

0078/

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DIVISION DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

**“LA CULPABILIDAD Y LA COMPLEJIDAD  
DE SU COMPROBACION”**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO  
DE DOCTORA EN DERECHO,  
PRESENTA LA:**

**LIC. VERÓNICA ROMÁN QUIROZ**

**TUTOR: Dr. Raúl Carrancá y Rivas**

**Ciudad Universitaria, México, Distrito Federal,**

**2000.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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 esta 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.

DEDICATORIAS

## SUMMARY

The relevance in the study of the guilt inside each system of the crime: Classic, Neoclassicist, Finalist, logical-mathematical Model, Funcionalista, not only constitutes it its forms, species, budget or elements, the content of each one of them in their positive aspects and negative, their systematic location with relationship to the other elements of the one crime, due to the repercussions or derived juridical effects of the adhesion to one or another system, but the suitability of the offer, admission, practice, I relieve of tests, artificial valuation and their improvement, in order to have it had credited or checked convincingly.

The complexity of the confirmation of the guilt, fragility that it reaches to the authorities and parts in the Mexican penal procedure whose origin multifactorial is considered that it is based on the specialization lack or profesionalización of the human resources, for the abuse in the exercise of the one *ius state puniendi*, for the excessive use of ineffective simplificadores for the judicial individualization, for the usual one listed of proofs not favorecedoras of their pretenses consignatorias or condemnatory, according to the one case, for the diligence lack of those in charge of the system of penal justice in the observation of their legal duties, among others.



## RESUMEN

La relevancia en el estudio de la culpabilidad dentro de cada sistema del delito: Clásico, Neoclásico, Finalista, Modelo lógico-matemático, Funcionalista, no sólo la constituyen sus formas, especies, presupuesto o elementos, el contenido de cada uno de ellos en sus aspectos positivo y negativo, su ubicación sistemática con relación a los otros elementos del delito, debido a las repercusiones o efectos jurídicos derivados de la adhesión a uno u otro sistema, sino la idoneidad del ofrecimiento, admisión, práctica, desahogo de pruebas, valoración jurídica y su perfeccionamiento, a fin de tenerla por acreditada o comprobada fehacientemente.

La complejidad de la comprobación de la culpabilidad, fragilidad que alcanza a las autoridades y partes en el procedimiento penal mexicano. cuyo origen multifactorial se estima que se basa en la falta de especialización o profesionalización de los recursos humanos, por el abuso en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, por el uso excesivo de simplificadores ineficaces para la individualización judicial, por el usual enlistado de probanzas no favorecedoras de sus pretensiones consignatorias o condenatorias, según el caso, por la falta de diligencia de los encargados del sistema de justicia penal en la observación de sus deberes legales, entre otros.

# AGRADECIMIENTOS

## EPIGRAFE

*"El hombre posee el libre albedrío, porque sin él serían vanos los consejos, exhortaciones, preceptos, prohibiciones, recompensas y castigos. Para demostrarlo hasta la evidencia, es de notar que hay seres que obran sin juicio, como la piedra que se precipita hacia abajo, y lo mismo sucede en todos los seres desprovistos de conocimiento; otros que obran con juicio, pero no con juicio libre, cuales son los animales brutos; pues la oveja, al ver al lobo, juzga que debe huir, mas este juicio es puramente natural y no libre, por cuanto no juzga por la comparación, sino por natural instinto, igual que todos y cualquiera de los demás brutos. El hombre, empero, obra con juicio, puesto que por su facultad cognoscitiva juzga que debe huir de esto o procurar aquello, y porque este juicio no es naturalmente instintivo respecto de acciones particulares, sino racionalmente discursivo, obra con libertad de juicio, pudiendo decidirse entre cosas opuestas, porque respecto de las cosas contingentes, la razón puede escoger entre las contrarias, como ve en los silogismos dialécticos y en la persuasión oratoria, y como las acciones particulares son cosas contingentes, el juicio de la razón puede optar entre opuestas resoluciones, y no está en la precisión de adoptar una con exclusión de su contraria. Luego, necesariamente, siendo el hombre un ser racional, es, por lo mismo, libre en su albedrío".*

SANTO TOMAS.

*El justiciable tiene una clara idea del juez: un individuo que se encierra en su torre de marfil, perdiéndose entre la frialdad y sequedad de los expedientes, sin percibir que allí precisamente se ocultan hombres, problemas humanos, dramas, sufrimientos. Tomando una decisión, un juez corta en lo vivo, en plena carne humana; él debe darse cuenta, no hacer pasar la forma antes que el fondo y no ser más celoso de la belleza hermética de su estilo jurídico que de su decisión. ¿Pero cómo llegar a tal resultado, en tanto que subsistiera esta barrera entre los magistrados y los justiciables? Por otra parte, en tanto que en ella subsista el justiciable no tendrá confianza en su Justicia, no comprenderá la importancia de las responsabilidades que deben asumir los magistrados, y considerará la Justicia más como un fantasma que como un servicio público.*

HENRI PASCAL.

*Parece cierto que por la composición contradictoria de todo proceso, siempre hay dos o más verdades; lo falible de la justicia -unido a lo temporal- obliga que prevalezca una de ellas. Incluso la última instancia, que tiene siempre la última palabra, no es seguro que tenga siempre la razón.*

FLORJOT.

## TABLA DE ABREVIATURAS

a. C		antes de Cristo
A. C.		Asociación Civil
art.		artículo
arts.		artículos
CDHDF		Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal
CEPOLCRIM		Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A. C.
cit.		Citado
<i>Cfr.</i>	<i>Confere</i>	Confróntese
Col.		Colonia
const.		constitucional
C.P.		Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal
C.P.D.F.		Código Penal para el Distrito Federal
Deleg.		Delegación
D.F.		Distrito Federal
dr.		Doctor
DSEP		División Superior de Estudios de Postgrado
Ed.		Editorial

<b>ed.</b>		edición
<b>e.g.</b>	<i>exempli gratia</i>	por ejemplo
<b>et al.</b>	<i>et alius</i>	y otros
<b>etc.</b>		etcétera
<b>fasc.</b>		fascículo
<b>FD</b>		Facultad de Derecho
<b>fr.</b>		fracción
<b>frs.</b>		fracciones
<b>gnal.</b>		general
<b>i.e.</b>	<i>id est</i>	esto es
<b>IJJ</b>		Instituto de Investigaciones Jurídicas
<b>lic.</b>		Licenciado
<b>M. en D.</b>		Maestro en Derecho
<b>núm.</b>		número
<b>núms.</b>		números
<b>op. cit.</b>	<i>Opus citatus</i>	obra citada
<b>PGJDF</b>		Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal
<b>p.</b>		página
<b>pp.</b>		páginas
<b>p.ej.</b>		por ejemplo
<b>s.a.p.</b>		sin año de publicación

<b>S.C.</b>		Sociedad Civil
<b>s.n.ed.</b>		sin número de edición
<b>S.R.L.</b>		Sociedad de Responsabilidad Limitada
<b>ss.</b>		siguientes
<b>Trad.</b>		traductor
<b>traduc.</b>		traducción
<b>T.</b>		Tomo
<b>TT.</b>		Tomos
<b>UNAM</b>		Universidad Nacional Autónoma de México
<b>v.gr.</b>	<i>Verbigratia</i>	por ejemplo
<b>Vid.</b>	<i>Videre</i>	ver
<b>vol.</b>		Volumen
<b>vols.</b>		Volúmenes
<b>vs.</b>	<i>versus</i>	contra

## I N T R O D U C C I O N

Lo relevante en el estudio de la culpabilidad dentro de cada sistema del delito (Clásico, Neoclásico, Finalista, Modelo lógico-matemático, Funcionalista) son sus formas o especies, presupuestos y elementos, el contenido de cada uno de estos en su aspecto positivo y consiguientemente en el negativo; así como la ubicación sistemática de aquellos con respecto a los otros elementos del delito, dadas las repercusiones o efectos jurídicos derivados de la adopción de uno u otro sistema. Analizando además dicho concepto conforme a la teoría de la pena que lo ha sostenido, formulado o reformulado.

Cierto es que ninguna teoría del delito escapa a las necesarias aportaciones constructivas y críticas, por eso hay que evitar llegar al empecinado ámbito de una estéril oposición fundamentalista, y no perder de vista la vertiginosa rapidez con que se conciben, desarrollan y refutan nuevas perspectivas.

Con frecuencia ocurre que los argumentos fuertes son substituidos al cabo de algún tiempo sólo por razón del cambio de la moda por argumentos débiles, no cuajados o aparentemente rebasados por su infuncionalidad, de lo que en modo irremediable deriva una tendencia hacia el eclecticismo o convivencia desordenada de los más diversos puntos de vista valorativos, métodos y perspectivas problemáticas, fenómeno que atañe no sólo a quienes importan los argumentos, sino aún a los propios hacedores.

Así los seguidores de las distintas argumentaciones parecen ocuparse (sin restarles trascendencia) únicamente del orden y contenido de la culpabilidad, de sus elementos, pero no atienden componentes tan importantes para su acreditación, como son la idoneidad del ofrecimiento, admisión, práctica, desahogo de pruebas, su valoración jurídica, su perfeccionamiento, acorde a los criterios seguidos por quienes procuran y administran justicia. De ahí que afirmemos la complejidad en cuanto a comprobación de la culpabilidad. Problema que alcanza a las autoridades y partes en el procedimiento penal mexicano, cuyo origen multifactorial se basa en la falta de especialización o profesionalización de los recursos humanos, por el abuso en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, por el uso excesivo de simplificadores ineficaces para individualizar supuestamente lo más apegado a la verdad y a la justicia (aquí contamos los machotes en que se vierten periciales deficientes, informes de policía judicial incompletos), por el usual pero violatorio (de garantías individuales) enlistado de probanzas (no favorecedoras de sus pretensiones: acusatorias o condenatorias) en que fundan y motivan la plena culpabilidad del individuo sujeto al proceso, por la falta de diligencia de los encargados del sistema de justicia penal en la observación de sus deberes legales, entre otros.

Las posturas y contenidos vertidos en la presente investigación se respaldan en textos (nacionales e internacionales) especializados en la materia. Nuestro procedimiento metodológico es deductivo e inductivo, sintético y analítico, histórico-comparativo y lógico, respecto del causalismo, psicologismo, normativismo, finalismo, modelo lógico-matemático y funcionalismo.



En un primer capítulo revisamos la culpabilidad en el Sistema Clásico del delito, sus bases histórico-intelectual y filosófica; las formas y presupuesto (atendiendo sus antecedentes, componentes, clases) de la culpabilidad en la concepción psicológica, exponentes y problemas enfrentados; la libertad de la voluntad en las concepciones determinista e indeterminista; y brevemente su aspecto negativo.

En el capítulo segundo ofrecemos la conceptualización de la culpabilidad en el Sistema Neoclásico del delito, sus bases histórico-intelectual y filosófica; los elementos de la culpabilidad (sus generalidades y teorías que los explican) y, de modo enunciativo las clases de causas de inculpabilidad aplicables en la concepción normativa-mixta, sus exponentes y críticas enfrentadas.

La culpabilidad en la Teoría Final de la Acción, sus bases histórico-intelectual y filosófica; la concepción normativa pura de la culpabilidad, las consecuencias de su adopción, las críticas formuladas en su contra; la distinción entre culpabilidad y juicio de culpabilidad; los elementos positivos y negativos de la culpabilidad en la teoría finalista, cuestiones generales y teorías que atañen a cada uno de ellos; así como la culpabilidad e inculpabilidad en el Modelo lógico-matemático son analizadas en el tercer capítulo.

Finalmente, en el cuarto capítulo es estudiada la responsabilidad jurídicopenal en el Sistema Funcional del delito, sus bases histórico-intelectual y filosófica; la concepción y elementos de la responsabilidad jurídicopenal

(culpabilidad y necesidad de pena) en el funcionalismo, sus implicaciones en la práctica, así como diversas manifestaciones (que dan base a nuestras propuestas), razón del constante estremecimiento de la sociedad en general ante la avalancha imparable de noticias denotadoras de los efectos nocivos de la impunidad, corrupción, delincuencia, que motivan la severa reprobación hecha a nuestros encargados del sistema de justicia penal, en su desempeño, credibilidad y qué no decir sobre su parcialidad o invasión conocida de encomiendas.

La discrepancia o coincidencia con cualquier exposición, siempre será origen de un nuevo trabajo.

## I. La culpabilidad en el Sistema Clásico del delito

Las categorías básicas conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad -también llamadas peldaños de la estructura del delito- han sido poco a poco desarrolladas por la Ciencia en un proceso de discusión de décadas. Así aparece el concepto de acción por primera vez en el manual de Albert Friedrich Berner (1857) como piedra básica del sistema del delito. La exigencia de reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad, la formula poco después el gran jurista Rudolph von Jhering en su escrito "*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*" ("El momento de culpabilidad en el Derecho privado romano", 1867), abriendo el camino para la época siguiente. El concepto del tipo lo crea Ernst Beling en el año 1906 en su monografía, aún célebre hoy, "*Die Lehre vom Verbrechen*" ("La teoría del delito"). Para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvo especial importancia el escrito del gran comentarista Reinhard Frank "*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*" ("Sobre la estructura del concepto de culpabilidad", 1907). La evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad del siglo con impulsos especialmente intensos por parte de Franz v. Liszt y Ernst Beling, de Max Ernst Mayer y Edmund Mezger, así como de Hans Welzel, el fundador de la teoría final de la acción.<sup>1</sup>

Empero, el trabajo científico-sistemático, sin duda, va considerablemente más allá del mero planteamiento de esos conceptos básicos elementales, al fijar los presupuestos de las diversas categorías del delito en particular y precisar las relaciones que guardan entre sí; y por tanto aclarar qué

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, T. I; traduc. y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, CIVITAS, 2a ed. alemana, Madrid, 1997, pp. 196-198.

circunstancias son importantes desde el punto de vista de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, y cómo se comportan entre sí, *e.g.*, acción y tipo o antijuridicidad y culpabilidad. Pero también se esfuerza por sistematizar las concretas categorías del delito, así como por estructurar las múltiples causas de justificación según su contexto interno o considerar las causas de exclusión de la culpabilidad.

De este modo, si a la culpabilidad se le reconoce o asigna determinada función político-criminal, habrá que tener un concepto de ella y de su función dogmática, saber qué elementos o ingredientes la integran y así, consecuentemente, conocer las causas de su exclusión.<sup>2</sup> Dentro de su evolución sistemática que comprende desde la etapa clásica hasta la teleológica, revisaremos su aspecto positivo, limitando el negativo a breves referencias dada su amplitud, cuyo estudio incluso puede ser abordado individualmente.

## 1. El Sistema Clásico del delito

La idea dominante del sistema penal "clásico",<sup>3</sup> versaba sobre la inclusión de todos los elementos objetivos del delito en el injusto y todos los subjetivos en la culpabilidad. El pensamiento naturalístico de fines del siglo XIX, que intentó reconducir todos los conceptos jurídicos a datos científicos

---

<sup>2</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad", en El poder penal del Estado, homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 391.

<sup>3</sup> El modelo de la concepción clásica del delito nace a partir de las ideas propuestas inicialmente por Carrara en Italia y, posteriormente, a partir de la separación iniciada por Rudolph von Jhering en 1867 de la contrariedad de la acción con las normas jurídicas y una censura a la disposición anímica del sujeto, utilizando algunos postulados de Bechmer. *Vid.* WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán, Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 11ª ed., Chile, 1976, pp. 60, 73.

naturalistas aprehensibles empíricamente, desarrolló a partir de este planteamiento el “concepto psicológico de culpabilidad” dominante hasta principios de este siglo.<sup>4</sup>

Y ya que la evolución de la teoría del delito en el siglo XX, no se ha desarrollado como una discusión meramente interna del Derecho Penal, sino sobre el trasfondo de la filosofía y la historia del pensamiento, abordaremos los relativos al sistema en estudio.

### **1.1 Bases histórico - intelectual y filosófica del Sistema Clásico del delito**

El concepto clásico del delito, sobre todo en la decisiva caracterización que le había dado Liszt, estaba sustancialmente influido por el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX, que quería someter a las Ciencias del espíritu el ideal de exactitud de las Ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema del Derecho Penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios sólo pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquico-internos, por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del Derecho Penal entre elementos objetivos y subjetivos.<sup>5</sup>

El naturalismo es, acorde con Schönemann, la primera fase de elaboración del sistema del Derecho Penal, que llegó a su apogeo con el

---

<sup>4</sup> ROXIN, Claus. Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal; Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, p. 115.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal, *op. cit.*, p. 200.

sistema de Beling y von Liszt, cuya separación temporal respecto de las otras épocas (que tocaremos más adelante) podemos precisar como dominante hasta el año 1900.<sup>6</sup>

La Ciencia penal del naturalismo, como producto del positivismo, que dominó el pensamiento científico de finales del siglo XIX y rechazaba toda especulación trascendental, emprendió el intento de reproducir en el sistema del Derecho Penal los elementos <<naturales>> del delito.

Así, la determinación de la producción de un delito era idéntica al juicio existencial relativo a la concurrencia de estos o aquellos hechos perceptibles por los sentidos y descriptibles en un sistema de conceptos físicos o biológicos. El delito fue definido como acción (=comportamiento dominado por la voluntad) típica, antijurídica y culpable, mostrándose el contenido naturalístico del sistema de Beling y von Liszt, únicamente en la subdefinición de tales elementos (que aún hoy constituyen las bases del Derecho Penal).

En efecto, en el sistema de Beling y von Liszt, a la <<tipicidad>> de una acción pertenecía exclusivamente el suceso externo (descriptible físicamente) relatado por el legislador en los concretos tipos delictivos de la Parte Especial, que se concebían descriptivamente (y que, por ello, no requerían ninguna valoración más). Este aspecto objetivo del hecho, comprendido en el tipo, se completaba con el aspecto subjetivo caracterizado como <<culpabilidad>>, que consistía en la relación psíquica del autor con su

---

<sup>6</sup> Von Liszt interpreta esto como "culpabilidad en sentido material" a la que opone, como "culpabilidad formal", la responsabilidad por la acción antijurídica cometida, todo ello bajo la influencia del concepto normativo de culpabilidad, que comenzaba a surgir. Cita en SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales, estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario; traduc. Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 43, 44.

hecho y aparecía en las dos formas de culpabilidad: dolo e imprudencia. La acción, como comportamiento dominado por la voluntad, la tipicidad, como acontecimiento exterior descrito típicamente por el legislador, y la culpabilidad, como relación psicológica del autor con su hecho, al ser <<objetos materiales del mundo real>>, habrían de poder ser constatados por el juez sin necesidad de incorporar juicios valorativos.<sup>7</sup>

En cuanto a la dogmática de la imprudencia, el empecinamiento en el concepto de causalidad impidió durante mucho tiempo el desarrollo de una doctrina normativa de la imputación, que no se emprendió sino hasta los últimos años en forma de teorías del incremento del riesgo y del fin de protección de la norma.

En el desarrollo de la Dogmática jurídico-penal moderna, cuyo incuestionable iniciador fue Franz von Liszt (1881), dos han sido fundamentalmente los conceptos que se han elaborado de la culpabilidad, uno “psicológico” y otro “normativo”, que a su vez han dado origen a dos teorías correspondientes, siendo el segundo el que mayores transformaciones experimenta, sobre todo a causa de la teoría de la acción finalista de Welzel.

## **1.2 Concepción psicológica de la culpabilidad**

La separación del aspecto externo (injusto) con respecto al aspecto interno (culpabilidad) en el sistema de von Liszt, Beling y Radbruch, da lugar al llamado concepto psicológico de culpabilidad. Los hechos psíquicos de la vertiente interna, es decir, según la concepción imperante a la sazón, sólo dolo

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 43-45.

e imprudencia constituyen la culpabilidad. Ciertamente, esta solución surgió como consecuencia de la consideración naturalística, pero también del afán, orientado al Derecho público de expulsar valoraciones imprecisas fuera del concepto de culpabilidad y de sujetar la culpabilidad a datos verificables con seguridad.<sup>8</sup>

La culpabilidad se concibió entonces, para Mir Puig, como una “relación cuasi - causal entre el hecho objetivo y la mente del autor”.<sup>9</sup>

Liszt, por su parte, en su obra Derecho Penal alemán, deja reducida la acción a un proceso causal, creado por un impulso voluntario y la representación de su contenido no es un problema de la acción sino de la culpabilidad. Define este jurista a la culpabilidad como responsabilidad por el resultado causado mediante un movimiento corporal voluntario.<sup>10</sup>

“Con relación a un hecho determinado -afirma Sebastián Soler- se dirá que es realizado culpablemente cuando el sujeto capaz obra no obstante la valoración que él mismo está obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico. Ello destaca en la culpabilidad un doble elemento: por una parte, presupone la vinculación del sujeto con el orden jurídico (elemento normativo de la culpabilidad); por otra, presupone la vinculación subjetiva del individuo a su hecho (elemento psicológico de la culpabilidad). Aunque ambos elementos

---

<sup>8</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, parte gnal., fundamentos y teoría de la imputación; traduc. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 2a ed., corregida, Madrid, 1997, pp. 568, 569.

<sup>9</sup> MIR PUIG, Santiago. “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, en *El poder penal del Estado*, homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 367.

<sup>10</sup> Cita en DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito*, prologado por José Cerezo Mir y Raúl Carrancá y Rivas, Cárdenas editor y distribuidor, 2a ed., México, 1998, p. 165.



son, en realidad, psicológicos, pues mientras el uno atiende a la relación del sujeto con una instancia de responsabilidad (por lo que presupone una valoración normativa); el otro, al considerar las relaciones del sujeto con el hecho, atiende a una situación puramente psíquica y despojada de valoraciones.

Georges Vidal subraya que no puede haber delito, y su autor no es punible, si no se une al autor con la ejecución material, con un lazo moral que permita ponérselo en su cuenta, es decir, de imputarle el mal que ha cometido, y de declararlo culpable. Este ligamen moral consiste en la inteligencia y la voluntad. Sin dicho lazo, no hay infracción, no hay delito”.<sup>11</sup>

Para esta teoría la afirmación de la culpabilidad importa la comprobación de que la voluntad del autor es causal del hecho ilícito.

Según ésto la culpabilidad, para Finger, implica un juicio sobre tres diversos aspectos: a) la relación causal entre la voluntad de una persona y un suceso; b) la desaprobación del hecho (su carácter indeseable o dañoso); y c) la conciencia de la contrariedad al deber en el autor.<sup>12</sup>

De esta manera, la culpabilidad requiere una determinada vinculación psicológica entre el autor y su hecho sin la cual es imposible afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito.

---

<sup>11</sup> Cita en apuntes sobre la Cátedra de “Teoría de la culpabilidad”, impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, División de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Derecho, de la UNAM, México, agosto-diciembre, 1996.

<sup>12</sup> FINGER cit. por Enrique Bacigalupo. *Principios de Derecho Penal español*, T. II, Ed. AKAL, s.n.ed., Madrid, 1984, p. 100.

Los partidarios de esta teoría, al destacar la relación subjetiva entre el autor y el hecho, lógicamente establecen un psicologismo esencial a la culpabilidad.<sup>13</sup> La doctrina psicológica de la culpabilidad supone el análisis de la situación interna del sujeto: la culpabilidad reside en él, es la fuerza moral, subjetiva, del delito.

### **1.2.1 Formas y presupuesto de la culpabilidad en la concepción psicológica**

El dolo y la culpa integraban el centro de la culpabilidad. Mientras que la imputabilidad en general se caracterizaba como “presupuesto de la culpabilidad o de la pena”.

Además, dentro de este concepto no tendrían lugar otros requisitos: dado que la capacidad de culpabilidad no pertenece al reflejo subjetivo del hecho no puede ser etiquetada como componente de la culpabilidad, sino sólo como “presupuesto” de la misma. La exigibilidad no aparece aún como elemento de la culpabilidad.<sup>14</sup>

### **1.2.2 Exponentes de la teoría psicológica de la culpabilidad**

Representantes de tal concepto psicológico de la culpabilidad fueron v. Buri, v. Liszt, Löffler, Kohlrausch, Radbruch, Binding, Merkel, Hellmunth y Meyer.

---

<sup>13</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho penal*, parte gnal., Trillas, 3ª ed., México, 1994, pp. 240, 241.

<sup>14</sup> STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*, parte gnal., T. I; Trad. Gladys Romero, EDERSA, s.n.ed., Madrid, 1982, p. 163.

### 1.2.3 Problemas que enfrentó la teoría psicológica de la culpabilidad

Siguiendo a Frank, el error de la concepción corriente radica, en primer lugar, en que descuida algunos elementos de la culpabilidad. Sólo toma en cuenta dolo e imprudencia pero no la imputabilidad ni las circunstancias en que el hecho fue ejecutado. Pero ahí concurre otro error acaso de más consideración: la doctrina dominante fija la relación entre culpabilidad y dolo e imprudencia como una relación de género a especie, cuando de hecho es diferente.

Para la doctrina dominante, los conceptos de culpabilidad por una parte, y los de dolo o imprudencia, de otra parte, se relacionan como el concepto supraordenado de género al subordinado de especie. Desde el punto de vista, de Frank el concepto de culpabilidad es un concepto complejo entre cuyos elementos esenciales cuentan, entre otros, el dolo y la imprudencia.

Según la doctrina dominante, todo lo que vale para la culpabilidad, vale también para dolo e imprudencia, pues toda afirmación atinente al concepto genérico debe también convenir al concepto específico.

Sin embargo -dice Frank- no es necesario que todo lo dicho sobre la culpabilidad se adecúe al dolo y a la imprudencia, pues la relación de estos conceptos con el concepto de culpabilidad no es la de especie a género.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> FRANK, Reinhard. Estructura del concepto de culpabilidad, versión castellana de Sebastián Soler, publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, Chile, 1966, p. 26.

Por su parte, Graf zu Dohna sostiene que al haber situado la concepción psicológica, la esencia de la culpabilidad en la relación psíquica del autor con su hecho, fueron pasados por alto dos problemas: el primero, que en esa referencia la culpa no cuadra en absoluto, porque en ella falta, precisamente la relación psíquica; el segundo, que con el establecimiento de esa relación, para la culpa no se ha dicho todavía nada definitivo, pues, a pesar de existir el dolo, puede faltar la culpabilidad. Es suficiente recordar el estado de necesidad disculpante y el aturdimiento, que disculpa un exceso en la defensa necesaria. Son estas consideraciones las que hicieron fallar por la base la teoría psicológica de la culpabilidad, en un largo proceso, y las que han conducido al reconocimiento de que, tanto en el juicio de culpabilidad, como en el establecimiento de la antijuricidad, se trata del resultado de una valoración, a la que están sometidos tanto el tipo objetivo como el subjetivo.

Así como una acción cuyo contenido objetivo está en contradicción con las normas del Derecho, es antijurídica, así llamamos culpable a la acción que es obra de un comportamiento psíquico que merece desaprobación.<sup>16</sup>

Bacigalupo explica las críticas dirigidas contra esta tesis de la siguiente manera: por un lado, se verifica que hay una relación causal entre voluntad y hecho cuando el autor ha querido su realización pero ha obrado amparado por una causa de inculpabilidad (e.g., estado de necesidad disculpante; aquí faltará la culpabilidad y se dará, sin embargo, la relación que la teoría psicológica estima que la fundamenta). Por otro lado puede verificarse

---

<sup>16</sup> GRAF zu DOHNA, Alexander. *Estructura de la teoría del delito*; traduc. 4a ed. alemana por Carlos Fontán Balestra, con colaboración de Eduardo Friker, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 60.

que en los casos de culpa falta dicha relación, ya que el autor no ha querido la realización del hecho típico y antijurídico; aquí, sin embargo, se admite la existencia de culpabilidad.<sup>17</sup>

Para Moreno Hernández, la teoría psicológica chocó con grandes problemas: por una parte, no podía explicar satisfactoriamente la culpa, en especial la culpa inconsciente, ya que el “nexo psicológico” presuponia una concepción de la culpabilidad basada fundamentalmente sobre el dolo; por otra, no podía explicar la concurrencia de determinadas causas de exclusión de la culpabilidad, diferentes del error y de la coacción, como era, por ejemplo, el “estado de necesidad” con bienes de igual valor, ya que en éste la relación psicológica no se afecta.<sup>18</sup>

Ante todo -apunta Jakobs- el concepto psicológico de culpabilidad “no proporciona indicación alguna sobre qué hechos psíquicos<sup>19</sup> han de ser relevantes para la culpabilidad; así tampoco alcanza a fundamentar la relevancia del dolo y de la imprudencia (¿por qué no sólo la intención?). Radbruch intenta remediar la falta reduciendo dolo e imprudencia a hechos psíquicos (conocimiento o imprevisión); pero entendiéndolos como indicios de

---

<sup>17</sup> Cfr. GRAF zu DOHNA; cit. por Enrique Bacigalupo. *Principios de Derecho Penal español, op. cit.*, p. 100.

<sup>18</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *op. cit.*, p. 392.

<sup>19</sup> Las mayores dificultades en el distanciamiento con respecto a la concepción psicologizante de la culpabilidad las ha deparado la consciencia del injusto. En particular no ha dejado de discutirse la posibilidad de la índole culpable de un comportamiento sin conocimiento actual del injusto; últimamente aún Krümpelmann sostiene: “quien obra sin comprensión actual del injusto no se ha decidido contra el deber; su proceso motivador es jurídicamente neutro”. Por eso Krümpelmann pretende buscar la culpabilidad en un momento anterior. Consecuentemente sus reparos se dirigen también contra la culpabilidad del delito imprudente. Pero incluso el *dolus malus* presente no es nada como dato psíquico, sin una condición (reemplazable) de la responsabilidad del autor por el hecho de infringir la norma. Esta responsabilidad se da también sin consciencia actual del injusto. Un dato psíquico no es para la culpabilidad necesario ni suficiente; cita en Günther Jakobs. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 569.

una actitud antisocial, aunque con ello, de nuevo, no se puede aclarar por qué el indicio debe reemplazar al objeto, ni por qué no puede tener también eficacia indiciaria la falta de un hecho psíquico, ni por qué han de importar sólo hechos psíquicos”.

Consiguientemente, como afirma Santiago Mir Puig, la incapacidad de esta “concepción psicológica de la culpabilidad”<sup>20</sup> para cobijar la culpa inconsciente y explicar la existencia de causas que excluyen la culpabilidad pese a la subsistencia del dolo, (considerado éste como la forma más perfecta de la culpabilidad) motivó una nueva doctrina de la culpabilidad: la “concepción normativa”, que le confirió otro significado.

### 1.3 Culpabilidad y causalidad

La infracción criminal, como el delito civil, es un acto culpable. No basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente, el nexo, en la culpabilidad del autor,<sup>21</sup> asevera v. Liszt.

