

370
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

**“ORIGEN, EVOLUCION Y SIGNIFICADO
ACTUAL DE LA NO EXIGIBILIDAD DE
OTRA CONDUCTA”**

**MARIA DEL CARMEN YOLANDA
HERNANDEZ DIAZ DE LEON**

MEXICO, D. F.

1987



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PROLOGO

Al penetrar en el conocimiento del derecho, la amplitud que el mismo contiene hace compleja la elección de alguna de sus ramas ya que todas son importantes e igualmente interesantes. El motivo que nos ha inclinado al estudio de la materia penal, es el espíritu a que aspira y explica la razón de su existencia, es decir, en el sentido a que protege bienes jurídicos de alto valor estimatorio como son la vida, libertad, patrimonio, etc.

De todos es sabido que las conductas delictivas son el objeto de estudio del Derecho Penal, y que el mismo en su expresión actual es el resultado de una evolución doctrinaria, legislativa y jurisprudencial, de ahí que muchas sean sus concepciones.

A la existencia de la acción delictiva convergen caracteres que bañan la conducta punitiva, ahora bien, del mismo modo, cuando aparecen estos y se configura el delito, también pueden faltar, originándose entonces su aspecto negativo. Es precisamente en el aspecto negativo del delito donde encontramos gran inquietud por su estudio, pues siempre nos han despertado gran interés las causas que vuelven inculpable una conducta delictiva. Ello es la causa de realización y modesta conclusión de la investigación que ponemos a su consideración, no sin antes reconocer la inapreciable orientación y apoyo recibido por el Dr. Alvaro Bunster, sin el cual la presente no se hubiese logra-

do. Asimismo, quisiera agradecer de manera especial al Lic. Carlos Vidal Riveroll por sus atenciones prestadas.

De igual forma agradezco a la maestra Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña su solidaridad y estímulo. No puedo dejar de mencionar a quienes revisten gran importancia en el resultado y significado de esta sencilla investigación: A mis maestros, al personal administrativo de la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas y al Lic. Carlos Luna Salgado.

Si al término de la lectura, el lector encuentra caminos de aplicación legislativa o de interpretación legal y jurisprudencial, satisfechos quedaremos de que esta investigación ha cumplido su objetivo.

INDICE

	Pág.
Introducción	1.
I. El concepto de exigibilidad en el Derecho.....	6.
II. Aparición de la exigibilidad dentro de la culpa- bilidad penal.....	15.
III. La exigibilidad en Reinhard Frank.....	22.
IV. La exigibilidad en James Goldschmidt.....	30.
V. La exigibilidad en Freudenthal.....	42.
VI. La exigibilidad en Edmund Mezger.....	50.
VII. La exigibilidad en Hans Welzel.....	60.
VIII. La exigibilidad en Reinhart Maurach.....	76.
IX. La exigibilidad en Eugenio Raúl Zaffaroni.....	84.
Conclusiones.....	96.
Bibliografía.....	101.

INTRODUCCION

El desenvolvimiento experimentado por la teoría de la culpabilidad ha conducido a la doctrina, al margen de -- toda polémica, a considerar el principio "nullum crimen sine culpa" como un aserto reconocido en la doctrina y en la moderna legislación penal. Sin embargo, no ha reinado siempre, pues el castigo criminal no ha estado ligado perpetuamente -- al principio de culpabilidad, ni éste se ha manifestado constantemente con la misma estructura.

Así, la culpabilidad como carácter del delito es el resultado de una polémica mantenida durante años a través de tres importantes concepciones: la psicológica, la normativa y la finalista, cuyo objetivo es explicar cuál es su verdadera naturaleza jurídica. No obstante lo anterior, podemos -- afirmar que la culpabilidad es, sin duda alguna, el centro -- de la teoría jurídica del hecho punible y el postulado fundamental de la responsabilidad penal.

Ahora bien, esta evolución del concepto de culpabilidad nos ha llevado hasta la aparición del pensamiento de la exigibilidad y su contrario la no exigibilidad o inexigibilidad de otra conducta -- tema fundamental de la presente -- investigación --, cuyos orígenes los encontramos en Alemania a finales de la primera década del presente siglo.

El fenómeno de la inexigibilidad de otra conducta sin mucho esfuerzo e incluso para los ignorantes en esta rama de la ciencia jurídica, si se toma dentro de un alcance general y sin referencia a las disciplinas jurídico penales, resulta fácil comprender lo que significa no poder exigir un comportamiento distinto al observado por alguien. Pues bien, éste principio que no sólo ha interesado a juristas sino también a filósofos, tiene gran importancia dentro de la culpabilidad, ya que cuando el agente por las circunstancias en que ha realizado el hecho típico, no se le ha podido exigir un actuar de modo distinto a como lo hizo, no le será reprochable su comportamiento y, por tanto, no se deducirá responsabilidad penal alguna. Es decir, en medida de la exigibilidad dependerá la formulación o no del juicio de reproche.

Desde el punto de vista dogmático, el principio de no exigibilidad como causa de inculpabilidad, que algunos autores conciben como causa supralegal y otros como principio inspirador de las excusas legales de inculpabilidad, tiene sus antecedentes doctrinarios en la concepción normativa de la culpabilidad cuando empieza a apuntarse la idea de que para que un hecho antijurídico y típico merezca el calificativo de delito es preciso que a su autor no le sea exigible una conducta distinta a la realizada. Sin embargo, se podría llegar a pensar que los orígenes de este principio son remotos, pues en la India, en las leyes de Manú encontramos ciertos pasajes interesantes que declaran impunes los más diversos hechos delictivos.

Así por ejemplo, éste Código se abstiene de castigar al hombre hambriento que careciendo de toda posibilidad de -- procurarse alimento, mata a un semejante para nutrirse de su cadaver (Ley X; 105), el hurto o robo famélico (Ley XI 16; -- Ley X, 108), el hecho de comer alimentos prohibidos por quien tiene su vida en peligro (Ley V, 27), la sustracción de lo que es indispensable para celebrar un sacrificio (Ley XI, 21), y también el falso testimonio siempre que la declaración de la verdad pudiera causar la muerte de un sudra, de un vaicya, de un kchattriya o de un brahmán, si se trata de un hecho cometido en un momento de extravío y no de un crimen premeditado... (Ley VIII, 104).*

Esta disposición que parece salvaje y anacrónica en nuestros días, no es un simple recuerdo de épocas arcaicas, pues el homicidio y la antropofagia motivada por impulsos de hambre no ha sido totalmente desconocida hoy día, ya que aún ahora encontramos verdaderas situaciones tan horrendas como estas, pero por desgracia frecuentes.

Todo esto nos llevó a considerar en el presente estudio hacer una investigación más profunda sobre el tratamiento de esta figura, refiriéndonos en primer término a la exigibilidad del derecho en general, como una concepción amplia; hecho esto, es necesario ubicar la exigibilidad y la no exigibilidad de otra conducta, dentro del derecho penal, en el -- ámbito más constreñido de la culpabilidad, estableciendo en --

(*) JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T. IV. 3a. edic. Buenos Aires, Edit. Losada, S.A. p. 281.

términos generales y muy breves la aparición de la exigibilidad. Y como tercera parte, siguiendo un método histórico, - estudiamos la evolución que ha tenido este principio desde - su origen hasta su significado actual, ello a través del pensamiento de egregios juristas, los que contribuyeron con sus aportaciones para la configuración de una concepción más moderna de nuestro objeto de estudio.

I. EL CONCEPTO DE EXIGIBILIDAD EN EL DERECHO

I. EL CONCEPTO DE EXIGIBILIDAD EN EL DERECHO

Abordar el tema de la exigibilidad del derecho no es tarea fácil, pues supone explicar qué es derecho.

El estudio del derecho en general es en extremo problemática, en virtud de que el término tiene varios significados dentro de la literatura jurídica.

Así, por ejemplo, si atendemos a su significado etimológico la palabra derecho proviene del l. directum (vg. derectum), el cual deriva de digiere (enderizar, dirigir, encaminar) que a su vez procede de regere, rexi, rectum (conducir, guiar, conducir rectamente, bien). Por extraño que parezca, derecho no desciende de una palabra latina de morfología semejante e igual significado. La palabra latina que corresponde a derecho (o a sus equivalentes en lenguas modernas), es ius, de antigua raíz indoiránica. (1)

Estamos ciertos de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituye el derecho mismo, es decir, las normas jurídicas: "el conocimiento jurídico está dirigido hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrarios a derecho)". (2)

La idea de que el derecho sea o constituya un sistema de normas que regulan el comportamiento humano, pareciera que

-
- (1) TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "Derecho", voces para una nueva edición del Diccionario Jurídico Mexicano, consultadas en los originales de su autor, n. 5.
(2) KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, trad. de la 2a. ed. en alemán por Roberto J. Vernejo, México, UNAM, 1986. p. 18.

sólo fuera exclusiva de los sistemas sociales de los pueblos civilizados, puesto que en sociedades primitivas también el comportamiento de los animales, plantas, inclusive el de cosas inanimadas, es regulado por el orden jurídico de idéntica manera que el de los hombres. "En la antigüedad existía en Atenas un tribunal especial ante el cual se procesaba una piedra o una espada o cualquier objeto que hubiera provocado la muerte de un hombre, hay que suponer que sin intención". (3)

Sin embargo, el que los órdenes jurídicos modernos - sólo regulen la conducta de los hombres y no la de animales, plantas o cosas, no excluye que prescriban una determinada conducta humana tanto en relación con seres humanos como también en relación con animales o cosas, pero en el sentido de protección, ya que las normas jurídicas regulan el comportamiento de los hombres contra quienes se dirige la amenaza del castigo en el caso de la conducta contraria. Así, pues, el derecho guía la conducta humana a través de disposiciones o normas que establecen una determinada conducta como debida (en el sentido de exigida).

Un orden normativo que regula el comportamiento humano en cuanto está en relación inmediata o mediata con otros hombres, constituye un sistema social. El derecho es uno de estos sistemas sociales, cuya función es obtener un determinado comportamiento del hombre sujeto a ese orden, y provocar que el hombre se abstenga de ciertas conductas consideradas perjudiciales socialmente (para los otros hombres), y, realice en cambio ciertas

(3) DEMOSTENES, Oración contra Aristócrates, 76, citado por Hans Kelsen, ob. cit. p. 45.

conductas consideradas como socialmente útiles. (4)

El derecho, en cuanto sistema social, exige de los individuos y miembros de la comunidad una conducta ya sea positiva o negativa, lo que equivale a decir que la conducta humana está regulada por el orden normativo de manera positiva cuando exige a un hombre determinada acción y de manera negativa la omisión de una acción determinada (cuando se exige la omisión de la acción la acción está prohibida).

Decir que la conducta de un hombre es exigida por una norma objetivamente válida significa lo mismo que afirmar que el hombre está obligado con respecto a esa conducta.

"En la medida en que el hombre actúa como la norma lo exige, cumple con su obligación, acata la norma; con un comportamiento opuesto, viola la norma o, lo que significa lo mismo, viola su obligación". (5)

El concepto de obligación jurídica implica también el deber jurídico. El que alguien esté jurídicamente obligado a determinada conducta significa que un órgano debe aplicar una sanción en el caso de que haya conducta contraria. La conducta opuesta es aquella que como acto antijurídico es condición de la sanción, que constituye el contenido del deber jurídico. (6)

Las normas jurídicas no constituyen enunciados o proposiciones sino que son mandatos, es decir, el contenido de sus --

(4) KELSEN Hans, ob. cit. Pág. 38

(5) Ibid., Pág. 29

(6) KELSEN Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, (traducción de Eduardo García Maynez), 2a. reimpresión, México, UNAM., 1979, Pág. 69.

disposiciones constituye algo impuesto a los hombres a quienes afecta, y con el que estos tienen que contar independientemente del asentimiento que puedan prestarle, ya sea para proceder de acuerdo con lo que en él se exige o para atenerse a la sanción que su incumplimiento lleva consigo. La norma jurídica es un precepto social, lo que significa que sobre la vida personal del sujeto humano gravita una dimensión alterante, un criterio de exigibilidad que impone un cauce al obrar espontáneo.

Asimismo, el derecho también está constituido por permisiones y autorizaciones, vg, la norma que autoriza a un jefe de Estado a celebrar tratados internacionales.

Por otra parte, el derecho es un orden coactivo en el sentido de que reacciona con un acto coactivo ante ciertas circunstancias indeseables por ser socialmente perjudiciales, en especial ante conductas humanas de este carácter, y reacciona con un mal que debe inflingirse adn contra la voluntad del que lo padece, inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza física, es decir, coactivamente. (7)

El derecho como orden coactivo de la conducta humana ordena una determinada conducta, enlazando a la conducta contrapuesta un acto coactivo que se dirige contra el hombre que así actúa o sus parientes. Es decir, el derecho es coactivo en la medida en que hace uso de sus sanciones.

"Que el derecho sea un orden coactivo no significa, como a veces suele afirmarse, que pertenezca a la esencia del derecho constreñir a la conducta obligatoria, a la conducta exigi-

(7) KELSEN Hans, Teoría Pura del Derecho, ob.cit. Pág. 46.

da por el orden jurídico. Ese comportamiento no es forzado por la implantación del acto coactivo, puesto que justamente corresponde llevar a cabo el acto coactivo cuando se produce la conducta prohibida, la conducta contraria a derecho, pero no la obligatoria. Justo para ese caso se ha estatuido el acto coactivo que funciona como sanción". (8)

Como lo hemos mencionado en líneas anteriores, el derecho como sistema social se constituye por normas jurídicas que estatuyen conductas a realizar; en otras palabras, que una conducta sea exigida, que un individuo esté obligado a actuar de determinada manera, son expresiones sinónimas.

Cabe ahora preguntarnos, ¿cómo se explica y cuál es el fundamento de la exigibilidad del derecho?

Contestar esta pregunta implica adentrarnos en el problema de la validez del derecho y estudiar las posiciones filosóficas que existen. Sin embargo, nosotros no pretendemos hacer una reflexión minuciosa en torno de esta cuestión, ni incursionar en la polémica entre el positivismo y el iusnaturalismo, sino únicamente expresar nuestro punto de vista.

Estamos acordes en que el derecho es exigible porque es válido, porque es obligatorio. Que una norma que se refiere a la conducta de un hombre valga, quiere decir que obliga, que es exigida, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma.

La validez del derecho significa obligatoriedad y exigibilidad del mismo. Y como sería un contrasentido hablar de un

(8) Ibid., Pág. 48.

derecho ni obligatorio ni exigible, podría decirse que la validez jurídica significa la existencia del derecho en cuanto derecho y que el modo de ser y existir del derecho es su validez.

Ahora bien, el derecho es válido en tanto que, como sistema normativo, regula su propia creación, es decir, nos estamos refiriendo a la problemática de las fuentes del derecho.

Una fuente del derecho expresa el conjunto de hechos reconocidos como apropiados para crear (modificar, sustituir, derogar) normas de un orden jurídico. Una norma es creada -- cuando es establecida por el procedimiento previsto y por la instancia social reconocida como creadora de derecho. Toda norma jurídica tiene una fuente. No existe norma sin autoridad que la instituya. De lo anterior, se puede concluir que fuentes del derecho son los hechos en virtud de los cuales una norma jurídica es válida y su contenido identificado. (9)

El estudio de las fuentes del derecho da respuesta al problema de la identidad y existencia del derecho, así como da cuenta de la dimensión fáctica del mismo. Por lo tanto, la exigibilidad del derecho se centra en su validez, en su existencia; el derecho es exigible en tanto que es, existe y es válido.

