistema penal coherente y armónico de principio a fin.

El proceso de imposición de la pena también implica la fase de ejecución de la misma, esta fase de ejecución tampoco es ajena a la determinación de la función que cumple la pena. Muchos aspectos de la ejecución penal dependerán de dicha determinación.

Así, por ejemplo, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración sólo podrían explicarse desde la perspectiva resocializadora de la pena (o, para ser más exactos, no desocializadora), ya que el hecho de evitar que el condenado vaya a prisión por poco tiempo se sustentaría en impedir el efecto de una desocialización carcelaria.

Por el contrario, estas medidas alternativas, así como diversos beneficios penitenciarios como la liberación condicional, la redención de penas por trabajo o incluso la semi libertad no podrían tener aceptación en una visión retributiva de la pena, pues el condenado tendría que cumplir siempre la pena que se le ha impuesto judicialmente. Desde esta comprensión de la pena, el delincuente no podría ser exonerado del cumplimiento de pena impuesta sin afectar el valor Justicia.

“La función de la pena no puede ser considerada una discusión teórica sin ninguna utilidad práctica. Todo lo contrario: de la respuesta a esta cuestión general depende el tratamiento de muchos problemas específicos del Derecho penal y finalmente la propia coherencia del sistema punitivo.

3.6. Las teorías sobre la pena.

Es a partir de la tradición iluminista que se puede confundir lo relativo al fin de la pena con la teoría que explica el origen y la función histórica de la pena. Las ideas iusnaturalistas de la mano de algunas ideas contractualistas explican que la pena se deriva del propio proceso de socialización enfrentado por los seres

humanos a través de la historia y también es expresión del vínculo de unos seres humanos con otros, al punto de institucionalizarse o estatalizarse la venganza privada, y por su parte, la venganza privada ha sido explicada como una expresión del derecho natural de defensa, o autodefensa que pertenece a cada hombre y que tiene como mejor argumento, la necesidad de su conservación como especie humana.

“Durante la evolución se han equiparado las categorías de pena y de venganza, se dice que en este paralelismo han caído muchos retribucionistas, y también otros tantos utilitaristas —de Filangieri a Romagnosi y, de Carrara a Enrico Ferri, todos los cuales han concebido y justificado el derecho penal como derecho (no más natural sino positivo). En efecto, el derecho penal no nace como negación de la venganza sino como desarrollo, no como continuidad sino como discontinuidad y en conflicto con ella; y se justifica no ya con el fin de asegurarla, sino con el de impedirla. Es verdad que la pena, históricamente, substituye a la venganza privada. Pero esta substitución no es ni explicable históricamente ni tanto menos justificable axiológicamente con el fin de mejor satisfacer el deseo de venganza; por el contrario, sólo se puede justificar con el fin de poner remedio y de prevenir las manifestaciones”.⁴¹⁶

“Es de recordar que la venganza fue regulada como un derecho y a la vez un deber pero de carácter privado, superando a la parte ofendida y a su grupo parental según los principios de la venganza de la sangre y la ley del tallón, pero luego vino un paso mucho más decisivo, que se marcó cuando se produjo una disociación entre el juez y la parte ofendida, de modo que la justicia privada —los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas— fue no sólo dejada sin tutela sino también prohibida. El derecho penal nace precisamente en este momento, o sea cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es substituida por una relación trilateral, que ve en tercera posición o como imparcial a

⁴¹⁶ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 62 y ss.

una autoridad judicial. Es por esto por lo que cada vez que un juez aparece animado por sentimientos de venganza, o parciales, o de defensa social, o bien el Estado deja un espacio a la justicia sumaria de los particulares, quiere decir que el derecho penal regresa a un estado salvaje, anterior al nacimiento de la civilización".⁴¹⁷

Para aportar con un concepto de pena, bien puede hacerse observando cómo se acerca a la idea de su concepto la teoría retributiva, aspecto que conlleva a pensar que esto no lo logra la teoría preventiva al concentrarse en sus fines, más que en su esencia, es claro que la pena es un mal que expresa la coerción estatal, y por ende, está estrechamente relacionada con el Estado y con su voluntad, a través de la pena, el Estado reafirma su existencia; en el campo penal significa el instrumento amenazante que emplea el Estado para lograr cumplir su deber de proteger los bienes jurídicos que el mismo, ha confirmado como susceptibles de ser protegidos.

Las penas están para imponerse, y ello significa un proceso de concretización en un individuo. Esta imposición requiere necesariamente de un fin. En un Estado social y democrático de derecho, donde todos los hombres han de ser iguales en su consideración y dignidad, ningún hombre puede ser ni medio con relación a otros hombres, ni tampoco respecto a un objeto, como el bien social, el interés general, etc. Luego, la finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de la sociedad democrática que no es otra que aumentar su capacidad de liberación, de participación, de resolución de sus conflictos sociales. De lo que se trata es de lograr que la pena cumpla este fin.

La pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición, una actividad positiva: ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales. En dichas alternativas el individuo ha de tener la posibilidad de participar, por eso, la pena ha de ser una alternativa más, de participación en su solución.

⁴¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Valladolid, Trotta, 1995, pp.92/93.

Resulta genial pensar en la pena de este modo citado para lograr entender de manera clara, el origen de la intervención estatal en la imposición de la pena, y así mismo, poder entender cómo el derecho penal surge para eliminar o cuando menos, minimizar, la violencia en la sociedad, ya que en la sociedad queda evidenciado un conflicto violento y resuelto por la fuerza, tras la ocurrencia del delito, y se hace prudente citar a Ferrajoli cuando dice:

“Por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo, más la fuerza es en las dos situaciones casi arbitraria e incontrolada; pero no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que por naturaleza es incierta, desproporcionada, no regulada, dirigida a veces contra el inocente”.⁴¹⁸

Y es que, la norma penal surge para minimizar la venganza privada, estableciendo reglas e institucionalizándola y dotándola de un proceso penal que, en los tiempos actuales debe ser cada vez, más debido.

Esto podrá hacerse con el objetivo de prevenir, en su parte punitiva, o con el objetivo de castigar y retribuir, pero que, de cualquier forma, constituye una amenaza legal contra el que decida dañar o poner en peligro, alguno de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. No es dable pensar que se eliminó la fuerza, sino todo lo contrario, esta fuerza ahora será ejercida tanto preventiva como castigadoramente, por el Estado, actuando como monopolizador, y único titular del *ius puniendi*.

Según lo visto al estudiar la estructura de la norma penal, “ésta encierra un proceso comunicativo con «otro» y genera una expectativa respecto de la intervención del Estado en el supuesto de que la norma llegara a ser infringida. Si ello ocurriera, el Estado impondría la pena. De este modo, si bien la pena no define

⁴¹⁸ Bustos, Juan, *Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda, 1995, p. 42.

a la norma, ésta aparece como esencial para la comprensión del derecho penal ya que con ella el Estado que estaba a la expectativa, se significa dentro de la relación social".⁴¹⁹

Y es que, trayendo a colación la conocida afirmación de que no hay nada más práctico que una buena teoría, es que se afianza la importancia de analizar lo relativo a la teoría de la pena, para poder comprender e implementar mejor su aplicación práctica, pero no solo aplicándola al Derecho Penal, sino también al Derecho Civil.

No cabe duda en cuanto a que, el fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el Derecho Penal. Esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena y a su vez, estas teorías buscan legitimar el Derecho Penal, y así poder justificar racionalmente la imposición de un castigo que, en efecto, castiga bienes jurídicos muy importantes para cada ser humano.

Estas teorías se subsumen en la denominación de teorías absolutas y teorías relativas de la pena.

Las teorías absolutas de la pena entienden que la pena es una retribución, significa dar al sancionado el castigo que se merece por el daño que ha causado, o, dicho de otro modo, por el ilícito que ha cometido, y su valor se encuentra en lograr afirmar la vigencia del derecho.

“Si para Hegel la retribución tiene una fundamentación jurídica,⁴²⁰ para Kant tiene una fundamentación ética, para este pensador, la pena es retribución de la culpabilidad del sujeto que a su vez presupone su libertad de voluntad o libre albedrío. El autor culpable es el que hace mal uso de esa libertad y se hace

⁴¹⁹ Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, t. I, Madrid, Editorial Trotta S. A., 1997, pp. 44 y ss.

⁴²⁰ Hegel, Georg, *Conceptos básicos de la filosofía del derecho o la ley natural y la ciencia política en los planos de planta*, Leipzig, Editorial Ullstein 1972, p. 380.

merecedor de pena. La pena es una retribución o un pago por el mal uso de la libertad. Por lo mismo, debe ser una pena justa, esto es proporcionada al mal causado con el delito. Pero, más allá de ello, la pena es un imperativo de la justicia. Por eso debe ejecutarse siempre y en su totalidad”.⁴²¹

“En otra vertiente, se puede encontrar que, las teorías relativas de la pena, también llamadas de la prevención prescinden de consideraciones trascendentes para la legitimación del castigo y lo fundamentan en la utilidad de la pena. La pena y el derecho penal se justificaría racionalmente porque es útil para prevenir el delito”.⁴²²

Dos son las grandes teorías relativas de la pena. Por una parte, la prevención general, y por la otra, la prevención especial. La prevención general tiene como destinatario a toda la comunidad, toda la sociedad, procurando evitar que en ella cometa delito alguno de sus miembros, es decir, procurando lograr que sus miembros se abstengan de delinquir, mientras que la prevención especial actúa sobre el individuo que ha delinquirido ya sea tratando de enmendarle su conducta, y evitar así que vuelva a delinquir, o puede ser neutralizándolo antes de que cometa cualquier delito. Es claro que estas teorías han pretendido legitimarse desde el argumento de la utilidad de la pena para la sociedad, aunque la realidad ha demostrado que no es susceptible de ser lograda esta finalidad, pues el delito persiste, dada la persistencia de sus comisores.

Puede resumirse en un análisis que logra parecer somero si se aprecia solo lo aquí planteado, pero que encuentra bases sólidas cuando se analiza a cabalidad la doctrina sobre ambas teorías, que, el Derecho Penal no quede legitimado en su esencia castigadora y de control social, por el solo hecho de que las interrogantes acerca de la capacidad de legitimar la pena, como la facultad de imponer un mal al ciudadano, no ha logrado ser aun respondida contundente y convincentemente, y

⁴²¹ Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del Derecho*, La Plata, Escuela de Plata, 2004, p. 455

⁴²² Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, t. I, Madrid, Editorial Trotta S. A., 1997] pp. 44 y ss.

es que, en el estado actual, la pena tanto como el Derecho Penal siguen siendo indispensables, y además considerado como una expresión de poder estatal frente a los ciudadanos, pero no cabe duda en cuanto a que deben observarse como categorías independientes, aunque relacionadas al mismo núcleo, qué es la pena, lo que es la función de la pena y el fin o fines de la pena. Esta delimitación ayudará a comprender hasta cierto punto, la necesidad de existencia o la justificación misma de que sea legítimo y justificado castigar en materia penal.

Cabe citar al Juan Bustos cuando en su libro, como Director, “Prevención y Teoría de la Pena”, se refiere al dicho por el Juez, Victoriano James Fitzjames Stephen, por ejemplo, cuando sostuvo que “las penas están dirigidas a suscitar la indignación moral y los sentimientos colectivos de aversión contra los delitos, pues de tal modo se refuerzan los sentimientos de solidaridad social”.⁴²³

Montesquieu, por su parte, plantea: “*Fu dunque la necessità*”⁴²⁴, dice Beccaria; “*che costringe gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minimi porzioni possibili forma il diritto di punire: tutto il più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto*”, también Bentham, Romagnosi y Carmignani aluden repetidamente a la necesidad como criterio de justificación de la pena.

Estas indicaciones, valiosas, pero embrionarias, serán luego abandonadas

⁴²³ Wolf, Paul, en Bustos, Juan, “*Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago de Chile, editorial Jurídica Cono sur”, 1995, pp. 59 y ss.

Victoriano James Fitzjames Stephe,

⁴²⁴ Esta expresión de Montesquieu, significa: la Pena se justifica en la necesidad, la expresión de Beccaria significa: Eso obliga a los hombres a renunciar a parte de su libertad: por lo tanto, está seguro de que cada uno quiere poner en el depósito público solo la porción más pequeña posible, la única que es suficiente para inducir a los demás a defenderlo. El conjunto de estas porciones más pequeñas posibles constituye el derecho a castigar: tanto más es abuso y no justicia, se hace, pero ya no es correcto.

por las doctrinas utilitaristas del siglo XIX, las cuales se orientaron según modelos correccionalistas e intimidacionistas de derecho penal máximo o ilimitado. Por otra parte, estas doctrinas fueron asimismo rebatidas por la misma concepción iluminista del principio de utilidad penal, identificado concordemente por Beccaria y Bentham con el criterio mayoritario y tendencialmente iliberal de la máxima felicidad dividida entre el mayor número”.⁴²⁵

“Por otra parte, en el escenario doctrinal ha aparecido el planteamiento de Jakobs, si bien este mismo autor denomina a su comprensión de la pena, prevención general positiva, Un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva de Welzel; Jakobs cuestiona que la función del Derecho Penal sea motivar a las personas a evitar lesiones a los bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho penal aparece en escena, éstos se encuentran ya lesionados. Por otra parte, los bienes jurídicos resultan lesionados en diversas circunstancias sin que el Derecho penal tenga que intervenir por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo), así como el Derecho penal interviene muchas veces sin que se precise de la efectiva lesión de un bien jurídico (tentativa, por ejemplo). En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico. Como puede verse, el delito no se estructura sobre la lesión sino sobre la defraudación de una expectativa social de no realizar conductas socialmente perturbadoras”.⁴²⁶

“En este contexto de ideas, la pena no protege bienes jurídicos, sino que devuelve la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico, como puede verse, en el planteamiento de Jakobs se destaca especialmente la necesidad de una vigencia segura de la norma, en tanto sólo así resulta posible una orientación en los contactos sociales. La norma debe

⁴²⁵ Roxin, Claus, *Sentido y límites de la pena estatal*, traducido por Diego Luzón Peña, en Problemas básicos del Derecho penal, Madrid, 1976, p. 11.

⁴²⁶ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona: Una Teoría de un Derecho Penal funcional*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 86.

mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en la norma, sino en el sujeto que la infringió. Pero como en estos casos no recae sobre el que defrauda la norma una poena naturalis, como sucedería en el mundo sujeto a leyes naturales, se requiere de un castigo que declare el fracaso en la orientación social de quien infringe la norma. Este castigo convencional es la pena. En síntesis, podría decirse que para la concepción de Jakobs el Derecho penal obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente”.⁴²⁷

No es redundante plantear entonces, luego de este análisis que más que la función de castigar del Derecho Penal se evidencia claramente que una de sus principales funciones es el control social, este se dirige tanto a los resultados dañinos provenientes de un delito, como a la puesta en peligro de los bienes jurídicos que el Derecho Penal protege, tras o en torno a la comisión de un delito.

“Como puede verse, la función de la pena no tiene una incidencia sobre el individuo, sino sobre el sistema social. La pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad. La concepción de Jakobs no se ha visto exenta de críticas. A la comprensión de la pena como comunicación se le ha cuestionado dejar de lado la naturaleza de la pena como un mal, de forma tal que podría llegarse a una pena que restablezca la vigencia de la norma sin que necesariamente lleve aparejado un mal para el autor. Por lo tanto, si en algún momento la norma pudiera reestablecerse sólo con la declaración del carácter incorrecto del comportamiento, ya no sería necesario imponerle al autor un mal adicional (privación de la libertad, por ejemplo). Además de esta crítica, al planteamiento de Jakobs se le ha objetado centrar la función de la pena en la vigencia de la norma, con independencia de si ésta resulta legítima o no. Desde

⁴²⁷ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona: Una Teoría de un Derecho Penal funcional*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 86.

esta perspectiva, la pena cumpliría idéntica función tanto en un Estado de Derecho como en un Estado totalitario”.⁴²⁸

Las funciones de la pena tienen y deben tener límites, por ejemplo, la dignidad relativa de la persona obliga a que la pena no pueda imponerse al delincuente obviando las razones, motivos o fundamentos de su actuación práctica. De hecho, no es posible construir el delito sobre cualquier forma de culpabilidad, pues esta debe partir de la actuación de un ciudadano que tiene la libertad, capacidad y autonomía necesarias para decidir qué hacer con su libertad, ya sea sujeto a la norma o desligado de ella y de su cumplimiento.

3.7. La pena en el Derecho Civil en comparación con su presencia en el Derecho Penal.

Hablar de la pena en materia penal es propio, común y hasta imprescindible, sin embargo, estos parámetros o calificativos no se ajustan al tema de la pena dentro del Derecho Civil, resulta obvio que de la comisión de un delito no sólo se deriva una responsabilidad penal, sino también una responsabilidad de carácter civil y extracontractual, consistente en la reparación del daño, a través de diferentes mecanismos o modalidades de reparación. Hoy se aduce que la Responsabilidad penal y la Responsabilidad civil comparten el elemento antijuridicidad y es una realidad el hecho de que no hay una diferencia cualitativa entre un ilícito penal y uno civil.

Sus diferencias se basan en decisiones de política criminal, para determinar cuáles hechos entre todos los ilícitos, deberán ser tipificados o reconocidos y descritos por la ley como delitos y cuáles no.

“Dice Mir Puig que, en el derecho español, tanto la responsabilidad penal como la civil por la comisión de un hecho ilícito que ha sido definido como delito,

⁴²⁸Jakobs, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo, Madrid, Cuadernos Civitas, 2003, p. 48.

puede perseguirse en un mismo proceso ante la misma jurisdicción penal o bien, a opción del perjudicado, como lo señala el art. 109.2 Código Penal español, ante la jurisdicción civil. Esta posibilidad es una coherente consecuencia del hecho de que no hay diferencias cualitativas entre una antijuridicidad civil y una penal. Sin duda, es una correcta decisión del legislador español, pues se evitan los inconvenientes de procesos separados, procurando, al mismo tiempo una más amplia protección a los bienes jurídicos y a los intereses de las víctimas. En cuanto a su naturaleza, no cabe duda, la acción reparadora, a pesar de poder instarse ante la jurisdicción penal, tiene naturaleza inequívocamente civil”.⁴²⁹

No es desatinado decir que la regla general es que corran parejas la acción penal y la civil, pero esto no impide que el perjudicado renuncie a ella o la reserve para ejercitarla con posterioridad. También queda confirmada la supeditación procesal de la acción civil a la penal, pues la primera, no puede ejercitarse sino una vez que haya sentencia firme en el proceso criminal. La pretensión civil ha de fundarse en lo siguiente en la existencia real de perjuicios o daños, ya que pueden haber hechos que generen un delito y no responsabilidad civil; la cuantía de dichos daños, la fundamentación de los hechos cuando sólo son constitutivos de *culpa in negligendo*, la imputación de los daños a los hechos; la persona imputable civilmente, si fuere distinta del sujeto activo del delito.

“Terminado el juicio hay que considerar dos situaciones. La primera es que la responsabilidad civil quede determinada por sentencia. Puede ocurrir que la sentencia sea condenatoria. En tal caso, ella es suficiente para proceder a su ejecución mediante el correspondiente procedimiento que es diferente al de la ejecución penal”.⁴³⁰

Sin embargo, y tras valorar esa opinión, se debe analizar la posibilidad de que en el caso de una sentencia absolutoria puede haber, no obstante,

⁴²⁹ Mir, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, B de F, 2005, p. 29.

⁴³⁰ González, Juan, *Teoría de la Pena y la Constitución*, Barcelona, De Padova, 1979, p. 398.

responsabilidad civil, y ya ha sido determinada la inocencia del individuo en materia del juicio penal. En ese supuesto de hecho, habrá que acudir a la vía civil, que aún puede quedar como opción legal de ejercicio de acción procesal, a menos que el hecho ocurrido tampoco sea capaz de generar responsabilidad civil.

3.8. Alcance de la responsabilidad civil

“La institución de la responsabilidad civil parece ser connatural al hombre y, en su evolución, el autor francés André Tunc ha identificado cinco funciones estrechamente ligadas: el castigo de un culpable; venganza e indemnización de la víctima; restablecimiento del orden social y prevención de comportamientos antisociales. La importancia respectiva de estas funciones puede haber variado según los siglos, los lugares, los tipos de culpa o los casos individuales. Sin embargo, en general, ningún conflicto se presentaba entre las diferentes funciones”.⁴³¹

Generalmente, la responsabilidad civil comprende: la restitución; la reparación del daño material y/o moral; la indemnización de perjuicios materiales y morales. Puede implicar también, el establecimiento de garantías de no repetición a favor de la víctima; cualesquiera de estos mecanismos podrán ser aplicados según la naturaleza y la demanda de cada caso y por ello podrán aplicarse de conjunto o por separado. De cualquier forma, su esencia estriba en tratar de ubicar a la víctima en el estado en que se encontraba antes de sufrir el delito o el hecho ilícito, o, por último, podría decirse, antes de sufrir el daño.

3.8.1 Responsables civiles subsidiarios

En la responsabilidad civil también se debe determinar las personas civilmente responsables, distinguiendo además, entre los responsables civiles

⁴³¹ Tunc, André, *La Responsabilidad Civil*, París, Económica, 1990. p. 14.

directos, la responsabilidad civil en caso de eximentes y los responsables civiles subsidiarios, pues la magnitud de su responsabilidad también dependerá de su aportación directa o indirecta, principal o secundaria, justificada o injustificada, con respecto al daño causado, lo cual es equiparable al nivel o grado de participación en el delito en materia penal.

Por regla, toda persona responsable criminalmente, esto es, autores y cómplices, lo será también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. En ocasiones, responderán a través de cuotas separadas e independientes pero que conforman en su totalidad el monto íntegro de la cuantía a reparar, y se impondrá como una obligación a cumplir de modo solidario.

“Hoy puede hablarse de responsabilidad civil subsidiaria, y citar el ejemplo del Código Penal Español en el inciso 2º del párrafo 2 del art. 116, que establece un orden de prelación para la responsabilidad subsidiaria señalándose que primero se hará efectiva en los bienes de los autores, y después en los de los cómplices. En el último párrafo del art. 116 CP se establece que «tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno». Además de la responsabilidad de los autores y cómplices, el art. 117 CP establece la responsabilidad directa del asegurador. Establece este precepto que «los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”.⁴³²

También pueden ser contemplados legalmente como responsable

⁴³²Código Penal Español, Decreto Legislativo N.º 635, promulgado: 03.04.91, publicado: 08.04.91

subsidiario, al Estado, la provincia, el municipio y demás entes públicos por los daños causados por los penalmente responsables, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados del Estado o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones.

