



CONSTITUCIÓN Y CULPABILIDAD PENAL

José Urquiza Olaechea

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Especialización en Derecho Penal en el Max Planck Institut de Alemania [Freiburg]. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, San Martín de Porres y Pontificia Universidad Católica del Perú. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista.

Sumario:

I. Presentación. II. Constitución y culpabilidad. III. Evolución de las teorías de la culpabilidad. IV. Conclusiones.

I. PRESENTACIÓN

Existe una clara vinculación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal. Acaso el aspecto más conocido de tal relación sea el principio de legalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En este sentido, la reserva de ley, esto es, sólo la ley es fuente del Derecho penal⁴⁰⁰. Esto rige para la vigencia de una norma penal. Esto es así porque el ámbito del Derecho penal afecta derechos fundamentales, v.gr. la libertad. A esto debe agregarse la idea de que la aplicación del Derecho penal debe darse siempre en situaciones extremas. La máxima reza: el Derecho penal no debe invadir la vida de los ciudadanos, entonces, su aplicación debe ser lo más excepcional posible. De otro lado y en el mismo sentido, Cesare Beccaria enseñó: “Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública son injustas por su propia naturaleza; y tanto más justas son cuanto más sagrada e inviolable es la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos”.⁴⁰¹

En un mundo complejo, regir las conductas de los hombres es una necesidad; las leyes permiten buscar una cohesión elevando los rasgos que permiten una identidad social. En el modelo peruano, la Constitución ha seguido un sistema social y democrático de Derecho. Los modelos liberal y social quedan superados a través del Estado social y democrático de Derecho. Del Estado liberal toma el principio que el gobierno se sustenta en la voluntad general y se expresa a través de los representantes del pueblo en el cual radica la soberanía nacional. Esta fórmula rechaza o combate posiciones autoritarias que reflejan formas del viejo Estado absoluto, según la cual, todos estamos sometidos a la Constitución y la Constitución consagra la libertad del ciudadano y el respeto por las formas. La función de los poderes públicos, en este contexto, es la autolimitación a favor de la libertad de los ciudadanos, a lo cual se le puede agregar –a modo de interpretación teleológica– que función de

400 Vid. Cuello Contreras, Joaquín. El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito, 3era. edición, Madrid, Ed. DYKINSON, 2002, p.175.

401 Beccaria, Cesare. De los delitos y de las penas. [Introducción de Francisco Tomás y Valiente]. Buenos Aires. Ed, Librería “El Foro”, 2004, p. 51.

los poderes públicos es la remoción de todos los obstáculos que impidan la plenitud de la dignidad, libertad y todo lo que es inherente a la personalidad y desarrollo de la persona humana. No en vano nuestra Constitución consagra: “La defensa de la persona humana y el respeto a la dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”⁴⁰². Como señala Santiago Mir: “El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad”⁴⁰³. El concepto de Estado social es el de motor activo en la vida social y llamado a modificar las efectivas relaciones sociales, dicho de otro modo, el Estado social es la propuesta para derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad⁴⁰⁴. En síntesis, la propuesta de una democracia real no es incompatible con los límites formales y materiales de actuación del Estado respecto del ciudadano. Bajo la misma orientación, la Constitución reconoce la capacidad de organización del ciudadano conforme el ordenamiento jurídico. Tal reconocimiento le viene dado en cuanto se consolida el “libre desarrollo de la personalidad” como eje de realización. Pero, ciertamente, siempre se tiene en cuenta que la organización de los ciudadanos es una organización conforme a reglas y, por ello, es posible predicar responsabilidades por los hechos o por los medios de actuación dentro del sistema social conforme a normas. Dicho de otro modo, la Constitución no ha construido su sistema al margen de la realidad social y tampoco al margen de la persona humana, sino, ha construido un sistema jurídico acorde con las bases centrales de existencia de las personas y sus procesos de comunicación como fórmulas de realización plena. A ello debe agregarse que, siendo el fundamento democrático la razón misma del modelo constitucional, las estructuras normativas se encuentren –en principio– en constante revisión acorde con las necesidades, cambios o expectativas sociales.

La Constitución establece el sistema jurídico imperante y de ella se derivan subsistemas de justicia, como es el caso del subsistema de justicia penal que alcanza a todas las esferas de intervención al ciudadano: Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho de Ejecución Penal. También es cierto que la Constitución no ha plasmado, de forma expresa, una serie de instituciones, así, por ejemplo, no existe el principio: *nulla poena sine culpa*; esto es, el principio de culpabilidad. No es exigible a los legisladores que plasmen en la Constitución los mil y un detalles que la vida diaria pueda tener. También, es sabido que la Carta Suprema no tiene por qué contener definiciones de las muchas particularidades jurídicas. Sin embargo, bajo la afirmación de categorías declaradas en la Constitución [me refiero a valores, garantías, principios, expectativas y otras] es posible fundamentar –como se intentará hacer aquí– el principio de culpabilidad.

Cuando la Constitución consagra la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, está trasladando al ámbito jurídico penal criterios de limitación a la aplicación del Derecho Penal. Esta posición no es aislada; así, en las Sentencias del Tribunal Federal Alemán, en referencia expresa al principio de culpabilidad, se ha señalado que ésta no deriva sólo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana. Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena⁴⁰⁵.

En consecuencia, la norma constitucional es el marco referencial del sistema jurídico penal peruano y expresión por antonomasia de la política criminal peruana, pues informa todo el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, cuando menciona: “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y

402 Vid. Constitución Política del Estado / Sección de los Derechos Fundamentales [Art. 1].

403 Vid. Mir Puig, Santiago. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2da. edición. Barcelona. Ed. BOSCH, 1982, p.20.

404 Ibidem, p. 21.

405 Vid. Jakobs, Günther. El principio de culpabilidad en Culpabilidad en Derecho penal. Dos cuestiones fundamentales. Traducción del texto alemán “Das Schuldprinzip” (1993) por Manuel Cancio Meliá. Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003, p.12.

de las normas que restrinjan derechos” evidencia la existencia de un programa de Derecho Penal que la Constitución acoge. Otro ejemplo palpable es la “reinserción” o “resocialización” del penado a la sociedad. El Estado asume su compromiso ético con todos aquellos que han cometido delito, es decir, no los abandona o deja al azar. Los penados son parte del entramado social, parte de los procesos de comunicación de una sociedad. En el mundo de las comunicaciones, donde el Estado participa a través de diferentes entes, resulta plausible que se asuma la “resocialización” como reconocimiento de la sociedad y del Estado al penado, entendido siempre como persona humana, esto es, sin desmerecerlo. Así también, quedará expresada la capacidad moral del Estado para con sus ciudadanos.

Estos planteamientos previos permiten percibir que en un supuesto caso de posibles conflictos o contradicciones en el marco de la legislación penal con las normas constitucionales, siempre se resolverán recordando la preeminencia de la dignidad de la persona humana y las consecuencias que de ella puedan extraerse: honor, intimidad, seguridad, libertad y otros [con lo cual se acepta categorías jurídicas trascendentes al sistema]. Es decir, la solución constitucional se coloca en primera línea, pero, con la perspectiva de desarrollo de los valores superiores que ella consagra. En el plano institucional, esto es, a partir de los intereses estatales, en casos de conflicto, el Estado estará obligado a configurar su solución de forma estricta en el marco del Estado de Derecho, entendido como principio directivo: “...el Estado de Derecho se caracteriza –al menos– por garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante una vinculación de la actuación del Estado a normas y principios jurídicos de justicia conocidos, de tal manera que los mismos resulten comprensibles (...), pues el Estado de Derecho es una forma de racionalización de la vida estatal”⁴⁰⁶.