"La existencia de una norma jurídica es su validez, y aún cuando la validez de las normas jurídicas no se identifica con ciertos hechos, está condicionada por ellos". (10)

(9) TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "Fuentes del Derecho", voces - para una nueva edición del Diccionario Jurídico Mexicano, consultadas en los originales de su autor, p. 1-2.

(10) KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, ob. cit. p. 56.

La validez en el derecho no se comporta como se comporta la verdad l6gica, La validez no es una capacidad, propiedad o predicado; decir que una norma es v6lida equivale a decir que esa norma existe. Mientras pueden existir proposiciones falsas, no existen normas inv6lidas. (11)

El derecho es obligatorio en cuanto que impone un deber mediante una norma; el deber jur6dico es el comportamiento que debemos observar, es el acto tenido como obligatorio.

Si se reconoce que al estar obligado a cierta conducta no significa sino que esa conducta est6 ordenada por una norma y si no se puede negar que el orden jur6dico, como todo orden normativo, exige una determinada conducta humana, entonces debe verse en la obligaci6n una funci6n del derecho. (12)

La fuente de un deber jur6dico que lo hace distinguir de cualquier otro tipo de deber se encuentra en una norma jur6dica positiva. El fundamento de validez de una norma s6lo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra la hallaremos en una norma superior en relaci6n con otra inferior.

"La b6squeda del fundamento de validez de una norma no nos conduce a una realidad sino a otra norma de la cual la primera procede. A la norma cuya validez no puede derivar de otra superior la llamamos fundamental. Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y a la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo". (13)

(11) TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "Conflicto de normas", voces para una nueva edici6n del Diccionario Jur6dico Mexicano, consultadas en los originales de su autor, p. 41.

(12) KELSEN, Hans, Teor6a Pura del Derecho, ob. cit. p. 132.

(13) KELSEN, Hans, Teor6a General del Derecho y del Estado, ob. cit. p. 130.

La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema, la de mayor jerarquía de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez. Una norma jurídica no vale más que por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. (14)

Por último, queremos señalar dentro de este apartado que el problema de la validez del derecho incumbe también a la Axiología Jurídica, que considera que el derecho es valioso -- porque no es tal derecho si no está inspirado en principios o valores de validez objetiva. Ya que no es suficiente la facticidad histórica del ordenamiento jurídico para que éste lo sea, es necesario que el derecho cumpla su función directriz -- hacia lo justo, es decir, hacia la libertad, igualdad y la seguridad.

(14) KELSEN Hans, Teoría Pura del Derecho, ob. cit., pág. 205.

II. LA APARICION DE LA EXIGIBILIDAD DENTRO DE LA CULPABILIDAD PENAL

II. LA APARICION DE LA EXIGIBILIDAD DENTRO DE LA CULPABILIDAD PENAL.

Si se concibe al derecho como orden coactivo, la exigibilidad podría identificarse con la idea de coacción, en tanto que bajo determinadas condiciones debe efectuarse determinado -- acto coactivo. Referirse, sin embargo, a esta característica de la norma jurídica que aparece como permeabilizando todo el orden jurídico, supone un estudio más profundo de toda la estructura jurídica. Por tal motivo, nosotros no nos vamos a ocupar de ello y únicamente nos limitaremos al análisis de la exigibilidad dentro del derecho penal, circunscribiéndonos en el ámbito más restringido de la culpabilidad como carácter del delito.

La culpabilidad ha sido y es, sin duda una de las materias más debatidas en la ciencia jurídico penal.

Para que un hecho resulte delictuoso no basta que sea un comportamiento típicamente antijurídico, sino que deberá ser, además, culpable, es decir, ante la presencia de una conducta típica ésta es sometida a la comprobación que es opuesta al orden jurídico (antijuridicidad), y una vez hecha esta comprobación, es necesario que ese injusto le sea jurídicamente reprochable a su autor, o sea, que su autor sea culpable.

La culpabilidad es un concepto históricamente formado, que hoy apareja el de la exigibilidad. Ahora bien, es sabido que en la evolución de esta característica del injusto como requisito sine qua non para poder calificarlo como delito, ha sido habitual distinguir entre los partidarios de la teoría psicológica, norma-

tiva y finalista (de más reciente creación ésta última), que han protagonizado una apasionada polémica. (15)

En términos generales, podemos afirmar que en la fase psicológica la culpabilidad quedó reducida a una mera vinculación psicológica del autor con su hecho, despojada de toda valoración jurídica por lo que hace a la caracterización de su propia esencia.

Así, Bellavista, uno de sus más fervientes defensores, la define: "la culpabilidad es la relación psicológica entre el agente y la acción que ocasiona un resultado querido o no querido, si bien previsto o previsible". (16)

Como podemos observar, el concepto de exigibilidad es ajeno a una concepción psicológica de la culpabilidad.

Esta teoría no resolvió satisfactoriamente muchos problemas. En efecto, no podía explicar en forma adecuada la culpa, en especial la culpa consciente, ya que el nexo psicológico suponía una concepción de la culpabilidad basada fundamentalmente sobre el dolo; no podía explicar la concurrencia de determinadas causas de exclusión de la culpabilidad, diferentes del error y la coacción, como por ejemplo el estado de necesidad -- con bienes de igual valor, ya que en éste la relación psicológica no se ve afectada. Todo esto llevó a Reinhard Frank, en un intento fructífero, a concebir la culpabilidad como reprochabilidad (1907). Con posterioridad aparecen Goldschmidt, Mezger,

(15) Sobre esta evolución véase JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, p. 127-211

(16) Citado por Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, pág. 91.

Schmidt, entre otros. A esta nueva postura se le llama concepción normativa de la culpabilidad, que habfa de trastornar toda la construcción de tipo psicológico.

A partir de este momento, la culpabilidad empieza a -- ser vista como reprochabilidad. Así, al lado del dolo, de la culpa y de la imputabilidad, aparece la exigibilidad.

Podemos afirmar que, no obstante que Reinhard Frank -- fue el primero en concebir la culpabilidad como reprochabilidad (17), en ningún momento se refiere él a la exigibilidad en forma expresa. Deducimos que al hablar de la motivación anormal o anormalidad de las circunstancias en las que el autor obra, no pudiendo exigirse al agente un comportamiento distinto del realizado, implícitamente aparece a contrario sensu el término exigibilidad.

James Goldschmidt, por su parte, da un paso decisivo -- hacia la meta del normativismo, haciendo surgir la exigibilidad. En su teoría, la culpabilidad es sólo un juicio de reproche que se compone de exigibilidad y de la no motivación por la representación del deber a pesar de la exigibilidad. En la doctrina de Goldschmidt, el poder que implica la exigibilidad descansa en -- los presupuestos de la culpabilidad. (18)

Freudenthal da gran importancia a las condiciones en -- que el agente realiza su comportamiento, que son decisivas para determinar la exigibilidad o no exigibilidad de su conducta y;

-
- (17) FRANK Reinhard, Estructura del concepto de culpabilidad, - (versión castellana de Sebastián Soler), Universidad de Chile, 1966, pág. 29.
- (18) GOLDSCHMIDT, James, La concepción normativa de la culpabilidad, (trad. de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez) Depalma, Buenos Aires 1943, pág. XXVIII.

por ende, para la culpabilidad. El autor citado estructura -- toda su teoría en torno de un criterio ético individual, que -- lo lleva a conceptuar el principio de "no exigibilidad" en for -- ma más amplia. (19)

Edmund Mezger, representante también de los normati-- vistas, concibe la culpabilidad como un complejo de varios pre -- supuestos (imputabilidad, formas de la culpabilidad -dolo y -- culpa- y ausencia de causas excluyentes de culpabilidad) de -- procedencia diversa y metodológicamente diferentes: la culpabi -- lidad es una situación de hecho psicológica, que en virtud de -- una valoración jurídica se determina como contraria al deber y -- como reprochable.

Al referirse a la ausencia de causas excluyentes de - culpabilidad, señala: "no actúa culpablemente la persona a --- quien no puede ser exigida una conducta distinta de la realiza -- da". (20)

De lo anterior se desprende que para que la idea de - exigibilidad tenga cabida en la teoría de la culpabilidad nor -- mativa es preciso que ésta sea considerada como un juicio de - reproche que se hace al autor por su hecho antijurídico, jui -- cio que se formula con referencia a la relación psicológica y -- a la norma. La idea de deber es fundamental a la exigibilidad, -- lo mismo que el poder, pues la exigibilidad surge de poner en -- contacto el poder del agente con el deber mismo.

(19) MUSOTTO Giovanni, Colpevolezza Dolo e Colpa, F. Ciuni Li -- braio Editore-Palermo Italia 1939, págs. 98-108.

(20) MEZGER Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, (trad. -- de la segunda edición alemana por José Arturo Rodríguez - -- Muñoz), Madrid 1949, pág. 203

Respecto de la dirección moderna representada por los protagonistas de la teoría finalista de la acción (Welzel, Maurach), al trasladar el dolo y la culpa de su antigua posición en la culpabilidad y pasar a tomar el lugar que les pertenece en la estructura de la tipicidad, la culpabilidad queda reducida a un juicio de valoración (reproche) sobre el proceso de motivación, es decir, la culpabilidad pasa a tener como componentes la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad. (21)

Ha aparecido recientemente una concepción de la exigibilidad con matices finalistas, pero más amplia y completa, representada por Eugenio Raúl Zaffaroni, quien concibe la exigibilidad como la naturaleza última de todas las causas de inculpabilidad sin constituir ninguna en particular. En el sentido de una inculpabilidad supralegal, la exigibilidad es determinada por el orden jurídico, y de él proviene cualquier causa de inculpabilidad, de donde podemos inferir que Zaffaroni identifica toda la culpabilidad con la exigibilidad.

"La reprochabilidad de una conducta típica y antijurídica realizada comienza con la exigibilidad de una conducta -- adecuada a derecho y aumenta en razón directa con ésta". (22)

Ahora bien, después de haber dilucidado la aparición de la exigibilidad dentro de la culpabilidad, corresponde determinar cuál es su contenido.

-
- (21) WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, parte general, (trad. del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile 1976, págs. 201-248-283.
- (22) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, parte general, tomo IV, pág. 73.

En este sentido, señala Zaffaroni muy claramente, al criticar a Henkel la tesis de la exigibilidad como principio regulativo (23), que "la exigibilidad es un concepto que juega un papel en el injusto y en la culpabilidad. Lo que en el injusto se exige es que no se realicen conductas antijurídicas; en vez, en la culpabilidad se exige que el autor motive su conducta en la norma para no violarla". (24)

La norma jurídica que recoge en su contenido la descripción particularizada de una conducta prohibida se denomina tipo. Ahora bien, este tipo que describe un delito exige que no se realice esta conducta antijurídica, pues de realizarse corresponderá una determinada sanción. Por otra parte, la culpabilidad exige al autor que motive su conducta en esa norma para no violarla, pues de lo contrario se le hará un reproche.

-
- (23) La tesis de la exigibilidad considerada como principio regulativo de la que habla Henkel es la siguiente: para él hay principios que son regulativos y otros que son normativos. En tanto que los normativos importarían un valor, los regulativos darían un criterio. A esta última categoría pertenece, según Henkel, la exigibilidad, que es un principio regulativo que no sólo tiene importancia en el derecho penal, sino en otras ramas jurídicas, pero que -- concretamente, para el delito, tiene la importante función de principio regulativo que funciona no sólo en la culpabilidad, sino también en la tipicidad y en la antijuridicidad. En el mismo sentido se manifiesta JESCHECK, Hans-Heinrich, en su Tratado de Derecho Penal, parte general, V.I. Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1978, p. 635. Así, también RODRIGUEZ DEVESA, José Ma. Derecho Penal Español, parte general, 8a. ed. Madrid, Edit. artes gráficas Carasa, 1981, p. 614. En la actualidad es Claus Roxin quien reverdese los argumentos de Henkel para golpear a la concepción de la culpabilidad y reducirla a un mero criterio de política criminal. ROXIN, Claus, Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, trad. por Francisco Muñoz Conde, Madrid, Edit. Reus, 1981, p. 87-60. y en ROXIN, Claus, Política criminal y sistema del Derecho Penal, trad. de Muñoz Conde, Barcelona 1962, p. 67.
- (24) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, T. IV. ob. cit. p. 72.

III. LA EXIGIBILIDAD EN REINHARD FRANK

III. LA EXIGIBILIDAD EN REINHARD FRANK

Reinhard Frank inicia en Alemania una nueva concepción de la culpabilidad, que recibe el nombre de concepción normativa de la culpabilidad.

Fue el primero que expuso en el año de 1907 una teoría en donde el normativismo cobra un carácter real y no meramente sintomático (25). A esta nueva postura se le han sumado, reelaborándola y modificándola, Goldschmidt, Freudenthal y Mezger, entre otros.

En su estudio en el homenaje rendido a la Facultad de Derecho de la Universidad de Giessen, llamado "Über den Aufbau des Schuldbegriffs" (26), Frank concibe la culpabilidad como reprochabilidad, es decir, la culpabilidad se presenta en Derecho penal sólo cuando el comportamiento es anti jurídico, prohibido, y señala: "un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como reprochable cuando le podemos hacer un reproche por haberlo asumido". (27)

La culpabilidad para Frank no se agota en la mera relación psicológica entre el agente y el resultado (como lo sostenía la teoría psicológica), sino que es necesario extender el concepto de culpabilidad para que comprenda la imputa

-
- (25) Cabe recordar que para la vieja tesis sintomática, el delito en sí mismo no es más que un mero síntoma de la personalidad del autor. En este sentido Kollman, citado por Zaffaroni en Tratado de Derecho Penal, pág. 59 concibe la culpabilidad como un "estado antisocial de la voluntad".
- (26) Esta obra ha sido traducida por Sebastián Soler, cuyo título es: Estructura del concepto de culpabilidad, que es el texto que hemos tenido a la vista.
- (27) FRANK, Reinhard, Estructura del concepto de culpabilidad, ob. cit. pág. 29

bilidad y las circunstancias en que la acción se realiza, las cuales tienen gran importancia para el juicio de valoración.

Así, señala Frank que la culpabilidad de un cajero de una empresa que tiene buena situación y carece de familia, pero tiene amantes dispendiosas, y que se apropia del dinero que tiene en depósito, es mayor que la del modesto cartero -- que tiene muchos hijos y escasamente remunerado que se apropia de los valores a él confiados. Del mismo modo que el --- guardagujas que después de un largo descanso se equivoca al - hacer el cambio, parece más culpable que el camarada que incu rre en la misma falta después de once horas de servicio. (28)

Si en estos casos no se toman en consideración las - circunstancias en que los hechos se realizan y se considera - solamente la relación psicológica, no se precisa la medida de la culpabilidad.

Frank introduce a la culpabilidad la imputabilidad y las llamadas circunstancias concomitantes en que el autor obra, las que pueden por un lado atenuar la culpabilidad y por otro excluirla, es decir, hace una ampliación evidente del concepto de culpabilidad al comprender la imputabilidad y las circunstancias externas que concurren en la comisión del hecho - delictivo.

Respecto de la imputabilidad, ésta es concebida como un elemento esencial de la culpabilidad, sin el cual no habrá reprochabilidad. "Una aptitud espiritual normal del autor a la que llamamos imputabilidad". (29)

(28) Ibid., pág. 13-14.

(29) Ibid., pág. 30

En relación con el dolo y la imprudencia, señala -- Frank que el error de la doctrina dominante (psicológica) radica en que fija la relación entre la culpabilidad y el dolo e imprudencia como una relación de género a especie, cuando en verdad ésta es una relación diferente.