Por lo que, la imputación de los hechos que se presentan como reprobables y atentatorios al orden, ya moral o ya jurídico, contiene un juicio tocante a la “culpabilidad”. Pues “culpabilidad” es el obrar o no obrar

---

<sup>20</sup> Según Bustos Ramírez consiste en la dificultad para configurar un concepto general de culpabilidad que englobara tanto el dolo como la culpa, sobre todo la culpa inconsciente; además de su insuficiencia para explicar el estado de necesidad, cuando se excluye a la responsabilidad, ya que no podía graduar la culpabilidad. Cit. por Carlos Daza Gómez. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>21</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal II*; traduc. 20a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, Ed. Reus, 2a ed., Madrid, 1927, p. 375.

antijurídico de una persona que, según los criterios corrientes, constituye a ésta, como tal, en deuda.

Es una culpabilidad jurídica, por cuanto la pretensión violada y la medida que se aplica para apreciar su valor son de naturaleza jurídica. Cuando se dice: “A es culpable de esta desgracia”, “la culpa es de A..”, es lo mismo que si se dijera: “A ha causado el mal contraviniendo una obligación, bien moral, bien jurídica y, por consiguiente, hay que cargarle lo hecho en su cuenta moral o jurídica”. Decir: “El acusado es culpable del homicidio”, significa lo mismo que decir que ha efectuado los elementos o caracteres del homicidio y ha puesto en su cuenta el valor negativo de este hecho, medido con el criterio o medida del Derecho.

Los conceptos de culpabilidad y hacer culpable se corresponden con los conceptos de mérito y hacer meritorio. Cuando se dice “esto es mérito mío”, se expresa lo mismo que cuando se dice “esto es culpa mía”, una relación causal con determinados acontecimientos y también el enlace de su valor con la propia persona, con la diferencia de que una vez se trata de un valor positivo, y la otra vez de un valor negativo.

Conforme a lo dicho, la culpabilidad no es algo existente al lado de la conducta causal del culpable, algo independiente de esa conducta, algo como formado de una especial materia, sino que es la misma conducta causal apreciada con arreglo a los criterios dominantes y digna de imputación según estos criterios.

Debemos evitar dos errores en esta materia -señala Adolph Merkel-. El primero consiste en hacer depender indebidamente el problema de la causación o producción de un acontecimiento del problema de la inculpación. El segundo, más trascendental aún, consiste en hacer el problema de la inculpación independiente del de la causación. La culpabilidad y la causalidad deben subsistir la una a lado de la otra como cosas heterogéneas.<sup>22</sup>

Para resolver si *A* ha dado muerte a *B* de un tiro o lo que es igual, para saber si ha causado su muerte, es indiferente el que la conducta de *A* sea o no sea culpable. Pero de ésto no se sigue que la causalidad y la culpabilidad sean dos cosas sustancialmente distintas, lo que únicamente se podría concluir en el caso de que el concepto de causalidad abrazase meramente la producción del hecho externo y, no a la vez la actividad de las energías espirituales. Verdad es que, por lo tocante a los efectos mortales de aquél tiro, es indiferente conocer la causa productora de este último y especialmente si y cuáles energías espirituales han entrado en juego como factores causales de él; pero ni estas energías se hallan fuera del sistema de enlaces causales de las cosas, ni la intervención activa de las mismas es indiferente por cuanto de ellas depende precisamente y en absoluto aquella significación y aquél alcance del hecho que determinan la intervención de la justicia penal.

En suma, la mentada separación entre la causalidad y la culpabilidad hace imposible llegar a entender la conexión existente entre el delito y la pena. Pues es tan imposible comprender de qué manera ha de conseguir el Estado acomodar sus penas a la actividad criminal, si esta

---

<sup>22</sup> MERKEL, Adolph. Derecho Penal, parte especial, T. II; traduc. del alemán por P. Dorado, R.F.G., Madrid, s.a.p., pp. 101-103.



actividad no tiene parte alguna en la culpabilidad del agente, como lo sería el comprender que el Estado se preocupara de la inculpación del delito, si esta inculpación no tuviese que ver nada con el dañoso efecto que el delito haya causado en los intereses sociales que el Estado tiene bajo su custodia.

El concepto de la culpabilidad se refiere al sujeto agente, no al sujeto de una representación, como tal. Las falsas representaciones no dan lugar, por sí mismas, a culpabilidad alguna, como tampoco las representaciones exactas, sean cualesquiera los acontecimientos a que se refieran. Por lo tanto, la culpabilidad no puede ser idéntica a la “relación entre la vida representativa del agente y el resultado producido”.

### **1.3.1 Culpabilidad y determinismo**

Los supuestos de que parten las doctrinas acerca de la imputación y la culpabilidad son: que las acciones y el carácter no se hallan entre sí en una relación meramente accidental, sino que más bien este último se revela y manifiesta en aquéllas, de tal modo que el agente puede llegar a reconocerse en su hecho, bien así como si éste fuera espíritu de su espíritu y, que por el contrario, las acciones se refieren al carácter, en el cual encuentran su explicación causal. Pues sólo en tanto que así sucede, es como se puede dar un sentido racional al enlace que se establece entre el valor negativo o positivo de un hecho y la personalidad de su autor; sólo así se le puede poner a éste en cuenta y buscar la medida y manera del tratamiento que se le ha de aplicar.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 105.

Esta doctrina y el Derecho sobre cuyos fundamentales preceptos da ella noticia, parten por lo tanto del principio según el cual la ley de la causalidad se hace valer aún en la esfera del obrar humano, pues de tal ley es de lo que depende la conexión dicha entre las acciones y el carácter. Con lo cual entramos en el campo del llamado determinismo.<sup>24</sup>

### 1.3.2 Culpabilidad e indeterminismo

En acentuada oposición con lo dicho se halla la concepción reinante, pues esta concepción niega en primer término, que la ley de la causalidad se cumpla en la esfera del obrar humano y, en segundo lugar, considera cabalmente como supuesto de toda responsabilidad la circunstancia de hallarse las acciones humanas fuera del dominio de dicha ley.

Solamente es permitido imputar tales acciones al agente y considerar a este mismo como ser imputable, en cuanto se establezca que las dichas acciones implican resoluciones que, por derivar de la libre elección humana, podrían haber tenido un contenido opuesto al que ahora tienen, y que por lo tanto son accidentales con relación al carácter del agente, no encontrando en él su explicación.

---

<sup>24</sup> En la época del positivismo, Enrico Ferri negó en forma drástica la libertad del hombre, en todas sus acepciones, al considerar absurdo que pueda responsabilizarse por aquello que no le estaba precisamente determinado como todo hecho natural, en función y como fruto de la pura necesidad. De entre los presupuestos filosóficos y científicos de la escuela positivista tiene especial interés, para el tema de la culpabilidad, su pronunciamiento en torno al principio de la causalidad (determinismo psíquico). Vid. JIMÉNEZ de ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Losada, 4ª ed., Buenos Aires, 1964, pp. 82, 83. También RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Clásicos de la Criminología*, Cárdenas editor y distribuidor, 2ª ed., México, 1995, pp. 206 y ss. Del mismo autor: *Criminología*, Porrúa, 7ª ed., México, 1991, pp. 242 y ss. Así como CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Porrúa, 28ª ed., México, 1990, pp. 64 y ss.

### 1.3.3 Libertad de la voluntad en las concepciones determinista e indeterminista. Diferencias

Según las dos concepciones opuestas, la “libertad de la voluntad”<sup>25</sup> es un supuesto necesario para la imputación jurídica y un elemento de la imputabilidad.

a) Para el determinismo, defendido por Merkel, la libertad de referencia no es otra cosa sino el poder que tiene una individualidad para obrar conforme a sus propias condiciones o naturaleza. Por el contrario, para los indeterministas, la libertad del querer es el poder de una individualidad para ejecutar actos independientemente de sus propias condiciones y naturaleza, y hasta en contradicción con las cualidades de la misma.

b) De acuerdo al determinismo, al imputar un acto nos dirigimos contra el sujeto del mismo, porque y en tanto que, a causa del acto, tenemos que habérmolas con el propio sujeto, con el poder y la índole de su ser; mientras que con arreglo a los indeterministas, si ponemos el hecho a cargo del agente es porque y en tanto que el mismo no está enlazado con el ser del individuo por ningún vínculo causal.

c) Existe un abismo en el indeterminismo<sup>26</sup> entre la naturaleza del agente y el hecho por él realizado, ya que aquí el hecho se produce sin causa,

---

<sup>25</sup> En el siglo XVIII Kleinschrod atribuyó como causa de toda imputación el hecho de que la acción se emprendió con libertad. Para los hegelianos, el delito era la separación libremente elegida de la voluntad particular respecto de la voluntad general expresada en la ley, descansando la totalidad del sistema del Derecho Penal en la imputación subjetiva, concepción que llevó Binding a la dogmática actual vinculada al presupuesto de la libertad de voluntad. Cita en PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*. UNAM, México, 1998, p. 161.

<sup>26</sup> Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal, parte general*, Porrúa,

ese abismo sirve de puente para la imputación. Para la concepción determinista hay que hablar de libre manifestación de la voluntad en un sentido tanto más completo cuanto más completamente pueda explicarse lo acontecido por el carácter del individuo agente, y en esa misma medida hay que imputar a éste lo realizado. Al revés los indeterministas dicen que puede hablarse tanto menos de libre determinación de la voluntad cuanto más libre y completamente se manifieste el carácter del agente en lo que el mismo haya hecho, y en esa misma medida aparecerá disminuida la responsabilidad del propio agente.

d) La concepción determinista es la del hombre que obra (*handelnden*). Ella es la que reside, en el fondo, en el círculo de la vida activa de nuestros juicios y de nuestra conducta en general. La indeterminista es, en cambio, la de los hombres reflexivos.

Las condiciones bajo las cuales alabamos o censuramos, según las enseñanzas de la experiencia, determinadas acciones, y bajo las cuales nos hace responsables de algo por nosotros ejecutado nuestra conciencia, y de lo cual hace responsables a los demás, cuando son los demás quienes lo ejecutan, nuestro sentimiento moral; esas condiciones, en atención a las cuales acomodamos nuestra conducta práctica al referido sentimiento moral, no contienen nada que se halle lógicamente encadenado con la condición *ex lege* de las acciones humanas. Para despertar nuestro sentimiento de estima o admiración moral frente a un hecho noble, lo que ejerce influjo decisivo son las propiedades o cualidades que en él se han puesto en actividad.

La suposición de que el agente dadas las mismas condiciones, hubiera podido obrar también de otra manera, aún innoblemente, es un dato que no interviene para dar origen y contenido al mentado sentimiento de estima, ni tampoco en hacer que nosotros, de conformidad con este sentimiento, atribuyamos el hecho a mérito o a gloria de su autor y pongamos nuestra conducta frente a él en armonía con este sentimiento.

Si nos admira la conducta de Sócrates<sup>27</sup> en presencia de su muerte, no es porque supongamos que hubiera podido mostrarse también cobarde y egoísta, sin dejar por eso de ser el mismo que era, sino porque en esta manera de obrar nos encontramos con propiedades o cualidades que producen una satisfacción inmediata a nuestro sentido moral, lo mismo que una obra de arte satisface a nuestro sentido estético.

Cosa análoga acontece con relación a los hechos malos. También sirven como criterio decisivo del sentimiento de reprobación que ellos provocan y para la imputación de los mismos en sentido de culpa y censura las cualidades o propiedades que hayan originado la producción de tales hechos.

---

<sup>27</sup> Frente al embate de los sofistas Trasímaco, Glaucón y Adimanto quienes pretendían materializar y racionalizar la Justicia, Sócrates el filósofo afirma que la Justicia es ante todo "una perfección interior, una virtud que radica en el alma", con tal expresión en la República de Platón no sólo se refiere a la que hoy entendemos como pura Justicia, sino que con su pensamiento también abarca al Derecho. El drama de Sócrates, quien murió no por desobedecer a las leyes, sino al contrario por obedecerlas, aclara una circunstancia: que aún cuando las leyes no sean encarnación del Derecho, sino de la voluntad caprichosa del Estado o de un tirano, son leyes que obedece mucha gente, o por debilidad o por miedo, o por imposición arbitraria; confiriéndoles automáticamente tal obediencia un carácter sólido de vigencia, lo que significa que son leyes reales, efectivas que se convierten en Derecho positivo. Incluso Sócrates al obedecerlas, lo hace así porque las ha pensado, meditado y hasta juzgado. No es la suya una obediencia ciega, pasiva, sumisa. Al contrario, el espíritu (mal espíritu) de esas leyes que nos puede parecer injusto y hasta odioso, lo proporciona Sócrates. El súbdito se vuelve entonces el alma y la consciencia de la ley. Sin embargo, al súbdito no le queda más que la válvula de escape de la objeción de consciencia, la que a veces equivale al paredón, frente al problema de las leyes malas, actuales, vigentes y obligatorias. Cfr. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *El Arte del Derecho, Magister Iuris*, Porrúa, 2ª ed., México, 1991, pp. 40, 163, 231, 232.

### 1.3.4 Determinismo e indeterminismo. Reprobación jurídico-social que recae sobre el acto y el autor

Ahora bien, el concepto de la culpabilidad tomado en el sentido tratado por v. Liszt<sup>28</sup> es completamente independiente de la hipótesis del libre albedrío. Este concepto no exige más que el supuesto incontrovertible e incontrovertido, de que toda conducta humana es determinada o determinable por las representaciones generales y, por consiguiente, también por las representaciones de la religión, de la moral, del Derecho.

Es decir, el determinismo<sup>29</sup> está enteramente facultado para formular la reprobación jurídico-social que recae sobre el acto y el autor, contenida en último término, en el juicio de culpabilidad mientras que el indeterminismo está completamente incapacitado para hacerlo.

Pues aquél es el único que puede poner el acto aislado en relación con toda personalidad psicológica del autor; sólo él consigue establecer una medida para la culpabilidad que crece o disminuye, según que el acto sea, más

<sup>28</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 377.

<sup>29</sup> La Escuela Clásica respeta absolutamente el principio de legalidad. Parte de los principios *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege y nulla poena sine crimen*. Sostienen el libre albedrío (indeterminismo) porque el sujeto de la ley penal es el hombre capaz de querer como ser consciente, inteligente y libre. El hombre puede libremente realizar la acción prohibida o respetar la prohibición. La pena solo puede aplicarse a los individuos moralmente responsables. La responsabilidad es de carácter moral, consecuencia del libre albedrío. Quedan excluidos del Derecho y por tanto de la pena, aquellos que carecen de libre albedrío (niños, locos). Ver RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminología*, op. cit., pp. 237, 238.

En contraposición algunos positivistas extremistas negaron el principio de legalidad, básicamente en su aspecto de *nulla poena sine crimen*, al proponer medidas de seguridad sin delito. Defienden el determinismo, en razón de que una serie de circunstancias físicas o de circunstancias sociales llevan al hombre a delinquir. Si estas circunstancias no se dan, el hombre no delinquirá. Si no hay libre albedrío no puede haber responsabilidad moral, y si el sujeto está "determinado" a delinquir, la sociedad debe defenderse (responsabilidad social). Si no hay responsabilidad moral, nadie queda excluido del Derecho, todos son responsables en cuanto vivan en sociedad, la colectividad, por medio del Estado, tiene la facultad y la obligación de defenderse del sujeto peligroso. *Ibidem*, pp. 237, 238, 241, 242. Además, cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*, Porrúa, México, 1994, pp. 171, 173, 174.

o menos, la expresión de la naturaleza propia y estable del autor; por eso sólo él puede conducir a una distinción apropiada dentro de los delincuentes, según la intensidad de su tendencia criminal (asocial) y, por consiguiente, sólo él puede proporcionar un fundamento sólido a la Política Criminal.

#### 1.4 *Versari in re illicita* del agente

Comenta v. Liszt que transcurre largo tiempo hasta que la imputación del resultado se hizo depender del dolo y de la culpa, y hasta que se determina el alcance de estos dos conceptos. El Derecho romano, en su último estado de evolución, elevó el *dolus* del agente (la intención inmoral dirigida a un fin antijurídico) a característica esencial del delito; mientras que corresponde, enteramente, a la concepción germánica, la responsabilidad por actos fortuitos (*Ungefahrswerke*). La Edad Media italiana acepta el concepto romano de dolo. Pero la concepción jurídica germánica y las necesidades de la vida jurídica traen como consecuencia que se considere culpable al autor, aún por el resultado simplemente previsto, aunque no querido.

Así nace el principio de que en caso de un *versari in re illicita*<sup>30</sup> del agente, le sea imputado el resultado no querido, pero sí previsible (y por tanto, probablemente previsto por el autor). De esta regla, muy discutida por los prácticos italianos, se desenvuelve el *dolus indirectus* del Derecho común.

---

<sup>30</sup> A la caída del Imperio Romano se dio un retroceso en el concepto de culpabilidad; al surgir la responsabilidad por el resultado y aparecer el concepto llamado *versari in re illicita*, según el cual habrá culpabilidad no solamente cuando existan dolo o culpa en el agente, sino también cuando hay intención de realizar algo no permitido y se produce un resultado dañoso por mero caso fortuito. Esta idea perduró hasta el inicio de la Revolución Francesa (1789). Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*, op. cit., pp. 160, 161.

Los criminalistas hegelianos del siglo XIX, luchan en vano por el mantenimiento íntegro del concepto romano del dolo. Las legislaciones, que parecen seguirles, vuelven traspasando los límites del Derecho común, en toda una serie de cosas, a la pura responsabilidad por el resultado (*Erfolghaftung*) (el resultado como condición de la penalidad agravada) y la “teoría de la representación” gana constantemente terreno, precisamente desde los últimos años.

El delito culposo como tal, fue desconocido por el Derecho Penal romano en todas las épocas de su historia. En todo delito se exigía el dolo. La Ciencia medioeval italiana concilió esta severidad romana con la germánica responsabilidad por el resultado, pues, por una parte, sólo castigaba la causación culposa no la fortuita, y de otra parte, hizo de la culpa una forma general -si bien más benignamente penada- de la culpabilidad (*Schuld*). Así el concepto del delito culposo fue enteramente extraño a las legislaciones derivadas de la romana.<sup>31</sup>

## 2. Imputabilidad e imputación

Uno de los más notables y radicales progresos de la Ciencia Criminal fue distinguir la teoría de la imputación de la teoría de la pena. La teoría de la imputación considera el delito en sus puras relaciones con el agente, y a este, a su vez, lo contempla en sus relaciones con la ley moral, según los principios del libre albedrío y de la responsabilidad humana, que son inmutables y que no se modifican con el variar de tiempos, pueblos y costumbres. La teoría de la pena contempla el delito en su vida exterior y, a

---

<sup>31</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 382.



ésta la mira en sus relaciones con la sociedad civil, considerada en su primera razón de ser, esto es, como ejecutora necesaria de la defensa del Derecho sobre la tierra. Ello conduce a esta teoría a sufrir el influjo de las condiciones sociales.

Por lo tanto, unificar las dos teorías es fuente de errores, porque se confunden los fundamentos totalmente distintos de la imputación con los fundamentos de la pena,<sup>32</sup> turbando así el orden de los principios cardinales de la doctrina punitiva; y porque, si bien no puede existir pena cuando no hay imputación, puede existir imputación no seguida de pena, y si bien todo lo que modifica la imputación deba en justicia influir sobre la pena, puede ésta, a menudo, tener que modificarse, aun cuando permanezca inalterada la imputación.

“Sabemos que las penas no encuentran la razón de su legitimidad ni en la venganza ni en la expiación, sino simplemente en el servicio que presta su amenaza para rechazar los impulsos perversos, por lo cual Romagnosi, poniendo esta idea como punto básico de su sistema, consideró las penas como un contraimpulso, y construyó el sistema de la represión sobre la dinámica entre las fuerzas impelentes al delito y las fuerzas repelentes del poder penal.”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Se atribuye a Feuerbach la paternidad de la idea de que la imputabilidad es capacidad de pena, apoyada en la función de prevención general que cumple dicha sanción, por lo que sistemáticamente la imputabilidad como presupuesto de la pena debe ubicarse en la Teoría de la Pena. Las razones aducidas para desechar este criterio consisten en que según esta concepción debería ser determinante “el tiempo en que la pena se impone” y no el “tiempo del acto”; además que la teoría de la prevención general debería considerar imputable a “aquel a quien hay que castigar para que los otros crean y se convenzan de la seriedad de la sanción punitiva”, esto es: debería considerar determinante no el estado anímico del autor como exige la ley, sino el estado anímico de los demás ciudadanos. Cita en PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Imputabilidad e inimputabilidad*, Porrúa, 2ª ed., México, 1989, pp. 88, 89.

<sup>33</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, parte gnal.*, vol. I, reimpresión de la 4a ed.; Trad. José J. Ortega Torres, Temis, Colombia, 1988, p. 33.

Imputar significa poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien. La imputabilidad es el juicio que hacemos de un hecho futuro, previsto como meramente posible; la imputación es el juicio de un hecho ocurrido. La primera es la contemplación de una idea; la segunda es el examen de un hecho concreto. Allí estamos ante un puro concepto; aquí estamos en presencia de una realidad.

La imputabilidad y la imputación cambian de predicado, según que el juicio que atribuye al agente la responsabilidad de un hecho previsto o verificado, proceda, ya de la simple consideración del nexo natural entre el hecho y la moralidad del agente, ya de consideraciones derivadas de las relaciones externas del hombre.

La imputabilidad y la imputación morales sólo tienen como condición la de que el hombre que fue causa material de un hecho, haya sido además su causa moral. Le imputamos moralmente al hombre un hecho del cual fue causa moral, tanto si su acto es indiferente, como si es bueno o si es malvado. Pero entre los criminalistas y los que dictan leyes penales ha prevalecido la costumbre de emplear la palabra imputar como sinónima de acriminar, a pesar de que no lo es; y de ahí han nacido los equívocos derivados de haber olvidado el sentido genuino y absoluto de las palabras imputar, imputable, imputación.<sup>34</sup>

La imputabilidad social surge cuando se declara que del acto previsto será responsable su autor ante la sociedad. Este juicio se define: como un acto práctico de la autoridad, mediante el cual, previendo la posibilidad de

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 34, 35.

una acción humana, la declara inimputable como delito a su autor, por razones de conveniencia social.

El proceso ideológico recorre tres fases en relación con el hecho que se examina: a) imputabilidad moral, que nace de la ley de la responsabilidad humana; b) imputabilidad social, o acriminación, que nace de la prohibición; c) punibilidad, que nace de la sanción. La tercera fase presupone necesariamente la precedencia de las dos primeras; pero estas pueden no siempre ir seguidas de la tercera.

La imputación civil nace cuando se declara que determinado individuo es responsable ante la sociedad de un hecho que ha sucedido.

El juicio mediante el cual el juez imputa civilmente a un ciudadano una acción, que ya fue declarada por la ley socialmente imputable, es el resultado de tres juicios diversos. El juez encuentra en aquel individuo la causa material del acto, y le dice: "tú lo hiciste": imputación física. Comprueba que aquel individuo realizó ese acto con voluntad inteligente, y le dice: "tú lo hiciste voluntariamente": imputación moral. Encuentra que aquel hecho estaba prohibido por la ley del Estado, y le dice: "tú obraste contra la ley": imputación legal. Y solo después que tenga el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decirle al ciudadano: te imputo este hecho como delito.

Para que la autoridad social pueda declarar legítimamente que una acción le es imputable a su autor como delito, deben concurrir, de modo indefectible, los siguientes requisitos: a) que le sea imputable moralmente; b) que pueda imputarse como acto reprobable; c) que sea dañosa a la sociedad.

Además de esto, para que la declaración de imputabilidad resulte eficaz, es menester: d) que esté promulgada la ley que la prohíbe.<sup>35</sup>

Para que un acto pueda ser políticamente imputable, no basta que lo sea desde el punto de vista moral, ni que sea en sí malvado, según el precepto moral. Es menester, además, que el acto moralmente imputable a alguno como malo, sea políticamente dañoso.

Esto se sigue del principio según el cual el derecho de prohibir ciertas acciones y de declararlas delito, se atribuye a la autoridad social como medio de mera defensa del orden externo, y no para conseguir el perfeccionamiento interno.

Y como no es posible que la agresión al Derecho tenga ni siquiera un principio de ejecución sin un acto exterior, por ello cualquier represión dirigida contra los meros actos internos carecerá del fundamento necesario para su legitimidad, porque no la requiere la necesidad de la defensa del Derecho. Castigar los pensamientos es la fórmula común para designar el apogeo de la tiranía.

Se es moralmente imputable porque el hombre está sometido a las leyes penales en virtud de su naturaleza moral y, por lo tanto, nadie puede ser políticamente responsable de un acto del cual no sea responsable moralmente. La imputabilidad moral es el antecedente indispensable de la imputabilidad política.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 36-38, 49.

<sup>36</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 429, 430.

## 2.1 La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad

Para Díaz Palos, la imputabilidad es presupuesto y no elemento integrante de la culpabilidad. Su adhesión es manifiesta al criterio de la "mismidad"<sup>37</sup> como norte orientador en el deslinde de la atribución e imputación. Sin embargo, no constituye un presupuesto meramente psicológico, sino de índole empírico-valorativa. Y pese a que sirve de puente o enlace al estudio del delincuente, no por ello debe emigrar del tratado del delito, dada su íntima vinculación con la culpabilidad. De ahí el concepto de la imputabilidad como capacidad de conocer y de dirigir la acción en sentido antijurídico, propio de la imputabilidad.<sup>38</sup>

"Jiménez de Asúa estima que se debe conocer en qué consiste la capacidad, para que la imputabilidad resultante de ella sea presupuesto de la culpabilidad. Afirma que la imputabilidad es psicológica y, por ende, la capacidad en que consista ha de ser psicológicamente concebida.

Es preciso que el agente tenga consciencia de la antijuridicidad tipificada de su acto y que realice éste voluntariamente. La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad tiene que satisfacer esas exigencias. Su

---

<sup>37</sup> Con la denominación de "mismidad", Jiménez de Asúa engloba el "coeficiente psíquico de la acción" y la "pertenencia espiritual" del acto al sujeto que lo causa. Cfr. DIAZ PALOS, Fernando. *Teoría general de la imputabilidad*. Bosch casa editorial, Barcelona, 1965, pp. 24 y ss. Asimismo: apuntes sobre la Cátedra de "Teoría de la culpabilidad", impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, División de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Derecho, de la UNAM, México, agosto-diciembre, 1996.

<sup>38</sup> Aunque sin variaciones sustanciales, las teorías italianas y alemanas advierten un concepto sobre la imputabilidad atendiendo su contenido. Las primeras sostienen que es una capacidad de entender y querer; las segundas, con fundamento en su ordenamiento punitivo, aseveran que es una capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y de actuar conforme a esa comprensión. Cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Trillas, 3ª ed., México, 1991, pp. 37, 38.

definición se sitúa en un plano puramente psicológico, repudiando el aspecto teológico basado en el libre arbitrio y responsabilidad moral, como la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente”.<sup>39</sup>

Díaz Palos la conceptualiza como el conjunto de condiciones psicosomáticas exigidas por la ley penal, para que las acciones u omisiones penales en la misma puedan ser atribuidas al que las ejecutó como a causa voluntaria. Brevemente la explica así:<sup>40</sup>

a) Condiciones psicosomáticas exigidas por la ley penal. Reitera que la imputabilidad tiene una doble acepción: subjetiva (capacidad del sujeto) y objetiva (atribuibilidad del acto), las cuales se complementan mutuamente. Lo decisivo, es naturalmente, la capacidad o potencial psíquico del agente, ya que es el soporte psicosomático de la imputabilidad y coincide con la capacidad jurídicopenal. Las bases psicobiológicas de dicha capacidad las suministra de manera autónoma la Ley penal para cada ordenamiento punitivo.

b) Referencia a una acción u omisión penada por la Ley. La imputabilidad debe ser referida a un previo acto antijurídico. De ahí que, no obstante el predominio subjetivo del concepto, deba situarse la imputabilidad dentro de la teoría del delito. Si bien su relativa autonomía respecto de la culpabilidad le hace apta para servir de enlace o puente con el tratado del delincuente, cuyo estudio se infiltra en Derecho Penal en cuanto sujeto imputable.

---

<sup>39</sup> Cita en: DIAZ PALOS, Fernando. *Teoría general de la imputabilidad*, *op. cit.*, pp. 31-39.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 40-43.

c) Atribuibilidad del acto al agente. Establece el enlace psíquico o espiritual entre el agente y su acto para que pueda decirse que éste es suyo, le pertenece. Es la "suitas o mismidad" que nos dice que hay acción humana.

d) Causación voluntaria. Condensa toda la esencia de la imputabilidad, pues la posibilidad de que la voluntad participe en el acto, en virtud de que aquella capacidad del agente, eleva de rango la mera atribuibilidad.

Al exigir la causación voluntaria del acto, da por supuesto el momento intelectual del mismo, esto es, su previa representación, por lo que tratándose de actos delictivos, a su volición deberá preceder la consciencia de su ilicitud. Podrá existir consciencia sin voluntad, pero no a la inversa.

La voluntad o es soberana en el orden que le es propio (en el dominio del *agere* y de la acción) o no es nada. Su única subordinación se da respecto del entendimiento que le muestra el bien apetecible. Por lo mismo, proclama no sólo la libertad externa o ausencia de coacción, sino también la libertad interna o psicológica que implica libre albedrío. En suma, cree que la imputabilidad es sinónimo de libertad.

Los partidarios que reconocen a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad (una de las cinco<sup>41</sup> posturas existentes en torno

---

<sup>41</sup> Algunos juristas sostienen que la imputabilidad es presupuesto general del delito y, en consecuencia, si el sujeto realizador de la conducta carece de la capacidad de conocer y querer, no sólo no habrá delito sino que ni siquiera tendrá sentido entrar al análisis de sus elementos. En otras palabras: sólo cuando el activo es imputable procede el análisis para determinar si hubo o no delito, según la integración total de los elementos o la aparición de algún aspecto negativo. Criterio éste sostenido por un importante sector de la doctrina italiana

a su ubicación sistemática), la sitúan posterior a la antijuridicidad pero previo a la culpabilidad. Cuya presencia o ausencia en nada afecta a la conducta y a la antijuridicidad; pero para incursionar en las valoraciones propias de la culpabilidad, sí es menester afirmar previamente la existencia de la imputabilidad.

Esto, sin embargo, no quiere decir que la ausencia de la capacidad de conocer y querer sea aspecto negativo de la culpabilidad, sino que ésta tiene propios aspectos negativos.

““En estas condiciones, la imputabilidad es el conjunto de caracteres que realiza el fenómeno de atribución al sujeto, del acto que realiza, no se ubica en éste, en el acto, sino en el autor, de donde se explica la imputabilidad como calidad de la persona.

Al entender de Ignacio Villalobos, se considerará a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad o elemento de ésta, dependiendo del concepto que se tenga del dolo y de la culpa... Si por dolo se entiende “ la intención ya formada en los seres humanos, precisamente por lo

---

(Vincenzo Manzini, Massari, Marsich, Riccio, Battaglini, Bettioli) que descansa fundamentalmente en la circunstancia de estimar a la imputabilidad como un atributo del sujeto, quien preexiste en el orden natural a su hecho y por ende al delito mismo. Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad, op. cit., pp. 83-88.