Lo que no puede aceptarse es un dogmatismo constitucional que impida la creación de nuevas formas o modelos de configuración social. Por ello, la sede constitucional deberá entenderse como un texto abierto y sus valores deben proveer los mecanismos para evitar que los procesos de comunicación sean capas deformadas [injusticias] de cualquier orden. El Estado constitucional (el Estado democrático de Derecho) está en capacidad de revisar, de forma continua: su estructura, la aplicación de sus reglas, la necesidad de modernización y la búsqueda constante de elementos que permitan una comunicación y convivencia de acuerdo al estadio social en que se encuentre⁴⁰⁷. Por ello, la aceptación de modelos alternativos tomados de las ciencias sociales e incorporados a la normatividad vigente, cumplirán la tarea de funcionalizar los procesos de relación de los ciudadanos con la ponderación y legalidad que el orden constituido asegura a los miembros de una sociedad.

Un modelo constitucional, en su relación con el subsistema jurídico penal, se caracteriza por los controles que el primero ejerce sobre el segundo. Así, por un lado, tenemos unas reglas claras y abiertas, consagradas en la Constitución (v. gr. la inclusión de derechos, garantías, principios); y otra cerrada, como es el Derecho penal en virtud del principio de legalidad penal.

El sistema jurídico debe funcionar (cumplir intereses y finalidades) en relación a las bases y estructura de la sociedad y del Estado. La persona humana, como tal, utilizará como medio de realización la estructura normativa que –se entiende– constituye un reflejo de su realización (nunca de su negación). En un sistema constitucional, el ciudadano no puede perder el control del aparato jurídico-penal, pero esto no significa que se aleje de reglas trascendentes de justicia. El Derecho Penal no puede quedar sólo en manos del corporativismo político o el populismo. El principio de democracia

406 Bacigalupo, Enrique. (1999). Principios constitucionales de Derecho penal. Buenos Aires. HAMMURABI, P. 231. Las negritas son nuestras.

407 Carbonell Mateu, Juan. (1996). Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 2da. edición adaptada al Código Penal de 1995. Valencia. Tirant Lo Blanch. El autor señala: “La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, los valores que de ellos emanan, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquéllos”. p. 35.

se entiende como: participación, pluralismo, búsqueda del consenso social y reconocimiento a enfoques científicos y tecnocráticos vinculados a un modelo real de sociedad donde aparezcan las contradicciones del sistema social. De todos estos datos, se debe extraer el contenido de la norma penal y la declaración del subsistema jurídico-penal y la creación de la política criminal. Pero, esto no debe entenderse como un relativismo que permita la génesis de leyes penales de coyuntura. Existe una sabiduría penal, con gran tradición histórica, que no se puede soslayar; es decir, existen reglas trascendentes de orden penal. El Derecho Penal no puede nacer de puras comprobaciones fácticas. Es decir, el Derecho no puede entenderse como una reacción sin más.

Es sabido que la Constitución sólo esboza la política criminal, no la cierra, y ello es así porque la estructura jurídico-penal responde a momentos diferenciados. El subsistema penal no puede concebirse como una realidad estática e inmovible. Si el ciudadano queda vinculado a la norma, esto es, queda descrito en la norma, resulta lógico que participe en su configuración [proposición, deliberación, consenso, aceptación de opiniones mayoritarias / minoritarias, asunción de la opinión pública y otros]; el límite es que no se patrocine hechos “injustos” [no es objeto de la creación penal el saciar la sed de seguridad o de venganza o de simples temores], tampoco, es entendible que cambie las reglas, v. gr. imposición de la pena de azotes o cualquier otra sanción vejatoria⁴⁰⁸.

II. CONSTITUCIÓN Y CULPABILIDAD

La doctrina dominante considera que la culpabilidad es una categoría jurídico-penal que sirve para fundamentar la pena estatal. La intervención más dura del poder estatal, respecto a un ciudadano, viene dada por la afección a su libertad. La culpabilidad se establece sobre la comprobación de que un sujeto ha “realizado” un injusto penal y está en capacidad de responder por el hecho realizado. De este juicio surge la denominada responsabilidad penal. Luego se aduce, por razones de justicia material, que la pena no puede ir más allá de la culpabilidad. En este sentido, existe un círculo de valoraciones recíprocas, a tal hecho tal culpabilidad, con una consecuencia material que es la pena. La culpabilidad, aquí mencionada, es la culpabilidad por el hecho realizado. No existe para nuestro Derecho Penal una culpabilidad por el modo de vida, esto es, no se puede establecer criterios jurídico-penales sobre la forma como un ciudadano lleva su vida, aunque ésta no nos parezca la más adecuada. El orden constitucional y su relación con el Derecho Penal sólo determinan responsabilidad por el injusto realizado, así, será el hecho típico y antijurídico el marco esencial para llegar al elemento culpabilidad⁴⁰⁹.

Ya se ha dicho, que la Constitución peruana no ha establecido, de forma expresa, el principio *NULLA POENA SINE CULPA*, pero esto no significa que no se pueda extraer su contenido del conjunto de reglas que precisamente provienen de la Constitución. Si entendemos que culpabilidad es el medio para evitar una intervención severa, excesiva o represiva [abusiva o irracional del poder punitivo del Estado] se acude a la dignidad de la persona, Art. 1° de la Constitución; el libre

408 Vid Díez Ripollés, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría. Madrid. Ed. TROTTE, 2003, p.183-197.

409 Ibidem. Respecto a la culpabilidad o reprochabilidad señala el autor: “No basta para exigir responsabilidad con que se pueda atribuir subjetivamente a una persona el hecho por ella materialmente realizado o producido. Es preciso además que se le pueda pedir cuentas por el proceso de motivación que le ha llevado a tomar la decisión de realizar el comportamiento ... El principio tiene como presupuesto la arraigada convicción ética de que el ser humano en condiciones normales dispone de un significativo margen de libertad a la hora de tomar decisiones ... todo ciudadano debe asumir responsabilidad por las consecuencias de su actuar, el cual, además de difundirse por todos los ámbitos del actuar social, está en la base de la configuración de los principios de responsabilidad que venimos considerando.[críticamente recuerda] ... Sin duda el que estemos ante un principio con problemas de compatibilidad con análisis empíricosociales de la realidad agrava la dificultad para estabilizar contenidos”. p. 152, 153. Vid. Jakobs, Günther. El principio de culpabilidad, ob. cit. El profesor alemán declara expresamente que quiere plantearle dificultades a la doctrina dominante sobre la culpabilidad, p. 14. Vid. del mismo autor: Culpabilidad y prevención en Estudios de Derecho penal. Traducción de Enrique Peñaranda, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Ed. CIVITAS, 1997. El título alemán: “Schuld und Prävention” 1976, traducido por Carlos Suárez González, p. 73 y ss.

desarrollo de la personalidad, Art. 2º; la igualdad ante la ley, Art. 2º inciso 2º; la libertad, Art. 2º inciso 24º. El sentido, aquí señalado de la culpabilidad es como *límite* a la intervención del Estado. Ahora, sin culpabilidad no hay pena. La culpabilidad, como elemento en la construcción teórica de la teoría del delito indica la necesidad de establecer la regla de atribución de responsabilidad, pues, en la atribución de responsabilidad, surgen todos los rasgos fundadores de la culpabilidad. Los criterios de atribución por el hecho realizado [se mira al pasado] entran en línea paralela con las posibilidades que el sujeto tuvo y cuánto la sociedad y el Estado contribuyeron a la formación de los elementos motivadores a favor de la norma. Cuánto dio la sociedad y el Estado, entonces, cuánto puede exigirle al sujeto. Este arco es necesario asumirlo, pues obedece a los procesos de comunicación del sujeto dentro del entramado social, dentro de su realidad.

La culpabilidad no es un criterio de atribución ético. Esto es, no es un juicio de valor con contenido ético, pues no es la función de un Estado de derecho reprochar la ética de los sujetos [pues, de ser así se afectaría el libre desarrollo de la personalidad]. Por ejemplo, reprochar al sujeto su falta de religiosidad o su marcada indiferencia a las formas sociales, es irrelevante desde el punto de vista del Derecho Penal. Caso distinto es que un hecho como tal, se convierta, en sí mismo en injusto penal. Aquí, lo esencial es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y el sistema punitivo responde sólo en virtud de tales parámetros. La función punitiva del Estado es la defensa de bienes jurídicos y no de otra cosa. Cuando se sanciona el delito de homicidio, ocurre que existe el valor vida como elemento predominante, pero al infractor no se le sanciona porque no es ético quitar la vida a otro, sino sólo por vulnerar el bien jurídico vida. Lo mismo se puede decir de la moral, porque quien daña exprofesamente la libertad sexual de una persona demuestra que carece de límites morales, pero el Derecho Penal no se fundamenta en razones morales para sancionarlo, sino sólo en haber lesionado el bien jurídico libertad sexual.