La doctrina dominante, al aceptar tal vinculación, coloca a la culpabilidad con respecto al dolo y a la imprudencia en la misma relación lógica que media entre árbol y álamo. Según su concepción, la relación debe más bien asimilarse con la que media entre árbol y raíz. Si todo árbol se levanta sobre el suelo, también lo hará el álamo, ya que es un árbol. La raíz, en cambio, no necesita aflorar, pues si bien pertenezco al árbol, no es un árbol. (30)

Por otra parte, Frank considera que hay dolo sin culpabilidad, ya que éste por sí solo no puede configurar la culpabilidad, sino que se requieren la concurrencia de otras manifestaciones para que quede integrada la idea de culpabilidad. (31)

Así, la culpabilidad consiste en un reproche fundamentado en la síntesis de los distintos elementos de la culpabilidad. Su valor no está en sí mismo, sino en la referencia a lo que quiere caracterizar.

El pensamiento de Frank se puede resumir de la siguiente manera: la culpabilidad como reprochabilidad depende

(30) Ibid., pág. 27

(31) Ibid., pág. 28

de la existencia del dolo o de la culpa, de la imputabilidad del agente y de la normalidad de las circunstancias en que la acción se realiza.

"La culpabilidad no es algo que exista objetivamente, ni tampoco en la psique del autor, sino más bien un juicio por el que se afirma que una conducta antijurídica es reprochable a consecuencia de determinados hechos objetivamente existentes". (32)

Tratándose de las causas de inculpación, Frank se refiere a ellas cuando dice: "puede no hacerse reproche alguno al autor de ciertas acciones cometidas en circunstancias de cierta anormalidad. El que en estado de necesidad, para salvarse del peligro, comete una acción normalmente punible, no actúa culpablemente y el que hace lo mismo en situación de legítima defensa tampoco. Pero en tal caso no hay culpabilidad porque en tales circunstancias no se le puede reprochar al autor su obrar". (33)

De lo anterior se puede concluir que en circunstancias anormales no se le exigirá al agente una conducta distinta de la realizada en virtud de que tales circunstancias no le permitieron actuar de modo diverso. Por tal motivo, éstas determinarán el grado de exigibilidad. Es precisamente en el aspecto negativo de las circunstancias normales en donde aparece en forma implícita la idea de exigibilidad. Aunque --- Frank no lo hace en forma expresa, está latente en su teoría.

(32) MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, ob. cit. pág. 3.

(33) FRANK Reinhard, ob. cit. pág. 45.

Gracias a la obra de Frank se erigió como esencia de la culpabilidad la denominada reprochabilidad, que como tal es un juicio de valor normativo y cultural y no como un fenómeno psíquico.

Finalmente, cabe señalar que en virtud de que sus colegas objetaron que esas circunstancias concomitantes pudieran representar un elemento de la culpabilidad en su reflejo subjetivo, Frank en la 8a.-10a. edición (1911) de su Comentario reemplaza la denominación de circunstancias normales concomitantes por la de "motivación normal". Sin embargo en la 11a. y 14a. edición (1914) abandona la motivación normal como elemento positivo de la culpabilidad y señala que excepcionalmente no existirá culpabilidad a pesar de existir imputabilidad y motivación incorrecta (dolo o culpa), si concurre una causa de exculpación o de exclusión de la culpabilidad, como sería el estado de necesidad.

No obstante lo anterior, en forma indirecta vuelve a mencionar las circunstancias concomitantes en referencia a la culpa como medio de determinar el grado de exigibilidad y cita el ejemplo del Leinenfänger, (33 bis) caballo que no -- obedece la rienda. No sólo el concepto sino también el gra-

(33 bis) Se llama en alemán Leinenfänger al caballo de tiro, que una vez enganchado tiene la habilidad de sujetar con la cola las riendas, lo que, naturalmente dificulta en grado sumo el regirlo de manera adecuada. El dueño de la cochera de carruajes de alquiler había ordenado al cochero que enganchara un caballo que tenía esta propiedad y saliera con él a prestar servicio. El cochero, previendo la posibilidad de que pudiera ocurrir un accidente si el caballo se desmandaba, trató de resistirse; pero el propietario le amenazó con el despido en el acto si no cumplía sus órdenes. El cochero acabó por acceder, y,

do de la culpabilidad se reduciría a la mayor o menor proximidad de la motivación a la motivación correcta.

En la 15a.-17a. edición (1924-1926) vuelve a aparecer - al lado del dolo y la culpa, como elemento positivo de la culpabilidad, la libertad o el dominio sobre el hecho, el que sin --- embargo de lege lata faltaría en relación al dolo sólo en las hipótesis de inimputabilidad, coacción o estado necesario. A causa de la readmisión de ese elemento, Frank considera superfluo o aún peligroso el concepto de las causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad.

La inclusión de la libertad en su teoría haría posible la graduación de la culpabilidad, en la que por otra parte influiría también el fin del autor.

En su más reciente edición 18a. (1931) introduce el fin en la definición de culpabilidad, la que define como "reprochabilidad de una conducta antijurídica, según libertad, fin y significado conocido o cognoscible". Es importante destacar que es en esta etapa en que Frank de manera expresa se refiere al momento normativo de la culpabilidad y expone como cosa aceptada que la reprochabilidad de una conducta de alguien presupone una obligación de omitir tal conducta. Por lo tanto, niega que haya una culpabilidad ética y rechaza que la culpabilidad constituya un vicio del carácter.

La innovación de Reinhard Frank respondió con toda evi

(33 bis) una vez en la calle, se desbocó el animal, produciendo lesiones a un transeunte. El tribunal del Reich absolvió al procesado (23 de marzo de 1897).

dencia al movimiento contemporáneo renovador del idealismo germano que dirigieron Windelben y Rickert en el seno de la Escuela de Baden. (34)

(34) RIPOLLES, Quintano, "Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, Tomo XII, Fasc. III, Sep-Dic. MCMLIX, p. 488.

IV. LA EXIGIBILIDAD EN JAMES GOLDSCHMIDT

IV. LA EXIGIBILIDAD EN JAMES GOLDSCHMIDT

Un paso decisivo en el desenvolvimiento del normativismo y con ello de la exigibilidad lo da James Goldschmidt a través de dos obras importantes, cuyos títulos son: "Der Notstand: Ein Schuld-Problem" (35) publicado en 1913, y el trabajo incluido en el libro de homenaje a Frank, "Normativer Schuld begriff", (36) aparecido en 1930, en donde ratifica las ideas anteriores respecto de la concepción de la culpabilidad pero añadiendo -- otras nuevas. "Después que la antorcha se escapó de sus manos la recogí yo, aunque sólo para encender una modesta lucecita - en honor del maestro". (37)

Pese al reconocimiento que hace de la aportación hecha por Frank, Goldschmidt critica a éste su concepción de la motivación normal. Tal como ésta es concebida por Frank, dice, es solamente un elemento integrante del dominio sobre el hecho, es decir, la imputabilidad y el dolo o culpa, por lo que no puede ser considerado como elemento de la culpabilidad normativa. (38)

El autor en cita considera que la motivación normal, - que para Frank es un elemento de la exigibilidad (culpabilidad), siempre ha de ser la base psíquica de la reprochabilidad, esto es, de la característica normativa de la culpabilidad.

-
- (35) La traducción de esta obra sería: "El Estado de Necesidad - un problema de culpabilidad", que no hemos podido consultar.
(36) Hemos consultado esta obra en la versión española de Ricardo C. Nuñez y Margarethe de Goldschmidt bajo el título: "La Concepción Normativa de la Culpabilidad", Depalma, Buenos Aires, 1943.
(37) Ibid., pág. 3.
(38) Ibid., pág. 7.

"La característica normativa de la culpabilidad debe ser siempre una vinculación normativa del hecho psíquico". (39)

Para explicar lo anterior, Goldschmidt plantea la -- existencia de la independencia de dos normas: la de derecho, que determina la conducta exterior definidora de la noción de lo injusto, y la norma de deber que exige una correspondiente conducta interior.

La independencia de normas expuesta por Goldschmidt es el resultado de su aplicación a la esfera jurídica del pensamiento de Kant. Este gran filósofo, en su libro sobre la -- "Metafísica de las costumbres", señala que en toda legislación deben distinguirse dos partes: una que prescribe la acción que se debe ejecutar como objetivamente necesaria y la otra que es el resorte que enlaza subjetivamente la causa determinante del arbitrio con la representación de lo que dispone la ley, haciendo del deber el motivo. (40)

Ahora bien, aplicando este pensamiento al derecho positivo, dice Goldschmidt que a todo imperativo jurídico es inmanente una norma de motivación que exige que el individuo se motive por la representación de este imperativo; ésta norma es la norma de deber. La norma de deber que manda al particular que se motive por las representaciones de valor jurídico no aspira a una pureza interior de los sentimientos sino que se dirige a la voluntad de actuación.

(39) Ibid., pág. 8.

(40) Citado por Ricardo C. Nuñez en la introducción a la obra de James Goldschmidt, La Concepción Normativa de la Culpabilidad, pág. XXXI.

En otras palabras, junto a toda norma de derecho que exige del individuo una determinada conducta exterior, existe no declarada expresamente una norma que le impone conformar su conducta interna de modo que pueda corresponder a las exigencias que el ordenamiento jurídico establece respecto de su conducta exterior. Contenido de esta norma es: Tú te debes abstener de actuar al representarte que tu actividad producirá un resultado jurídicamente prohibido, y dejarte determinar por la representación de que tu acción producirá un resultado jurídicamente preceptuado.

Este es el origen de la "norma de deber", o "norma de motivación" (*), que con independencia de la "norma jurídica" o "norma de acción", establece Goldschmidt.

Por otra parte, esta norma de deber es una norma en -- constante lucha, ya que ella será únicamente observada cuando se ha mantenido contra los motivos que se le han opuesto y sólo se ha violado si ella ha sucumbido, es decir, que sucumbe si se ha realizado una acción de voluntad contraria al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico. (41)

Para Goldschmidt, esta norma de deber existe junto a la norma de derecho, pero es independiente de ella, pues la norma jurídica de acción y la norma de deber se diferencian en que,

(*) La motivación es un término amplio utilizado en Psicología para comprender las condiciones o estados que activan o dan energía al organismo que llevan a una conducta dirigida hacia determinados objetivos. Véase WHITTAKER, James O. Psicología, tercera edición, trad. al español por Vicente Agut - Armer, México, Edit. Interamericana, 1977, pág. 146.

(41) GOLDSCHMIDT, James, ob. cit. pág. 11.

como se dijo anteriormente, aquélla se refiere a la conducta exterior, a la causalidad y ésta, la de deber, a la conducta interior, a la motivación, y en que las normas jurídicas de acción pueden ser prohibiciones o mandatos y las normas de deber son, - por principio, mandatos. (42)

Dentro del pensamiento de Goldschmidt, una acción tiene frente a la ley dos aspectos: por un lado el de su legalidad (co~~r~~rrespondencia o no correspondencia con la norma de derecho) y el de su exigibilidad (correspondencia o no correspondencia con la norma de deber). De la relación de la motivación con la norma - de deber es de lo que resulta el carácter normativo de la culpabilidad, ya que el juicio de reproche se deduce del contraste -- entre motivación y norma de deber.

Las normas de deber dan el límite extremo de las exigen~~c~~cias puestas a la motivación, o sea, la exigibilidad.

De todo esto resulta que "el no hacerse motivar por la representación del deber a pesar de la exigibilidad es contrarie~~d~~dad al deber - es decir -- según la formulación de Frank, reprochabilidad". (43)

El elemento normativo lo halla Goldschmidt en la violación a la norma de deber, en el reproche por no haberse motivado el agente por la representación del deber a pesar de serle exigible.

Vemos, así, que al conceptuar la culpabilidad Goldschmidt se refiere en forma expresa a la exigibilidad y, por ende,

(42) Ibid., pág. 19

(43) Ibid., pág. 23

hace su aportación a la evolución de este principio dentro de la culpabilidad normativa, puesto que elimina de la culpabilidad sus elementos de hecho, colocando a la imputabilidad, al dolo y a la culpa, así como a la motivación normal, como presupuestos de la culpabilidad, que resulta ser sólo un juicio de reproche que se compone de la "exigibilidad", es decir, del deber de motivarse por la representación del deber indicado en la norma de derecho, y de la no motivación por la representación del deber a pesar de la exigibilidad.

La exigibilidad descansa en la norma de deber que exige al individuo que motive su conducta en la norma de derecho. Actúa, por ello, contrariamente al deber, y en consecuencia, culpablemente quien no se deja determinar por la representación de que la propia actividad podría realizar un resultado antijurídico, mientras que actúa sin culpabilidad quien obra en una situación anormal que no le consiente dejarse motivar por la representación de que el propio comportamiento podría realizar un resultado antijurídico.

Por otro lado, la exigibilidad es un "deber" que presupone siempre un "poder". Existe este poder en cuanto hay dominio sobre el hecho, o sea, imputabilidad, significado conocido o cognoscible (dolo o culpa) y motivación normal.

La motivación normal no constituye para la exigibilidad, así como para la reprochabilidad, ni el único presupuesto psicológico ni más que un presupuesto psicológico. Sin embargo, es la fuente real de todas las normas de autoconservación cuya consideración -

lleva a la limitación de la exigibilidad y por consiguiente de la reprochabilidad.

Respecto del contenido del elemento normativo, en el dolo se presenta en la desaprobación de que el autor, pese a haberse representado el resultado antijurídico que su conducta debiera producir, no ha detenido ésta mediante un acto de voluntad, o de que no se ha determinado por la representación de que su acción daría lugar a un resultado que la ley ordena. En ambos casos se lesiona la norma de deber, de aquí que todo delito doloso suponga una doble contrariedad con la norma: objetivamente es la infracción de la norma de derecho, subjetivamente es la lesión de la correspondiente norma de deber. (44)

En la culpa se da, según Goldschmidt, un doble elemento normativo: la lesión del deber de precaución y la violación de la norma que impone el deber de motivarse según la representación del resultado. (45)

Entendida de este modo la culpabilidad, Goldschmidt encuentra un límite en las causas de inculpabilidad. Así como puede ser infringida una norma de derecho y no actuar el sujeto antijurídicamente por existir una causa de justificación, así también es posible violar una norma de deber sin actuar culpablemente cuando existe una causa de inculpabilidad.

Goldschmidt considera únicamente como causa de exculpación a la "motivación anormal", es decir, la motivación anormal constituye siempre una excepción de la reprochabilidad

(44) Ibid., pág. 34 y sg.

(45) Ibid., pág. 32 y 33

de una conducta dolosa o culposa conminada con pena. (46)

Las causas de exculpación pertenecen al reino de la motivación, de donde resulta que "aunque la motivación normal no es el único presupuesto de la exigibilidad y de la reprochabilidad, la motivación anormal constituye empero el único presupuesto de "no exigibilidad". (47)

La no exigibilidad a causa de una motivación anormal existe si, en consideración a la total situación, no puede esperarse que la representación del resultado antijurídico llegue a ser "contramotivo" decisivo para determinar en el agente un comportamiento conforme a derecho. Pero el criterio de no exigibilidad no se puede extraer de la función dispositiva de la norma de deber, como por lo demás no se puede extraer de la norma de deber el criterio de culpabilidad.

