

El principio de culpabilidad en el Derecho Penal y los límites en el poder punitivo estatal

Maximiliano Bagnat¹

Introducción.

El presente trabajo tendrá por objetivo intentar crear en el lector un breve panorama acerca del principio de culpabilidad, desarrollando, desde luego, su concepto tal cual se lo utilizara desde los tiempos bíblicos, donde el mismo se refería tanto al acto malo realizado, como al sacrificio que redimía al sujeto autor de ese acto. El ritual tiene muchas connotaciones con las expresiones de polución y limpieza. Hay dos formas de “culpabilidad”, por tocar animales muertos impuros y por tocar seres humanos muertos impuros. Estos actos se consideraban obviamente como fuentes de polución. Cuando el contacto ocurre accidentalmente o por error y la “polución” llega a ser conocida por los actores, estos son culpables (*Levítico 5:2-3*). Para remediar esta situación la parte culpable debía confesar y traer un animal ante el sumo sacerdote y sacrificarlo².

Del mismo modo, se desarrollaran brevemente las distintas teorías fundacionales de éste principio de rango constitucional, donde según las concepciones de cada época, se podrá apreciar con claridad la diversidad de pensamientos.

Finalmente, nos concentraremos en el denominado juicio de reproche y en el concepto de reprochabilidad, sin dejar de lado sus caracteres y alcances. Por último, como se dijera, este ensayo no habrá de abordar determinados elementos que componen la culpabilidad, por la simple brevedad del presente opúsculo y la inmensa cantidad de contenidos por estudiar.

¹ Fiscal del Caso de la ciudad de San Martín de los Andes, provincia de Neuquén.

² FLETCHER (2008:393).

Acercamiento al concepto de culpabilidad.

La reacción violenta de quien detentaba el poder, a partir de la época moderna el Estado tal como lo concebimos actualmente, ha oscilado entre dos extremos, ambos útiles para asegurar los fines de esa reacción, pero inadmisibles desde una perspectiva garantizadora del respeto a la persona. Por una parte, la constatación de la mera existencia de un ilícito, incluso de un resultado indeseable para el Estado, era suficiente para que alguien sufriera la reacción por ese hecho o resultado ilícito o indeseable. Lo determinante para que esa reacción se dirigiese al sujeto colectivo o individual era la existencia del hecho o resultado dañoso. En la medida en que el Estado moderno fue consolidando y perfeccionando sus técnicas de control social, la reacción podía suceder ante el mero hecho de la desobediencia, como es propio del derecho penal de tipo infraccional que comienza a desarrollarse a principio de la Edad Media, con el sistema inquisitorial. Todas estas formas de reacción constituyen casos de responsabilidad objetiva, es decir, no hay otra relación que no sea la de la existencia del hecho, resultado o desobediencia y la reacción violenta estatal. La decisión de elegir al sujeto individual o colectivo sobre el cual debía recaer la respuesta violenta era discrecional de quien detentaba ese poder y podía responder a los más disímiles criterios.

En otro extremo, la reacción violenta nada tenía que ver con algún hecho o esos vínculos era muy débiles o directamente inventados. Lo importante eran ciertas características o atributos de los sujetos colectivos o individuales que los volvía eternos autores. Así, el Estado podría reaccionar violentamente de un modo preventivo sobre la base de la peligrosidad de ese sujeto, individual o colectivo. Esta modalidad constituye otra forma de responsabilidad objetiva, por las propias características personales.

Ambas formas de responsabilidad objetiva han sido causantes de innumerables sufrimientos a la humanidad. No obstante ello, estas prácticas

continúan hasta el presente y en la mayoría de las legislaciones penales se pueden encontrar casos de responsabilidad objetiva (delitos cualificados por el puro resultado, delitos de peligro abstracto, etc) e innumerables formulas de peligrosidad. Por otra parte, la práctica concreta de los sistemas penales en gran medida aún funciona sobre la base de estas categorías de responsabilidad objetiva.

Por ello, el principio de culpabilidad nace y existe para evitar toda forma de responsabilidad objetiva, ya sea que ésta se manifieste como responsabilidad por el puro hecho o como responsabilidad objetiva por la existencia de meros atributos personales o como pura peligrosidad. Estas tres formas de responsabilidad objetiva están prohibidas por el principio de culpabilidad, ya que ellas generan una autorización indeterminada para el uso de la reacción violenta del Estado³.

La culpabilidad, nos ilustra el maestro *Maggiore*⁴, es el aspecto esencialmente subjetivo del delito, por cuanto lo considera como un hecho de conciencia. Por esta razón el progreso del derecho penal está íntimamente ligado a la progresiva acentuación del momento de la culpabilidad en el estudio del delito. Por otra parte, mientras más elimine la legislación penal los casos de responsabilidad inculpable, tan más podrá llamarse legislación digna de un pueblo civilizado. Podemos decir, continua, con *Beling*, que en el sistema del derecho penal moderno, el principio *ohne Schuld, keine Strafe* (sin culpa no habrá pena), representa la piedra fundamental, inmóvil como roca en medio del mar. El principio “no hay delito sin culpa” es una conquista de la civilización⁵.

³ BINDER (2004:239).

⁴ MAGGIORE (1953:447).

⁵ Observa *Von Hippel* que el periodo de régimen de derecho privado en el derecho penal (venganza de sangre, precio de la expiación) no conoció el requisito de la culpabilidad; con relación al agraviado y a su grupo familiar, no se tenía en cuenta sino el resultado dañoso.

La teoría de la antijuricidad afecta a la cuestión de los presupuestos bajo los cuales una acción contradice el ordenamiento jurídico. Los baremos que permiten juzgar como antijurídico un comportamiento humano no toman en consideración las características personales del autor: la prohibición de hurtar vale tanto para los ricos como para los pobres, la normas del Derecho Penal sexual se dirigen tanto a los psicópatas sexuales como a los mentalmente sanos, los deberes de cuidado que implica el tráfico rodado alcanzan tanto al principiante como al conductor versado. En este sentido, en Derecho Penal se juzga realmente “*sin atención a la persona*”. El objeto del enjuiciamiento varía, sin embargo, tan pronto como se pisa el ámbito de la culpabilidad. En él importa la cuestión de los presupuestos bajo los cuales cabe hacer responsable como persona al autor de una acción antijurídica. Para poder responder a dicha cuestión debe comprobarse la forma en que se ha producido la voluntad antijurídica de la acción. Culpabilidad significa, pues, que han de valorarse negativamente los motivos por los que se ha guiado el autor en la formación de su voluntad y que cabe por ello reprocharle su hecho.

