

La culpabilidad

Alicia Beatriz Azzolini Bincaz

I. El concepto de culpabilidad en la dogmática jurídico-penal

La concepción de culpabilidad ha sido una de las que mayor evolución ha sufrido en la dogmática penal. Nos parece necesario exponer las diversas teorías que han surgido en torno a la culpabilidad porque, especialmente en los países latinoamericanos, no hay actualmente consenso sobre dicho concepto; existiendo sostenedores tanto de la teoría psicológica como la de normativa con sus variables específicas. Esto es importante porque son esos mismos penalistas los que han influido en las legislaciones vigentes y por supuesto en su interpretación.

1. Teoría psicológica

Esta teoría nace entroncada en el positivismo científico del siglo XIX y con la postura en el ámbito del delito la de distinción esbozada por Carrara entre lo subjetivo y objetivo del delito ⁽¹⁾. Por su parte Beling mantiene la misma distinción al elaborar la teoría del tipo ⁽²⁾. Pero el autor más representativo de esta postura es Von Liszt, quien articula el concepto de acción causal -social- y culpabilidad.

Si el acto es la conducta voluntaria que produce un resultado en el mundo exterior, entre esa manifestación de voluntad y el resultado hay dos tipos de relaciones, una objetiva cuando el resultado es causado por la conducta, y otra subjetiva cuando culpablemente se ha causado o no impedido el resultado. La culpabilidad es precisamente esta segunda relación subjetiva entre el acto y el actor,

relación que sólo puede ser de carácter psicológico ⁽³⁾.

La relación psicológica que existe entre el actor y el resultado admite dos grados o formas, el dolo y la culpa ⁽⁴⁾.

El dolo implica la voluntad del actor tendiente a un resultado prohibido por la ley. Comprende *a)* el conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal (antijuridicidad) y *b)* el querer esos hechos o al menos aceptarlos ⁽⁵⁾. El conocimiento de la antijuridicidad es entendido como un conocimiento actual, o sea que el sujeto tiene que percibir efectivamente que tales hechos son ilícitos ⁽⁶⁾.

La culpa resulta cuando el autor no quiere el resultado antijurídico. Requiere *a)* falta de precaución, o bien *b)* falta de previsión.

Una tercera forma o grado de culpabilidad es introducido cuando el sujeto queriendo causar un daño menor causa uno mayor ⁽⁷⁾.

La imputabilidad es el estado psíquico que garantiza al sujeto la posibilidad de conducirse socialmente ⁽⁸⁾. Es un requisito para poder ser culpable y por lo tanto presupuesto de la culpabilidad.

La culpabilidad se excluye por el error -desplaza el elemento intelectual- y por la coacción -desplaza el elemento volitivo ⁽⁹⁾.

1. Carrara distingue entre fuerza física y fuerza moral las que a su vez pueden ser objetiva o subjetiva, la fuerza moral subjetiva corresponde a la culpabilidad. Cfr. Carrara, Francesco; 1947 pp. 67 y ss.
2. Beling dice que la antijuridicidad se relaciona con la fase externa o sea con el comportamiento corporal, mientras que la culpabilidad se relaciona con la fase interna o subjetiva de la acción o sea con el estilo anímico del sujeto al tiempo de la acción. Cfr. Beling, Ernest von; 1944, pp. 30 y 31.

3. Cfr. Liszt, Franz von. s/a, pp. 300 a 302 y 387. Según este autor la culpabilidad tendrá como contenido material al carácter asocial del autor.
4. Ídem; pp. 387 y 388.
5. Cfr. Maurach, Reinhart. 1965a, p. 432 e Islas de González Mariscal, Olga; 1982, p. 31.
6. El conocimiento de la antijuridicidad como contenido del dolo es lo que se ha llamado dolo malo. La exigencia de que ese mismo conocimiento debe ser actual es lo que ha dado lugar a la teoría estricta o extrema del dolo. Cfr. Maurach, Reinhart, 1965a, pp. 357 a 360- Islas de González Mariscal, Olga, 1982, p. 31 y Bustos Ramírez, Juan; 1984, pp. 399 y 400.
7. Cfr. Islas, **op. cit.**, p. 30, esta autora sostiene acertadamente que los casos de preterintención son en realidad conductas culposas. En México Porte Petit es quien ha defendido esta tercera forma de culpabilidad, Ver Porte Petit Candaudap, Celestino; 1982, p. 271. Es importante destacar que el Código Penal para el Distrito Federal, reformado en enero de 1983, incluye a la preterintención en el art. 8 como una de las formas de ser de los delitos.
8. Liszt, *op. cit.*; p. 388.
9. Moreno Hernández, Moisés; 1984, p. 61.