El problema de la culpabilidad es, podríamos decir, un problema de valoración y el criterio de no exigibilidad -- debe ser extraído del contenido substancial de la culpabilidad misma. Ya hemos dicho que el juicio de culpabilidad es un juicio de que un determinado comportamiento es reprochable. Pero la reprochabilidad del comportamiento no depende del hecho de no haberse dejado motivar por la norma de deber, sino que del hecho de haber obrado violando el deber jurídico de conformarse a las exigencias del derecho. La culpabilidad no está, por tanto, en no haberse motivado por deberes jurídicos sino en haber tenido un comportamiento contrario al deber.

(46) Ibid., pág. 27.

(47) Ibid., pág. 31.

El comportamiento contrario al deber no es reprochable, y por tanto, culpable, cuando del agente, en consideración a la particular situación en que él obra, no podía exigirse un comportamiento diverso.

Coincide Werner Goldschmidt con lo anteriormente dicho, al señalar: "la culpabilidad constituye la infracción de un derecho (elemento normativo) de la norma de culpabilidad. Se trata de una norma dimanante del tipo legal del precepto punitivo que se dirige a la motivación de las personas imputables, exigiéndoles que no quieran realizar un delito (caso de dolo) o que no lo realicen sabiendo que lo que realizan es un delito (culpa). La infracción de la norma de culpabilidad funda la reprochabilidad de la motivación que es la esencia de la culpabilidad". (48)

Al referirse James Goldschmidt a que la exigibilidad es un deber que presupone siempre un poder, quiere significar con ello que junto a la exigibilidad o deber de respetar el comportamiento previsto por la norma, está también la posibilidad de actuar en forma diferente a como lo hizo, es decir, para fundar la exigibilidad de una conducta no basta el deber, sino que se requiere el poder.

"La exigibilidad existe, y, en consecuencia, el reproche en que la culpabilidad plasma, cuando el agente pudo y por tanto debió obrar de otra manera". (49)

Para poder hacer el reproche de culpabilidad a un individuo es necesario precisar qué sí había exigibilidad de otra

(48) GOLDSCHMIDT, Werner, "La culpabilidad y lo incosciente", - Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, Tomo VII, Fasc. II, mayo-agosto, MCMLIV, p.253.

(49) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.V.qb. - cit. n. 231.

conducta, y consiguientemente formularle a la conducta emitida un reproche por su ejecución, que se traduce en la comprobación de la culpabilidad.

La exigibilidad tiene como presupuesto la existencia de una norma de derecho que impone la obligación de guiar la conducta en determinado sentido. "La teoría normativa se apoya fundamentalmente, en la exigibilidad de una conducta traducida en el deber de respetar la ley". (50)

Ante la exigencia normativa de adecuar la conducta a la norma, es necesario saber si en el momento preciso en el que la conducta enjuiciada se produjo, el sujeto, de acuerdo a las circunstancias del mismo hecho (como afirmaba Frank) y tomando en consideración sus características personales, podía haber cumplido con la exigencia normativa de imponer a su conducta un sentido determinado conforme a la pretensión de la norma.

Por otra parte, Goldschmidt se plantea la siguiente cuestión: ¿Están las causas de exculpación, los casos de no exigibilidad, taxativamente tipificados por la ley?

Al respecto, Goldschmidt considera peligroso afirmar con Frank la tipificación legal taxativa para el dolo y negarla para la culpa. La libre admisión de causas de exculpación, afirma, no conduce a una tautología o a una osteomalaxia del derecho penal, como no lo hace el reconocimiento de las causas de justificación supralegales. Así como el reconocimiento de las causas supralegales de justificación estriba en la idea --

(50) SANCHEZ CORTEZ, Alberto, "Una eximente que no se omitió en la ley", Criminalia, México, Año XXVIII, No. 1, 1962, p. 49.

de justificación supraleales. Así como el reconocimiento de las causas supraleales de justificación estriba en la idea básica del interés preponderante para la comunidad jurídica, el reconocimiento de causas de exculpación supraleales estriba en el concepto básico de que hay motivos que el ordenamiento jurídico debe reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio. (51)

"El instinto de conservación personal y el instinto de conservar el cuerpo y la vida de parientes próximos como superiores a todo motivo de deber son circunstancias en las cuales no puede ser exigido al autor que se motive según el deber". (52)

Como jurídicamente preponderantes hay que reconocer sólo aquellos motivos que según las circunstancias dadas hubieran superado el motivo de deber en un hombre medio. (53)

Finalmente Goldschmidt, al igual que Frank, considera que la culpabilidad es graduable, y que se determina según el grado en que la motivación no corresponde a la exigibilidad.

De acuerdo con lo señalado por Frank, dice Goldschmidt, la culpabilidad es tanto mayor cuanto más diste la motivación del autor de la motivación justa, y es tanto menos cuanto más intervengan en ella circunstancias que se acercan a una causa de exculpación. (54)

(51) GOLDSCHMIDT, James, ob. cit. pág. 38.

(52) Loc. cit.

(53) Ibid., pág. 39

(54) Ibid., pág. 43

Por lo tanto, la culpabilidad es graduable y su medida se obtiene conforme al motivo o fin y al carácter del agente.

La teoría normativa nació en Alemania por la necesidad práctica de resolver con justicia ciertas situaciones que no podían serlo de acuerdo con las reglas formuladas por el derecho positivo. El sentido íntimo de la no exigibilidad es el de autorizar al agente a obrar contra la valoración de la norma objetiva de derecho, porque en el ámbito de ésta no se encuentra la solución justa.

V. LA EXIGIBILIDAD EN FREUDENTHAL

V. LA EXIGIBILIDAD EN FREUDENTHAL

Intimamente ligada a la doctrina de Frank y a la de Goldschmidt está la de Freudenthal.

Freudenthal da a conocer su pensamiento a través de una obra publicada en 1922, bajo el título "Schuld und Vorwurf", (55) que supone un paso interesante en la teoría normativa de la culpabilidad y, junto con ella, de la exigibilidad.

"Freudenthal comienza por deplorar el abismo que existe en el derecho y la conciencia popular". (56)

Dentro de su teoría, alcanzan gran significación las particulares condiciones en que el agente realiza su comportamiento, ya que pueden tener gran importancia para decidir la cuestión de si el autor ha actuado culpable o inculpablemente, si se le debe hacer el juicio de reproche o debe ser absuelto.

Así lo señala Freudenthal: "declarar responsable a alguien sin tener cuenta todo esto va contra la conciencia ética del pueblo". (57)

Igualmente reprocha a Frank haber concebido las circunstancias que apoyan a la acción con límites demasiado estrechos. Ellas, más que simple medida de la pena, tienen valor decisivo para la existencia de la culpabilidad.

(55) El título en español de la obra sería: Culpabilidad y reproche. Solo hemos podido consultar indirectamente el pensamiento de este autor a través de la extensa reseña que de él hace MUSOTTO Giovanni en su libro Colpevolezza Dolo e Culpa, Italia, F. Ciuni Libraio Editore, 1939, pág.98.

(56) Loc. cit.

(57) MUSOTTO, Giovanni, ob. cit. pág. 99

A diferencia de Frank, Freudenthal considera como elementos esenciales de la culpabilidad no sólo las circunstancias que acompañan a la acción sino también al dolo y a la culpa, -- pero no sólo como puras relaciones psíquicas, sino como especies de la culpabilidad que contienen un elemento ético. (58)

"El reproche en que la culpabilidad consiste se justifica, según Freudenthal, porque el agente se ha comportado así, mientras habría podido y debido comportarse diversamente. El poder del agente es el límite de la culpabilidad. Si el agente ha faltado en el caso concreto la posibilidad de conformarse a las normas jurídicas, desaparece el reproche y con ello - la culpabilidad". (59)

Para la culpabilidad es decisiva la idea de poder. El reproche de culpabilidad se hace al autor por haber actuado -- como lo ha hecho pudiendo y debiendo haberse comportado de -- otra manera. Por eso, cuando al autor, por las circunstancias en que ha actuado, le ha faltado capacidad para comportarse de otra manera, no puede serle hecho el reproche de culpabilidad.

"El criterio de la culpabilidad es, por ello, "poder": sin poder no hay deber y sin deber no hay culpabilidad". (60)

La culpabilidad desaparece cuando el sujeto no pueda serle exigido un comportamiento conforme al precepto penal. Por eso, falta el "poder" en el estado de necesidad, es decir, cuando el agente no podía, en las particulares condiciones en que ha obrado, evitar la realización de un resultado

(58) Loc. cit.

(59) MUSOTTO, Giovanni, ob. cit. pág. 100

(60) Loc. cit.

antijurídico. El deber subsiste aunque el agente no podía -- conformarse a él.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto podemos señalar -- que:

Culpabilidad es reprochabilidad.

Contenido de este reproche: está dado por el hecho de que el agente se ha comportado así mientras habría debido comportarse diversamente.

Presupuesto del juicio de desaprobación: al agente, en las particulares condiciones en que ha actuado, podía -- exigirse un comportamiento conforme a derecho.

El fundamento de la construcción de Freudenthal -- está en el principio de la "posibilidad del obrar diverso": "impossibilium nulla est obligatio".

Sólo ésta concepción de la culpabilidad, escribe Freudenthal, concuerda con la conciencia ética del pueblo, y el jurista debe conformarse a ella.

Cabe advertir que el año en que Freudenthal elabora su doctrina es el año 1922, período entre guerras, en -- que Alemania se encontraba en una verdadera situación crítica no sólo desde el punto de vista económico sino también -- moral. Por esta razón es que Freudenthal da gran apertura al concepto de exigibilidad y a su figura contraria, la no exigibilidad, considerando no reprochables muchas situacio -- nes que llevan su teoría a la posición más extrema. Sin --

embargo, ello no impide reconocer el alto valor humano y ético de la doctrina, así como el calor y la pasión con que su autor trata el problema de la culpabilidad.

"Schumacher recuerda las particulares condiciones de miseria y de sufrimiento del pueblo alemán cuando en 1922 apareció la obra de Freudenthal. Se siente en la obra de Freudenthal, dice Liepman, en cada página, la gran pasión humana de que está invadida y el motivo de altas aspiraciones éticas y sociales de que parte, de modo de hacer pensar que todos -- los problemas de "técnica penal" son problemas que comprometen el destino humano". (61)

Por otra parte, el concepto de no exigibilidad ad--- quiere particular relieve en la construcción de Freudenthal, ya que la culpabilidad está determinada como desaprobación de un comportamiento exigible.

La exigibilidad del comportamiento llega a ser así el fundamento y el límite del obrar culpable.

Presupuesto del juicio de desaprobación en que la culpabilidad consiste es que del agente, en las particulares condiciones en que ha obrado, podía exigirse un comportamiento conforme a derecho. Este es el principio fundamental sobre el que se construye la doctrina de la no exigibilidad -- como causa de exclusión de la culpabilidad. Aparece como -- consecuencia lógica de la profundización del concepto de culpabilidad operado por los estudios de Frank, Goldschmidt y -

(61) MUSOTTO, Giovanni, ob. cit. pág. 101.

Freudenthal. (62)

Para Freudenthal, el criterio de determinación de la no exigibilidad es un criterio ético individual dominante en la conciencia popular.

Es necesario dar un significado más amplio al principio de no exigibilidad, no limitándolo únicamente a los casos de constreñimiento o coacción, sino ampliándola también al ambiente social y a las particulares condiciones familiares de que proviene el agente, ya que sólo si se tienen en cuenta estas circunstancias puede darse un cumplido juicio de no exigibilidad, satisfaciendo así las sanas exigencias de justicia que viven en la conciencia popular. (63)

En otras palabras Freudenthal extiende la no exigibilidad no sólo al ámbito de la culpa sino también al dolo. En el primer caso señala que en el famoso caso del Leinénfanger (*) el Tribunal del Reich, niega la culpabilidad porque al procesado no podía serle "exigido", teniendo en cuenta la situación de hecho concreta, que perdiera su colocación y su pan, negándose a llevar a cabo la acción peligrosa. Tratándose del dolo señala que lo que es justo y oportuno en la culpa no debería ser injusto en el dolo; en efecto es procedente de acuerdo a su punto de vista el traslado de la más leve a la más grave forma de culpabilidad; pues si ya frente a la forma menos grave exculpa la no exigibilidad, parece lógico que este efecto deba con más razón producirlo en los

(62) Ibid., pág. 103.

(63) Ibid., pág. 104.

(*) Ver supra 33 bis.

casos de la forma más grave. En esta situación señala Freudenthal el caso del "Klapperstorch ante los jurados" (*), en el que considera oportuna la absolucíon de la procesada por falta de una conducta dolosa en la comadrona, pues no se le podía exigir, teniendo en cuenta la situación, que se abstuviera de realizar los actos que en otras condiciones deberían ser punibles. (64)

Como se señaló en líneas anteriores es necesario - tomar en cuenta las particulares condiciones familiares del agente para poder determinar si la conducta le era exigible y formularle así el juicio de reproche.

Para ilustrar su pensamiento, Freudenthal cita el ejemplo de una muchacha que ha dado muerte a su tío y a su tía que la habían hecho venir 7 años antes de su aldea nativa a Nueva York. El tío llega a ser amante de la muchacha, la tía se entera de esta vinculación. Más tarde la muchacha se casa, es feliz y vive apaciblemente en su nueva condición. Pero la tía cuenta todo al marido de ella; el marido la abandona; la muchacha, conforme a las concepciones de vida de su

(*) Klapperstorch, la cigüeña que trae los niños, según el dicho humorístico popular en Alemania. Se trataba de un caso ocurrido en un distrito minero. La empresa explotadora de la mina había acordado que el día que la mujer diera a luz, quedara el marido dispensado de trabajar, entregándole, no obstante, el sueldo íntegro. Los mineros conminaron a la comadrona que asistía a los partos para que en los casos en que un niño naciera en domingo declarase que el parto había tenido lugar un día entre semana, amenazándola con no volver a requerir sus servicios si no accedía a sus deseos. Temiendo la comadrona quedar sin trabajo, acabó por acceder a lo exigido de ella, y se hizo autora de una serie de inscripciones falsas en el Registro.

(64) MEZGER, Edmundo, ob. cit. pág. 207-209

país de origen, decide vengarse de su tío y de la tía dándo les muerte. (65)

Los jueces han hecho justicia, comenta Freudenthal, absolviendo a la muchacha de la cual no podía exigirse, dada su restringida y mezquina educación, un comportamiento - diverso.

Conforme a lo que antecede, en mi opinión la concepción de la culpabilidad como reprochabilidad ético-individual no se puede admitir, ya que el criterio con que se valora un hecho para reconocerlo como culpable se basa --- siempre en normas jurídicas y no en normas éticas o morales.

No podemos negar que en la construcción de Freudenthal existe la aspiración hacia una justicia más alta, más humana, pero esta aspiración choca con las duras exigencias de la defensa social.

Lo fundamental, pues, en el pensamiento de Freudenthal es la creación de una fórmula amplísima de inculpabilidad, a la que pueden acogerse casos que no entren en el estado de necesidad ni en otras excusas previstas por el legislador, y en los cuales al sujeto, por las circunstancias en las que actuó, no pueda serle exigido un comportamiento conforme a la norma penal.

(65) MUSOTTO, Giovanni, ob. cit. pág. 105.

VI. LA EXIGIBILIDAD EN MEZGER

VI. LA EXIGIBILIDAD EN MEZGER

La aportación de Edmund Mezger al desarrollo de la exigibilidad es de alta significación, ya que retoma las ideas de sus antecesores y elabora una de las teorías más notables, no sólo por sus ideas originales, sino también por ser de las mejor acabadas.