Otros la conciben como un **elemento del delito**, cuyo contenido es independiente del contenido de los demás elementos. En realidad, esta postura concibe la imputabilidad en relación directa con la culpabilidad, como si fuera su presupuesto. Entre otros, Antolisei, Jiménez de Asúa, Feuerbach, Radbruch, sostienen que la imputabilidad es **materia propia de la teoría del delincuente**. No obstante esta afirmación, Jiménez de Asúa analiza el tema en la teoría del delito como presupuesto de la culpabilidad. Antolisei estudia el problema en el capítulo del “reo” y, consiguientemente, afirma que la imputabilidad es una causa personal de exención de la pena.

Por último, los finalistas y los causalistas partidarios de la teoría normativa de la culpabilidad la tienen como un **elemento de la culpabilidad**, postura que abordaremos en los respectivos capítulos. Vid. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida, 3ª ed., op. cit., pp. 37, 38.



humano (discernimiento y voluntad normales) y no por irregularidades que no tienen la misma esencia, entonces esa normalidad, esa capacidad de funcionamiento por los elementos intelectuales y emocionales genuinos y limpios y no por sustitutos de atrofia o de perturbación, no será sino un presupuesto de la culpabilidad; un antecedente necesario y no un elemento diverso separado y adicional”<sup>42</sup>.

El penalista mexicano, Vela Treviño, se adhiere a esta concepción e indica que la imputabilidad no puede estimarse como anterior o ajena al delito, “sino formando parte del propio concepto del delito y contemporánea con él”, resulta por ello fundamento para el juicio de reproche, relativo a la culpabilidad de que el sujeto es imputable y, consiguientemente, la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.<sup>43</sup>

Según v. Liszt, la imputabilidad consiste en la capacidad de conducirse socialmente, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres. Sólo en cuanto esta capacidad existe o se supone puede ser imputada,<sup>44</sup> como culpable, la conducta antisocial. Allí donde la “facultad de adaptación social” falta, completa y permanentemente, no tiene ningún sentido querer encontrar móviles de

---

<sup>42</sup> VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal mexicano, Porrúa, 2a ed., México, 1970, p. 278.

<sup>43</sup> VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad, Trillas, México, 1977, pp. 28, 29.

<sup>44</sup> La imputación contenida en el juicio de culpabilidad supone dos elementos:

- a) La imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*) (culpabilidad) del autor, se da con aquél estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente; es decir, con la facultad que tiene el agente de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social, ya pertenezcan éstas a los dominios de la religión, de la moral, de la inteligencia o a los dominios del Derecho.
- b) La imputación (*Zurechenbarkeit*) del acto, se da cuando el autor conocía la significación antisocial de su conducta, o cuando hubiese podido y debido conocerla, es decir, cuando el agente, en el caso concreto, no ha sido determinado por las normas de la conducta social. De este modo quedan fijados los fundamentos de las dos especies de culpabilidad: el dolo y la culpa. *Vid.* LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 376, 377, 384.

conducta social, en las motivaciones contenidas en la amenaza y ejecución de la pena.

Es decir, un hecho que revista los caracteres exteriores de delito no entran dentro de la esfera del Derecho Penal, sino en cuanto lo que una persona haya realizado exteriormente se halle ligado con una disposición de su voluntad no armonizable con las exigencias del Derecho. Solamente bajo este supuesto es como un resultado exterior puede ponerse en sentido jurídico a cargo de su autor, o lo que es igual, serle imputado. Dicho acto de imputación constituye el punto central de las funciones del juez penal.

Siempre que imputamos a alguien un hecho, sea en sentido moral, sea en sentido jurídico, esta imputación lleva consigo un juicio doble, a saber:<sup>45</sup>

a) Un juicio causal, en virtud del que podemos atribuir el hecho a la voluntad del agente, que es lo que lo caracteriza.

b) Un juicio distributivo, que tiene por objeto poner en cuenta al autor del hecho, y en virtud de la conexión causal que entre ambos existe, la significación del hecho mismo, su valor positivo o negativo, con el fin de apreciárselo para lo futuro como servicio o como deuda.

La imputación tiene de especial en la esfera del Derecho Penal que, al analizarla, se trata de un acontecimiento que reviste los caracteres exteriores de un delito, y que el acto de la imputación misma se determina bajo el influjo regulador de las disposiciones del Derecho Penal vigente.

---

<sup>45</sup> MERKEL, Adolph. *Derecho Penal*. *op. cit.*, p. 96.

### **2.1.1 Juicio causal**

El juicio causal mencionado presupone especialmente, con relación al delito:

a) Que la voluntad del inculpaado haya entrado en acción y que dependiera de la misma la realización del hecho. Lo cual no sucede, aparte de otros casos, cuando la persona haya sufrido alguna coacción física o mecánica que haya influido sobre su voluntad para obligarla a hacer lo que ha hecho.

b) Que obrando normalmente el motivo del deber, o sea, la voluntad recta de la persona para cumplir sus obligaciones respecto del Estado y la sociedad, el hecho delictuoso no hubiera llegado a realizarse.

### **2.1.2 Dependencia en que ha de hallarse el hecho y una actividad voluntaria antijurídica**

Solamente existe tal dependencia cuando el agente pueda comprender:<sup>46</sup>

a) Que su conducta puede llevarle a la realización de los elementos característicos del delito, y

b) Que su conducta se presenta como antijurídica.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 97, 98.

Lo que no conocemos o no comprendemos no nos puede servir de norma, de la misma manera que no puede tampoco poner en acción el motivo del deber ni caracterizar a nuestra voluntad.

El que no se pueda hablar de imputación cuando el agente no haya podido conocer lo antijurídico de su conducta, es cosa que resulta del conjunto de disposiciones legales relativas al aspecto o elemento interno de los delitos. No deben ser imputadas las circunstancias de hecho que pertenezcan a los elementos constitutivos de los delitos cuando, sin culpa por parte del autor, éste las ignorase, visto es que reconoce de una manera inequívoca el requisito en cuestión, pues una ignorancia que no es atribuible a conducta antijurídica es una ignorancia no culpable.

### **2.1.3 La posibilidad de comprender la importancia de una acción respecto de los intereses protegidos por el Derecho y el conocimiento efectivo de los preceptos que una acción viola**

No es lo mismo la posibilidad, que el conocimiento efectivo de los preceptos que una acción viola. Esto último, además, no constituye un requisito general de la imputación.

Un sentimiento defectuoso relativo a los intereses protegidos por el Derecho y al Derecho mismo puede muy bien manifestarse en el hecho de no haberse proporcionado un conocimiento suficiente de las normas reguladoras de una determinada esfera de la vida. Y si se permitiera alegar

semejante ignorancia como causa de inimputabilidad, vendría con ello a premiarse el indicado sentimiento defectuoso.

De lo que se trata aquí, en general, es tan sólo de que exista una conexión entre lo acontecido y un estado de ánimo que a los ojos del Derecho es defectuoso. Y esta conexión no deja de existir porque en el caso concreto de que se trate haya habido ignorancia de los preceptos violados.

Consecuentes con su criterio, defienden otra solución distinta de la de Merkel aquellos que ponen la esencia del delito enteramente en una desobediencia frente a la pretensión del Estado a ser obedecido, y que refieren por eso esta pretensión a las particulares normas que contravienen los diversos delitos. Pues esta desobediencia presupone, según ellos, la exigencia teórica de que sean conocidas las normas violadas.<sup>47</sup>

Al efecto, considera Merkel que reside en ellos una inversión de los enlaces naturales de las cosas. El Estado combate y pena normalmente determinados modos de obrar porque le parecen dañosos y punibles y, por consiguiente, en atención a propiedades que no dependen de sus propias prescripciones y del conocimiento que de las mismas tenga el agente. No se derivan, por el contrario, de los preceptos legales las propiedades de las acciones humanas sobre las que ha de resolver la conducta del legislador. Como los hechos de una persona son laudables y útiles por causa de las propiedades que en ellos mismos existen y obran, y no por el aplauso que al autor de tales hechos se tribute e independientemente de que se conozca o no este aplauso, de la propia manera son culpables y dignos de pena en general los

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 100, 101.

hechos por aquella persona realizados, por su propia naturaleza, y no por la desaprobación que sobre ellos recae o por la expresión que sus propiedades encuentren en los respectivos preceptos del Derecho, e independientemente de que se conozca o no esta expresión.

. Cuando existan los requisitos o condiciones para la imputación de un delito, entonces se da siempre la comisión de este delito en el sentido de las leyes penales; ya sea la comisión culposa o ya dolosa. Es decir, además de los requisitos generales de la imputación en una dirección determinada, existe un nuevo elemento que demuestra una participación más intensa de la voluntad.

La imputabilidad supone, pues, que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad normal; que la base afectiva de las representaciones y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, corresponda a la medida media, y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad no ofrezcan nada esencialmente anormal.

Pues como nosotros sólo podemos conocer la consciencia de los otros hombres deduciéndola de la nuestra, como sólo podemos presumir, por nuestra facultad de reacción, la de los demás, la semejanza de otro con nosotros, su concordancia con el tipo abstraído por nuestra experiencia es condición de la imputabilidad. En este sentido la imputabilidad puede definirse como la facultad de determinación normal. De ahí que sea susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, cuya

consciencia no se halle perturbada. El contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones constituyen la esencia de la imputabilidad.<sup>48</sup>

En otras palabras, aunque la culpabilidad penal se basa sobre la desaprobación de una conducta psíquica, no a todas las personas individuales les son imputables sus hechos, sino solamente a aquellas con ciertas cualidades psíquicas cuya posesión las faculta para guiar su conducta de acuerdo con normas de deber.

Cualidades que se hallan bajo el título de capacidad de imputación (o capacidad de culpa). Sin ella no es concebible el ser culpable; y ella sólo puede ser atributo precisamente de una personalidad individual.

En un sentido puramente formal puede ser también definida la imputabilidad como la capacidad de obrar en Derecho Penal; es decir, la capacidad de realizar actos referentes al Derecho Penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

Al respecto dice Radbruch que, la imputabilidad concebida como presupuesto de la culpabilidad, es decir, como capacidad de culpabilidad casi

---

<sup>48</sup> Aunque se señala a v. Liszt como partidario de la posición que estima a la imputabilidad como presupuesto de la pena, debe tenerse en cuenta que contrariamente a lo sostenido por Feuerbach, Liszt se inclina a considerar que la pena cumple una función de prevención especial, al influir en el individuo y motivarlo en su conducta lo que justifica su imposición a quien de modo especial ha producido el delito. No obstante, según anota Jiménez de Asúa, jamás desconoció v. Liszt la significación de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, lo cual está sistemáticamente considerado en su *Lehrbuch*. Respecto de la teoría de la prevención especial se argumentó que se anula a sí misma, pues el castigo no puede depender de la capacidad de sentir la amenaza de la pena, pero si lo determinante, en cambio, fuera la capacidad del sujeto relativa a la ejecución de la pena, resulta que el varias veces reincidente podría a lo sumo ser castigado la primera vez que reincide, pero no las restantes reincidencias. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, T. V, Losada, Buenos Aires, 1965, p. 82. Asimismo: MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 50.

carecería de toda importancia para el Derecho Penal; por lo que debe considerársele como capacidad de pena, opinión ésta que cree compartida por Feuerbach, Geib, Bauer, Morstadt y cercana a la expuesta en su momento por v. Liszt, relativa a que la imputabilidad es equiparada con la susceptibilidad para las motivaciones que la pena se propone.<sup>49</sup>

Por eso anota Frank “cierto es que media una relación entre imputabilidad y pena, pero esta relación no es distinta de la que media entre culpabilidad y pena: sólo el culpable es digno de pena y punible y a la culpabilidad pertenece la imputabilidad. Esta no es capacidad de culpa ni presupuesto de ella, sino que pertenece a la culpabilidad. También esto es ampliamente firme en Derecho procesal.

No se duda, en efecto, de que la afirmación de la culpabilidad incluye en sí la afirmación de la imputabilidad y que la negación de ésta encuentra su expresión en la negación de aquella. Ninguno de estos principios está en contradicción con la concepción que ve a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad. Enhorabuena, pero tiene la ventaja de una mayor claridad considerar a la imputabilidad como un elemento esencial de la culpabilidad.”<sup>50</sup>

## **2.2 Imputabilidad disminuida**

Debe considerarse, además, la relatividad del concepto expuesto. Numerosos grados de transición conducen a la reacción normal, por una

---

<sup>49</sup> RADBRUCH, Gustav; cit. por Reinhard Frank. *Estructura del concepto de culpabilidad*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>50</sup> FRANK, Reinhard. *Estructura del concepto de la culpabilidad*, *op. cit.*, pp. 22, 23.



excitación interna o externa, a la reacción anormal. Así, es esencialmente falsa y prácticamente peligrosa la rigurosa separación de los delincuentes en responsables y no responsables y, por ende, la brusca oposición entre penas y medidas de seguridad. De aquí resulta la importancia del concepto de la imputabilidad disminuida.<sup>51</sup>

La doctrina sostuvo y los Códigos consagraron la llamada imputabilidad disminuida, partiendo de la idea de que pueden darse en el sujeto situaciones en las que se encuentra afectada su psique o sus facultades mentales y por consecuencia disminuida notablemente su capacidad de cognición y de voluntad, sin que ello implique excluir su imputabilidad.

Ahora bien, es de resaltarse la certera observación de Reinhart Maurach<sup>52</sup> en cuanto a que en la imputabilidad disminuida no se está en presencia de un caso "límite", ni tampoco ante la duda de si el autor es imputable o inimputable, como igualmente en un grado intermedio entre la plena imputabilidad y la inimputabilidad, como algunos por error han sostenido, sino de una situación en que el autor es imputable, "pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente normal, debe esforzar lo más su voluntad".<sup>53</sup>

Primero los positivistas y después los psiquiatras y juristas de diversa filiación, se declararon adversarios de la "imputabilidad disminuida", alegando aquéllos que con su adopción se protegía a los delincuentes más

---

<sup>51</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 387.

<sup>52</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, Trad. Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1963, p. 159.

<sup>53</sup> PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Imputabilidad e inimputabilidad*, op. cit., p. 121.

peligrosos,<sup>54</sup> por cuanto en ellos no puede determinarse clínicamente su estado patológico, base de su reclusión. Respecto de los segundos, acudieron a razones diversas tanto de carácter médico como jurídico para repugnar su adopción.

Al decir de Langelüddeke, a la aceptación de la imputabilidad disminuida precedió una larga lucha y aunque al principio se inclinaron en su favor especialmente los psiquiatras y algunos destacados juristas, no dejó de haber opositores, por tratarse de un problema que pertenece a lo más difícil y cuestionable de la psiquiatría forense que igualmente afecta a la temática penal. A su entender “la mayor parte de aquellos para quienes la imputabilidad disminuida parecía deseable y en consecuencia era exigida, es decir, los psicópatas, son juzgados de modo distinto a como antes se hacía. Antes se consideraba a las psicopatías como formas leves de enfermedad mental, y como las enfermedades mentales se identificaban con las enfermedades cerebrales, se consideraban las psicopatías como enfermedades cerebrales, leves. Esta concepción ha cambiado en el curso del tiempo: hoy vemos en los psicópatas tipos especiales de la personalidad, variedades de la personalidad que solamente son anormales en tanto que se apartan en algún aspecto de una norma que no existe en la realidad, pero que puede representarse.

---

<sup>54</sup> Zonas intermedias (*Maudsley*), formas de paso (*Forel*), estados limítrofes (alienistas alemanes), se ha llamado a los períodos intermedios entre la razón y la locura, entre la consciencia y la inconsciencia, entre la minoría y la mayoría de capacidad penal por la edad. Imputabilidad disminuida o atenuada señaló a estos casos la Escuela Clásica: para la libertad disminuida, por estarlo la inteligencia y la voluntad, pena atenuada proporcionalmente a la disminución de ambas y a la de cada una (*Carrara*). Pero la defensa social combate por absurda tal solución, con razón suficiente a juicio de *Carranca* y *Rivas*, ya que se somete a pena menor a los sujetos más peligrosos o que puedan resistir menos a sus impulsos perversos. Puesto que el defectuoso, menos responsable, puede al mismo tiempo ser el más peligroso, la imposición de una pena reducida comprometería el orden público (*Prins*). Para tales sujetos medidas de seguridad a fin de imposibilitar sus actos antisociales. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 436.

Entre la psicopatía y la enfermedad mental no hay transición; cuando en algunos casos, como, por ejemplo, en la psicopatía esquizoide, no podemos asegurar si hay ya una esquizofrenia o solamente todavía una psicopatía, si en tales casos parece que hay consecuentemente transición, esta inseguridad de juicio descansa en la imperfección de nuestros métodos de investigación, en la imposibilidad de conseguir datos precisos sobre un corte longitudinal del desarrollo progresivo espiritual; ello no impide la fundamental diferenciación de ambos estados, es decir, la psicopatía esquizoide y la esquizofrenia.

Pero con ello no resulta posible una matización gradual de la responsabilidad respecto de los enfermos mentales; los psicópatas tienen que ser valorados como un grupo especial desde el punto de vista jurídico penal, y esta estimación será hecha, en esto no cabe duda, según el criterio subjetivo del perito y del juez. Por ello resulta inevitable una cierta inseguridad en el juicio. Ella es puesta especialmente de relieve y aducida como argumento contra la imputabilidad disminuida por Wilmans, quien se funda en una expresión de Radbruch: ‘cuántos más límites, más puntos de discusión, más inseguridad jurídica’...” No obstante, el autor se permite observar que aún sin la imputabilidad disminuida, no puede hablarse de una aplicación coincidente del Derecho, por lo que no le parece demasiado grande el peligro de que aumente la inseguridad jurídica con su admisión, permitiéndose sin embargo advertir que “es opinión predominante, tanto de los psiquiatras como de los juristas, la de que la imputabilidad disminuida ha de admitirse sólo en casos especiales y que la inimputabilidad ha de admitirse sólo en casos muy raros, verdaderamente excepcionales”.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Cita en PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Imputabilidad e inimputabilidad*, op. cit., pp. 123, 124.

Para Bockelmann y Mezger resulta a todas luces aceptable que se coloque en manos del juez la decisión de si la imputabilidad disminuida merece o no la atenuación de la pena. En cambio Maurach estima que la atención facultativa de la pena, consagrada por el Código Penal alemán, repercute en cuestiones fundamentales referentes al tipo de autor, a la culpabilidad jurídico penal y a la pena justa, pues si la imputabilidad disminuida constituye una causa necesaria de atenuación de la culpabilidad, culpabilidad disminuida determina pena disminuida, por lo cual “el único postulado que cabe derivar del Derecho Penal de culpabilidad es el de que la imputabilidad disminuida debe constituir una obligatoria causa de atenuación de la pena”.<sup>56</sup>

En este mismo sentido, Graf zu Dohna estima que la pena solamente puede ser atenuada, en tratándose de la capacidad de imputación disminuida.<sup>57</sup>

### 2.3 La existencia de la imputabilidad en el momento de la comisión del acto. *Actiones liberae in causa*

La inimputabilidad sobrevenida posteriormente sólo puede producir efectos procesales. El momento en que ha tenido lugar la

---

<sup>56</sup> Citados *ibidem*, pp. 124, 125. Tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor, nuestro Código Penal para el Distrito Federal, (art. 69 bis, en relación con los arts. 15 fr. VII, 67 y 24 del mismo ordenamiento) contempla que a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería por el delito cometido, o la medida de seguridad (de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad), o bien ambas. Sista, México, 1999, *passim*.

<sup>57</sup> GRAF zu DOHNA, Alexander. *Estructura de la teoría del delito*, *op. cit.*, p. 68.

manifestación de voluntad, es el decisivo; siendo indiferente el estado mental del sujeto en el instante en que se produce el resultado.<sup>58</sup>

No tenemos más que aplicar lógicamente esta regla general para zanjar la célebre cuestión escolástica sobre la apreciación de las llamadas *acciones liberae in causa (seu ad libertatem relatae)*. Estas se presentan cuando se produce un resultado contrario al Derecho, por un acto o una omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión), doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad. Ejemplos:<sup>59</sup> El guarda agujas que se embriaga con la intención de no hacer el cambio de agujas a la llegada del tren expreso; la madre que sabiendo que se agita intranquila durante el sueño, coloca por imprudencia, a su hijo junto a ella en la cama y le aplasta.

Si la relación causal y la culpabilidad se dan en relación con el resultado, en el caso concreto, la apreciación jurídica no ofrece ninguna otra dificultad. En el momento decisivo (y éste no es la ejecución del resultado, sino el impulso dado para que la cadena causal se desarrolle) existía la imputabilidad. El guarda agujas no estaba ebrio y la madre estaba despierta cuando pusieron la causa del resultado producido. El acto ha sido cometido en este momento y, por tanto, es imputable al autor. Y, sin duda, en todo caso existe una acción y no una omisión, como ocurriría si un tercero hubiera embriagado al guarda para que éste dejase de cambiar las agujas.

---

<sup>58</sup> "La imputabilidad como condición de la culpabilidad, así como todas las circunstancias jurídicamente importantes, debe ser comprobada de oficio; su ausencia no necesita ser probada por el acusado." LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 387.

<sup>59</sup> Vid. MÚÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, Temis, Colombia, 1984, pp. 154, 155. También: CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal*, op. cit., pp. 437, 438.

Resumiendo, en aquellos casos en que no existe imputabilidad, puede muy bien originarse, en ciertas circunstancias una responsabilidad por lo acontecido, fundada en la precedente conducta del sujeto.

El supuesto de que al efecto se parte es que la conducta antecedente se halla en conexión causal con el resultado producido, y que éste se presenta como imputable, ante todo, en atención a la índole de tal conducta.

Por eso, las acciones libres en su causa comprenden tanto los casos en que el resultado ilícito no haya sido querido ni previsto, pero sea consecuencia de una conducta voluntaria culposa; aquellos en que el resultado antijurídico ha sido previsto como probable y no siendo directamente querido haya sido aceptado; los en que el citado resultado sea diverso del querido, como con mayor razón los hechos en que un resultado ilícito haya sido previamente previsto y querido.<sup>60</sup>

Como lo precisa Díaz Palos, se trata de hechos libremente queridos pero verificados mientras el autor se encuentra en estado de inimputabilidad, en los que sin embargo la imputabilidad se ha prolongado y por ello existió la libertad originaria pero no la libertad actual.<sup>61</sup>

Así la opinión mayoritaria, de quienes consideran a las *actiones liberae in causa* como una excepción a la teoría de la imputabilidad, sostienen

---

<sup>60</sup> Según Jiménez de Asúa: de aquí podemos afirmar que las acciones libres en su causa no se presentan solamente en los delitos dolosos, sino también frecuentemente se presentan en los culposos. Cita en LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*, op. cit., p. 190.

<sup>61</sup> DÍAZ PALOS, Fernando; cit. por Francisco Pavón Vasconcelos. *Imputabilidad e inimputabilidad*, op. cit., p. 76.

la punibilidad de los resultados ilícitos cuando, ejecutados en estados de inconsciencia o subconsciencia, dichos resultados se conectan con un momento anterior en que el sujeto ha determinado con absoluta voluntad su proceder.

El examen histórico realizado por la doctrina demuestra que las *actiones liberae in causa* remóntanse en su origen al pensamiento griego, pues ya Aristóteles formuló la tesis de que “siempre que por ignorancia se comete algún delito, no se hace voluntariamente... a no ser que el que lo cometa sea causa de la ignorancia... como sucede con los ebrios, los cuales si hacen daño causan injuria, pues ellos fueron causa de la ignorancia...”.

Más tarde, con los prácticos se difunde el pensamiento de San Agustín de que Lot no pecó por el incesto perpetrado en sus hijas, por ignorar que lo eran al momento de la relación carnal, pero sí por cuanto su acto de embriaguez fue voluntario y causa de su posterior conducta; dando base a la elaboración de los canonistas, quienes consideraron que el delito cometido en estado de ebriedad no debe castigarse, sino la ebriedad que lo origina.<sup>62</sup>

La construcción canonista es perfeccionada por los prácticos: Bonifacio de Vitalinis, consigna la impunidad del ebrio si delinquiró “salvo que se embriague dolosamente”, en tanto Farinaccio se refiere al mismo principio de impunidad con relación al hecho ilícito cometido en estado de embriaguez, en el cual no hay dolo ni culpa, sino la culpa y la ligereza en que se incurrió al embriagarse, así como a los casos de aplicación de pena ordinaria, cuando el sujeto sabe que en la embriaguez acostumbra delinquir al maltratar y golpear a los demás, o bien cuando su ebriedad es provocada o procurada a fin de lograr

---

<sup>62</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Imputabilidad e inimputabilidad*, op. cit., p. 76.

la excusa al delinquir en tal estado. Estas soluciones apúntanse en los juristas de los siglos XVII y XVIII, tanto en Italia como en Alemania.<sup>63</sup>

No obstante que la evolución del pensamiento de los jurisconsultos aceptó, en lo general la punibilidad de dicho tipo de acciones libres en su causa, pues hasta los mismos clásicos como Carmignani y Carrara a la cabeza, reconocieron la plena imputabilidad en los casos de embriaguez preordenada en los que el sujeto se hace a sí mismo futuro instrumento del delito, un determinado sector de la doctrina ha puesto en duda la punibilidad de tales acciones, argumentando lo siguiente:<sup>64</sup>

a) La imputabilidad de un delito hace necesaria la concomitancia del delito en su consumación, concomitancia impedida por la inconsciencia o subconsciencia (Garraud y Ortolano Bernard, entre otros);

b) La imposibilidad material de que se pueda, en los estados de inconsciencia o subconsciencia, ejecutar el propósito delictivo anterior, pues en los casos en que eventualmente el delito llega a cometerse en dicho estado, ha intervenido la suerte o una “pura combinación psicológica” pero no una causa imputable (Brusa y Pessina, entre otros);

c) El propósito, por sí mismo, surgido en el momento anterior al estado de inconsciencia no es punible, ni siquiera como tentativa, siendo inconsecuencia o absurdo que el propósito delictivo pueda dar origen a un delito ejecutado en un estado de inimputabilidad (Kleinschrod).

---

<sup>63</sup> Citados *ibidem*, p. 77.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 77, 78.



Las objeciones anteriores han tratado de ser refutadas por quienes se afilian a la posición que admite el funcionamiento de las acciones libres en su causa.

Maurach, e.g. -dice Pavón Vasconcelos-, se suma a la corriente que incluye la *actio libera in causa* como una excepción aparente al principio de culpabilidad, pues si bien el parágrafo 51 del Código Penal alemán ubica la imputabilidad en el tiempo de la comisión del hecho, debe atenderse a la circunstancia de que es el propio autor quien, al impulsar como ser capaz de conocimiento y determinación la causalidad, se sirve de su persona como un mero instrumento, por lo que dicha acción provoca la inimputabilidad, por ejemplo la embriaguez por o a pesar de haber contado con la producción del resultado típico durante la situación de inimputabilidad, de donde concluye que la *actio libera in causa* se manifiesta aunque excepcionalmente en los tipos dolosos y más frecuentemente en los culposos, y que en esos casos “no es posible prescindir del vínculo psicológico y normativo entre el autor y el resultado concreto”.

Sobre el particular, Díaz Palos aduce que no debe sentirse escrúpulo ante este aparente maridaje de actos conscientes e inconscientes, voluntarios e involuntarios, pues en realidad lo que sucede, desde un punto de vista psicológico, es que la idea o resolución acordada, en estado de consciencia, con sus motivos, permanece más o menos oculta en el subconsciente, pero sin que se rompa la línea de continuidad psíquica desde la ideación hasta la ejecución, agregando que en la acción libre, ya dolosa o culposa, la referida acción “no hace sino acoplarse a la forma dolosa o culposa

de estructura normal, de tal manera que si dificultad es encontrar el enlace psíquico en la *actio libera* culposa, no es por especial dificultad de la misma, sino por dificultad de la culpa en general, en la que, como es harto sabido, la diferenciación psicológica con el dolo apenas puede lograrse, siendo lo preferente en la misma la idea del deber de previsión o negligencia, en suma, la concepción normativa de la culpa”.<sup>65</sup>

#### 2.4 La imputación en los delitos de omisión impropios

Las condiciones generales de la imputabilidad de un hecho delictuoso, tratándose de delitos por omisión ilícita, son las mismas que en los otros delitos por comisión. Igual que en éstos, se trata en aquéllos de saber únicamente si la producción del resultado depende de la voluntad del autor y de su conducta opuesta a sus obligaciones.

Por lo que al dolo se refiere, no son aplicables en este punto reglas distintas de las aplicaciones a la culpa. Si la omisión culposa de una precaución esencial es suficiente para poner en cuenta el resultado perjudicial de una obra al autor de ella, ¿con cuánta mayor razón no se debe decir lo mismo de las omisiones dolosas? El cirujano que, después de realizada una operación, deja de aplicar los oportunos medios antisépticos, por haber surgido en su mente en este momento el propósito homicida es, por consiguiente, culpable de

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 79, 80. Al efecto, el C.P.D.E., art. 15 fr. VII, prevé que cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, y de haberla provocado (su incapacidad) de manera dolosa o culposa, responderá por el resultado típico (bien porque haya previsto el resultado ilícito, bien porque le haya sido previsible), Sista, *op. cit.*

homicidio, siempre que el resultado previsto, o sea la muerte del operado hubiera tenido lugar.<sup>66</sup>

De suerte que sin imputabilidad, la culpabilidad y el delito son imposibles.<sup>67</sup>

## 2.5 Ausencia de la capacidad de imputación

Dice Liszt que la misión del legislador no consiste en la definición positiva de la imputabilidad, sino en la descripción de aquellos estados que excepcionalmente hacen aparecer como imposible la imputabilidad.<sup>68</sup>

Y puesto que toda punibilidad está condicionada por una ilicitud de la voluntad como causa del crimen, la misma quedará necesariamente excluida por la existencia de un estado de la persona que le hubiese cancelado la posibilidad, en general, de actuar conforme a su arbitrio o de determinarse adecuando su arbitrio a las leyes penales, siempre que éste, no solamente:<sup>69</sup>

A) Haya cancelado la posibilidad de una voluntad ilícita en relación inmediata con el hecho antijurídico, es decir, en su ejecución o durante ella (imputación inmediata, por *dolus* o por culpa), sino también

---

<sup>66</sup> MERKEL, Adolph. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 134, 135.

<sup>67</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 385.

<sup>68</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*; traduc. al castellano de la 14a ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Argentina, 1989, pp. 101, 102.

**B)** Que el mismo estado excluyente de la imputación inmediata no tenga por causa una voluntad ilícita, sea por dolo antijurídico o por culpa.

Conforme a los principios de la imputación, no existe culpabilidad:

**a)** Cuando la infracción a la ley resulta sin completa intervención de la voluntad. Así, en los crímenes activos, cuando el hecho tenga lugar en un estado en sí mismo no culpable, sólo determinado por la fuerza física de la persona, sea por efecto o no de una culpabilidad ajena; en los crímenes omisivos, cuando a la persona por impedimentos externos no culpables o por falta de la fuerza física necesaria le hubiese sido imposible el hacer ordenado.