3.8.2 Análisis de los daños punitivos como manifestación de pena o sanción en materia civil.

Ya se ha analizado que, en el campo de la responsabilidad, los ordenamientos de corte romano-germánico evolucionaron hacia el reconocimiento de la necesidad de indemnizar de manera pecuniaria a la víctima de un hecho ilícito, hasta llegar a exigir no sólo los perjuicios materiales efectivamente provocados, sino también, los perjuicios morales causados y probados. Pero todo ello, con un límite claro y preciso: dejar a la víctima (en la medida de lo posible, de acuerdo con la naturaleza del daño) exactamente en el mismo estado en el que se encontraba antes del perjuicio sufrido y evitar un posible enriquecimiento como consecuencia de la indemnización reconocida.

En el sistema anglosajón, por el contrario, el reconocimiento de la responsabilidad tiene algunos objetivos adicionales que permiten al juez ir más allá de los daños causados y reconocer una indemnización prácticamente sin límites.

Si bien este ha sido el postulado general, el sistema jurídico anglosajón ha aplicado con gran amplitud el concepto de daño punitivo o pena privada, (*punitive damages, punitive damage o vindictive damages*), siendo una institución de gran uso en el sistema del Common Law, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica.

Téngase en cuenta que “por daños punitivos se entiende el mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización, que busca reparar la violación a los derechos constitucionales de los ciudadanos, ocasionados ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. Son las sumas de dinero que los tribunales

exigen pagar con el fin no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes”.⁴³³

“El daño punitivo es igualmente conocido como daño ejemplarizante, daño retributivo o dinero picante “. ⁴³⁴ Se ha entendido como una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado, lo cual hace de este un sistema tan particular y muchas veces criticado.

Dice el Blacks Law Dictionary, que” los daños ejemplares son daños en grado alto, adjudicado al demandante con lo que simplemente se le compensará por su pérdida, donde lo causado a él fue agravado por circunstancias de evidencia, presión, malicia o fraude y conducta indebida en la parte del defendido y es obligado a aliviar al demandante por angustia mental, perjuicio de su estancia, pena u otras agravaciones del daño original y castigar al defendido por su mal comportamiento”.⁴³⁵

La profesora francesa Geneviève Viney ha definido la pena privada como “una suma de dinero reconocida por el juez por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima”. ⁴³⁶

“Algunos autores encuentran los orígenes de esta doctrina en el Código de Hammurabi, que estipulaba punitivas pecuniarias para ciertos ilícitos. También se encuentran antecedentes en el derecho romano, pues allí también se fijaron

⁴³³ García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages, en Estudio social jurídico “, v. 5, no. 1. Bogotá, Enero/junio 2003, p. 3.

⁴³⁴García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages, en Estudio social jurídico “, v. 5, no. 1. Bogotá, Enero/junio 2003, p. 3.

⁴³⁵García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages, en Estudio social jurídico “, v. 5, no. 1. Bogotá, Enero/junio 2003, p. 10.

⁴³⁶García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages, en Estudio social jurídico “, v. 5, no. 1. Bogotá, Enero/junio 2003, p. 12.

puniciones pecuniarias (Ley XII Tablas); en la Roma clásica, donde se consideraron sanciones económicas a favor de la víctima, del doble, triple o cuádruple del daño causado, y en la Edad Media, donde se debe citar las Siete Partidas, una de cuyas disposiciones (sexta y setena partida) exigía a quien negara que causó el daño que lo pagara doblado. También se encuentran antecedentes más directos en el *acient law*, el estatuto más antiguo (data de 1275), que consagra el daño punitivo. El primer antecedente moderno se ve hasta 1763, en la causa Huckle frente a Money. De allí se trasladaron a Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Sudáfrica y los Estados Unidos “.⁴³⁷

3.8.3 Finalidad del daño punitivo

“El propósito general de las acciones indemnizatorias está encaminado a reparar el perjuicio causado al demandante, pero a diferencia de ello, el daño punitivo tiene como propósito castigar a quien produce un mal y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina”,⁴³⁸ es decir, el daño punitivo se toma más como una sanción que como una indemnización.

Como finalidades tiene las siguientes:

- Punir graves inconductas,
- Prevención,
- Restablecer el equilibrio emocional de la víctima.

En el derecho anglosajón queda previsto que el Juez no está obligado a pronunciarse sobre la fijación de los daños punitivos, por ende, sí constituye una

⁴³⁷ García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages “, en estudio social jurídico, t. 5, no. 1, Bogotá, Enero/junio 2003, pp. 13 y ss.

⁴³⁸ García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages “, en estudio social jurídico, t. 5, no. 1, Bogotá, Enero/junio 2003, pp. 13 y ss.

obligación para la víctima, incluirlo expresamente entre sus pretensiones procesales, a fin de que exista posterior análisis y pronunciamiento judicial al respecto.

Para su determinación han de tomarse en cuenta aspectos como los que a continuación se enuncian:

Grave reproche subjetivo

La concepción dominante de los Estados Unidos sostiene que no cualquier acto ilícito puede ser objeto de daños punitivos, pues se debe exigir la existencia de una particular subjetividad en la conducta del autor del hecho dañoso. Es necesario que se produzca algo más que una mera negligencia en la comisión de un tort, según la doctrina y la jurisprudencia, es decir, deben presentarse circunstancias agravantes relativas al dañador, como temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia.⁴³⁹

Existencia de lesión y daño

Frente a este punto se hallan posiciones encontradas, pues, en algunos fallos, está presente la alusión a la necesidad de la existencia de otros daños susceptibles de reparación para la víctima, como requisito para que los daños punitivos le puedan ser reconocidos (incluso algunos tribunales también exigen que exista relación razonable entre éstos y los daños compensatorios). “Pero no es ésa la posición dominante, porque al considerarse el daño punitivo principalmente como una multa de naturaleza privada con fines sancionatorios, éste se puede reconocer en ausencia de una pérdida o de un perjuicio que haya sido materialmente demostrado, así la cuantía del daño compensatorio sea mínima o inexistente”.⁴⁴⁰

⁴³⁹ García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages”, en estudio social jurídico, t. 5, no. 1, Bogotá, Enero/junio 2003, p. 14.

⁴⁴⁰ García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages”, en estudio social jurídico, t. 5, no. 1, Bogotá, Enero/junio 2003, p. 14.

En principio, los daños punitivos no se pueden aplicar a incumplimientos en materia contractual, salvo excepciones puntuales y que se encuentran en la jurisprudencia, cuando la conducta de la parte que ha roto el vínculo contractual llega a configurar un tort, (agravio).

Como espíritu intrínseco de esta doctrina puede concretarse que es la evitación del enriquecimiento injusto por parte de la víctima, o el total deterioro patrimonial del dañado, el Tribunal procurará balancear o sopesar varios factores, entre los que están:

- La naturaleza y la gravedad de la conducta del agente causante del daño,
- La sabiduría de aplicar castigos pecuniarios, de acuerdo con la solvencia económica de la parte culpable,
- El antecedente de los avisos disuasivos y la facultad de haberlos evitado,
- La naturaleza de la opresión infringida,
- El bienestar del causante”.⁴⁴¹

En otro punto está la determinación de la cuantía o monto de la suma que se va a pagar como daño punitivo que en el sistema del Common Law, será determinada con facultad discrecional por el jurado respetando únicamente el límite establecido por la Corte Suprema que elabora guías con criterios de racionalidad que incluyen instrucciones al jurado de las cortes, para que ellos analicen factores como los siguientes a la hora de tasar la indemnización:

“La gravedad de la falta; la situación particular de dañado, los beneficios obtenidos con el ilícito; la posición de mercado o de mayor poder; el carácter

⁴⁴¹ García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages “, en estudio social jurídico, t. 5, no. 1, Bogotá, Enero/junio 2003, pp. 14 y ss.

antisocial de la conducta; la finalidad disuasiva futura perseguida; la actitud ulterior del demandado; el número y la jerarquía de los empleados comprometidos en la falta de conducta; los sentimientos heridos de la víctima; entre otros”.⁴⁴²

3.9. Aspectos criticados a los daños punitivos

Entre los puntos o condiciones adversas que implican los daños punitivos hay varios criterios, entre ellos:

“Enriquecimiento sin causa: Suele decirse que el daño punitivo es un beneficio injustificado para la víctima, pues al obtener una indemnización que va más allá de los daños sufridos, se estaría enriqueciendo a expensas del penalizado. Por lo rígido del sistema del Common Law, el daño moral es aceptado sólo de forma muy limitada, por lo cual esto ha llevado a que muchas veces se repare ese tipo de daños con el ropaje de los daños punitivos.”⁴⁴³

”Arbitrariedad en la decisión del jurado: En otras ocasiones se critica que puede ser arbitraria la decisión del jurado, cuando el monto de la tasación del daño depende de la discrecionalidad del jurado que en ocasiones no tiene límites legales y puede determinar montos excesivos para la indemnización”.⁴⁴⁴

” Seguridad jurídica: La seguridad jurídica se dice que se pone en duda y es hasta cuestionable cuando hay que aceptar una decisión judicial ilimitada en ocasiones, por lo que genera inseguridad jurídica para el ciudadano, así como la imposibilidad de prever o pronosticar las decisiones judiciales”.⁴⁴⁵

”Inconstitucionalidad: Dado a que la naturaleza de los daños punitivos es

⁴⁴²García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages “, en estudio social jurídico, t. 5, no. 1, Bogotá, Enero/junio 2003, p. 15.

⁴⁴³García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages “, en estudio social jurídico, t. 5, no. 1, Bogotá, Enero/junio 2003 p. 16.

⁴⁴⁴ García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages “, en estudio social jurídico, t. 5, no. 1, Bogotá, Enero/junio 2003, p. 16.

⁴⁴⁵ García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages “, en estudio social jurídico, t. 5, no. 1, Bogotá, Enero/junio 2003, p. 17.

sancionatoria, es muy cuestionable su aplicación dentro del ámbito civil, por ello se afirma de forma reiterada que los daños punitivos son violatorios del régimen constitucional, se afirma que los daños punitivos son violatorios de la Constitución, y puede citarse incluso que dentro del Derecho Anglosajón, su aplicación es cuestionable, en tanto, pues al ser sanciones de tipo penal, su aplicación dentro de un proceso civil resulta ser un desconocimiento de las garantías que la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos brinda en los procesos penales. Además, se sostiene que muchas condenas por daños punitivos violan la octava enmienda, que prohíbe penas”.⁴⁴⁶

3.9.1 ¿Existen daños punitivos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina?

Dice la Dra. Gabriela A. Iturbide que “determinar qué se entiende por daño constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable”.⁴⁴⁷

En virtud de su protagonismo en ambas partes procesales, se precisa valorar si la institución de daños punitivos del derecho anglosajón existe en la región Latinoamérica, para ello se analizará el contenido sobre el tema daños, en el Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina.

“Y es que el Código Civil y Comercial de la Nación, en Argentina, de reciente vigencia, ha adoptado una definición amplia sobre el daño y queda así definido en el art. 1737, diciendo que, “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ García, Laura y Herrera, María, “El concepto de daños punitivos o punitive damages”, en estudio social jurídico, t. 5, no. 1, Bogotá, Enero/junio 2003, p. 17.

⁴⁴⁷ Iturbide, Gabriela, “El Daño Resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en D P I Diario, p. 1.

⁴⁴⁸ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

Es así como, dedica toda una sección al Daño resarcible y con ello también a sus consecuencias legales, por ejemplo, en el art. 1738, que trata la indemnización, establece que “la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.⁴⁴⁹

Subsiguientemente, el art. 1739, deja regulados los requisitos para que pueda proceder la indemnización, en tanto exige que:” deba existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente y que la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”,⁴⁵⁰, mientras que el art. 1740. instituye que:” la reparación ante el daño susceptible de ser resarcido deberá ser plena, y esto consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.⁴⁵¹

La indemnización, que obviamente es concebida como una modalidad de la reparación del daño, se extiende también a “la indemnización de las consecuencias

⁴⁴⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

⁴⁵⁰ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

⁴⁵¹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

no patrimoniales y estará legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo, según el art. 1741, y si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.⁴⁵²

Este daño resarcible resulta, tras su análisis y en criterio nuestro, lo más próximo a la institución de daños punitivos arriba analizado. El hecho de que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lo refiera o nombre como daño resarcible, parte de la propia susceptibilidad del daño en cuestión, de ser resarcido, nace del cumplimiento por parte de este daño de determinados requisitos que hacen que sea digno de ser resarcido o que entre sus consecuencias amerite enmendar las afectaciones que ha provocado.

Sin embargo, entre la institución de daños punitivos del derecho anglosajón y la institución de daño resarcible del derecho argentino, existe la gran y ostensible diferencia de que el daño punitivo es una institución del Derecho Civil, que constituye una pena, un castigo, en este caso de índole pecuniaria, pues además de llevar implícita la indemnización misma, o la reparación íntegra del daño, también se impone un plus que constituye un beneficio patrimonial a favor de la víctima y a su vez, un detrimento mayor y no adeudado, en el patrimonio del responsable del daño, es por ello que se infiere su naturaleza, naturaleza de la cual carece la institución de daños resarcibles, aunque su imposición igualmente sea de obligatorio cumplimiento, no tiene carácter castigador ni punitivo. Solo implica la obligación de reintegrar a la víctima a su situación anterior en la medida de lo

⁴⁵² Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

posible.

No obstante, no deja de ser cierto que el daño resarcible presente en el CCCN, derivado de la responsabilidad civil, tiene muchos puntos coincidentes o semejantes a la responsabilidad penal, ahora también se puede encontrar la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad civil, muestra de esto, se encuentra en el art. 1742, donde se insta legalmente la atenuación de la responsabilidad, en este caso, civil. Para ello “el juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable, o sea, en caso de que el determinado responsable haya actuado maliciosa o dolosamente”.⁴⁵³

El art. 1743 establece “la dispensa anticipada de la responsabilidad, aduciendo que son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder, refiriéndose únicamente a que las eximentes establecidas en ley, una vez encuadradas en los hechos dejarían de eximir, o no tendrían efectos de eximentes si su naturaleza es contraria a derecho en sí misma”.⁴⁵⁴

Tal y como se hace preciso para poder dejar establecida la responsabilidad penal, aquí en la responsabilidad civil por daño, también es necesario que la ocurrencia del daño, así como, la atribución de responsabilidad al supuestamente responsable quede eficientemente demostrada a través de los medios probatorios concebidos por la ley en ese caso, esto queda instituido en el art. 1744, cuando dice

⁴⁵³ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

⁴⁵⁴ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

que, “el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos, dejando la excepción que dispensa la necesidad de probar en la notoriedad del daño mismo”.⁴⁵⁵

En el supuesto de hecho de que el daño causado sea el fallecimiento de la víctima, entonces el art. 1745, se pronuncia de modo claro, estableciendo “la indemnización por muerte, que debe consistir en: a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal; b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes; c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido”.⁴⁵⁶

En caso de lesiones o incapacidad la indemnización procedente sería en estos términos: 1746.- “Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización

⁴⁵⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

⁴⁵⁶ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado”.⁴⁵⁷

En la Sección quinta, del CCCN, obran las distintas modalidades de responsabilidad por daños, es así como habla primero de Responsabilidad directa en el art. 1749, y refiere que será responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión. Prevé así mismo los daños causados por actos involuntarios. El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742. “El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza. (art. 1750) “⁴⁵⁸, mientras que en el art. 1751, se establece “la pluralidad de responsables, para el caso de que, si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes”.⁴⁵⁹

La atención se desborda cuando se aprecia la figura del encubridor, propia del Derecho Penal, en el Derecho Civil argentino, estimando la posibilidad legal de” exigirle responsabilidad civil, también a esta figura, como un cooperador en la provocación del resultado dañoso (art. 1752) y que igualmente sustenta las bases del posterior pronunciamiento de una pena en la vía civil”.⁴⁶⁰

Y luego, llegada la Sección sexta, se aprecia la responsabilidad por el hecho, de terceras personas, cuando en el art. 1753, habla de” responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, aclarando que, el principal responde objetivamente

⁴⁵⁷ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

⁴⁵⁸ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014

⁴⁵⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014

⁴⁶⁰ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014

por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente, aspecto que tiene grandes similitudes con la institución de responsables civiles subsidiarios ya analizada en los daños punitivos, que abarca incluso el art.1754, acerca de la responsabilidad por los hechos dañosos cometidos por los hijos, los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos”.⁴⁶¹

Esta responsabilidad de los padres, como responsables subsidiarios, puede cesar y queda descrito así,” la responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos. (art. 1755)”.⁴⁶²

Dicha responsabilidad subsidiaria puede extenderse a otras personas, tal y como plantea el art. 1756, cuando habla de otras personas encargadas:” Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño;

⁴⁶¹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

⁴⁶² Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control".⁴⁶³

El art. 1710 del nuevo Código, que reproduce casi textualmente el art. 1585 del Proyecto de Código Civil de 1998, dispone: "Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo". Los Fundamentos del Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo expresan: "La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este Anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento, pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la 'tragedia de los bienes comunes', ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos".⁴⁶⁴

⁴⁶³ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

⁴⁶⁴ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Sancionada: octubre 1 de 2014, Promulgada: octubre 7 de 2014.

3.9.2 ¿Por qué la fijación de la responsabilidad civil vigente actualmente en el modelo romano-germánico, no tiene carácter sancionador?

Es común encontrar que los sistemas de derecho cuyo modelo se adhiere al romano-germánico, se advierte un rechazo casi general acerca de la aplicación y existencia de los daños punitivos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, este rechazo se debe sobre todo a la necesidad de un margen conceptual delimitado y proveniente de una norma escrita, proveniente esto del origen propio del sistema romano-germánico o civil law, que no puede concebir que una idea genérica se desprenda del solo poder de la jurisprudencia, sino que requiere que dicha idea genérica se desprenda de una ley por demás vigente. Otro aspecto descansa en que la diferencia existente entre el derecho público y el derecho privado, establecida ya expresamente en el propio Código de Justiniano, es más marcada que en el *common law*, otros autores plantean que no genera seguridad o certidumbre esta figura legal y en otros casos se esgrime el argumento de que existe con la figura de daños punitivos un enriquecimiento sin causa justificada, pero ante este rechazo, existen una serie de argumentos que igualmente incitan a que sea implementado y usado en el modelo existente en Europa y Latinoamérica. Para el análisis de tal manifestación estaremos planteando posiciones de importantes juristas.

Es el caso, por ejemplo, del alemán Friedrich Carl Von Savigny, que no dudaba en indicar que, "los ilícitos delictuales en el derecho privado servían no solo para compensar el daño causado, sino también para retribuir en orden a «prevenir» y «reformular»".⁴⁶⁵

Mientras que, "el *European Group on Tort Law*, actualmente ha establecido

⁴⁶⁵ Ver a Savigny, Friedrich, en Iturbide, Gabriela, "El Daño Resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en D P I Diario, p. 2.

principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, entre los cuales no se refiere a los daños punitivos como institución del derecho, pero, no obstante, partiendo de la prevención como un principio general, y atento a la propia función preventiva de los daños punitivos de dichas directivas, se alude en múltiples ocasiones a la cara animada por la prevención que posee la responsabilidad civil. Por tanto, dichos principios tampoco son incompatibles con la esencia y naturaleza de los daños punitivos”.⁴⁶⁶

La función punitiva, retributiva o castigadora de la pena es inseparable de la preventiva, acorde a una fusión de ambas teorías sobre la función y la finalidad de la pena vigente en la actualidad.

Ahora bien, la pregunta sería, - ¿Se percibe esto en el Derecho Civil?, la respuesta es: - Sí, se percibe, y es que, es justamente la naturaleza de la institución jurídica de los daños punitivos, muy clara y definida en el derecho anglosajón, pero que aún encuentra resistencia en los sistemas de derecho romano germánico, lo que se ha detectado en jueces y abogados de países como Chile, Francia, Alemania, Brasil y Argentina, por citar algunos ejemplos.

Además, “ante la falta de profundización en determinados conceptos valorativos y extensiones cuantitativas, no es fácil delimitar ciertas características que le pueden dar viabilidad a los mismos. Por ejemplo, la Corte de Casación italiana, en un reciente pronunciamiento en donde rechaza la aplicación de los daños punitivos por la fundamental razón de contrariar su orden público y derecho interno, afirma que a la responsabilidad civil se le asigna la tarea de restaurar la posición de la persona que ha sufrido un perjuicio, a través del pago de una suma de dinero que tiende a eliminar las consecuencias de los daños causados”.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Iturbide, Gabriela, “El Daño Resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en D P I Diario, pp. 1 y ss.

⁴⁶⁷ Iturbide, Gabriela, “El Daño Resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en D P I Diario, pp. 1 y ss.

Debe compararse lo siguiente: “una cosa es detectar una conducta susceptible de daños punitivos y aplicar dicho instituto, y otra cosa distinta es discutir el destino que corresponda otorgarse luego, a la cuantía de ese daño punitivo previamente valorado. Razón por la cual, teniendo ahora presente esa delimitación, el argumento en contra de la figura por entender que daría lugar a la existencia de enriquecimiento sin causa fuente, no es atendible hoy para rechazar la aplicación de los daños punitivos. La política legislativa del destino de los daños punitivos y su relación con los fines que se quieren alcanzar, al respecto, si bien es opinable cuál es el mejor destino que merece esta sanción, creemos que, al decir del reconocido profesor Aciarri, «al menos una parte importante»,⁴⁶⁸ “debe concederse a la víctima. Detectar conductas susceptibles de daños punitivos, en muchos casos es una ardua tarea que requiere de incentivos suficientes, so riesgo de impedir su efectividad. Pues ¿qué víctima y letrado invertiría tanto esfuerzo en detectar un ilícito si luego el destino va a parar a otro lado? Este despliegue investigativo y probatorio, evidentemente, requiere como contrapartida recibir un plus por la actuación exitosa en prevenir la producción o reiteración de conductas susceptibles de daños punitivos”.⁴⁶⁹

Otro elemento a tener en cuenta es el factor de atribución necesario, pues hoy los daños punitivos requieren de una conducta reprochablemente grave (dolo o culpa grave). Afirmación que por otro lado no debe confundirse con su posibilidad de aplicación ante factores de atribución objetivos.

En la jurisprudencia latinoamericana y específicamente en la argentina, se constata la ausencia de casos prácticos en los que se refleje el instituto de daños punitivos, y se ofrece un concepto limitado del mismo, en consecuencia, es aconsejable ampliar el concepto de daños punitivos, proponiendo comenzar por su conceptualización que bien podría establecerse sobre los siguientes puntos, y es

⁴⁶⁸ Iturbide, Gabriela, “El Daño Resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en D P I Diario, pp. 1 y ss.

⁴⁶⁹ Iturbide, Gabriela, “El Daño Resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en D P I Diario, pp. 1 y ss.

que, los daños punitivos son sanciones civiles que van más allá de la reparación misma de los daños causados y que son susceptibles de ser resarcidos, y se le imponen en forma de castigo o sanción al demandado y determinado responsable de los daños, con la finalidad de prevenir tanto en el responsable, como en el resto de las personas, que incurran nuevamente, en conductas similares.