El principio de culpabilidad presupone lógicamente la libertad de decisión del hombre, pues sólo 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 los impulsos criminales. Si toda conducta estuviera determinada definitivamente por la virtualidad causal de fuerzas objetivas sustraídas al influjo de la voluntad, al modo de los procesos naturalísticos, reprochar al hombre sus acciones tendría tan poco sentido como hacerle responsable de sus enfermedades. Pero, aun cuando todas las acciones humanas si no naturalísimamente si fueran impuestas psicológicamente por las peculiaridades del carácter, la prevalencia de los motivos concurrentes y el influjo del mundo exterior, la pena no podría

concebirse como juicio de desvalor ético-social, sino que debería adquirir un sentido valorativamente neutral⁶.

Así, el principio de culpabilidad no presupone sólo que el hombre pueda decidir *con libertad*, sino también *correctamente*. Junto a la libertad de querer debe hallarse la capacidad para los valores. Es más, ésta última es la auténticamente primordial, ya que sin ella las decisiones humanas no podrían venir determinadas por normas de deber. El medio por el que se perciben los conceptos valorativos y se enjuician de antemano las propias acciones es la conciencia.

En el ámbito del ordenamiento jurídico la conciencia del Derecho es lo que capacita al hombre para distinguir entre el Derecho y el injusto. La vigencia de la norma jurídica no se halla condicionada, ciertamente, a su reconocimiento por la conciencia del ciudadano, pero la conciencia del Derecho constituye el órgano natural por el que el particular hace propios los mandatos y prohibiciones jurídicos, sin perjuicio de que el intelecto pueda participar también con el conocimiento puramente racional de los mandatos jurídicos y la conciencia pueda resultar completada por informaciones debidamente recabadas. El Derecho penal exige de todos esforzar la conciencia para disipar posibles dudas sobre el Derecho y el injusto. Ahora bien, sin ánimo de exceder el objeto del presente ensayo, considero atinado añadir brevemente que como forma de sentir y conocer humana, la conciencia del Derecho encierra la posibilidad de decisiones erróneas, que pueden proceder de pereza, error o ceguera de la conciencia. Si falta al autor la conciencia de la antijuricidad, el mismo se encuentra en error de prohibición. La cuestión de la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición depende de si el autor podía, de haber esforzado en la medida

⁶ *Franz von Liszt* como negador de la libertad de voluntad. El determinismo coherente ha de conducir “necesariamente al repudio total e ilimitado de la pena retributiva y al reconocimiento exclusivo y sin reserva de la pena final”, han propuesto un sistema del Derecho Penal que renuncia al principio de culpabilidad entendido en sentido ético-social y concibe la culpabilidad únicamente en sentido formal, como la suma de elementos subjetivos de la imputación del hecho.

de lo exigible su conciencia, haber advertido, o no, la antijuricidad de su hacer. 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 corregido⁷.

Concepto, ubicación y delimitación de la culpabilidad.

En ningún punto la opinión pública es tan susceptible como en el de la culpabilidad. Ella considera insoportable la condena del inocente. Pero nosotros, los penalistas, estamos tan estrechamente atados al gremio, que apenas nos hemos planteado, en la estructuración de los conceptos de culpabilidad, dolo y culpa, si éstos concuerdan con las concepciones de los profanos. Más de una vez se declaró culpable al que, en el lenguaje de los legos, “nada podía” hacer en lo sucedido, al que “ha obrado como cualquiera habría hecho en su lugar”. El pueblo acepta semejantes condenas, porque el mundo de conceptos del Derecho penal le ha llegado a ser inaccesible, porque el Derecho penal mismo se ha convertido en una ciencia oculta⁸.

En dicho orden de ideas, nos enseña el maestro *Eugenio Raúl Zaffaroni*⁹ que la culpabilidad es el 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 la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Dado que la teoría del delito es un sistema de filtros que sirve para que sólo pueda superarlo el poder punitivo que presenta características de menor irracionalidad, la mera existencia de un conflicto criminalizado –el injusto– no es suficiente para afirmar la existencia del delito, cuando no pueda vincularse a un autor en forma

⁷ JESCHECK (1981:559).

⁸ FREUDENTHAL (2003:63).

⁹ ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR (2002:647).

personalizada, puesto que la criminalización secundaria siempre lo es de una persona.

Desde esa perspectiva, la afirmación de que culpabilidad supone una valoración negativa que se formula al autor que no ha observado una conducta conforme a derecho, que en la mayoría de los casos determina responsabilidad penal¹⁰. En otras palabras, un sujeto es culpable cuando era exigible en el momento del hecho, que obrara en forma distinta a la infracción de la norma¹¹.

Claro está, como dice *Stratenwerth*, si se sostiene que es la culpabilidad del infractor del derecho la que exige y justifica su punición, se presupone que su hecho se debe a una libre decisión de voluntad, que admite que él sea objeto de un reproche personal (moral). Esta relación no sólo halla su fundamento en la evolución histórica, sino que también se ha convertido en un vínculo indisoluble en el plano de la psicología social. Según la concepción general, la pena presupone la reprochabilidad de la conducta penalizada y a la vez la pone de manifiesto¹².

La pretensión de que la imputación objetiva y subjetiva de la lesión jurídica podría completar el concepto de delito llevó a afirmar que el principio de igualdad obligaba a constatar sólo las características del hecho, sin atención alguna a la personalidad del autor, debiéndose pensar sin mirar a la persona sino sólo atendiendo a la gravedad del delito.

Debido a la diferencia entre los seres humanos y a la mutabilidad que es de su esencia, el derecho penal siempre necesitó un puente entre el injusto y la pena, aunque cada teoría legitimante del poder punitivo haya

¹⁰ RIGHI (2003:105). “Sabido es que en algunos casos decae la responsabilidad penal pese a que se ha afirmado la culpabilidad, como ocurre cuando se han previsto condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, o impedimentos de naturaleza procesal”.

¹¹ RIGHI Y FERNÁNDEZ (1996:223).

¹² RUSCONI (2009:92).

buscado este vínculo conforme a los fines que le asignaba a la pena y, en consecuencia, también lo haya ubicado en lugar diferente. Por ello, hasta el presente pueden reconocerse dos corrientes originarias. Por un lado, pueden todas las que parten del idealismo deductivo o del preventismo disuasorio, tributarias de la idea de retribución, que se nutren de elementos provenientes de la ética tradicional y construyen el puente dentro de la teoría del delito como culpabilidad, fundada en el reproche o en la exigibilidad resultante del ámbito de autodeterminación del sujeto. Aquí se pretendió reprochar la personalidad, el carácter, conductas anteriores o la propia elección existencial de la persona, hasta negar por completo su raíz al reincidir en la confusión entre pecado y delito, moral y derecho, al caer en un reproche de autor que la divorcia radicalmente del derecho penal de acto. Por otro lado, es posible individualizar las que, partiendo de las teorías más o menos organicistas de la sociedad, se desentienden de los problemas de la autodeterminación o directamente los niegan, asignándole al derecho funciones transpersonales que se traducen en una pena adecuada a éstas; tienden a construir el nexo fuera de la teoría del delito, sea en la teoría de la pena o en una supuesta teoría del autor, como consecuencia de que la pena responde a una razón de estado, que es el objetivo transpersonal de su particular concepción del derecho. La máxima coherencia dentro de esta corriente obedeció a su idea de peligrosidad: el delito era pura imputación sintomática y la peligrosidad constituía el punto con el poder punitivo. El objetivo era la defensa social. Las modernas concepciones sistémicas mantienen la culpabilidad en la teoría del delito, aunque cada vez más plagadas de consideraciones que derivan de las necesidades que imponen su particular teoría legitimante del poder punitivo.