Existe una relación entre culpabilidad y proporcionalidad: la culpabilidad afecta a la atribuibilidad y la proporcionalidad al injusto del hecho⁴¹⁰. La culpabilidad nada dice acerca de la gravedad del injusto ni que la pena deba adecuarse a la misma. Así, la desproporción de la pena se refiere al grado de antijuricidad de la conducta, es decir, del injusto, no a la medida de la culpabilidad del sujeto, por lo que los problemas de la desproporción de la pena no se refieren a la culpabilidad, sino a la antijuricidad⁴¹¹. Esto significa que no se puede plantear la sustitución de la culpabilidad por el de proporcionalidad. La proporcionalidad promueve un equilibrio entre la pena y el hecho cometido, con doble destinatario: el poder legislativo, que ha de imponer penas proporcionadas en abstracto, y el judicial, las penas que impongan los jueces deben ser proporcionadas a la gravedad del hecho en concreto, considerando el bien jurídico protegido. Como precisa García-Pablos: “Complementa, por tanto, las exigencias del principio de culpabilidad que, en sí mismo, no garantiza la necesaria proporción entre el delito y la pena”⁴¹². El artículo 46 del Código Penal señala: “Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido...”. Aunque, ciertamente esta norma constituye un principio a seguir, aparece una doble dimensión: por un lado, se refiere a la culpabilidad [“responsabilidad”] y, de otra, al injusto [al comportamiento antijurídico]; y, paralelamente, señala una secuencia de elementos a considerar que, por sí mismos, resultan discutibles: por ejemplo, la confesión sincera [que nada tiene que ver con los hechos en sí mismos, sino con la posterior actividad probatoria]. Por ello, es necesario establecer los puntos de forma concreta: el artículo 46 del Código Penal permite relacionar la responsabilidad con la gravedad del hecho cometido y de ella derivar la proporcionalidad concreta en la aplicación de

410 Aguado Correa, Teresa. El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Madrid. Ed. EDESA. 1999, p. 309. Vid. Urquiza Olachea, José: Principio de proporcionalidad penal en La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir. Madrid. Ed. Tecnos. 2002, p. 193 y ss.

411 *Ibidem*, p. 310.

412 García-Pablos de Molina, Antonio. Introducción al Derecho Penal, 3era. edición. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2005.

la pena. El Estado de Derecho se sustenta, entre otras, en la dignidad de la persona humana, y ésta impide, por su propio contenido, que las penas irrogadas se conviertan en instrumento de injusticia [de exceso, que se encuentra configurada en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.”]. En tal sentido, existe cierta objetividad, pues, siempre se tomará en cuenta tanto el aspecto objetivo del tipo penal como el subjetivo, esto es, permite relacionar al sujeto con su comportamiento y luego comportamiento valorado [injusto]. Esto significa, la aplicación de los mínimos y máximos. El principio de proporcionalidad, precisamente, no expresa *retribución*, es decir, no puede leerse la frase del artículo 46 del Código Penal: “...la extensión del daño o peligro causados;” en el sentido que debe devolverse un mal igual al causado por el delito. Estas reglas no pertenecen sólo al Derecho penal sino a todo el ordenamiento jurídico.

En síntesis: un Estado de Derecho penetra, a través de las normas, por el camino de la seguridad jurídica, que, en el plano del Derecho penal, tiene especial trascendencia y se plasma en el principio de legalidad penal. La posibilidad de que el ciudadano calcule su comportamiento dentro del Derecho es premisa ineludible, propia al Estado de Derecho; situación que permite que el diseño de la política criminal establezca –por lo menos– una vinculación real con el sujeto y con la sociedad en su conjunto⁴¹³. No debe entenderse que la culpabilidad responde exclusivamente a criterios de prevención especial y de prevención general [si por razones de prevención especial debe aplicarse al sujeto –por necesidad– una pena superior a la adecuada a su comportamiento o lo mismo desde el punto de vista de prevención general, más pena no por el hecho acaecido, sino por necesidad de imponer el orden penal].

En este sentido, culpabilidad es atribución de un comportamiento jurídico penal determinado; el comportamiento es del autor. Sólo se atribuye conductas a quien está en la posibilidad real y material de motivarse, esto es, tener acceso regular a la norma penal.

III. EVOLUCIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD

A. Teoría psicológica de la culpabilidad

Franz von Liszt en la 20ª edición de su *Lehrbuch* mantuvo posiciones que le permitieron establecer la culpabilidad sobre datos verificables con seguridad, ello, por oposición a regirse por la tesis del libre albedrío^{414 415}. Así, sentenció: “La infracción criminal, como delito civil, es un acto culpable. No basta que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse, subjetivamente, el nexo en la culpabilidad del autor. 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 (*Unrechtsfolge*) que trae consigo el hecho cometido, y se atribuye a la persona del infractor”. Prosigue Liszt, culpabilidad en sentido restringido es “comprensivo, tan sólo, de la relación subjetiva entre el acto y el autor. La relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser psicológica; pero si existe, determina la ordenación jurídica en consideración

413 Jescheck, Hans Heinrich – Weigend, Thomas. (2002). *Tratado de Derecho Penal / Parte general*. Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete. Granada. Comares. En opinión de los autores, el Estado de Derecho tiene dos aspectos, el formal que se sintetiza en la seguridad jurídica y el material que afirma la dignidad de la persona, p. 28.

414 Vid. Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas. (2002). *Tratado de Derecho Penal / Parte general*. Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete. Granada. Editorial Comares, p. 450. Vid. Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro. (2002). *Derecho Penal / Parte general*. 2ª edición. Buenos Aires. Menciona el profesor Zaffaroni que en el debate entre deterministas y librepensantes, von Liszt procuró eludirlo llamando culpabilidad a la imputación subjetiva, entendida como nexo psicológico, p. 658. Vid. Villa Stein, Javier. *La culpabilidad*. Lima. Ed. Ediciones Jurídicas. 1997, p.27-29.

415 Vid. Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, 5ta. Reimpresión. Madrid. Ed. Tecnos. 2005. Recuerda: “La teoría psicológica de la culpabilidad era el correlato del concepto causal de la acción y acusaba, como éste, la influencia del naturalismo y del positivismo en la Ciencia del Derecho Penal de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Este

valorativa (normativa). Según ella, el *acto culpable* es la acción dolosa o culposa del individuo imputable⁴¹⁶. Así, la tipicidad es la causación de la muerte de una persona, la culpabilidad, entendida como dolo, abarca la representación subjetiva y voluntad de causar la muerte. La culpa se daba cuando el sujeto había previsto o había podido prever la posibilidad de producción del resultado⁴¹⁷. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad era concebida como presupuesto de la culpabilidad⁴¹⁸.

B. Teoría normativa de la culpabilidad⁴¹⁹

La teoría psicológica de la culpabilidad no podía explicar el “nexo psicológico” en el supuesto de estado de necesidad disculpante del antiguo art. 54 del Código Penal alemán, esto es, que concurre dolo; sin embargo, la acción es inculpable. La ley disculpa pese a haber dolo o imprudencia.

Frank (1907) hizo la siguiente observación: “Y es que si el concepto de culpabilidad se reduce a la suma de dolo e imprudencia y si estos consisten sólo en la realización consciente o descuidada del resultado, no se explica cómo se podría excluir la culpabilidad mediante el estado de necesidad (disculpante). Pues también el autor que obra en estado de necesidad (disculpante) sabe lo que está haciendo”.⁴²⁰ De esto concluye Frank: dolo e imprudencia importan indirectamente, entonces, culpabilidad es reprochabilidad. La reprochabilidad de Frank se establece sobre tres pilares:

- a) Constitución psíquica normal (imputabilidad).
- b) Relaciones psíquicas del sujeto con el hecho (dolo-imprudencia).
- c) Configuración normal de las circunstancias en las que el autor actúa [normalidad de las circunstancias en las que el sujeto llevó a cabo la conducta delictiva]⁴²¹.