Esta teoría no ha podido explicar satisfactoriamente varias cuestiones, entre ellas la culpa sin representación donde no existe un nexo psicológico entre el actor y el resultado, lo que llevó a Kohlrausch a sostener que la misma no representa culpabilidad ⁽¹⁰⁾. Tampoco, y quizá esto sea lo más grave, es capaz de graduar la culpabilidad, ésta existirá o no en alguna de sus formas.

2. Teoría normativa

2.1. Teoría normativa mixta

Surge a partir de la influencia del neokantismo en la teoría del delito; la culpabilidad deja de ser entendida psicológicamente para entenderse normativamente como reprochabilidad. A la base naturalista-psicológica se le agrega también la teoría de los valores; con esto se superpone en la culpabilidad un criterio de carácter eticizante y de neto corte retributivo.

Considerando que la teoría psicológica no podía establecer un nexo entre dolo y culpa o sea que no era apta para elaborar la idea general de culpabilidad penal, Reinhart Frank busca superar esa dificultad por medio de un elemento normativo común.

La culpabilidad deja de ser una relación subjetiva entre delincuente y resultado y pasa a ser un reproche. Hay culpabilidad no cuando el sujeto sabe una cosa que ocurre en el mundo externo, sino cuando ese saber le es reprochable ⁽¹¹⁾. La culpabilidad se conceptualiza entonces a través de un elemento normativo unitario, la reprochabilidad.

El reproche tiene como elementos la imputabilidad, el dolo o la culpa y el estado normal de las circunstancias en las que obra el agente. La gravedad de la culpabilidad dependerá de la medida de libertad del autor, la que influirá para la graduación de la pena.

Goldschmidt sostiene que el reproche se le hace al autor por no haberse dejado motivar por la representación del deber. Freudenthal es quién aporta el requisito de la exigibilidad, la culpabilidad es la desaprobación de que el autor se haya comportado así cuando hubiera podido y debido comportarse en forma diferente ⁽¹²⁾.

Mezger es el autor que sintetiza esta teoría. La culpabilidad es para él tanto un contenido como también un juicio de valor sobre ese contenido. El juicio es la reprochabilidad y sus componentes son la imputabilidad; una determinada relación psicológica entre el autor y su hecho -dolo o culpa- y la ausencia de las causas especiales de exclusión (es decir las circunstancias que acompañan la motivación normal o la no exigibilidad) aparecen en forma negativa como exclusión de la culpabilidad ⁽¹³⁾.

10. Citado por Bustos Ramírez, *op. cit.*; pp. 357 y 358. También ver Maurach, *op. cit.*; p. 343.

11. Soler, Sebastián; 1965, p. 88.

12. Moreno Hernández, *op. cit.*; p. 62.

13. *Idem*; p. 63.

Esta teoría tiene una clara ventaja sobre la anterior y es que permite graduar la culpabilidad. Sin embargo se le ha criticado que uno de sus elementos, el dolo, es parte del juicio de reproche y a la vez objeto del mismo. Esto es consecuencia de los componentes mixtos de este concepto de culpabilidad que se forma con elementos psicológicos como el dolo y valorativos como el reproche.

2.2. Teoría normativa pura

La depuración de los elementos psicológicos del concepto normativo de culpabilidad se logra al transformar el concepto de acción causal en acción final, concepción que fue elaborada por Welzel. Ya Dhona había distinguido la valoración -reprochabilidad- de su objeto -dolo-, pero fue Welzel quien reestructuró la teoría del delito desplazando el dolo (y la culpa) de la culpabilidad a la acción ⁽¹⁴⁾. Esto lo logra definiendo a la acción como actividad final humana. La acción deja de ser considerada como mera relación causal externa y pasa a ser entendida como una conducta dirigida hacia un determinado fin.

El tipo queda formado por una parte subjetiva -su componente final-, y una parte objetiva -su componente causal ⁽¹⁵⁾.

La voluntad final es el dolo en los tipos dolosos. El dolo se extiende y limita al tipo objetivo del delito en cuestión, pero no comprende la conciencia de la antijuridicidad; no es *dolus malus* sino *dolus naturalis* ⁽¹⁶⁾.

La culpa tiene una naturaleza distinta del dolo y requiere por lo tanto un tipo diferente.