Para Mezger, la "culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente". (66)

La culpabilidad jurídico penal, es, ante todo, una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica (situación fáctica de culpabilidad), en la que se conecta el reproche contra el autor, y consiguientemente, la pena que al autor ha de aplicarse. Por tanto, la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor.

Al mismo tiempo, señala Mezger, la culpabilidad es un juicio valorativo sobre la situación fáctica de la culpabilidad. (67) El juicio por el que se afirma que el autor de una acción antijurídica y típica la ha cometido también

(66) MEZGER, Edmundo, ob. cit. pág. 1.

(67) Ibid., pág. 3

culpablemente se enlaza en verdad en una determinada situación fáctica de la culpabilidad que yace en el sujeto, pero valoriza a la vez esta situación considerándola como un proceso reprochable al agente. Es por ello, como afirma Mezger, que el juicio de culpabilidad es un juicio de referencia a una determinada situación de hecho valorizada, como objeto del reproche de culpabilidad.

Sin la existencia de una conducta injusta no hay culpabilidad. Por ello, y como quiera que todo injusto punible es un hecho aislado, también toda culpabilidad penal tiene que ser culpabilidad de un acto aislado (68). Es -- decir, la culpabilidad y el juicio que sobre ella se dará deberán tener como punto de referencia un hecho concreto, aislado, que tenga las características de típico y antijurídico. Además, la culpabilidad es una propiedad de la acción concreta y un juicio sobre la misma.

Mezger requiere para su teoría sobre el reproche de culpabilidad la presencia de un hecho concreto, que posea las características de típico y antijurídico y sobre el cual se hará versar el juicio de culpabilidad.

Por lo que toca a la estructura del concepto de culpabilidad, se precisa, según Mezger, de la concurrencia de ciertas características. Conforme a su pensamiento, actúa culpablemente:

(68) Ibid., pág. 13.

1. El imputable (una determinada disposición o estado de la personalidad del agente, que, en consecuencia constituye una parte integrante de la culpabilidad), que,

2. actúa dolosa, o en los casos especialmente determinados, culposamente (una determinada referencia psicológica del autor al acto: dolo o culpa considerados como formas de la culpabilidad), y

3. en cuyo favor no existe ninguna causa de exclusión de la culpabilidad (una determinada configuración de las circunstancias internas y externas de la acción: la ausencia de especiales causas de exclusión de la culpabilidad) (69).

De lo anterior podemos desprender que la imputabilidad no es ya presupuesto de la culpabilidad (como lo era con Goldschmidt), sino que pasa a ser elemento de la culpabilidad. El dolo y la culpa son ahora elementos o formas de la misma, y las circunstancias acompañantes, es decir, la motivación normal o exigibilidad, sólo aparecen en forma negativa, como exclusión de la culpabilidad.

Cabe subrayar que la exigibilidad, dentro de la doctrina de Mezger, pasa a ocupar un lugar distinto al que le había asignado Goldschmidt, en virtud de que aquel autor se refiere a ella en el sentido negativo, como causa de exclusión de la culpabilidad, situando dentro de ésta la no exi

(69) Ibid., pág. 39-42.

gibilidad de otra conducta, sometida a un tratamiento especial que en su oportunidad comentaremos.

Concebida de dicha forma, la culpabilidad, según nuestro criterio, es un concepto complejo, ya que junto a los elementos psicológicos aparecen los elementos normativos que le imprimen una mayor coloración valorativa.

Respecto del contenido del juicio de culpabilidad, Mezger dice que recae en el caso concreto, sobre el acto aislado, sobre el acto de voluntad del autor (las llamadas partes integrantes psicológicas de la culpabilidad), sobre los motivos del autor (las llamadas partes integrantes motivadoras de la culpabilidad) y sobre las referencias de la acción a la total personalidad del autor (las llamadas partes caracterológicas de la culpabilidad). (70)

El acto de voluntad del autor (partes integrantes psicológicas de la culpabilidad) es la conducta como injusto interno, anímicamente enraizado mediante la prueba de las referencias subjetivas, psicológicas, del autor a su acto. Este primer presupuesto de la reprochabilidad abarca tanto al dolo como a la culpa.

En cuanto a los motivos del autor (partes integrantes motivadoras de la culpabilidad), se trata de ver el propio objeto del juicio de culpabilidad no tanto en las referencias psicológicas del autor en su acto, sino en el proceso de motivación que le ha conducido a él.

(70) Ibid., pág. 45.

La palabra motivo, señala Mezger, ha de entenderse -- como el conjunto de aquellas representaciones, sea matizadas -- por lo efectos, sea queridas, que han causado el acto de voluntad del agente. (71)

Cualquier forma de manifestación de la conducta lleva consigo un profundo contenido psicológico, que determina finalmente la forma en que se manifestará la conducta al exterior. Así pues, es en este contenido psicológico donde se haya la fuerza motivadora de la culpabilidad, y para el orden jurídico es necesario conocer los motivos del agente a los efectos de la valoración de su conducta.

Tratándose del conjunto de referencias de la acción a la total personalidad del autor (las llamadas partes integrantes caracterológicas de la culpabilidad), Mezger considera que siendo la culpabilidad jurídico penal la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del sujeto, el acto tiene que ser adecuado a la personalidad de su causante.

"No hay en absoluto conducta alguna que no aparezca -- como expresión de la personalidad del autor al tiempo del acto". (72). Tal exigencia encuentra, desde luego, su expresión en las formas de culpabilidad (dolo y culpa), ya que la existencia de la culpabilidad se hace depender de una determinada referencia psicológica del autor con su acto, que si no puede ser considerado como expresión de la personalidad, no podrá ser culpable. Por otro lado, también las causas de exclusión de la culpabilidad -- ofrecen ocasión para apreciar la importancia de las partes inte--

(71) Ibid., pág. 50.
(72) Ibid., pág. 57.

grantes caracterológicas de la misma, cuando se piensa que ciertas causas de inculpabilidad aparecen en razón de no poderse -- vincular la acción con la personalidad del autor, como ocurre -- cuando los motivos que provienen de fuera son tan fuertes, que incluso hombres de carácter firme no pueden resistirlos, y de -- donde surge la no exigibilidad de otra conducta, que impide la formulación del reproche.

En el ámbito de la norma de deber, Mezger considera -- que el juicio de reproche se apoya en una norma subjetiva de de -- terminación derivada de la norma de derecho. De acuerdo con -- ésta concepción, la norma de derecho tiene una doble función. Por un lado, como norma de valorización, se dirige a todos y -- sirve para la determinación de lo que es injusto, y por otro -- lado, como norma subjetiva de determinación (norma de deber), -- se dirige sólo al personalmente obligado y sirve para determi -- nar la culpabilidad. Este deslinde conceptual entre la norma -- jurídica como norma de valoración y la norma de deber como nor -- ma de determinación, hace posible, el necesario y claro contras -- te entre los dos presupuestos básicos del delito, entre la anti -- juridicidad objetiva y la reprochabilidad personal. (73)

De esto resulta que sólo hay una norma que funciona -- de manera distinta frente a la comunidad y frente al agente, con lo que el pensamiento de Mezger en este punto se diferencia de lo que Goldschmidt postulaba.

Por último, nos referiremos a las causas de exclusión de la culpabilidad. No actúa culpablemente el que pueda alegar

(73) MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, T.I. segunda edición, España, Editorial Revista de Derecho Privado 1946, p. 330-331.

a su favor una causa de exclusión de la culpabilidad (74), es decir, dándose la imputabilidad y el dolo o la culpa, no existe, sin embargo, por especiales motivos, la culpabilidad.

Mezger considera como causas específicas de exclusión de la culpabilidad la del autor que, a causa de perturbación, miedo o terror, ha ido más allá de los límites de la defensa necesaria; la del que actúa en estado de coacción; la del que actúa en estado de necesidad no producido culpablemente y no evitable de otro modo, para salvar el autor o salvar a un pariente de un peligro actual para el cuerpo o la vida y, por último, la del que actúa en virtud de un mandato antijurídico obligatorio. (75) Como causa general de exclusión de la culpabilidad Mezger se declara partidario de la doctrina de la no exigibilidad.

"No actúa culpablemente la persona a quien no puede ser exigida una conducta distinta de la realizada". (76)

El fundamento de esta exclusión reside en que el pensamiento jurídico penal es en último extremo pensamiento individualizador que exige criterios reguladores firmes en los que se apoya para defenderse y que garantizan la seguridad máxima del derecho. Pero en sus últimas y más complicadas ramificaciones se sustrae a estos moldes rígidos y demanda formas que hagan posible una adaptación a las últimas configuraciones de la vida real. (77)

(74) MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, T.II. ob. cit. pág. 191.

(75) Ibid., pág. 192-203.

(76) Ibid., pág. 203.

(77) Ibid., pág. 204.

Advierte Mezger que es preciso distinguir el área de la culpa de la del dolo, estableciéndose precisas medidas a -- las exageraciones propuestas por Freudenthal. En aplicación a éste principio es necesaria una precaución mucho mayor que la empleada por Freudenthal. Ante todo, hay que tener presente - que los puntos de vista permitidos en la culpa no deben en modo alguno ser trasladados al dolo, pues puede ocurrir muy bien que frente a un resultado no aprobado por el ordenamiento jurídico, previsto como posible (culpa), no pueda serle exigido al sujeto la renuncia a su colocación, mientras que, en cambio, - se afirme una tal exigencia y por ello no proceda la causa de exclusión de la culpabilidad frente a un resultado dañoso previsto como seguro (dolo). (78)

"La exculpación que supone la no exigibilidad está - reservada a una pequeña zona de libre apreciación valorativa y fuera de ella no se modifica en nada la índole positiva de la valoración de los bienes jurídicos. O dicho de otro modo: la adecuación individual de la valoración que debe ser garantizada por la no exigibilidad, no tiene por misión alterar las valoraciones derivadas de la ley positiva, sino precisamente la de completarlas". (79)

Por último, sostiene Mezger que la causa de exclusión de la culpabilidad de la no exigibilidad garantiza las - últimas posibilidades de negar la culpabilidad del agente por su acción. En esta zona límite más extrema de la culpabilidad

(78) Ibid., pág. 209.

(79) Loc. cit.

jurídico penal domina el pensamiento de la consideración valorativa, pero en todo caso, orientado en la ley. Lo mismo que la teoría de la justificación (principio de valuación de los bienes) se cierra también la teoría de las causas de exclusión de la culpabilidad (no exigibilidad) con la referencia a un principio genérico que hace posible la adaptación individual de la ley al caso concreto. Esto no es algo arbitrario ni -- tampoco una renuncia a la naturaleza positiva del derecho, -- sino exclusivamente expresión de una necesidad lógica, pues -- el pensamiento emocional es siempre en sus últimas ramificaciones pensamiento valorativo y con ello pensamiento creador.

(80)

Ya dijimos anteriormente que para Mezger, dentro de la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, aparece en forma negativa la exigibilidad, excluyendo la culpabilidad. Con ello da él un tratamiento diferente a la no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho, considerándola --- como la última posibilidad de negar la culpabilidad y ubicándola en la zona límite más extrema de la culpabilidad, pero -- siempre referida a los casos que establece la ley.

(80) MEZGER, Edmund, Tratado de Derecho Penal, T.II. ob. cit. pág. 210.

VII. LA EXIGIBILIDAD EN WELZEL

VII. LA EXIGIBILIDAD EN WELZEL

Hans Welzel representa para la nueva dogmática jurídico penal una de las más notables innovaciones sistemáticas y metodológicas, cuyas consecuencias tienen una trascendental repercusión en la práctica del derecho. Nos referimos a la teoría de la acción finalista que formula Welzel en el año de 1931 como una crítica al concepto clásico de acción y que adquiere consistencia filosófica en 1935. Ella se reafirma en un artículo publicado en 1938 y se integra en toda una visión del Derecho penal en su obra de 1940. A partir de entonces, ha sido desarrollada en las sucesivas ediciones del Tratado de su autor, si bien con rectificaciones sucesivas tendientes a resolver las críticas que se le formularon.

Esta nueva doctrina del finalismo se sustenta en fundamentos metodológicos totalmente distintos a los de las doctrinas penales precedentes. Cabe apuntar que en ella se puede apreciar la gran influencia del pensamiento kantiano del método fenomenológico y del pensamiento filosófico de Nicolás Hartman. (81)

Welzel considera que el Derecho penal se ocupa únicamente de aquellas acciones que pueden denominarse finalistas, entendiendo por tales las actividades humanas que se realizan en persecución de fines u objetivos. En otras palabras, los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes

(81) NOVOA MONREAL, Eduardo, Causalismo y Finalismo, San José Costa Rica, Edit. Juricentro, 1980, p. 90.

de determinados fines (acciones finalistas), elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia del fin; por lo tanto, a esta actividad final se le llama acción. En esto se distingue la acción finalista del acontecer de la naturaleza, en cuanto que éste no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que transcurre, ya sea en forma causalmente ciego, o bien, como sucede considerablemente en la naturaleza orgánica, en especial en el mundo animal, adecuado ciertamente al fin pero sin conciencia del fin. (82)

Así pues, del conjunto inagotable de acciones posibles de una época, el derecho surge prohibiendo la concreción finalista de objetivos socialmente no deseados por medio de los tipos penales, es decir, aparece aquellos tipos en que la voluntad de realización (dolo) está dirigida a la producción de una situación o un proceso (resultado) socialmente no deseado, indiferentemente que ese resultado sea el fin, el medio o un efecto concomitante de la acción, siendo estos modelos de acción el cuerpo principal de los tipos penales: los delitos dolosos de comisión. En cierta medida, el ordenamiento jurídico se ocupa también de acciones finales, no tanto respecto al fin sino en cuanto el sujeto no emplee en la elección y en la aplicación de sus medios de acción un mínimo de dirección final, es decir, el cuidado requerido para evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados, siendo estos los delitos culposos de comisión. En una proporción mucho menor, el

ordenamiento jurídico penal manda la ejecución de acciones -- para la conservación de un estado deseado socialmente, esto -- es, los delitos de omisión. (83)

Ahora bien, el concepto de lo injusto era explicado por la dogmática del derecho penal partiendo de la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo. A lo injusto debía pertenecer exclusivamente los caracteres externos objetivos de la -- acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad. El fundamento de esta concepción se debía a la influencia de la doctrina de la acción causal, que separaba la acción como un mero proceso causal externo -- del contenido subjetivo de la voluntad. De este modo se in-- cluyó todo lo externo en la antijuridicidad y todo lo interno en la culpabilidad. Con el descubrimiento de los elementos - subjetivos de lo injusto se produjo una grieta muy profunda - en el sistema anterior. Se observó que el tipo no solamente está constituido de elementos objetivos, sino que también -- está formado por determinados elementos anímico-subjetivos. "Lo injusto específico del hurto no se agota en la simple -- sustracción objetiva de una cosa ajena, sino que sólo la vo-- luntad de apropiación convierte a la sustracción en hurto".(84)

Al estudiar los tipos penales en busca de elementos subjetivos de lo injusto, se advirtió que en la tentativa el dolo es uno de ellos, ya que es imposible determinar, desde -

(83) Ibid., pág. 59

(84) Ibid., pág. 90

un punto de vista puramente objetivo, es decir, sin tomar en cuenta la decisión subjetiva del agente, qué tipo es el que concurre. De modo que si alguien hace un disparo que pasa -- junto a otro sin alcanzarlo, este proceso causal externo puede ser una tentativa de asesinato, una tentativa de lesiones corporales o un disparar en un lugar no autorizado, según cual fuera el dolo del autor. En este caso, el dolo es, sin duda alguna, un elemento del tipo, sin el cual no puede ser establecida la tipicidad del acontecer externo.