De igual forma, excluyen la imputación:

**b)** Todos los estados del ánimo no culpables, en los que la posibilidad de la consciencia de la punibilidad (la representación de la ley o del juzgamiento de la acción conforme a la ley y a sus consecuencias) quede excluida. Acorde con ello, son exculpantes:

**a')** La falta de madurez mental. Cuya causa puede ser que el desarrollo del sujeto no sea completo: minoría penal.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Parece que el antiguo Derecho romano no había puesto ningún obstáculo al castigo del ladrón menor de edad. El Derecho romano posterior y el canónico, mantuvieron la impunidad al *infans* (hasta los siete años cumplidos). Desde esta edad se procede, en caso de delito de impúber, al examen del caso concreto. En el Derecho de las tribus germánicas no se admite, frecuentemente, el pago del precio de la paz (*Friedensgeld*), en las infracciones cometidas por los menores. Los textos sajones de la baja Edad Media no imponen penas, al menos criminales, cuando se trata de niños.

La legislación y la Doctrina del Derecho común vacilan, pero, en general, mantienen la impunidad de los

Ello en virtud de que todo hombre atraviesa una época de su vida durante la cual su incapacidad es normal, hasta el momento en que la evolución progresiva lo lleva intelectual y moralmente a esa madurez que permite hacerlo penalmente responsable por su conducta.<sup>71</sup> El momento de esa madurez varía naturalmente de uno a otro individuo. La ley es la que se encarga de fijar las edades.

La falta de madurez puede también tener su fundamento en un retraso del desarrollo. El caso más importante lo constituye la sordomudez; esto es, la mudez originada por la falta de oído.<sup>72</sup>

En caso de que se pruebe la imputabilidad no tendrá lugar la reducción de la escala penal, si bien estaba indicada también para estas personas, sostiene Liszt.

#### b') Cuando falta la salud mental:<sup>73</sup>

“No hay acto punible, cuando el autor, en el momento de la comisión del acto, se encontraba en estado de (inconsciencia) perturbación morbosa de la actividad mental, por el que quedase excluido el libre ejercicio de su voluntad”.

---

niños; esta opinión fue seguida por la gran mayoría de las legislaciones, si bien varían sus disposiciones sobre el límite de la edad. El Derecho francés renuncia completamente a fijar dicho límite, para que pueda comprobarse, en todo caso, el discernimiento del menor; le siguieron, el Código prusiano de 1851 y el Bávoro de 1861. Vid. LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal. *op. cit.*, pp. 378, 379, 390.

<sup>71</sup> Precisamente lo que debe existir es la consciencia necesaria para el conocimiento de la punibilidad del acto concreto cometido; es decir, de las circunstancias graves eventuales. *Ibidem*, p. 379.

<sup>72</sup> GRAF zu DOHNA, Alexander. Estructura de la teoría del delito, *op. cit.*, p. 67.

<sup>73</sup> Cfr. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, *op. cit.*, p. 102.

La expresión “perturbación morbosa de la actividad mental”,<sup>74</sup> comprende no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también los retrasos en el desarrollo (idiotismo, imbecilidad) y los estados de degeneración mental (debilidad senil), así como las enfermedades corporales, en sentido propio que van acompañadas de perturbaciones mentales (delirio febril, enfermedades nerviosas) y, finalmente, las perturbaciones morbosas transitorias de la actividad mental (estados de intoxicación).<sup>75</sup>

El juez es quien tiene que decidir, según su propio examen y su propia responsabilidad, si la perturbación mental, comprobada por los peritos, excluye o no la imputabilidad.

En caso de trastorno profundo (*hochgradig*) de la consciencia, a causa del cual la asociación de los sucesos exteriores con la consciencia propia sólo se realiza imperfectamente, se perturba la capacidad de determinarse regularmente por representaciones y, por consiguiente, queda excluida la imputabilidad. A esta categoría pertenecen el desmayo, el sueño y el amodorramiento, la sugestión hipnótica y la embriaguez. Constituyendo el sueño un trastorno de la consciencia de origen normal y la embriaguez, *e.g.*, uno de tipo patológico.<sup>76</sup>

Para los incapaces de imputación, en lugar de la pena, es aplicable la internación de cura y asistencia.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Cfr. GRAF zu DOHNA, Alexander. *Estructura de la teoría del delito*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>75</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 393, 394.

<sup>76</sup> GRAF zu DOHNA, Alexander. *Estructura de la teoría del delito*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>77</sup> En nuestro Derecho positivo sustantivo penal (art. 15, fr. VII) sólo están consideradas como causas de inimputabilidad: el trastorno mental (mismo que no debe ser provocado por el agente de manera dolosa o

Ahora bien, a fin de continuar es necesario recordar que la influencia de la corriente naturalista conllevó al desarrollo del “concepto psicológico de la culpabilidad”, acorde con el cual tanto el dolo como la culpa son las formas constitutivas de la culpabilidad y no sólo sus elementos.

Ya decía Beling que el contenido de la voluntad tenía únicamente importancia para el problema de la culpabilidad,<sup>78</sup> por ser en ella donde se determina si se trataba de un delito intencional o de uno imprudente.<sup>79</sup>

### 3. Culpabilidad dolosa

La culpabilidad del sujeto para ser determinada, en este caso, requería de establecer cuál había sido la relación de causalidad psíquica, también llamada nexos psicológico, entre el autor y la producción antijurídica del tipo o resultado.<sup>80</sup> Von Liszt, al tenor, pronunció que “la relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser psicológica”.<sup>81</sup> De ese modo si había identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado, su culpabilidad era dolosa, estimada ésta como la “especie más perfecta de la culpabilidad”, porque supone la relación psíquica completa entre el hecho y su autor.<sup>82</sup>

---

culposa) y el desarrollo intelectual retardado. Hipótesis éstas en que no será aplicable pena alguna sino una medida de seguridad jurídica (estipuladas en el numeral 24, para cuyo procedimiento habremos de remitirnos a los dispositivos 67 - 69, todos del ordenamiento en cita).

<sup>78</sup> CORDOBA RODA, Juan. Una nueva concepción del delito, la doctrina finalista, Ariel, Barcelona, 1963, p. 12.

<sup>79</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, 3a ed., Madrid, 1990, p. 163.

<sup>80</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte gnal., fundamentos y teoría general del delito, PPV, 3ª ed., corregida y puesta al día, Barcelona, 1990, p. 578; CORDOBA RODA, Juan. Una nueva concepción del delito, *op. cit.*, pp. 27, 28.

<sup>81</sup> LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 152.

<sup>82</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, *op. cit.*, p. 164.

### 3.1 Dolo. Antecedentes

La noción del dolo –refiere Díaz Aranda- “se remonta al Derecho Romano tardío,<sup>83</sup> como se desprende del rescripto del Emperador Adriano In *Maleficiis voluntas spectatur, non exitus*, haciendo la diferencia entre *dolus bonus* y *dolus malus*, destacándose en este primer momento la exigencia del dolo o la culpa para considerar culpable al sujeto. Requisito que desaparece con la influencia canónica religiosa a partir de la cual “por culpabilidad ha de entenderse no sólo el *dolus* y la culpa del Derecho Romano, sino que, e.g., el homicidio ha de considerarse también cometido con culpabilidad si el autor mata por simple caso fortuito cuando se disponía a realizar algo no permitido: *versari in re illicita im putatur omnia quoe sequantur ex delicto*. Por ello, se puede decir que en el Derecho Romano la concepción de dolo, constituía una garantía para el autor de un hecho delictivo.

En cambio el Derecho germánico se sustentó en la responsabilidad por el resultado y es hasta 1821 cuando Hegel sostiene “el Derecho de la voluntad... es reconocer en su hecho únicamente como acción suya y tener sólo en la culpabilidad, aquello que se sabe de sus presupuestos en su finalidad, lo que de ello había en su dolo. El hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad”. Esa afirmación significó uno de los primeros pasos hacia la concepción del dolo como una clase de culpabilidad, sin

---

<sup>83</sup> Al dolo se le incluyó como uno de los presupuestos de los llamados delitos graves. En este sentido JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, parte gnal., vols. I y II; Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch casa editorial, Barcelona, 1981, p. 397 y PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Los delitos contra el orden económico*, UNAM, México, 1995, p. 28.



embargo hasta esa época todavía no existía una sistemática propia del delito, al cual sólo se le atribuían dos elementos: acto y voluntad.

Es en 1840 cuando Luden elabora por primera vez una división del delito por elementos, como a) un fenómeno delictivo, provocado por una acción humana; b) antijuridicidad de esa acción; c) cualidad dolosa o culposa de esa acción””.<sup>84</sup>

### 3.1.1 De la fuerza moral subjetiva del delito

Acorde con Carrara, del concurso de la inteligencia y de la voluntad surge la intención, la cual se define, en general, como un esfuerzo de la voluntad hacia cierto fin: y, en particular, como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito.<sup>85</sup>

La intención puede ser perfecta e imperfecta. Es perfecta cuando el entendimiento y la voluntad están en su plenitud actual; es imperfecta cuando una causa cualquiera disminuye (sea en forma habitual, sea con respecto a un acto) el poder intelectual o la espontaneidad volitiva del agente.

---

<sup>84</sup> Vid. DIAZ ARANDA, Enrique. “Dolo”, tesis sustentada para obtener el grado de doctor en Derecho por la UNAM, director de tesis: dr. Ricardo Franco Guzmán, División de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Derecho, de la UNAM, México, marzo de 1999, pp. 31, 32.

<sup>85</sup> Para 1859 Carrara concibió al delito como un ente jurídico y creó la teoría de las fuerzas del delito, con lo cual estableció una separación absoluta entre la responsabilidad por las conductas procedentes de una voluntad libre e inteligente. La separación entre el resultado y su causa permitió a Carrara afirmar que el delito es el producto del choque al que concurren dos fuerzas: la moral subjetiva consistente en la voluntad inteligente del hombre que obró y la física subjetiva representada por la acción corporal, de naturaleza externa y cuyo resultado equivale a la ofensa del derecho agraviado, o dicho en otra forma, al daño material del delito. Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *La Teoría del delito. op. cit.*, p. 161.

Si la inteligencia o la voluntad, o ambas, faltan de manera total en el agente, no hay intención, y, por consiguiente, no hay imputabilidad. Si la una o la otra, o ambas, solamente se ven disminuidas, hay en él intención, pero imperfecta; hay imputabilidad, pero aminorada.

La intención se distingue, además, en directa e indirecta.<sup>86</sup> El criterio de esta distinción, para uso de la Ciencia, debe deducirse, no tanto de los medios, como del estado del ánimo. La intención es directa cuando el agente previó el efecto criminal, y lo quiso, considerándolo como consecuencia de sus propios actos, los que ejecutó precisamente con el fin de producir, de un modo más o menos cierto, esas consecuencias. Es indirecta cuando el efecto fue sólo una consecuencia posible de los actos, del agente, no prevista en manera alguna, o prevista sin quererla. Si el agente previó este efecto, y a pesar de tal previsión quiso los medios, aunque no quería precisamente el efecto, la intención indirecta se llama positiva, porque si bien la voluntad estaba en estado indiferente, sin embargo la inteligencia estaba en estado positivo.

Y si el agente previó y quiso el fin, pero se sirvió de medios cuyo resultado era sólo posible, calculando lograr con ellos el efecto que realmente logró, la intención no es indirecta, sino, en realidad de verdad, directa. Indirectos son los medios, no la intención. Sólo la intención directa y la indirecta positiva, hacen surgir el dolo.

---

<sup>86</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, op. cit.*, pp. 71, 72.

### 3.2 Dolo. Concepto

Entiéndese por dolo: la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley.<sup>87</sup> El dolo es la más genuina encarnación de la culpabilidad, su más grave especie, y desde luego la más común en los delitos.<sup>88</sup>

El *dolus*, para Beling,<sup>89</sup> significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente, por consiguiente, “no sólo no existirá el dolo cuando el autor con respecto a la ilicitud en general no estuviese en actitud dolosa, sino que no lo habrá tampoco cuando dándose tal dolo “genérico”, el autor no tenga la dirección específica orientada a la realización del delito-tipo correspondiente (e.g. cuando consciente e ilícitamente ha hecho un disparo).

Atento en lo anterior, el dolo,<sup>90</sup> es el conocimiento que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley.

---

<sup>87</sup> Claramente se ve que esta definición no pone el *animus nocendi* (ánimo de causar daño) como criterio esencial y constante del dolo. La falta del *animus nocendi* puede excluir el dolo únicamente cuando se convierta en la opinión razonable de no violar la ley. Debe distinguirse muy exactamente el ánimo de causar daño de la intención de dañar, el primero consiste en la previsión del perjuicio; el segundo, en la voluntad dirigida a producirlo. La segunda no es siempre esencial para constituir el dolo, pero siempre es indispensable la primera.

<sup>88</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 262.

<sup>89</sup> BELING, Ernst von. “La doctrina del delito-tipo”, en *Esquema de Derecho Penal*; Trad. Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 73.

<sup>90</sup> Para Feuerbach, el dolo es una determinación de la voluntad que tiene como fin una lesión jurídica, con la consecuencia de la antilegalidad del afán, *vid. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, op. cit.*, p. 82. Merkel, por su parte, lo define como la dirección de la voluntad hacia una actividad o inactividad de determinado género. En donde se presupone una representación de los caracteres distintivos de este hacer o no hacer. Los hechos dolosos son hechos conscientes. *Cfr. Derecho Penal, op. cit.*, p. 113.

El dolo es la más importante de las formas de la culpabilidad. El carácter antisocial del agente se manifiesta aquí por el hecho de que el autor obra a pesar del conocimiento de la significación antisocial de su acto, (dicho conocimiento no le ha impedido cometer el hecho).

Así la relación de la voluntad<sup>91</sup> con los caracteres del hecho que el agente se representa puede ser varia.

a) La efectuación de estos caracteres puede ser el fin de la afirmación o posición de la voluntad (*Willensbethätigung*), ya el fin último, ya un fin medio de la misma. La posición de la voluntad tiene lugar porque la misma ha de haber presupuesto el resultado que obtiene, o lo que es igual porque "su fin" era o "en su intención" estaba el causarlo.

b) La efectuación de determinados caracteres puede estar fuera del fin perseguido por el agente, presentarse a su consciencia como mera consecuencia posible de su acción. La efectuación dicha tiene lugar entonces, no ya porque el autor haya previsto las correspondientes consecuencias, sino a pesar de haberlas previsto. Así, el que provoca un duelo sabe que la consecuencia de esta acción puede ser la muerte propia. Tal muerte no es el fin que él persigue, sino una consecuencia eventual que puede muy bien producirse.

---

<sup>91</sup> En los inicios de la teoría del dolo se le concibió a partir de la teoría de la voluntariedad, desarrollándolo como una consecuencia directa que el autor ha previsto y deseado; sin embargo, esta idea fue superándose, hasta que se sustituyó por la representación, bajo la base de que no permitía definir el dolo eventual. Ver: PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*, op. cit., p. 114. También JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. Andrés Bello, Caracas, 1945, p. 453.

Semejantes consecuencias de las acciones decimos también que han sido causadas voluntaria y “dolosamente” por cuanto las mismas (piénsese, v.g., en la muerte de un hombre, no originada con propósito directo, pero sí previsto, por el agente, que es uno que ha hecho encallar un barco asegurado) tienen trascendencia práctica para los intereses del agente o de un tercero, trascendencia que puede servir para poner un impedimento psicológico a la afirmación de la voluntad en la dirección determinada de que se trate, por lo que la necesidad de que este impedimento sea vencido se presenta como un elemento de la volición de la que el acto resulta.<sup>92</sup>

“Concebir algo como “doloso” es más que representarse puramente este algo, y cuando decimos de alguien que ha causado intencionada o dolosamente la muerte de un hombre, no queremos indicar con la palabra “dolosamente” algo que quede fuera de la correspondiente actividad del agente, sino que señalamos esta última como la afirmación o posición de un factor.

También se pretende no reconocer la relación de la voluntad con el resultado de nuestras acciones, y se afirma que lo querido es siempre tan sólo nuestros movimientos corporales, mas no sus efectos (*Büniger*). Solamente que nosotros no conseguimos nuestros fines sino porque nuestra voluntad obra en la dirección de estos últimos, y tal dirección no es cosa extraña a la misma y a su propia dirección, sino algo que la caracteriza. Por lo tanto, el lenguaje común está en su Derecho cuando, a la pregunta relativa a saber qué es lo que ha sido querido por una persona, contesta no refiriéndose tan sólo a los

---

<sup>92</sup> Punto éste que revisaremos en los subincisos 3.6 y 4.6.3 del presente capítulo, relativos al *dolus eventualis*.

movimientos corporales de esa persona, sino también y hasta exclusivamente al resultado perseguido por la misma”<sup>93</sup>.

El concepto del dolo es en sí mismo un concepto incoloro, tanto en su aspecto ético como en el jurídico. El hacer doloso no implica por sí una voluntad mala o antijurídica, lo mismo que no implica tampoco una voluntad laudable. Sobre todo, el concepto del hacer doloso no tiene que ver nada en sí con el de la violación consciente de preceptos jurídicos. Existía una usura percibida dolosamente, aún en la época en que la usura no estaba prohibida por la ley y en que, por tanto, no era posible hablar de que con la misma se violaba conscientemente el Derecho.

### 3.2.1 *Dolus malus*

La doctrina dominante acerca del dolo, en aquellos momentos, sufrió el influjo de la tendencia que identificó al dolo o intención con el *dolus malus* del Derecho romano, el cual tenía ciertamente un determinado color ético y jurídico. En el concepto de este *dolus malus* hay reunidos elementos<sup>94</sup> (la dirección de la voluntad a la realización de un hecho determinado y una especial cualificación ético-jurídica de la voluntad) que no pueden ser distinguidos meramente por su aspecto lógico, sino cuya coexistencia lógica y en el lenguaje responde a un interés práctico. Pues puede existir y existe a menudo, una necesidad de conminar con pena, o de señalar de algún otro modo, la realización voluntaria de determinados hechos (v.g. la usura, o el

<sup>93</sup> MERKEL, Adolph. *Derecho Penal*, op. cit., pp. 114, 115.

<sup>94</sup> El *dolus malus*, en el Sistema Clásico, siguiendo a Mír Puig, estaba compuesto por: a) el conocimiento y la voluntad de los hechos y b) la consciencia de su significación antijurídica (o conocimiento del Derecho). Vid. *Derecho Penal*, parte gnal., PPU, 4a ed., Barcelona, 1996, p. 238.

llevar corriendo con velocidad exagerada caballos o carruajes dentro de ciudades o pueblos), sin que ello presuponga el conocimiento de los correspondientes preceptos jurídicos y una violación consciente de los mismos. Pero la satisfacción de esta necesidad se dificulta en gran manera desde el momento en que para que exista el dolo se requiere el carácter de violación consciente del Derecho, y en que por lo mismo se hace imposible encontrar este elemento en los actos antes aludidos.

El antiguo Derecho romano distinguió en un principio, como los grados de la acción antijurídica, *aut vis aut dolus*; la primera violencia, la segunda astucia o voluntad delictuosa en general. La voluntad delictuosa fue reforzada en la mayor parte de los casos relativos a delitos con el adjetivo "mala", *dolus malus*, para diferenciarlo del *bonus* o sea el civil, y si se ejercitaba con consciencia cabal de la injusticia era además, *sciens, sciens dolus malus*; eran éstos los actos contrarios a la ley penal ejecutados conscientemente, pero sin empleo de violencia. Más tarde se creó el *fraus* cuya característica era el elemento engaño. En el Derecho canónico se emplearon las palabras *dolus, voluntas, sciens, scienter, malitia, studium* e industria, para denominar la *voluntas sceleris* o voluntad de delinquir.<sup>95</sup>

Antes y aún en los comienzos del siglo XIX, se utilizó en Alemania el vocablo *fursatz* (de donde deriva el moderno *vorsatz*), para identificar a la intención mala o maliciosa. Apunta el jurista Márquez Piñero que no puede menos que parecer lógico que en el Derecho romano, en el Canónico, en el medieval y hasta en el siglo XIX se adjetivara el dolo en malo en oposición al bueno, según que el artificio fuese dirigido a fines buenos o

---

<sup>95</sup> CARRANCÁ y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 442.

perversos. Este *dolus malus* del Derecho romano llegó casi hasta nuestros días con el *vorsatz* del Código austriaco, con la *malicie* británica y con la malicia del ordenamiento penal español.<sup>96</sup>

Fue necesario entonces, en opinión de Jiménez de Asúa, ensanchar la noción del dolo. Pues identificado éste con la intención y más concretamente con la mala intención, parecerían quedar fuera de ella otras formas dolosas, aunque -anota Jiménez de Asúa- realmente pueda abarcarlas. Por eso, en el Derecho intermedio se habló de *dolus indirectus*, pero lo interesante es que esta especie dolosa, surgida a su vez del *versari in re illicita*, dio margen -al ser reelaborada- no sólo a las construcciones del dolo eventual, sino también a que se precisara mejor el propio *dolus directus*. Por lo que es conveniente emancipar el dolo de todo adjetivo moralizante para fincarlo, definitivamente, en una concepción sólo jurídica.<sup>97</sup>

### 3.3 Dolo. Elementos del

La determinación del concepto del dolo debe partir del concepto del acto, debiendo hacerse abstracción, en primer término, del valor jurídico del acto; es decir, de su ilegalidad.

El dolo, definido como la representación del resultado que acompaña a la manifestación de voluntad,<sup>98</sup> comprende por tanto:

<sup>96</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, pp. 262, 263.

<sup>97</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; cit. por Rafael Márquez Piñero. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 263.

<sup>98</sup> Los principales defensores de la Teoría de la Representación son Bekker; Zitelmann; Frank; Klee; Kohler; von Lilienthal.

Entre los partidarios de la Teoría de la Voluntad, que exige para la existencia del dolo, la volición de todos los



- a) La representación del acto voluntario mismo, así como de las circunstancias en que fue ejecutado,
- b) La previsión del resultado,
- c) En los delitos de comisión, la representación de la causalidad del acto, en los delitos de omisión la representación del no impedimento del resultado.

En esta consciencia reside la distinción del dolo, del deseo y de la esperanza; en estos últimos es necesaria la intervención de circunstancias exteriores, que el autor no puede dominar, ni esperar con seguridad.

En suma, en el causalismo psicologista (relativo al período clásico), el dolo se construye -según Islas de González Mariscal- exclusivamente con base en dos elementos:<sup>99</sup>

- a) el conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal;
- b) el querer esos hechos que previamente se han conocido.

---

elementos especialmente del resultado, deben citarse: von Bar; Beling; Bierling; Binding; von Birkmeyer; von Hippel; Lammasch. Contra la teoría de la voluntad puede objetarse: violentar el lenguaje corriente al designar como "querido" el resultado no deseado y hasta "desagradable". Véase LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 398.

<sup>99</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis de los delitos contra la vida, Trillas, 4a ed., México, 1998, p. 47.

### 3.4 Dolo. Existencia del

Así, pues, existe dolo:<sup>100</sup>

a) Cuando el agente se propuso el resultado, es decir, cuando la representación del resultado fue el motivo (*Beweggrund*) del acto: cuando el autor realiza el acto en razón del cambio que en el mundo exterior producirá éste; cuando esa mudanza constituye el objeto (*Ziel*) y su producción el fin (*Zweck*) del acto; cuando el sujeto se propuso, deseó y logró el resultado. Para esto es indiferente que el autor haya contado con la producción del resultado, con más o menos certidumbre, que lo haya previsto como necesario o como posible.

b) Existe también dolo, cuando el autor ha previsto la producción del resultado, sin que esta previsión fuese el motivo de su acto.

El que tiene consciencia de que una máquina explosiva, colocada en un buque, producirá la muerte de personas, las ha matado dolosamente, aunque hubiera querido ejecutar el acto sólo para recibir la indemnización por

---

<sup>100</sup> Para la existencia del dolo, se requiere entonces el conocimiento y previsión del resultado ilícito; esto es, el **elemento intelectual del dolo**. También constituye elemento intelectual, el conocimiento de que el resultado querido es ilícito, o sea, de que tiene una significación antijurídica (injusto). "No quiere esto decir que se conozcan precisamente todos los elementos constitutivos del tipo legal de delito, como lo quería Carrara, pues basta con conocer que la acción está prohibida, o sea, que tiene una significación ilícita (Feuerbach)". Por último conforma al dicho elemento intelectual, la contemplación de todas las consecuencias objetivas de la acción. No por ello ha de entenderse que el sujeto deba representarse nítidamente con anterioridad a la acción todos y cada uno de los distintos momentos del *iter criminis*, lo que confrontado con la vida, sorprendentemente fecunda siempre, requeriría facultades adivinatorias; sólo quiere decir que se tenga consciencia suficiente de la acción misma en los elementos que la integran, y de los esenciales elementos del resultado. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 444. El **elemento emocional del dolo**, en cambio, está constituido por la viciada voluntad de causación. Y respecto a que si concurren a integrar al dolo: los motivos reseñados por los positivistas (relativos al grado de íntima inmoralidad del agente); el jurista Carrancá y Rivas atinadamente observa que aquellos tienen importancia cuando de individualizar el tratamiento es hora. *Ibidem*, pp. 444, 445.

el seguro, la mujer que sabe que está sifilítica y, sin embargo, realiza el coito, por deseo de lucro, puede ser hecha responsable por daño intencional a la salud.<sup>101</sup>

### 3.5 Dolo en el sentido jurídico - penal

El concepto de dolo se refiere únicamente al hecho en el sentido del concepto natural de acción jurídicamente neutro (*farblos*) y, conviene de igual modo al acto legal como al ilegal. Sólo por su relación con la significación antisocial del hecho puede determinarse, de modo concluyente, el concepto del dolo, en el sentido jurídico-penal.

Por tanto, el dolo podría y debería ser definido como la consciencia del autor de que su acto ataca; lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la colectividad.<sup>102</sup>

Pertenece al dolo no solamente el conocimiento (*Kenntnis*) de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también el saber (*Wissen*) que estas “circunstancias de hecho” pertenecen a la “definición legal del acto”; es decir, que llenan los caracteres esenciales del concepto del delito. El dolo exige la presunción exacta de que los hechos están previstos por la ley. El autor debe saber que la cosa sustraída por él es ajena.

---

<sup>101</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 400.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 402.

El dolo se refiere sólo a la noción objetiva del hecho punible particular; no a la noción subjetiva de este hecho, ni a los caracteres generales del concepto de cada uno de los hechos punibles, ni tampoco a sus formas de aparición. Tampoco tiene nada que ver con la esfera de aplicación de las reglas del Derecho Penal, ni con las condiciones de punibilidad, que se dan fuera del acto, ni con las condiciones procesales, ni con las causas de exclusión o supresión de la penalidad, ni con las causas de atenuación de la pena admitidas en un hecho particular.<sup>103</sup>

### 3.6 Dolo directo y dolo eventual

Acerca de esto es necesario distinguir dos clases de dolo:<sup>104</sup>

Se trata del denominado como directo cuando:

a) El resultado ilícito es el objetivo inmediato y exclusivo de la comisión. En este caso el dolo se da incondicionalmente y el autor tiene por seguro la producción del resultado.

b) O bien, se presenta el dolo eventual cuando la intención del criminal se haya dirigido a varias lesiones jurídicas de una misma clase o género.

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, pp. 403, 404.

<sup>104</sup> Para Carrara, el dolo se distingue en dos especies: dolo determinado, que es el formado por la intención directa, y el dolo indeterminado, que es el que se encuentra en la intención indirecta positiva, que algunos prefieren llamar intención alternativa. El dolo indeterminado presupone una intención malvada, que esté dirigida al fin de agraviar el derecho ajeno, y acompañada de la previsión de poder lesionar también un derecho más importante, y producir así un daño mayor, pero sin la voluntad positiva de ofender además este derecho ulterior. Si se presenta este agravio ulterior, el dolo es determinado, con respecto a la primera, e indeterminado con respecto a la segunda. Ver CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 445.

Y se da condicionalmente, pues el autor sólo lo tiene como posible; es decir bajo la condición de que el autor no haya evitado la producción del resultado, pues no había llegado a esta conclusión: "el resultado no sobrevendrá".

Existe *dolo eventualis*<sup>105</sup> en caso de representación del resultado como posible, si la convicción de la producción necesaria del resultado no hubiera impedido al autor la comisión del acto.

Ejemplo, quiero vengarme de un hombre y disparo contra él, no exactamente para matarlo ni tampoco para asustarlo, sino con la general e indeterminada intención de dañarlo. Cualquiera sea el resultado que esta acción tenga me es indiferente, pues lo único que quiero es que una de esas lesiones resulte realizada.<sup>106</sup>

"Una especie más del dolo de segundo grado es el eventual. Para Carrara en el dolo eventual se tiende a lesionar un derecho ajeno y se prevé, además, la posibilidad de lesionar otro más ocasionándose así un daño consecutivo, pero sin la voluntad positiva de causar este último resultado; de aquí que sea consecuencia lógica considerar como culposa la acción por cuanto se esperaba poder evitar el daño consecutivo, no lográndose por imprudencia en la especie imprevisión. Para Frank, en el dolo eventual el sujeto se representa como posible, la producción del resultado y esperando que no

---

<sup>105</sup> Las ideas expuestas por Mayer permitieron resolver el dilema del dolo eventual mediante la teoría de la representación, al señalar que la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando el autor se representa el resultado que sobrevendrá al emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*, op. cit., p. 114. Y JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*, op. cit., p. 453.

<sup>106</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, op. cit., p. 85.

ocurrirá no se prescinde de desarrollar la acción; así agrega Alimena, el *dolus eventualis* consiste en la representación de un resultado ante el que no se retrocede, pero que no se le quiere. Este es el propiamente llamado dolo eventual. (Para robar en una bodega, *A* resuelve aplicar cloroformo al velador *B*, quien está enfermo del corazón; se lo aplica y le produce la muerte. Si *A* conocía el padecimiento de *B* y esperaba que no ocurriría la muerte, el dolo es eventual; si lo conocía y a pesar de ello hizo la aplicación del cloroformo, decidido a robar a pesar de que pudiera ocurrir la muerte, el dolo es indirecto)".<sup>107</sup>

Debe observarse, además, que para atribuir la responsabilidad de un delito consumado al agente que fue causa de él, no es necesario que el dolo de aquel sea simultáneo o concomitante con el momento en que ocurrió la consumación.

Un sujeto decidió matar con veneno a su enemigo, residente en una ciudad lejana, y le envió unos pasteles mortíferos. Con el envío de los pasteles, el delito no está consumado todavía; tal vez se consumará dentro de seis días, cuando, llegados los pasteles a su destino, la víctima incauta los coma y encuentre la muerte. De esa muerte es responsable quien hizo el mortífero envío, y es responsable de ella por el hecho del envío y por el dolo que en él tuvo el día del envío.

Mas supóngase que al día siguiente dicho individuo sea víctima de una fiebre nerviosa, caiga en delirio, se vuelva absolutamente irresponsable, y que se encuentre en ese estado el día en que su víctima halla la muerte; pero

---

<sup>107</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 446.

que recobre luego la salud. ¿Podrá este disculparse del envenenamiento diciendo que en el día y en la hora en que ocurrió el momento consumativo del delito no era capaz de dolo?