La culpabilidad hace al autor el reproche personal por no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haberla podido omitir. Esta doble relación del no deber ser antijurídico frente al poder ser adecuado al derecho constituye el carácter específico de la culpabilidad ⁽¹⁷⁾.

En un sentido estricto, la culpabilidad es solamente reprochabilidad, o sea la calidad específica de disvalor en la voluntad de acción. Pero en un sentido más amplio, "culpabilidad" también significa la voluntad de acción misma, junto con su cualidad de disvalor como una totalidad: la voluntad culpable ⁽¹⁸⁾.

Los elementos constitutivos de la culpabilidad son: la exigibilidad de una conducta conforme a la ley (posibilidad de determinarse, dice Welzel); la imputabilidad del autor y la posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado ⁽¹⁹⁾.

Las causas que excluyen la culpabilidad son: la no

14. Ver Welzel, *op. cit.*; pp. 147 y ss.

15. Cfr. Maurach, Reinhart; 1965b, p. 330.

16. *Idem*; p. 333.

17. Cfr. Welzel, *op. cit.*; p. 147.

18. *Idem*; p. 149.

19. *Idem*; pp. 165 y 169. También ver. Maurach, Reinhart; 1965a, p. 348.

exigibilidad de otra conducta -excluye la exigibilidad⁽²⁰⁾; la imputabilidad de otra conducta -excluye la capacidad de culpa- y el error de prohibición invencible -excluye el conocimiento de la ilicitud- si es vencible sólo disminuye el grado de culpabilidad⁽²¹⁾.

Con algunas variables lo expuesto hasta aquí es el núcleo de la teoría normativa pura de la culpabilidad⁽²²⁾.

Cabe sin embargo destacar que Maurach ha completado esta elaboración distinguiendo entre culpabilidad y atribuibilidad. La teoría de la atribuibilidad la elabora teniendo en cuenta la situación de los imputables quienes de acuerdo a la teoría de Welzel podrían ser constreñidos a una medida de seguridad sin que se averigüe si su conducta les era o no exigible; mientras un imputable no merecería pena por ser declarado no culpable, un inimputable sería objeto de una medida alternativa. Dice entonces Maurach que la determinación de la responsabilidad por el acto debe realizarse en dos etapas: 1) atribuibilidad, donde se enjuicia si el autor (imputable o no) al cometer su acción típica y antijurídica se ha conducido o no conforme a las exigencias del derecho; y 2) la culpabilidad en sentido estricto -reproche personal-, y si lo es, la siguiente determinación será si sabía o no que la acción es antijurídica⁽²³⁾.

Por su parte el modelo lógico de derecho penal también maneja un concepto normativo puro de culpabilidad aunque con particularidades importantes que se derivan de la propia articulación del modelo. La culpabilidad se reduce al "reproche al autor de la conducta violatoria del

20. Sobre las causas que excluyen la exigibilidad en el derecho mexicano, ver Righi, Esteban; 1977. Este autor considera que no le era exigible otra conducta o quien obra bajo coacción, en estado de necesidad disculpante o en el caso del subordinado que conoce la ilicitud de la orden pero la cumple en virtud de las amenazas que recibe del superior. Los autores alemanes apoyándose en su código reducen las causas de no exigibilidad al estado de necesidad no justificante, por ejemplo ver Welzel, op. Cit

21. Error de prohibición es error acerca del carácter antijurídico del acto, con la teoría finalista el conocimiento del injusto es parte de la culpabilidad y no del dolo, por lo tanto un error sobre la prohibición deja intacto el dolo, o la culpa en su caso. El error de tipo, o sea sobre alguno de los elementos del tipo es el que excluye el dolo y si es invencible también la culpa. Ver Welzel, op. cit; pp. 173 a 175 y Maurach, R.; 1965a, pp. 361 y 362.

La doctrina finalista exige que el autor haya tenido la posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito del acto para poder ser culpable. Esta postura que exige la posibilidad de conocer la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad y no del dolo es lo que se ha llamado teoría estricta o extrema del dolo que se mencionó en la Nota 6. Existe otra postura fundada en la jurisprudencia alemana que es la teoría limitada de la culpabilidad; según la misma en ciertas causas de justificación putativas se elimina el dolo. Cfr. Maurach, R; 1965a, pp. 360 a 365 e Islas, o^a. cit., p. 32.