De lo expuesto resulta que el dolo pasa a formar -- parte de la acción, pues como afirma expresamente Welzel, al decir: "La teoría final de la acción asignó al dolo, que con esto había quedado como apátrida, su lugar adecuado (como especie de la voluntad final de la acción) en el tipo subjetivo de los delitos dolosos y estableció también, desde la teoría de la culpabilidad, la situación a que había llegado el propio desarrollo de la teoría de lo injusto". (85)

Dentro de esta perspectiva, el dolo como elemento subjetivo de la acción o del tipo consiste en el querer regido por el conocimiento de la realización del tipo objetivo. El dolo se concretiza cuando la actividad final del sujeto coincide con lo que se produce, y hay culpa cuando el resultado no coincide con la actividad final.

Como se señaló con anterioridad, el tipo está formado de elementos objetivos y subjetivos. El tipo objetivo es el núcleo real material de todo delito. Delito no es úni

(85) Ibid., pág. 199.

camente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior. (86) El tipo subjetivo está configurado por el dolo; el dolo está formado por dos elementos: por la conciencia de lo que se quiere (el elemento intelectual) y por la decisión al respecto de querer realizarlo (el elemento volitivo). En tanto se emplee el dolo como concepto jurídico penal (como dolo de tipo), su objeto es la realización del tipo objetivo de un delito. El dolo en sentido técnico penal es la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. Por lo tanto, también hay acciones no dolosas, es decir, las acciones en que la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de la vida cotidiana. Pertenecen a ellas las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico realizado. El aspecto intelectual del dolo comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho en el tipo legal, vale decir, no basta que el autor conociera las circunstancias del hecho sino que es necesario, además, que tenga conciencia de ellas en el instante de su hecho, que se las haya representado, que las haya percibido, que haya pensado en ellas, etc. La parte volitiva del dolo es la voluntad incondicionada de realizar el tipo, esto es, la voluntad de realización. (87)

(86) Ibid., pág. 93.

(87) Ibid., pág. 94 y ss.

Por otra parte, junto al dolo como elemento subjetivo-personal general que fundamenta y configura la acción - en cuanto acontecer final, aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tienen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. La actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción de termina frecuentemente en gran medida el significado ético-social específico de ella. Así, por ejemplo, la sustracción de una cosa ajena es una actividad final, regida por el dolo. Sin embargo, su sentido ético-social será diferente según si se ha realizado con el propósito de un uso transitorio o con intención de apropiación. (88)

Como consecuencia del traslado del dolo y de la culpa a la acción se producen nuevos contenidos conceptuales, tanto en el aspecto positivo como en el negativo del dolo. El dolo y la culpa, que son las formas tradicionales de la culpabilidad, han quedado separadas de ésta y han pasado a formar parte del tipo de lo injusto.

Por otro lado, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, son, como lo afirma Welzel, los tres componentes que convierten una acción en delito.

La antijuridicidad se caracteriza como un juicio negativo de valor o como un juicio de desvalor sobre la conducta típica, es decir, como la relación que existe entre la acción y la controversia que ésta hace al orden jurídico. Lo cierto

(88) Ibid., pág. 113.

en que se trata de una característica de desvalor de la propia acción. El objeto que se valora (acción) es una unidad de elementos objetivos (del mundo) y subjetivos (psíquicos) (89).

Por lo que se refiere a los tipos penales, estos constituyen la satisfacción de la exigencia del principio -- "nulla poena sine lege", ya que la antijuridicidad tiene que ser adecuada a un tipo que contiene la descripción abstracta de la conducta prohibida, antijuridicidad que se concreta en el momento en que aparece la conducta finalista adecuada a dicha descripción. Por consiguiente, el tipo es, conforme señala Welzel, la materia de la prohibición de las disposiciones penales, es la descripción objetiva y material, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal, de la conducta prohibida. Solamente por medio de este modelo de conducta puede reconocer el juez qué formas de conducta están prohibidas. (90)

Dentro de esta metodología, Welzel considera que toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere (elemento intelectual) y por la decisión al respecto de querer realizarlo (elemento volitivo). Ambos elementos, como factores configuradores de una acción típica real forman conjuntamente el dolo (dolo de tipo), según ya se explicó en líneas anteriores.

(89) Ibid., pág. 77.

(90) Ibid., pág. 74.

Respecto de los tipos culposos, estos no requieren la conducta finalista como búsqueda de la realización del -- tipo, sino que consisten en la omisión de una dirección finalista impuesta por el derecho como forma de preservar la lesión o desprotección a los bienes jurídicamente protegidos. -

En relación con la culpabilidad, ésta es considerada como un juicio de reproche que se hace al autor, en el --n sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando - podía omitirla.

"Welzel nos señala al respecto: "La culpabilidad -- contiene una doble relación: la acción del autor no es como - exige el derecho, aunque el autor podía haberla realizado de acuerdo con la norma. En esta doble relación del no deber ser antijurídica por poder ser jurídica, consiste el carácter específico del reproche de culpabilidad. Si la antijuridicidad es el simple juicio desvalorativo de que la acción no es como debía haber sido, de acuerdo con el derecho, sin tener en cuenta si el autor habría podido satisfacer las exigencias jurídicas, el juicio desvalorativo de la culpabilidad va aún más -- allá y hace al autor el reproche personal por no haber actuado correctamente a pesar de haber podido obrar conforme a la norma. Y al ser sobre todo la voluntad de la acción aquello por lo que el autor hubiera podido dirigir su conducta de --- acuerdo con la norma, el objeto primario de la reprochabilidad será la voluntad y sólo a través de ella, también la tota

lidad de la acción". (91)

Esto nos indica que si la voluntad forma parte de la acción y en virtud de ésta se decide o determina si la conducta es adecuada a la norma o contraria a derecho, el reproche se hace precisamente a esa voluntad antijurídica contraria a la norma. La valoración se dirige a lo que el hombre ha hecho (resultado típico), en comparación a lo que hubiera podido hacer estando en capacidad de hacerlo.

El conocimiento del injusto no fundamenta por sí solo la reprochabilidad de la conducta, sino que se requiere, además, que en el caso concreto haya podido el agente determinar su voluntad según el sentido del injusto. Esta concreta posibilidad es el momento más importante de la reprochabilidad, porque su contenido consiste precisamente en que el autor haya debido y podido determinarse jurídicamente en vez de hacerlo en forma contraria al derecho. Hay situaciones en las cuales no puede exigirse al autor imputable un actuar jurídico, aunque conozca la antijuridicidad de su acción. Cuando falta esa exigibilidad no puede hablarse de culpabilidad.

El derecho, sin embargo, debe limitar estrechamente tales situaciones, en interés de la eficacia de la norma. Por eso, el tratamiento ha de ser diferente para los delitos culposos y para los dolosos.

(91) WELZEL, Hans, El nuevo sistema del derecho penal, España, Ediciones Ariel 1964, pág.79.

En los primeros, el derecho puede ir más lejos, considerando excluyente de culpabilidad aquellas circunstancias que hacen imposible al autor la inobservancia del precepto objetivo de precaución. Así, no es reprochable la lesión de ese deber cuando el sujeto actúa en situación de aturdimiento, turbación, miedo, etc. Tampoco será reprochable cuando el peligro de la lesión del bien jurídico es tan lejano que no es exigible la omisión del actuar imprudente, habida cuenta de la importancia de los perjuicios que pudo traer al sujeto el abstenerse de actuar.

En los delitos dolosos, el derecho exige más severamente al autor imputable que determine su conducta de acuerdo con el derecho. En ellos no se reconoce por el ordenamiento positivo una causa general de inculpabilidad tratándose de intereses contrapuestos, limitándose la disculpa sólo a aquellas situaciones de necesidad (vida e integridad corporal), es decir, habrá disculpa por inexigibilidad exclusivamente en los casos que pueden ser tratados como excepciones a la regla general de exigibilidad.

Por otra parte, Welzel considera que la culpabilidad es exclusivamente un enjuiciamiento del proceso de motivación; sus elementos son puras valoraciones relacionadas con la imputabilidad, las posibilidades del conocimiento del injusto y la exigibilidad. Así, la culpabilidad es vista en dos sentidos: como reprochabilidad y como valoración. Al respecto señala: "la culpabilidad es un concepto valorativo negativo y por tan-

to un concepto graduable. Con arreglo a éste criterio, la voluntad de la acción tiene una culpabilidad mayor o menor, es más o menos culpable, pero ella misma no es culpabilidad. La culpabilidad es una cualidad valorativa negativa de la voluntad de la acción, pero no es la voluntad misma". (92)

Ahora bien, ya que a través de la voluntad el autor hubiera podido dirigir de acuerdo a la norma su conducta, el objeto primario del reproche de culpabilidad es la voluntad, ya que sólo a través de ella lo es también toda la acción.

Welzel define la culpabilidad de la siguiente manera: "Culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es "culpabilidad de voluntad". Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad". (93)

El reproche de culpabilidad presupone que el autor habría podido en esa situación estructurar una voluntad de acuerdo con la norma. Por lo tanto, la culpabilidad tiene como elementos:

- Que el autor es capaz, queriéndose significar con ello que tiene capacidad de culpabilidad, lo que se traduce en un determinado desarrollo de la madurez del hombre para comprender lo injusto del hecho y de determinar la vo-

(92) Ibid., pág. 80-81.

(93) WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, ob. cit. pág.198.

luntad conforme a esa comprensión.

- Que el autor está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto.

- Que le sea exigible el comportamiento previsto por la norma. (94)

Objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad de la acción antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podía convertirse en contra motivo determinante de su acción. (95)

Vemos, pues, que la exigibilidad pasa a conformar, junto con la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad, el tercer elemento que configura el concepto de culpabilidad.

Partiendo de que existe capacidad de culpabilidad (imputabilidad), es necesario que para la formulación del juicio de reproche se compruebe que el sujeto se encontraba en el momento de manifestación de su acción finalista en situación tal que pudiera exigírsele una conducta adecuada a derecho, en lugar de la conducta típica que realizó. En esta exigibilidad de la obediencia al mandato jurídico se encuentra ubicado el elemento relativo a la voluntad como integrante de la reprochabilidad (acción). Cuan

(94) Ibid., págs. 201-254.

(95) Ibid., pág. 231.

do falta la exigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma, no hay tampoco reprochabilidad ni delito, por no haber culpabilidad.

Dentro de esta perspectiva, la formación de la voluntad se encuentra sujeta tanto al conocimiento de lo injusto como a la posibilidad de actuar en forma diferente, es decir, en forma adecuada a derecho. Al sujeto imputable -- siempre se le exige que determine su conducta en forma que no produzca con pleno conocimiento actos típicos y antijurídicos.

Al referirse a las causas de inculpabilidad, Welzel considera que hay situaciones en las que no puede exigirse al autor imputable un actuar jurídico, aunque conozca la antijuridicidad de su acción. Por lo tanto, no podrá hablarse de culpabilidad.

"La culpabilidad queda excluida cuando no se le puede exigir al obligado el sacrificio de un interés cercano de poco valor para poder cumplir con el deber de actuar" (96).

En atención a la "no exigibilidad de otra conducta", Welzel sostiene que se trata de una situación extraordinaria de motivación en la que existe fuertemente disminuída la posibilidad de una motivación conforme a la norma, y con ello, la culpabilidad, "el poder en lugar de ello". Sin

embargo, tales situaciones no excluyen ni el injusto ni la culpabilidad sino que sólo otorgan indulgencia al autor, - ya que, pese a existir la culpabilidad, sólo conforman una causa fáctica de exculpación. El caso más importante de - no exigibilidad de la conducta conforme a derecho es el estado de necesidad exculpante. (97)

La doctrina elaborada por Hans Welzen representó una crítica al concepto tradicional de la acción causal, - planteando la estructura de la acción desde un punto de vista diferente, es decir, como un acontecer guiado por una finalidad, al cual es esencial la unidad funcional de elementos objetivos y subjetivos. Todo esto condujo a Welzel a advertir que en muchos tipos, es imposible concebir lo - injusto de un modo puramente objetivo, pues éste aparece - también constituido por determinados elementos anímico-subjetivos, ya que la acción típica no puede ser comprendida en absoluto sin la tendencia subjetiva de la voluntad que

(97) En este sentido se manifiesta Wessels al señalar que "las causas de exculpación producen únicamente una - disminución tan considerable del contenido de injusto y de la culpabilidad del hecho que ya no se alcanza - el límite inferior de la pena y el legislador, en vista de la motivación extraordinaria renuncia a formular un reproche de culpabilidad, a saber, es indulgente". WESSELS, Johannes, Derecho penal, parte general, sexta ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma 1980, p.119. Asimismo Hans-Heinrich Jescheck considera como causas de exculpación las circunstancias que hacen desaparecer el reproche de culpabilidad ya que son causas de disminución del injusto y de la culpabilidad, a las - cuales ha asociado el legislador la impunidad porque su concurrencia impide que se alcance el límite del - merecimiento de pena. JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, parte general, V.I. España, Bosch Casa Editorial, 1978, pág.654-655.
La doctrina plantea una distinción entre los términos

determina el acontecer externo. De este modo el dolo y la culpa pasan a formar parte del tipo dejando su antigua ubicación dentro de la culpabilidad. Analizada de esta manera la acción, con esa unidad de elementos objetivos y subjetivos guiados por la finalidad, se subordina ella a las exigencias del derecho, y según si corresponda o no a éstas, es enjuiciada como conforme a derecho o como antijurídica. La culpabilidad es el "poder en vez de ello" del autor que ha actuado antijurídicamente podía haberse motivado en conformidad al derecho, es decir, se excluyen del concepto de culpabilidad los elementos anímicos subjetivos, y se conserva únicamente el criterio de reprochabilidad.

exclusión de la culpabilidad y exculpación. En el primer caso aparece de antemano excluida la culpabilidad, es decir, ni siquiera llega a nacer. Cfr. MEZGER, Edmund, Tratado de Derecho Penal, ob. cit. pág. 192.-- así también WESSELS, Johannes, ob. cit. pág. 119., STRA TENWERTH, Gunter, Derecho penal, parte general I; trad de la segunda edición alemana (1976) de Gladys Romero, España, Edersa, 1982, pág. 189. Respecto de las causas de exculpación, el exculpado sólo es perdonado, ya que el injusto en ningún modo resulta del todo excluido, pues la situación excepcional que rodea al hecho no -- elimina la capacidad de culpabilidad ni el conocimiento de la prohibición. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit. pág. 655.

VIII. LA EXIGIBILIDAD EN MAURACH

VIII. LA EXIGIBILIDAD EN MAURACH

Con las reflexiones de Reinhart Maurach la orientación del pensamiento de la culpabilidad y, por ende, la del de la exigibilidad, experimentan un notable cambio.

Maurach inicia su estudio planteando una crítica al finalismo respecto de los componentes del juicio de reproche, con el objeto de agregar un nuevo elemento.