Además, se precisa aceptar y argumentar legalmente la relación con otras disciplinas del derecho que sustenta a este instituto de los daños punitivos, y, por último, crear en la norma conductas claras capaces de definir o describir cuales conductas de la realidad encuadrarían en la calificación legal de daños punitivos, es decir, crear tipos civiles dentro el Derecho Civil, tal y como existen los tipos penales en materia penal, ¿o no?

3.10. La pena y la voluntad estatal.

Ya hemos dicho que el concepto de culpabilidad ha estado presente en el derecho canónico y en el derecho estatutario y tanto uno como otro, han aportado mucho a la concepción espiritual del derecho de castigar, también se puede encontrar a la culpabilidad como elemento estructural presente en el concepto de delito, según varias teorías, y está presente también como principio limitador al Derecho Penal subjetivo o *ius puniendi*, pero además, podemos encontrarla como la forma o manifestación en que se plantea una conducta con respecto a si la modalidad de responsabilidad en un delito se manifiesta por dolo o por culpa, según sea su concepción en diferentes ordenamientos jurídico-penales.

En palabras de Francisco Muñoz Conde, “existe un sistema dualista que considera que la culpabilidad va de la mano del concepto de peligrosidad, la primera sustentaría la imposición de la pena y la segunda sustentaría la imposición de medidas de seguridad, precisamente es esto lo que sucede con la distinción ya clásica entre pena y medida, entre retribución y prevención, entre culpabilidad y peligrosidad, que sirve de base al sistema dualista vigente en muchos

ordenamientos jurídicos. Durante mucho tiempo se ha creído que esta sutil distinción, producto de una elaboración conceptual bastante acabada de la materia jurídica, era la única forma de salvar la contradicción existente entre un Derecho Penal retributivo destinado a compensar la culpabilidad y un Derecho Penal preventivo destinado a proteger los intereses teóricamente más importantes y fundamentales de una convivencia pacíficamente organizada. Sin embargo, la distinción, que tanto trabajo había costado realizar, se muestra en la práctica como una fórmula ambigua, vacía de contenido, que no consigue explicar con suficiente claridad la auténtica función que cumple el Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico y en el actual contexto de los demás sistemas de control social”.⁴⁷⁰

“Resulta una obviedad que para hablar del contenido de la culpabilidad es preciso hablar de la imputabilidad, que viene a ser un presupuesto para su determinación y que tiene que ver con que el autor goce de un estado psíquico que le permita conducirse y determinarse según las normas de la conducta social, parafraseando a Liszt”.⁴⁷¹

Este presupuesto depende de ser capaz psicológicamente y esta capacidad depende de un estado de salud mental plena y de la mayoría de edad alcanzada. Sin embargo, junto a la imputabilidad, Liszt, “coloca al dolo y la culpa, y aquí se podría ver una versión del contenido material de la culpabilidad. Siendo el dolo el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias de hecho, al cual pertenecen como elementos constitutivos, la representación del hecho y el conocimiento de su significación antisocial”.⁴⁷²

“La culpabilidad está muy relacionada con la teoría de la pena, pues para imponer una pena en materia penal, no basta con que exista un acto típico y antijurídico, a decir de Frías Caballero, en su libro, “Teoría del delito”, la pena exige como presupuestos predominantemente objetivos no solo un comportamiento típico

⁴⁷⁰ Muñoz, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.59.

⁴⁷¹ Liszt, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1916, p. 377.

⁴⁷² Liszt, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1916, p. 377.

antijurídico, esto es, requisitos o presupuestos situados en el mundo externo, sino a la vez un comportamiento o acto interior realizado en el alma del autor. Este comportamiento consistente en la intervención anímica o espiritual del autor en su acto (en lo que hace u omite) y que ha de ser reprochable (susceptible de reproche desde el punto de vista de las valoraciones jurídicas) es básicamente, la culpabilidad”.⁴⁷³

3.11. Posturas filosóficas en torno a la pena.

¿Qué es el castigo?

Dice el diccionario de la Real Academia española que es considerado como tal, la pena que se impone a quien ha cometido un delito o falta, y la palabra pena, la deja definida como el castigo impuesto por una autoridad superior legítima a quien ha cometido un delito o falta, así que resulta una obviedad que entendamos pena y castigo como sinónimos, pero ¿cuáles son los aspectos que caracterizan la pena o castigo para poder ser identificados?, en ese caso, es preciso invocar a Flew, quien enumera rasgos definitorios del castigo:

- “Tiene que ser algo malo o no placentero para la persona que lo sufre
- Tiene que ser infligido con motivo de una ofensa
- Tiene que ser infligido al ofensor
- Tiene que ser el resultado de una acción humana y,
- Tiene que ser impuesto por alguien con autoridad conferida por la institución en contra de cuyas normas o reglas se ha cometido la ofensa”.⁴⁷⁴

La claridad es una cualidad notoria de esta definición de Flew, sin embargo, aun cabe preguntarse, - ¿Qué quiere decir Flew, con el término ofensa?, - ¿Qué

⁴⁷³ Frías, Jorge, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, p. 353.

⁴⁷⁴ Flew, Antony, *La filosofía de la justificación del castigo*, Londres, C.W.K. Mundle, 1954., pp. 83/87.

dimensión debe alcanzar dicha ofensa?, - ¿Qué rama del derecho se ocupará de tratar dicha ofensa? y, - ¿Cómo podremos determinar que en efecto estamos ante una ofensa que merece un castigo o pena?

Hart, resulta ser otro filósofo que ofrece una definición estándar del castigo, pero que excepto algunas especificidades como, por ejemplo, decir que, “el castigo debe implicar dolor u otras consecuencias no placenteras para el ofensor”⁴⁷⁵, esboza ciertamente las mismas características que Flew, por ende, se derivan de su planteamiento iguales interrogantes a las ya planteadas.

En otro aspecto, llama la atención por su prolijidad la aproximación a tantos términos de la lengua española que podemos relacionar a castigo y que hace en su obra: “La justificación moral del castigo”, Eduardo Rabossi, relacionando la palabra castigo con palabras como: ofensa, crimen, delito, daño, pena, sanción, desaprobación, reproche, censura, autoridad, condena, reparación, compensación, conmutación, atenuación, reformación, perdón...entre otras y vincula al ofensor sujeto del castigo con palabras como: culpa, merecimiento, sufrimiento, responsabilidad, conciencia, voluntad, intención negligencia, temeridad, venganza, e incluso con inocencia,⁴⁷⁶ entre otras, y advertimos tras la lectura de dicha disertación que todas son aplicables por el Derecho Penal en torno a la ofensa, al ofensor y al castigo o pena misma.

De ahí que entendamos responder las interrogantes antes planteadas, y es que el Derecho Penal se encarga de estudiar todas estas palabras, pero en la categoría de instituciones jurídicas que conforman el contenido precisamente, del Derecho Penal sustantivo, y que, por ende, es la materia o rama del derecho encargada del castigo, definido en nuestros días como pena o sanción penal. El Derecho Penal es además la rama del derecho que en manos del Estado se convierte en un instrumento de control social, función de la que emana la necesidad

⁴⁷⁵ Hart, Lionel, *Castigo y responsabilidad, Ensayos en la filosofía del derecho*, Oxford, Oxford, University Press, 2008, pp. 25 y ss.

⁴⁷⁶ Rabossi, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, s/f. pp. 78 y 79.

de prevenir el delito y la facultad de castigar a su responsable, que sería el ofensor, en caso de que éste ocurra, por ende, la ofensa sería el delito y para entender cuándo esta ofensa amerita un castigo penal, sería necesario que esa ofensa se considere delictiva y para ello, encontramos la explicación a partir de las diferentes concepciones de los elementos de la estructura del delito, con la concurrencia de los cuales, podemos aseverar que estamos o no, frente a un delito.

En consecuencia, podríamos definir los rasgos del castigo hoy, como rasgos que definen la pena y estos adaptados a las circunstancias actuales dentro del Derecho Penal, serían:

- La pena tiene que constituir una restricción o privación de determinados derechos a la persona que resulte sancionada, restricción que debe ser proporcional al daño y peligro causado.
- Tiene que ser impuesta con motivo o en respuesta de que esa persona haya sido previamente determinada como culpable y responsable penalmente por un delito.
- Solo puede ser impuesta al culpable del delito, nunca será transferida o transmitida su responsabilidad penal a otros bajo ningún concepto.
- La pena, tanto como el delito de cuya comisión deviene, tiene que, previamente estar prevista en ley, o sea, esa ley ha de tener vigencia con anterioridad a la comisión del delito, y debe además haber sido diseñada y concebida por el órgano legislativo correspondiente.
- La pena debe además ser impuesta por la persona que posea la autoridad conferida por el Estado, para juzgar delitos, fijar responsabilidad penal e imponer penas.
- El juzgamiento y finalmente la imposición de la pena debe seguirse a

través de un proceso o procedimiento que también debe constar en ley previa y que de principio a fin debe respetar los derechos y garantías conferidos al procesado y potencialmente sancionado.

La unión de todos estos rasgos en un párrafo podría mostrarse como un concepto actual del castigo o la pena en el Derecho Penal, ahora bien, es preciso definir someramente qué es la culpabilidad para poder dejar claro el vínculo entre las categorías jurídicas que conforman el título de este trabajo.

Y es que, hoy, la culpabilidad es considerada como el único elemento subjetivo, dentro de los elementos que conforman la estructura y concepto de delito, o sea, siendo el delito la conducta típica, antijurídica y culpable que tiene prevista una sanción.

No cabe dudas de que la conducta delictiva es precisamente una conducta humana, que puede llevarse a cabo por acción o por omisión, de modo doloso, culposo o preterintencional y que estos y el resto de sus elementos deben estar descritos en la norma y ello equivale a decir que estén descritos todos estos aspectos de modo que logren encuadrar en cada uno de los elementos normativos que exige cada tipo penal concreto, eso precisamente es la tipicidad y conlleva a que sea imprescindible en la estructura del delito su presencia elemento y de hecho, es este elemento el que nos permite identificar el tipo penal de forma indubitada. Por ende, la conducta delictiva ha de ser típica, y el hecho de que falte alguno de los elementos normativos conllevaría a estar ante la atipicidad de una conducta, o, dicho de otro modo, estaríamos ante una conducta atípica, esencialmente porque carece de tipicidad.

Lo siguiente es percatarnos de que si es típica esa conducta, entonces hay un bien jurídico dañado o puesto en peligro y ese bien jurídico debe estar protegido en la norma penal en cuestión, porque hay un tipo penal en la norma que describe esa conducta, por ende, estaríamos ante una conducta antijurídica, contraria a derecho, contraria a la norma, salvo que la persona en cuestión esté justificada para

haber actuado así, que vendrían a ser las eximentes de la responsabilidad penal por la concurrencia de alguna causa de justificación, o causas que excluyen la antijuridicidad, ante ellas, deja de ser antijurídica la conducta, por haberse actuado justificadamente y por ende, si falta la antijuridicidad dejaría de ser considerada delictiva esa conducta. La tipicidad y la antijuridicidad van de la mano, al punto que entiendo que una conducta puede ser típica y puede no ser antijurídica, sin embargo, para que una conducta sea antijurídica primero tiene que ser típica. Opinamos como acertado que ambos sean considerados elementos objetivos dentro de la estructura del delito.

También dentro del concepto, encontramos acorde a las diferentes escuelas y teorías, al elemento culpabilidad, que vendría a ser el único elemento subjetivo dentro de la estructura del delito. Pero si vamos a hablar de culpabilidad entonces creo oportuno comenzar por algunas concepciones psicológicas de esta.

Liszt, por ejemplo, “aduce que no basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente (causalidad material), sino que también debe darse subjetivamente el nexo en la culpabilidad del autor”.⁴⁷⁷

En este mismo sentido se encamina Merkel, que “la reduce a elementos psicológicos-descriptivos, y dice que la culpabilidad psicológica proviene de la formulación naturalista de Von Buri, quien distinguía entre relación de causalidad y relación de culpabilidad, definiendo a esta última como aquella relación de voluntad que media entre la acción y el resultado”.⁴⁷⁸

Gonzalo D. Fernández, a su vez, dice que “es notoria la disociación de los componentes subjetivos entre el querer del acto y el querer del resultado

⁴⁷⁷ Liszt, Franz Von, Tratado de Derecho Penal. Traducción de La 20. Ed. Alemana, por Jiménez de Asúa, t. II. Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1916. p. 375.

⁴⁷⁸ Merkel, Adolf. *Derecho penal: parte general*. t.I., Buenos Aires, Argentina. B de F, 2004, p. 5.

examinados en dos categorías sistemáticas diferentes”.⁴⁷⁹

Radbruch, a su vez, dice que “la culpabilidad comprende solo el contenido de la voluntad, (relación psicológica con el resultado), separado del impulso de voluntad (voluntariedad del acto), que se asienta bajo la égida de la acción”.⁴⁸⁰

“En cuanto al contenido de la culpabilidad es preciso hablar de la imputabilidad, que viene a ser un presupuesto para su determinación y que tiene que ver con que el autor goce de un estado psíquico que le permita conducirse y determinarse según las normas de la conducta social, parafraseando a Liszt”.⁴⁸¹

“Este presupuesto depende de ser capaz psicológicamente y esta capacidad la otorgan un estado de salud mental plena y de mayoría de edad alcanzada. Sin embargo, junto a la imputabilidad, Liszt, coloca al dolo y la culpa, y aquí se podría ver una versión del contenido material de la culpabilidad. Siendo el dolo el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias de hecho, al cual pertenecen como elementos constitutivos, la representación del hecho y el conocimiento de su significación antisocial”.⁴⁸²

Según Mezger, y según su teoría compleja de la culpabilidad, “esta es un concepto complejo que implica una situación de hecho y a la vez un juicio de valor, sobre la situación de hecho de la culpabilidad, y afirma que, la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, la acción aparece por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente.....la culpabilidad jurídico penal es, ante todo, una determinada situación de hecho, de

⁴⁷⁹ Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004.

⁴⁸⁰ Radbruch, Gustav, Sobre el concepto de Culpa, t. 24, ZStW, 1904, p. 335

⁴⁸¹ Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Traducido por Jiménez de Asúa, t. II. Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1916. p. 377.

⁴⁸² Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, traducido por Jiménez de Asúa, t. II. Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1916. p. 377.

ordinario psicológica, en la que se concreta el reproche contra el autor. En tal sentido, la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos de hecho, de la pena situados en la persona del autor, que permiten que su acción pueda serle personalmente reprochada”, y agrega que, “sin embargo, la culpabilidad es, al mismo tiempo y siempre, un juicio valorativo sobre la situación de hecho de la culpabilidad, (la llamada concepción normativa de la culpabilidad)”.⁴⁸³

Romagnosi, sostiene que, “cuando un agente sensible y libre, produce consciente y libremente un acto externo, ello importa tanto como realizar un proyecto imaginado, una volición precedente; y luego distingue entre los grados de ejecución maliciosa, dígame dolo culpable, y la hipótesis del caso fortuito no atribuible, definiendo la responsabilidad penal como una cuestión eminentemente jurídica basada en el denominador común, de la imputabilidad moral”.⁴⁸⁴

Carrara por su parte, y, a través de la teoría de las fuerzas del delito “explica de modo bímembre al ilícito, equiparando la moralidad de la acción a la fuerza moral subjetiva y de ahí construye el concepto de intención, mediante el concurso de inteligencia y voluntad y separa el dolo de la culpa”.⁴⁸⁵

“La Escuela Penal Clásica en consonancia con los principios del Derecho Penal liberal y sobre todo el *nullum crimen sine culpa*, asentó la responsabilidad criminal sobre la base del libre albedrío, reconociéndole como presupuesto la imputabilidad moral del hombre”.⁴⁸⁶

“Como expresión antagónica de esta posición clásica, encontramos la Escuela Positivista que desarrolla un concepto de mera imputabilidad legal y de

⁴⁸³ Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, p. 9.

⁴⁸⁴ Romagnosi, Giandomenico, *Génesis del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1956, p. 231

⁴⁸⁵ Carrara, Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General. t I. San José, Tipografía Nacional, 1889, pp. 71, 73 y 81.

⁴⁸⁶ Ver a Ferri, Enrico, Los delincuentes en el arte, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1899, p. 40.

responsabilidad social, que se arma en torno a la peligrosidad criminal, que aparece fundado en razones de estricta defensa social".⁴⁸⁷

⁴⁸⁷ Hernández, Florybeth, "La imputabilidad e inimputabilidad desde el punto de vista médico legal", en Revista medicina Legal De Costa Rica, On-line versión ISSN 2215-5287 Print versión ISSN 1409-0015 Med. leg. Costa Rica vol.32 n.2 Heredia Sep./Dec. 2015, pp. 3/10.

CAPÍTULO IV

**LA CULPABILIDAD EXCLUIDA
DE LA TEORÍA Y ESTRUCTURA
DEL DELITO Y CONSIDERADA
INDISPENSABLE COMO
PRESUPUESTO DE LA PENA**

Capítulo IV

LA CULPABILIDAD EXCLUIDA DE LA TEORÍA Y ESTRUCTURA DEL DELITO Y CONSIDERADA INDISPENSABLE COMO PRESUPUESTO DE LA PENA.

4. Nociones sobre la culpabilidad excluida de la Teoría y estructura del delito.

4.1 Responsabilidad penal, sus presupuestos y modalidades.

Para hablar de responsabilidad debemos en primer lugar conocer la esencia o significado de dicha palabra, comencemos por el Diccionario de la Real Academia Española, que lo define como:

“Cualidad de responsable, deuda, obligación de reparar, y satisfacer, por sí o por otra persona a consecuencia de un acto o de un delito, de una culpa o de otra causa legal. También se refiere a un cargo u obligación moral que resulta para alguien el posible yerro en cosa o asunto determinado. Es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para conocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”.⁴⁸⁸

Sin embargo, cuando vamos a hablar de responsabilidad penal estaríamos entonces hablando en primer lugar, de la capacidad de cada persona para asumir las consecuencias de sus acciones y omisiones, que previamente ha de ser imputable, o susceptible de asumir responsabilidad en el ámbito penal, a consecuencia de haber cometido un delito. La imputabilidad, por ende, es un presupuesto de la responsabilidad penal y previo a ella sería un presupuesto de la culpabilidad. En resumen, para poder determinar responsable a alguien por un delito, hay que declararlo previamente culpable del mismo y para ser declarado culpable, previamente, ha de haberse confirmado su imputabilidad o capacidad de

⁴⁸⁸ Real Academia Española, <https://dle.rae.es/?id=DglqVCc>, 2018.

atribuibilidad.

En ese juicio de atribuibilidad que hará el Juez en materia penal, este elabora dos sub-juicios: uno de imputabilidad; y otro, de culpabilidad. Por el primero, indaga si es que el autor del delito, cuya existencia se declaró anteriormente, es imputable, es decir, si es que, al momento de ejecutar el delito, estuvo en capacidad de entender la naturaleza de sus actos y de prever las consecuencias de los mismos. Si la respuesta es afirmativa, el Estado, a través del Juez, hace un juicio de desaprobación, pues, pudiendo el individuo cumplir con la norma jurídica, no lo hizo.

Pero la desaprobación no es suficiente. “Para que el autor del delito cuya existencia se comprobó anteriormente, pueda ser declarado responsable en lo penal, el Juez debe hacer un segundo sub-juicio: el de culpabilidad, por el cual se establece si es que el autor, que pudo cumplir con la norma jurídica debió hacerlo, por no existir causas suficientes que lo hubieren obligado a incumplir con el deber de respetar la norma. Si no existieron tales causas, entonces el Estado, a través del Juez, le hace el juicio de reproche, pues, debiendo el autor cumplir con la norma jurídica, no lo hizo”.⁴⁸⁹

“La reprochabilidad, pues, que el Estado hace al agente, significa que el autor actuó culpablemente de manera real, objetiva, en contra de la norma jurídica, pudiendo y debiendo haber actuado conforme a ella. Si actuó dolosa o culposamente no es problema de culpabilidad, pues en el juicio de desvalor sobre el acto es que se estableció si ese acto fue doloso o culposo. La culpabilidad queda así despojada de todo contenido subjetivo, al cual se lo traslada a su lugar correcto, esto es, al acto el que, como presupuesto del tipo, es el que determina si aquel fue

⁴⁸⁹ Hormazábal, Hernán, “Una Necesaria Revisión del Concepto de Culpabilidad, en Revista de Derecho Valdivia, v.18 n.2 Valdivia dic. 2005, diciembre 2005, versión On-line ISSN 0718-0950 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200008> Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - diciembre 2005, pp. 167/185.

doloso o culposo”.⁴⁹⁰

Dijimos anteriormente que, el juicio de atribuidibilidad para establecer la culpabilidad del autor debe tener como antecedente necesario la investigación sobre la tipicidad y antijuricidad del acto atribuido a un autor concreto. Sería ocioso entrar al análisis de la culpabilidad de una persona sin que, previamente:

“a) se hubiere comprobado conforme a derecho que el acto fue típicamente antijurídico; y,

b) que entre ese acto y el autor existe una relación o nexo causal, esto es, la responsabilidad simple. Cuando se ha concluido que el acto típicamente antijurídico existió y que el autor del mismo es imputable y culpable, entonces, podrá ser declarado "responsable" y, por ende, pasible de pena”.⁴⁹¹

Sobre la culpabilidad se han erigido varias teorías o posiciones, entre ellas:

“La concepción psicológica de la culpabilidad, la cual considera que es necesario advertir que existe un nexo subjetivo entre el acto y el autor dentro del marco del dolo y de la culpa. Se observó que en algunos casos el resultado injusto pudo ser previsto y querido por el agente; o, en otros casos, pudo haber sido previsto, aunque no querido por él”.⁴⁹²

Lo importante es destacar que el resultado antijurídico, aunque algunas veces

⁴⁹⁰ Hormazábal, Hernán, “Una Necesaria Revisión del Concepto de Culpabilidad, en Revista de Derecho Valdivia, v.18 n.2 Valdivia dic. 2005, diciembre 2005, versión On-line ISSN 0718-0950 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200008> Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - diciembre 2005, pp. 167/185.

⁴⁹¹ Zavala, Jorge, Reflexiones Penales Imputabilidad, Culpabilidad, Responsabilidad, https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1992/09/06_Reflexiones_Penales.pdf, 1992, pp. 10/30.

⁴⁹² Hormazábal, Hernán, “Una Necesaria Revisión del Concepto de Culpabilidad, en Revista de Derecho Valdivia, v.18 n.2 Valdivia dic. 2005, diciembre 2005, versión On-line ISSN 0718-0950 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200008> Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - diciembre 2005, pp. 167/185.

puede ser previsto, o puede ser previsible, aunque no querido, siempre existe voluntad para ejecutar el acto que provoca el resultado intolerable para el Estado.

De esa manera se arriba a la conclusión que el nexo del acto con el resultado puede ser doloso o culposo, según que actúe el querer en la voluntad, y la previsión o previsibilidad en la inteligencia.