22. Así, por ejemplo, Jescheck le critica a Welzel que el objeto de la antijuridicidad coincide en su formulación con el de la culpabilidad, o sea que la voluntad de actuar se valora por una parte como no debida y por la otra como reprochable. Jescheck aclara entonces que el objeto del juicio de culpabilidad "es el hecho a la vista de la actitud interna defectuosa de la cual ha surgido la resolución de cometer el hecho". Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich; 1978, p. 580.

deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de acción no lesiva o menos lesiva"⁽²⁴⁾. De esta manera la imputabilidad se elimina de la culpabilidad y la exigibilidad de otra conducta, si bien queda implícita en la misma, deja de considerarse como uno de sus elementos específicos.

En la situación actual de la evolución de la teoría del delito parece claro que la concepción normativa pura de la culpabilidad, esto es la que se complementa con el concepto final de acción, es la que mejor ha podido resolver la articulación de los elementos del delito y explicar de manera más acabada la naturaleza misma de la culpabilidad.

La eliminación de los elementos psicológicos de la culpabilidad permite una mejor graduación de la misma lo que a su vez posibilita, como veremos en la siguiente parte del trabajo, graduar la pena sin recurrir a criterios externos al propio hecho ilícito.

II. Problemas que suscita la culpabilidad en la sistemática penal

En la primera parte de este trabajo hemos expuesto brevemente la evolución que en la dogmática penal ha sufrido el concepto de culpabilidad con la necesaria aclaración de la diversidad de posturas que todavía sustentan los distintos autores.

Pero aun aceptando la superioridad de la teoría normativa pura de la culpabilidad no quedan resueltas ni abarcadas todas las cuestiones que la misma plantea.

Nos proponemos en esta etapa desglosar una serie de controversias que exceden en el campo estricto de la dogmática para ingresar en cuestiones de orden filosófico y de política criminal.

1. Cuestiones en torno a los presupuestos existenciales de la culpabilidad

Una de las principales controversias que se han suscitado, no sólo en la ciencia jurídica sino en las ciencias del hombre en general, está dada por la posibilidad o no que tiene el ser humano de comportarse libremente, o sea de actuar conforme a su voluntad. Uno de los polos de la discusión está representado por los partidarios del libre albedrío y el otro por los defensores del determinismo.

Esta vieja polémica ha sido considerada como fundamental en relación a que un individuo pueda o no ser considerado culpable.

- La gran mayoría de los dogmáticos penales no sólo defienden la posibilidad del hombre le pronunciarse libremente, sino que esta libertad es considerada como presupuesto necesario de la culpabilidad.

23. Cfr. Maurach, R.; 1962, pp. 31 a 34. Sobre esta postura también ver su análisis en Niño, Carlos S.; 1980, pp. 60 a 62.

24. Cfr. Islas, op. cit.; Sección primera: teoría general.

Welzel dice que "el hombre es un ser responsable, un ser con la predisposición de autorresponsabilidad" y este es el criterio que lo distingue de todo el mundo animal ⁽²⁵⁾. Esta predisposición a la responsabilidad es presupuesto existencial de la culpabilidad.

Asimismo Jescheck sostiene que el principio de culpabilidad penal supone lógicamente el de la libertad de decisión del hombre, y el hombre puede determinarse porque tiene capacidad de controlar los impulsos que sobre él inciden ⁽²⁶⁾.

Solamente con este presupuesto es posible reprochar a un hombre el que no se haya comportado de acuerdo a la ley.

- Los partidarios del determinismo ⁽²⁷⁾ niegan, en términos generales la posibilidad del hombre de pronunciarse libremente.

En la doctrina penal, entre los seguidores del determinismo, se desprenden fundamentalmente dos corrientes: la de los Positivistas italianos y la alemana de la Defensa Social.

Los primeros niegan la culpabilidad en tanto no se le puede reprochar a alguien por una conducta que necesariamente tuvo que realizar. Intentan sustituir la culpabilidad por la peligrosidad, o sea por la aptitud potencial que tiene un individuo de delinquir.

La segunda postura, de la Defensa Social, es sustentada por Von Liszt. En este caso no se elimina la culpabilidad como elemento del delito, pero al manejar un concepto psicológico de la misma le es posible concebir al dolo y a la culpa, en su sentido material, como indicios del estado de la concreta peligrosidad del autor ⁽²⁸⁾.

- Una posición diferente está dada por quienes, sin llegar a defender el determinismo niegan la posibilidad de demostrar científicamente el libre albedrío.