Así, este autor considera que una acción típica y antijurídica tan sólo es relevante para el derecho penal si el juicio de desvalor sobre el acto se extiende también al autor. Objetivos del derecho penal es, primeramente castigar, y en segundo lugar poner bajo seguro al autor peligroso. Ambas reacciones presuponen que la acción típica y antijurídica puede ser atribuida al sujeto como obra de su voluntad. Por lo tanto, el juicio de desvalor del acto desvalorado al autor, se designará como culpabilidad. (98)

Sin embargo, a pesar de representar un concepto central, la culpabilidad no ha adquirido carta de naturaleza en el derecho penal, ya que la teoría dominante en la actualidad no ha conseguido que se convierta en una realidad el principio de que "culpabilidad es reprochabilidad personal". Conforme a la estructura de los elementos del juicio de reproche que hace el finalismo, aquellos son tres, a saber: la imputabilidad,

(98) MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, España, Ediciones Ariel, 1962-1963, pág.11-13.

la posibilidad del conocimiento del injusto y la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. El gran mérito del finalismo, señala Maurach, fue el de haber dado realidad a la primera construcción normativa de la culpabilidad. (99)

Sin embargo, sostiene Maurach, el concepto de culpabilidad de la teoría final, aún cuando represente frente a los criterios anteriores un importante progreso, no responde aún ni a los cometidos ni a la esencia de la culpabilidad jurídico-penal. Para comprobar esta afirmación, Maurach señala el caso de quienes sin cumplir los presupuestos de la culpabilidad, han mostrado, por la comisión del injusto típico, su peligrosidad objetiva, y a quienes se aplican determinadas medidas de seguridad y corrección. En estos casos, el principio tradicional "culpabilidad es reprochabilidad", resulta excesivamente estrecho para comprender todas las categorías de autores sometidos al derecho penal.

Por otra parte, el reproche conforme al finalismo es personal. Sin embargo, tratándose del tercero y último componente de la culpabilidad, es decir, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, existe una variante. La exigibilidad tiene como fundamento la posibilidad de adecuar la conducta a la norma, entendida esta posibilidad como una posibilidad genérica, ya que es la propia ley la que establece el límite de la exigibilidad en ciertos comportamientos, como el caso del estado de necesidad o el exceso en la legítima defensa. Ahora bien, si se examinan estas situaciones excepciona-

(99) Ibid., pág. 14

les reconocidas por el derecho, se puede percibir una gran diferencia, puesto que en las situaciones que sirven de base a la inexigibilidad no tiene lugar proceso alguno de individualización. (100)

La crítica que así plantea Maurach tiene como razón fundamental la necesidad de descubrir un concepto de responsabilidad en sentido amplio, que se adapte a los objetivos del derecho penal en mayor grado que el concepto de culpabilidad propio de la teoría tradicional, excesivamente estrecho pese a su complejidad.

Este nuevo concepto, denominado "atribuibilidad", -- aunque compuesto de las mismas características constitutivas del juicio valorativo (imputabilidad, posibilidad del conocimiento del injusto y exigibilidad), muestra una distinción jerárquica de estas características y debe contener un expreso juicio de desvalor sobre el autor. No precisa, sin embargo, gravar al sujeto con el reproche del personal poder actuar de modo distinto.

Por "atribuibilidad de una acción debe entenderse el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias del derecho" (101). Lo que la atribuibilidad pone de relieve es que el acto debe ser atribuido al autor como suyo.

El concepto de atribuibilidad de Maurach responde a la necesidad de proporcionar una base general de responsabilidad, pues constituye un juicio de desvalor sobre el autor. Es

(100) Ibid., pág. 28.

(101) Ibid., pág. 33.

decir, el ordenamiento jurídico no puede exigir de todos los hombres que se comporten de acuerdo con el derecho, ya que - frente a los menores y a los alienados, esta exigencia carecería de sentido. El que el derecho penal sólo pueda proceder contra ellos con determinadas medidas de seguridad y corrección, el que deba renunciar por su inculpabilidad a toda intervención punitiva, no impide que también en esta última categoría deba concurrir un determinado grado de responsabilidad, un determinado grado de tener que responder por su acto. No basta con que tales autores hayan cometido su injusto típico; este injusto debe serles atribuido personalmente.

(102)

No obstante, no deben confundirse culpabilidad y atribuibilidad, a pesar de poseer características similares, pero en distribución distinta. Por otra parte, la atribuibilidad es graduable: al precisarse que el autor de una conducta podría actuar de modo diferente, se llega primeramente a la responsabilidad del acto; al no responder el agente a las exigencias impuestas por el derecho, se origina, en seguida el juicio de reproche de culpabilidad.

Maurach sostiene que la atribuibilidad tiene su razón de ser en la conveniencia humana, representa una exigencia práctica para atribuir a alguien como propio determinado comportamiento, sin que por ello sea un comportamiento culpable, ya que esto corresponde al juicio de culpabilidad. Así, frente a los niños y enfermos como se dijo en líneas anterio

res, no desaparecerá la atribuibilidad, pues pueden serles atribuidos como propios de ellos los actos que realizan. Sin embargo, no es posible considerar que sean, además, culpables, ya -- que este problema del reproche tendrá que ser resuelto en forma distinta en el ámbito de la culpabilidad.

En la atribuibilidad pueden observarse dos grados: la responsabilidad por el hecho, que se agota con un juicio de desvalor que se le hace al sujeto, y la culpabilidad que exige la concurrencia de un reproche personal. La responsabilidad por el hecho consiste en un juicio de desvalor que se le hace al sujeto por desaprobarse su forma de actuar, tomando como punto -- comparativo lo que otro hubiera hecho en la misma situación, es decir, por haber "sucumbido la tentación del hecho", aún cuando conforme al derecho podría exigírsele una actitud firme, y pese a que cualquier otro en su situación se hubiera dejado determinar por la amenaza penal. La desaprobación se basa en que el autor en la situación concreta se ha comportado peor a como los demás hubieran actuado. (103)

Pero esta desaprobación no implica aún un reproche, ya que este supone algo más que la simple desaprobación. Exige del sujeto la capacidad de poder actuar conforme a derecho, esto es, que podía conocer el injusto y orientar su conducta conforme a ese conocimiento. Por lo tanto, una vez satisfecha la responsabilidad por el hecho, se determina la capacidad del injusto (imputabilidad) y de orientación de la conducta hacia éste. Podrá jurídicamente reprocharse al sujeto no haber actuado, cuando podía hacerlo, sin que su conducta afectara los intereses

jurídicamente protegidos.

"Actúa culpablemente todo sujeto, responsable (por su hecho), que comete su acto como imputable con la posibilidad de conocer el injusto". (104)

Ahora bien, al establecer dos grados de la atribuidad, ubica la exigibilidad dentro de su teoría en el primer momento (responsabilidad por el hecho), en virtud de que el autor de la conducta desaprobada, no obstante serle exigible una actitud firme, un comportamiento conforme a derecho, ha sucumbido. La exigibilidad deja de ser un elemento de la culpabilidad, como tradicionalmente se le había ubicado; y pasa a ser un elemento de la responsabilidad por el hecho.

Al estudiar la aparición dogmática de los casos de no exigibilidad (situaciones de necesidad y coacción) legalmente reconocidos, sostiene Maurach que ella no debe buscarse ni en la teoría de la antijuridicidad ni en la de la culpabilidad, sino en un punto intermedio, es decir, ubicándolos -- como causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho, cuestión anterior a la culpabilidad. La doctrina de la exigibilidad necesita ser apreciada de lege ferenda, tanto si se la entiende limitada a los casos que están legalmente tipificados como si se la considera un principio suprallegal.

"La teoría especialmente defendida por Freudenthal, basada en un ulterior desarrollo de la concepción normativa, de que la culpabilidad (la responsabilidad) debe resultar ex

cluida, fuera de los reducidos casos de tipificación legal, en los supuestos en que no pueda exigirse al autor, en su situación concreta, una conducta justa, "alumbró como un meteoro el horizonte para perderse de nuevo, tras un corto plazo, en la oscuridad". (105)

Las más agudas observaciones las dirige contra la consideración de la no exigibilidad como causa supralegal de inculpabilidad. Para combatirla señala la diferencia que existe entre la antijuridicidad y la culpabilidad en cuanto a la aceptación de causas supralegales de exclusión. Los defensores de la admisión del estado de necesidad fundamentado en la no exhibibilidad como causa supralegal se inspiran en el estado de necesidad concebido como causa supralegal de justificación. Ahora bien, esta equiparación no puede hacerse porque es distinta al respecto la antijuridicidad y la culpabilidad. La primera no se limita al derecho penal, depende de todo el campo del derecho. El legislador no hace en ella más que operar con conceptos que el derecho penal recibe de otras ramas del derecho. Sin embargo, esto no ocurre en la culpabilidad, que es un concepto puramente penal, tomando también sus excepciones del campo del derecho penal exclusivamente. Toda teoría que defiende las causas supralegales de inculpabilidad pone su fundamento fuera del derecho, esto es: tiene una base extrajurídica, tal es el caso de Freudenthal. (106)

(105) GRAF ZU DONHA, Alexander, Der Aufbau der Verbrechenslehre, pág. 46, citado por Maurach, ob. cit. pág. 51.
(106) MAURACH, Reinhart, ob. cit. pág. 52-54.

IX. LA EXIGIBILIDAD EN ZAFFARONI

IX. LA EXIGIBILIDAD EN ZAFFARONI

Una de las teorías más recientes y avanzadas es la elaborada por Eugenio Raúl Zaffaroni, profesor de la Universidad de la Plata y de la Universidad del Salvador.

Zaffaroni considera que la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad no son elementos del delito, como suele llamárseles, sino que son características de la conducta requeridas por el derecho para motejarla de "delito". (107)

Por lo tanto, la culpabilidad es un carácter de la conducta delictiva.

Cabe señalar que el camino que conduce a Zaffaroni hacia una concepción de la culpabilidad más amplia es, precisamente, la exigibilidad, pues la culpabilidad es toda ella exigibilidad y, por extensión, toda inculpabilidad es inexigibilidad.

Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía exigírsele que no lo realizara. En la posibilidad exigible (Dafür-Können) que tuvo de actuar conforme a derecho es en lo que finca el reproche, porque es lo que evidencia la disposición interna que el autor tuvo -- para el reproche. (108)

Un injusto, es decir, una conducta típica y anti-jurídica, es culpable, cuando al autor le es reprochable la

(107) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, parte general, T.III, Argentina, Ediar 1982, pág. 27.

(108) Ibid., T.IV. pág. 27.

realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella. Al no haberse motivado en la norma -- cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria al derecho.

La medida de la culpabilidad o de la reprochabilidad está en la posibilidad exigible de abstenerse de cometer un injusto. Esta posibilidad exigible se determina conforme a criterios que el orden jurídico proporciona (pueden ser características objetivas o subjetivas, elementos psicológicos, etc.). Si se comprueba la existencia de la posibilidad exigible es porque el derecho desvalora esa conducta por entender que revela una disposición interna contraria al mismo y el juez no hace más que declararlo.

La reprochabilidad no es el reproche mismo (juicio de desvalor) sino el conjunto de características que la ley requiere para reprochar. (109)

Presupuesto necesario del principio de culpabilidad es la autodeterminación de la voluntad humana, pues una concepción del hombre sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad y con ella el carácter de persona del hombre. Sin embargo, esta autodeterminación tiene un límite, puesto que el hombre siempre es prácticamente capaz de un cierto grado de autodeterminación, como consecuencia de "ser-en-el-mundo", es decir, de ser siempre una circunstancia concreta (110).

(109) Ibid., pág. 29.

(110) Ibid., pág. 40

Dentro de esta perspectiva, resulta que la culpabilidad es un concepto susceptible de admitir grados. Esto es posible porque la ley admite la autonomía de decisión. (111)

Los ámbitos de autodeterminación pueden ser sumamente amplios, en cuyo caso corresponde una exigibilidad y una reprochabilidad mayores, pero también pueden llegar a ser grados o umbrales mínimos de libertad de decisión, en que la reprochabilidad desaparece. Si bien no puede negarse en los casos de inexigibilidad la existencia de la libertad de decisión, ésta es considerada mínima y despreciable a los efectos de la reprochabilidad. En estos umbrales mínimos su uso no es exigible. No puede negarse que cualquiera, en una circunstancia determinada, tiene la posibilidad de convertirse en héroe, pero tampoco puede exigirsele jurídicamente que lo haga o reprochársele jurídicamente que no lo haga.

En cuanto al grado de reprochabilidad, y tomando en cuenta la personalidad del autor, resulta perfectamente determinable que hay sujetos a los que en una situación dada les es mucho más arduo que a otros ajustar su conducta a derecho. En tales casos, la exigibilidad y el reproche son menores.

Todos los umbrales mínimos de autodeterminación son supuestos en que al autor no se le puede exigir una conducta diferente de la efectivamente realizada. De allí que afirme Zaffaroni que "todas las causas de inculpabilidad sean supuestos de inexigibilidad de otra conducta adecuada a derecho, -

(111) Ibid., pág. 45.

pero la no exigibilidad no es una causa de inculpabilidad sino el común denominador de todas". (112)

Compartimos el punto de vista del autor en cita, por que el fundamento para el juicio de reproche debe ser la libre decisión del autor. De no ser así, si su autodeterminación no es libre o está por debajo del umbral mínimo exigible, no habrá posibilidad exigible y, por lo tanto, no habrá reprochabilidad.

Zaffaroni define la culpabilidad de la siguiente manera: "La culpabilidad o reprochabilidad se funda en la disposición interna contraria a la norma que revela el individuo, - puesto que pese a haberse podido conducir de modo adecuado a la norma y motivado en ella, no lo hizo. Cuanto mayor sea la posibilidad de motivarse conforme a lo prescripto por la norma, mayor será la posibilidad que tiene de decidirse en forma adecuada a derecho, o sea, que tendrá un mayor ámbito de autonomía de decisión. Este ámbito de autonomía de decisión nos proporcionará el grado de la reprochabilidad, pero hay un límite por debajo del cual la conducta adecuada al derecho no es exigible. Luego, la reprochabilidad de la conducta típica y anti jurídica realizada comienza con la exigibilidad de una conducta adecuada a derecho y aumenta en razón directa con ésta.(113)

El ámbito de autodeterminación dirigido hacia la posibilidad exigible de realizar una conducta diferente del injusto depende de dos circunstancias, que son los presupuestos

(112) Ibid., pág. 46.

(113) Ibid., pág. 73.

o condiciones indispensables para el reproche:

a) Posibilidad exigible de comprensión de la anti-juridicidad. Lo que se requiere en la culpabilidad es la posibilidad exigible de conocimiento y comprensión de la anti-juridicidad y no una efectiva comprensión. La posibilidad de comprensión del injusto se halla en la culpabilidad, permaneciendo ajena al dolo (este se encuentra en el tipo). Comprender la antijuridicidad significa conocerla e internalizarla. Le será exigible a un sujeto la comprensión de la antijuridicidad cuando tuvo la posibilidad de conocerla, cuando se comprende a sí mismo como persona porque comprende a los demás como tales, y cuando le era exigible dadas sus circunstancias culturales que internalizase la pauta de conducta que el desvalor señala. Esta posibilidad exigible se revelará a través del grado de esfuerzo que el sujeto debía haber realizado para internalizar los valores jurídicos y motivarse en ellos, siendo inverso al grado de exigibilidad y, en consecuencia, al de reprochabilidad (culpabilidad). (114) El contenido de la comprensión exigible de la antijuridicidad requiere solamente la posibilidad de conocimiento del desvalor jurídico de la conducta, de la colisión de la conducta con el orden jurídico. (115) La antijuridicidad es un desvalor que no sólo se conoce sino que también se comprende, como toda valoración.

b) Actuación en un marco situacional que permita -

(114) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, parte general, México, Cárdenas editor, 1986, pág. 563.

(115) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, parte general, T. IV. ob. cit. pág. 100.

un cierto ámbito de autodeterminación. Pese a serle exigible al autor la comprensión de la antijuridicidad, la constelación situacional lo motiva a la realización del injusto de modo no reprochable, es decir, más allá de la exigibilidad (116).