La culpabilidad es, de este modo, el tercer momento dialéctico de la teoría del delito, en que opera la tensión entre el estado de policía y el estado de derecho. La tipicidad, el primero pugna por la extensión en cualquiera de los modos en que ésta puede operarse, y el segundo por la reducción del ámbito prohibido. En la antijuridicidad, el primero pugna por mantener la

abstracción de la prohibición, de modo que abarque cualquier situación, aunque afecte el ejercicio de la libertad, en tanto que el segundo se esfuerza por excluirla en base a preceptos permisivos circunstanciados. En la culpabilidad, el primero trata de hacer valer la razón de estado o bien apelar a los elementos formales de la ética prescindiendo del dato de la selectividad del poder punitivo, en tanto que el segundo acepta el planteo de la ética formal, pero le opone la relevancia reductora del dato de selectividad.

Zaffaroni sintetiza, más detalladamente, que la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho, formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional, con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad.

Por lo tanto, coincide *Creus*, la acción delictuosa como presupuesto como presupuesto de la pena, pasa por el reconocimiento de su reprochabilidad por medio de un juicio que la valora teniendo en cuenta lo que el sujeto ha querido hacer o no hacer¹³.

Distintas teorías.

En torno a los diferentes conceptos de la culpabilidad, entendida como relación psicológica, el pensamiento sistemático primitivo, consistente en separar en el delito lo objetivo de lo subjetivo, llevó a una absoluta subjetivación de la culpabilidad. La división entre la “fuerza física” y la “fuerza moral” del delito, que conoció Carrara, también se oía en Alemania¹⁴.

¹³ CREUS (2003:226).

¹⁴ ZAFFARONI (1973:505).

Feuerbach hablaba en su *Lehrbuch* de 1826 de una “causación psíquica del delito”. La aplicación de cualquier ley penal está sometida a la condición de que exista una voluntad contraria a la ley como causa – intelectual, psicológica- del delito. Se llama “imputación” la relación de un hecho punible –objetivo-, como resultado de una determinación de voluntad contraria a la ley penal por parte del autor, como causa del mismo, e “imputabilidad” al estado –interior y exterior- de una persona, por el puede imputársele un hecho. La imputación determina la culpabilidad como fundamento subjetivo general de la punibilidad.

El pensamiento que veía en la culpabilidad una relación psicológica que abarcaba en conjunto las formas dolosas y culposas y se agotaba en ellas, predominó en todo el siglo pasado con excepción de los autores hegelianos. Este criterio chocó con varias dificultades sistemáticas, como por ejemplo la imprecisión respecto de cuáles son las relaciones psicológicas que tienen relevancia penal, la falta de explicación respecto de la ausencia de culpabilidad en los casos en que la relación psicológica existe (como en el estado de necesidad o en la inimputabilidad) y la imposibilidad de hallar un fundamento a la culpa inconsciente.

Estas dificultades provocaron en la doctrina germana el total abandono de la teoría que así concibe a la culpabilidad y que se conoce como teoría psicológica.

No obstante ello, deben destacarse los intentos de parte de *Kohlrausch* y *Radbruch* por tratar de salvar la inexistencia de la relación psicológica en la culpa inconsciente. El primero de ellos, en su obra *La Culpa (Die Schuld)* de 1910, sólo puede tener sentido *de lege feranda*, más nunca *de lege lata*: eliminar la culpa inconsciente del campo penal. La otra tentativa había sido realizada por *Radbruch* en su libro “Sobre el concepto de Culpa” (*Über den Schuldbegriff*) de 1904, y consistía en reconocer que en la culpa no se requiere el vínculo o relación psicológica en la misma forma que para el dolo, sino que basta un “estado psíquico”: el que consiste en la

posibilidad de prever y, pese a ella, no haber previsto. Por otro lado, exigía que la imprudencia de la culpa fuese superior a la imprudencia normal, y a la determinación de esa cuantía la quitaba de la culpabilidad, ubicándola en la antijuridicidad. Así el requerimiento de un grado normal supranormal de imprudencia no es requerimiento de la culpa, sino de la antijuridicidad de la conducta culposa. Así pues, sostiene *Zaffaroni*, la intuición de *Radbruch* estaba acertada en un sentido, cual el de devolver al injusto lo que a él pertenece en la culpa, pero al mismo tiempo se exponía a una crítica insoslayable: *la relación psicológica no se reemplazaba con un abstracto "estado de capacidad"*. La relación psicológica aquí se da en cabeza del juez, pero no en la del sujeto activo.

En la Argentina *Sebastián Soler* fue quien intentó resguardar el concepto de culpabilidad psicológica. Soler entendió que la culpabilidad psicológica quedada a salvo si se oponía a ella, como culpabilidad "real", una culpabilidad "presunta", es decir, una culpabilidad ficta, armada por el derecho en base a razones de política criminal, abarcaría la culpa inconsciente, los delitos de olvido, las contravenciones y el error de derecho. Nada puede objetarse si se parte de presupuesto idealista en que el derecho penal puede crear todo, puesto que tal ángulo puede crear hasta la misma acción humana. No obstante, esto resulta insuficiente, porque no defendible un concepto de culpabilidad que sirva para fundamentar la naturaleza de derecho penal de culpabilidad que tiene el nuestro *-y no de peligrosidad, como sostuvieron las teorías con que Soler debió enfrentarse en su momento-*, pero que para completar la explicación deba acudir a una ficción de culpabilidad que, en último lugar, daría lugar a una forma de responsabilidad objetiva¹⁵.

En la misma vereda, el maestro *Ricardo C. Núñez* se preguntaba si el fundamento político de la culpabilidad exigía que ella se conciba normativamente. Entendía como esencial esta interrogación a los fines de

¹⁵ SOLER (1988:14).

definir el carácter de la culpabilidad a la luz de las teorías en pugna - *psicologismo y normativismo* -.