Así Gimbernat Ordeig sostiene que el postulado de la libertad humana es indemostrable, por lo cual el concepto de culpabilidad es insostenible y debe ser reemplazado por el de la necesidad de la pena, vista ésta desde un enfoque político criminal de prevención general o especial ⁽²⁹⁾.

También Roxin sostiene la indemostrabilidad del libre albedrío o por lo cual afirma que la culpabilidad no puede ser considerada como fundamento de la pena. Pero por razones de política criminal la mantiene como elemento del delito ya que la misma constituye un principio limitador al poder punitivo estatal ⁽³⁰⁾.

- Por último hay autores que soslayando la discusión tradicional abordan el problema desde otro ángulo.

En este sentido cabe mencionar a Bustos Ramírez quien considerara que tanto el libre albedrío como el determinismo son posturas individualistas. Parte de entender al hombre en sociedad, al hombre como actor de una relación social concreta en donde toma conciencia de su papel, papel que si bien le fue asignado por la propia sociedad, es realizado por él. La culpabilidad es entonces responsabilidad, pero junto a la responsabilidad del actor social se plantea la de toda la sociedad. La conciencia del hombre surge del proceso histórico social, por eso la sociedad responde de esa conciencia lograda por el hombre ⁽³¹⁾.

Rescatando esta última postura del ser humano como ser social nos parece importante que aunque la oposición libre albedrío/determinismo sea prácticamente insoluble en términos científicos, todo el ordenamiento jurídico -y no sólo el derecho penal- descansa en el principio de que el hombre puede conducirse con cierto grado de libertad. Según Luis de la Barrera se trata de "un principio cultural, de una visión que se quiere tener del hombre..." ⁽³²⁾ No creemos, por consiguiente, que la indemostrabilidad del libre albedrío sea razón suficiente para eliminar el principio de culpabilidad penal.

2. Cuestiones relativas al alcance del principio de culpabilidad

Aun habiendo acuerdo en que la culpabilidad implica un reproche al autor del acto antijurídico, el interrogante está dado por si ese reproche se limita al acto ilícito realizado o se extiende a toda la personalidad del autor.

Surgen así los conceptos de culpabilidad de acto y la culpabilidad de autor. Se llama culpabilidad de acto al reproche que se le hace al autor por el hecho ilícito cometido.

Por su parte la culpabilidad de autor extiende el reproche a toda la personalidad del individuo, distinguiéndose principalmente dos conceptos: a) culpabilidad de carácter, que es la carencia de actitud social que el autor expresa en la realización del hecho ⁽³³⁾ y b) culpabilidad por la conducción de vida, en donde se le reprocha al autor haberse convertido en lo que es, o sea cuando su inclinación al delito es producto de sus defectuosa conducta vital ⁽³⁴⁾.

25. Welzel, *op. cit.*; p. 155.

26. Jescheck, *op. cit.*; p. 564. En el mismo sentido se pronuncia Maurach, R.; 1962, pp. 31 y ss.

27. Sobre las distintivas vertientes del determinismo, ver Niño, *op. cit.*; pp. 365 a 372.

28. Cfr. Zaffaroni, Raúl E.; 1973, pp. 531 y 532. Sobre la concepción de culpabilidad para Liszt ver en la primera parte de este trabajo.

29. Citado por Niño, *op. cit.*; p. 363 y Córdoba Roda, Juan; 1977, p. 33.

30. Cfr. Roxin, Claus; 1977, pp. 144 y ss.

31. Cfr. Bustos Ramírez, *op. cit.* pp. 375 y 376. También Zaffaroni plantea la co-culpabilidad de la sociedad que es la responsabilidad que tiene la sociedad por reducir el ámbito de la libertad del sujeto, Esta responsabilidad social se expresaría para Zaffaroni al momento de la punición donde se tiene en cuenta la situación del autor en la sociedad (en el CP. del DF art. 52) Cfr. Zaffaroni, *op. cit.*; p. 541.

32. De la Barrera Solórzano, Luis; 1985a, p. 238. En el mismo sentido se pronuncia Sebastián Soler, citado por Niño, *op. cit.*, p. 379.

33. Kohlrausch citado por Stratenwerth, Günter; 1980, p. 45.

34. Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*; p. 46 y Maurach, R.; 1962, p. 80



El reproche hecho al autor por su personalidad se acerca a las posturas positivistas que parten de la tendencia al delito que tenga el autor, esto es de su peligrosidad ⁽³⁵⁾.

Ciertos penalistas aceptan la culpabilidad de autor como complementaria de la culpabilidad por el hecho.