En verdad que no, porque su responsabilidad nace del hecho que es la causa del resultado, aunque éste se halle alejado de aquél, y aunque entre uno y otro medie un espacio de tiempo o de lugar y participe la intervención de otras manos; y para juzgarlo responsable basta que él haya estado en dolo en el momento en que obró, y que su acción siga siendo causa de la lesión inferida al Derecho.<sup>108</sup>

Sin embargo, cuando el hombre que realizó un hecho del cual resultó la ofensa a la ley, no quiso ni previó la consecuencia, sino que sólo previó y quiso el antecedente, no hay dolo con respecto a la consecuencia. Si la consecuencia no prevista ni querida era previsible, hay culpa; si tampoco era previsible por el agente, se tiene caso fortuito.

#### **4. Culpabilidad culposa**

Igualmente para determinar que se está en presencia de esta forma de culpabilidad, es necesario establecer cuál ha sido la relación de causalidad psíquica (nexo psicológico), entre el autor y la producción antijurídica del tipo o resultado. Advirtiéndose que la conexión psíquica, en este caso, es imperfecta con el hecho; al contrario de como ocurre en la dolosa (cuando hay identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado).

---

<sup>108</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, vol. I, *op. cit.*, pp. 79-81.

Un crimen, atendiendo al fundamento que proporciona la determinación de la voluntad, puede ser cometido también por culpa. Entendida como la determinación ilícita de la voluntad para una acción y omisión, de la que surge la lesión jurídica, conforme a las leyes de la naturaleza, sin la intención de la persona.<sup>109</sup>

La realización culposa de un delito no es, ciertamente, una realización querida del mismo, pero sí una realización resultante de inadvertencia o de indiferencia en el cumplimiento de las obligaciones. El hecho aquí tiene sus raíces en una determinación de la voluntad que se caracteriza porque, si bien es cierto que con ella no se lesionan los intereses protegidos por el Derecho ni sus pretensiones, también lo es que no se ha querido evitar, como se debía, dicha lesión. Pero el Derecho no se satisface, en general, con la condición negativa de que nosotros no queramos tal lesión, sino que pide también que dirijamos de un modo positivo nuestra voluntad a evitar aquélla. Es evidente para los hombres escrupulosos y de consciencia despierta, la necesidad de dirigir sus cuidados a evitar dentro de lo posible colisiones con los intereses de los demás y con las pretensiones o exigencias del Derecho; ahora esto mismo se halla constituido dentro de ciertos límites, en objeto de obligación jurídica.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, *op. cit.*, p. 82.

<sup>110</sup> MERKEL, Adolph. Derecho Penal, *op. cit.*, p. 123.



#### 4.1 Culpa. Antecedentes

Ya expresaba von Liszt que “sólo de un modo gradual y lento se ha desenvuelto el concepto de la culpa (*Fahrlässigkeit*), como segunda forma de la culpabilidad. La Ciencia y la jurisprudencia se han ocupado preferentemente de delitos culposos aislados (*e.g.*, homicidio culposo). Por lo que, no debe extrañarnos que su evolución no se haya terminado aún, que su concepto unitario permaneciese extraño al Derecho romano<sup>111</sup> y, que aún en nuestro Derecho vigente se encuentren simultáneamente representadas diferentes fases de su desarrollo. La relación de la culpabilidad con el resultado producido es esencial para el concepto de la culpa, desde los escritores medioevales italianos”.<sup>112</sup>

Es a partir de las ideas de English (1930) que se incorpora a la culpa el deber de cuidado como elemento integrante al lado de la conexión causal de la acción con el resultado y la culpabilidad, destacándose la importancia del deber de cuidado y su observancia como punto de referencia para la culpa.

La culpa cobra sus bases de la previsibilidad<sup>113</sup> vinculada con un denominado vicio de la voluntad, a partir del cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible.

---

<sup>111</sup> Se dice que permaneció extraño al Derecho romano porque su concepto de culpa estaba enfocado propiamente al Derecho civil. Para algunos autores como Manzini y Alimena su origen se remonta a Adriano desapareciendo con Justiniano. Gran parte de la dogmática penal estima que no existió una concepción de culpa válida para el Derecho Penal, sino sólo con validez para las controversias de índole civil. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>112</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 417.

<sup>113</sup> Dice Carrancá y Rivas que el núcleo del concepto romano sobre la culpa está constituido por la previsibilidad. Con notable precisión se refieren a ella como *quid, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset cum periculum evitari non possit*. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 457, 458.

A lo largo de la historia se han planteado diversas teorías respecto de la culpa (objetivas, subjetivas, positivistas y finalistas).<sup>114</sup>

#### **4.1.1 De la fuerza moral subjetiva del delito**

Regresando a Carrara, en lo tocante, sólo la intención indirecta negativa hace surgir la culpa o el caso fortuito, según el criterio de previsibilidad. Es denominada indirecta negativa, pues el efecto posible no sólo no lo quiso el agente, sino que tampoco lo previó, en tanto que su inteligencia y su voluntad se hallaban en estado negativo.<sup>115</sup>

#### **4.2 Culpa. Concepto**

La culpa se define como la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

Decimos omisión voluntaria, porque si bien en los hechos culposos existe un vicio de la inteligencia, que no previó las consecuencias dañosas de un hecho, sin embargo, en su origen, este vicio de la inteligencia se remonta hasta la voluntad del agente, porque, por un vicio de la voluntad, no empleó la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer esas consecuencias siniestras. Si la culpa fuera mero vicio de la inteligencia, por lógica consecuencia no sería imputable, ni moral ni políticamente. Lo es precisamente porque la negligencia tuvo su causa en la voluntad del hombre.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Sobre este punto, consultar PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*, op. cit., pp. 122-124.

<sup>115</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, vol. I, op. cit., pp. 72, 73.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pp. 81, 82.

Cuando arrojo un cigarro encendido junto a un pajar, y causo el incendio de este: estoy en culpa si obro sin reflexionar y sin prever que el cigarro se ponga en contacto con el pajar, y pueda comunicarle el fuego. He omitido voluntariamente tener en cuenta con qué objetos iba a ponerse en contacto mi cigarro. El acto de arrojarlo es voluntario, pero no es voluntario el hecho de exponerme al riesgo de producir un incendio, porque éste no le he previsto. Y el hecho de haber pensado en el incendio, pero eliminando la idea como imposible, equivale a no haber previsto. Prever que no, pone el ánimo en posición idéntica a no prever.

Decimos consecuencias previsibles, porque la esencia de la culpa reside totalmente en la previsibilidad. Pero es preciso entender bien el concepto de previsibilidad, en este lugar, como cosa distinta de la previsión.<sup>117</sup>

Puede uno no prever de ningún modo una consecuencia que se ocasiona después. Puede uno preverla como posible, pero esperar evitarla, y después no conseguir evitarla. Se tiene la mera culpa, no sólo en la primera hipótesis, sino también en la segunda, siempre que no se haya obrado con el fin de causar daño. Si uno obraba con el fin de causar daño, en esta segunda hipótesis, el hecho es doloso, porque el dolo surge del primer fin. Pero si uno obraba con un fin inocente, con respecto al segundo efecto no hay más que mera culpa, porque tanto vale no prever un efecto, como prever que no sucederá.

---

<sup>117</sup> **Previsibilidad** -refiere Islas de González Mariscal- quiere decir que el sujeto tiene la posibilidad de prever la lesión del bien jurídico; mientras que previsión es el hecho psíquico real de prever la lesión del bien. Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª ed., p. 50.

Disparo mi arcabuz contra un animal salvaje; en la espesura del bosque que está detrás, se encuentra un hombre, y lo hiero. No preví en absoluto que aquel hombre estuviese allá; pero si yo podía preverlo, estoy en culpa: esta es la primera hipótesis. Disparo contra el animal; a gran distancia de él está un hombre; lo veo; hechos mis cálculos, preveo que, teniendo en cuenta la gran distancia a que el hombre se encuentra, el disparo no lo alcanzará; pero sucede que el disparo alcanza al hombre, y lo hiere; estoy siempre en mera culpa; ésta es la segunda hipótesis. Se equivocaría quien me imputase que yo había previsto la posibilidad de herirlo, y que por eso estoy en dolo; no: yo he previsto no herirlo; he errado en mis cálculos, y ahí está la culpa, porque era previsible lo que sucedió; pero sería erróneo identificar la previsión de no herir con la previsión de herir.

Disparé contra un hombre sin voluntad de matarlo y, en razón de la distancia, preví como cosa incierta que mi disparo ocasionaría su muerte; pero ésta, por lo demás, ocurrió: estoy en dolo determinado con respecto a la lesión, dolo que se convierte en indeterminado con respecto a la muerte. No puedo ser responsable de mera culpa, porque hay dolo en mi hecho, concurriendo la voluntad de causar daño. No puedo incurrir en dolo determinado, con respecto a la muerte, porque no la quise como fin necesario de mi acción, aunque la hubiese previsto como posible.

El que obre con el fin de causar daño a otro no puede nunca estar en mera culpa, porque, según la fórmula de la antigua práctica, la culpa en cuanto a la consecuencia, está informada por el dolo antecedente. Estará en la condición de dolo indeterminado si previó el efecto más grave y, sin embargo, lo quiso afrontar, obrando aun con riesgo de ocasionarlo, sin quererlo

precisamente; o estará en el estado de preterintencionalidad si no previó el efecto más grave, cuando podía preverlo.

El no haber previsto la consecuencia ofensiva, distingue la culpa del dolo, y el no haberla podido prever, diferencia el caso fortuito de la culpa.<sup>118</sup>

Si la esencia de la culpa reside en la previsibilidad<sup>119</sup> del efecto dañoso, pero no querido ni previsto por el agente, es menester inferir que el criterio con que se calcula el grado de la culpa (y con ello la medida de su imputación) debe deducirse, no de la mayor o menor posibilidad del efecto dañoso, sino de la mayor o menor previsibilidad de este efecto.

Formalmente, la culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. El resultado es previsible, cuando el autor hubiera podido y debido preverlo. El acto culposo es, por consiguiente, la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto, pero sí previsible.<sup>120</sup>

Y también aquí es necesario, como hace Liszt en el dolo, colocar al lado de la primera concepción una segunda esencialmente más extensiva: la

---

<sup>118</sup> CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, vol. I, *op. cit.*, p. 84.

<sup>119</sup> Por su parte, Cuello Calón indica que existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. Derecho Penal, parte gnal., T. I, Bosch casa editorial, 8ª ed., Barcelona, 1951, p. 325. Ver además CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 245.

<sup>120</sup> Sería erróneo considerar la culpa consciente como forma más grave de culpabilidad. En efecto, el autor prudente, el que con celo, examina previamente las consecuencias más remotas, y después de un atento examen, pero que le conduce a un resultado inexacto, desecha la causalidad, sería tratado incomparablemente con más rigor que el perezoso irreflexivo. Revisar LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 418, 419.

culpa es la ignorancia (*Nichtkennen*) evitable de un elemento esencial del concepto. Por consiguiente, el error evitable de subsunción motiva también la culpa. Esto mismo es aplicable a la ignorancia culpable de la ilegalidad, en cuanto ésta fue incluida por el legislador entre los elementos esenciales del concepto.

### 4.3 Culpa. Elementos de la

Feuerbach sostiene que la culpa necesita:<sup>121</sup>

a) objetivamente, a') de la existencia de una ley penal que conmine con la pena la lesión jurídica no dolosa, y b') de una acción exterior por la cual se devenga autor físico de un crimen;

b) subjetivamente, de una ilícita determinación de la voluntad, en el sentido de que la persona, si bien no haya dado lugar al crimen como objetivo de su voluntad, sin embargo, a') pueda haber sido, sin intención, causa del crimen, por contrariar su obligación conocida de evitarlo (deber de diligencia, cuidado, *diligentia*); b') como también por haber hecho u omitido arbitrariamente algo que se encuentre conectado causalmente con el origen de la lesión jurídica, y habiendo sido a este respecto consciente de esta conexión, o habiendo debido serlo en razón de la diligencia debida.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Para Castellanos Tena la culpa requiere de actuar voluntario (positivo o negativo); que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; que los resultados del acto sean previsibles y evitables y se tipifiquen penalmente; precisa, además, una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido. *Lineamientos elementales de Derecho Penal, op. cit.*, p. 247.

<sup>122</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, op. cit.*, p. 83.

#### 4.4 Culpa. Existencia de la

En su teoría orgánica de la culpa, von Liszt<sup>123</sup> resume que se requiere para su existencia de la:

a) Falta de precaución en la manifestación de voluntad; es decir, desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias. La medida del cuidado se determina, en general, según la naturaleza objetiva del acto emprendido, y no acorde al carácter particular del agente. La no aplicación (*Nichtanspannung*) de la atención, el no cumplimiento de lo debido, se presenta en el sentir de la terminología dominante, como una falta de voluntad.

b) Pero a la falta de precaución debe añadirse la falta de previsión; es decir, que debe haber sido posible al agente prever el resultado como efecto del movimiento corporal (aunque no sea más que en sus trazos generales) y reconocer la existencia de los restantes elementos esenciales del hecho.

En la apreciación de este problema debe tomarse por base las facultades mentales del agente, en general y en el momento del acto (agitación, embriaguez), y su mayor o menor perspicacia. La medida es aquí subjetiva, especial. Se trata de la capacidad mental del agente individual. Si ésta se afirma, la falta de previsión se presenta entonces como una falta de inteligencia.

---

<sup>123</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 419, 420.

c) Falta de sentido de la significación del acto; es decir, no haber reconocido, siendo posible hacerlo, la significación antisocial del acto, a causa de la indiferencia de la gente frente a las exigencias de la vida social.<sup>124</sup>

#### 4.4.1 Características de los delitos culposos

Los delitos culposos<sup>125</sup> se caracterizan por dos elementos, gracias a los cuales se les distingue, por una parte, de los delitos dolosos y, por otra, de la conducta exenta de culpabilidad.

a) En los delitos culposos no ha sido querida la realización de los caracteres constitutivos del correspondiente delito, o a lo menos la de alguno de ellos; y no ha sido querida por lo mismo que, respecto al carácter o caracteres referidos, ha existido error o ignorancia. De aquí proviene una antítesis, cuyos términos son, de un lado, el conocimiento y la voluntad, y de otro el hecho acontecido, antítesis que origina la exclusión del dolo.

b) Pero también en estos delitos se verifica la efectuación de los caracteres constitutivos del hecho por causa de una defectuosa disposición de la voluntad, o lo que es lo mismo, aún en ellos existen las condiciones o supuestos generales de la imputación. De donde resulta lo siguiente:

a') Que para que pueda hablarse de un delito culposo, es preciso que el error o la ignorancia fueran evitables, pues cuando el agente no

---

<sup>124</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 460.

<sup>125</sup> Por regla general, la comisión culposa de un delito origina un grado de culpabilidad tanto mayor cuanto más se aproxima a la comisión dolosa. Desde este punto de vista, para Merkel se distinguen dos grados de culpa o imprudencia: *levis y lata*. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 124, 125, 127, 128, 130, 131.



haya podido conocer las consecuencias y propiedades de sus acciones faltan los requisitos necesarios para la imputación.

b') Que el error y la ignorancia debieran haber sido evitables en aquellas circunstancias en que el agente se encontraba al tiempo de ejecutar el hecho. Es preciso, pues, que existieran situaciones reales, claras, por cuya observación hubiera llegado a comprender el agente que el ejercitar su conducta en una determinada dirección pudiera resultar peligroso para otras personas. Juega uno con un arma, descárgase ésta por sí misma y cae muerta una persona. Los hechos o situaciones concluyentes a cuya apreciación se alude, los constituyen aquí la índole del arma, de la que el agente sabía que estaba cargada, o de cuyo estado descargado no había procurado adquirir seguridad alguna, y la cercanía de otras personas.

c') Que el error o la ignorancia debieran ser evitables para el agente en la medida de sus fuerzas. La capacidad y alcances intelectuales de cada uno ponen restricciones a su responsabilidad jurídica. *Ultra posse, nemo tenetur.*

d') Que el error o la ignorancia debieran haber sido evitables para el agente, dada la medida del esfuerzo de sus energías espirituales, y dada aquella dirección de su atención que en determinadas circunstancias producen la conducta de un individuo que cumpla con sus deberes.

El error perteneciente a los delitos culposos suele ser considerado como un error culpable. Pero esto puede ser origen de una mala inteligencia. El error en sí no es aquí culpable ni punible. La pereza del pensamiento, la

ignorancia y la falta de curiosidad no son delitos. El que por arrojar algo desde una ventana hiere inadvertidamente a un transeúnte sufre pena, pero no la sufre por no haberse informado sobre quién y qué cosas se encontraba en la calle. Se imputa este hecho al agente, no por causa de su error, sino a pesar de su error.

Al error se le priva ahora de su significación de circunstancia eximente que tiene en otros casos, porque se halla conexas con una conducta voluntaria opuesto al deber, y se le pena porque esta conducta ha originado consecuencias dañosas para otros. De esta manera queda resuelta en sentido negativo la cuestión relativa a si la esencia de la imprudencia, inadvertencia o culpa ha de buscarse en un defecto de la inteligencia o en su caso, del conocimiento.

#### 4.5 Culpa lata, leve y levísima

Consiguientemente, sobre la norma de la previsibilidad se basa la división de la culpa en: lata, leve y levísima. Distinción ésta que se conoce desde el Derecho romano.<sup>126</sup>

Es lata,<sup>127</sup> cuando el resultado dañoso lo habrían podido prever todos los hombres; es leve, cuando solamente lo habrían podido prever los

---

<sup>126</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 461.

<sup>127</sup> La culpa "gruesa", o sea la temeridad (*luxuria*, culpa lata), o culpa más grave se caracteriza porque el agente tiene consciencia de la peligrosidad de su acción o, por lo menos, de la de semejante género de acciones; sin embargo, no creía que en el caso concreto de que se trata hubiera aquella producido consecuencias perjudiciales. Tiene su raíz esta culpa en la confianza que pone el hombre ligero, arriesgado, atolondrado, en que ha de acompañarle fortuna o destreza suficiente para salir bien en los casos en que andan comprometidos intereses ajenos. Tal es el caso en que un tirador, confiando en su habilidad, quisiera con un tiro lanzar la pipa de la boca a un campesino, pero en lugar de pegarle a la pipa, lo hace en la cabeza del labriego. MERKEL, Adolph. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 130, 131.

hombres diligentes; y es levísima, cuando se habría podido prever solamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común.<sup>128</sup>

Pero en el desenvolvimiento práctico de esta graduación surge una gravísima dificultad cuando se trata de determinar si, en los casos concretos, el grado de la culpa de un acusado deba medirse con un criterio subjetivo e individual, o bien con un criterio general y abstracto. Es fácil comprender que un mismo hecho puede representar una negligencia excusable en un aldeano ignorante e inculto, y una negligencia imperdonable y muy reprobable en un hombre instruido o de culta condición.

Ahora bien, como la ley humana nunca puede llevar sus exigencias hasta imponer a los ciudadanos cosas insólitas y extraordinarias, por ello no hay duda de que la culpa levísima no es imputable, por principio de justicia. Tampoco lo es por principio de política, porque en la omisión de una diligencia extraordinaria no concurre el elemento de la fuerza moral objetiva del delito, ya que no pueden alarmarse los ciudadanos porque alguien no emplee aquellas precauciones que no usa el común de las gentes, y que cada uno acepta que no emplearía en caso semejante.

Y respecto de las otras (lata, leve)<sup>129</sup> deben tener sanción inferior al dolo, mayor en la primera que en la segunda.

---

<sup>128</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, vol. I, *op. cit.*, p. 86.

<sup>129</sup> La culpa "inconsciente" o inadvertencia (*culpa levis*), que se caracteriza por no haber estado en la consciencia del agente la idea de la peligrosidad de su conducta, bien por causa de distracción, o por descuido o por estolidez. Tal es, por ejemplo, el caso cuando un farmacéutico distraído entrega, por efecto de un cambio de medicamentos, un medicamento distinto del solicitado, y el cual ha causado un daño en el caso que se supone. Para la apreciación y resolución de los casos correspondientes, hay que tener en cuenta la conexión más próxima o más remota que guarden las situaciones o hechos concluyentes, conocidos por el agente con la realización de los caracteres o elementos constitutivos del delito y además la fuerza de los motivos residentes en aquellos. MERKEL, Adolph. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 130.

## 4.6 Culpa. Clases

Atento en lo anterior se distinguen dos clases de culpa: la llamada consciente, con previsión, con representación o inmediata, y la denominada inconsciente, sin previsión, sin representación o mediata.

A la última, por cierto, solía clasificársele en lata, leve y levísima, según la mayor o menor facilidad de prever.

### 4.6.1 Culpa consciente

Indica Cuello Calón<sup>130</sup> que la culpa es consciente cuando el agente se representa como posible, que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán.

En este sentido, Zaffaroni<sup>131</sup> la define como aquella en que el sujeto activo se ha representado la posibilidad de la producción del resultado, aunque la ha rechazado en la confianza de que llegado el momento lo evitará o no acontecerá.

En términos similares, Pavón Vasconcelos<sup>132</sup> pronuncia que existe culpa consciente cuando el sujeto se ha representado la posibilidad de

---

<sup>130</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*, parte gnal., T. I, Bosch casa editorial, 18a ed., Barcelona, 1980, p. 470.

<sup>131</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 463.

<sup>132</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal mexicano*, *op. cit.*, p. 372.

causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción u omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan.

Lo anterior significa que el autor conoce el riesgo de producirse el resultado típico, no obstante lo cual ejecutaba la acción, confiando en poder evitarlo; pero, ya sea por valorar equivocadamente la fuerza causante del mismo, o por sobreestimar su propia aptitud, o por subestimar los derechos de los demás, lo cierto es que no puede evitarlo.<sup>133</sup>

Como ejemplo de esta especie de culpa, puede citarse el caso del manejador de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente, y pese a representarse la posibilidad de un atropellamiento impulsa velozmente la máquina, con la esperanza de que ningún transeúnte se cruzará en su camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y sin embargo, confiando en la no realización de evento, desarrolla la conducta.<sup>134</sup>

#### 4.6.2 Culpa inconsciente

La culpa inconsciente, en cambio, es en opinión de Jiménez de Asúa, la ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (saber y poder). Dicha ignorancia descansa en la lesión

---

<sup>133</sup> DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 347.

<sup>134</sup> Consultar CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 247. Para Feuerbach, la culpa inmediata, se presenta cuando la persona que provoca el crimen, emprende con otra intención la acción misma, siendo consciente de la conexión causal con un posible o probable resultado ilícito, o igualmente cuando haya omitido el mandato de aplicar el medio adecuado para evitarlo. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, *op. cit.*, p. 83.

de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido).<sup>135</sup>

“En este tipo de culpa, no hay un conocimiento efectivo del peligro que con la conducta, se introduce para los bienes jurídicos, porque se trata del supuesto en que el sujeto ha producido y debido representarse la posibilidad de producción del resultado y, sin embargo no lo ha hecho”.<sup>136</sup>

“Es pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada. Puede imaginarse el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar. El evento era indudablemente previsible, por saber todos lo peligroso del manejo de las armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado”.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal. La ley y el delito, Sudamericana, 3a ed., Buenos Aires, 1990, p. 378.

<sup>136</sup> ZAFFARONI, Eugenio; cit. por Carlos Daza Gómez. Teoría del delito, *op. cit.*, p. 349.

<sup>137</sup> Existe culpa mediata -dice Feuerbach- cuando la persona que con su propia acción haya provocado el crimen no haya sido consciente de la punibilidad o peligrosidad del mismo, pero haya hecho u omitido algo mediante lo cual -sea que lo haya previsto como posible o que con aplicación de la diligencia debida haya debido preverlo- se haya colocado o se haya mantenido en un estado en que pudo cometer el crimen sin dolo antijurídico ni culpa inmediata. Según lo precedente, la culpa mediata puede cometerse: a) mediante una acción con la cual la persona (sin intención criminal) se coloque en un estado en el cual se haga incapaz en general para determinarse conforme a las leyes penales; b) mediante la omisión del uso del medio y facultades cognitivas adecuadas exigidas al actor para la obtención de una correcta inteligencia de la característica de su acción, omisión en virtud de la cual: a') no se haya dado cuenta de la conexión causal de la acción peligrosa con el correspondiente resultado antijurídico como consecuencia de un error haya tenido por permitida una acción punible. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, *op. cit.*, p. 84.

### 4.6.3 Culpa consciente, dolo eventual y caso fortuito.

#### Distinción

Existe una “frontera sutil entre el dolo y la culpa: en el concepto elaborado por Covarrubias hay imprevisión; en el de Frank y Alimena, previsión; en ambos voluntariedad eventual. Zona intermedia entre dolo directo y culpa con previsión llama a esto Ferri, pues en la culpa con previsión hay la esperanza de que no se produzca el resultado antijurídico y en el dolo eventual la resolución de obrar aunque ocurra”.<sup>138</sup>

Según Merkel, esta especie de culpa está muy próxima al dolo eventual. Es común a la una y al otro la consciencia de la peligrosidad de la acción. Pero es propia del dolo la afirmación eventual de las consecuencias dañosas, mientras que cuando se trata de culpa grave la convicción de que aquellas consecuencias no han de producirse excluye la afirmación de las mismas. No son estas consecuencias lo que se quiere ahora, sino una acción que envuelve el peligro de engendrarlas. Por lo tanto, en tales acciones se juntan un dolo de peligro y una culpa en relación con la violación producida.

“La culpa consciente es muy semejante al *dolus eventualis*, para von Hippel, sólo que en éste decide el egoísmo y en aquella la ligereza”.<sup>139</sup>

A fin de establecer la distancia entre el dolo eventual y la culpa consciente -Plascencia Villanueva- parte de la teoría del consentimiento, la cual propone la existencia del dolo eventual cuando el sujeto consiente o acepta

---

<sup>138</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 446.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 461.

la producción del resultado, en tanto que si realiza la acción con la confianza de que el resultado no se produzca, se dará la culpa consciente o con representación.

“Acorde con la teoría de la probabilidad, si el sujeto consideraba probable la producción del resultado estaremos ante el dolo eventual. Pero si consideraba que la producción del resultado era meramente posible, se daría la culpa consciente. La teoría de la probabilidad prescinde a la hora de deslindar el dolo eventual y la culpa consciente de un elemento esencial del dolo: el elemento volitivo. El dolo es consciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. En el dolo eventual la relación de la voluntad con la realización de los elementos objetivos del tipo es menos intensa, pero es preciso que concurra un elemento emocional, que refleje la actitud del sujeto ante la posible lesión del bien jurídico”.<sup>140</sup>

Para Pavón Vasconcelos, en el dolo eventual se acepta el resultado, lo que implica voluntad, mientras que en la culpa consciente ni se quiere ni se acepta el mismo, eliminándose la voluntad respecto a la causación del resultado.

El jurista Franco Guzmán<sup>141</sup> distingue al dolo eventual de la culpa consciente, sosteniendo que en el primero: el agente no quiere el resultado, aunque se lo representa como posible, pero lo acepta (el resultado) en caso de que se presente. En la segunda: el agente tampoco quiere el resultado, se lo

---

<sup>140</sup> CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, parte gnal., Tecnos, 2a ed., Madrid, 1981, pp. 440 y ss.

<sup>141</sup> Apuntes sobre la Cátedra de “Teoría de la culpabilidad”, impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, División de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Derecho, de la UNAM, México, agosto-diciembre, 1996.



representa como posible, empero no acepta el resultado en caso de que se presente.

“El dolo eventual tiene en común con la culpa consciente que el autor se representa la realización del tipo como posible. Sin embargo, el concepto de dolo eventual requiere algo más que la representación de la posibilidad de la realización del tipo penal: cuando se actúa con dolo eventual, se afirma, se añade al actuar imprudente un dato que conlleva un *plus* de gravedad del ilícito debido a una decisión más grave del autor frente a la realización del tipo... La teoría que aparece en la actualidad como menos objetable teóricamente (para explicar el dolo eventual) es la mixta o ecléctica que combina la consciencia de la peligrosidad de la acción como un momento voluntario. Para esta teoría... concurre el dolo eventual cuando se actúa pese a haberse tomado seriamente en cuenta la posibilidad de lesión del bien jurídico. Es decir, cuando el autor cuenta seriamente con ella y se conforma con la misma”.<sup>142</sup>

Así pues, la trascendencia de la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente radica -para Díaz Aranda- fundamentalmente en la pena que se impondrá al sujeto activo del delito. Pero además de repercutir en la punibilidad, la problemática del dolo eventual ha cimbrado las bases del concepto tradicional del dolo<sup>143</sup>, en cuanto a su elemento volitivo, pues surge la

---

<sup>142</sup> Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, José Miguel Zugaldía Espinar, T. XXXIX, fasc. II, Madrid-España, mayo-agosto, MCMLXXXVI, “la demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”, pp. 395-422.

<sup>143</sup> Entendido -según Díaz Aranda- como “el conocimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo y la voluntad para realizarlos”.

interrogante de que si tal elemento volitivo será imprescindible también para sancionar una conducta a título de dolo eventual.<sup>144</sup>

Las llamadas teorías cognitivas y las volitivas, al respecto, han establecido criterios diferenciadores de las conductas doloso eventuales y de las realizadas con culpa consciente. Las teorías cognitivas más conocidas son la de la representación y la de la probabilidad. Las volitivas: las del consentimiento y las del sentimiento.<sup>145</sup>

Por su parte, v. Liszt recurre al error inevitable para su distinción, anota que la culpa descansa en un error relativo a la significación -causante o no impediendo del resultado- de la manifestación de voluntad, o en el conocimiento defectuoso de los elementos esenciales del hecho. En esto se halla su diferencia respecto del dolo. Pero ese error y esta falta sólo justifican la admisión de la culpa cuando hubieran podido y debido ser evitados. En esto se halla la diferencia entre la culpa y el caso fortuito (*Zufall*). El error sólo excluirá, pues, la culpa, cuando sea inevitable, es decir, cuando según las condiciones del agente, le sea imposible obtener la representación de la importancia de su manifestación de voluntad.<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> *Criminallia*, Enrique Díaz Aranda, año LXIII, núm. 2, México, mayo-agosto, 1997, Porrúa, Academia Mexicana de Ciencias Penales, "Teorías del dolo eventual", pp. 47-64.

<sup>145</sup> Las teorías cognitivas ofrecen la facilidad de constatar o deducir de datos externos la concurrencia del conocimiento al momento en que el autor realiza la conducta. Por ende, para estas teorías no importa cuál es la actitud interna del sujeto frente al hipotético resultado. Lo anterior tiene como virtud que "no confronta al sujeto con algo que "no" tuvo en cuenta en el momento de actuar, sino que tiene por cierto algo real; es decir: lo peligroso que al sujeto le parecía el comportamiento que llevaba a cabo". *Ibidem*, pp. 56-58. Para las teorías volitivas el título de imputación doloso requiere que el sujeto posea información sobre el peligro para el bien jurídico y, además, debe "aceptarla o admitirla" y hacerla el fundamento de su acción, solo así se puede afirmar que el sujeto ha querido. *Ibidem*, p. 60.

<sup>146</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 420.

“En el Derecho romano –advierte Carrancá y Rivas- culpa y *casus* quedaron asimilados: *casus idest negligentia*. Para Carrara el no haber podido prever distingue el caso de la culpa, esto es, uno y otro son distintos en razón de la previsibilidad por parte del sujeto, por más que siempre se dé un *minimum* de culpa en el caso, *minimum* que sin embargo no debe ser reprochable.