Muchos pensamos que no es totalmente satisfactoria la posición de los psicólogos, pues dada la generalidad del enunciado evita asumir el objeto de la culpabilidad. Nadie discute que el menor de dieciséis años puede querer y prever un resultado cualquiera que sea injusto, sin que, por ello, sea culpable. También el que actúa en legítima defensa de su persona puede prever y querer el resultado generalmente injusto, pero, sin embargo, no es culpable. En el primer caso, existe delito, pero no autor; en el segundo, no existe ni delito ni autor.

Pero es que, “a la culpabilidad no le basta que haya una relación psicológica entre acto y autor, que sea la fuente de un resultado que se quiso, o no se quiso; que se previó, o que pudo preverse. Y no le basta porque, necesariamente, ese nexo debe ponerse en relación con una norma, la norma que impone el deber de actuar en tal o cual sentido. De esa manera surge la contrariedad entre la voluntad que emana de la norma jurídica y la voluntad del agente que la incumple. Si se declara culpable al que mata intencionalmente es porque contrario un mandato jurídico que le imponía como obligación actuar de distinta manera a la que actuó”.

493

“En lo expuesto es que radica el verdadero mérito de Reinhard Frank, cuando en su monografía editada en 1907 (*Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*), y el de James Goldschmidt (*La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, 1908) llamaron la atención al hecho de que la voluntad del que transgrede la norma jurídica es una voluntad que no debía ser, o como bien dice

⁴⁹³ Reinhard, Frank, *Sobre la construcción del concepto de culpa*, Giessen, Verlag de J. Ricker, 1907, pp. 251 y ss.

Bettioli, "no es tanto voluntariedad del ilícito, como voluntad ilícita".⁴⁹⁴

Goldschmidt afirma que, "al lado de cada norma de derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior"; y más adelante prosigue diciendo: "La norma de deber es una norma de lucha. Así como sólo se puede calificar de eficaz la actividad de un superintendente de diques, si mantiene los diques a pesar de la alta marea, y de ineficaz si ellos se rompen; de la misma manera, la norma de deber sólo es observada si el motivo del deber se ha mantenido contra los motivos que se le han opuesto, y sólo se ha violado si ha sucumbido. Pero él sucumbe solamente cuando se ha realizado una actuación de voluntad contraria al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico". Por lo tanto, sólo las personas imputables pueden ser objeto de reproche, pues si bien es verdad que el inimputable, al adecuar su conducta a un tipo penal ha ejecutado un delito, no se puede reprochar al autor como culpable por lo que ha ejecutado. De allí es que se mantenga el criterio que la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad".⁴⁹⁵

Dice Mezger que "la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente. "En tal sentido, la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser castigado, no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochable".

496

Mezger es partidario de la concepción normativa de la culpabilidad, y plantea

⁴⁹⁴ Reinhard, Frank, *Sobre la construcción del concepto de culpa*, Giessen, Verlag de J. Ricker, 1907, pp. 251 y ss.

⁴⁹⁵ Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducido por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Buenos Aires, De palma, 1943, p. 57 y ss.

⁴⁹⁶ Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 21 y ss.

que: "Puede parecer extraño a simple vista la idea de que la 'culpabilidad' de un hombre no deba radicar en su propia cabeza, sino 'en la cabeza de otros. Pero fijémonos en esto: el juicio por el que se afirma que el autor de una acción antijurídica y típica la ha cometido también 'culpablemente' se enlaza, en verdad, en una determinada situación fáctica de la culpabilidad que yace en el sujeto, pero valoriza a la vez esta situación considerándola como un proceso reprochable al agente. "⁴⁹⁷

De hecho, este autor alemán, no excluye que el agente se encuentre en situación o estado de culpabilidad ("la cual yace en el sujeto"), sino que hace presente que para que esa culpabilidad fundamente la pena, es necesario, que sobre ella recaiga un juicio valorativo que no puede ser hecho ni por el propio agente, ni por un tercero cualquiera, sino únicamente por el Juez. Y este pensamiento lo ratifica cuando posteriormente afirma: "La culpabilidad no es, por tanto, sólo la situación fáctica de la culpabilidad, sino esta situación fáctica como objeto de reproche de culpabilidad. En una palabra: culpabilidad es reprochabilidad." ⁴⁹⁸

Pero posteriormente Mezger varía su postura dogmática frente a la culpabilidad, particularmente al considerar a la "no exigibilidad" como una causa de exclusión de aquella, tanto "en el ámbito del dolo como en la de la culpa". Así se observa, en su antes citada obra (Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General) que dice: "No obstante, no se puede dejar de reconocer que una tal formulación general del concepto de la no exigibilidad encierra el peligro de una justificación excesivamente amplia de la acción típica y que, por lo tanto, así, él podrá ser evitado mejor." ⁴⁹⁹

Se adhiere al pensamiento de Schönke y Schröder, quienes "le niegan a la

⁴⁹⁷ Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 21 y ss.

⁴⁹⁸ Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 21 y ss.

⁴⁹⁹ Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 21 y ss.

exigibilidad la posibilidad de ser una causa de exclusión de la culpabilidad. ⁵⁰⁰

El penalista latinoamericano Sebastián Soler, analiza con claridad tanto el problema de la imputabilidad, como el de la culpabilidad. En efecto, comienza diciendo el maestro argentino que es imposible que se entre al estudio de la culpabilidad si antes no se han realizado dos exámenes previos, esto es, el de la antijuricidad y el de la "atribución física" del acto a una persona concretamente individualizada, "pues la culpabilidad comprende el estudio del contenido interno de un hecho que ya se ha declarado ilícito y del cual el sujeto es ya considerado autor".⁵⁰¹

"De las frases antes transcritas se establece de manera precisa el análisis que debe seguirse en el estudio dogmático del problema de la culpabilidad, como el proceso jurisdiccional que el juez penal debe desarrollar para lograr la declaración de responsabilidad del procesado. Primero, saber si el delito existió jurídicamente, esto es, si es que hubo un acto adecuado a un tipo y que, por no existir causa alguna de justificación, es antijurídico. Luego, atribuir, es decir, relacionar ese acto típico con una persona a quien se le atribuye el acto como su autora, persona que debe ser capaz, o sea, física y psíquicamente capaz para comprender y querer, luego de lo cual, de no existir causas que excluyan la culpabilidad, será reconocida culpable de la comisión del injusto que "ya" ha sido declarado tal con anterioridad, por lo que será responsable y merecedora de pena".⁵⁰²

Soler declara enfáticamente que, "la capacidad o imputabilidad del sujeto es un presupuesto subjetivo de la culpabilidad, así como la ilicitud vendría a ser su presupuesto objetivo".⁵⁰³

⁵⁰⁰ Schönke, Adolf y Schröder, Horst, Código penal comentado, Munchen, Beck, 1991, pp. 17 y ss.

⁵⁰¹ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1945, pp. 72 y ss.

⁵⁰² Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1945, pp. 72 y ss.

⁵⁰³ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1945, pp. 72 y ss.

Soler refuta seria y razonadamente las críticas que se han hecha a la escuela psicológica en el estudio de la culpabilidad, pues considera que son injustas desde el momento que a nadie se le puede ocurrir "que el contenido de ese estado subjetivo sea explicable como mera referencia psíquica a un hecho externo considerado como un hecho natural cualquiera".⁵⁰⁴

Habiendo afirmado anteriormente que la denominación de la teoría como psicológica "puede considerarse adecuada solamente en cuanto con ella se quiere señalar que la culpabilidad viene a ser la actividad psíquica del sujeto en el momento de la acción, con respecto al hecho que produjo; por lo que propone que más bien a la teoría se la llame "realista o subjetivista, pues no consiste en considerar la culpabilidad como una mera referencia psíquica a un hecho externo despojado de toda valoración, sino en una referencia que apunta a la criminalidad del acto, y esta calidad es siempre el resultado de una proyección valorativa que, como tal, presupone la existencia de normas, antes las cuales los hechos resultan ser lícitos o ilícitos".⁵⁰⁵

Su posición reúne elementos de la teoría psicologista y de la teoría normativa de la culpabilidad. Es por ello por lo que, Jiménez de Asúa expresa: "Parecería, en atención a uno de los párrafos subsiguientes, que Soler asume una postura sintética, como la que él mismo reconoce como modernamente impera en la doctrina, puesto que penetra 'en el concepto psicológico de la culpabilidad la exigencia de un elemento valorativo'; pero en verdad el penalista argentino Soler considera como 'incorrecta y artificiosa la distinción hecha sobre la base de psicologismo o normativismo, por cuanto considera que lo que caracteriza al psicologismo es el hecho de 'concebir la culpabilidad como algo real, subjetivamente existente en el individuo...pero consistiendo esa realidad en una referencia a la criminalidad del acto...', por lo que concluye afirmando que existe una valoración,

⁵⁰⁴ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1945, pp. 72 y ss.

⁵⁰⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, La culpabilidad*. t. V, Buenos Aires, Editorial Lozada S.A., 1956, pp. 123 y ss.

"es decir, un dato que en ningún caso es de naturaleza psíquica".⁵⁰⁶

Así mismo, "al referirse a la teoría normativa reconoce que, si se concibe la culpabilidad como un juicio, es manifiesto que la reprochabilidad estará apoyada en situaciones y hechos del sujeto (su imputabilidad, su intención, su imprudencia, su negligencia, las circunstancias en que obró) pero está determinada por una exigencia, cuyos variables son fijados en concreto por el juez".⁵⁰⁷

Reinhart Maurach, parte de la base de que el dolo se encuentra en el acto y, por ende, no pertenece a la culpabilidad, considera que es necesario observar que una vez que se ha establecido el juicio de desvalor sobre el acto se debe establecer la "responsabilidad por el acto", que posteriormente explicaremos".⁵⁰⁸

Y además opina que "unir ambas teorías de la culpabilidad, a decir, psicológica y normativa, tiende a confundir el tratamiento del problema".⁵⁰⁹

Es por ello, por lo que, Maurach al analizar la posición dogmática de Mezger, a quien cataloga como uno de los principales defensores del "concepto complejo de la culpabilidad", afirma: "El argumento decisivo y eficaz que cabe esgrimir en contra del criterio complejo, es el de su incapacidad para concebir a la culpabilidad como puro juicio de valor. Su vicio insoslayable estriba en el hecho de que mientras se aferra, por un lado, al elemento psicológico -en virtud de la admisión del dolo- pretende por otro -al configurar las restantes características de la culpabilidad- salvar el carácter de la misma como simple juicio de desvalor sobre el autor. Y luego advierte que a la culpabilidad no se la puede concebir mixtificada, pues, o es un

⁵⁰⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, La culpabilidad*. t. V, Buenos Aires, Editorial Lozada S.A, 1956, pp. 123 y ss.

⁵⁰⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, La culpabilidad*. t. V, Buenos Aires, Editorial Lozada S.A, 1956, pp. 123 y ss.

⁵⁰⁸ Maurach, Reinhart, *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Heinz Zipf, traducido de la Séptima Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, pp. 204 y ss.

⁵⁰⁹ Maurach, Reinhart, *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Heinz Zipf, traducido de la Séptima Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, pp. 204 y ss.

proceso psicológico que vive en el autor, o es un reproche, por lo que sólo podrá constituir "un juicio objetivo sobre el autor".⁵¹⁰

Es también opinión de Maurach "que los inimputables, como los imputables, tienen un determinado grado de responsabilidad, un determinado grado de tener que responder por el acto, expresa que no es suficiente que el autor haya ejecutado el acto típico para que se lo considere culpable, pues aún falta que les sea "atribuido personalmente", lo cual no constituye la culpabilidad, pues el inimputable, por su excepcional condición, no podía actuar en forma distinta de la que actuó. Pero aquellos que, como los inimputables, no se los puede hacer sujeto de culpabilidad, no por ello el Derecho Penal es indiferente frente a su conducta típica, pues les son aplicables medidas de seguridad y corrección".⁵¹¹

Y, considera que, "aquella persona que ejecuta un acto típico y antijurídico, sin tomar en cuenta su condición personal de imputable o inimputable, es responsable por el acto cometido por atribuírsele su ejecución. Pero esta "responsabilidad por el acto" no es culpabilidad; es simplemente, como se ha dicho, el establecimiento del nexo causal entre el acto y el autor; es el echar en cuenta del autor el acto cometido, sin que en dicha relación exista aún un reproche de culpabilidad".⁵¹²

Lo anterior lo explica el profesor teutón diciendo que "esta general base de responsabilidad, designada aquí con el nombre de atribuibilidad, debe contener un expreso juicio de desvalor sobre el autor; no precisa, sin embargo, gravar al sujeto con el reproche del personal poder actuar de modo distinto. De ahí resulta el

⁵¹⁰ Maurach, Reinhard, *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Heinz Zipf, traducido de la Séptima Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, pp. 204 y ss.

⁵¹¹ Maurach, Reinhard, *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Heinz Zipf, traducido de la Séptima Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, pp. 204 y ss.

⁵¹² Maurach, Reinhard, *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Heinz Zipf, traducido de la Séptima Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, pp. 204 y ss.

segundo objetivo a cumplir: la atribuibilidad -que, si bien se compone de las mismas características constitutivas del juicio valorativo designado por la teoría dominante con el nombre de 'culpabilidad', muestra una distinta distribución jerárquica de estas características- debe constituir un concepto vario y progresivo. La medida de atribuibilidad puede ser diversa. La simple observación de que el autor no ha cumplido las exigencias cuya observancia puede ser reclamada con carácter general y absoluto al término medio, si bien da lugar a la responsabilidad del sujeto por esta inobservancia, no origina, sin embargo, reproche, ni por lo tanto juicio de culpabilidad alguno". Y a renglón seguido concluye diciendo: "El juicio de culpabilidad se formulará hasta que conste que el autor podía personalmente actuar de modo distinto".⁵¹³

En resumen, Maurach hace una clara diferenciación entre "responsabilidad por el acto" (por haber cometido el acto típico y antijurídico) y la atribuibilidad y la culpabilidad.

En efecto, el acto típico y antijurídico puede ser cometido por cualquier persona, sin referencia alguna a su imputabilidad; a su vez, ese acto le es atribuido a su autor porque entre éste y aquel existe un nexo causal, sin que todavía importe si el autor es o no es imputable; finalmente, ese acto típico y antijurídico, atribuido a un autor concreto, se hará a éste el reproche respectivo, si del predicho autor se podía esperar "una conducta adecuada a la norma". Y, como se sabe, no de todos los hombres se puede "esperar" que ajusten su conducta a la norma jurídica, sino sólo de los imputables, por lo que el Estado únicamente puede hacer el juicio de reproche a éstos, pero no a aquellos. "La atribuibilidad únicamente pone de relieve que el acto 'debe ser atribuido (al autor) como suyo'. El modo como debe ser atribuido es cuestión distinta".⁵¹⁴

Giuseppe Maggiore, en relación con el problema de la culpabilidad, comienza

⁵¹³ Maurach, Reinhart, *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Heinz Zipf, traducido de la Séptima Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, pp. 204 y ss.

⁵¹⁴ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Editorial Temis, 1954, pp. 75/77.

afirmando que "culpabilidad es la desobediencia consciente y voluntaria -y de la cual uno está obligado a responder- a alguna ley. Y entiende por culpable al que, hallándose en las condiciones requeridas para obedecer a una ley, la quebranta consciente y voluntariamente".⁵¹⁵

Concluye diciendo que la culpabilidad tiene los elementos siguientes:

- “1) una ley;
- 2) una acción;
- 3) un contraste entre la acción y la ley;
- 4) el conocimiento de este contraste”.⁵¹⁶

Curioso resulta analizar que para Maggiore, la antijuricidad es elemento de la culpabilidad, lo cual se ve claramente cuando dice: "que la culpabilidad comprende en sí misma la acción y la antijuricidad, más un agregado, que es el conocimiento o conciencia de estas dos cosas. En otros términos: uno no es culpable si no ha obrado, aún más, sino por haber obrado (la culpabilidad no es un estado, status); uno no es culpable sino por haberse puesto en oposición a la ley. Pero esta doble situación objetiva debe integrarse, para que haya culpabilidad. con una nueva situación subjetiva: la conciencia o conocimiento de la acción y de la antijuricidad. “⁵¹⁷

Maggiore, luego de afirmar que "sin culpabilidad no hay delito"⁵¹⁸, expresa que, "para que pueda hablarse de delito es preciso que la simple imputabilidad se transforme en culpabilidad. Y esto acaece en virtud de un juicio de reprobación".⁵¹⁹

Y al preguntarse que quién es la persona que debe hacer ese juicio expresa

⁵¹⁵ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Editorial Temis, 1954, pp. 75/77.

⁵¹⁶ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Editorial Temis, 1954, pp. 75/77.

⁵¹⁷ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Editorial Temis, 1954, pp. 75/77.

⁵¹⁸ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Editorial Temis, 1954, pp. 75/77.

⁵¹⁹ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Editorial Temis, 1954, pp. 75/77.

que, "en ciertas ocasiones la hace el reo mismo, pero que no es suficiente el juicio elaborado por el "reo" para declararlo culpable, sino que "sólo cuenta el juicio de la sociedad, del Estado, que es la organización jurídica de aquella y, por último, el juez a quien se le ha delegado la facultad punitiva. Al juez pertenece, en última instancia, el juicio de culpabilidad. El, al evaluar el hecho, lo reprueba, es decir, lo declara un disvalor, y lo pone a cargo del reo, al pronunciar la condena de éste" (subraya el autor)".⁵²⁰

Por ende, este autor es otro defensor de la teoría mixta de la culpabilidad.

Pensamos que el profesor italiano exagera cuando en forma terminante expresa que "sin culpabilidad no hay delito", pues opinamos —como antes dijimos— que la culpabilidad no es elemento del delito y, por ende, sólo deja de existir éste cuando, o no hay acto, o no hay tipicidad, o no hay antijuricidad; es decir, cuando se manifiesta alguno de los aspectos negativos del acto, del tipo o de la antijuricidad. Pero si no existe culpabilidad, ésta no excluye al delito: excluye al autor. Aún más, inclusive el acto injusto del inimputable subsiste, pese a que no se lo puede considerar culpable de aquel injusto.

4.2 La imputación objetiva. Sus consecuencias dogmáticas.

Se habla de la imputación objetiva como una categoría complementaria del tipo objetivo, y uno de sus principales aportes y consecuencias dogmáticas, es que se ocupa de problemas centrales de la estructura general del delito, y es que, en efecto, la teoría de la imputación objetiva logra un tipo objetivo unitario para los delitos dolosos de resultado y para los delitos culposos.

Pero claro está que la imputación no es lo mismo que la imputabilidad, si bien la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad del cual depende poder fijar ésta, a alguien para quien, además de existir el nexo causal entre sus acciones u

⁵²⁰ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Editorial Temis, 1954, pp. 75/77.

omisiones, y el hecho delictivo, se requiere que tenga la aptitud para poder asumir las consecuencias de esas acciones u omisiones, por otro lado, la imputación objetiva tiene que ver con la atribución objetiva de un hecho delictivo a alguien, que, sin lugar a duda, tiene que ver con la culpabilidad como elemento estructural del delito directamente.

“La teoría de la imputación objetiva tiene como precedente la filosofía idealista del derecho cuyo máximo exponente es Hegel. En efecto, el objetivo del concepto de acción propuesto por Hegel y desarrollado por la escuela hegeliana del siglo XIX consistía en imputar al sujeto, de la multiplicidad de cursos causales, sólo aquellos que podían ser considerados como su obra”.⁵²¹

“Posteriormente en 1870, y en una época marcada por el auge del naturalismo penal, la idea de imputación personal por los hechos cometidos se trasladó a un segundo plano, pues se impuso el dogma del principio causal, es decir, sobre cuál fue la causa eficiente que provocó ese resultado delictivo”.⁵²²

En ese contexto, el análisis tuvo como eje principal determinar si el autor había causado la lesión al bien jurídico mediante una conducta corporal voluntaria en el sentido de la fórmula de la *conditio sine-qua-non*.

“El concepto causal de la teoría de la equivalencia de condiciones por su alcance ilimitado y su ineficacia para resolver algunos casos como la desviación del curso causal y la causalidad alternativa entre otros condujo a su abandono a inicios del siglo XX”.⁵²³

⁵²¹ Vélez, Giovanna, “La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs”, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf, 2008, pp. 1/9.

⁵²² Vélez, Giovanna, “La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs”, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf, 2008, pp. 1/9

⁵²³ Vélez, Giovanna, “La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs”, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf, 2008, pp. 1/9

Así, a partir de entonces se reconoció que el concepto causal ilimitado debía ser restringido al campo del tipo objetivo.

“En este orden de ideas, un primer paso para solucionar el problema dogmático que planteaba la equivalencia de condiciones fue la teoría de la condición adecuada, la cual sin embargo no dejaba de ser extensiva por la dificultad de determinar cuál era la condición relevante”.⁵²⁴

“La teoría de la imputación objetiva nace en 1970 cuando Roxin en el libro de Homenaje a Honig plantea su vinculación con el criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico”.⁵²⁵

4.2.1 Postura de Roxin con respecto a la Imputación objetiva y la postura de riesgo.

Claus Roxin, sintetiza la teoría de la imputación objetiva, del siguiente modo: “un resultado causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción: cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y, cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo”⁵²⁶

Se trata a juicio de Roxin, de que “la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido”.⁵²⁷

⁵²⁴ Vélez, Giovanna, “La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs”, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf, 2008, pp. 1/9

⁵²⁵ Vélez, Giovanna, “La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs”, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf, 2008, pp. 1/9

⁵²⁶ Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵²⁷ Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

Roxin quiso confrontar, a través de una perspectiva objetiva de la imputación, la incorporación del dolo al tipo del ilícito. El escribió que “la tarea de la dogmática consiste en la introducción de criterios de imputación generales y objetivos determinados normativamente”.⁵²⁸

Según la teoría de la imputación objetiva, la delimitación debe sujetarse a, si el resultado ocasionado ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido.