Así Jescheck propone que en ciertos casos el derecho tenga en cuenta la culpabilidad del actor ⁽³⁶⁾. También Sauer incluye la culpabilidad del autor dentro de su concepción de culpabilidad crónica ⁽³⁷⁾.

Stretenwerth, defendiendo la culpabilidad por el hecho, dice que debe tenerse en cuenta la personalidad del autor de la manera más completa pero sólo en la medida que ella aparezca expresada en el hecho punible ⁽³⁸⁾.

Este tema está directamente relacionado con el siguiente punto del trabajo donde se hablará de la culpabilidad a la personalidad del autor se está influyendo en la gravedad de la misma y por lo tanto en la determinación de la pena.

Al respecto muchos códigos penales toman en cuenta la personalidad del autor, con independencia del hecho ilícito cometido, para fijar la determinación de la pena. TM es el caso del Código Penal para el Distrito Federal (arts. 65, 66 y cc.) que establece la reincidencia como criterio de agravación de la pena.

La reincidencia viene a jugar en este caso como un indicio de la mayor peligrosidad del agente, agravando por lo tanto su sanción. Esto es resultado de la influencia positivista que ha tenido lugar en casi todos los códigos penales latinoamericanos, quienes si bien rechazaron la peligrosidad predelictual, la aceptaron como criterio o delimitador de la pena ⁽³⁹⁾.

Zaffaroni defiende la institución de la reincidencia argumentando que la misma no es objeto del reproche de culpabilidad, sino un criterio rector del mismo. Al admitir que se tenga en cuenta la personalidad del autor en el reproche, este autor la hace funcionar de manera diferente a los sostenedores de la culpabilidad de autor; considera que quien mayor inclinación tiene al delito actúa en un ámbito más restringido de libertad y por lo tanto su acción es menos reprochable ⁽⁴⁰⁾.

Es importante mencionar también el problema de los tipos de autor como es el caso de los artículos 255 y 256 del Código Penal para el Distrito Federal. En los mismos, al reprimir a los vagos y malvivientes, lo que se está sancionando no son conductas sino una determinada manera de ser ⁽⁴¹⁾.

Los tipos de autor rebasan el ámbito de la culpabilidad para entrar en el terreno del principio de legalidad penal, pero no dejan de ser una expresión superlativa de las posturas peligrosistas.

35. Ver determinismo en este mismo trabajo.

36. Jescheck, *op. cit.*; p. 583.

37. Sauer, Guillermo; 1956, p. 224.

38. Stratenwerth, *op. cit.*; p. 48.

39. Sobre las influencias positivistas en el derecho penal latinoamericano y en particular en el derecho argentino, ver Bacigalupo, Enrique; 1973, pp.305 a 316.

40. Cfr. Zaffaroni, *cit.*; p. 538.

41. Los tipos de vagos y malvivientes en el código mexicano son analizados por De la Barreda, Luis; 1985b, pp. 96 a 105.

Nos resulta imposible en este punto dejar de adelantar nuestra postura en pro de un sistema penal democrático y pluralista, y más aún de un sistema penal cada vez más restringido en su ámbito de aplicación. La culpabilidad de autor permite realizar sobre el sujeto en juicio que excede los límites de lo jurídico⁽⁴²⁾ para entrar en el terreno de lo moral, arrasando así con el principio de legalidad conquistado ya hace tantos años y contenido en el ordenamiento jurídico vigente.

Tampoco nos parece acertada la posición de Zaffaroni, aunque vuelque la peligrosidad en favor del delincuente, porque lo cuestionable en este caso es la existencia misma de personalidades peligrosas o delictivas.

3. Función del principio de culpabilidad penal

Los defensores del principio de culpabilidad sostienen en su mayoría que dicho principio funciona como garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado. La medida de la pena estará dada entonces por el grado de culpabilidad.

- Roxin niega como hemos visto la culpabilidad como fundamento de la pena, por lo que ésta última no podrá tener un carácter retributivo sino resocializador. Pero al mismo tiempo defiende el principio de culpabilidad como criterio limitador de la pena; en este sentido lo equipara, en tanto principio garante, al de tipicidad. El principio de culpabilidad exige para este autor "que se determine claramente el ámbito de la tipicidad, que las leyes penales no tengan efectos retroactivos y que se excluya cualquier tipo de analogía en contra del reo"⁽⁴³⁾.