La imposible previsibilidad forma, entonces, parte esencial de la noción del caso: por fuerza mayor debe entenderse, no solamente el efecto natural que no puede imputarse al hombre, no sólo lo que acontece fuera de una cosa, sino también lo que sucediendo por efecto de nuestra voluntad, está aún más allá de los límites de aquella previsibilidad que es humanamente posible (Alimena). El criterio de impunidad en el *casus* está, por esto, mantenido por la *communis opinio* sin excepción. La divergencia se dibuja tan sólo cuando se trata de los daños derivados de él. La Escuela Positiva ha sostenido al respecto que entonces el Estado debe indemnizar.

No otra cosa que mero accidente, hecho casual o contingente es el caso fortuito, desde el punto de vista del sujeto a quien no puede imputarse ni intención (dolo) ni imprudencia (culpa), por lo que el elemento psíquico del delito se encuentra, desde luego, ausente y por ello, ausente también la voluntad; constituye por esto el caso, el límite mínimo de la culpabilidad. En cuanto a la fórmula legal cabe señalar que, al referirse a la ejecución de un hecho lícito con todas las precauciones debidas, tan defectuosa formulación imposibilita prácticamente la justificación de un mínimo de culpa o sea que se deja el caso fuera de lo normal humano. Pero debe entenderse que lo esencial en el caso es que el azar, la casualidad, lo contingente, en una palabra, lo

accidental, ajeno a la normal previsión humana, produzcan el evento dañoso, no obstante un *minimum* aceptable de imprevisión”.<sup>147</sup>

Después de lo revisado nos resta tratar sobre los problemas que enfrenta el Sistema Clásico del delito, en cuanto a la culpa.

#### 4.7 Problemas en la culpa

Ya que la culpabilidad en el Sistema Clásico del delito era sustentada en el nexo psicológico, en la culpa ese nexo consistía en la “previsibilidad” del posible resultado por parte del sujeto activo, quien sigue adelante con su conducta confiando en que no se producirá dicho resultado, mas éste sí se verifica. Esa previsibilidad anterior al hecho servía para sostener la existencia de un nexo psicológico “defectuoso” entre el sujeto activo y el resultado, pues el resultado obtenido no había sido el querido por el sujeto activo y por ello se debía sancionar con una pena menor.

##### 4.7.1 Culpa consciente

Si la sanción de la culpa estaba justificada en el aspecto objetivo por la causación de un resultado típico (disvalor del resultado) y en el aspecto subjetivo, por el nexo psicológico defectuoso entre lo que se había representado el autor y el resultado no querido (culpabilidad culposa) entonces podía sustentarse la culpa de quien viola cualquier deber de cuidado por el

---

<sup>147</sup> En nuestro Derecho, anota Carrancá y Rivas, el caso fortuito fue considerado como causa de exclusión de la responsabilidad penal. A partir de la reforma (al art. 15, fr. X, del C.P.) del 10 de enero de 1994 se le tuvo con acierto como una forma de exclusión del delito (concordando con la dogmática en cuanto a que lo que hay es ausencia de culpabilidad). *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 464, 465.

hecho de haberse representado y desechado la posible verificación de un resultado típico, el cual efectivamente acaece.

Así, por ejemplo, el vacacionista que conduce su vehículo por la autopista X, observando todos los deberes de cuidado propios de la conducción de un automotor, pero que en un tramo y momento determinado acelera y sobrepasa en 20 km/h el límite de velocidad fijado en las señales, recordando que un día anterior vió en las noticias que en esa zona se habían verificado múltiples accidentes y pese a haberse representado las lesiones que sufrirían él y sus acompañantes si llegara a chocar, confía en que no se producirá el resultado y manteniendo un exceso en la velocidad límite indicada, choca de frente con otro auto en la curva inmediata dado que éste de modo indebido invadió su carril. Verificándose, consiguientemente el resultado de lesiones del vacacionista y de sus acompañantes. En el supuesto expuesto y siguiendo los postulados del Sistema Clásico podríamos sostener la culpabilidad culposa del vacacionista por el delito de lesiones, pero al recurrir al criterio (normativo) de la <<infracción del cuidado debido>> tal culpabilidad quedaba excluida; rompiendo, en suma, con la fundamentación psicológica en que hacía descansar el Sistema Clásico a la culpabilidad.<sup>148</sup>

Afortunadamente tiempo más tarde Welzel logró introducir, gracias al concepto de conducta social y a nuevos criterios dogmáticos como el del “riesgo permitido” elaborado por Engisch en 1930; el concepto de “desvalor de la acción” que ayudaría a solucionar supuestos como el anterior sin tener que llegar hasta la culpabilidad.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*, una introducción a la doctrina de la acción finalista; Trad. José Cerzco Mir. Ariel, Barcelona, 1961, pp. 34-36.

<sup>149</sup> Recientemente, a través de la teoría de la imputación objetiva, supuestos como aquél quedan excluidos

#### 4.7.2 Culpa inconsciente

Fue en la culpa inconsciente donde fracasó rotundamente el concepto psicológico de culpabilidad al no encontrar cuál era en ésta el nexo psicológico entre el autor y el resultado. En efecto, la culpa inconsciente se caracteriza por la “falta de previsibilidad de un posible resultado típico”, luego entonces, sin la existencia del nexo psicológico entre el autor y su hecho no había forma de sustentar la culpabilidad.<sup>150</sup>

Tales postulados del Sistema Clásico podrían llevarnos a resultados inconcebibles; por un lado, a la culpabilidad culposa del vacacionista por el delito de lesiones al haber previsto un resultado y haber infringido, aunque en muy poco, un deber de cuidado (culpa consciente) y; por otro lado, de excluir la culpabilidad de quien conducía en sentido contrario por el simple hecho de no haberse representado los posibles resultados de su conducta altamente riesgosa (culpa inconsciente), premiando de ese modo al conductor que ni siquiera tuvo el más mínimo cuidado y consciencia de lo peligroso de su actuar.

Indudablemente -asevera Liszt- la culpa inconsciente ofrece dificultades para su construcción como forma de culpabilidad, que sólo pueden ser vencidas si se vuelve al valor material de la culpabilidad<sup>151</sup> y si se considera

---

desde el análisis del tipo objetivo.

<sup>150</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 198, 199.

<sup>151</sup> El contenido material de la culpa, como especie de la culpabilidad, consiste en que el autor no ha reconocido, siéndole posible hacerlo, la significación antisocial de su acto, a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social. Por tanto, en último término, se presenta la culpa como una falta de sentido. LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 418-420.

la no previsión del resultado como consecuencia de la indiferencia del agente ante las exigencias de la vida social.

Por cierto, y a propósito de la que se denomina culpa sin representación del resultado, puntualiza Carrancá y Rivas "a mí me parece que no es dable en la realidad. Si yo manejo mi automóvil en una carretera sinuosa, con exceso de velocidad, en estado de embriaguez y con los frenos en pésimo estado, y digo además que no me representé el resultado, soy de plano ininputable por tener un coeficiente intelectual mínimo. Lo que afirmo es que *a fortiori* me debo representar el resultado (resultado abstracto), es decir, visualizar que lesionaré, o privaré de la vida, o causaré daño en propiedad ajena a un tercero o terceros. En el dolo, en cambio, sé y conozco el resultado (concreto). Lo quiero, lo prohijo".<sup>152</sup>

#### 4.8 Causas de exculpación

El Sistema Clásico no pudo explicar sistemáticamente por qué debía quedar excluida la culpabilidad frente a los supuestos de estado de necesidad exculpante<sup>153</sup> y a los de miedo insuperable.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Código Penal anotado*, Porrúa, 22a ed., corregida, aumentada y puesta al día, con comentarios y concordancias, jurisprudencia común y federal, legislación comparada mexicana y extranjera e índice general analítico, México, 1999, p. 42.

<sup>153</sup> También denominado estado de necesidad disculpante o estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, se diferencia del estado de necesidad justificante porque aquí el bien jurídico es de mayor jerarquía que el interés sacrificado. Tratándose de intereses o bienes iguales, la doctrina presenta diversas soluciones. Según algunos, el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable en función de la no-exigibilidad de otra conducta; para otros debe existir un perdón o una excusa -criterio este último compartido por Castellanos Tena-. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 272, 273. La descripción normativa del estado de necesidad que plantea el sacrificio de un bien jurídico de idéntica jerarquía a la del bien preservado, constituye una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta conforme al Derecho, toda vez que en estas situaciones conflictuales es inhumano pretender un comportamiento heroico o excepcional. VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, *op. cit.*, pp. 296, 297.

<sup>154</sup> "Miedo, de *metus*, significa inquietud, ansiedad; es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o

Es decir, al presentarse en el estado de necesidad exculpante un nexo psicológico entre el autor y su hecho, surge una culpabilidad dolosa y, sin embargo, dicha culpabilidad perfecta (pues el autor consigue el resultado deseado) debía quedar impune.<sup>155</sup>

Así sucede con el ejemplo de la tabla de Carneades, donde la culpabilidad dolosa perfecta del náufrago que quiso y efectivamente mató al otro, queda excluida por la existencia de un estado de necesidad exculpante.<sup>156</sup>

O en el caso del náufrago (de la medusa) que mata a otro náufrago para comerse su carne y poder sobrevivir. Consecuentemente, el análisis de la culpabilidad del sujeto en dicho supuesto no sólo se sustenta en datos subjetivos, sino también en los objetivos que rodearon al hecho, como son la verificación de la inexistencia de otro medio de salvamento. Resultando relevante que el Sistema Clásico, a nivel de culpabilidad, no valoraba las circunstancias objetivas que rodearon a una causa de exculpación.<sup>157</sup>

De la necesidad de una fundamentación distinta capaz de superar dichos obstáculos aparece la concepción normativa mixta.

---

mal que realmente amenaza o que se finge en la imaginación. Temor, de *timor*, es temor o espanto, pasión del ánimo que hace huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas o peligrosas. Octavio Vejar Vázquez opina que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de afuera para adentro". CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 499. "El miedo insuperable es un estado psíquico que puede lograr la paralización total del sujeto; insuperable significa superar a la exigencia media de soportar males y peligros". DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 271.

<sup>155</sup> *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado*, Olga Islas de González Mariscal, Oaxaca-México, 1990, Ed. Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, "El dolo en el Derecho Penal", en *Jus Semper*, pp. 35, 36.

<sup>156</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 586.

<sup>157</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 198, 199.



## II. La culpabilidad en el Sistema Neoclásico del delito

La causa de la reestructuración del concepto de delito operada por el Sistema Neoclásico radicó en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. Así por ejemplo, el tipo del hurto, requiere algo más que la sustracción -objetiva- de una cosa mueble ajena, que en cuanto privación o desposesión temporal de la cosa es por regla general jurídicopenalmente irrelevante; sin el elemento anímico-interno del ánimo de apropiación no se puede abarcar adecuadamente el modelo del hecho del hurto y el injusto del mismo. Por eso la doctrina se vio obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto.

Por otra parte, también se puede perfectamente afirmar que la culpabilidad, en casos como las situaciones de estado de necesidad, depende de circunstancias objetivas, y en la imprudencia inconsciente, que entonces se concebía como forma de culpabilidad, es incluso dudoso que en ella se pueda encontrar un elemento volitivo.

De ese modo, el concepto de delito denominado hoy mayoritariamente "neoclásico", que era dominante hacia 1930 y que encontró su mejor expresión en el manual de Mezger pudo ciertamente mantener en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva y afirmar el dolo y la culpa como formas de culpabilidad, pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha diferencia se halló -y ello supone una evolución

fundamental- en la distinta forma de valoración: al afirmar la presencia del injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social, y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la reprochabilidad. El entendimiento de la culpabilidad como "reprochabilidad" es lo que caracteriza al denominado concepto normativo de culpabilidad, que se ha impuesto de modo general y solamente en los últimos tiempos está siendo sometido a modificación y ulterior desarrollo.

### 1. El Sistema Neoclásico del delito

El Sistema Neoclásico estaba basado predominantemente en la filosofía de los valores neokantiana,<sup>158</sup> muy influyente en las primeras décadas de nuestro siglo (Windelband, Rickert, Lask), y que, apartándose del naturalismo, quiso devolverles un fundamento autónomo a las Ciencias del espíritu, considerando que su peculiaridad consiste en que se debe referir la realidad a determinados valores supremos en los que se basan las respectivas disciplinas, configurarla y delimitarla mediante los mismos y sistematizarla desde el punto de vista de dichos valores.

Partiendo de esa perspectiva es consecuente interpretar el injusto y la culpabilidad desde los criterios valorativos de la dañosidad o nocividad social y de la reprochabilidad, como también ocurre hasta hoy de modo importante a efectos prácticos en la mayoría de los proyectos sistemáticos.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> Las ideas neokantianas, conjugadas con el método científico-naturalístico del observar y describir restauraron una metodología propia de las Ciencias del espíritu caracterizada por el comprender y el valorar. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>159</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 198-200.

## 1.1 Bases histórico-intelectual y filosófica del Sistema Neoclásico del delito

El neokantismo -anota Schünemann-<sup>160</sup> constitutivo de la segunda fase de elaboración del sistema del Derecho Penal, conduce a una renormativización. Su dominio abarcó hasta el año 1930.

Mientras que el naturalismo dominó en Derecho Penal a partir de la aparición de la primera edición del Tratado de von Liszt en 1881 durante dos decenios aproximadamente, poco después del cambio de siglo se abrió ya una nueva fase del pensamiento jurídico-penal, a lo largo de la cual se puso al descubierto la ingenuidad teórica del naturalismo y se sentaron las bases para su superación. El empuje necesario para ello se obtuvo por el influjo de la filosofía neokantiana: en especial, en la concepción de la escuela sudoccidental alemana de Baden, Baden.

Dicha influencia hizo que el Derecho Penal se separara en gran medida, en cuanto a su método, de las Ciencias naturales, pues se trataba ahora de un Derecho referido a fines y a valores. La aparente armonía de la sistemática anterior se ve grandemente convulsionada: el mismo concepto de acción, como objeto de regulación de las normas jurídico-penales (de Liszt, Beling y Radbruch), fue enjuiciado por no responder a esas nuevas exigencias teleológicas y valorativas. El concepto avalorado o neutro de tipo de Beling es rechazado, primero por Mayer y luego por Mezger, al considerarse en su estructura también elementos "normativos". En atención a los "bienes jurídicos" que el Derecho penal protege, junto al concepto puramente "formal"

---

<sup>160</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 43.

ahora se habla de un concepto "material" de antijuridicidad, en la medida en que la conducta lesione (delito consumado) o ponga en peligro (delito tentado) algún bien jurídico. Esa lesión o puesta en peligro sirvió para graduar el injusto e indudablemente influyó para la graduación de la pena,<sup>161</sup> la que se completaba con la consideración determinante de la culpabilidad, misma que, igualmente por la influencia neokantiana, es atendida ya no psicológicamente sino "normativamente" como reprochabilidad -a partir de Frank (1907)-, y se liga con la concepción kantiana de la "retribución" por el contenido "ético" que el reproche lleva.

Mediante la influencia neokantiana se dio nuevo impulso a la vieja noción de que del ser no se deriva ningún deber-ser (o, en otras palabras, de que jamás pueden hallarse baremos normativos para la valoración de la realidad por medio de un análisis empírico de la misma). A tal <<falacia naturalista>> en la resolución de problemas de contenido, clara desde un punto de vista neokantiano, le correspondía, en el plano sistemático, el error consistente en construir el sistema predominantemente a base de conceptos empíricos, en lugar de hacerlo sobre los valores esenciales para el Derecho Penal.

Sin duda, esta crítica al naturalismo en Derecho Penal, se impone en consecuencias, pero desde el punto de vista actual precisa de algunas matizaciones. En efecto, la concepción jurídico-penal de von Liszt no se basaba meramente en una burda falacia naturalista, sino que lo que sucedía

---

<sup>161</sup> Al subjetivizarse la antijuridicidad, por el reconocimiento de los llamados "elementos subjetivos del injusto", resulta ya insostenible la distinción anterior entre lo objetivo y lo subjetivo del delito. Cita en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad", *op. cit.*, pp. 393, 394.

simplemente es que, para la superación del <<fosó existente entre el ser y el deber-ser>>, se sirvió de un instrumento deficiente, a saber, el positivismo legal.

En sí, la función de la Ciencia del Derecho, como la de cualquier otra Ciencia, consiste también en definir en términos operativos las elaboraciones teóricas de que se sirve en los más elevados niveles de abstracción del sistema; lo que implica recurrir a un lenguaje de observación <<naturalístico>> y, de este modo, <<desnormativizar>>.

Para aclarar estos razonamientos de teoría de la ciencia, Schönemann recurre a un ejemplo concreto, si el estado de necesidad excluye la antijuridicidad o meramente la culpabilidad, es una cuestión relevante para la punibilidad y, por tanto, con un contenido material; por ejemplo, de ella depende la posibilidad de que la persona agredida en estado de necesidad disponga o no de legítima defensa. Sin embargo, es evidente que el juicio de valoración jurídica necesario para resolverla sólo puede formularse razonablemente cuando ambas alternativas (esto es, justificación y exclusión de la culpabilidad) están referidas a valores (aunque, claro está, en términos diferentes). Pues bien, en el sistema de von Liszt y Beling ello, ya de antemano, no es cierto para el caso del concepto de culpabilidad. En efecto, la <<relación psíquica del autor con el hecho>> había de ser, desde luego en la forma de culpabilidad dolosa, una circunstancia determinable empíricamente, desde la cual no resulta posible tender un puente hacia la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma por la intensidad de la presión motivadora (que es lo que subyace a las situaciones de estado de necesidad). Así pues, en el sistema naturalista no se daba más posibilidad que clasificar a

dicho estado de necesidad entre las causas de justificación (alimentadas con valoraciones completamente diferentes) (así von Liszt) o desterrarlo, bajo la denominación de <<causa de exclusión de la pena>>, al trastero desordenado de la dogmática del Derecho Penal (Beling).<sup>162</sup>

La resolución del “nudo gordiano del estado de necesidad” sólo se hizo posible porque, además de la antijuridicidad, también el nivel sistemático de la culpabilidad había experimentado una nueva interpretación, concretamente en forma de sustitución del concepto psicológico de culpabilidad por el concepto normativo de culpabilidad. El entendimiento de la culpabilidad como relación psíquica del autor con su hecho no había podido dar acogida sistemática a las causas de exculpación, era incapaz de hacer comprensible el carácter culpable de la imprudencia inconsciente (en la que precisamente falta una relación psíquica del autor con el resultado).

Por todo ello, la propuesta de Frank de acoger la <<reprochabilidad>> como esencia de la culpabilidad, presentada en un principio de forma incidental, se impuso en brevísimo tiempo, estableciendo una sede sistemática común para las figuras, hasta entonces más bien dispares, de la imputabilidad, el dolo, la imprudencia, y las causas de exclusión de la culpabilidad, antes erróneamente entendidas, por lo general, como causas de justificación o de exclusión de la pena. El descubrimiento de una idéntica referencia a valor y, con ello, de la proximidad axiológica de circunstancias completamente diversas en el plano ontológico fue, pues, la innovación decisiva del concepto normativo de culpabilidad, mediante el cual se extendió la mirada a relaciones que hasta entonces habían pasado desapercibidas. En

---

<sup>162</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 48, 49.

medio de un empuje claramente antipositivista se desarrolló la concepción de una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad asentada sobre la noción de inexigibilidad y, bajo el criterio rector de la <<reprochabilidad>>, se planteó abiertamente la cuestión, antes ampliamente ignorada, de la relevancia del error de prohibición, lo que habría de ser mucho más rico en consecuencias para el futuro.

A pesar de que el pensamiento neokantiano, por comparación con el naturalismo, supuso una verdadera revolución en el sistema y el método de la Ciencia del Derecho Penal, sus consecuencias en cuanto a la clasificación y sucesión de los cuatro niveles fundamentales del sistema del Derecho Penal fueron sorprendentemente limitadas. La acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, así como el grupo, significativamente reducido, de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la pena, se mantuvieron como elementos básicos del sistema y, además, en el mismo orden.

Desde luego, el viejo criterio naturalista de división, consistente en asociar el lado objetivo del hecho al tipo y el subjetivo a la culpabilidad, hubo de soportar algún menoscabo. Así, por ejemplo, cuando Hegler y Mezger probaron la existencia de elementos subjetivos (como el ánimo de apropiación, en el hurto) de los que dependía la propia antijuridicidad del hecho (los llamados elementos subjetivos del injusto); o cuando -en cierto modo, en contraposición a lo anterior-, a partir de la nueva determinación por Frank del concepto de culpabilidad, se reconoció la existencia de elementos de la culpabilidad configurados objetivamente (como la maternidad

extramatrimonial), en los que el legislador estimaría suficiente la concurrencia objetiva de la situación, como tal, para excluir o atenuar la reprochabilidad.<sup>163</sup>

En especial, el dolo y la imprudencia continuaron incluyéndose en el plano sistemático de la culpabilidad, como <<formas>> o <<elementos>> de la misma.

## 1.2 Concepción normativa-psicológica o mixta de la culpabilidad

El conocimiento psicológico de culpabilidad fue sustituido en el primer decenio de este siglo a través del concepto normativo de culpabilidad.<sup>164</sup>

Como “pionero en el sentido de esta nueva... concepción”, está el trabajo de Frank “*Über den Aufbau des Schuldbegriffes*”, 1907. Frank partió de la observación que el reconocimiento progresivo del estado de necesidad exculpante<sup>165</sup> no era explicable a través del concepto psicológico de culpabilidad: “pues el concepto de culpabilidad no comprende nada más que la suma de dolo y culpa, estos consisten en la producción consciente o descuidada del resultado, luego queda totalmente incomprensible cómo la culpabilidad puede ser excluida por el estado de necesidad. Pues también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace. Negarle el dolo... sería sencillamente ilógico”. Resaltó la insuficiencia de la concepción de que la imputabilidad

<sup>163</sup> *Ibidem*, pp. 50-53.

<sup>164</sup> En virtud de las críticas a la teoría psicologista de la culpabilidad, surgió la teoría normativista propiciada por las ideas de Frank (1907), Goldschmidt (1913 y 1930), Freudenthal (1922), Hegler (1930) y Mezger (1931). PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>165</sup> En este sentido *vid* STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 163.



fuese “presupuesto de la culpabilidad” (esto es, presupuesto para dolo o culpa: “Pues también un enfermo mental puede querer la acción y representarse las características que la convierten en delito, aún puede saber qué es un delito”; la imputabilidad “no es presupuesto de culpabilidad, sino pertenece a la culpabilidad”. “Otro argumento, no aducido por Frank, pero muy discutido en contra del concepto psicológico de culpabilidad consiste en que en la culpa consciente no es comprobable una relación psíquica del autor con el resultado: si se quiere mantener su carácter de culpabilidad, se tiene que recurrir a otro concepto”.<sup>166</sup>

Según Frank, en la culpabilidad, el dolo y la imprudencia importan sólo indirectamente; la culpabilidad será la reprochabilidad de un comportamiento, dividiéndose, a su vez esta reprochabilidad, por de pronto, en hechos -en parte estandarizados- “constitución psíquica normal”, más “relaciones psíquicas” con el hecho, más “configuración normal de las circunstancias en las que el autor actúa”.<sup>167</sup>

Con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto resultó imposible la delimitación de la antijuricidad y la culpabilidad, conforme al criterio tradicional que refiere aquélla al aspecto objetivo de la acción y ésta al subjetivo. Pero se descubrió en la reprochabilidad un elemento normativo que permitió diferenciar desde entonces, también desde el punto de vista

---

<sup>166</sup> ROXIN, Claus. Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal, *op. cit.*, pp. 116-118.

<sup>167</sup> Cita en JAKOBS, Günther. Derecho Penal, *op. cit.*, p. 569. Al efecto, James Goldschmidt expone que para Frank, además de la imputabilidad, del dolo o de la culpa, es de especial relevancia el estado de normalidad de las circunstancias bajo las que obra el autor. La concepción normativa de la culpabilidad. Depalma, s.n.ed., Buenos Aires, 1943, pp. 3 y ss. Asimismo *cf.* DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría del delito, *op. cit.*, p. 46.

material, la culpabilidad del injusto (lesión de un bien jurídico). Dolo y culpa, especies de la culpabilidad, pasan a convertirse en formas de ésta.<sup>168</sup>

El concepto normativo de culpabilidad<sup>169</sup> es una mera ampliación de la relación, elaborada por Radbruch, entre hecho y desaprobación jurídica (Radbruch: actitud antisocial; Frank: reprochabilidad), con la salvedad de que Frank abandona la limitación a dolo e imprudencia. La misma reprochabilidad sigue siendo un concepto de recogida, sin función propia. Lo cual sólo se modificará con los intentos de integrar el fundamento de la pena en el concepto de culpabilidad. Así, Hegler trata de hacer fructífero el concepto ateniéndose en la culpabilidad a si el autor ha sido “dueño” de su hecho, y de éste “en sus características propias, según sus cualidades jurídicamente significativas”. Este dominio en realidad conocimiento o cognoscibilidad del injusto material, unido a la imputabilidad y a la falta de causas de exculpación, será presupuesto necesario de la pena, “porque la imposición del mal que la pena supone, como tal mal, sólo aparece justificada frente a aquél que ha dominado por entero su hecho socialmente dañoso”. Normativo es el reproche, fácticos son los presupuestos del reproche, pero no es ésto lo que interesa en primer plano, sino la orientación de los presupuestos a los requisitos del reproche.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*; Trad. Juan Córdoba Roda, Bosch casa editorial, Barcelona, 1959, p. 9.

<sup>169</sup> “No puede haber duda alguna –asevera Zaffaroni– de que la culpabilidad normativa tiene un origen claramente aristotélico. Scarano encuentra el antecedente no sólo en Aristóteles, sino incluso en algunos prácticos italianos y en Carmignani. Carmignani hace claras referencias al reproche. La concepción normativa encuentra sus precedentes inmediatos en Adolf Merkel, quien concibió a la culpabilidad como contradicción al deber en 1889 y M. Mayer le sigue en 1901. Beling caracteriza con mayor claridad al juicio de valor como un elemento constitutivo de la culpabilidad, señalando un doble concepto de la misma: como “imputación” el uno y como “desvalor jurídico de la conducta” que funda la responsabilidad, el otro. Con singular fuerza Dohna enfrenta la tentativa de Radbruch, dos años antes del famoso trabajo de Frank. Frank en 1907 redondea el concepto valorativo de la culpabilidad. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, parte gnal., T. IV, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1998, p. 20.

<sup>170</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 570.

Por otra parte, dice Frank que la gravedad de la culpabilidad dependerá de la medida de libertad, la que igualmente influirá para la graduación de la pena, de suerte que a mayor libertad mayor pena, y viceversa, a menor libertad menor pena, en virtud de menor culpabilidad.

Ahora bien, si la pena es retribución, ella sólo será exigible a aquel a quien se le puede reprochar lo que hizo; y ese reproche, como se ha dicho, puede hacérselo tanto a quien actúa con dolo como a quien lo hace con culpa, de este modo se engloban en un solo concepto tanto el “objeto” de reproche como el “juicio” de reproche, lo cual va a constituir posteriormente un blanco de la crítica de la teoría finalista.<sup>171</sup>

Continuando el pensamiento de Frank, en 1913 James Goldschmidt, propone situar, junto al hecho psíquico de dolo e imprudencia, un elemento normativo de la culpabilidad, la “contrariedad a deber”; esta contrariedad a deber sería una infracción de una “norma de deber” y decaería en caso de exculpación análogamente a como ocurre en la situación justificante. Esta situación exculpante se describe, generalizando, como “motivo subjetivamente predominante y aprobado” como situación “en la que... al autor no se le podría exigir, de acuerdo con las circunstancias, someterse al motivo de cumplir el deber”. De tal manera Goldschmidt ha configurado un principio teleológico de las causas de exculpación, un principio que, lógicamente, como no se sujete estrictamente al Derecho positivo, tiene una considerable virtualidad perturbadora. La inexigibilidad del

---

<sup>171</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *op. cit.*, p. 394.

comportamiento conforme a Derecho se puede hacer aparecer admisible en múltiples situaciones singulares, sin que sea tolerable en general.<sup>172</sup>

Para fundamentar el concepto normativo de culpabilidad,<sup>173</sup> parte Goldschmidt de la distinción entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) y norma de deber (*Pflichtnorm*), y señala que la contravención a la norma de deber<sup>174</sup> es lo que da contenido a la culpabilidad, pues es ahí donde juega papel importante el elemento de la "normal motivación": es decir, el reproche se hace por no haberse dejado motivar por la representación del deber. La gravedad de ese reproche dependerá, siguiendo a Frank, también de la medida de libertad.

Freudenthal (1922), tercer autor que contribuye en el desarrollo de esta teoría normativa, considera que las circunstancias concomitantes no se hallan en la culpabilidad separadas del dolo y de la culpa, sino que los integran, o sea que el dolo penal incluye un momento ético. La esencia de la culpabilidad radica en el desprecio a una conducta porque su autor pudo y

<sup>172</sup> Cit. por JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 570, 571.

<sup>173</sup> La concepción normativa mixta de la culpabilidad intentó incluir la totalidad de los elementos psíquicos del hecho bajo un solo concepto material que permitieron la valoración de la parte interna del hecho y la hicieron comprensible, así como la definición de los factores pertenecen a la culpabilidad y cómo deberían enjuiciarse la falta de sus elementos particulares. A la vez, trataba de explicar la negación de la culpabilidad en casos en los que no puede negarse la imputabilidad ni la presencia del dolo o la culpa, como por ejemplo en el estado de necesidad exculpante; y a afirmar allí donde en el momento de realizarse la acción no existe una relación psíquica entre el sujeto y el resultado de su actividad, por ejemplo, en la culpa inconsciente. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español*, Artes gráficas Carasa, Madrid, 1981, p. 420.

<sup>174</sup> La "norma de deber" impone al individuo "dirigir" su comportamiento interno tal como es necesario para poder corresponder a las exigencias puestas a su comportamiento externo por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, se podría "lesionar una norma de deber, sin actuar culpablemente, en cuanto se pueda invocar una causa de exculpación, un caso de exclusión de la contravención al deber". ROXIN, Claus. *Política Criminal y estructura del delito*, *op. cit.*, p. 118. En cambio, las "normas de Derecho" se dirigen a la conducta externa y son presupuestos de la antijuridicidad. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 580. A cada norma jurídica de la conducta externa corresponde una norma de deber acorde con la cual debe el autor orientar su conducta interna. *Cfr.* también DAZA GOMEZ, Carlos. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 167. Para revisar las críticas formuladas al sistema de Goldschmidt remitirse a ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 22. En suma, Goldschmidt estableció un marcado divorcio entre la "norma de Derecho" que fundamenta el injusto y la "norma de deber" que fundamenta la culpabilidad. PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal mexicano*, prólogo Mariano Jiménez Huerta, Porrúa, 5a ed., México, 1982, pp. 358, 524.

debió realizar otra conducta o porque la representación del resultado debió y pudo ser un contramotivo. Le critica reiteradamente a Frank que su sistema no resuelva la interrogante “culpable–inculpable” e introduce, como criterio para limitar el reproche, la exigibilidad de otra conducta adecuada a Derecho, o sea que el límite lo halla en el principio *impossibilio nulla est obligatio*.