Núñez entendía que la pena sólo se justifica y cumple su finalidad cuando se toma en consideración la condición moral del hombre que delinque. Refiere que el legislador contempla esta condición moral del delincuente a los fines de la penalidad, además, exige que el delito sea también la obra moral de su autor, esto es, según la terminología clásica, que el delincuente sea la causa moral del delito. Resulta claro, entonces, que en el Código Penal, el fundamento político de la culpabilidad no es otro que el principio de la *autoría moral*, la cual se ha creído, tradicionalmente, se satisfacía con la exigencia de que el autor material del delito lo cometiese voluntariamente o culpablemente, sin ninguna condición de índole normativa¹⁶. De acuerdo con esto, la culpabilidad se puede definir como el modo de comportamiento psíquico del autor del delito que fundamenta su responsabilidad penal desde el punto de vista personal y que está subordinado a su capacidad, a su saber y a su libertad de determinación. De tal manera, la suficiencia intelectual y volitiva de la persona, su conocimiento de lo que hace en el caso concreto y sus posibilidades de arreglar su conducta a ese saber son los presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal¹⁷.

En idéntico sentido, *Cerezo Mir* mantiene la procedencia de un análisis psicológico-individual, ontológico y no normativo de la culpabilidad y sus diversos elementos en la medida que aquélla se funda en la posibilidad concreta de obrar de otro modo, en coherencia con un Derecho penal basado en el concepción del ser humano como persona, como ser responsable. Tal actitud se apoya en la posibilidad de verificar empíricamente la concurrencia en el caso concreto de una buena parte de los elementos psicológico-individuales incluibles en el poder obrar de otro modo, a diferencia de lo que

¹⁶ NÚÑEZ (1946:7).

¹⁷ NÚÑEZ (1988:15).

sostienen otras corrientes doctrinales, así como en la mayor capacidad explicativa desde tal punto de partida de decisiones y componentes básicos de la actual configuración de la teoría del delito. A ello no es óbice el que se produzca una apreciable filtración de componentes normativos, singularmente preventivos, en muy diversos lugares de la culpabilidad¹⁸.

La culpabilidad psicológica tiene un claro origen positivista. Fue Von Liszt su primer expositor, y luego *Beling*, contribuyó a su difusión en lo que se conoce como el sistema *Liszt-Beling*. *Von Liszt* afirmaba que “culpabilidad”, en el más amplio sentido, es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido, y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor¹⁹. Su característica radica en entender a la culpabilidad libre de cualquier referencia a la norma. Se hace notorio que cuanto más se acentúa el fundamento naturalístico con la correspondiente función profiláctico-defensiva del derecho penal, tanto más se debilita el interés por el problema de la culpabilidad. Por eso, las llamadas teorías naturalísticas no son sino concepciones negativas que conciben al delito y a la pena al margen de la culpabilidad misma.

El psicologismo deja planteados una serie de problemas sin solución, como lo es la falta de sustentación para la culpa inconsciente, entre otros tantos que ya hemos mencionado.

La pretensión de que el psicologismo postulaba un concepto avalorado de culpabilidad es ilusoria. El psicologismo era un producto natural del positivismo y, en consecuencia, hacía la misma jugarreta que es común a todo del planteo positivista, o sea, la de mostrar como libre de valor lo que en realidad ha desvalorado. *El psicologismo siempre fue un ardid para*

¹⁸ DIEZ RIPOLLÉS (2007:16).

¹⁹ AGUINAGA (2003:37).

reemplazar a 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 peligrosidad²⁰.

Del otro lado del camino, la teoría normativa es la que prevalece en la doctrina alemana²¹, pero tiene sus precedentes en el pensamiento de *Rossi*, de *Romagnose*, de *Carmignani*, de *Pessina* y de *Carrara*, todos los cuales, de un modo o de otro, hicieron resaltar el carácter de injusticia, connatural al concepto de culpabilidad. Sin embargo, a los autores alemanes corresponde el mérito de haber sistematizado dogmáticamente, si no el de haberlo descubierto, el elemento de la culpabilidad. Desde *Frank* hasta *Mezger* –*que es su defensor más convencido y enérgico*-, la teoría de la culpabilidad ha tomado esa configuración especial llamada de la “culpa normativa” (*normative Schuld*), con diferencias y a veces con matices conceptuales que varían de un escritor a otro²².

Las doctrinas normativas de la culpabilidad (*normative Schuld*) elaboradas en el siglo pasado han dado un paso más respecto a la concepción clásica de la culpabilidad como conocimiento de la ilicitud del hecho. Fundiéndose con las concepciones ético-legalistas y con las finalistas del daño y de la acción, han considerado que la consciencia y voluntad de antijuricidad son condición no ya sólo necesaria sino suficiente de la culpabilidad. Y han terminado, así, por identificar la culpabilidad con la actitud o subjetividad infractora del culpable, e incluso con su reprochabilidad, a causa de la oposición de su voluntad a la norma o, aún

²⁰ ZAFFARONI (1982:9).

²¹ *Frank, Goldschmidt, Hirschberg, Graf Zu Dohna, Mayer, Merkel, Freudenthal, Mezger, Wolf*, entre otros tantos más.

²² MAGGIORE, ob. cit.

más, al ordenamiento entero. El concepto de culpabilidad, así, se diluye junto al de acción, y deja de referirse al acto para orientarse directamente en el autor: si, de hecho, el culpable es el hombre y no la acción, es mejor detenerse en el primero y no en ésta, y considerarla como un síntoma no suficiente pero al menos necesario de la desviación de aquel²³.

Así las cosas, como culminación de la evolución conceptual de la culpabilidad, llega el normativismo de la mano de *Reinhard Frank*, a quien se ha calificado como un autor ecléctico, situado a mitad de camino entre la escuela clásica del positivismo jurídico –orientada por *Binding*- y a la nueva escuela sociológica liderada por *Liszt*, es también unánimemente reconocido como el fundador de la teoría normativa de la culpabilidad²⁴. Desde *Frank* en adelante, las concepciones normativas articulan un concepto eminentemente *valorativo* de la culpabilidad, que termina siendo un juicio categorial de desvalor (juicio de atribución de un reproche personal) sobre la conducta realizadora del tipo penal²⁵.

En su ensayo, *Frank* rechazaba la concepción psicológica, que reduce el concepto de culpabilidad, íntegramente, a una relación psíquica del autor con algo –*el hecho, el resultado*- que está ubicado fuera de su personalidad.

Del mismo modo, impugna que la culpabilidad sea –*o más bien, que ella se agote*- en un mero concepto de enlace, cuyas subespecies están conformadas por el dolo y la culpa, las cuales vendrían a insertarse en esa relación psicológica con el hecho exterior.

Por el contrario, *Frank* enriquece el contenido del elemento subjetivo del ilícito, introduciéndole el pensamiento normativo. A su criterio, en la medición de la culpabilidad gravitan otros factores más allá del dolo y de la culpa, a los cuales denomina “circunstancias concomitantes”,

²³ FERRAJOLI (1997:487).