Roxin al comienzo de su exposición sobre la imputación objetiva, escribió que “debe aclararse como tiene que obtenerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado para que el resultado pueda imputarse a un sujeto del delito determinado como su acción”.⁵²⁹

Roxin señala que, “hay que comprobar que el resultado es la obra del autor. La teoría de la imputación objetiva se comprende con más precisión si ella es aplicada a una característica de la acción, a saber, el ser peligrosa con relación al resultado”.⁵³⁰

“En este sentido, si la causación del resultado concreto depende del azar y está fuera del dominio del autor, entonces no existirá desde un principio, una acción dirigida a causar el resultado”.⁵³¹

Por los demás, el punto de vista del dominio del suceso causal no es extraño a la dogmática jurídico penal. Por lo expuesto, Roxin propuso una serie de criterios normativos, cuyo denominador común está en el “principio de riesgo”, según el cual,

⁵²⁸ Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵²⁹ Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵³⁰ Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵³¹ Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

“partiendo del resultado, el tema estaba en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado”.⁵³²

Los criterios propuestos por Roxin para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado son los siguientes:

- a) “la disminución del riesgo constituye un criterio mediante el cual puede negarse la imputación objetiva en los casos de desviación de un resultado grave, que haya llevado a producir uno leve.
- b) la creación de un riesgo jurídicamente relevante; en este caso, donde el riesgo es penalmente relevante o no permitido (o creación de un riesgo prohibido), se procede a negar la imputación objetiva cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico.
- c) el incremento del riesgo permitido, este consiste en estos casos a proceder a negar la imputación objetiva cuando la conducta del autor no ha significado una elevación del riesgo permitido porque el resultado se hubiera producido igualmente, aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida.
- d) la esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma, este criterio permite solucionar aquellos casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que origina un resultado lesivo, éste no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma, es decir, si el resultado no era aquel que la norma quería evitar”.⁵³³

⁵³² Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵³³Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. 257

4.2.2 Postura normativista de Jakobs respecto a la imputación objetiva.

Para Jakobs “la teoría de la imputación objetiva cumple un papel fundamental que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuándo una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo”.⁵³⁴

La teoría de la imputación objetiva se divide para Jakobs en dos niveles:

“La calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y, la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado)”.⁵³⁵

En el primer nivel de la imputación objetiva, que es la imputación de comportamientos, Jakobs propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de establecerse el juicio de tipicidad:

- a) “El riesgo permitido: Parte de una definición claramente normativa del “riesgo”, desligada de probabilidades estadísticas de lesión. El riesgo permitido se define como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente status quo de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto de que, en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica; dicho de otro modo, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵³⁴ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Traducido por Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc., 2006, pp. 43/48.

⁵³⁵ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Traducido por Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc., 2006, pp. 43/48.

- b) Principio de confianza: Determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo de una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que, si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.

- c) Prohibición de regreso: Con ella pretende Jakobs enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. La prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamiento imprudentes, como dolosos, con base a criterios objetivo-normativos. De ese modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible.

- d) Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima: Mediante esta institución Jakobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. En este punto, la teoría de la imputación objetiva implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad.”⁵³⁶

Análisis de ambas posturas

Según los postulados de Roxin, uno de los problemas principales que plantea la teoría de la imputación objetiva, está dada por la presencia de elementos subjetivos en el tipo objetivo.

⁵³⁶ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Traducido por Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc., 2006, pp. 43/48.

Así, la crítica a la teoría de la imputación objetiva se basa en la premisa de que los tipos objetivos y subjetivos deben ser estrictamente diferenciados y que para esta diferenciación existen criterios unívocos.

En esta línea de pensamiento, un sector de la doctrina siguiendo criterios dogmáticos plantea que, cuando el autor ha realizado determinadas circunstancias fundamentadoras de riesgo con conocimiento y conscientemente, es posible afirmar que ha creado un riesgo no permitido y realizado el tipo objetivo de un homicidio, lesión, etc.

Según Roxin, “si la imputación al tipo objetivo depende de factores subjetivos, y el dolo solo tiene por objeto sucesos semejantes, que son imputables al tipo objetivo, entonces él debería forzosamente extenderse a los conocimientos especiales”.⁵³⁷

Roxin para hacer frente a estas críticas sostiene que “la teoría de la imputación objetiva y su dependencia de factores subjetivos desemboca en la problemática de la auto referencia del dolo”.⁵³⁸

Para Roxin “el dolo sólo se refiere a elementos del tipo, por tanto, exigir a un sujeto conocimientos especiales, es una exigencia externa a los elementos del tipo y que traería consigo la ampliación de la punibilidad, situación que sólo se puede evitar a través de una teoría de la imputación objetiva”.⁵³⁹

Por lo demás, el juicio sobre la novedad dogmática de contenidos de la conciencia relevantes para la imputación que no son ningún elemento del tipo es resuelto por Roxin de la siguiente manera: “lo que es presupuesto necesario de un

⁵³⁷ Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵³⁸ Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵³⁹Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

elemento del tipo debe también a su vez pertenecer al tipo”.⁵⁴⁰

Roxin para salvar el tema de la intención frente al resultado improbable sostiene que: “es indiscutible que el autor subjetivamente quería precisamente aquello que objetivamente ha causado”.⁵⁴¹

“Una punibilidad sería únicamente excluida a través de la negación de la imputación objetiva. Solo porque no juzgamos ya en el plano objetivo, una causación de muerte puramente accidental como matar a otro en sentido jurídico, un dolo referido a ella no es dolo de homicidio”.⁵⁴²

“La opinión todavía dominante cree que existen acciones que, a pesar del idéntico contenido de la representación deben ser adjudicadas en una zona, conforme diferenciaciones en los planos volitivos o emocionales. Roxin abre al curso causal concreto, un camino de regreso al dolo, a saber, la realización del plan”.⁵⁴³

“Ella debe ser la regla de valoración en la “imputación al dolo frente a desviaciones causales para la imputación al tipo subjetivo. Pero un curso causal solo puede ser generalmente registrado y definido como desviación cuando se lo compara con otro curso, del cual aquel se desvía”.⁵⁴⁴

4.3 La culpabilidad como presupuesto de la pena.

La pena que es precisamente en materia penal, la consecuencia legal que la

⁵⁴⁰Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵⁴¹Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵⁴²Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵⁴³Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

⁵⁴⁴ Roxin, Claus, “Problemas de la imputación objetiva”, en Revista de Derecho Penal 2010-2. Imputación, causalidad y ciencia-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 13/35.

norma penal anuncia como advertencia, e incluso, como amenaza, por la responsabilidad en cuanto a un delito, es la directa manifestación en nuestros días de la evolución del *ius puniendi* o facultad de castigar que ostenta el Estado.

En la actualidad y gracias a esa evolución que enunciamos, esa facultad está limitada generalmente por principios que forman parte de la dogmática jurídico penal, de forma tal, que ese poder punitivo está limitado, como está limitada la facultad de imponer penas.

El primero de esos límites en nuestro criterio lo constituye precisamente el principio de culpabilidad, en esta manifestación de la categoría culpabilidad dentro del Derecho Penal.

De hecho, la pena amerita ser legitimada, de ahí que, “la legitimación de la sanción penal se deriva de los fines que persigue en un Estado de derecho. Dicha legitimación debe abarcar tanto a la pena como a la medida de seguridad, y tener en cuenta que tanto la pena como la medida de seguridad se imponen a quien infringe una norma de conducta y, por tanto, a quien tiene capacidad para infringirla”.⁵⁴⁵

De aquí se desprende el razonamiento de que, para imponer cualquier sanción o medida de seguridad debe existir convicción tanto de la capacidad de culpabilidad como de la culpabilidad derivada en responsabilidad por un delito.

“De lo anterior se derivan consecuencias importantes para la sistemática de la teoría del delito. Una de ellas es que la diferencia sustancial entre los presupuestos de las penas y de las medidas de seguridad no radica en la capacidad o incapacidad de culpabilidad del sujeto a quien se le imponen —ya que ambos son culpables por el injusto cometido—, sino en la magnitud de dicha capacidad. Y esta crítica no es exclusiva frente a las medidas de seguridad, sino frente a la prevención

⁵⁴⁵ Mein, Ivan, “La pena: función y presupuestos”, en Revista PUCP, No. 71, 2013, pp. 141/167.

especial. De lege data es posible emplear estas ideas para restringir la aplicación de las medidas de seguridad a aquellos delitos que tengan prevista pena privativa de libertad”.⁵⁴⁶

“Aquí, partiendo de la vinculación entre derecho penal, derecho procesal y derecho de ejecución penal, se añade la necesidad de no perder de vista que si lo que se conoce como juicio de culpabilidad consiste en atribuir un hecho antijurídico a una persona —esto es, obligarla a hacerse cargo de su acto—, ello, en un Estado de derecho, solo puede tener lugar en el marco de un proceso penal. Fuera de él carece de objeto atribuir un hecho antijurídico y calificar de culpable a una persona. Esto tiene consecuencias trascendentales para la sistemática de la teoría del delito”.
547548

“Aquí y ahora interesa llamar la atención sobre que la imputabilidad, como categoría jurídico-penal, significa capacidad de injusto, y como ese injusto se atribuye en el proceso penal, imputabilidad es también capacidad suficiente de comprender el significado del proceso penal al cual se le somete al sujeto y en el cual se le atribuye el hecho antijurídico como hecho propio, a tal punto que se le impone una sanción por ello; una medida de seguridad como mínimo”.⁵⁴⁹

“Pero es que además la categoría «imputabilidad» debe abarcar la capacidad para asumir las consecuencias penales del injusto, lo que explica el tratamiento que se dispensa a los casos en que el sujeto imputable, al momento de cometer el injusto o ser procesado, cambia de estatus a inimputable. Inimputable, por tanto y, al

⁵⁴⁶ Mein, Ivan, “La pena: función y presupuestos”, en Revista PUCP, No. 71, 2013, pp. 141/167.

⁵⁴⁷ Hernández, Florybeth, “La imputabilidad e inimputabilidad desde el punto de vista médico legal”, en Revista medicina Legal de Costa Rica, On-line versión ISSN 2215-5287Print versión ISSN 1409-0015 Med. leg. Costa Rica vol.32 n.2 Heredia Sep./Dec. 2015, 2015, https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152015000200010, 2015, pp.4/10.

⁵⁴⁸ Hernández, Florybeth, “La imputabilidad e inimputabilidad desde el punto de vista médico legal”, en Revista medicina Legal de Costa Rica, On-line versión ISSN 2215-5287Print versión ISSN 1409-0015 Med. leg. Costa Rica vol.32 n.2 Heredia Sep./Dec. 2015, 2015, https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152015000200010, 2015, pp.4/10.

contrario, será aquel que no tiene, o no tiene todavía, o pierde cualquiera de esas capacidades”.⁵⁵⁰

“Nótese que se tiene por imputable a quien tiene capacidad de comprensión de la ilicitud de sus actos y capacidad de comportarse según dicha comprensión, e inimputable es quien no la tiene, con lo cual, al ser el objeto de imputación una capacidad referida solo al injusto, se pierde la oportunidad de legitimar el sometimiento del sujeto al proceso penal y a todo lo que ello conlleva (limitación o restricción de la libertad o del patrimonio mediante medidas cautelares). Piénsese tan solo en que el conocido como inimputable —y que aquí recibe el nombre de imputable— es conducido a un proceso de naturaleza penal y se le imponen consecuencias penales (medidas de seguridad)”.⁵⁵¹

“El término inimputable, lejos de perder vigencia, adquiere un sentido que aquí se considera más adecuado a los fines del derecho penal, del proceso penal, e incluso a la teoría de la determinación de la sanción”.⁵⁵²

Ha denunciado con razón Quintero Olivares que, “las reglas de la determinación de la pena sean solo aplicables a los culpables”.⁵⁵³

De hecho, si para ser responsable penalmente se requiere ser culpable y si para ser culpable, se requiere ser imputable, tanto mental, como legalmente, para

⁵⁵⁰ Hernández, Florybeth, “La imputabilidad e inimputabilidad desde el punto de vista médico legal”, en Revista medicina Legal de Costa Rica, On-line version ISSN 2215-5287Print version ISSN 1409-0015 Med. leg. Costa Rica vol.32 n.2 Heredia Sep./Dec. 2015, 2015, https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152015000200010, 2015, pp.4/10.

⁵⁵¹ Hernández, Florybeth, “La imputabilidad e inimputabilidad desde el punto de vista médico legal”, en Revista medicina Legal de Costa Rica, On-line version ISSN 2215-5287Print version ISSN 1409-0015 Med. leg. Costa Rica vol.32 n.2 Heredia Sep./Dec. 2015, 2015, https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152015000200010, 2015, pp.4/10.

⁵⁵² Hernández, Florybeth, “La imputabilidad e inimputabilidad desde el punto de vista médico legal”, en Revista medicina Legal de Costa Rica, On-line version ISSN 2215-5287Print version ISSN 1409-0015 Med. leg. Costa Rica vol.32 n.2 Heredia Sep./Dec. 2015, 2015, https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152015000200010, 2015, pp.4/10.

⁵⁵³ Quintero, Gonzalo, *Locos y culpables*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 43 y ss.

el Derecho Penal un inimputable será observado como quien observa caer la lluvia o cualquier otro evento natural que no podrá ser normado, regulado ni controlado.

Por ende, en nuestro criterio, el juicio de imputabilidad o de inimputabilidad más que ser un presupuesto del delito, es, un presupuesto de cualquier debate penal entre el sujeto y el Estado, que se extiende al proceso penal, y dentro de él, también a la imposición, determinación y ejecución de la pena.

Y decimos que se extiende hasta la ejecución de la pena, porque de haber sobrevenido la inimputabilidad en la fase de ejecución de la pena, y habiendo sido imputable al momento de la comisión del delito, e incluso, habiéndolo sido también, al momento de su juzgamiento, ya no cabría o no tendría sentido, la ejecución de la pena, porque no podrán cumplirse los fines de la pena en alguien que no tiene capacidad para comprenderlos.

Según estas consideraciones, el término culpabilidad, sería un presupuesto inobjetable para la imposición y determinación de la pena, más no para la existencia del delito.

4.4 La culpabilidad como sustento y fundamentación de la pena.

Si se observa al delito como acción culpable, cabe referirse a Beling quien “niega que se trate de un concepto sustantivo; se trata, más bien, de la sustantivización de una cualidad que la acción debe reunir para poder ser delito. Si la acción es una manifestación de la voluntad, y la tipicidad y la antijuridicidad son especializaciones de la manifestación de voluntad en el ámbito objetivo, la culpabilidad es una especialización de la manifestación de voluntad”.⁵⁵⁴

En relación con la teoría de la unidad y pluralidad de delitos, Beling atribuye

⁵⁵⁴ Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 13 y ss.

a la sustantivación del injusto el hecho de que aquélla se haya intentado fundamentar sobre la base de una supuesta unidad y pluralidad de injusto; en su opinión, en el caso de que esto fuera posible, sería algo de naturaleza adjetiva y, por lo tanto, no podría constituir el punto de partida para contar delitos”.⁵⁵⁵

Sobre la base de este planteamiento que vincula la culpabilidad al aspecto interno de la acción, Beling afirma que “el dolo y la imprudencia sólo pueden vincularse al núcleo de la voluntad de la acción, *sind nur an den Willenskern der Handlung anknüpfbar*. El carácter doloso y la imprudencia no son más que una determinada forma de la voluntad, y deben configurarse partiendo del vínculo entre la voluntad y la culpabilidad”.⁵⁵⁶

Esta la concibe Beling precisamente como el contenido reprochable de la voluntad o, en su caso, la ausencia reprochable de un determinado contenido de la voluntad”.⁵⁵⁷

“En definitiva, Beling considera que, así como el tipo y la antijuricidad otorgan un determinado contenido externo a la conducta, la culpabilidad le otorga un determinado contenido a la voluntad”.⁵⁵⁸

“Aunque con la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad se ha delimitado ya, la esencia del delito y una acción que reúna estas características es, según Beling, una acción merecedora de pena también es cierto que en el Derecho Penal vigente tales acciones no son siempre delito, pues las conminaciones penales concretas del Derecho positivo no se extienden a todas las acciones así configuradas. Hay acciones típicas, antijurídicas y culpables respecto de las cuales no se encuentra

⁵⁵⁵ Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 13 y ss.

⁵⁵⁶ Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 13 y ss.

⁵⁵⁷ Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 13 y ss.

⁵⁵⁸ Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 13 y ss.

en la ley ninguna conminación penal que se ajuste a ellas”.⁵⁵⁹

Desde cualquier enfoque, encontramos que, “la discusión referida a la existencia misma de la categoría culpabilidad en la definición del delito está íntimamente vinculada con la teoría retributiva de la pena”.⁵⁶⁰

De hecho, si analizamos detenidamente la finalidad de la pena, su visión y rol dentro del Derecho Penal, también sus funciones, nos percatamos de que la culpabilidad ocupa un lugar principal en la función retributiva de la pena, así se vislumbra en la posición de Schönemann desde una perspectiva histórica, dentro de lo que dicho autor denomina “derecho penal de retribución de la culpabilidad, en el que la función de la pena se halla únicamente en retribuir la culpabilidad que el autor ha cargado sobre sí al realizar el hecho punible, y en restablecer la justicia”.⁵⁶¹

“En todo caso dicha retribución implicaba también la proporcionalidad de la pena que en sí misma tenía que reflejar la medida de la culpabilidad. De esta manera el binomio "culpabilidad y pena" se constituiría en el derecho penal de "retribución de la culpabilidad" en una unidad indisoluble”.⁵⁶²

4.5 El retiro de la culpabilidad en el concepto del ilícito.

Ya hemos dejado sentado en este estudio que, hasta hace más de un siglo, el delito tenía un concepto unitario, sin embargo, a raíz del auge del resultado obtenido por las diferentes escuelas sobre el concepto de delito y su afán de estructurarlo, surge un concepto de delito basado en sus elementos estructurales. Para entonces, la culpabilidad solía confundirse con el injusto, y no se alcanzaba a distinguir entre infracción objetiva y reprochabilidad subjetiva, esta idea de

⁵⁵⁹ Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 13 y ss.

⁵⁶⁰ Hormazábal, Hernán, “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”, en Dialnet Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2, 2005, pp. 167/185.

⁵⁶¹ Schönemann, Bern, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 147/178.

⁵⁶² Hormazábal, Hernán, “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”, en Dialnet Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2, 2005, pp. 167/185.

identificación entre ilícito y culpabilidad fue desarrollada por primera vez en 1867 por Merkel, inaugurándose así la dogmática penal moderna, en este sistema Merkeliano, la antijuridicidad y la culpabilidad no eran considerados elementos diferentes y autónomos y ambos se confundían en la idea de la imputación.

Sobre el planteamiento anterior puede decirse que: “Merkel se centra en la imputación y aprecia el núcleo del ilícito en la imputabilidad, puesto que el ordenamiento jurídico constituye un conjunto de mandatos y prohibiciones que se dirigen, como órdenes, a la voluntad del hombre capaz de imputación, en tanto destinatario de la norma”.⁵⁶³

Acá puede extraerse claramente la idea de que la culpabilidad presupone la imputabilidad y que sin la determinación de esta, aquella no puede quedar determinada ni fijada, y, por ende, no podría imponerse la pena, también se comprende que la norma penal está hecha para personas capaces mental y legalmente, los que serán sus destinatarios, pues la norma no está dirigida para los sujetos inimputables, ya que estos no tienen la capacidad ni para entenderla, ni acatarla, ni pueden distinguir entre el bien y el mal, o, dicho de otro modo, capaces de poder simplemente, dirigir su conducta y asumir las consecuencias legales de ellas.

Es claro que Merkel, aun reconociendo el peso psicológico de la culpabilidad como elemento, la ve unida a la antijuridicidad y con un pensamiento causalista, Merkel no le reconoce autonomía sustantiva a la culpabilidad.

Sin embargo, puede apreciarse que actualmente está claro que la antijuridicidad es un elemento autónomo e independiente de la culpabilidad, con dimensiones diferentes desde las propias bases en que se sustenta, y la culpabilidad en sí misma también, en nuestra opinión es un elemento autónomo e independiente y de una importante carga subjetiva. Pero no debe ser considerado

⁵⁶³ Merkel, Adolf. *Derecho penal: parte general*. t.I., Buenos Aires, B de F, 2004, pp. 25/28.

como elemento dentro de la estructura del delito y, por ende, dicho de otro modo, no debe ser considerado como elemento estructural del concepto del delito, y es que, de la existencia de este, tanto desde el punto de vista técnico, conceptual, como real y práctico, no depende la existencia del delito.

Es decir, el delito existe en teoría y en práctica, aun cuando no podamos determinar a alguien, culpable de él, o también podría decirse de esta forma, el delito existirá aun cuando haya sido cometido por un individuo inimputable o no se haya podido establecer el nexo causal entre el individuo (acusado) y el hecho.

Según Jiménez de Asúa, “el destino del *ius puniendi* se ha sellado definitivamente en compañía de la culpabilidad, apunte que resulta básico para la elaboración del sistema moderno del delito”.⁵⁶⁴ Y, que da base clara y precisa, a nuestra afirmación.

En este pensamiento existe un importante sustento para entender que la culpabilidad debe ser extraída como elemento *sine qua non* en la estructura del delito y sí debe estar argumentando la justificación del castigo como elemento o presupuesto dentro de la teoría de la pena, pues es comprensible que, la justificación válida para imponer la pena a través del *ius puniendi* y, como consecuencia, del injusto penal, es determinar la culpabilidad en una persona que previamente ha sido determinada imputable, y a la que luego, se le ha podido dejar demostrado el nexo causal entre él y el hecho delictivo. Solo ahí podría imponerse la pena, de modo que, la culpabilidad del reo sería el principal y único argumento, capaz de justificar la imposición y determinación de la pena.

Roxin, plantea que, “el verdadero problema básico de la dogmática jurídico

⁵⁶⁴Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, La culpabilidad*, t. V, Buenos Aires, Editorial Losada S.A, 1956, pp. 309/315.

penal, sigue siendo saber qué es lo que realmente fundamenta en el aspecto material el reproche de la culpabilidad, es decir, por qué caracterizamos como culpable o no culpable, una conducta ilícita si concurren determinados requisitos positivos y negativos. Este problema del concepto material de culpabilidad tiene una importancia capital, porque la cuestión de cuál es el punto de vista valorativo rector en el que se basa esta categoría del delito puede ser totalmente decisivo para la interpretación de todos los elementos concretos de la culpabilidad e incluso para desarrollar nuevas causas supra legales de exclusión de la culpabilidad y por ello, en muchos casos para enjuiciar la punibilidad”.⁵⁶⁵

Obviamente, el catedrático alemán está de acuerdo con la idea de que la culpabilidad es una categoría muy cuestionada dentro del Derecho Penal y el la rescata y la ubica únicamente, desde el concepto de un principio de política criminal limitativo del poder punitivo del Estado. Sin embargo, no acogemos esta posición y entendemos que, la culpabilidad tiene otro contenido que va mucho más allá de ser un principio limitativo del poder punitivo del Estado, entendemos, que la culpabilidad, es, además, el sustento *sine quanon* de la pena y continuaremos argumentando esta idea más adelante.

Autores como Freudenthal y Goldschmidt, defienden que, es la exigibilidad de una conducta distinta, el fundamento del reproche que se hace a la culpabilidad y lo plantean en estos términos:

“El no dejarse motivar por la representación del deber pese a la exigibilidad es reprochabilidad, y, la exigibilidad, el fundamento de la imputación de la culpabilidad”.⁵⁶⁶

Pero, claro está que, este argumento nos conllevaría nuevamente a hablar

⁵⁶⁵Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, Madrid, Editorial REUS S.A., 2000, p. 59.