La ausencia de cualquiera de estos dos presupuestos opera como reductor de la autodeterminación y, por lo tanto, impide el reproche de culpabilidad. En consecuencia, son causas de inculpabilidad: 1) la ausencia de posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, a través de dos vías: a. por incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad (inimputabilidad) y b. por error de prohibición invencible; y 2) la actuación en un marco situacional que no permite un ámbito de autodeterminación de cierta amplitud, a través de tres vías: a. estado de necesidad exculpante, b. supuestos de inexigibilidad de una conducta diferente motivada en la norma y c. incapacidad de dirigir la conducta conforme a la comprensión de la antijuridicidad. (117)

Respecto de la inexigibilidad por incapacidad psíquica, que es una causa de inimputabilidad, Zaffaroni concibe la imputabilidad como capacidad psíquica para responder a la exigencia de comprensión de la antijuridicidad y de adecuar la conducta a esta comprensión. (118). La capacidad psíquica de culpabilidad requiere la capacidad psíquica para ser sujeto de la exigencia de comprensión de la antijuridici

(116) Ibid., pág. 75.

(117) Loc. cit.

(118) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, parte general, T. IV. ob. cit. pág. 110.

dad, pero no se agota en ella, puesto que también es preciso que el autor tenga la capacidad psíquica necesaria para adecuar su conducta a esta comprensión. Hay casos en que el sujeto puede tener una perfecta comprensión de la antijuridicidad, pero carecer de la capacidad psíquica para adecuar su conducta a esa comprensión. Estos son casos en que la incapacidad psíquica da lugar a un estrechamiento tan grave del ámbito de autodeterminación, que al autor no se le puede dirigir el requerimiento de que se comporte conforme a la norma. (119).

Por otro lado, Zaffaroni señala como causa de culpabilidad la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad proveniente de error de prohibición. Se denomina error de prohibición al que impide la comprensión del carácter y entidad del injusto. (120)

La culpabilidad requiere la comprensión potencial de la antijuridicidad con relevancia penal, lo que demanda -- que el autor tenga posibilidad de comprender la naturaleza y entidad del carácter injusto de su acto. Cuando por cualquier error invencible al autor no podrá exigirse la comprensión de que su injusto tenía entidad penal, por más que comprendiera su simple antijuridicidad, no habrá culpabilidad. Si la imposibilidad de comprender la antijuridicidad elimina la culpabilidad, la posibilidad de comprender un injusto menor permitirá que la culpabilidad surja hasta la medida de ese injusto (121).

(119) Ibid., pág. 114.

(120) Ibid., pág. 183.

(121) Ibid., pág. 183-186.

El error de prohibición habrá de presentarse siempre que elimine la exigibilidad de la comprensión del carácter antijurídico de una conducta o de la entidad que asume la antijuridicidad de la misma.

Ahora bien, el error de prohibición es de dos tipos: 1. el que afecta la comprensión del injusto en su carácter, -- que a su vez puede ser: a) error directo sobre la norma prohibitiva (afectando el conocimiento de su existencia o alcance o afectando sólo la comprensión de la misma), b) error indirecto sobre el precepto permisivo (por falsa suposición de una causa de justificación que la ley no admite o por error acerca del alcance de una reconocida, o por falsa suposición de una situación objetiva de justificación); 2. error de prohibición que afecta la entidad del injusto, el cual puede darse: a) por desconocimiento de la relevancia penal y b) por desconocimiento de la magnitud o grado del injusto (por falsa suposición de -- atenuantes o por error de subsunción).

Respecto del error que afecta la comprensión del injusto en su carácter, si es invencible produce inculpabilidad y, en cambio, tratándose del error de comprensión en la entidad del injusto, si es invencible, disminuye la culpabilidad (122).

Finalmente, se presenta como causa de inculpabilidad la inexigibilidad de otra conducta por la situación reductora de autodeterminación.

(122) Ibid., pág. 193.

Toda vez que se ha afirmado que la inexigibilidad de otra conducta adecuada a derecho es la naturaleza última y común a todas las causas de inculpabilidad, rechaza Zaffaroni la posición que sostiene que la inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho constituye una causa supralegal de inculpabilidad. (123)

Para Zaffaroni existen dos supuestos de inexigibilidad de otra conducta provenientes de la situación reductora de la autodeterminación: 1. el estado de necesidad exculpante y 2. la incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad (inimputabilidad).

Respecto del estado de necesidad exculpante, no vamos a referirnos aquí al estudio pormenorizado de esta causa de inculpabilidad, pues rebasaría los objetivos de la presente investigación. Solamente nos limitaremos a señalar que éste se presenta con características especiales diferentes a las del estado de necesidad justificante.

Tratándose de la inexigibilidad por reducción de la autodeterminación, estamos ante otra especie de incapacidad psíquica de culpabilidad, que presupone que el sujeto es capaz de comprender la antijuridicidad de su conducta y hasta admite perfectamente que lo haya comprendido en forma efectiva, pero, no obstante, padece una incapacidad psíquica que hace inexigible que adecúe su conducta a esa comprensión de la antijuridicidad. De esto surge que "el reproche

(123) Ibid., pág. 234.

de culpabilidad presupone que sólo que el sujeto tenga la capacidad psíquica que le permita la comprensión de la antijuridicidad, sino también que la capacidad psíquica tenga un grado tal que permita hacerle exigible la adecuación de la conducta a la comprensión de la valoración jurídica". (124)

La incapacidad recae con gran intensidad sobre la volición misma, de allí que opere en la forma que corresponda al segundo reductor de la autodeterminación. Tal es el caso de las compulsiones, fobias, neurosis obsesivas, etc.

De todo lo expuesto anteriormente concluimos que -- Zaffaroni elabora una teoría muy amplia en el terreno de la culpabilidad y, con ello en el de la exigibilidad, en relación con las anteriores posturas, pues si bien es cierto que su doctrina acusa el influjo finalista, analiza desde otro -- punto de vista las características del injusto, abriendo otra posibilidad para el estudio del delito.

Por otra parte, en su concepción adquieren gran -- importancia en el terreno de la culpabilidad toda una gama de consideraciones externas al propio injusto, que determinan en gran parte la culpabilidad del autor. Asimismo, al hacer referencia a la imputabilidad y a su aspecto negativo, es decir, a la inimputabilidad, da particular relevancia al estudio de los estados patológicos del individuo, lo que obliga a una observación de cada caso en concreto para determinar la imputabilidad o inimputabilidad del autor y, por lo tanto, su culpabilidad o inculpabilidad.

La autodeterminación del agente y la posibilidad de conducir su conducta conforme a esa decisión, constituyen en esta doctrina los pilares de la exigibilidad y con ello el de toda su construcción dogmática de la culpabilidad.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. El derecho es exigible por su propia naturaleza, pues constituye una característica de las normas jurídicas el poder hacer cumplir, aún contra la voluntad de los destinatarios, lo que éstas estatuyen como debido.

2. El derecho es exigible: primero, porque existe todo un mecanismo creado a priori para hacerlo cumplir, y segundo, porque como orden coactivo exige una determinada conducta y reacciona con una sanción en caso de que se realice la conducta contraria a la exigida.

3. El estudio de la exigibilidad del derecho nos conduce al problema de la validez del mismo. Así, el derecho es exigible porque vale, y vale porque como sistema normativo regula su propia creación dando cuenta con ello de su existencia.

4. La aparición de la exigibilidad dentro del derecho penal tiene una connotación distinta de la exigibilidad como característica del derecho, ya que aquella está íntimamente relacionada con la culpabilidad como carácter del delito. Por lo tanto, no podemos desligar la exigibilidad e inexigibilidad de la idea de culpabilidad e inculpabilidad.

5. La culpabilidad como carácter de la noción de injusto es un concepto históricamente formado y responde a la exigencia del principio nulla poena sine culpa. Tradicionalmente, no

sólo cumple su función como principio destinado a fijar la medida de la pena, sino que a él se vinculan los criterios de la imputación jurídico penal, y toda la teoría del hecho punible, que en todas sus partes gira alrededor de la cuestión de los presupuestos y el grado en que alguien puede ser responsabilizado por un suceso jurídico penalmente relevante.

6. Reinhard Frank inició una diferente especulación en torno de la culpabilidad, abriendo nuevos horizontes en la evolución de este carácter del delito. El se resiste a permanecer encerrado en los límites de una pura concepción psicológica y vincula por primera vez la idea de reprochabilidad con la culpabilidad. Es a partir de entonces que la culpabilidad se conceptúa como un juicio de reproche y no sólo como una relación psíquica entre el agente y su resultado, sino que ahora descansa en un juicio valorativo de carácter jurídico.

7. Dentro de la concepción normativa, la exigibilidad y, con ello, la culpabilidad se hacen depender de una norma de deber distinta de la norma de derecho, de una norma que impone conformar la conducta interna con las exigencias del derecho, situación que no podemos admitir, ya que el juicio de reproche y, por lo tanto, la exigibilidad, se originan en haber obrado violando el deber jurídico de respetar la norma y no en el hecho de no haberse motivado en la norma de deber.

8. No es posible concebir un concepto de culpabilidad ético-individual, en virtud de que la culpabilidad es un juicio

de reproche contra el autor en el sentido de que no omitió la acción antijurídica, aún cuando podía omitirla. Ese juicio - resulta de la inobservancia de la norma de derecho que nos -- exige un determinado comportamiento y al que debemos adecuar nuestra conducta, y no en un criterio ético o moral, pues ello rebasaría el campo de las normas jurídicas, originando incluso situaciones de inculpabilidad extrajurídicas.

9. Tras el descubrimiento de los elementos subjetivos en el injusto, se produce una apertura dentro del pensamiento jurídico penal y con ello en la culpabilidad, pues ésta poco a poco se va despojando de los elementos de hecho y conserva únicamente el criterio de reprochabilidad. La culpabilidad queda, por tanto, reducida a un juicio de valoración (reproche) sobre el proceso de motivación, es decir, la conducta del agente no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho.

10. La culpabilidad es esencialmente un concepto que - hace referencia a una valoración. No es la relación psíquica sino el comportamiento en cuanto reprochable lo que define la culpabilidad, el comportamiento contrario al deber jurídico - de cumplir con la norma, el comportamiento diverso al exigido por el derecho, la posibilidad que tiene el agente de realizar lo. Por ello, el concepto de culpabilidad implica un juicio - de valor.

11. El hecho de que se identifique la culpabilidad con la exigibilidad no significa que se conciba una causa general de inexigibilidad, y, por tanto, de exculpación, pues resultaría excesivamente peligroso si así fuera, ya que puede hacerse un mal uso de ella. Corresponde al legislador -- describir taxativamente, en la forma más clara y precisa, en qué situaciones nos hallamos ante una causa de exculpación de esta naturaleza. El juzgador, por su parte, deberá hacer con sumo cuidado el análisis de estas situaciones, con el único fin de resolver con la mayor justicia posible.

12. El principio de no exigibilidad como causa de inculpabilidad, y, con ello, de exención de pena, halla su fundamento en el hecho de que el derecho no se dicta ni para héroes ni para santos, sino para hombres, sin desconocer, como es natural, que se encuentra limitado por debilidades, miserias, -- flaquezas, inherentes a su condición humana. Por esta razón, mal podría exigir conductas extraordinarias que requieran una singular fuerza de espíritu. En virtud de este principio, la ley debe aceptar el efecto excusante de ciertas situaciones -- que impiden la sanción de conductas típicas y antijurídicas.

13. La inexigibilidad de otra conducta adecuada a derecho como causa de exculpación impide la formulación del juicio de reproche al agente, no obstante haber realizado éste un comportamiento típico y antijurídico. No excluye el acto típicamente antijurídico sino que se reduce a disculpar al agente, dejando intacta la antijuridicidad de su conducta.

BIBLIOHEMEROGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

BOSCH GARCIA, Carlos, La técnica de investigación documental, 11a. edición, México, Editorial Trillas, 1985.

FRANK, Reinhard, Estructura del concepto de culpabilidad, versión castellana de Sebastián Soler, - Chile, publicaciones del seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, 1966.

GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario y LUJAN MUÑOZ, Jorge, Guía de técnicas de investigación y cuaderno de trabajo, 14a. edición, Guatemala, Editorial Serviprensa Centroamericana, 1982.

GOLDSCHMIDT, James, La concepción normativa de la culpabilidad, trad. de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1943.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte general, Vol. I. Barcelona, Bosch, casa editorial, 1978.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T. IV, 3a. edición, Buenos Aires, Editorial Losada, 1976.

T.V, 3a. edición, Buenos Aires, Editorial Losada, 1976.

T. VI, 2a. edición, Buenos Aires, Editorial Losada, 1962.

KELSEN, Hans, Teoría general del Derecho y del Estado, trad. de Eduardo García Maynez, 2a. reimposición, México, UNAM, 1979.

-----, Teoría pura del Derecho, trad. de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernego, México, UNAM, 1986.

LOPEZ RUIZ, Miguel, Elementos metodológicos y ortográficos básicos para el proceso de investigación, México UNAM, 1987.

MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho penal, Vol. II, trad. de Juan Córdoba Roda, España, ediciones Ariel, 1962-1963.

MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, T. I. 2a. edición, trad. de la 2a. edición alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

-----, Tratado de Derecho Penal, T. II, 2a. edición, trad. de la 2a. edición alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.

MUSOTTO, Giovanni, Colpevolezza dolo e colpa, Italia, F. Ciuni libraio editore, 1939.

NOVOA MONREAL, Eduardo, Causalismo y Finalismo, San José Costa Rica, Editorial Juricentro, 1980.

RODRIGUEZ DEVESA, José María, Derecho Penal Español, parte general, 8a. edición, Madrid, Impresora Artes Gráficas CARASA, 1981.

ROXIN, Claus, Culpabilidad y prevención en derecho penal, trad. por Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, -- 1981.

-----, Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. por Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1962.

STRATENWERTH, Gunter, Derecho penal, parte general, Vol. I. trad. de la 2a. edición alemana por Gladys Romero, España, editorial Edersa, 1982.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, voces para nueva edición del Diccionario Jurídico Mexicano, versión mimeografiada, -- 1986-1987.

VELA TREVIÑO, Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, 2a. reimpresión, México, Editorial Trillas, 1983.

WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, parte general, 2a. - edición castellana, trad. de la 11a. edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Chile, editorial Jurídica de Chile, 1976.

-----, El nuevo sistema del derecho penal, España, ediciones Ariel, 1964.

WESSELS, Johannes, Derecho penal, parte general, 6a. edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.

WHITTAKER, James O., Psicología, 3a. edición, trad. al -- español por Vicente Agut Armer, México, editorial Intera--mericana, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho penal, parte - general, México, Cárdenas editor, 1986.

-----, Tratado de Derecho penal, parte general, T. III, Buenos Aires, Ediar, 1982.

-----, Tratado de Derecho penal, parte general, T. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982.

HEMEROTECA

GOLDSCHMIDT, Werner, "La Culpabilidad y lo inconsciente", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, Tomo VII, Fasc. II, Mayo-agosto, -- MCMLIV.

QUINTANO, Ripolles, "Hacia una posible concepción unitaria jurídico penal de la culpabilidad", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, - Tomo XII, fasc, III, Septiembre-Diciembre, MCMLIX.

SANCHEZ CORTES, Alberto, "Una eximente que no se omitió en la ley", Criminalia, México, Año XXVIII, No. 1. 1962.