²⁴ FERNANDEZ (2000:13).

²⁵ FERNÁNDEZ (2003:24).

atribuyéndoles la aptitud no sólo de disminuir, sino incluso de llegar a excluir la culpabilidad.

Desde este punto de vista, *Frank* reconsidera el estado de necesidad en punto a su ubicación sistemática, apreciándolo como una auténtica causa de exclusión de la culpabilidad. En cuanto a las circunstancias concomitantes, serán, en última instancia, un medio de determinar el grado de exigibilidad.

A su vez, la imputabilidad no consiste en una mera capacidad de culpabilidad, entendida a título de eslabón previo. Ella no constituye un presupuesto, sino que forma parte integrante de la culpabilidad, a la cual pertenece. En orden a su contenido, debe entenderse como la calidad o estado espiritual normal del autor.

Finalmente, junto a la imputabilidad y a las circunstancias concomitantes, *Frank* le reconoce también al dolo y a la culpa su condición de elementos de la culpabilidad, sustentados –al igual que en la concepción psicológica- en una determinada y concreta relación psíquica con el hecho, que el autor se representó o hubiera debido representarse²⁶.

Seguidamente, *Mezger*²⁷, como ya señalara, sostiene enérgicamente que el juicio de culpabilidad acerca de un hecho y de su autor se basa en un conjunto de presupuestos que están situados en la persona del autor y constituyen una determinada *situación de hecho de la culpabilidad*. Pero es, al propio tiempo, de acuerdo con su esencia y de conformidad con la concepción normativa de la culpabilidad hoy dominante, un juicio valorativo acerca de la situación de hecho, y no una mera concepción psicológica de la culpabilidad. Este criterio ha sido formulado, sostiene, con agudeza de la siguiente manera: “*la culpabilidad de una persona no está situada en su propia cabeza, sino en las cabezas de otros*”, o sea en las cabezas de aquellos

²⁶ FRANK (2000:25).

²⁷ MEZGER (1958:189).

que juzgan al autor. *Rittler*, se opone a esta formulación, que le parece paradójica, y afirma que la culpabilidad es exclusivamente una determinación de la voluntad contraria al deber, esto es, una determinada situación de hecho anímica que existe en el autor, un proceso anímico, y no un juicio valorativo sobre esta situación de hecho. Pero de tal manera, tampoco *Rittler* exige, en realidad, un proceso psicológico cualquiera, sino, precisamente, una determinación de la voluntad valorada como contraria al deber. Es natural, desde el punto de vista jurídico, que el deber –que es determinante para el autor, con respecto al cual se medirá la situación de hecho–, no sea determinado de acuerdo con la voluntad personal (autónoma) del autor, sino con arreglo a las normas externas (heterónomas) de la comunidad jurídica. La paradoja de la frase de referencia, continúa *Mezger*, desaparece si se expresa el sentido que la misma tiene, el cual es verdadero y siempre exacto, de la siguiente manera: la culpabilidad es una situación de hecho psicológica (situación de hecho de la culpabilidad), que la valoración decisiva jurídico-penal determina como contraria al deber y reprochable (juicio valorativo de la culpabilidad). *Graf Zu Dohna*, por otra parte, distingue con razón, en la teoría de la culpabilidad, entre la “valoración” y el “objeto de la valoración”. La concepción normativa de la culpabilidad otorga un valor particular a esta clara distinción. Pero es equivocado señalar el “dolo” como el “objeto” del juicio valorativo de la culpabilidad, si se entiende por dolo una determinada categoría (forma conceptual) de la culpabilidad; tal objeto de valoración es solamente la situación de hecho de dolo, esto es, el conocimiento y la voluntad del hecho. Por lo tanto, es más correcto denominar con la palabra “dolo” tan sólo la situación de hecho del dolo, vale decir, el conocimiento y la voluntad de hecho; de ahí que, cuando le damos al dolo el sentido de juicio valorativo, no hablamos de dolo, sino de la forma básica de la culpabilidad.

En suma, la teoría normativa de la culpabilidad alcanza la pureza de su enunciado sólo cuando es eliminado de su contenido el objeto que se somete al juicio de culpabilidad, o sea, cuando el dolo y la culpa abandonan

su conflictiva posición en la culpabilidad y pasan a tomar el lugar que les pertenece en la estructura de la tipicidad.

La teoría normativa, así entendida, tiene la ventaja de homogeneizar el contenido de la culpabilidad, pues la libera de lo que pertenece a su objeto. No obstante, se le ha imputado que provoca un “vaciamiento” de la culpabilidad. Semejante crítica sólo puede sostenerse desde el punto de vista de un psicologismo a ultranza pero no es admisible si quienes la formulan postulan un concepto que pretenden “normativismo”; si culpabilidad es reprochabilidad y, al quitarle el dolo y la culpa la reprochabilidad queda, no hay “vaciamiento” alguno.

Las críticas formuladas al normativismo a estas alturas provienen ciertamente de las expresiones habitualmente utilizadas por los más altos expositores de esa concepción, a partir del propio *Reinhard Frank*. La culpabilidad, se dijo y se dice a menudo, es un juicio de valor; o la culpabilidad es el reproche. Por consiguiente, se objeta, la culpabilidad esta en la cabeza del juez. Pero esto, sostiene *Frías Caballero*²⁸, es inexacto porque una cosa es el reproche y otra distinta la reprochabilidad. Lo que está en la cabeza del juzgador es el juicio de culpabilidad (el reproche) pero la culpabilidad (reprochabilidad) yace en la del agente y se refleja en el acto como una cualidad desvaliosa (consistente en ser expresión jurídicamente desaprobada del comportamiento interior de quien actúa). En suma, no ha de confundirse el reproche (que ha de efectuar el juzgador) con la reprochabilidad, que pre-existe al juicio y que subsiste, aunque el juicio no se formule jamás.

Llega así, el turno de una tercera corriente, ecléctica por demás, denominada teoría funcionalista. Ya en los últimos años, señala *George P. Fletcher*²⁹, se ha desarrollado una nueva tendencia que expresa considerable

²⁸ FRIAS CABALLERO (1994:21).

²⁹ FLETCHER, ob. cit.

escepticismo respecto a que los conceptos básicos del Derecho penal (pena, acción, culpabilidad) se refieran a algo que está fuera del Derecho penal, entendiendo que éste es un sistema autosuficiente, interdependiente de conceptos variables. Esto lleva a una concepción de las cuestiones de la culpabilidad y de las causas de exclusión de la misma que se llama “finalidad racional” o “funcional”. Esta concepción se encuentra en la obra de varios autores, pero la más notable y comprensiva es la que ofrece *Günther Jakobs*, basándose en la teoría sistémica de *Niklas Luhmann*.