⁵⁶⁶ Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducido por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo niñez, Buenos Aires, De Palma, 1943. p 442.

dentro el debate de lo exigible y exigibilidad, así como, lo inexigible o inexigibilidad, pues entonces cuando no fuera exigible el comportamiento recto y obediente a la norma en cuestión, entraríamos a hablar de las causas que excluyen la culpabilidad y al ser excluida ésta, pues, obviamente, no acontece al caso, sobre todo partiendo del criterio defendido por Henkel, cuando dice que “la exigibilidad no es un concepto normativo, sino un principio regulador”.⁵⁶⁷

Criterio con el cual, coincide Claus Roxin cuando refiere que, “la exigibilidad es una cláusula carente totalmente de contenido y que, solo por ello, ya no puede ser el fundamento material de la imputación de la culpabilidad”.⁵⁶⁸

De cualquier forma, hay conductas exigibles y otras que no lo son, pero la culpabilidad en sí misma, no depende únicamente, de esa posibilidad de exigencia.

Ha sido el propio Roxin concibiendo la culpabilidad como principio de la política criminal, quien desde los años 1970, ha recalcado con su ensayo “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”, que, “la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político criminal por la teoría de los fines de la pena”⁵⁶⁹

Sin embargo, Roxin piensa que, “la culpabilidad es ciertamente insuficiente para justificar la imposición de una pena”⁵⁷⁰; pero no dice, y ahí está precisamente el problema, que ello se debe a la debilidad misma del concepto tradicional de culpabilidad que él sigue manteniendo. Pues, como se ha repetido ya hasta la saciedad, un concepto de culpabilidad como éste, que se apoya en la posibilidad de actuar de un modo distinto a como en realidad se actúa, es una ficción generalizadora, imposible de verificar empíricamente en el caso concreto y, por

⁵⁶⁷ Roxin, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducido al español por Francisco Muñoz Conde, Madrid, Editorial REUS S.A., 1981, pp.58 y ss.

⁵⁶⁸ Roxin, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducido al español por Francisco Muñoz Conde, Madrid, Editorial REUS S.A., 1981, pp.58 y ss.

⁵⁶⁹ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, traducido al español por Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1962, p. 67.

⁵⁷⁰ Roxin, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducido al español por Francisco Muñoz Conde, Madrid, Editorial REUS S.A., 1981, pp.58 y ss.

tanto, científicamente insostenible”.⁵⁷¹

De cualquier forma, hoy, al parecer, tanto la exigibilidad como la reprochabilidad, van implícitas en la culpabilidad, desde este punto de vista del catedrático Claus Roxin.

Cualquier teoría del Derecho Penal que se apoye en, o, parta de un tal concepto de culpabilidad, está destinada al fracaso, no sólo porque la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se obró, es empíricamente indemostrable en el caso concreto que se tiene que juzgar, sino también, porque, aunque se admita, dentro de márgenes más o menos estrechos, la posibilidad abstracta que tiene el ser humano de elegir entre varios haceres posibles, le pertenece exclusivamente a él.

Y no podríamos saber, por tanto, las razones que le llevarán a elegir uno de tales haceres, por ello estamos de acuerdo con que esta posibilidad no es presupuesto de la culpabilidad, sino, de la acción misma jurídicamente relevante a la que pertenece el hecho de que el individuo no actúe coaccionado y, pueda dirigir finalmente el acontecer causal.

No obstante, podemos sustentarnos en la propia frase de Roxin, cuando dice: “la culpabilidad constituye el límite máximo que no puede ser sobrepasado a la hora de determinar la magnitud de la pena a imponer en el caso concreto al autor de un delito”.⁵⁷²

A pesar de que él, Roxin, solo ve a la culpabilidad como un principio limitador de la potestad estatal de castigar.

⁵⁷¹ Roxin, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducido al español por Francisco Muñoz Conde, Madrid, Editorial REUS S.A., 1981, pp.58 y ss.

⁵⁷² Roxin, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Editorial REUS S.A., Madrid, 1981, pp. 41 y ss.

En el capítulo titulado: “Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad”, del libro de Claus Roxin titulado: “Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal”, él dice: “En la actual ciencia de Derecho Penal, se discute vivamente la cuestión de si la pena se puede justificar por la culpabilidad del delincuente...si la pena es la respuesta a una conducta culpable, la indemostrabilidad de la culpabilidad lleva consigo *eo ipso*, la supresión de la pena”.⁵⁷³

Las críticas doctrinales a esta teoría de Roxin se ubican en dos puntos:

- a) El concepto de culpabilidad del que parte y,
- b) La función protectora que asigna a dicho concepto.

Roxin refiere que “la culpabilidad es realmente insuficiente para justificar la imposición de una pena, pero no dice y ahí está precisamente el problema, que ello se debe a la debilidad misma del concepto tradicional de culpabilidad que él sigue manteniendo. Pues como se ha repetido, ya hasta la saciedad, un concepto de culpabilidad como este, que se apoya en la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se actúa, es una ficción generalizadora, imposible de verificar empíricamente en el caso concreto y, por tanto, científicamente insostenible”.⁵⁷⁴

“Tampoco está exenta de objeciones la tesis roxiniana de que la culpabilidad tiene una función protectora de los ciudadanos, sirviendo en todo caso de límite máximo a la magnitud de la pena que se puede imponer en el caso concreto”.⁵⁷⁵

Maurach opina, y nos plegamos a dicha opinión, que: “El derecho penal de culpabilidad no es más el Derecho Penal retributivo que, ajeno a toda finalidad

⁵⁷³ Roxin, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Editorial REUS S.A., Madrid, 1981, pp. 41 y ss.

⁵⁷⁴ Roxin, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Editorial REUS S.A., Madrid, 1981, pp. 41 y ss.

⁵⁷⁵ Ver a Muñoz, Francisco, en Introducción al libro de Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Madrid, Editorial REUS S.A., 1981, p. 23.

preventiva, solo tiene como objeto aparentemente, el ejercicio del poder por el poder mismo, o la realización de una justicia absoluta en la tierra”.⁵⁷⁶

Esta opinión nos lleva a emplear como argumento a nuestra tesis o teoría, el argumento de Luzón Peña cuando dice: “La pena adecuada a la culpabilidad puede cumplir perfectamente la función preventiva general, porque, si se entiende la culpabilidad como aquí lo hacemos, es la pena adecuada a la culpabilidad también una pena adecuada desde el punto de vista preventivo general”.⁵⁷⁷

Roxin plantea que: “Exactamente debe decirse que la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico -penales, pero no de fundamentarlas, y que una sanción jurídico penal limitada por el principio de culpabilidad se llama pena. (...). La culpabilidad es, por consiguiente, una condición necesaria, pero no suficiente de la pena”.⁵⁷⁸

Al respecto, nuestra posición es, que, si bien la culpabilidad como principio es capaz de limitar el poder punitivo del Estado, y, de hecho, implica entre otras cosas, la necesidad de demostrar el nexo causal entre el presunto autor y el hecho delictivo, y sin ese presupuesto probatorio no podría fijarse sanción o pena alguna. Sumémosle que, previo a fijarse la culpabilidad, es preciso dejar sentado la mayoría de edad para ser capaz de responder penalmente al autor, debe verificarse que, en el momento que ocurrió el hecho delictivo, este individuo a quien se le atribuye el cometimiento del mismo, haya contado con la capacidad mental suficiente para comprender el alcance de sus actos y dirigir su conducta.

Pero además de todo esto, es el fundamento para la imposición de la pena, ya que solo al determinado culpable, podrá imponérsele una sanción penal. Y, sin

⁵⁷⁶ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, traducido al español por Córdoba Rodas, Barcelona, 1962, pp. 58 y ss.

⁵⁷⁷ Diego, Luzón, “Libertad, culpabilidad y Neurociencias”, en *INDRET Revista para el análisis del Derecho*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012, pp.19 y ss.

⁵⁷⁸ Roxin, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Editorial REUS S.A., Madrid, 1981, pp. 41 y ss.

lugar a duda, en cuanto a los fines de la pena también constituye ampliamente, el sustento que constituye para la pena la culpabilidad, pues justifica también, los fines retributivos, en cuanto a la necesidad de castigar al autor de dicha conducta, pero es capaz también, de justificar incluso, sus fines preventivos, tanto generales como especiales, en la persona que previamente, ha sido declarada culpable, como en su entorno social.

Por eso cabe que repitamos aquí, la frase de Muñoz Conde: “la culpabilidad, cuyo contenido sigue siendo el tradicional cuestionado por casi todos, e incluso, por el propio Roxin, aparece y desaparece como un fantasma al que sólo se da beligerancia cuando interesa buscar un ángel guardián protector que asuste al «coco» del Leviathán estatal y que, en cambio, se oculta cuidadosamente cuando se trata de justificar o fundamentar la intervención del Estado. Pero es que, además, la función protectora que Roxin asigna al principio de culpabilidad no es tan amplia y eficaz como pudiera pensarse. El principio de culpabilidad sólo serviría, en todo caso, de protección para los autores culpables, pero no para los inculpables, incapaces de culpabilidad, etc., que quedarían abandonados al poder de intervención del Estado”.⁵⁷⁹

Pero para poder rebatir la posición de Roxin con respecto a la insuficiencia de la culpabilidad como capaz de justificar la pena, contrario a nuestro planteamiento, centro de este trabajo, es preciso seguir apoyándose en parte del pensamiento del propio Muñoz Conde cuando dice: “Roxin intenta sustraerse a estas críticas que se dirigen al concepto tradicional de culpabilidad, asignando a dicho concepto sólo una función limitadora del poder de intervención estatal, reservando la decisión sobre la necesidad de imposición de una pena a una nueva categoría, la «responsabilidad», que, en su opinión, es la que materializa las finalidades preventivas que el concepto tradicional de culpabilidad no puede cumplir. Pero con ello no hace más que irritar a los defensores a ultranza del Derecho Penal de culpabilidad, que ven cómo el concepto de culpabilidad se

⁵⁷⁹ Muñoz, Francisco, en Introducción al libro de Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Editorial REUS S.A., Madrid, 1981, pp. 23 y 24.

debilita, se relativiza y pasa a ocupar un papel modesto en el sistema del Derecho Penal, y deja insatisfechos a los partidarios de un Derecho Penal sin culpabilidad que ven cómo, a pesar de todo, la culpabilidad sigue desempeñando un papel en la decisión sobre la imposición de la pena o en su determinación”.⁵⁸⁰

4.6 La culpabilidad. Propuesta de su presencia en la Teoría de la Pena y su exclusión de la Teoría del Delito, o, más bien, vista como presupuesto del castigo, más no del delito.

Es cierto que, en sus orígenes, la culpabilidad tuvo connotación únicamente como principio desde un enunciado autónomo e independiente, pero, desde el momento en que la culpabilidad es considerada elemento del delito a partir de la teoría o sistema clásico, éste principio empieza a referirse a la categoría delictual, originando una sedimentación de conceptos, o sea, como principio y como elemento del delito, sin embargo, existe una tercera dimensión donde se ubican los que conciben la culpabilidad como a partir de la justificación filosófica-política y ético-social de la imposición, determinación y medición de penas a un individuo, por parte del Estado.

Estas tres dimensiones se entrecruzan, se apoyan y se relacionan, y a su vez están presentes en el todo.

Siguiendo las valoraciones de Morillas, las consecuencias del principio de culpabilidad serían: “No hay pena sin culpabilidad. Lo que significa que la aplicación de la pena está condicionada a la existencia de dolo y culpa como formas típicas de conducta por no haber actuado conforme a la exigibilidad del Derecho”.⁵⁸¹

Pero, además, explica Couso que, “fue Achenbach, el primero en proponer los tres niveles de culpabilidad: nivel de idea de la culpabilidad, nivel de la culpabilidad como medición de pena, nivel de culpabilidad como fundamento o

⁵⁸⁰ Muñoz, Francisco, en Introducción al libro de Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Editorial REUS S.A., Madrid, 1981, pp. 23 y 24.

⁵⁸¹ Morrillas, Lorenzo, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 125.

exclusión de pena en su tesis doctoral dirigida por Roxin, “Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre”, Berlín, 1974, donde además del valor sistemático y la utilidad para ordenar los niveles del concepto, propone, la separación radical entre ellos”.⁵⁸²

En seguimiento a pensamientos que apoyan nuestra teoría, o, dicho de otro modo, pensamientos en los que nuestra Teoría puede apoyarse, encontramos varios, por ejemplo: “Si la pena exige culpabilidad, la culpabilidad no siempre exige pena; pues no todo comportamiento culpable requiere de pena. La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. Por lo tanto, la medida de la pena se debe producir en el marco de la culpabilidad, lo que lo hace ser un concepto graduable. La conexión de este principio con otros como la personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho y no por el carácter, y el de imputación personal. De estas consecuencias se derivan las incompatibilidades, que no deben de existir en el Derecho Penal de un Estado Democrático y de Derecho: *versari in re illicita*; la fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado, además de la aplicación de una pena a quien no haya podido comprender las exigencias del Derecho o comportarse de acuerdo a las normas jurídicas”.⁵⁸³

Y, oponiéndose: “Se valora a la culpabilidad como elemento dogmático del delito, un componente imprescindible para sedimentación y respeto del principio. Es el tercer elemento del delito que consiste en un juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor, y de este modo operar como el principal indicador que desde la teoría del delito condiciona el paso y la magnitud del poder punitivo, para imponer una pena en la medida del grado de reproche. No hay dudas de su ubicación en la teoría del delito”.⁵⁸⁴

⁵⁸²Couso, Jaime, *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad, Historia, Teoría y Metodología*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp.45/47.

⁵⁸³ Estrada, Mayrelis, “La tridimensionalidad de la culpabilidad en el Derecho Penal” en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43794.pdf>, 2016, pp. 1/11.

⁵⁸⁴ Estrada, Mayrelis, “La tridimensionalidad de la culpabilidad en el Derecho Penal” en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43794.pdf>, 2016, pp. 1/11.

Luego, y conversando por dicha, con el Sr. Profesor, Alfonso Zambrano Pasquel, comentamos sobre nuestra preocupación en cuanto a la no ubicación de la culpabilidad como elemento en la estructura del delito y ante ello, el profesor recomienda la lectura de su libro “Derecho Penal Parte General, Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito”, encontrando que en sus líneas refiere dicho profesor que: “consideramos el delito como acto típico y antijurídico, ninguna referencia hacemos al concepto de la culpabilidad porque esta no pertenece a la estructura del delito. El delito como acto se integra por la tipicidad y por la antijuridicidad, nada tiene que ver en su conformación la culpabilidad: el juicio de desvalor del acto que es obviamente estimado nos permite concluir si ese acto es delito. es decir, si se ensambla o adecua en una de las hipótesis consideradas por el legislador previamente. La culpabilidad es juicio de reproche que se formula no al acto, sino al autor, al dueño del acto”.⁵⁸⁵

Ante esto debemos decir, que más que el juicio de reproche que está implícito en la culpabilidad es, además, la función esencialmente retributiva de la pena, la consecuencia de ese juicio de reproche y, por ende, es el único fundamento válido para justificar la necesidad de la imposición de una pena o sanción en materia penal.

Las coincidencias teóricas en torno a su importancia son resumidas por Hassemer en la siguiente forma:

“La necesidad de una categoría para llevar a cabo la imputación subjetiva; la exclusión de la responsabilidad por el resultado, para lo que es necesario admitir sucesos no producidos por factores causales, sino por personas que los dirigen; la existencia de grados de responsabilidad; la distinta valoración normativa de los grados de participación interna en el suceso; y la repercusión de lo anterior en la medición de la pena y necesidad de tratar desigualmente lo desigual”.⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ Zambrano, Alfonso, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito*, Murillo Editores, Quito 2017, p. 383.

⁵⁸⁶ García, Percy, “La imputación subjetiva y el proceso penal”, en XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 1/12.

“La concepción de la culpabilidad por el carácter sostiene que el acto culpable, a pesar de constituir una infracción del Derecho, constituye el síntoma de la naturaleza asocial del autor; de ahí que el hecho típico y antijurídico abre la posibilidad de un juicio sobre el comportamiento social del autor en general, antes y después del hecho delictivo que lo explican como un producto de su personalidad”.

587

Por otro lado, para la teoría de la culpabilidad por la conducción de la vida “el sujeto es culpable por no haberse conducido en la vida para educar su modo de ser en correspondencia con los valores jurídico-penales”.⁵⁸⁸

“La ubicación sistémica de la culpabilidad, se concibe a partir de la tradicional enunciación tripartita del delito, o sea, la acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Pero esta definición solo sirve para afirmar la culpabilidad como elemento constitutivo del concepto de delito, y no para definir su contenido o fundamento”.⁵⁸⁹

“Teniendo en cuenta lo anterior, en la doctrina actual, dentro del concepto de culpabilidad como elemento dogmático se suelen diferenciar dos posibles acepciones: culpabilidad en sentido formal y culpabilidad en sentido material. Por culpabilidad formal, se entienden los componentes que son estimados como requisitos para la imputación subjetiva, pero no se dan las razones para que al autor se le impute su comportamiento delictivo a título de culpabilidad”.⁵⁹⁰

“Se llama así, porque no somete a discusión su fundamento material, ni logra responder a la interrogante de por qué el autor debió adecuar su comportamiento ajustado a Derecho y prever el resultado. El sentido material explica por qué se determina como culpable o no culpable una conducta ilícita si concurren

⁵⁸⁷ Estrada, Mayrelis, “La tridimensionalidad de la culpabilidad en el Derecho Penal” en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43794.pdf>, 2016, pp. 1/11.

⁵⁸⁸ Estrada, Mayrelis, “La tridimensionalidad de la culpabilidad en el Derecho Penal” en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43794.pdf>, 2016, pp. 1/11.

⁵⁸⁹ Estrada, Mayrelis, “La tridimensionalidad de la culpabilidad en el Derecho Penal” en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43794.pdf>, 2016, pp. 1/11

⁵⁹⁰ Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan, *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires, B de F, 2001, p. 68.

determinados requisitos positivos y negativos”.⁵⁹¹

A partir de esta idea se concibe que Bustos, “considere necesario precisar su contenido material garantista como el que representa el bien jurídico para el injusto”.

⁵⁹²

“Con la formulación de un concepto material de culpabilidad se encuentran argumentos que explican la intervención penal y, al igual que el concepto de antijuridicidad material, pretende servir como criterio legitimador (y cuando sea posible, además, delimitador) del ius puniendi del Estado”.⁵⁹³

Para ello se dota a la culpabilidad de un contenido material desde diversas teorías justificadoras para legitimar la imposición de la pena como ilustra Jescheck: “exigencias éticas, de seguridad pública, de control de los impulsos de las personas, desde los fines de la pena, en relación con la prevención general y desde la observancia del bien jurídico”.⁵⁹⁴

“Expuesta la evolución de la categoría de la culpabilidad y las objeciones al principio de la cual emana, así como las propuestas para reemplazarlo o complementarlo, el saldo de la discusión es desalentador y sorprendente. En efecto, en primer lugar, se ha hecho un énfasis inusitado en encontrar un concepto de culpabilidad exento de contradicciones, coherente con el desarrollo actual de las ciencias empíricas y sociales, pero el resultado es negativo así sean muy ingeniosas las construcciones ensayadas y novedosos los cambios terminológicos introducidos; el fracaso es predicable tanto de las posturas deterministas como de las de carácter mixto las cuales, al estilo de Roxin, no dejan satisfecho a nadie y no solucionan nada”.⁵⁹⁵

⁵⁹¹ Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, Madrid, Editorial Reus, S.A, 1981, p 59.

⁵⁹² Bustos, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Ariel, 1989, p.507.

⁵⁹³ Estrada, Mayrelis, “La tridimensionalidad de la culpabilidad en el Derecho Penal” en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43794.pdf>, 2016, pp. 1/11.

⁵⁹⁴ Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, traducido por Miguel Olmedo, Comares, Granada, Comares, 2002, p 453.

⁵⁹⁵ Padilla, Augusto, “La Culpabilidad”, en <https://es.calameo.com/books/00297736350f924ba2849>, s/f, pp. 1/16.

"Debe aceptarse de una vez por todas que la concepción ideal de la culpabilidad hasta ahora buscada no parece posible por el momento y, mientras el comportamiento desviado sea tratado mediante la aplicación de penas, el principio de culpabilidad resultará imprescindible".⁵⁹⁶

Esta variedad de posiciones argumentales se presenta como el problema del concepto material de culpabilidad, ya que, el criterio valorativo en el que se basa la categoría del delito puede ser decisivo para la interpretación de todos los elementos concretos de la culpabilidad e incluso, para desarrollar las causas de exclusión y en muchos casos, como sostiene Roxin, "para renunciar a la punibilidad. Pero el carácter ético o moral que subyace en el concepto material de culpabilidad, así como el propio concepto de culpabilidad, ha impulsado a la doctrina a advertir la confusión de lo jurídico con lo moral".⁵⁹⁷

La existencia del Derecho Penal y su consiguiente aplicación, solo puede explicarse como instrumento estatal de regulación y control social, pues he ahí una de sus principales funciones como rama del derecho.

Por ende, la forma de legitimar las penas no puede alejarse de la forma de hacer legítimo al Estado en el que se promulgan, y aplican.

Esto se sustenta en el planteamiento de Bustos cuando dice: "responsabilidad es exigibilidad".⁵⁹⁸ Lo cual significa que la culpabilidad es a la vez, un concepto político y social, además de penal.

⁵⁹⁶ Velasquez, Fernando, "La culpabilidad y el principio de culpabilidad", en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1993. pp. 283/310.

⁵⁹⁷ Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, Madrid, Editorial Reus, S.A, 1981, pp. 59 y ss.

⁵⁹⁸ Bustos, Juan, y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, t. II, Madrid, Trotta, 1997, pp. 134/136.

“En la doctrina se conoce con el nombre de principio de culpabilidad a un conjunto de exigencias de carácter político criminal que constituyen límites al *ius puniendi* tanto en el nivel de creación como de aplicación de las normas penales y también a la existencia misma de la propia culpabilidad como categoría dogmática en la teoría del delito”⁵⁹⁹.

“La culpabilidad, como tal, del mismo modo que los elementos tipicidad y antijuridicidad, se presenta como un elemento reductor de la acción”.⁶⁰⁰

“En cuanto a las exigencias garantistas límites del *ius puniendi* son tres y se refiere la primera, a la existencia de una vinculación personal en forma de dolo o culpa entre el sujeto y el hecho y la segunda a la observancia de proporcionalidad de la pena, la que no puede rebasar en cantidad y calidad a la culpabilidad del sujeto responsable de la comisión del hecho. La tercera exigencia se refiere a que el fundamento de la responsabilidad de la persona solo puede ser un hecho y de ningún modo circunstancias personales del sujeto como podría ser el rechazo social que pudiera originar su modo de vida”.⁶⁰¹

Hoy, a pesar de posiciones muy distantes en criterios que implican la culpabilidad en materia penal, no cabe dudas de que ésta, es el resultado de varios comportamientos que bien pueden ser prohibidos o en ocasiones, bien pueden ser permitidos, en determinados ordenamientos jurídicos, y que para que sea determinada, se exige que sea demostrada ante tribunales competentes, a través de procesos legales y adecuados.

Por ende, para poder imponer una sanción en materia penal, se requiere como presupuesto procesal y previo, haber determinado la culpabilidad del

⁵⁹⁹ Bustos, Juan, y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, t. II, Madrid, Trotta, 1997, pp. 134/136.