Entonces, “la culpabilidad es reprochabilidad: se ha de imputar una conducta prohibida a la culpabilidad de una persona cuando se le puede hacer un reproche por haber incurrido en ella”⁴²². La culpabilidad se convierte en un juicio de valor que expresa un reproche⁴²³ por un comportamiento determinado [por una conducta típica y antijurídica].

concepto de la culpabilidad permitía hacer abstracción del problema del libre albedrío, en torno al cual existía entonces una ardua polémica, ante el auge de la concepción determinista del ser humano, por influencia del positivismo y de la teoría evolucionista de Darwin” p. 22.

416 Liszt, Franz von. Tratado de Derecho Penal, T. II. Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado al Derecho penal español por Quintiliano Saldaña. Madrid. Instituto Editorial Reus S.A., pp. 387 y 388. Las negritas son nuestras.

417 Vid. Cerezo Mir, José. Ob. cit. Afirma el catedrático español: con respecto a la “culpa inconsciente” la teoría psicológica de la culpabilidad tropezaba con graves dificultades: “En ella el autor pudo prever la posibilidad de la producción del resultado delictivo, pero no lo previó. No existe, pues, un nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo. Todos los intentos para explicar de un modo satisfactorio la culpa inconsciente, desde el punto de vista de la teoría psicológica fracasaron. Ante estas dificultades, Kohlrausch en Alemania y Vannini, en Italia, llegaron a mantener la tesis de que en la culpa inconsciente no hay culpabilidad”. p. 23.

418 Ibidem, p. 22. Vid. Cuello Contreras, Joaquín. Ob. cit. 912 y ss.

419 Vid. Mir Puig, Santiago (1998) Derecho penal / Parte general, 5ª edición. Barcelona. Señala el profesor: “Esta concepción normativa de la culpabilidad se produjo en el contexto cultural de superación del naturalismo positivista y de su atribución por la metodología neokantiana propia del llamado “concepto neoclásico del delito”. Ya no se trataba de describir realidades naturalísticas, externas o internas, sino de comprender el significado valorativo de los conceptos jurídicos: la culpabilidad podía dejar de considerarse como un “hecho psíquico” para poder ser explicada como juicio de valor”, pp. 542 y 543.

420 Vid. Frank, Reinhart (1907) Über den Aufbau des Schuldbegriffs [Sobre la estructura del concepto de culpabilidad] en: Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen, zum Universitätsjubiläum, p.12. Véase la edición en español: Frank, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Traducción de Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires. Ed. Julio César Faira. 2000. Colección Maestros del Derecho Penal N° 1, p.68. Vid. al respecto: Cerezo Mir, José (2001). Curso de Derecho penal español III. Madrid. Ed. Tecnos, p.23, citas. 32 y 33. Jakobs, Günther (1995). Derecho penal / Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Editorial Marcial Pons, pp. 569 y ss.

421 Vid. Cerezo Mir, José. Ob. cit., p. 23.

422 Frank, ob. cit. p. 14. Véase: Roxin, Claus (1997). Derecho penal / Parte general. Fundamentos y la estructura de la teoría del delito. Traducción Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo. Madrid, p. 794-795.

423 Así, Melendo Pardos, Mariano (2002). El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas. Granada, Editorial Comares, pp. 8, 10 y 11.

Goldschmidt (1930) entiende: culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable. ... [La motivación reprochable. Anot. nos] consiste en la reprochable no motivación de la voluntad por la representación del deber⁴²⁴. Al lado de cada norma de Derecho que determina la conducta exterior, hay una *norma de deber* que exige una correspondiente conducta interior ... La *norma de deber* que manda al particular que se motive por las representaciones de valor jurídico ... se dirige a la voluntad de actuación. Por esto, ella reclama que el motivo de deber resulte eficaz a menos que el particular esté ya decidido por otras razones a una conducta conforme al Derecho⁴²⁵. Dicho de otro modo, las normas de deber se refieren a la conducta interior, a la motivación. Las normas de deber son, en principio, mandatos⁴²⁶. En palabras graficas, de gran calado, señala el autor: "Por consiguiente, las normas de deber correspondientes a la norma de Derecho "tú no debes matar", rezan: 1) ¡Hazte detener de esta actuación de voluntad por la representación de que ella causaría la muerte de otro! 2) ¡Representate en el momento de la actuación de voluntad de efecto mortal, este efecto!"⁴²⁷.

Respecto a las causas de exculpación a las cuales denomina con palabras de Eb. Schmidt "normas de autoconservación", éstas son concebidas como limitaciones preexistentes de lo debido y tiene reconocimiento jurídico a través de las normas jurídicas; así: "...las normas que reglan las causas de exculpación, contienen el reconocimiento jurídico de las normas de autoconservación ... sólo las normas jurídicas pueden constituir la fuente de causas de exculpación ... se podría hacer valer que las normas que reglan las causas de exculpación constituyen, precisamente, las excepciones de las normas de deber"⁴²⁸. Goldschmidt parte de la idea de que la exigibilidad es un deber, que presupone un poder. Existe poder cuando hay dominio sobre el hecho⁴²⁹.

Las causas de exculpación de la culpabilidad encuentran su fundamento en la no exigibilidad. Causa de exculpación es sólo la motivación anormal, típicamente por la necesidad. No debe confundirse con casos como la suposición errónea de circunstancias del hecho o los casos de inimputabilidad. Ilustra estos supuestos de exculpación recordando la sentencia del S.T.P. 58.97.227: "Aquí el S.T. absuelve al marido de la acusación de lenocinio porque no se le podía exigir que pusiera término a la impudicia de su mujer. Como causas de esta no exigibilidad, el S.T. admite el temor del marido de verse amenazado, a raíz de una "escena" conyugal, con un desalojamiento de la casa y un perjuicio en sus negocios, así como el no tener bastantes fuerzas para sostener una escena, quizás violenta, con su mujer y el amante de ésta"⁴³⁰.

El Finalismo

Hans Welzel (1961) considera que la culpabilidad es un nuevo elemento que se agrega a la antijuricidad. La culpabilidad... hace al autor un reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haberla podido omitir. ... la culpabilidad va aún más allá y hace al autor el reproche personal de no haber actuado correctamente a pesar de haber

424 Goldschmidt, James. La concepción normativa de la culpabilidad. Buenos Aires. Julio César Faira editor. 2ª edición de la traducción española. Traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. 2002, p. 104, 105. No debe olvidarse que el mismo autor considera que la doctrina normativa de la culpabilidad sólo quiere decir que la culpabilidad no es una mera relación psíquica del autor con la acción antijurídica, sino una valoración del supuesto de hecho psíquico mismo, p. 114.

425 Ibidem, p. 90, 91.

426 Ibidem, p. 100.

427 Ibidem, p. 101.

428 Ibidem, p. 101, 102.

429 Ibidem, p. 105.

430 Ibidem, p. 118, 119.

podido actuar conforme a la norma⁴³¹. También, bajo la misma consideración sostiene: La culpabilidad es un concepto valorativo negativo y, por tanto, un concepto graduable. La culpabilidad puede ser mayor o menor, según lo importante que sea la exigencia del Derecho y según lo fácil o lo difícil que le fuera al autor satisfacerla⁴³². Posteriormente, en la undécima edición de su Manual, señaló: «la característica “culpabilidad” añade un nuevo momento a la acción antijurídica, sólo mediante la cual se convierte en delito (...) 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 que no omitió la acción antijurídica aun cuando podría omitirlo. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del 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 esta fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad, la del autor por su conducta antijurídica»⁴³³. Respecto a los presupuestos de la “reprochabilidad”⁴³⁴ establece Welzel lo siguiente: El reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, es decir, que el sujeto pudo estructurar su voluntad de acuerdo a la norma: a) el autor es capaz (imputabilidad); b) el sujeto debe estar en situación de motivarse de “acuerdo a la norma”, esto es, una comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (esto es, posibilidad de comprensión de lo injusto)⁴³⁵.