La argumentación de los funcionalistas se lleva a cabo en dos estadios. En primer lugar, se plantea la determinación de los fines de la pena como institución. El consenso actual en Alemania es que la pena tiene una función de “prevención general positiva”, lo que quiere decir que su finalidad es asegurar las normas básicas del sistema. La idea básica parece ser que con el castigo de algunos, se enseña al resto de la sociedad que las normas básicas contra las conductas agresivas deben ser respetadas.

La teoría funcionalista sostiene que el análisis de la culpabilidad depende de si el reconocimiento de ciertos factores que sirven de base a la culpabilidad valen también para alcanzar los objetivos del sistema o no. Si castigar a una persona que actúa sin culpabilidad no sirve al fin de prevención general, entonces su sufrimiento es inútil. En otras palabras, no hay fin social en declarar a alguien culpable, entonces no debe serlo.

No obstante ello, reseña *Fletcher*, existen al menos dos razones para rechazar la concepción funcionalista de la culpabilidad. La primera es que definitivamente es equivocada, en la medida que se emparenta a la teoría de *Bentham* sobre causas de exclusión de la culpabilidad; es decir, que la persona que no es culpable no necesita ser intimidada; porque, como señaló *Hart*, rechazando el argumento de *Bentham*, no se puede asumir que la cuestión de si la pena tiene o no un beneficio para un grupo determinado de gente, deba ser asegurada exclusivamente por la prospección de su influencia en la conducta de la gente. Es decir, si se castiga a un enfermo

mental, se puede medir también el efecto intimidante en los delitos potenciales que pueda cometer el enfermo mental. Pero cómo no es probable que los autores inimputables puedan ser intimidados, la conclusión es que carece de sentido castigarlos. Pero de ahí no se deduce que el castigo del enfermo mental debilite la prohibición contra el homicidio en el resto de la sociedad.

La segunda razón para rechazar el pensamiento funcionalista en Derecho penal es que si todo debe ser analizado como una variable del sistema, perdemos capacidad para plantear seriamente una crítica moral al sistema como un todo. Se necesitan conceptos que vivan tanto fuera como dentro del Derecho penal, como los de pena, acción, acto antijurídico y culpabilidad, para determinar si el derecho funciona adecuadamente. La crítica está dentro del sistema, pero también debe mantener la perspectiva parcial de un observador desde afuera.

Sobre el juicio de reproche y la reprochabilidad.

Por otro lado, la culpabilidad es reprochabilidad de un hacer o un omitir jurídicamente desaprobado, o más brevemente como nos enseñan *Maurach y Zipf*³⁰, es un reproche fundado respecto del autor. Esta esencia material de la culpabilidad subyace tras las opiniones doctrinales, sean cuales fueren los elementos o componentes que las distintas concepciones atribuyen a la estructura del concepto de culpabilidad. En consecuencia, tanto la delimitación de la esencia de la culpabilidad, como sus efectos y extensión, pueden ser aclarados en forma independiente de la discusión acerca de su propia estructura.

En su expresión más tajante, la culpabilidad se expresa como el reproche dirigido al autor respecto de un determinado hecho punible, debido al abuso de su capacidad de imputabilidad³¹.

³⁰ MAURACH Y ZIPF (1994:580).

³¹ PARMA (1997:123).

Así, reseña *Hirsch* que en lo que se refiere al principio de culpabilidad hay todavía más. Culpabilidad como reprochabilidad o, mejor dicho, como reconocimiento de una circunstancia culpable que justifica la valoración de “reprochable”, contiene como presupuesto necesario la evitabilidad individual del hecho. Se afirma que la imputación del ilícito a una persona sólo es procedente si ésta está vinculada individualmente con el ilícito realizado a través de la posibilidad de reconocer la contrariedad a la norma de su comportamiento y de motivarse conforme a ella. De no ser así, la comunidad no podría dirigirse a esa persona con su respuesta al ilícito, ella no tendría que ser responsabilizada por su hecho³².

Colocada la reprochabilidad en el centro mismo de la culpabilidad como su núcleo esencial. Ésta deja de ser una pura relación psicológica con el resultado (una actitud, nexos o vínculos subjetivos entre hecho y autor) para convertirse en un proceso de hecho susceptible de reproche (reprochabilidad).

De esta manera, así como la antijuricidad supone un juicio de valor que recae sobre el hecho (como objeto de valoración), también la culpabilidad implica un juicio de valor que esta vez recae sobre el autor, como motivo del acto típicamente antijurídico por él cometido. El objeto de valoración es, en este caso, el proceso fáctico de formación y manifestación de la voluntad (el acto interno), que ha de tener la calidad de ser reprochable al autor.

Según esto, el juicio de culpabilidad no se limita a verificar el nexo o relación psicológica con el hecho (dolo o culpa), sino que ha de formular un reproche al agente (juicio de valor) sobre la base de las concretas circunstancias internas y externas en que actuó y que convierten aquella relación en algo reprochable (jurídicamente desvalioso), esto es, en algo que fue y no debió ser, desde el punto de vista del derecho.

³² HIRSCH (1999:149).

Esta característica o calidad desvaliosa de la acción (reprochabilidad) derivada de las personalísimas circunstancias en que actuó el autor, existe cuando, atendidas esas circunstancias concretas, le era exigible otra conducta conforme al derecho. La reprochabilidad de la acción se asienta, así, en la exigibilidad; la exigibilidad, a su vez (posibilidad de actuar de otra manera) se convierte en el contenido material de la culpabilidad³³.

Así pues, entiende *Fontán Balestra* que la culpabilidad es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho, juzgada según las normas del derecho. Considera que ontológicamente la culpabilidad existe con independencia del juicio de reproche, y es el objeto de ese juicio; lo contrario obliga a aceptar que se es culpable de los delitos no juzgados, lo cual supondría afirmar el absurdo de que es el juez quien crea la culpabilidad del delincuente y aun el delito. La culpabilidad es, concluye, la posición subjetiva del sujeto frente al hecho delictuoso, que acarrea para él consecuencias penales, según las normas del derecho³⁴. Aclara, de manera crítica, que la culpabilidad es una actitud subjetiva reprochable, pero no el reproche de una actitud subjetiva³⁵.

El esbozo material de la culpabilidad, en cuanto reproche, es, en principio, un problema de ubicación. En efecto, se plantea inmediatamente la pregunta acerca de la clase de reproche dirigido al autor, es decir, si se trata de un reproche específicamente jurídico o, incluso bajo ciertas circunstancias, extraído exclusivamente a partir del derecho penal y restringido a éste, o bien si acaso, en este juicio de valor, el derecho penal depende de representaciones valorativas extrajurídicas. Concretamente, esta pregunta atañe a la relación entre la culpabilidad jurídica y moral.

En el derecho es indiscutido que, en principio, la culpabilidad jurídico-penal es autónoma frente a juicios de desvalor personales que

³³ FRIAS CABALLERO, ob. cit.