El aporte de Freudenthal es su límite, que establece con la no exigibilidad, en contra de Frank, que había concebido a las circunstancias concomitantes como indicadores de grados de culpabilidad. En Freudenthal estas circunstancias pueden determinar la inexigibilidad y, por ende, excluir la culpabilidad.<sup>175</sup>

En pocas palabras su aporte consiste en el importante requisito de la exigibilidad,<sup>176</sup> como criterio para cubrir el espacio entre culpabilidad e inculpabilidad, al establecer que la culpabilidad es “la desaprobación de que el autor se haya comportado así, cuando hubiera podido y debido comportarse en forma diferente”.

“El hecho de que toda afirmación de culpabilidad implique un reproche, una crítica y hasta una punibilidad para el sujeto, ha polarizado la atención induciendo a pensar que la esencia de la culpabilidad no radica en el sujeto culpable o en la forma de producirse el acto, sino en la comparación de la conducta con determinadas normas desatendidas o en una especial

---

<sup>175</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., pp. 23, 24.

<sup>176</sup> “Freudenthal desarrolló así una causa general suprallegal de exclusión de la culpabilidad: la inexigibilidad, misma que es reconocida hoy ampliamente en los hechos culposos y en los delitos omisivos, pero en los delitos dolosos, a pesar de una aceptación múltiple al principio, a causa de la inseguridad jurídica que le iba unida, no se ha impuesto finalmente”. Ver ROXIN, Claus. *Política Criminal y estructura del delito*, op. cit., p. 119.

valoración, puesto que la afirmación de culpabilidad lleva ya consigo una estimación. A todo esto se ha llamado concepción normativa de la culpabilidad...".<sup>177</sup>

Para la concepción normativista de la culpabilidad -alude Jiménez de Asúa-<sup>178</sup> ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación<sup>179</sup> reprochable del agente. Es decir, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable.

Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió. La concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es, pues, un juicio y al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal mexicano*, 2a ed., *op. cit.*, p. 284.

<sup>178</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, T. V, Losada, Buenos Aires, 1965, p. 164.

<sup>179</sup> Dice FONTÁN BALESTRA, Carlos: que la propia motivación normal o anormal, en la que los normativistas apoyan su juicio de reproche, es subjetiva; está en la cabeza del que obra y no en la del que juzga. *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, Abeledo Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, p. 331.

<sup>180</sup> Jiménez de Asúa, considera que la teoría de James Goldschmidt presenta el más puro normativismo. Esta no incluye a los elementos de hecho como la imputabilidad, la intención y la negligencia, e incluso la "motivación normal" y la "libertad" están fuera de ella, son presupuestos de la culpabilidad. Cita en LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 202. También en este sentido consultar MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 3a ed., *op. cit.*, p. 241.

### **1.2.1 Fundamentos de la teoría normativa de la culpabilidad**

De lo precedente se desprenden los siguientes aspectos fundamentales en esta teoría:

a) La culpabilidad es un juicio de referencia, por versar sobre el hecho psicológico.

b) La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.

c) La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.

d) La culpabilidad tiene como fundamentos, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad.

En efecto, Vela Treviño estima que el normativismo, al abandonar la teoría psicologista y su relación hecho-voluntad, permite el análisis de la total personalidad del sujeto autor de la conducta enjuiciada, incluyendo sus motivaciones, aspectos caracterológicos y, sobre todo permite que el hecho aislado se vea como reflejo o manifestación de una determinada personalidad, entendiendo ésta como una unidad que es propia y exclusiva del autor del hecho. Al fijarse los límites de la culpabilidad por medio de la exigibilidad, se obliga al Juez a realizar un estudio de las condiciones subjetivas del individuo

en relación directa con la norma y a través del acto concreto, lo que conduce llegar al reproche con mejores elementos de juicio y no exclusivamente por medio de la vinculación hecho-voluntad.<sup>181</sup>

### 1.2.1.1 Teoría de la exigibilidad individual de Freudenthal

La falta de límites se pone de manifiesto en la teoría de la exigibilidad individual de Freudenthal, que niega la culpabilidad cuando las circunstancias concomitantes del hecho fueron de modo “que para la no comisión del hecho punible habría hecho falta una medida de capacidad de resistencia que normalmente no se le puede exigir a nadie”. Este concepto de culpabilidad, en la práctica, es inviable, pues si ha de exculparse por las circunstancias concomitantes, la génesis del conflicto la desplaza el autor hacia esas circunstancias acompañantes, y el que la pueda asimilar ahí no depende sólo de la capacidad de resistencia del autor, sino también de la modificabilidad de las circunstancias acompañantes. Ejemplo: si un comerciante evita la quiebra que se cierne sobre él y con ello la aniquilación de la obra de su vida, mediante una estafa de crédito, con la esperanza fundada de su posterior subsanación, se descarta la exculpación porque el reconocimiento jurídico de la incapacidad de pago como situación de necesidad elemental exceptuaría de la garantía jurídico-penal partes trascendentes del ordenamiento jurídico (al menos los delitos contra la propiedad y el patrimonio) en una medida ya no controlable ni encausable en la práctica.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, teoría del delito, Trillas, 2a ed., México, 1990, pp. 184-202, 207.

<sup>182</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, op. cit.* p. 571.



### 1.2.1.2 Teoría de la exigibilidad generalizadora de Schmidt

Schmidt desarrolló un concepto de culpabilidad con un componente de exigibilidad más claramente generalizador, determinando la culpabilidad como “actitud asocial” del autor. La comprobación de esa actitud presupondría que el autor tuvo la posibilidad de llegar a ser consciente de la dañosidad social de su comportamiento y además “en relación normativa” que “se puede exigir del autor un comportamiento conforme a Derecho en lugar del antijurídico efectivamente realizado”. Esta exigencia se regiría por aquello que habría podido rendir un “tipo de ciudadano mediano”, “naturalmente teniendo en cuenta las cualidades psicofísicas cognoscibles en el autor”. El contenido material que se le asigna a la culpabilidad es la actitud asocial.<sup>183</sup>

### 1.3 Elementos de la culpabilidad en la concepción normativa

“La doctrina dominante fija el concepto de culpabilidad de manera que ella solamente comprende los conceptos de dolo y de imprudencia. Empero es preciso concebirla de tal modo que tome además en consideración las circunstancias concomitantes y la imputabilidad.<sup>184</sup>

Dice Frank que una expresión breve contenedora en sí de todos los elementos referidos del concepto de culpabilidad, lo es la reprochabilidad.

---

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 571.

<sup>184</sup> Es también de esta opinión BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal español, op. cit.*, p. 100. No obstante, la normalidad de las circunstancias desaparecería al momento de concurrir las causas de exclusión de la culpabilidad, que ya no se agota en un simple nexo psíquico entre autor y resultado, recibiendo por primera vez el calificativo de “reprochabilidad”.

De suerte que: un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podemos hacer un reproche por haberlo asumido".<sup>185</sup>

Para este jurista, el concepto de reprochabilidad viene sólo a ser una breve síntesis de los distintos elementos de la culpabilidad.<sup>186</sup> Su valor no está en sí mismo, sino en la referencia a lo que quiere caracterizar. Es alcanzado por vía sintética. Si se lo concibiera como dado, como directamente empleado por la ley, sus elementos serían verificables por vía analítica. Entonces, la deducción conduciría a los elementos de la culpabilidad del mismo modo que lo ha hecho la inducción, y ellos se habrían presentado a la vista del observador en la siguiente forma y en la siguiente serie:

A fin de reprocharle a alguien su comportamiento, hay un triple presupuesto:<sup>187</sup>

a) Una aptitud espiritual normal del autor a lo que llamamos imputabilidad.

---

<sup>185</sup> FRANK, Reinhard. *Estructura del concepto de culpabilidad*, *op. cit.*, pp. 25, 28, 29.

<sup>186</sup> Santiago Mir Puig, señala como elementos de la culpabilidad a la: imputabilidad, entendida como capacidad de culpabilidad, es decir, como presupuesto de una voluntad defectuosa reprochable; las formas de culpabilidad, dolo y culpa que se comprenden como voluntad defectuosa y que se refieren tanto a los hechos como a la significación antijurídica; y la ausencia de causas de exculpación (como el estado de necesidad exculpante), cuya presencia impediría la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho. *Derecho Penal*, 3ª ed., *op. cit.*, pp. 581, 582.

<sup>187</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Política Criminal y estructura del delito*, *op. cit.*, p. 118.

b) Una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o aún la posibilidad de ésta, de manera que o bien aquél discierne sus alcances (dolo) o lo podía discernir (imprudencia).<sup>188</sup>

c) La normalidad de las circunstancias en las cuales el autor obra. Lo que es posible sólo en general, puede no serlo en el caso particular, y así desaparece la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes comportaban para el autor o para un tercero un peligro del cual precisamente la acción prohibida lo podría salvar.

Especialmente aleccionadora es la sentencia de la cuarta Sala Penal alemana del 23 de marzo de 1897, sobre el siguiente caso: el acusado, como cochero de una cochería debía guiar dos caballos de los cuales tanto él como su patrón sabían que eran duros de boca. Durante un viaje que el acusado tuvo que efectuar por orden especial del dueño, el caballo enganchó la rienda con la cola. En los inútiles intentos del acusado de desenredar la rienda, el caballo se excitó; el acusado perdió completamente el dominio sobre el tronco, el cual desbocado atropelló a un herrero que andaba por el lado del camino, causándole la fractura de una pierna.

---

<sup>188</sup> Precisa Bacigalupo que la teoría normativa redefine las relaciones entre la culpabilidad, como concepto genérico, y el dolo y la culpa, que la teoría psicológica concibió como especies de ésta. De tal manera, el dolo y la culpa no necesitan ser especies de la culpabilidad y cada uno de aquellos no debe contener los elementos que caracterizan al concepto genérico. *Principios de Derecho Penal español, op. cit.*, p. 100. Por su parte, SAUER, Guillermo: considera al dolo y a la culpa partes integrantes de la culpabilidad, aquellos constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor. *Derecho Penal*, parte gnal., Trad. Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Bosch casa editorial, Barcelona, 1956, pp. 54 y ss.

El Tribunal Supremo dice que es propio de la imprudencia “la no satisfacción de aquella medida de cuidado y de consideración para el bienestar general... que podía exigirse al actor razonablemente” y continúa diciendo que debe balancearse “si debe considerarse al acusado obligado a sustraerse a la orden de su principal aceptando la pérdida de su puesto, toda vez que, al emplear el caballo que le asignaran para viajar, conscientemente colocábase en la posibilidad de lesionar a alguien, o bien, si debió haber hecho prevalecer esta última consideración sobre el motivo que lo impulsaba al acatamiento de la orden del patrón.

Es bien claro que con estas expresiones las circunstancias concomitantes, las condiciones bajo las cuales el acusado se encontraba en el momento crítico, son traídas a la culpabilidad.

El concepto normativo de culpabilidad, correspondiente a la caracterizada sistemática causalista, alcanza su mayor expresión en Mezger (1931). Quien concibe a la culpabilidad compuesta por: la imputabilidad, el dolo o la culpa y la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad.<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> Vid. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *op. cit.*, p. 395. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 37 y ss. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 24, 25. Jurista este último que refiere: Arthur Kaufmann sostiene también que imputabilidad, dolo o culpa y reprochabilidad, son los 3 elementos de la culpabilidad. En parecido sentido Nowakowski separa un elemento biológico (la imputabilidad) de uno psicológico (el dolo o la culpa) y de la exigibilidad como elemento normativo. Más tarde agrega un elemento caracterológico. Para Schönke-Schröder la culpabilidad consiste en una relación anímica del autor con su hecho, que funda un reproche y, además, una actitud deficiente del autor hacia el Derecho. En parecido sentido Baumann sostiene que sus elementos son la relación de la voluntad del autor, la imputabilidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad. Schmidhäuser también encuentra dolo, culpa y un componente normativo como particulares elementos de la culpabilidad. También para él la imputabilidad integra la culpabilidad.

### 1.3.1 Relación entre hecho y valoración de la culpabilidad según Mezger

Para Mezger “la culpabilidad jurídico-penal es una suma de los presupuestos de la pena que se refieren a la persona del sujeto actuante”, es decir, un hecho “por lo general psicológico”.

Pero la culpabilidad es “al mismo tiempo un juicio de valor sobre el hecho de la culpabilidad”. Esta suma de hecho y juicio se deshace después en favor del supuesto de hecho valorado: “la culpabilidad no es sólo hecho de la culpabilidad, sino hecho de la culpabilidad como objeto del reproche de culpabilidad”.<sup>190</sup>

### 1.3.2 Juicio de referencia y de valoración en la culpabilidad

Conclúyese de lo anterior, como el propio Mezger reconoce, que culpabilidad equivale a reprochabilidad, de donde la culpabilidad jurídico penal no puede ser en sí el hecho en su significación psicológica, sino la propia situación de hecho valorada normativamente. Ello supone un juicio de referencia y de valoración mediante el cual se determina que el autor del hecho típico y antijurídico lo ha ejecutado culpablemente. “Puede parecer extraño a simple vista la idea de que la ‘culpabilidad’ de un hombre no deba radicar en su propia cabeza -escribe Mezger-, sino ‘en las cabezas de otros’.<sup>191</sup> Pero

---

<sup>190</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 572.

<sup>191</sup> A Frank se le criticó al indicársele que si culpabilidad es juicio normativo de reproche, consecuentemente no está en la cabeza del delincuente sino en la del juez, postura calificada de absurda, aduciéndose que la conducta es culpable por sí misma, más no porque una persona ajena a quien la produce así lo considere; la prueba evidente de lo anterior radica en que el reproche que haga el juzgador, se apoya en la circunstancia de

fijémonos en esto: el juicio por el que se afirma que el autor de una acción antijurídica y típica la ha cometido también 'culpablemente' se enlaza, en verdad, en una determinada situación fáctica de la culpabilidad que yace en el sujeto, pero valoriza a la vez esta situación considerándola como un proceso reprochable al agente. Sólo mediante este juicio valorativo del que juzga, se eleva la realidad de hecho psicológica al concepto de culpabilidad.

El juicio de culpabilidad es, ciertamente, un juicio de referencia a una determinada situación de hecho y, en tanto, por consiguiente, un 'juicio de referencia', como se le ha denominado, pero tal referencia a una determinada situación de hecho no agota aún su naturaleza esencial propia, y sólo en virtud de una valoración de cierta índole se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad. La culpabilidad no es, por tanto, sólo la situación fáctica, sino esta situación fáctica como objeto del reproche de culpabilidad".<sup>192</sup>

### 1.3.3 Contenido de la culpabilidad en la concepción neoclásica

Mezger determina, como contenido del juicio de culpabilidad, al acto de voluntad; a los motivos del autor y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor.

---

que la conducta enjuiciada contiene ya los elementos que llevan a declararla reprochable y son tales elementos y no el reproche lo que constituye la culpabilidad. En realidad, como lo ha reconocido la teoría normativa, no es posible negar que la conducta en sí misma es reprochable, pero lo que constituye propiamente la culpabilidad es su reprochabilidad o sea el disvalor de ella hecho a través del juicio de reproche. El propio Frank se empeñó en destacar que la culpabilidad tiene que establecerse mediante el juicio de reproche, dado que tal elemento es normativo y valorativo. *Vid* CURY, Enrique; cit. por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal mexicano, 2a ed., *op. cit.*, p. 360.

<sup>192</sup> *Ibidem*, pp. 359, 360.

Al acto de voluntad por ser la “referencia psicológica inmediata del autor a la acción injusta” (parte psicológica de la culpabilidad).

A los motivos del autor, por ser importantes no sólo para la imputabilidad, el dolo y la culpa, sino fundamentalmente en el campo de las causas de exclusión de la culpabilidad (parte motivadora de la culpabilidad).

A las referencias de la acción a la total personalidad del autor porque el acto debe ser adecuado a la personalidad de quien lo causa (parte caracterológica de la culpabilidad).<sup>193</sup>

#### **1.4 Exponentes de la teoría normativa-mixta de la culpabilidad**

El causalismo valorativo (como se identifica también a esta teoría) tiene en Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal y Edmund Mezger, sus máximos exponentes. En México, coinciden con esta postura, Fernando Castellanos Tena, Raúl Carrancá y Rivas, Ricardo Franco Guzmán y Francisco Pavón Vasconcelos.<sup>194</sup>

#### **1.5 Problemas que enfrentó la teoría normativa-mixta de la culpabilidad**

Esta teoría encontró dificultad para determinar el título de imputación atendiendo a criterios puramente causales pues un juicio puramente

---

<sup>193</sup> Cita en *ibidem*, pp 361, 362.

<sup>194</sup> DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 184.

causal no es suficiente para determinar el tipo que se debe ampliar a través de la fórmula de la "tentativa" (e.g. lesiones-homicidio) o, incluso, si la conducta debe quedar impune (por ser atípica o por haber faltado un resultado).<sup>195</sup>

De modo que si *X* apunta con un arma a *Z* y dispara sin causarle lesión alguna, no podríamos determinar impunidad a la conducta externa de *X*, ya que éste no provocó ninguna lesión a los bienes jurídicos tutelados: vida o integridad física.

Consecuentemente, el simple análisis de los elementos objetivos es insuficiente para concluir si se trata de una tentativa de lesiones o una de homicidio; resultando, por ende, indispensable atender a la intención de *X*, para saber si disparó a matar o a lesionar, e.g.

Así, para llegar al análisis de la culpabilidad deben de acreditarse oportunamente los otros elementos positivos del delito, además de excluir los correspondientes negativos. De suerte que, tanto en el Sistema Clásico como en el Neoclásico, la falta de resultado objetivo da cabida a la impunidad de la conducta. Pese al insatisfactorio arribo de una conclusión de este tipo, fue posteriormente resuelto por el finalismo, mediante el análisis de la finalidad de la acción y la reubicación consecuente del dolo y la culpa en el tipo, al evitar disfunciones sistemáticas y determinar si el resultado objetivo de un *X* delito (e.g. homicidio-lesiones) debe ser imputado a título doloso o culposo, en su caso.

---

<sup>195</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, op. cit., pp. 307, 308.



Para Graf zu Dohna,<sup>196</sup> si la culpabilidad en la doctrina normativa consiste en la determinación de voluntad contraria al deber, sería tanto como desconocer su esencia al tratar de ver su característica decisiva en la exigencia de la consciencia de la antijuridicidad. Pues con ello está logrado únicamente otro objeto psíquico, pero de ninguna manera, alterada la estructura psicológica de la culpabilidad. Sólo cuando se reduce el concepto a una valoración, se abarca normativamente la culpabilidad.

Empero, teniendo en cuenta la diversidad de los objetos valorados, es preciso cambiar el cartabón según el cual se realiza el juicio de valor. Así, ciertamente, el reproche de la culpabilidad no está ya fundado porque la acción constituye una contravención al orden jurídico.

Esto es, la valoración de una acción desde el punto de vista de su antijuridicidad, está en íntima dependencia con el sentimiento que la inspira. En la reciprocidad de esa relación reside la causa a menudo desconocida de la indudable dificultad de separar total y claramente los puntos de vista de la antijuridicidad y la culpabilidad.

El legislador puede prohibir o permitir ciertas acciones, las que llevan en sí determinadas características objetivas. Prohíbe, en general, matar a un hombre, pero permite la muerte del soldado enemigo en el campo de batalla. Quien hace esto último, actúa de acuerdo al Derecho y nuevamente corresponde atribuir a la culpabilidad la investigación de que alguien haya supuesto erróneamente encontrarse ante un enemigo.

---

<sup>196</sup> GRAF zu DOHNA, Alexander. *Estructura de la teoría del delito*, *op. cit.*, pp. 61-64.

Puede ser, también, que permita ciertas acciones, generalmente prohibidas, para el caso en que sean realizadas con determinada intención que se corresponde con los fines propuestos por el orden jurídico. Permite el homicidio si se realiza como defensa de una agresión antijurídica y actual, las lesiones con propósitos de curación. En tales casos, el juicio, no sólo de la imputabilidad, sino también de la antijuridicidad del hecho, depende de la intención con que ha sido ejecutado.

Es distinto allí donde -no obstante la intención- una conducta no está puesta precisamente al servicio de deberes sociales positivos; en tales casos, la prohibición de la acción (o la imposición de realizarla) deberá ser considerada, sin embargo, como un exceso en las exigencias que la comunidad social tiene derecho a imponer a la sumisión y renunciamiento de sus miembros.

Por ejemplo, en aquellos casos en los que se niega la responsabilidad del acusado porque faltó la contrariedad al deber en la formación de la voluntad. Así en el caso del padre que por una mala entendida protección paterna, niega el consentimiento para que su hija sea sometida a una operación, que está indicada por la ciencia médica, y a consecuencia de ello la hija muere.

Aunque no hubo pronunciamiento claro del Tribunal Supremo alemán sobre si la absolución de tales casos derivó de la falta de antijuridicidad o de la falta de culpabilidad.

Graf zu Dohna cree que la línea divisoria entre la exclusión de la antijuridicidad y la exclusión de la culpabilidad, se debe ir a buscar, precisamente, allí donde la antijuridicidad formal de la acción no encuentra ya su compensación en la valoración social del propósito del que nació, sino que el fallo absolutorio se basa en algo completamente distinto, como es la motivación concreta del autor.

Determinar por dónde pasa ese límite es algo que ofrece dificultades, tanto cuando se lo quiere fijar con una fórmula abstracta como cuando se quiere determinar en forma convincente en el caso concreto.

La idea de la exigibilidad y la de la contrariedad al deber son idénticas, en el sentido de que la infracción a las normas de Derecho no puede tener validez como contraria al deber cuando ha dejado de ser exigible un actuar de acuerdo a la norma. Esta idea desempeña en la doctrina de la culpabilidad el mismo papel que juega la idea de la antijuridicidad en el campo de la concreción objetiva del tipo. En ella encontramos la característica central de todas las acciones culpables y es el único presupuesto adecuado para fundamentar el reproche de culpabilidad, tanto en la concreción de los tipos dolosos como en la de los no dolosos.

Dentro de las manifestaciones de voluntad contraria al deber, la contraposición entre acciones dolosas y no dolosas juega, a su vez, el mismo papel que en el campo de la antijuridicidad desempeña la separación entre acciones y omisiones.

## 1.6 Crítica de Graf zu Dohna al concepto psicológico normativo de culpabilidad y sus aportaciones

Alexander Graf zu Dohna en el estudio de la culpabilidad realizó, en suma, críticas metodológicas al Sistema Neoclásico que sirvieron de sustento a la posterior Teoría Final de la Acción. Separó tajantemente la valoración (reprochabilidad) y el objeto de la misma (dolo) y redujo el concepto de culpabilidad a la valoración del objeto. De ese modo, la doctrina de la acción finalista consideró al dolo como una especie de voluntad final de acción y lo ubica en el tipo subjetivo de los delitos dolosos.<sup>197</sup>

De acuerdo con Graf zu Dohna la culpabilidad como categoría de valor no podía incluir elementos psicológicos como el dolo, ya que tales elementos se pueden dar o no dar y, por ende, su análisis se debe efectuar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en la cual sólo se determinará si esos nexos son o no reprochables. Diferencia con ello el “objeto de la valoración” de la “valoración del objeto”.<sup>198</sup>

La esencia de la culpabilidad yace en la valoración del tipo subjetivo y puede tener carácter positivo o negativo. El objeto de la valoración (de la culpabilidad) es por un lado el conocimiento del tipo y por el otro, el conocimiento o no conocimiento de la ilicitud, advirtiéndose que este

---

<sup>197</sup> Consultar WELZEL, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal, *op. cit.*, p. 83. Del mismo autor La teoría de la acción finalista. Depalma, Buenos Aires, 1951, pp. 32, 33. También Revista de la Facultad de Derecho México, Werner Niese, T. XI, núms. 41-42, México, enero-julio, 1961, “La teoría finalista de la acción en el Derecho Penal alemán”; Trad. lic. Ricardo Franco Guzmán, p. 287.

<sup>198</sup> Tal corriente presenta una intrínseca dificultad insalvable fácilmente. Cualquiera fuere el fundamento en que se apoye el reproche, lo cierto es que hay en ellas una confusión entre el objeto desvalorado y el desvalor del objeto. La ubicación de ambos en un mismo plano (del desvalor y del objeto) hace que la culpabilidad tenga un contenido por demás heterogéneo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 25.

conocimiento o no conocimiento de la ilicitud, a su vez, sólo representa un objeto ulterior de la relación psíquica,<sup>199</sup> pues dicha relación psíquica se analizó en su momento a nivel del tipo: dolo o culpa.

## 2. Imputabilidad

El concepto de culpabilidad, desde el punto de vista procesal, contiene algo más que dolo e imprudencia. Gracias al Derecho procesal -indica Frank- estaría dada también la posibilidad de confinar otro fantasma errante al lugar que le corresponde: la imputabilidad, que con frecuencia es caracterizada como presupuesto de la culpabilidad.<sup>200</sup>

““En su Tratado, v. Liszt piensa manifiestamente en el concepto por él construido de culpabilidad “en sentido formal”, refiriéndola en otras palabras como responsabilidad. Pero si correspondiera la identificación entre culpabilidad y responsabilidad -resalta Frank- ésta sería también una característica de la imputabilidad. Resultando inconcebible, por ende, caracterizar a la culpabilidad como responsabilidad, partiendo de los apuntamientos hechos por Birkmeyer, en relación a que la culpabilidad es la libre autodeterminación al delito; el dolo y la imprudencia son “clases de culpabilidad” y las únicas; de modo que la culpabilidad, consiste en un concepto genérico de dolo e imprudencia... Ahora bien, según Frank, es cierto

---

<sup>199</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. La doctrina de la acción finalista. Universidad de Valencia, secretariado de publicaciones, 2a ed., Valencia-España, 1978, p. 156.

<sup>200</sup> El juicio de imputabilidad -dice Maggiore- no retrocede nunca más allá de la comisión del delito, sino que se refiere siempre a ella. En otros términos, coincide con el juicio de culpabilidad. La única diferencia consiste en que la imputabilidad se refiere tanto al bien como al mal, a lo moralmente indiferente y a lo delictuoso, en tanto que la culpabilidad implica una atribución de mal, y en todo caso, un juicio de demérito. MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, T. I, Temis, 2ª ed., Bogotá, 1989, pp. 498, 499. Cfr. además LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito, op. cit., p. 180.

que pueda designarse a la imputabilidad como presupuesto de la libre autodeterminación al delito; pero en cuanto descendemos al “concepto específico” de dolo, ésto ya no resulta adecuado. En efecto, Birkmeyer entiende el dolo como “el querer una acción, a pesar de la representación de todas las características que la hacen delictiva”. O bien esta definición no es completa en cuanto no contiene los elementos de la culpabilidad, o bien si es completa no se comprende cómo así pueda la imputabilidad ser presupuesto del dolo. Pues también el enfermo mental puede querer la acción y así representarse los caracteres que la hacen delictuosa y hasta puede saber qué es un delito”<sup>201</sup>.

Las ventajas de estimar a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, comenta Frank, aparecen en primera línea en la doctrina de la participación. Si ésta tiene carácter accesorio, ella no sería posible con respecto al hecho de un inimputable por cuanto éste no obra culpablemente. Sostener que el inimputable en general no “actúa” en “sentido jurídico” parece un refugio. Por otra parte, de la circunstancia de que el inimputable pueda todavía actuar dolosa o culposamente, tampoco es posible concluir que por ello esté también en situación de cometer una acción punible.

Es oportuno al efecto recordar que la teoría normativa de la culpabilidad, al igual que la psicológica, para establecer el concepto de culpabilidad requiere de la existencia de una conducta o hecho típico antijurídico, pues como dice Welzel, mientras la antijuridicidad es la relación entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una

---

<sup>201</sup> FRANK, Reinhard. Estructura del concepto de culpabilidad, *op. cit.*, pp. 20, 21, 23, 24.

y otra, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción injusta, no obstante haber podido hacerlo.

Mezger reconoce que culpabilidad equivale a reproche, por lo que la culpabilidad jurídico-penal no es en sí el hecho en su significación psicológica, sino la propia situación de hecho valorada normativamente.<sup>202</sup>

Lo que es más en el desarrollo actual de la teoría normativa la reprochabilidad no es el reproche, sino el conjunto de requisitos o características que lo fundan, ubicándose entre ellos precisamente a la imputabilidad, posición que se justifica, por cuanto la noción aceptada de la culpabilidad no puede prescindir del acto sobre el que recae la valoración, como tampoco del autor al que se reprocha haber actuado injustamente, cuando pudo motivarse de acuerdo con la norma.

““En esta corriente -establece Islas de González Mariscal-<sup>203</sup> quedan comprendidos los finalistas y los causalistas partidarios de la teoría normativa de la culpabilidad. Goldschmidt y algunos de sus seguidores, consideran a la culpabilidad exclusivamente como reprochabilidad, que tiene como presupuestos: el dolo o la culpa, la imputabilidad y la normal motivación.

Según James Goldschmidt “la imputabilidad es para la reprochabilidad lo que la voluntariedad es para la antijuridicidad”. Estudia, sin embargo, toda la problemática dentro del marco de la culpabilidad. En este

---

<sup>202</sup> Define Mezger a la culpabilidad como “el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al autor, la reprochabilidad personal de la acción antijurídica”. Cit. por MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *op. cit.*, p. 395.

<sup>203</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Análisis de los delitos contra la vida*, 4a ed., *op. cit.*, pp. 39, 40.

orden de ideas, la ausencia de capacidad de conocer y querer da lugar a la inimputabilidad”<sup>204</sup>.

Será imputable, dice Carrancá y Trujillo, todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

En pocas palabras, Castellanos Tena<sup>205</sup> la define como la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.<sup>206</sup>

Imputabilidad significa para Mezger, la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles. La ley presupone la existencia de esta capacidad en los adultos, pero determina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esta capacidad “normal”. De ahí se deducen situaciones exactamente delimitadas de la “inimputabilidad”.<sup>207</sup>

De tal suerte, la persona adulta normal es capaz de cometer culpablemente hechos punibles. Se es responsable fundamental y generalmente

---

<sup>204</sup> “Algunos, además de situarla como elemento de la culpabilidad separada del dolo y de la culpa, la colocan antepuesta a éstos, en tanto que otros la colocan después, o bien, como último elemento”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., pp. 116, 117. Sobre ellas con detalle: ETZEL, Gerhard. *Die Systematische Stellung der Strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit*. Biblioteca del Instituto Goethe-México, 1999. *passim*.

<sup>205</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, op. cit., p. 218.

<sup>206</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*, op. cit., p. 170.

<sup>207</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*, parte gnal., Cárdenas editores, 2a ed., México, 1990, pp. 201, 202.



de hechos que están conminados con pena. Para que tal punibilidad quede excluida en vista de la particular situación personal del autor, se requiere una circunstancia especial prevista en general por la ley. La ley admite en general como dada la “libertad” de hacer y no hacer.