Córdoba Roda, aunque con fundamentos distintos, se pronuncia también por la función garantizadora del principio de culpabilidad pero propone que la pena deje de ser aplicada en casos innecesarios. De esta manera introduce la necesidad de la pena como exigencia adicional a la culpabilidad pero siempre en su aspecto negativo, esto es como posibilidad de excluirla⁽⁴⁴⁾.

Existen muchos autores que si bien no aceptan la imposición de pena sin culpabilidad -no hay pena sin culpa-, no se oponen a que al momento de la punición se tomen en cuenta circunstancias tales como la peligrosidad del autor para fijar el límite de la pena. El principio de culpabilidad funciona entonces como presupuesto necesario de la punición pero no como límite de la misma. Esta situación se mantiene cuando el límite de la pena está dado por una culpabilidad entendida como culpabilidad de autor.

Según Bacigalupo "puede decirse que la idea de culpabilidad por el hecho como fundamento y límite de

la medida de la pena ha sido hasta ahora extraña a los derechos penales hispanoamericanos⁽⁴⁵⁾.

Precisamente esta es una situación que ya habíamos comentado en el punto anterior.

Si bien esta postura no es exclusiva de los partidarios de la teoría psicológica de la culpabilidad -recuérdese a Jescheck y a Zaffaroni- es a ellos a quienes más beneficia. En tanto la teoría no permite graduar la culpabilidad, se hace necesario recurrir a un criterio distinto a la misma para fijar la pena en el caso concreto.

El tema se complica porque como dijimos el código mexicano tiene en cuenta situaciones tales como la reincidencia como criterio para la agravación de la pena. Nos parece un punto álgido en el que los penalistas no pueden dejar de pronunciarse en favor de que la culpabilidad cumpla una función de garantía frente al poder punitivo estatal. Si desde una postura limitadora del ámbito penal defendimos que la culpabilidad debe extenderse solamente al acto antijurídico en cuestión, necesariamente sostenemos que la pena debe fijarse en consideración al grado de culpabilidad existente en el hecho ilícito y no a factores externos al mismo. Defender lo contrario nos parece una elegante manera de hacer trampas al principio de legalidad consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional.

Decíamos que el punto es álgido porque el derecho vigente se decide en sentido contrario al que defendemos. Pero una de las funciones quizá más importantes de la ciencia del derecho penal es influir en la elaboración y modificación de las normas penales vigentes.

Reflexiones finales

Los diferentes aspectos expuestos sobre la culpabilidad nos conducen a una serie de reflexiones que, si bien algunas ya fueron adelantadas en el transcurso del trabajo, hacen necesaria su sistematización.

Consideramos importante destacar que no hay un abismo entre los planteamientos estrictamente dogmáticos y los problemas de índole político criminal que aquí se abordaron. Por el contrario, hay en ellos una correlación estrecha.

La teoría psicológica aparece a primera vista como la más simple y acabada en su propuesta sobre la culpabilidad. Simplicidad y coherencia que mucho tienen que ver con el tratamiento formalista que hace sobre la culpabilidad. Sin embargo, entre todos sus defectos, el problema que nos parece más grave es el de la imposibilidad de esta teoría para graduar la culpabilidad, esto tiene que llevar necesariamente a sus sostenedores a recurrir a elementos extraños al hecho ilícito al momento de la punición.

En este sentido la teoría normativa a través de su evolución que se completa con el finalismo, ha significado

42. Sobre la necesidad de limitar la culpabilidad penal a la reprochabilidad jurídica eliminando los juicios de reprochabilidad moral, ver Kaufmann, Hilde; 1974, pp. 113 a 115.

43. Cfr. Roxin, Claus; 1972, p. 181 y Roxin, 1977; p. 146

44. Cfr. Córdoba Roda, *op. cit.*; p. 56.

45. Bacigalupo, *op. cit.*; p. 305.

un gran avance en la solución de esta cuestión fundamental.

Pero si lo que se pretende, como en nuestro caso, es que las normas penales sancionen solamente aquellos hechos de gravedad extrema que ocurren en la sociedad y respeten y reconozcan al ser humano en su dimensión individual y social, el concepto de culpabilidad debe limitarse más aún.

Esta delimitación está dada, en primer lugar, defendiendo la culpabilidad por el acto frente a la culpabilidad de autor, y en segundo lugar, al funcionar el principio de culpabilidad como criterio límite de fijación de la pena.

Lo dicho no significa que consideremos a la culpabilidad como un elemento atemporal y necesario en el sistema penal -actualmente se cuestiona la necesidad y finalidad del propio sistema-, pero sí pensamos que en nuestra realidad -el derecho penal mexicano vigente-, la culpabilidad funciona y puede funcionar mejor aún como garantía en favor de los gobernados.