Günther Stratenwerth siguiendo la concepción finalista ha señalado que se puede hacer al autor el siguiente reproche: “que en el momento del hecho tuvo la posibilidad de determinarse de otro modo, a saber, conforme a lo debido jurídicamente”⁴³⁶.

En síntesis, la reprochabilidad no se sustenta en el dolo o la culpa pues dolo o culpa no motivan, sólo establecen una relación con el hecho, con el aspecto subjetivo de la conducta. Ahora bien, la reprochabilidad queda de lado o se neutraliza o disminuye bajo circunstancias extraordinarias que afecten fuertemente la motivación por la norma. De esta forma, aparecen las causas de inexigibilidad que exculpan, esto es, excluyen la culpabilidad.

La Tesis de Roxin

Según Roxin: “...la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista de hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que lo hacen aparecer como “responsable” de una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros

431 Welzel, Hans. El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina finalista. Traducción de la 4ta. edición alemana de 1961 por José Cerezo Mir. Madrid. Ediciones Ariel. 1964, p.79.

432 Ibidem, p. 81.

433 Welzel, Hans (1970) Derecho penal alemán / Parte general, 11 edición, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 197. Vid. Kaufmann, Armin (1977). Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. Traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdiz. Buenos Aires. Ediciones Depalma. Según Kaufmann: “... la norma se concreta con respecto a aquel que en una situación determinada es capaz de realizar la acción prohibida o mandada. El capaz de acción tiene el deber ya sea de realizar un acto concreto (deber de acción), ya sea de omitirlo (deber de omitir).” (Teoría de las normas... p.213)

434 Un segundo aspecto a considerar es la motivación por la norma, así, señala el autor: “si el deber debe ser motivo de la formación de voluntad, es preciso que aparezca la conciencia del obligado... sólo entra en consideración para la motivación, quien ad hoc en una situación que fundamenta el deber, está en condiciones de hacer surgir el deber en su conciencia. La capacidad de cumplir el deber como deber es, por tanto, capacidad de motivarse por el deber en el momento de la punibilidad de acción y de dirigir la voluntad conforme al deber (p. 214).

435 Welzel, Hans. Derecho penal alemán,... Ob. Cit., p. 201.

436 Stratenwerth, Günther. Derecho penal parte general I. El hecho punible. Traducción de la 4ta. edición alemana de 2000 por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Navarra-España. Ed. Thomson-Civitas. 2005, p. 231. Vid. Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz. Derecho penal parte general 1. Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7ma. edición alemana de 1987 por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1994. En su opinión: La culpabilidad es reprochabilidad de un hacer o un omitir jurídicamente desaprobado, o más brevemente, es un reproche fundado respecto del autor, p. 582.

del Derecho penal, a una pena⁴³⁷. Así, será culpable "...cuando realiza un injusto jurídico penal, pese a que todavía le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una actuación de este modo culpable precisa, en el caso normal, de sanción penal también por razones preventivas; pues, cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad. La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídico penal se da, sin más, con la existencia de culpabilidad"⁴³⁸.

La "atención de la norma" de Roxin cobra forma a través de la "asequibilidad normativa". En principio, la culpabilidad es una acción injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Debe entenderse "asequibilidad normativa" cuando el sujeto estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles "posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma", cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto⁴³⁹. Existirá "asequibilidad normativa" cuando el sujeto posee capacidad de comportarse conforme a la norma, y se convierte en culpable "...cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta, en principio, psíquicamente asequibles para él". Al sujeto se le trata como libre cuando tiene la capacidad de control intacta y con ello tiene "asequibilidad normativa".⁴⁴⁰ La "capacidad de control", conforme a Roxin, pone un límite a la potestad punitiva del Estado.⁴⁴¹ En realidad, aquí subyace el planteamiento de que ninguna pena puede contradecir el principio de culpabilidad⁴⁴². Así, un sujeto será culpable si pudiendo atender la "llamada de la norma" no lo hizo [cuando **psíquicamente** le era asequible atender al llamado de la norma. Acepta Roxin que la psicología y psiquiatría están en capacidad de constatar empíricamente la capacidad de control del sujeto y medir la gravedad del hecho]; será culpable si no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él⁴⁴³.

La Tesis de Jakobs

El profesor Günther Jakobs ha diseñado la culpabilidad utilizando diversos niveles de análisis. Por ejemplo, cuando define la culpabilidad: "el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante –por eso antijurídica–, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma

437 Roxin, Claus. Derecho penal / Parte general, Ob. Cit., p. 791 y 192. Asimismo, agrega Roxin: Los presupuestos de la responsabilidad jurídico penal son, entre otros, la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la normalidad de la situación en la que se actúa. p. 791.

438 Roxin, Claus (1981). Culpabilidad y prevención en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid. Editorial Reus S.A. Debe entenderse el contexto en el cual Roxin presenta su teoría, así, también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena." p. 43.

439 Roxin, Claus. Derecho penal / Parte general, Ob. Cit. p. 807.

440 Roxin, Claus. Derecho penal. / Parte general, Ob. Cit. p. 807 y 808. Respecto a la libertad señala el autor: "La suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de la teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no siente la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley". p. 808.

441 Ibidem, 811.

442 Ibidem, p. 807.

443 Ibidem, p. 808.

correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma. Esta responsabilidad por un *déficit de motivación jurídica dominante*, en un comportamiento antijurídico, es la *culpabilidad*. La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente, como infidelidad al Derecho... la infidelidad al Derecho es, pues, un concepto determinado normativamente⁴⁴⁴. También –en la misma línea– ha sentenciado: "...la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona;..."^{445 446} [el subrayado es nuestro].

En *Culpabilidad y prevención* (1976) establece como presupuesto *dudas* sobre la clásica relación culpabilidad y pena. Veamos: "...de lo que aquí se trata es del fin del Derecho penal y de la vinculación de la pena a la culpabilidad como medio para su realización. ... el fin lo conforma la estabilización de un determinado ordenamiento;...la pena con la culpabilidad constituye una condición para alcanzar dicho fin"⁴⁴⁷ [Sin embargo] la culpabilidad no condiciona la admisibilidad de la pena, es decir, no existe un modo forzoso por la cual la pena represente la medida de la culpabilidad [obligación de todo o nada]. No se castiga de acuerdo con la culpabilidad o su medida. De ello deriva la siguiente conclusión: "Pero si la culpabilidad no es condición suficiente para que se imponga la pena, ni para la medida de la misma, en tanto que la pena se imponga, las consecuencias para la culpabilidad como factor de medición son catastróficas ...si el sistema de penas no constituye un reflejo de la culpabilidad, porque precisamente, ...no se reacciona contra ella con toda la cantidad de pena correspondiente, la desigualdad que se muestra en el sistema... no constituye ya ningún argumento para la determinación de la medida de la pena... Una determinabilidad relativa no constituye, precisamente, determinación alguna si las bases de referencia están en el aire. De acuerdo con esto, una medición segura sólo es posible por medio de la cuantificación de las circunstancias referenciadas en el tipo y de la referencia de los resultados así obtenidos hacia puntos del marco penal; sin embargo, para esto no se requiere ningún principio de culpabilidad"⁴⁴⁸ Respecto a la culpabilidad como límite se apoya en Arthur Kaufmann: sólo se puede limitar de forma segura una culpabilidad que existe y pueda ser constatada⁴⁴⁹. En el mismo sentido, señala dos pautas: si la culpabilidad debe limitar lo que es necesario para la prevención, entonces debe ofrecer, por sí sola, es decir sin consideraciones preventivas, una medida de pena. La segunda observación indica: también si el Derecho penal se rige por motivos preventivos, la culpabilidad (como límite) debe corresponderse en su totalidad con la prevención, o de lo contrario anularía la prevención hasta dejarla sin efecto, y una pena inefectiva, con seguridad ya no se encuentra indicada desde el punto de vista preventivo.^{450 451}

444 Jakobs, Günther. Derecho penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción a la 2da. edición alemana de 1991 por José Cuello Contreras y Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.. 1995, p. 566, 567. Vid. del mismo: Culpabilidad y prevención, en Estudios de Derecho penal, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez Gonzales y Manuel Cancio Meliá. Madrid, Civitas, 1997. La traducción de culpabilidad y prevención ["Schuld und Prävention", Tübingen, 1976] corresponde a Carlos J. Suárez Gonzales; El principio de culpabilidad, en La culpabilidad en Derecho Penal. Dos cuestiones fundamentales. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003, p. 11-57; traducción del texto "Das Schuldprinzip".1993, por Manuel Cancio Meliá. Vid. Peñaranda Ramos, Enrique/ Suárez Gonzales, Carlos/ Cancio Meliá, Manuel. Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Lima. GRUJEY.1998; especialmente el capítulo II: La función de la culpabilidad en un sistema teleológico del Derecho penal, pp.63-79.