³⁴ FONTÁN BALESTRA (1957:3).

³⁵ FONTÁN BALESTRA (1966:213).

reciben similar o igual descripción. El “provocar culpablemente” del derecho civil se halla sometido a leyes distintas de las de la culpabilidad jurídico-penal, del mismo modo que el contenido de culpabilidad en el derecho disciplinario y en el administrativo son gradualmente menores que en el penal. No obstante, estas diferencias se explican conforme a diversos ámbitos de acción de cada uno de los sectores del derecho; de ahí que no se produzcan colisiones entre los diferentes conceptos de culpabilidad, o que, de producirse, ellos carezcan de importancia. Al contrario, de fundamental y práctica trascendencia es la relación de la culpabilidad jurídico-penal con la culpabilidad según la *ley moral*. En esta materia rige, en principio, la independencia recíproca de ambos conceptos.

La culpabilidad jurídico-penal no es lo mismo que la culpabilidad según representaciones valorativas religiosas o ético-individuales. La exhortación a una posible coincidencia entre la culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral sigue siendo sólo eso, por importante que ella pueda ser en principio. Así, por ejemplo ella representa un interés del legislador, manifestado en la frase programática *iure criminali civiliter utendum est*: la exigencia de una utilización medida de las conminaciones jurídico-penales no es otra cosa que el anhelo de construir una culpabilidad jurídico-penal sólo allí donde ella exista de acuerdo a la ley moral. Por tanto, el deseo de una amplia armonización de la culpabilidad jurídico-penal y de la culpabilidad moral es también un ruego dirigido al juez en su labor de medición de la pena. Mientras mayor sea la coincidencia entre culpabilidad jurídica y moral, mayor peso tendrá, por lo general, la primera.

Además de ello debe aclararse quién es el objeto personal del reproche. Indudablemente éste es el autor; no obstante, aun así se justifica la pregunta ¿El juicio de culpabilidad afecta principalmente al autor, en cuanto sujeto que origina una acción desaprobada, o si se ve en él a un enemigo del derecho, de manera tal que la acción particular pasa a segundo plano tras esta cualidad?.

En conexión con lo anterior debe pesquisarse el objeto material del reproche; ello es tarea de la teoría de la culpabilidad de voluntad. En dicho derrotero, la culpabilidad es un juicio sobre el autor que encuentra su límite en el hecho típico-antijurídico, desvalorativo, ejecutado por el autor, y que extrae la medida del reproche del grado de la infracción del deber que sea ha manifestado en la comisión del delito; mientras más evidente sea el apartamiento del autor respecto del mandato normativo, mientras menos se haya él dejado influenciar por la función de determinación de la norma, más serio será el reproche de culpabilidad. La desproporción entre la determinabilidad y la accesibilidad del autor y su conducta concretamente contraria a la norma determina la gravedad del reproche. La culpabilidad es la constatación de que el autor ha utilizado erróneamente su capacidad de querer-poder, o sea, se ha formado equivocadamente su voluntad. No es posible responsabilizar al autor por un desarrollo insuficiente de su carácter ni por su ánimo. De ahí que el reproche de culpabilidad no se forme a partir de dichas cualidades o tendencias de los sentimientos del autor, sino sobre la base del producto final que se origina a partir de la contradicción entre sus predisposiciones, sus tendencias conscientes e inconscientes, las representaciones inhibitorias, etc; este producto final es la voluntad hacia el hecho. El juicio de culpabilidad atañe, luego, al carácter defectuoso de la voluntad; en otras palabras, toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad.

A mayor abundamiento, *Winfried Hassemer*³⁶ expone con asombrosa claridad la relación dialéctica que el principio de culpabilidad supone. Así, una vez superado el ámbito de la antijuricidad y la justificación, se pronuncia el juicio sobre el hecho. Se constata si el comportamiento humano, analizado a la luz de los criterios de decisión que brinda el Derecho penal material, ha traspasado los límites de la libertad que rigen para todos; se constata, pues, si el comportamiento era “injusto”. Pero del autor sólo se conocen hasta ahora algunos datos casuales y desconectados, como, por

³⁶ HASSEMER (1984:266).

ejemplo, si tenía la intención apoderarse de la cosa (en el hurto) o de sacar provecho del perjuicio patrimonial ajeno (en la estafa), si mató con ensañamiento o alevosía (en el asesinato) o si se dedicaba habitual o profesionalmente a realizar los hechos o hacia de ello su medio de vida (en algunos delitos como la usura, la receptación o el proxenetismo). Desde luego estos datos ofrecen ya alguna información respecto del sujeto actuante. Pero no fueron recogidos en interés del autor, sino del hecho y, por eso mismo, son, desde el punto de vista de la persona actuante, fragmentarios; son los elementos subjetivos del injusto, que sólo cualifican el hecho (aunque para ello haya que indagar ya algo sobre el autor).

Al servir los elementos subjetivos del injusto –aunque exijan también conocimiento sobre el autor– sólo para cualificar el hecho, se les localiza consecuentemente en el ámbito de la tipicidad. Sólo en el ámbito de la culpabilidad se reúne todo el saber sistemático sobre el autor. Quien llega a este ámbito sabe ya, tras haber pasado las anteriores etapas de la investigación, que un comportamiento humano ha realizado un injusto juridicopenal. Pero todavía no se sabe si el comportamiento analizado puede ser imputado a una determinada persona por ese comportamiento. En este cuarto estadio de la estructura del delito se discute y decide precisamente la imputación subjetiva del injusto frente a determinada persona.

Efectivamente, la característica “culpabilidad” añade un nuevo momento a la acción antijurídica, sólo mediante la cual se convierte en delito. La antijuridicidad es, como ya he dicho, una relación entre acción y ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de la primera con la segunda: la realización de voluntad no es como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico respecto de acciones en el ámbito social. La culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este “poder

en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica³⁷.

Culpabilidad, resalta *Welzel*, es “reprochabilidad” de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto “culpabilidad de voluntad”. Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones –todo aquello que el hombre simplemente “es”-, ya sean valiosas o mediocres, sólo aquello que él hace con ellas o cómo las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o cómo hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como “merito” o reprochado como “culpabilidad”.

Ya que a través de la voluntad el autor hubiera podido dirigir de acuerdo a la norma su conducta, el objetivo primario del reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda la acción. No obstante, agrega *Bacigalupo*³⁸ que culpable, en este sentido es quien, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción a ella. Este punto de vista se aparta de los criterios tradicionales, los que no atribuyen relevancia alguna a la posibilidad del autor del motivarse por la amenaza de la pena. Los conceptos tradicionales, sostiene, han considerado totalmente ajena a la problemática del derecho penal, la motivación del autor por la amenaza de la pena. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la *dignidad de la persona*³⁹.