Bibliografía

BACIGALUPO, ENRIQUE; 1973. "Acerca de la personalidad y culpabilidad en la medida de la pena". En *Nuevo Pensamiento Penal*. Año 2. Buenos Aires. PP. 305 a 316.

BELING, ERNEST VON; 1944. *Esquema de derecho penal*. Tted. por S. Soler. Buenos Aires. Depalma.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; 1984. *Manual de derecho penal español*. Parte General. Barcelona. Bosch. Casa edir.

CARRARA, FRANCESCO; 1947. *Programa del curso de derecho criminal*, liad, por S. Soler. Buenos Aires. Depalma.

CÓRDOBA RODA, JUAN; 1977. *Culpabilidad y pena*. Barcelona. Bosch. Casa edir.

DE LA BARREDA SOLÓRZANO, LUIS; 1985a. "Punición, culpabilidad y reincidencia". En *Revista Mexicana de Justicia*. No. 2, Vol. III, abril-junio. México Procuraduría General de la República.

DE LA BARREDA SOLÓRZANO, LUIS; 1985B. "Legalidad penal y poder punitivo estatal. Un caso: las figuras de vagancia y malvivencia". En *Revista A*. Vol. VI, No. 14, enero-abril. México. Universidad Autónoma Metropolitana - Azcapotzalco. Pp. 97 a 105.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, OLGA; 1982. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. México. Trillas.

JESCIIECK, HANS-HENRICH; 1978. *Tratado de derecho penal*. Parte General. Vol. Primero. Tirad, por S. Mir Puig y E Muñoz Conde. Barcelona. Bosch. Casa edir.

KAUFMANN, HILDE; 1974. "Derecho penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada por el tratamiento". En *Nuevo Pensamiento Penal*. Año 3. Buenos Aires. pp. 109 a 120.

LISZT, FRANZ VON; s/a. *Tratado de derecho penal*. Tomo 2, 3era. ed. TVad. por L. Jiménez de Asúa de la 20a. ed. alemana. Madrid Instituto. Ed. Reus.

MAURACH, REINHART; 1962. *Tratado de derecho penal*. H-ad. por J. Córdoba Roda. Barcelona. Ediciones Ariel.

MAURACH, REINHART; 1965A. "La teoría de la culpabilidad en el derecho penal alemán". En *Revista de la Universidad Externado de Colombia*. Vol VI, No. 3, diciembre. Bogotá. PP. 339 a 368.

MAURACH, REINHART; 1965B. "El concepto final de acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito". En *Revista de la Universidad Externado de Colombia*. Vol. VI, No. 3, diciembre. Bogotá. PP. 313 a 337.

MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS; 1984. "Consideraciones dogmáticas y políticas criminales en torno a la culpabilidad". En *Boletín Informativo*. No. 7, enero-febrero. Xalapa, Veracruz. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Veracruzana, PP. 53 a 95.

NINO, CARLOS SANTIAGO; 1980. *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires. Astrea.

PORTE PETTT CANDAUDAP, CELESTINO; 1982. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*. México. Porrúa. Casa edir.

RIGHI, ESTEBAN; 1977. "La exigibilidad como base del juicio de culpabilidad". En *Revista Jurídica Veracruzana*. Tomo XXVIII, No. 2, abril-junio. Xalapa, Veracruz. PP. 43 a 60.

ROXIN, CLAUS; 1972. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Thad. por E Muñoz Conde. Barcelona. Bosch. Casa edir.

ROXIN, CLAUS; 1977. "Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad". En *Cuadernos de política criminal*. No. 2. Madrid.

SAUER, GUILLERMO; 1956. *Derecho penal*. Parte General. Tted. por J. del Rosal y J. Cerezo. Barcelona. Bosch. Casa edir.

SOLER, SEBASTIÁN; 1965. "La naturaleza de la culpabilidad". En *Derecho penal contemporáneo*. No. 10, noviembre. México. Universidad Nacional Autónoma de México - Seminario de derecho penal. PP. 83 a 94.

STRATENWERTH, GÜNTER; 1980. *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Madrid. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense LXXX.

WELZEL, HANS; 1956. *Derecho Penal*. Parte General. Tted. por C. Fontán Balestra. Buenos Aires. Depalma.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL; 1973. *Teoría del delito*. Buenos Aires. Ediar.