445 Jakobs, Günther. El principio de culpabilidad, ob. cit. p. 11.

446 Jakobs, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia.1996 [Versión alemana: Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischem Prinzipien. Oder: Verabschiedung des alteuropäischen Strafrechts]. Ponencia presentada en las Jornadas alemanas de profesores de Derecho penal en Rostock el día 28 de mayo de 1995, publicada en ZStW 107 (1995); pp. 42-49.

447 Jakobs, Günther. Culpabilidad y prevención, ob. cit. p. 73.

448 Ibidem, p. 73,74.

449 Ibidem, p.75.

450 Ibidem, p. 75.

451 Vid. Cuello Contreras, Joaquín. El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito, 3era. edición. Madrid. Ed. DYKINSON, 2002, p. 929.

La proporcionalidad en relación al hecho es una proporcionalidad con una mirada puesta hacia atrás. Antes de la proporcionalidad se encuentra la imputación, la determinación del desvalor jurídico del comportamiento y tal imputación "...es lo que convierte en posiblemente proporcionado lo que, con independencia de ella, sería siempre desproporcionado; con otras palabras, si la proporcionalidad no debe ser sólo una nueva forma de denominar a la vieja culpabilidad, entonces no resulta apropiada para designar los ámbitos relevantes para punir o no punir, y, mucho menos para ponderarlos"⁴⁵². De esta forma, Jakobs desestima la proporcionalidad como posibilidad de fundamentar la aplicación de la pena.

Jakobs ve en la idea del *fin*, la fundamentación de la culpabilidad. Así, ni la culpabilidad limitadora, ni la proporcionalidad ofrecen el fundamento de la culpabilidad. Esta debe buscarse entre culpabilidad y fin. Se trata, por tanto, de la imputación en cuanto imputación que desencadena una pena y de la medida de la imputación⁴⁵³. En consecuencia, la culpabilidad se encuentra determinada por el fin. En este orden, se tiene que fundamentar la necesidad de punir en una determinada medida y esto, con la finalidad de confirmar la obligatoriedad del ordenamiento frente al *ciudadano fiel*⁴⁵⁴ al Derecho; la culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general... y se mide conforme dicha prevención⁴⁵⁵.

Revisando el contenido de la culpabilidad declara que éste es altamente controvertido: el espectro va desde "el fracaso del cometido ético de la persona" pasando por la versión más habitual del uso defectuoso del poder para regirse conforme a la norma "actitud interna jurídicamente defectuosa", hasta la "no cumplimentación de una medida legal establecida por el Derecho"⁴⁵⁶. De esta situación descriptiva saca un elemento importante: "...en todas las controversias las versiones presentan algo común: por medio de la culpabilidad, de todas las condiciones del hecho que produce la defraudación se aísla una, en concreto *un defecto de motivación, como única jurídico-penalmente relevante*,... Lo defectuoso no es la situación en que se ha dado el hecho, sino *la motivación del autor*, y las causas del defecto de la motivación sólo incumben al autor; su búsqueda significaría ya intentar la exculpación. ... Al autor se le aísla ..(de la) génesis de su culpabilidad. Por medio de este aislamiento del autor, a través de la culpabilidad, se consigue que el conflicto sea ubicado en una dependencia aislada, en un subsistema del ordenamiento que es necesario mantener ...ya con la imputación, como imputación a la culpabilidad, el ordenamiento se ve confirmado como aquello a lo que hay que seguir ateniéndose. Esta estabilización del ordenamiento, por medio de la imputación, resulta necesaria en todo sistema..."⁴⁵⁷[subrayado nuestro].

En su trabajo "El principio de culpabilidad" (1993) recalca que "la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona"⁴⁵⁸. También recuerda que la culpabilidad contiene una finalidad⁴⁵⁹. El fin de la culpabilidad puede construirse desde la perspectiva del orden social de cuya estabilización se trata ... podría tratarse de un

452 Jakobs, Günther. Culpabilidad y prevención, ob. cit. p. 76.

453 Ibidem, p. 77.

454 Ibidem. Respecto al *ciudadano fiel al Derecho*, su contenido es uno de los pilares que utiliza Jakobs para conceptualizar la culpabilidad, veamos: El que es *fiel a la norma* es capaz de cumplirla... y dado que "el procurarse" fidelidad a la norma es objeto de atribución al individuo como un cometido autónomo, *la capacidad no constituye un diagnóstico psíquico, sino un elemento normativo* cuyo contenido se encuentra determinado por los fines", p. 86 [el subrayado es nuestro].

455 Ibidem, p. 78.

456 Ibidem, p. 81.

457 Ibidem, p. 81.

458 Jakobs, Günther. El principio de culpabilidad, ob. cit. p. 11.

459 Ibidem, p. 13.

orden en que el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia; en ese caso, el mantenimiento de este principio sería perfectamente funcional⁴⁶⁰.

Primer desarrollo: defectos cognitivos y defectos volitivos; que se caracterizan por ser errores sobre la situación y el desarrollo del mundo exterior⁴⁶¹. Presupuesto [condiciones psíquicas]; así, "...sólo puede cumplir determinada orden quien tiene la voluntad de acatar tales órdenes, es capaz de reconocer que esa orden se dirige a él y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir la orden. En breve: se trata de querer y conocer" [esto es igual al lado volitivo y cognitivo del comportamiento]⁴⁶². En el plano de los "defectos" volitivos o cognitivos tenemos conclusiones distintas: el defecto volitivo agrava la responsabilidad; el defecto cognitivo exonera. Dicho de otro modo, [aspecto volitivo] en cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es, en cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma de la actitud que su comportamiento denota, más grave será su culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso en falso atípico; [aspecto cognitivo] en cuanto mayor sea la distancia que separa a un sujeto de los conocimientos necesarios, menor será su culpabilidad, y en cuanto mayor sea la posibilidad de superar el desconocimiento, mayor será su culpabilidad⁴⁶³. El defecto cognitivo –sostiene Jakobs– conlleva el peligro de una *poena naturalis*: "quien conduce ebrio un automóvil y parte de la base de que no ocurrirá nada malo, probablemente se dará cuenta, en caso de ocurrir un accidente, de que no sólo dañó a otros, sino también a sí mismo, o que aunque sólo afectó a otros, éstos son personas cuyo sufrimiento no le es indiferente (conclusión. Anot. nos) ... todo ser humano que quiera organizarse racionalmente intentará ... no hacer cálculos erróneos,..."⁴⁶⁴.