³⁷ WELZEL (1976:197).

³⁸ BACIGALUPO (1994:133).

³⁹ BACIGALUPO (1999:168).

Instalada la temática, corresponde reproducir la severa posición adoptada por el Profesor *Edgardo Alberto Donna* al respecto. Para él, la culpabilidad del autor, entendida como reproche por haber actuado en contra de la norma, pudiendo conocerla, es un peldaño de la teoría del delito o lo que se ha dado en llamar la imputación de segundo grado, en cuanto conocimiento de la antijuridicidad.

Se exige entonces el reconocimiento del hombre individual como sujeto de derecho sin excepción alguna. Y cuando se afirma sin excepción, lo es sin excepción. Esto alcanza al llamado Derecho Penal del enemigo, por una parte, y al Derecho Penal de velocidades varias, a la violación del principio de culpabilidad por la costumbre y sus consecuencias, y a las teorías sociológicas disfrazadas de crítica social o estrategias de disolución del Derecho de la Ilustración, por otra, que son compatibles con esta idea de culpabilidad⁴⁰.

Consideraciones finales.

Finalmente, puede concluirse luego del camino recorrido, y sin temor a errar, que el *principio de culpabilidad* tiene su rango constitucional y encuentra su raíz en el principio del Estado de derecho. A diferencia de la relación medio a fin, propia de la prohibición de exceso el principio de culpabilidad supone una relación de medio a motivo. La consecuencia jurídica aplicada *-pena-* no se relación con el fin perseguido, sino con el motivo que provoca la persecución penal *-hecho punible-*. En tanto que, con la pena, al autor se le formula un reproche con fundamentos ético-sociales, por haber incurrido en una conducta no adecuada al derecho, aquella presupone la reprochabilidad personal y puede ser aplicada sólo dentro del marco de esa reprochabilidad.

⁴⁰ DONNA (2009:9).

La culpabilidad debe servir de principio para la medida de la pena, e incluso se afirma que la individualización de la pena no es otra cosa más que la expresión de la culpabilidad en unidades de pena⁴¹.

Así, de todas formas, si bien se reconoce al principio de culpabilidad rango constitucional, en general, como derivación de la dignidad del hombre, el acuerdo doctrinal en cuanto a su necesidad es puramente formal, ya que las divergencias en torno a cuál debe ser su contenido concreto permiten poner en duda que efectivamente pueda alcanzar los objetivos que debería lograr.

Amén de ello, a modo de cierre destacaré la postura del maestro *Claus Roxin*⁴², quien sostiene que la distinción entre injusto y culpabilidad es considerada con razón como una de las perspectivas materiales más importantes que ha logrado elaborar nuestra ciencia del Derecho penal en las últimas décadas. Además, la discusión sobre la delimitación y el contenido de ambas categorías del delito ha aportado algunos resultados que hoy pueden considerarse seguros, a saber: que no se puede dividir limpiamente injusto de culpabilidad en lo externo y lo interno, en elementos objetivos y subjetivos, como se hacía en el sistema clásico de *Beling*; que, en consecuencia, la culpabilidad no es una categoría descriptiva que, como compendio de todos los movimientos de la voluntad que se puedan hallar en la psique del autor, pudiera alcanzar su unidad en la homogeneidad del substrato material; y que, según esto, el sistema del delito no se puede basar en un concepto de culpabilidad psicológico, sino valorativo (normativo). Existe, pues, unanimidad en considerar que la culpabilidad se distingue del injusto por la peculiar forma de valoración a que se somete la acción del autor.

⁴¹ ZIFFER (1996:59).

⁴² ROXIN (1976:200).

Referencias bibliográficas.

AGUINAGA, Juan Carlos, *Culpabilidad*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 37-43.

BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*. 2º edición. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, pp. 133-138.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. 2º edición. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 168-173.

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho penal*. 1º edición. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2004, pp. 239-253.

CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 226-235.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Ed. B de F. Buenos Aires, 2007, pp. 16-26.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte general. Tomo IV. Teoría general del delito – III*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pp. 9-16.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *La fundamentación de la teoría normativa de la culpabilidad* en Frank Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2000, pp.13-23.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Culpabilidad normativa y exigibilidad (A propósito de la obra de Freudenthal)* en Berthold Freudenthal, *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Ed. B de F, Buenos Aires, 2003, pp.24-27.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Ibáñez, Prefecto Andrés, Alfonso, Luis Miguel, Bayón Mohino, Juan Carlos, Terradillos Basoco, Juan, y Cantareno Bandrés, Rocío. Ed. Trotta. Madrid, 1997, pp. 487-502.

- FLETCHER, George P., *Gramática del Derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 393-444.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El elemento subjetivo del delito*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957, pp. 3-27.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal. Tomo II. Parte general*. Ed. Abellido-Perrot, Buenos Aires, 1966, pp. 213-232.
- FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2000, pp.25-68.
- FREUDENTHAL, Berthold, *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Ed. B de F, Buenos Aires, 2003, pp.63-100.
- FRÍAS CABALLERO, Jorge, *Capacidad de culpabilidad penal. La imputabilidad según el art. 34, inc. 1º del Código Penal*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, pp. 21-61.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*. Traducción Francisco Muñoz Conde y Luis Aroyo Zapatero. Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pp. 266-301.
- HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho penal. Obras completas. Tomo I*. traducción de Daniel R. Pastor. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 149-172.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general. Vol. I*. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 559-593.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Volumen I. El derecho penal – El delito*. 5º edición. Traducción de José J. Ortega Torres. Ed. Temis Bogota, Buenos Aires, 1953, pp. 447-457.

MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general I*. Traducción de 7° ed. alemana de Bofill Genzsch, Jorge y Aimone Gibson, Enrique. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 580-596.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*. Traducción de la 6° ed. alemana de Conrado A. Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 189-199.

NÚÑEZ, Ricardo C., *La culpabilidad en el Código Penal*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, pp. 7-9.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de derecho penal. Tomo segundo*. 2ª edición, 2ª reimpresión. Ed. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, pp. 15-23.

PARMA, Carlos, *Culpabilidad. Lineamientos para su estudio*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, pp. 123-129.

RIGHI, Esteban, *La culpabilidad en materia penal*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 105-109.

RIGHI, Esteban y FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pp. 223-231.

ROXIN, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Ed. Reus S.A., Madrid, 1976, pp. 200-225.

RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 92-113.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino. Tomo II*. 5ª edición actualizada por Guillermo J. Fierro. Ed. Tea, Buenos Aires, 1988, pp. 14-26.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*. 11ª edición. 2ª edición traducción castellana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pp. 197-248.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*. 2º edición. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 647-683.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1973, pp. 505-557.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Tomo IV*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1982, pp. 9-80.

ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 59-93.