⁶⁰⁰Hormazábal, Hernán, Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad, en *Revista de Derecho* Vol. XVIII - N° 2, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200008>, 2005, pp. 167/185.

⁶⁰¹ Hormazábal, Hernán, Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad, en *Revista de Derecho* Vol. XVIII - N° 2, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200008> 2005, pp. 167/185.

individuo, tanto con respecto a su participación en el ilícito, como con respecto a la exigibilidad de la conducta, y también, con respecto a la gravedad mayor o menor de sus acciones u omisiones, así como, la influencia de estas en el resultado delictivo.

Se requiere, además, estar seguros de que ese individuo posee la capacidad natural o adquirida, para comprender sus actos, sus consecuencias y, además, las quiere, o, por el contrario, aun cuando no las quiso, debió preverlas, o, al menos, debió ser cuidadoso para evitarlas.

La primera parte de este planteamiento nuestro tiene que ver directamente, con el nexo causal o lazo probatorio, que podríamos decir que se crea a través de los medios o elementos probatorios entre el hecho delictivo y la persona sobre cuya culpabilidad o no, se debate en el proceso penal a través de sus diferentes fases.

Nuestro segundo apunte, obedece a una cualidad propia de la conducta humana y es que, sea exigible de modo lógico, humano y racional, la actitud que se esperaba de ese individuo, con respecto al hecho que terminó siendo delictivo.

Lo siguiente, tiene que ver con la magnitud del daño o peligro que esa conducta cuestionable y tipificada en la ley como delito, ha generado, y esa magnitud servirá para graduar una menor o mayor culpabilidad.

Luego, estamos hablando de lo que conocemos como juicio previo de culpabilidad, basados en la examinación de la concurrencia de los presupuestos que la doctrina, así como, la vida misma, conciben que la culpabilidad requiere. Es obvio que aquí hablamos de la imputabilidad tanto legal como mental, o lo que es lo mismo, de la capacidad de culpabilidad.

Ahora bien, todo este análisis de cuatro capítulos nos ha conllevado a entender que la culpabilidad es una categoría jurídico penal que, si bien ha sido incorporada a la teoría del delito por las diferentes escuelas o corrientes de

pensamiento penal, y que además, ha perdurado y ha estado presente en la evolución de la teoría del delito misma, formando parte del concepto técnico de delito, como uno de sus elementos estructurales, y casi coincidiendo por mayorías, en pensar que es el único elemento subjetivo de la estructura del delito, en efecto, y en nuestro criterio doctrinal y práctico, no es imprescindible en la estructura o en el concepto del delito para que este subsista.

De hecho, proponiendo un nuevo concepto de delito, podríamos decir que delito, es la conducta típica y antijurídica que tiene prevista una sanción penal. Sanción que podrá imponerse únicamente, sustentada en la determinación de la culpabilidad del procesado en cuestión, como un proceso previo, a su imposición y determinación.

Tal es así que, para imponer una sanción basada en la culpabilidad penal, primero se necesita el conflicto real entre la norma penal y el infractor de la misma, y luego, se derivarían todos los análisis que anteceden.

Y, es que, se trata entre otros aspectos de que, las normas jurídicas deben tener una exigencia de realización en la moral social, y desde ese punto de vista, la culpabilidad penal debe tener una legitimidad moral que, en nombre de la seguridad, el orden público, el interés público y la propia certeza que debe caracterizar al Derecho, hagan del juicio de culpabilidad, un reproche jurídico legítimo, precisamente, porque es moralmente aceptado, y sea visto en sus diferentes dimensiones, a decir: como categoría o instituto jurídico penal, como principio limitador al *ius puniendi* del Estado, y como elemento *sine quanon* en la Teoría de la determinación e imposición de la pena, más no, como elemento de la estructura del delito, a partir de la vigencia que hasta ahora ha imperado en el pensamiento dogmático actual sobre la Teoría del Delito.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES PRINCIPALES Y DERIVADAS

Capítulo I

1- El capítulo I de este trabajo abarca sobre el origen, evolución y vigencia de la Teoría del Delito, la cual surge como un sistema capaz de sintetizar de un modo técnico jurídico, cuáles son los elementos sobre los que se erige la estructura del delito y así mismo, trata sobre los diferentes postulados o corrientes de pensamiento que, analizando dicho sistema, conllevó a que esos pensamientos se dividieran en las tradicionales escuelas en torno a la Teoría del Delito, discurrendo entre las más notorias: la Escuela penal clásica, la Escuela penal neoclásica, la Escuela positivista y la Escuela finalista o funcionalista, esta última, con mayor alcance y vigencia en la actualidad.

a) Todas estas Escuelas coinciden en definir o conceptualizar al Delito, pero unas lo ven como acción, otras, como conducta, y, siempre lo dotan de elementos estructurales tales como, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, selladas con la previsión legal de una sanción o pena, para la concurrencia simultánea e indisoluble, en una misma conducta, acción u omisión, de estos elementos estructurales.

b) Algunos doctrinólogos han coincidido en situar la punibilidad o susceptibilidad de imponer una sanción penal a esa conducta delictiva en cuestión, como otro elemento dentro de la estructura del delito, pero en este caso, como elemento normativo y como manifestación de la respuesta penal del Estado, ante ese delito, a partir de ser el Estado, en la actualidad, el Titular único o exclusivo del *ius puniendi* o facultad de castigar.

2- Esa facultad de castigar que decimos que hoy, está monopolizada por el Estado, y que llamamos poder punitivo o *ius puniendi*, podemos observar que es el resultado de la entrega que hizo el conglomerado humano a través de la historia de la humanidad, al Estado mismo para que él, se encargara de legitimar la venganza privada, como único titular, y, por ende, ahora estatuida en nuestro criterio, como venganza pública, pero denominada facultad de castigar. Dicha entrega se realizó, precisamente, a cambio de la protección o seguridad jurídica que

los seres humanos demandamos del Estado.

a) En el momento de la historia de la humanidad que actualmente vivimos, el Estado está facultado para castigar con acciones denominadas penas, sanciones o castigos, al comisor declarado judicialmente responsable del delito que, por razones de legalidad y seguridad jurídica, previamente tenga tipificado y descrito en una ley vigente sobre la materia penal. Estas sanciones penales, presentan en ocasiones, manifestaciones tan crueles como las mismas que el delito en cuestión provocó, pero ya legitimadas por el Estado, a través de sus poderes ejecutivos, legislativos y finalmente, judicial, sin embargo, esta es una de las razones por las cuales aun se cuestiona la justificación de la pena y la necesidad de su imposición.

b) A pesar del transcurso de más de dos siglos en el estudio de la estructura del delito, hoy, existen algunos de sus elementos posicionados en ella, sobre cuya presencia no existe mayor discusión técnica, sin embargo, entre ellos, específicamente, la culpabilidad, está siendo muy cuestionada, sobre todo en sus roles, a decir: como elemento estructural del concepto de delito, como principio limitador del poder punitivo del Estado, o, como presupuesto indispensable de la pena, esto es precisamente lo que la literatura, doctrina y dogmática penal, está conociendo como crisis del elemento culpabilidad.

Capítulo II

1- Es una afirmación acertada decir que hoy, existen muchos cuestionamientos sobre la culpabilidad como elemento estructural del delito, por ejemplo, siempre se ha dicho que es el único elemento subjetivo dentro de la estructura del delito, sin embargo, esta diferenciación con respecto al resto de elementos no la sitúa en una posición imprescindible de modo inobjetable dentro de la estructura del delito.

a) La culpabilidad y la capacidad de culpabilidad del ser humano, ha sido estudiada y, analizada por varias ciencias, como, la filosofía, la psicología, la criminología, la antropología, la sociología, y, obviamente, por el Derecho Penal, entre otras.

b) La culpabilidad en primer término, requiere de presupuestos, tales

como, la imputabilidad, que es considerada por Mezger, no como un presupuesto, sino, como una característica de la culpabilidad, pero retomando la idea central la imputabilidad, a su vez, significa que el individuo posea la capacidad legal que depende de haber alcanzado la edad establecida en la ley penal en cuestión para considerar que tiene la madurez mental suficiente para poder comprender sus acciones y dirigir el alcance de su conducta, y así mismo, posea la salud mental necesaria para tener una capacidad o salud mental suficiente para comprender y dirigir su conducta. Si el individuo es inimputable, es decir, si no posee las capacidades que lo hacen capaz de que le sea atribuida penalmente una conducta delictiva, entonces no puede ser declarado culpable, por ende, este razonamiento nos lleva a comprender que la culpabilidad depende en primer lugar, de la imputabilidad o dicho de otro modo, esta es presupuesto de aquella.

c) Pero, en caso de que el individuo sea inimputable, ya sea por minoría de edad, o por enajenación mental debidamente comprobada, no podrá ser declarado culpable, por ende, la culpabilidad no se conformaría, sin embargo, el delito, previa comprobación de su materialidad o existencia sí existió, exista o no, a quien exigir la culpabilidad o responsabilidad penal por el mismo.

d) Otro instituto jurídico que consideramos presupuesto de la culpabilidad, es el nexo causal a establecerse por el juzgador en el juicio de culpabilidad que realice entre el hecho y la persona procesada como autor o cómplice en un delito. Estando ese nexo causal conformado por el conjunto de elementos probatorios que coadyuvan a que el Juzgador, pueda formar convicción en ese caso, sobre la participación del procesado en el delito sobre cuya existencia y materialidad se debate. Pero, ante otro supuesto de hecho, en esta ocasión, de que no existan elementos probatorios suficientes para infundir la absoluta convicción en el juzgador, entonces, no podría declararse culpable al individuo y, por consiguiente, no será responsable del delito, pero, no obstante a ello, y a pesar de no haberse podido fijar la culpabilidad, el delito sí existió, una vez demostrada previamente, la materialidad o existencia del mismo.

2- Se han esgrimido varias teorías sobre la culpabilidad, sobre todo a

partir de sus varias manifestaciones dentro del Derecho Penal, a decir: como elemento dentro de la estructura del delito, como principio limitador del poder punitivo del Estado y, como sustento de imposición, determinación y graduación de la pena.

a) La culpabilidad es, por tanto, y en nuestro criterio, un instituto jurídico penal que se desdobra en limitar el poder punitivo del Estado, como principio y en sustentar la imposición, determinación y graduación de la pena, previa la realización del juicio de culpabilidad correspondiente ante la existencia de un delito. El cual, por demás, existe, conste o no, la determinación de una persona culpable de haberlo cometido en cualquiera de los grados de participación previstos legalmente.

b) Ha sido, por ende, un problema doctrinal dentro de la dogmática jurídico-penal, ubicar el rol de la culpabilidad en la Teoría del Delito y como elemento imprescindible en la estructura del delito, sin que haya objeciones importantes, e incluso, interrogantes, aun sin responder, con respecto a cualquiera de las corrientes de pensamiento vigentes.

Capítulo III

1- La pena como manifestación explícita del poder de castigar que tiene el Estado sobre sus ciudadanos, evolucionó hasta la actualidad desde el sentimiento de venganza, condicionado además, por la vigencia natural de la relación física entre acción y reacción, y el instinto natural de auto conservación que poseemos todos los seres humanos. Pasando desde la época de la venganza pública a la actual monopolización que ostenta el Estado sobre el poder punitivo.

a) La pena, por ende, hoy es concebida como la consecuencia legalmente establecida para el delito, y obviamente, para la persona determinada penalmente responsable de su comisión, en cualquiera de los grados de participación posibles y legalmente concebidos.

b) Sobre la pena se han esgrimido varias teorías, las más relevantes y vigentes son, la Teoría retributiva o absoluta de la pena y la Teoría preventiva o relativa de la pena, estas han intentado en primer lugar, justificar la necesidad, así

como, la finalidad de la pena.

2- Al ser la pena, manifestación de un inmenso poder estatal, requiere límites, también concebidos legalmente, entre estos límites están los principios que han conformado la dogmática jurídico-penal, los derechos y garantías que en la actualidad se invocan como conformadores de un debido proceso penal. Pero, en nuestra opinión, el más importante de estos límites es precisamente el instituto jurídico que constituye la culpabilidad, como principio limitador del poder punitivo del Estado y como único sustento para la fijación, determinación y graduación de la pena.

a) La pena es la respuesta penal que tiene prevista legalmente, el Estado, para aquel que resulte determinado responsable penalmente de cometer un delito, la pena por ende, tendrá finalidades distintas o similares, en cada ordenamiento jurídico, en dependencia de las Teorías sobre la pena, a que hayan adaptado sus normas jurídico-penales.

b) Desde el punto de vista doctrinal y práctico, la pena, tendrá clasificaciones tales como: penas principales y accesorias, de modo que, en su conjunto, unas y otras, puedan imponerse simultáneamente por un mismo delito, tratando así de cerrar el círculo de una respuesta estatal cada vez más completa con respecto a los efectos del delito.

c) Por característica intrínseca, el Derecho Penal es la rama del derecho, más sancionadora y aflictiva de todas, y cuenta con una amalgama de penas o sanciones posibles, que van desde afectar el patrimonio, el estatus social, algunos derechos civiles y políticos, hasta llegar a limitar, restringir o incluso, privar de la libertad y hasta de la vida, al individuo declarado culpable del delito, afectando así, bienes jurídicos, tan importantes y tan relevantes, como los mismos bienes jurídicos que protege con el afán preventivo de ejercer el control social suficiente para evitar el delito.

Capítulo IV

1- La Teoría del Delito, sostiene a la culpabilidad actualmente, y, desde cualquiera de las Escuelas o corrientes de pensamiento en torno a ella, como elemento estructural del delito, y al observarlo como tal, entendemos que hoy, es propugnada como imprescindible su concurrencia para que el delito pueda configurarse o existir.

a) Sin embargo, en la estructura, concepto, o Teoría del delito, consideramos que son imprescindibles, los elementos tales como: conducta, (dígase acción u omisión), tipicidad, y antijuricidad. Y, de hecho, entendemos que, la ausencia de alguno de ellos, ya sea por no existir, o por haber sido excluido, como en el caso de la antijuricidad, por una causa de justificación, conllevaría a la inexistencia del delito en cuestión. Pero de concurrir que existió una conducta típica porque está previamente prevista y descrita en la ley penal vigente, y que, además, daña o pone en peligro alguno de los bienes jurídicos protegidos por esa ley penal, entonces estaríamos ante un delito configurado legalmente, sin mayores requerimientos. Haciendo notar que, obligatoriamente, la antijuricidad depende de la tipicidad, pues la conducta que no sea típica, tampoco será antijurídica, sin embargo, la conducta puede ser típica, pero no ser antijurídica. Hasta aquí tendríamos la expresión dentro del Derecho Penal, del poder legislativo del Estado, como una de las manifestaciones de su poder punitivo.

b) Lo subsiguiente, sería dar paso a la otra manifestación del poder punitivo del Estado, pero ahora, en la determinación, imposición, graduación y justificación de la pena, a través del poder judicial, y esto es, precisamente, la respuesta que da el Estado a través del Derecho Penal, a la comisión del delito. Para esto, él, o, los Juzgadores, tendrán que, previo el juicio de culpabilidad, determinar la culpabilidad del individuo y solo una vez fijada convincentemente esta, podrá sustentarse y justificarse la imposición de la pena, incidiendo también la culpabilidad en la selección de la pena a imponer dentro de las legalmente previstas, y, en base a ello, el Juez, podrá graduarla acorde a la mayor o menor culpabilidad y, sustentado en el juicio íntegro de culpabilidad, que no solo atenderá a los

elementos constitutivos del delito, ni a los presupuestos existentes para poder determinar la culpabilidad, sino, también, en las circunstancias externas al tipo penal pero que influyen en el delito, agravando o atenuando la responsabilidad penal, como consecuencia directa de la culpabilidad, procediendo luego, y, solo luego de este análisis y confirmación, a poder imponerse y quedar justificada la imposición y magnitud de la pena.

2- La culpabilidad por tanto, no resulta imprescindible como elemento en la estructura del delito, pues el delito en si mismo, se configurará, exista o no, determinación de la culpabilidad ni de la persona o personas declaradas culpables del mismo.

3- La culpabilidad es imprescindible en la determinación e imposición de la pena, por ende, debe ser concebida como un presupuesto o, elemento imprescindible en la Teoria de determinación de la pena.

4- El delito ha de ser concebido como la conducta típica y antijurídica que tiene prevista una sanción penal.

BIBLIOGRAFÍA

Listado de Fuentes y Bibliografía

Fuentes Primarias

Código Penal Español, Decreto Legislativo N.º 635, promulgado: 03.04.91, publicado: 08.04.91

Código Civil y Comercial de la Nación, Aprobado por ley 26.994 Promulgado según decreto 1795/2014, Código Civil y Comercial de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2014.

Convención de la Haya de 1907
http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/1907ap_c.htm,
última consulta 3 de diciembre de 2017.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Cátedra de Estudios Internacionales, Universidad del País vasco, <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>, consultado 3 de diciembre de 2017.

Tratado de Paz de Versalles, aprobado 11 de enero de 1920, <http://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/versa/versa7.html>, consultado 3 de diciembre de 2017.

Bibliografía

Achenbach, Hans, *Fundamentos históricos y dogmáticos de la teoría sistemática de la culpa*, Berlin, Ed. J. Schweitzer, 1974.

Aguilar, Miguel, *El Delito y la Responsabilidad Penal, Teoría, jurisprudencia y práctica*. Editorial Porrúa. México. 2005.

Alpa, Guido, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Lima, juristas editores 2006.

Antolisei, Francesco, "Para una orientación realista en la ciencia del derecho penal", en *Escritos de derecho penal*, Milán, 1975.

Araquistain, Luis, *El pensamiento español contemporáneo*, Buenos Aires, Losada, 1962.

Astorga, Eduardo, *Derecho ambiental chileno. Parte General*, Santiago,

Abeledo Perrot, 2012.

Ayala, José, *La justicia es un derecho humano, en Memoria*, Centro de Humanos de Nuremberg, 1996.

Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores, 2004.

Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, editorial Hammurabi, 1994.

Bajo, Miguel, “Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal”, en *Revista de Derecho Público*, 1978.

Banfi, Cristián, “De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri, N° 2, 2004.

Baratta, Alesandro, “Viejas y nuevas estrategias para legitimar el derecho penal”, en *de Los delitos y las penas, s/c, IH*, 1985.

Barros, Enrique, *Tratado de responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Battaglini, *Falsedad inofensiva o irrelevante en el testamento público*, en *Revista Penal*, 1940.

Baurmann, Michael, *Finalidad racionalidad y punitiva*, Opladen, Westdeutschen Verlag, 1987.

Beccaria, Cessare, *De los delitos y las penas*, traducido por don Juan Antonio de las Casas, Madrid, Joaquin Ibarra, 1774.

Beling, Ernst Von, *Esquema del Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial Gustav Fischer, 1944.

Beling, Ernst, *La Doctrina del Crimen*, Tübingen, Ed. J.C.B. Mohr, 1906.

Beling, Ernst, *Principios de derecho penal*, Jena, Ed. Gustav Fischer, 1899.

Bettioli, Giuseppe, *Derecho Penal*, Madrid, Padova, 1982.

Bettioli, Giuseppe, *Derecho Penal, Parte General*, traducido por Juan del Rosal, Palermo, G. Editores, 1945.

Binding, Karl, *Las normas y su transgresión*, t. I, Leipzig, Ed. Wilhelm Engelmann, 1872.

Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007.

Borja, Emiliano, "Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España", en *cuadernos de política criminal*, No. 63, México, 1997.

Bueres, Alberto, *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.

Bueres, Alberto, *El acto ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986.

Bueres, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

Busato, Paulo, *Derecho Penal y acción significativa*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007.

Bustamante, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán, "Pena y Estado", en *Papers Revista de Sociología*, 1980.

Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, t. II. Madrid, Trotta, 1997.

Bustos, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 1989.

Bustos, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, t. I., Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

Bustos, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, t. I., Lima, Ara Editores, Colección Iustitia, 2005.

Cabrera, Alonso, *Derecho penal parte general*, Lima, Editorial Rodhas, 2006.

Campos, Alberto, *Introducción a la teoría del delito*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/f.

Cardona, Carlos, *Filosofía y cristianismo. En el centenario de Heidegger*, en *Espíritu: cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana*, 1990.

Cancio, Manuel, "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", en López Barja de Quiroga/Zugaldía, Madrid, Espinar editores, *Dogmática y Ley Penal*, Madrid, 2004.

Cancio, Manuel, *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*,

Madrid, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

Cancio, Manuel, *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias*, Madrid, Editorial Edisofer S.L., 2013.

Cancio, Manuel, y Feijoo, Bernardo, "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs", en Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid, 2006.

Carmignani, Giovanni, *Elementos de Derecho Criminal*, Bogotá, Editorial Temis Ltda, 1979.

Carnelutti, Francesco, *Teoría General del delito*, traducción del italiano por Víctor Conde, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1952.

Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1956.

Carrara, Francesco, *Opúsculos del Derecho Criminal*, Bogotá, Temis, 1976.

Cerezo, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, t. I, Madrid, Editorial Tecnos, 2004.

Chan, Gustavo, *La culpabilidad Penal*, San José de Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2012.

Cobo del Rosal, Manuel, *La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1982.

Cobo del Rosal, Manuel, y Vives, Tomas, *Derecho Penal: Parte General*; ciudad, Tirant lo Blanch, 1999.

Cuello, Joaquín, "Raíces Filosófico-Jurídicas del Pensamiento Penal Español Contemporáneo", en Dialnet, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

Cuello, Joaquin, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, traducido por Scaron, Amsterdam, 1968.

Cuello, Joaquín, *El Derecho Penal Español. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2002.

De Cunto, Aldo, *La Antijuridicidad y la Responsabilidad, por Acto Lícito*, Lecciones y Ensayos <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/82/lecciones-y-ensayos-82-paginas-51-105.pdf>, capturado el 6 de octubre de 2016.

De Fernández, Gonzalo, *Culpabilidad y Teoría del delito*, t. I, Buenos Aires, Editorial B de F, 1995.

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

De la Cuesta, Paz, *Culpabilidad: Exigencias y razones para la exculpación*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003.

De Lorenzo, Miguel, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, (alterum non laedere), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

De Miguel, Adolfo, "Panorama de la culpabilidad en dogmática penal contemporánea", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. V, Fascículo I, enero-Abril, 1952.

De Miguel, Manuel y Jordan de Asso, Ignacio, *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, imprenta de Andrés de Sotos, 1786.

Delitala, Giacomo, *El "hecho" en la teoría general del crimen*, Roma, Padua, 1930.

Di Pietro, Alfredo, *Derecho privado romano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Diez, José, "La categoría de la punibilidad en el derecho penal español", en *Cuadernos de Derecho Penal*, No. 18, Málaga, 2017.

Diez, José, *Derecho penal español. Parte General en Esquemas*. Madrid, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.

Diez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.