Existen otros supuestos de defectos cognitivos: el error acerca de la existencia de una norma, conocido como error de prohibición o de mandato. Ejemplos: un sujeto organiza con finalidad benéfica, *optima fide*, pero sin autorización, un juego de azar público. O: se le da rápidamente una buena paliza al ladrón que ya huía sin llevarse nada, para que aprenda a respetar los bienes ajenos, sin conciencia de antijuricidad alguna⁴⁶⁵. En esta modalidad de error, es posible que la autocomprensión del Derecho se vea cuestionada. Sin embargo, el ordenamiento jurídico penal considera que todo error inevitable acerca de la norma excluye la culpabilidad. [Debe entrar a considerarse el error *iuris nocet*, entendido como que es asunto de todo sujeto sometido a la norma procurarse el dominio de ella. Jakobs hace la siguiente apreciación: La proposición error *iuris nocet* puede significar dos cosas distintas: en primer lugar, el conocimiento del Derecho, y, por tanto, la decisión en contra del Derecho no es presupuesto de la pena; en segundo lugar, ... el conocimiento es presupuesto de la pena, pero se presume *iuris et de iure* ...dice, por ejemplo, Feuerbach: "Respecto de toda persona dotada de inteligencia se presume con certeza que conoce las leyes penales"]⁴⁶⁶. De aquí se derivan dos opciones a título de solución: la **teoría del dolo**, por la cual quien no tenía en cuenta la norma a la hora de realizar el hecho, por falta de interés por el Derecho, no entraba en consideración como autor doloso (teoría rechazada) y la **teoría de la culpabilidad**, según la cual la cognoscibilidad del injusto, en la medida que se trate de un hecho doloso, es un elemento de la culpabilidad que no afecta al dolo. Los hechos cometidos en los que el autor

460 *Ibidem*, p. 13, 14.

461 *Ibidem*, p. 24.

462 *Ibidem*, p. 14, 15.

463 *Ibidem*, p. 15, 16.

464 *Ibidem*, p. 22.

465 *Ibidem*, p. 24.

466 *Ibidem*, p. 26, 27.

desconoce la norma siguen siendo dolosos. Cuando son inevitables, son hechos dolosos inculpables, pero si era evitable son hechos culpables⁴⁶⁷. Así, quien a la hora de cometer el hecho no tiene en cuenta la norma porque no le interesa, aunque podría conocerla, sigue siendo autor doloso. Con ello, la jurisprudencia tiene la posibilidad de impedir que el argumento del desconocimiento de la norma se convierta en una excusa cómoda, a través de una configuración estricta de los criterios de determinación de la inevitabilidad⁴⁶⁸. Así, la actitud de fidelidad al Derecho se concibe como una actitud que reconoce la razón de vigencia, la positividad, tengan el contenido que tuvieren. Como sostiene Jakobs: "...un hecho cometido con desconocimiento inevitable de la norma jurídico-penal, esto es, un hecho en el que había una atención suficiente hacia el Derecho positivo en su conjunto, contradice la norma en su configuración actual, pero no impugna el principio que da legitimidad a todas las normas: la positividad"^{469 470}. En la misma línea, cuando en referencia a *error e indiferencia* sostiene que el caso de desconocimiento evitable de la norma –que no obliga a atenuarla, sino sólo a una posibilidad de atenuación– señalado en el artículo 17 del Código Penal alemán [Error de prohibición. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el párrafo 49, párrafo 1] evidencia que "...no existe una relación rígida entre el hecho psíquico de la falta de conocimiento actual y la atenuación de la pena. Al contrario, si el desconocimiento se fundamenta en un desinterés en conocer, sin que ese desinterés a su vez pudiese explicarse... se mantiene la pena completa. Un ejemplo extremo: quien conduce en el tráfico rodado un vehículo que no está admitido para ello, no puede argumentar que no pensó en la prohibición porque ese tipo de nimiedades no merecen su atención"⁴⁷¹. Así, hay que diferenciar el error propiamente del apartamiento del objeto de conocimiento: "...quien está informado sobre las reglas del Islam puede conocer lo que éstas exigen a lo largo del día. Si no tiene en cuenta nada de ello porque su intención no es la de vivir según esas reglas, no está permanentemente inmerso en un error, ya que no quiere en absoluto saber lo que podría saber"⁴⁷².

En síntesis: conforme a Jakobs, la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria por haber defraudado, esto es, existe un déficit de motivación jurídica que justifica el castigo al autor. Se sanciona para mantener la confianza en la norma, para ejercitar el reconocimiento de la norma. La culpabilidad no se orienta al futuro sino al presente, pues así el Derecho penal funciona, esto es, se estabiliza el ordenamiento jurídico⁴⁷³.

IV. CONCLUSIONES

- 1.- La Constitución peruana no ha consignado de forma expresa una norma que declare *nulla poena sine culpa*. Ahora bien, ello no impide que el principio de culpabilidad sea elaborado considerando diversas normas de la Constitución como normas ordinarias de Derecho penal u

467 Ibidem, p. 29.

468 Ibidem, p. 29.

469 Ibidem, p. 29. Jakobs aclara que: "No forma parte del conocimiento de la norma que se acepte como correcto el contenido, ... basta el conocimiento ... que la vulneración de la norma supone en el orden social existente ... una perturbación". p.30.

470 Ibidem, p. 30. El autor destaca lo siguiente respecto a la positividad de la norma: "... la retirada hacia la positividad impone la carga del riesgo de un error sobre el contenido de la norma a la generalidad, pero preserva a la vez al ordenamiento de todos los ataques contra su legitimidad, una defensa sin la que probablemente sería imposible organizar una sociedad en la que se practica el pluralismo".

471 Ibidem, p. 31.

472 Ibidem, p. 32.

473 Jakobs, Günther. Derecho penal parte general, ob. cit. pp. 579 y 581.

otras. Así, siguiendo, en frases sentidas, el profesor Fernández Sessarego afirma: “La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del Derecho”⁴⁷⁴. A ello hay que agregar el libre desarrollo de la personalidad, la libertad, el derecho de no ser sometido a tortura ni malos tratos o tratos humillantes o inhumanos, etc.

- 2.- La culpabilidad se conoce dentro como “responsabilidad”, lo cual se deriva de las diversas menciones que hace nuestro Código Penal. Por ejemplo, el artículo 46 que indica que para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la *responsabilidad* y gravedad del hecho punible. El Título Preliminar del Código Penal en sus artículos VII y VIII determina que la pena requiere la responsabilidad del autor y que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Lo mismo ocurre en relación a los artículos 14 y 15 del Código Penal: [responsabilidad], error de prohibición y el llamado error culturalmente condicionado.
- 3.- El término responsabilidad alude a una relación del sujeto con su hecho y no más. En consecuencia, la culpabilidad [responsabilidad] cumple una función dogmática dentro de la teoría del delito, en cuanto ésta no concluye en la antijuricidad, sino en la culpabilidad. Si bien es un juicio de valoración de un hecho típico y antijurídico, coloca como piedra fundamental el hacer del sujeto, con lo cual no se admite una culpabilidad por el *modo de vida*⁴⁷⁵.
- 4.- El libre desarrollo de la personalidad consagrado en la Constitución impide que el Estado se coloque en la perspectiva de realizar reproches éticos a sus ciudadanos. La dogmática jurídico-penal no establece reproches éticos. Su punto máximo está referido a la capacidad de motivarse o dirigir su conducta conforme al ordenamiento jurídico. Ello no significa que deje de lado las circunstancias que pueden hacer una llamada a una causa de exclusión de la culpabilidad.
- 5.- La culpabilidad es valorativa. En referencia a un hecho concreto, cuánto pudo el sujeto preservar de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. De esta forma, se objetiviza los procesos de relación del sujeto dentro del entramado social, es decir, la coexistencia del sujeto [él y el mundo en que se desenvuelve] se entiende sólo en relación con las normas jurídico-penales.

Las posibilidades de actuación de la persona dentro de la comunidad jurídica permiten obtener datos objetivos: cuántas opciones tuvo, en el caso concreto, el ciudadano de resolver su conflicto conforme al ordenamiento jurídico y si el ordenamiento jurídico en el caso concreto proveyó los instrumentos legales. Por ejemplo, quien sabe que su esposa le es infiel no debe resolver su conflicto matando al amante o a la esposa, pues el Derecho, en general, le permite concluir la relación jurídica del matrimonio por la causal de infidelidad. También, resulta fácilmente comprensible percibir que el valor vida se impone sobre el de infidelidad. Hay opciones que el Derecho admite, provee a fin de resolver el conflicto concreto. Cuando el ordenamiento jurídico no provea las opciones, se encontrará –en general– ante causas de inculpabilidad, legales o supraleales.

En consecuencia, el Derecho, en general, sólo puede exigir aquello que da. Si en el proceso de las relaciones sociales de los sujetos, unos quedan en la absoluta periferia, sin posibilidades de acceder a los mecanismos centrales; el status jurídico queda absolutamente sensibilizado. No será posible exigir modelos de conductas a los ciudadanos acorde con las altas pretensiones

474 Fernández Sessarego, Carlos. Defensa de la persona, artículo 1ero. de la Constitución en La Constitución Comentada, T. I. Análisis artículo por artículo. Director Walter Gutiérrez. Lima. Ed. Gaceta Jurídica y Congreso de la República del Perú, 2005, p. 7 yss.

475 Vid. Villa Stein, Javier, ob. cit., p. 38, 39. Dicho autor precisa comentando la legislación peruana: No se trata de una culpabilidad de “predisposición” o de una “culpabilidad por la conducción de la vida” ya que “culpabilidad por la conducción de la vida quiere significar no solamente, como es sabido, la disposición al delito sino probablemente también la posibilidad de reprochar esta disposición”. Véase la cita de pie de página 33.

de la juridicidad penal. Admitir esta posición lleva a la inevitable consecuencia de aceptar que, en algunos casos, aun cuando exista un hecho típico y antijurídico no es posible declarar la responsabilidad penal, pues el Derecho no estuvo en la posibilidad de generar las posibilidades que le permitirían exigir al ciudadano una conducta conforme a los moldes legales.

También, el Derecho penal debe reconocer, en el caso concreto, cuán cerca se encuentra el ciudadano en situación de cometer delito. Esto es, establecer si el sistema social, en su conjunto [la sociedad] y luego el Estado, ha generado una posición de alta “vulnerabilidad” del sujeto respecto al injusto penal. Así, sobre los supuestos de los denominados “pirañitas” que deambulan en bandas por las calles, se reconoce públicamente que son menores o adolescentes y algunos mayores abandonados, que carecen de patrones culturales o sociales y establecen para su supervivencia conductas de lesión patrimonial: hurtos, asaltos, robos de piezas de vehículos; cubriendo así sus necesidades y cumpliendo los roles en el mundo en el cual se desarrollan [el uso de drogas es un elemento común en los pirañitas de Lima].

No existe culpabilidad si el sujeto no cruza el umbral cronológico que la ley señala y tampoco quien tiene defectos esenciales para adecuar su conducta conforme a las normas. En consecuencia, no siempre de todo comportamiento típico y antijurídico surge una atribución de responsabilidad. Así, los menores de 18 años, conforme al Código Penal son inimputables, es decir, no se les asigna a los menores la capacidad de organizar sus conductas conforme a la norma penal y, por tanto, se les excluye del Derecho penal. Quienes sufren problemas psíquicos de cierto nivel [anomalía psíquica, artículo 20 inciso 1ero. del Código Penal] que les impide comprender la antijuricidad de su conducta, esto es, no se les reconoce entendimiento ni racionalidad [la psicosis, el esquizofrénico, oligofrénico, el epiléptico, etc.], o los que eventualmente pierden la capacidad de comprensión quedan al margen del Derecho penal⁴⁷⁶.

También existen otras causas de exclusión de culpabilidad, como el caso de aquellas personas que creen actuar conforme a la juridicidad existente y, sin embargo, lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos [error de prohibición invencible, artículo 14 segundo párrafo del Código Penal]; también, el caso del estado de necesidad exculpante, artículo 20 inciso 5to. del Código Penal. Este caso se caracteriza porque no se puede exigir otra conducta en las circunstancias concretas o como menciona Jakobs: “La motivación del autor se puede definir como reacción apropiada a la situación cuando el autor no es responsable de ella: el conflicto anímico y la disminución del injusto, presente en su caso, sólo dan lugar a la exculpación si el conflicto es posible solucionarlo como fortuito o achcarlo a terceros”⁴⁷⁷.

- 6.- El Derecho penal tiene una expectativa de carácter general, que el ciudadano logre asimilar la norma y en su desarrollo social no se aleje de ella. Esto tiene como significado el reconocimiento de libertad de actuación del sujeto, por lo menos reconocerle un mínimo de libertad [libre albedrío], pero tal reconocimiento pasa por soportar la crítica de que es indemostrable que el sujeto pueda haber actuado en libertad al momento de cometer un injusto. En consecuencia, un instituto muerto no puede fundamentar nada. De ahí sigue, que las teorías sobre la culpabilidad sigan buscando respuestas más allá de la afirmación del libre albedrío.

476 Vid. Villa Stein, Javier. La culpabilidad, ob. cit. El autor interpretando el artículo 20 inciso 1ero del Código penal, afirma: “... entendemos que bajo la expresión “Anomalía Psíquica”, como causa de inimputabilidad ... debemos comprender todas las enfermedades mentales, desórdenes, trastornos, permanentes o transitorios, cuya gravedad afecta de tal modo el sistema nervioso y el comportamiento del que las padece, que dificulta su sentido de la realidad, su capacidad de ajuste adaptativo racional al medio ambiente y en consecuencia el dominio sobre la o las conductas que protagoniza”. p. 65, 66.

477 Jakobs, Günther. Derecho penal parte general, ob. cit. p. 690.

Existen patrones sociales que reflejan un orden y en concreto un orden jurídico. Es propio a la comunidad jurídica la imposición de reglas, sean mandatos o prohibiciones y todo aquel que vive dentro de la comunidad jurídica responde a tales reglas. Así, se espera que el ciudadano no renuncie al Derecho. Para ello se parte de reconocer que todo ser que vive en sociedad puede seguir la secuencia de sus actos según las valoraciones propias de su ámbito social, es posible que los sujetos internalicen las reglas sociales tanto como las jurídicas.

Así, todos sabemos que la vida humana es un valor único y sin posibilidad alguna de intercambiarlo, ello conforme el modelo social en que vivimos, o que el pagar los tributos constituye un elemento esencial para el desarrollo de los servicios que el Estado presta y, por lo tanto, su evasión queda al margen del comportamiento social y jurídico-penal aceptado. Por ello, no se puede concebir una valoración de culpabilidad al margen de la realidad social concreta en que se desenvuelven los sujetos. Por estas razones puede sostenerse: la culpabilidad no es una abstracción ni una pura hipótesis, es una comprobación sobre datos objetivos, sobre una conducta realizada, una conducta con significado. La objetividad de los hechos realizados sólo se entiende en virtud del delito, del injusto como expresión normativa predeterminada. Entonces, la culpabilidad gira en torno al sujeto reconocido en todos sus aspectos, al sujeto en su hacer, en su conducta.

- 7.- Estado de Derecho y culpabilidad no son excluyentes. El primero contiene a la culpabilidad. Aun, como ya se ha dicho, sin poseer una norma constitucional específica sobre la culpabilidad penal, existen reglas que son verdaderos pilares: dignidad de la persona humana, libre desarrollo de la personalidad y el propio contenido y concepto del Estado de Derecho.

Tan así, que si en un caso concreto, la justicia penal dejara de invocar la culpabilidad como fundamento de la pena, tal resolución es recurrible en amparo por negación de un derecho constitucional [Art. 1º dignidad de la persona humana; Art. 2º inciso 1 libre desarrollo; Art. 2º inciso 2 igualdad ante la ley; Art. 139º inciso 3 tutela procesal efectiva; y demás derechos que la Constitución reconoce, entre los cuales podemos mencionar: Art. 2º inciso 4 derecho a la libertad, concordado con el inciso 8º, 15º, 24º].

El comportamiento típico, antijurídico y culpable recibe una respuesta en la esfera del Derecho penal. Así, la culpabilidad es la capacidad del Estado de atribuir una conducta dañosa y valorar tal conducta en sus diversos aspectos e incluso la posición de la sociedad y del Estado en esa relación determinada.

El principio de proporcionalidad sirve como regulador y tiene su amparo en los fundamentos mismos del Derecho. Dicho en otras palabras, las medidas sancionatorias desproporcionadas se convierten en instrumentos de injusticia, y la injusticia no es baluarte del Derecho, todo lo contrario, la excluye, la rechaza. Así, dentro de un sistema social y democrático de Derecho, el modelo talional o la retribución, que ven en el mal por el mal realizado el fundamento de la pena, no tienen cabida.