Dobbs, Dan B., Prosser y Keeton, *El derecho de agravio*, West Publishing Co., St. Paul Min, editorial, 1984.

Dohna, Alexander, "Sobre la enseñanza sistemática del crimen" en *Revistas para todas las ciencias del derecho penal*, ZStW, 27, Berlin, 1907.

Dohna, Alexander, *La Estructura de la teoría del delito*, traducido por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958.

Donini, Massimo, "El problema del método penal: de Arturo Rocco al Europeísmo judicial", en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 7, No. 76, Universidad

EAFIT, Medellín, enero-junio 2011.

Durán, Mario," Teorías Absolutas de La Pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y Críticas Fundamentales a La Teoría de La Retribución Moral de Immanuel Kant a Propósito del Neo-Retribucionismo y del Neo-Proporcionalismo en el Derecho Penal actual", en Revista Filosofía, Volumen 67, Santiago, 2011.

Dworking, Ronald, *La discriminación inversa, en los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

Estrada, Mayrelis, "La tridimensionalidad de la culpabilidad en el Derecho Penal" en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43794.pdf>, 2016.

Engish, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, traducido de la versión alemana de Tübingen de 1931 al español, por Marcelo Sancinetti, Editorial Hammurabi, 1931.

Feijoo, Bernardo, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", en INDRET Revista para el análisis del Derecho 1, 2007.

Feijoo, Bernardo, *El principio de confianza como criterio normativo de Imputación en el Derecho Penal*, 2000.

Feijoo, Bernardo, *Retribución y prevención general*, Buenos Aires y Montevideo, Editorial B. de F., 2007.

Fernández, Antonio y Rodríguez, José, *El juicio de Núremberg, cincuenta años después*, Madrid, Editorial Arco/libros SL, 2008.

Fernández, Gonzalo, *Culpabilidad y Teoría del delito*, T. I, Buenos Aires, Editorial B de F, 1995.

Fernández, Juan, "Hacia una dogmática penal sin culpabilidad", en Nuevo Foro Penal (NFP), N° 16, Bogotá, 1982.

Fernández, Juan, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis, 1989.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Valladolid, Editorial, Trotta. 2000.

Ferri, Enrico, *Los delincuentes en el arte*, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1899.

Ferri, Enrico, *Principio de Derecho Penal*, Milán, Fratelli Bocca Editori, s/e, 1928.

Ferry, Enrico, *El homicida en la psicología y la psicopatología criminal*, Madrid, Editorial Reus, 1930.

Feuerbach, Paul, y Johann, Ritter Von, *Tratado de derecho Penal*, traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Haggemeier, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989.

Feuerbach, Von, *Revisión de los principios y conceptos básicos del derecho positivo*, t. I, Barcelona, Ariel, 1966.

Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Derecho Penal, Parte General*, Bolognia, editorial, 1989.

Finger, Stanley, *Orígenes de la neurociencia: una historia de exploraciones en la función cerebral*, New York, Oxford University Press, 1994.

Finnis, John, "Justice", en *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

Flew, Antony, *La justificación del castigo*, Mundle, C.W.K., 1954.

Flórez, José, *El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

Frank, Reinhard, *Sobre la construcción del concepto de culpa*, Giessen, Vormals, J. Ricker's Verlag, 1907.

Frank, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires, B de F, 2000.

Freudenthal, Berthold, *Culpa y reproche en la ley penal aplicable*, Tübingen, J.C.B., Mohr Paul Siebeck, 1922.

Frías, Jorge, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

Gallas, Wilhelm, *La Teoría del delito en su momento actual*, traducido por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959.

García, Laura y Herrera, María, "El concepto de los daños punitivos o punitive Damages", en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol.5 no.1, Bogotá Jan. /June 2003.

García, Martín, *La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil*, Universidad de Murcia, ADC, tomo LXVI, fasc. IV, en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-201340150301604 ANUARIO DE DERECHO CIVIL *La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil*, 2013.

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

García, Manuel, *El funcionalismo, en Broncano. La mente humana*, Madrid, Trotta, 1995.

García-Pablos, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2005.

Gimbernat, Enrique, "El Sistema del Derecho Penal en la actualidad", trabajos están recopilados en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991.

Gimbernat, Enrique, "La culpabilidad como criterio regulador de la pena", en *Revista de Ciencias Penales de Chile (CPCH)*, 32, Tercera Época, Santiago de Chile, 1973.

Gimbernat, Enrique, *¿Tiene Futuro la Dogmática Jurídico-Penal?*, Bogotá, Temis, 1983.

Gimbernat, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1980.

Gimbernat, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1979.

Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducido por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Nuñez, Buenos Aires, De Palma, 1943.

Goldschmidt, James, *La culpa, un problema de emergencia*, Viena, editorial Manzschke Kuk Hof y librería universitaria, 1913.

Goldstein, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

Goldstone, Richard., *Cincuenta años después de Nuremberg: un nuevo Tribunal Penal Internacional para criminales que atentan contra los derechos*

humanos, Memoria No. 8, 1996.

Gómez, Javier, *Los 13 Juicios de Núremberg. Un análisis completo de los 13 Juicios celebrados en Núremberg*, Edición Kindle Libro electrónico, 2013.

Guzmán, Alejandro, "La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes", en *Revista Chilena de derecho*, vol.31, No. 1, 2004.

Guerrero, Oscar, *Garantías y debido proceso en el Derecho Penal Internacional*, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3308884.pdf>, consultado el 14 de noviembre de 2017.

Hart, Herbert, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, editorial, 1968.

Hart, Lionel, *Responsabilidad y Castigo, Ensayos en la filosofía del derecho*, Oxford, Editorial de la Universidad de Oxford, 2008.

Hartmann, Nicolai, *Introducción a la Filosofía*, México, 1974.

Hassemer, Winfried, "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", traducido por Francisco Muñoz Conde, en *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, N° 18, Madrid, 1982.

Hassemer, Winfried, "Neurociencias y culpabilidad en derecho penal", Barcelona, InDret, 2011.

Hassemer, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984.

Hegel, Guillermo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Juan Pablos, México, 1986.

Hegler, August, "Las características del crimen", en *Revista Para todas las ciencias del derecho penal*, ZStW, 36, Berlin, 1915.

Heinitz, Ernst, "Castigo y personalidad", en *Revista para toda la ciencia del Derecho Penal*, ZStW, 63, Berlin, 1951.

Henao, Juan, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Hernández, Florybeth, "La imputabilidad e inimputabilidad desde el punto de vista médico legal", en *Revista medicina Legal De Costa Rica*, On-line versión ISSN 2215-5287 Print versión ISSN 1409-0015 Med. leg. Costa

Rica vol.32 n.2 Heredia Sep./Dec. 2015

Huberman, Carl, *Lo ilícito y la conducta antijurídica en la responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.

Huesbe, Marco, "La teoría política de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la constitución del imperio romano-germánico", en *Revista Estudios histórico-jurídicos*, No.31, Valparaíso, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552009000100016>, 2009.

Huhle, Rainer, "De Nuremberg a la Haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg", en *Revista Coyuntura*, Bogotá, 2005.

Iturbide, Gabriela, "El Daño Resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *D P I Diario*.

Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona, Una Teoría de un Derecho Penal funcional*, Ciudad, Marcial Pons, 1997.

Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido al español por Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijó Sánchez, Madrid, Civitas, 2000.

Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981.

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, traducida por Miguel Olmedo, Granada, Comares, 2002.

Jescheck, Hans-Heinrich, "Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003.

Jiménez de Asúa, Luis, "Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito", en *Sudamericana*, 1990.

Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1992.

Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*. t. I. Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada, S.A., 1956.

Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, La culpabilidad*. t. V, Buenos Aires, Editorial Losada S.A, 1963.

Jiménez, Jorge, *Introducción a la Teoría del delito*, México, Angel editor, 2005.

Joschim, Hans, “Acerca de la Teoría de la Imputación Objetiva”, en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 9, 2015.

Jourdan, Eduardo, La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo, https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahukewi_qa3uqu7yahxbipakhbtzctuqfgglmaa&url=http%3a%2f%2fiusfilosofiamundolatino.ua.es.es%2fdownload%2feduardo%2520jourdan%2520markiewicz%2520la%2520legalidad%2520nazi.pdf&usq=aovvaw0dccclyflfonueusbsmnbfo, consultado en enero de 2018.

Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del Derecho*, La Plata, Escuela de la Plata, 2004.

Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres, traducción de Adela Cortina y Jesús Canal Sancho*. Madrid, 1989.

Kaufmann, Arthur, “EL procesamiento jurídico contemporáneo”, en Debate, Madrid, edición española a cargo de Gregorio Robles, 1992.

Kelsen, Hans, “¿El juicio en el Juicio de Núremberg constituye un precedente en la ley?”, en *El Derecho Internacional Trimestral*”, 1947.

Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan, *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires, B de F, 2001.

Knut, Amelung, *Protección jurídica y protección de la sociedad*, Frankfurt, 1972.

Krause, Friederick, *Ideal de la humanidad para la vida*, Madrid, Imprenta de F. Martínez del Río, 1871.

Lacroix, Jean, *Filosofía de la culpabilidad*, Barcelona, Editorial Herder, 1980.

León, Catalina, *Límites jurídicos entre la enajenación mental y las anomalías*

psíquicas para determinar la aplicación de una pena o de una medida de seguridad, Universidad de Chile, Santiago, 2014.

Liszt, Frankz Von, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Madrid, Ed. Reus, 1917.

López, Diego, *El problema de la obligatoriedad del precedente constitucional*, en *El derecho de los jueces*, Bogotá, Uniandes- Legis, 2000.

López, Eduardo, *Teoría del Delito*, México, Porrúa, 1994.

López, Jacobo, *Derecho penal. Parte general*, Introducción a la teoría jurídica del delito, t. I, Madrid, Marcial Pons, 1996.

López, Juan, *El Krausismo español*, Madrid, Fondo de cultura económica, 1980.

López, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad médica*, Bogotá y México, Editorial Legis de Colombia y Ubijus de México, 2007.

López, Yudith, *La prueba y su tratamiento actual dentro del proceso penal*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2015.

López, Yudith, *El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, al alcance de todos, Normas Rectoras e Infracción en general*, t. I. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2016.

Lorenzo, Miguel, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, (alterum non laedere), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

Magariños, Mario, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, en https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/l%C3%ADmite.pdf.

Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal, Parte General*, Bologna, 1951.

Maier, Julio, *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.

Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, t. I. Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1999.

Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal. I Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. Del Mantovani, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Padova, 1990.

Martínez, Margarita y Sánchez, María, *Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Penitenciaria: un renovado impulso*, Colección de Mediación y Resolución de Conflictos, Madrid, Universidad Complutense, 2011.

Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho penal: Parte general*, t. I,

Heidelberg, C.F. Müllier, 1992.

Maurach, Reinhart, *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Heinz Zipf, traducido de la Séptima Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, t, II, traducido por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962.

Mayer, Ernst, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, B de F., 2007.

Mayer, Max, *La trama de la culpabilidad en el Derecho Penal*, Leipzig, Hirschfeld, 1901.

Medina, Sergio, *Teoría del Delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*, México, Ae Angel editor, 2003.

Melendo, Mariano, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Madrid, 2002.

Melendo, Tomás, *Metafísica de la Dignidad Humana*, en Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Navarra, 2008.

Merkel, Adolf, " Sobre la enseñanza de la culpabilidad", en *Tratados criminalistas*, 1910.

Merkel, Adolf, "Sobre la doctrina de las injusticias fundamentales y sus consecuencias legales" en *Tratados criminalistas*, Leipzig, Breitkopf-Härtel, Leipzig, Breitkopf-Härtel, 1867.

Merkel, Adolf, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Montevideo, B de f, 2004.

Merkel, Paul, "Las disposiciones del Proyecto de ley de derecho penal de 1919", en *Revista de derecho para todas las ciencias del Derecho Penal*, ZStW, 43, Berlin/Leipzig, 1922.

Messina, Salvatore, *Presupuestos metódicos del concepto de culpabilidad: sobre las concepciones "normativas"*, t. XII, en *derecho penal* Salvatore ADPCP, Fascículo III, 1959.

Meza, Fernando, "¿Derecho Penal de culpabilidad?" en *Temas de Derecho Penal Colombiano*, N° 14, Segunda Época, Medellín, 1981.

Mezger, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, Traducido por Conrado A.

Finzi, Tijuana, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985.

Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal Alemán*, t. II, traducido por Jorge Rodríguez Muñoz, Madrid, Marcial Pons, 1957.

Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial de Revista de Derecho Privado, 1935.

Miguel, Adolfo, “Panorama de la culpabilidad en dogmática penal contemporánea”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. V, Fascículo I, Enero-Abril, 1952.

Miguel, Manuel y Jordan de Asso, Ignacio, *Instituciones de Derecho civil de Castilla* Madrid, imprenta de Andrés de Sotos, 1786.

Mir, Santiago, “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español”, en La Ley, Barcelona, 6 febrero 1991.

Mir, Santiago, *Derecho Penal*, Barcelona, Reppertor, 2000.

Mir, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008.

Mir, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2005.

Mir, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, B de F, 2005.

Mir, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1976.

Mosset, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni editores, 2009.

Mosset, Jorge, “Del micro al macro sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, en Prudentia Iuris, Buenos Aires, N° 61, 2006.

Mosset, Jorge y Lorenzetti, Ricardo, *Contratos Médicos*, Buenos Aires, La Rocca, 1991.

Muller, Ingo, *Los juristas del horror. La justicia de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*, traducido del alemán por Carlos Armando Figueredo, Bogotá, Editorial Alvaro- Nora, C.A, 2009.

Muñoz, Francisco y García, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

Muñoz, Francisco y García, Mercedes, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Muñoz, Francisco, *Mezger y El derecho penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Muñoz, Francisco, "El principio de culpabilidad", en Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1975.

Muñoz, Francisco, "El principio de culpabilidad", en Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1975.

Muñoz, Francisco, *Edmund Mezger y El Derecho Penal de su tiempo: Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. Buenos Aires, Tirant lo Blanch, 2000.

Muñoz, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Montevideo, Bosh, 2001.

Muñoz, Francisco y García, Mercedes, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Naucke, Wolfgang, *El derecho penal. Una introducción*, Alfred Metzner Verlag, 1991.

Naveira, Maita, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 2006.

Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible. La culpa. La ilicitud*, Buenos Aires, De Palma, 1967.

Padilla, Augusto, "La Culpabilidad", en <https://es.calameo.com/books/00297736350f924ba2849>, s/f.

Velásquez, Fernando, "La culpabilidad y el principio de culpabilidad", en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1993.

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

Peña, Alonso, *Derecho Penal, Parte General, Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. Lima, Editorial Rodhas, 2007.

Pena, José, en Prólogo a la Obra de Busto, José, *La Antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Ed. Tecnos, 1998.

Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú, Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L., 2010.

Perron, Walter, "Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad", traducido por Juan Muñoz Sánchez, en *Nuevo Foro Penal (NFP)* N° 50, Bogotá, 1990.

Pessina, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1936.

Petrocelli, "La tendencia utilitaria del derecho penal", en *Ensayos sobre derecho penal*, segunda serie, s/c, Padua, 1965.

Pizarro, Ramón, *Derecho de daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1996.

Plagiere, Carlos, *Culpabilidad penal, nueva teoría del delito, paradigma voluntarista*, t. II, Ediciones voluntarismo penal, 2014.

Plascencia, Raúl, *Fases de desarrollo de la teoría del delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

Politoff, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2008.

Portela, Jorge, *Una Introducción a los Valores Jurídicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

Quintero, Gonzalo, *Locos y culpables*, Pamplona, Aranzada, 1999.

Rabossi, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976.

Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1962.

Radbruch, Gustav, *Cinco minutos de filosofía de derecho*, t. III, Heidelberg, C., 1904.

Ramos, Enrique, "La Teoría del Delito desde Von Liszt y Beling a Hoy", en *Idearium*, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015.

Reinhard, Frank, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, traducido por Gustavo Eduardo Abosoy Tea Low, Buenos Aires, Editorial B de F., 2002.

Ricoeur, Paul, "Lo voluntario y lo involuntario", en Franco Volpi, Enciclopedia de obras de filosofía, t. II, editorial Herder, Barcelona, 2006.

Righi, Esteban, *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Rocco, Arturo, "El problema del método de la ciencia de Derecho Penal", en Revista derecho y proceso penal, Roma, 1910.

Rocco, Arturo, *El problema y el método en la ciencia del derecho penal*, en Oera Giudiche, Roma, 1933.

Rodríguez, Inés., *El juez ante la aplicación de leyes injustas en época de dictadura*, (caso real: Juicios de Núremberg), Universidad Pontificia Comillas Madrid, Madrid, ICADE, 2014.

Rodríguez, José, "Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista", en ADPCP, T. VI, Fasc. II, 1953.

Rogmanosi, Giandomenico, Génesis del derecho penal, Bogotá, Temis, 1956.

Rojas, Paz., *Crímenes de lesa humanidad e impunidad, t. II, La mirada médica psiquiátrica*, Santiago, Codepu, 1996.

Romeike, Sanya, *Caso de estudio No. 1 La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989*, Academia Internacional de los Principios de Núremberg, 2016.

Roxin, Claus, "¿Qué queda de la culpabilidad en el Derecho Penal?" traducido por Jesús María Silva Sánchez, en Cuadernos de Política Criminal (CPC) N° 30, Madrid, 1986.

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

Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Editorial Reus, S.A, 1981.

Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, t. I, Thompson Civitas, 2003.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t.I., traducido de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y

Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas 1997.

Roxin, Claus, *Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania*, México D.F., Editorial Ubijus, 2009.

Roxin, Claus, *Política criminal y Sistema de Derecho Penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992.

Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Ed. Reus, 1985.

Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.

Roxin, Claus, *Sobre la culpabilidad en el derecho penal*, traducido por Bustos-Hormazábal, PPU, Barcelona, 1992.

Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, t.I, Madrid, Civitas, 2003.

Savigny, Friedrich, *La Escuela histórica del Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018.

Schmidt, Eberhard, *Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1993.

Schmidt, Eberhard, *Introducción a la historia de la justicia penal alemana*, Gottingan, 1965.

Schönke, Adolf y Schröder, Horst, *Código penal, comentado*, traducido por Lenckner, Cramer, Eser y Stree), München, Ed. C.H. Beck, 1991.

Schünemann, Bernd, "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en AA.VV. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.

Schünemann, Bernd, "Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant", en *INDRET 2 Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2008.

Schünemann, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones Fundamentales*, traducido por Jesús María Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991.

Schunemann, Bernd, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal Preventivo en El sistema moderno de Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1995.

Schünemann, Bernd, *La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal*. Madrid, ADPCP, t. XLIV, 1991.

Siegert, Karl, *Amenazas de derecho penal en el nuevo Estado*, Tübingen, Ed. J.C.B. Mohr, 1934.

Silva, Jesús, “La Sistemática alemana de la Teoría del delito: ¿Eso no adecuada a estos tiempos?”, en *Estudios de Derecho penal*, Perú, Ara editores, 2005.

Silva, Jesús, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J.M. Bosch editor S.A, 1992.

Sivela, Luis, *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*, Madrid, 1903.

Simon, Dieter, *La independencia del Juez*, Barcelona, Ariel, 1985, textos/Pacto Briand-Kellog, 2011.

Stratenwerth, Günter, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad* traducido por Agustín Zugaldía y Enrique Bacigalupo, Madrid, Ediciones de la Universidad Complutense, 1980.

Struensee, Eberhard, “Acerca de la Legitimación de la Imputación Objetiva, como categoría complementaria del Tipo Objetivo”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 6, 1994.

Tamayo, Javier, *De la responsabilidad civil*, t. IV, Temis, Bogotá, 1999.

Terradillos, Juan, *La Culpabilidad*, México, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_14.pdf, 2002.

Tesar, Ottakar, *El comportamiento sintomático del comportamiento criminal*, Berlin, Ed. J. Guttentag, 1907.

Toledo y Ubieto, *Sobre el Concepto del Derecho Penal*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.

Tomás y Valiente, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta, siglos XVI-XVII-XVIII*, Madrid, Editorial Tecnos, 1969.

Torio, Ángel, "Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad", en Derecho Penal y Criminología (DPC), Vol. XII, N° 41 y 42 (1991), Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 1991.

Tunc, André, *La Responsabilidad civil*, Paris, Económica, 1990.

Ubiría, Fernando, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

Urruela, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Granada, Comares, 2004.

Valbuena, Francisco, "En favor del principio de culpabilidad: un punto de vista personal" en Nuevo Foro Penal (NFP), N° 50, Bogotá, 1990.

Vasalli, Giuliano, *Fórmula Radbruch y derecho penal. Notas sobre el castigo de los "crímenes de Estado" en la Alemania posnazi y la Alemania poscomunista*, Milán, Giuffrè, 2001.

Vázquez, Roberto, *Responsabilidad por daños, Elementos*, Buenos Aires, De palma, 1993.

Vega, Harold, "El análisis gramatical del tipo penal", en Justicia No. 29, Barranquilla, 2016.

Velázquez, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, 2004.

Vélez, Giovanna, *La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf, 2008.

Villavicencio, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Lima, Editorial jurídica Grijley, 2007.

Von Hirsh, Andrew, *Límites al Derecho Penal*, Barcelona, Atelier, 2012.

Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Reus, 1926.

Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por Jiménez de Asúa, t.I y II. Madrid, Editorial Hijos de Reus, 1917.

Weber, Helmuth Von, "Para la estructuración del sistema penal", traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni, en Nuevo Foro Penal (NFP), N° 13, Bogotá, 1982.

Welzel, Hans, "Causalidad y Acción", en Revista de para la ciencia del

derecho penal, ZStW, 51, Berlin, 1931.

Welzel, Hans, " Estudios sobre el sistema de derecho penal ", en revista para la ciencia del derecho penal, ZStW, 58, Berlín, 1939.

Welzel, Hans, "Personalidad y culpable, en revista para las ciencias del derecho penal, ZStW, Berlín, 1941.

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

Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, traducido por José Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964.

Welzel, Hans," Causalidad y Acción", en Revista para todo derecho penal, Berlín, 1931.

Welzel, Hans., *Derecho Penal Alemán*, traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica,1970.

Wessels, Johannes, *El derecho penal. Parte general*, Heidelberg, Ed. C. F. Müller,1991.

Winiger, responsabilidad aquiliana según la ley ordinaria. *Damnum Culpa Datum*, Helbing y Lichtenhahn, Ginebra, 2002.

Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

Zaffaroni, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, EDIAR,1989.

Zaffaroni, Eugenio, Slokar, Raul, y Alagia, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Buenos Aires, EDIAR, 1982.

Zappalá, Salvatore, *¿Qué es la justicia penal internacional?*, España, editorial Prometeus, 2010.

Zavala, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. IV, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

Zielinski, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Traducido por Marcelo A. Sancinetti Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

Zugaldía, Agustín, "Acerca de la evolución del principio de culpabilidad" en *Estudios Penales*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1982.