“En este sentido, imputabilidad no significa ‘capacidad de acción’ como entienden, *e.g.* Binding, von Hippel, Gerland: aún los inimputables pueden “actuar”, por cuanto la acción no es solamente la acción imputable.

Imputabilidad no significa tampoco ‘capacidad jurídica de deber’ como afirman los que sustentan una antijuridicidad subjetiva, como A. Merkel, Hold von Ferneck y Kohlrausch; en efecto, aún el inimputable puede estar obligado jurídicamente.

Por último, imputabilidad no significa lisa y llanamente, ‘capacidad de pena’ como sostienen Feuerbach, v. Liszt y Radbruch, pues la imputabilidad pertenece a la teoría del hecho punible, no de la pena. Imputabilidad significa capacidad de culpabilidad y, por consiguiente, debe ser incluida dentro del sistema jurídico-penal.”<sup>208</sup>

## **2.1 Imputabilidad. Elementos de la**

Atento en lo anterior, se advierte la concurrencia de dos elementos en el concepto de imputabilidad: “capacidad de entender” y “determinación de la voluntad”.

---

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 202.

### 2.1.1 Capacidad de entender

Según Maggiore,<sup>209</sup> la capacidad de entender consiste en la facultad de aprehender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo de medir y prever las consecuencias de la conducta propia. El que mejor prevé, más entiende. Inteligencia no es sino previsión.

La capacidad de entender o capacidad de comprensión, abarca aspectos relativos al grado de desarrollo intelectual, así como al grado de madurez ética.<sup>210</sup>

Esta capacidad de entender, se desarrolla en el proceso de la consciencia. La consciencia para Maggiore es un acto de distinción y de relación, en el acto mediante el cual distinguimos, y al mismo tiempo asociamos, el sujeto y el objeto, el yo y el no yo.

Pavón Vasconcelos hace un análisis de la importancia de que el sujeto conozca la ilicitud de su acto, para que de esa manera tenga la capacidad de determinarse en función de lo que conoce: “la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significado y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicológica, esa

---

<sup>209</sup> MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, vol. I; Trad. José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1954, p. 500.

<sup>210</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*, op. cit., pp. 177, 178.

capacidad habrá de dar significación al nexo psíquico entre el hecho y su autor”.<sup>211</sup>

Kant hace una clasificación de la consciencia de acuerdo a su contenido:<sup>212</sup>

- a) Consciencia sensible o sensación. Contenido indistinto.
- b) Consciencia perceptiva o percepción. Contenido distinto.
- c) Consciencia intelectual o entendimiento. Contenido distinto en sí mismo y a la vez unido en un nexo universal.

### 2.1.2 Capacidad de querer

Maggiore señala “paralelo al proceso de la consciencia es el proceso de la voluntad, que no nace inmediatamente como tal, sino que va pasando por grados intermedios. Primero es una tendencia indistinta o apetito; después es una tendencia distinta en su objeto o deseo; luego un querer sin ley o arbitrio; y por último, un querer subordinado a la razón y a la ley, o sea libre. La pura voluntad no es otra cosa que voluntad libre.

Por lo tanto, la capacidad de querer es la facultad de autodeterminarse, es decir, de determinarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta”.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal*, 2a ed., *op. cit.*, p. 340.

<sup>212</sup> Cita en LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 178.

<sup>213</sup> MAGGIORE, Giuseppe; cit. por Eduardo López Betancourt. *Teoría del delito*, *op. cit.*, pp. 178, 179.

La capacidad de querer consiste en determinar la voluntad, para realizar un hecho.

Así, la capacidad de querer es la autorización para uno mismo determinarse libremente, entre los motivos y causas que guían a las conductas.

“Querer es liberarse, obrar y realizar a cada momento la propia autonomía espiritual”. Por lo que al tener una capacidad de querer, se entiende hay una libertad para exteriorizar nuestros deseos.

## 2.2 Inimputabilidad

Dice Goldschmidt que no se recomienda examinar la imputabilidad antes que los otros dos componentes de la culpabilidad (relación psíquica entre el agente y el hecho constitutivo de intención (dolo) o de imprudencia; y, relación normativa o ausencia de causas de exculpación), dado que se favorecería el error de que la imputabilidad fuese la capacidad para obrar con relevancia jurídica, lo que no es, porque en otro caso el hecho del incapaz no podría ser antijurídico. Por otro lado, cuando la imputabilidad falta, no hay delito y por consiguiente, complicidad y encubrimiento son imposibles.<sup>214</sup>

Para este jurista, es responsable el que ha obrado en embriaguez no fortuita o en situación de trastorno mental transitorio buscado de propósito (*actio libera in causa*).

---

<sup>214</sup> GOLDSCHMIDT, James. Metodología jurídico-penal, Reus, Madrid, 1935, pp. 48, 49.

De ahí que se tengan como fundamentos de incapacidad de imputación a la sordomudez,<sup>215</sup> (por dificultar el normal desarrollo mental), a los trastornos de la consciencia, a los trastornos morbosos de la actividad mental y a la debilidad mental. Entre los trastornos de la consciencia están los de origen normal (sueño) o patológico (embriaguez). Tratándose de incapaces de imputación, recomienda Graf zu Dohna que en lugar de la pena se les aplique la internación de cura y asistencia.

Advierte Ricardo Abarca que “las causas de inimputabilidad no se refieren a conductas jurídicas, porque en ellas el agente actúa produciendo un daño indebido, pero falta la responsabilidad penal la cual requiere del dolo, cuyos elementos no concurren en el agente”.<sup>216</sup>

Y ya que la inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, puede definirse aquélla como la incapacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

### **2.2.1 Criterios y métodos que fundamentan el concepto de inimputabilidad**

“Para Mezger -asienta López Betancourt-<sup>217</sup> contamos con tres métodos: el biológico, el psicológico y el bio-psicológico o mixto.

---

<sup>215</sup> Sebastián Soler opina que “la sordomudez no presenta un problema específico de inimputabilidad, sino que en cada caso concreto deberá investigarse si existe una insuficiencia de las facultades que conduzca a la aplicación de la causal genérica de inimputabilidad. Constituye pues, una hipótesis posible y típica de insuficiencia”. Sin embargo, en la actualidad debido al proceso educativo y nuevos tratamientos de quienes padecen ese mal, es factible que se reincorporen a la sociedad, y por tanto, resulta inaceptable considerarlas inimputables en forma genérica. *Cfr. Derecho Penal argentino*, Tipográfica, Buenos Aires, 1956, pp. 46 y ss.

<sup>216</sup> ABARCA, Ricardo. *El Derecho Penal en México*, Cultura, México, 1991, p. 228.

<sup>217</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*, *op. cit.*, pp. 181-190.

Nos dice, “el primero, se satisface, en la exclusión de la imputabilidad, con la simple referencia al estado de espíritu anormal del autor; el segundo se caracteriza, en contraste al método biológico, porque en la exclusión de la imputabilidad no destacan los estados anormales del sujeto, sino el tercer método, el mixto, quiere remediar lo unilateral de los dos anteriores y se apoya, para caracterizar la inimputabilidad, tanto en las llamadas bases biológicas (inconsciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu), como asimismo las consecuencias de ellas (exclusión de la libre determinación de la voluntad)”.

Jiménez de Asúa clasificó los motivos de inimputabilidad en:

a) Falta de desarrollo mental. Porque la menor edad se reconoce en los Códigos Penales como eximente, aunque varíe el plazo de exención.

b) Falta de salud mental.

c) Trastorno mental transitorio.

a’) Embriaguez (sólo atenuante en algunos Códigos).

b’) Fiebre y dolor.

Coincide el jurista López Betancourt, con el acertado punto de vista del maestro Jiménez de Asúa al afirmar que el término más exacto, que valora el trastorno mental es: el de enajenado, (y no el de imbécil, loco, demente, idiota, lunático como suele denominársele en diferentes Códigos).

Por su parte, López Betancourt los concretiza en:

a) Inmadurez mental (falta de desarrollo mental). En este caso se ubican los “menores”, quienes están fuera del Derecho penal y sujetos a una acción tutelar por parte del Estado.<sup>218</sup>

b) Trastorno mental transitorio.

Sebastián Soler dice respecto a este estado que: “crea sin duda alguna, un estado de inimputabilidad cuando se caracteriza como una alteración morbosa -y agrega- la admisión de un trastorno mental transitorio puro, sin base patológica, es un error frente a nuestra ley”. Cuello Calón hace la observación de que es una perturbación, de las facultades mentales pasajera, de corta duración, y esto hace que desde el punto de vista legal sea diferente a la enajenación.

c) Falta de salud mental.

Porte Petit<sup>219</sup> comentó que el Código Penal mexicano, antes de su reforma de 1984, en cuanto a los sordomudos y enajenados mentales, adoptaba la responsabilidad social. Y con toda razón, la iniciativa de reformas incluyó la acción libre en su causa como complemento a dicha disposición e introduce una reforma de gran trascendencia, al reconocer el principio de la proporcionalidad de la medida de seguridad en relación con los inimputables.

---

<sup>218</sup> Respecto de los menores de edad, dice López Betancourt, son totalmente capaces y no se les puede considerar inimputables como a un enajenado mental, lo que sucede es que están sujetos a un régimen diverso, al igual que lo están los militares, ese régimen es el de los menores de edad. *Ibidem*, p. 187.

<sup>219</sup> PORTE PETIT CANAUDAP, Celestino. Programa de Derecho Penal, parte gnal., Trillas, México, 1990, pp. 585, 586.

En ella, se previno además que la medida de tratamiento impuesta por el juez penal no podía exceder, en ningún caso, de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito.

d) Miedo grave.

Es aquella circunstancia interna subjetiva en que el individuo se encuentra marginado por la misma, para actuar razonadamente, es una situación subjetiva que lo obliga a actuar de manera distinta. Esto es, por circunstancias especiales, del mundo subjetivo de cada individuo (creación de fantasmas, de espantos) se actúa de manera diversa al proceder cotidiano u ordinario.

e) Temor fundado.

Son circunstancias objetivas ciertas, que obligan al sujeto a actuar de determinada manera, incitando al agente a rehusar ciertas cosas por considerarlas dañosas o riesgosas. Tal es el caso del riesgo de sufrir un daño por pandilleros.<sup>220</sup>

Ahora bien, recordemos que el naturalismo positivista que sustentó al Sistema Clásico fue superado por la filosofía neokantiana, según la cual el centro de análisis debía recaer en la comprensión del significado valorativo de los conceptos jurídicos. Por lo que en el Sistema Neoclásico se continuó reservando a la culpabilidad el fin perseguido por el autor.

---

<sup>220</sup> Ambas figuras (miedo grave y temor fundado) con motivo de la reforma al C.P. (antes aplicable en materia federal y para el D.F.) de fecha 10 de enero de 1994, quedaron eliminadas del art. 15 fr. VII (como causas de inimputabilidad).



“La teoría de la acción y la teoría de la culpabilidad descansan ambas en el querer del autor -sostuvo Mezger-. Pero mientras que a la acción pertenece todo lo que es efecto del querer, a la culpabilidad sólo corresponde lo que siendo efecto del querer, es al mismo tiempo contenido de representación del querer”.<sup>221</sup>

El sustento de la culpabilidad, en el Sistema Neoclásico, era mixto: psicológico-normativo. Por ello, el dolo y la culpa de contenido psicológico ya no podían seguir siendo su único fundamento y pasaron a ser sólo sus elementos.

### 3. Culpabilidad dolosa

En este caso, además de determinarse la identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado, hay que establecer si al sujeto capaz que obró con dolo, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada.

Lo anterior atento en que la culpabilidad, en la concepción normativa mixta, es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente.<sup>222</sup> En otras palabras, la culpabilidad es un juicio de reproche por la realización de un hecho antijurídico en condiciones bajo las cuales se puede exigir el comportamiento conforme a Derecho.

---

<sup>221</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 103 y ss.

<sup>222</sup> *Ibidem*, pp. 45 y ss.

Precisamente lo que se reprocha al autor no puede ser una mera causación, sino su dolo (o su culpa). En la medida en que dolo (y culpa) permanece(n) en la culpabilidad, y a su lado un elemento normativo, la culpabilidad tiene al menos dos etapas en sí: una realidad psicológica, que es el objeto que se reprocha, y un reproche de ese objeto.<sup>223</sup>

### 3.1 Dolo. Generalidades

De allí las distintas posiciones que dentro de la teoría representan Frank, Goldschmidt y Mezger.

Frank sostiene la teoría de que el dolo puede no ser culpable, Mezger ubica y exige que el dolo lleve la consciencia de la antijuridicidad y Goldschmidt se percató de la contradicción que importa colocar al objeto y al desvalor en un mismo nivel analítico.<sup>224</sup>

Acota Zaffaroni que el ensayo de Goldschmidt quedó intransitado en la dogmática, pues si el dolo (la culpa y la imputabilidad) son presupuestos del reproche, cabe preguntarse dónde quedan cuando salen del reproche mismo. No se trata -como pretendía Goldschmidt- de liberar a la culpabilidad de elementos "psicológicos". Los "elementos psicológicos" existirán en cualquier nivel del delito. Lo que sobra en las teorías complejas no son elementos "psicológicos" por ser tales, sino "elementos" que son objeto del

---

<sup>223</sup> En el Sistema Neoclásico el dolo mantuvo su ubicación en la culpabilidad y siguió partiendo de una base psicológica ligada a la idea de *dolus malus*; esto es, "conocimiento y voluntad" del resultado antijurídico debían confluír en el autor para sostener su actuar doloso. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 25, 26.

<sup>224</sup> La liberación del dolo de la consciencia de la antijuridicidad fue lo que permitió su reubicación en el tipo. *Idem.*

reproche y que hay que distinguir cuidadosamente de los que son criterios conforme a los que se reprocha.

El dolo (y la culpa) pertenece(n) al objeto, en tanto que la imputabilidad, *e.g.*, es uno de los criterios. Esta es la distinción que dichas teorías no hacen claramente: el objeto del reproche -que es el injusto- y el criterio para el reproche (componentes de la culpabilidad, que pueden determinar su exclusión o su grado).<sup>225</sup>

### 3.2 Dolo. Concepto

Frank dividió al efecto su ensayo en tres partes:

En la primera, mediante el desarrollo histórico-dogmático, trata de mostrar que el dolo no queda determinado con claridad suficiente, al designárselo con el “querer el resultado”. Que más bien es necesario remontarse a las representaciones actuantes en el acto de voluntad. Arribando así a la “teoría de la representación”. En la segunda parte, examina si psicológicamente es, en general, admisible hablar del “querer el resultado”. Al contestar negativamente esta cuestión, nuevamente se encuentra en la teoría de la representación. En la tercera parte, construyó detalladamente y estableció el siguiente principio:

---

<sup>225</sup> Por su lado, López Betancourt parte de la estructura neoclásica del delito al incluir en el tipo elementos normativos y subjetivos distintos del dolo y dejar en la culpabilidad al dolo. *Teoría del delito, op. cit.*, pp. 116-127. Recientemente ha propuesto reducir la teoría del delito a dos categorías o niveles: inimputabilidad y culpabilidad: quedando comprendidos en la imputabilidad los presupuestos del delito, la conducta, la tipicidad y, en la culpabilidad se incluirían la antijuridicidad y la culpabilidad propiamente. *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado*, Eduardo López Betancourt, núm. 12 nueva época, Tabasco-México, diciembre, 1997, “Nueva orientación del Derecho Penal”, en *Locus Regis Actum*, p. 174.

“Dolo es la previsión (la consciencia) del resultado de mi acción, unida con el conocimiento de aquellas circunstancias que tornan punible la acción. La previsión se expresa:<sup>226</sup>

a) En el juicio: el resultado ocurrirá... (previsión del resultado como cierto);

b) En el juicio: el resultado debe ocurrir... (previsión del resultado como necesario);

c) En el juicio: el resultado puede ocurrir... (previsión del resultado como posible).

Si la previsión del actuante se expresa mediante estos juicios, habrá dolo solamente cuando la previsión del resultado como cierto o necesario lo habría hecho abstenerse de obrar.

Frank en su *Kommentar* al C.P. alemán, ha abandonado, la diferencia entre previsión del resultado como cierto y como necesario, y adoptó, en cambio, el principio según el cual el autor se encuentra en dolo con respecto al resultado deseado, “propuesto” sea que se lo represente como seguro o como posible. Ahora su definición del dolo dice así: dolo es el conocimiento de las circunstancias de hecho que pertenecen al *Tatbestand* legal o que agravan la penalidad, concomitante con la actuación voluntaria.

---

<sup>226</sup> FRANK, Reinhard. Estructura del concepto de culpabilidad, *op. cit.*, pp. 58-66.

Citado por Frank, v. Hippel a la serie lógica: representación- dolo, le encaja como un término medio el querer. Dice así: hay dolo cuando el resultado es querido; pero el resultado es querido cuando es representado en la forma *a, b o c* el término voluntad es superfluo: hay dolo cuando el resultado fue representado en la forma *a, b o c*.

“El dolo es un elemento de la culpabilidad, esto es, una circunstancia que unida con varias otras compone la culpabilidad. Ahora bien, la representación, la previsión, el saber, el conocer, ni en sí mismos ni juntos con la imputabilidad o con las circunstancias en las cuales se obró pueden ser designados como culpabilidad. Pero en realidad el momento culpable tampoco lo ha encontrado Frank en el simple conocer, sino en el conocimiento que acompaña a la acción, a la actuación voluntaria. Esto, sin embargo, tampoco es absolutamente correcto. Lo culpable consiste en no dar importancia a ciertas representaciones como motivos contrastantes decisivos. Por eso, sería más justo decir: es doloso el obrar del que el autor no se habría abstenido por la representación de las circunstancias de hecho”.<sup>227</sup>

Mezger, citado por Vela Treviño, afirma que “actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado”.

Sauer señala que dolo es conocimiento de lo conforme (materialmente) al injusto, es decir, de la dañosidad social de un querer y obrar concreto.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> *Idem.*

<sup>228</sup> SAUER, Guillermo. *Derecho Penal. op. cit.*, pp. 250, 251.

El dolo -denota Carrancá y Rivas- consiste en la voluntad de causación de un resultado dañoso. Supone indispensablemente, por tanto, como elemento intelectual, la previsión de dicho resultado así como la contemplación más o menos clara y completa de las circunstancias en que dicha causación puede operar; y asimismo supone, como elemento emocional, la voluntad de causación de lo que se ha previsto: es la dañada o maliciosa intención. Tal es el dolo directo general.<sup>229</sup>

Para el maestro español -Jiménez de Asúa- dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo, y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con consciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o consiente.

Atendiendo a su propia definición, considera Jiménez de Asúa<sup>230</sup> que quedan conjugadas las teorías esenciales respecto del dolo, que son la de voluntad y la de representación, y al mismo tiempo vale el concepto para el llamado dolo directo y para el dolo eventual.

---

<sup>229</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl y Carrancá y Rivas. *Código Penal anotado*, op. cit., p. 37F

<sup>230</sup> Cit. por Sergio Vela Treviño. *Culpabilidad e inculpabilidad*, op. cit., pp. 211, 212.

### 3.3 Dolo. Teorías sobre el

Dice Pavón Vasconcelos en su Manual que en la elaboración del concepto del dolo, unos apoyan el elemento psicológico en la voluntad, mientras otros lo hacen en la representación, en tanto el elemento ético se pretende fundamentar en el conocimiento de la tipicidad del hecho, o de su antijuridicidad, o bien en la consciencia del quebrantamiento del deber, lo cual viene a poner de relieve la existencia de diversas teorías en la formulación de su concepto.

#### 3.3.1 Teoría de la voluntad

Filangieri, Renazzi, con matizaciones, especialmente Carmignani y con mayor precisión Carrara fueron propugnadores de esta teoría.<sup>231</sup> Dicha teoría conocida como la tradicional o clásica, data de la antigüedad romana y encuentra su mejor estructurador en el maestro de Pisa, Francisco Carrara.

Carmignani, uno de los clásicos, definió el dolo como el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores, con lo cual identificó dolo e intención, haciendo consistir ésta en la dirección de la voluntad a un fin remoto. “La intención dicese perfecta -expresó Carmignani-<sup>232</sup> cuando la voluntad está plenamente iluminada por la inteligencia o por la violencia de las pasiones. También llámase directa cuando la voluntad tiende a un fin necesario; indirecta, cuando tiende a un fin meramente posible”.

---

<sup>231</sup> Citados en MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4ª ed., *op. cit.*, p. 263.

<sup>232</sup> Según líneas apuntadas por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal mexicano*, 5ª ed., *op. cit.*, pp. 376, 377.

Carrara observó lo errado del concepto del dolo elaborado por Carmignani, al unir un acto interno (intención) con uno externo (acción), dándole a éste carácter de condición, con lo cual confunde la noción del delito con la de dolo.

El maestro de Pisa estructura su definición diciendo que dolo es “la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley”, destacando de ella como elementos del dolo los siguientes: conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho e intención de realizarlo, permitiéndose aclarar que en tal definición no incluye el *animus nocendi* por haberse discutido acerca de ello, pues los que han exigido ese *animus* como condición del dolo no han visto la verdadera objetividad jurídica del delito, trocando el daño particular con el daño universal. La falta del *animus nocendi* puede excluir el dolo solamente cuando se convierte en la opinión razonable de no violar la ley. Debe distinguirse muy exactamente el ánimo de dañar de la intención de dañar... El primero consiste en la previsión del perjuicio; el segundo, en la voluntad dirigida a producirlo. La segunda no será siempre esencial para constituir el dolo; lo es siempre indispensablemente la primera”.<sup>233</sup>

Carrara y sus seguidores caen igualmente en el error de definir el dolo como la intención, cuando el alcance del primer término es mayor al segundo, con lo cual dejaron fuera del concepto al dolo eventual, en el que no existe propiamente intención.

---

<sup>233</sup> *Idem.*



Lo característico de la teoría de la voluntad (y en ello están de acuerdo sus afiliados), se encuentra en la voluntad; sin embargo, no es suficiente la sola voluntad respecto de un hecho para que pueda surgir el dolo con toda su trascendencia; es necesario que también exista la intención de producir el resultado sobrevenido. Basta un ejemplo para ubicar estos conceptos que, aparentemente, sólo constituyen una sutileza, pero que en realidad están llenos de contenido propio: el hecho de disparar un arma de fuego, queriendo hacerlo, no constituye un acto doloso para los efectos penales; se requiere, también, que al manifestar en esa forma la voluntad, se tenga la intención de producir cierto resultado, como puede ser herir o matar a alguien. En este ejemplo aparecen desvinculadas la voluntad de la intención, ya que una cosa es el acto de disparar con voluntad de hacerlo y otra distinta el acto de disparar voluntariamente con la intención de matar o herir. Únicamente cuando respecto de un hecho puedan conjugarse voluntad e intención, se podrá hablar de dolo para los efectos penales, conforme a la teoría de la voluntad.<sup>234</sup>

Indica Díaz Aranda que el análisis de la voluntad en sentido interno se realiza en la conducta, mientras que en su sentido externo corresponde al dolo propiamente dicho. Desde esta perspectiva, las teorías causalistas, al ubicar el dolo en sede de culpabilidad, dejaban para ese momento el contenido de la voluntad, es decir, la dirección o finalidad del sujeto, centrandó su atención en sede de tipicidad única y exclusivamente en la voluntad de causar.<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> La teoría de la voluntad es la imperante en Italia, entre otros la sustentan Arturo Rocco, Vicente Manzini, De Marsico, Ranieri, Sabatini, Bettiol y Delitala. En Alemania, aunque con muy selectos y significativos partidarios de la teoría de la representación, la teoría de la voluntad también goza de gran número de adeptos, entre los que pueden citarse. Anselmo von Feuerbach, Adolfo Merkel, Bierling, Birkmeyer, Belling, Hippel, Mezger, Maurach y Wegner. En este sentido consultar MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 263.

<sup>235</sup> *Criminalia*, Enrique Díaz Aranda, "Teorías del dolo", *op. cit.*, pp. 58, 59.

“También Manzini comparte esta postura, al exponer que el dolo es la voluntad consciente de realizar un hecho, positivo o negativo, contrario a un legítimo interés de otro, se sepa o no que aquel hecho es también contrario a la ley penal; concepto que amplía y perfila en su Tratado, donde asienta que dolo es la voluntad consciente y no coartada de ejecutar un hecho comisivo u omisivo, lesivo o peligroso para un legítimo interés ajeno, de lo cual se sabe no se puede disponer, se conozca o no que aquel hecho es reprimido por la ley penal”.<sup>236</sup>

Para la intención -sostiene Goldschmidt-<sup>237</sup> hay dos teorías. Según la una, intención es la voluntad del resultado; según la otra, la representación del mismo. Claro que culpabilidad siempre es un reproche hecho a la voluntad y que un conocimiento solo no puede constituir una forma o hasta el grado máximo de la culpabilidad. En verdad, un tal absurdo no es la opinión de aquellos, según los cuales intención es la representación del resultado. Quieren decir que para que el agente haya obrado intencionalmente, no es preciso que la representación del resultado haya sido el motivo de su acción, sino baste con que no haya sido el contramotivo, es decir, que no haya retenido al agente de su acción. Pues la decisión de la controversia teórica depende de lo que la práctica requiere para que el agente haya obrado intencionalmente.

---

<sup>236</sup> Cita en LUZÓN DOMINGO, Manuel. *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, Hispano-europea, Barcelona-España, 1960, 614 pp. Material didáctico obtenido en la cátedra sobre “Teoría de la culpabilidad”, impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, DSEP, FD, UNAM, México, agosto-diciembre, 1996.

<sup>237</sup> GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*, Depalma, s.n.ed., Buenos Aires, 1943, p. 49.

### 3.3.2 Teoría de la representación

Pretendiendo superar los inconvenientes de la teoría de la voluntad, otros autores substituyen voluntariedad o intención por el concepto de previsión o representación.<sup>238</sup>

Los más genuinos expositores de esta teoría son Reinhard Frank y Franz von Liszt.

Franz von Liszt, a quien se atribuye el inicio de la formulación de esta teoría afirmó que el dolo “es el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley”.

Al analizar los elementos del concepto anterior, sostiene von Liszt que entre ellos se encuentra la representación del hecho, entendida como la de un acontecimiento que habrá de realizarse y perceptible sensorialmente o como el conocimiento de las circunstancias de hecho, de donde resulta una definición del dolo “*prima facie*” como “la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de la voluntad”.

---

<sup>238</sup> Las teorías cognitivas ofrecen la facilidad de deducir de datos externos la concurrencia del conocimiento al momento en que el autor realiza la conducta. Para ellas, no importa cuál es la actitud interna del sujeto frente al hipotético resultado, “no confrontan al sujeto con algo que no tuvo en cuenta en el momento de actuar, sino que tienen por cierto algo real: lo peligroso que al sujeto le parecía el comportamiento que llevaba a cabo. Las teorías cognitivas más conocidas son las de representación y de probabilidad. *Criminalia*, Enrique Díaz Aranda, “Teorías del dolo eventual”, *op. cit.*, pp. 56, 58.

Conforme a lo dicho, el fundamento de la teoría de la representación, en orden al dolo, se caracteriza por el proceso interno que realiza el agente en su mente y por el cual se representa el resultado que causalmente habrá de producir su conducta y a pesar de ello ejecuta u omite, según sea el caso, esa conducta que finaliza produciendo el resultado representado. No se requiere que haya voluntad encaminada a la producción del resultado, sino simplemente, que en el sujeto actuante haya habido una representación del resultado. Utilizando el ejemplo que proporciona Etcheberry queda absolutamente claro este concepto. Dice así: “la enfermera que debe administrar una inyección a su paciente cada hora para que no muera, y que en vez de hacerlo se va de paseo, comete homicidio si el paciente muere, puesto que quiso la acción (ir de paseo) y se representó el resultado (muerte del paciente), aunque no haya querido la muerte, sino que la haya lamentado profundamente.”<sup>239</sup>

De modo que las expresiones doloso e intencional no se identifican, como puso de relieve Frank, pues actuar intencionalmente o de propósito implica dirigir la voluntad a un fin concreto cuya realización ha sido perseguida por el sujeto, de lo cual se infiere la imposibilidad de imputar como doloso el resultado producido cuando no existió intención de causarlo. De allí que el dolo sea independiente del propósito y por ello la nueva corriente substituye voluntad por representación, haciendo consistir ésta en el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer.

---

<sup>239</sup> VELA TREVIÑO, Sergio. *La culpabilidad e inculpabilidad*, *op. cit.*, pp. 214, 215.

Frank definió al dolo como la previsión (la consciencia) del resultado de una acción, ligada al conocimiento de las circunstancias que la hacen punible; y ulteriormente, en sus comentarios al Código Penal alemán, afirma aún más su teoría de la representación al decir que el dolo es el conocimiento (representación) que acompaña a la actividad voluntaria de las circunstancias fácticas pertenecientes al tipo legal del delito o que aumentan su penalidad.<sup>240</sup>

La teoría de la voluntad, en opinión de Frank, limitaba excesivamente el radio del actuar doloso, al escapar de él acciones en que el resultado no era querido, e.g., el ladrón que mata al propietario que defiende sus bienes hubiera preferido que éste no se resistiera. Por ello, con certeza advierte Jiménez de Asúa que no es lo mismo tener la voluntad que desear.<sup>241</sup>

“Mayer en este sentido, indica que la producción contraria al deber (*Pflichtwidrig*) de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria”.<sup>242</sup>

La teoría de la representación sitúa al elemento esencial del dolo en el conocimiento y previsión del resultado o, lo que es lo mismo, sostiene el

---

<sup>240</sup> Las relaciones psíquicas en las cuales se encuentra el actor doloso con su hecho, son caracterizadas ya con la expresión “voluntad” ya con la de “representación” las expresiones teoría de la voluntad y teoría de la representación, implican una contraposición más bien formal que interna. FRANK, Reinhard. Estructura del concepto de culpabilidad. *op. cit.*, p. 54.

<sup>241</sup> Ver MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, 4a ed., *op. cit.*, p. 264. También JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, T. V, *op. cit.*, p. 400.

<sup>242</sup> Apuntes sobre la cátedra de “Teoría de la culpabilidad”, impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, DSEP, FD, UNAM, México, agosto-diciembre, 1996.

carácter esencial del conocimiento del hecho y su significación por el autor en la noción del dolo.

“Esto es, la teoría de la representación parte del elemento puramente cognitivo: la mera representación por parte del sujeto de la “posibilidad” de que su acción es adecuada para producir el resultado lesivo es suficiente para afirmar el dolo. Pero, si el sujeto tiene la confianza de que el resultado, a pesar de su acción, no se producirá eso es equivalente a la negación de su resultado y excluye al dolo.

Se trata pues de teorías de contenido puramente intelectual. Pero encuentra graves problemas al establecer la diferencia entre culpa consciente y culpa inconsciente, pues la primera requiere necesariamente que el sujeto haya previsto un resultado, en otras palabras necesita que el sujeto se lo haya representado, lo cual es propio del dolo eventual, de ahí que Schöeder tenga que afirmar que toda culpa es inconsciente”.<sup>243</sup>

Entre los partidarios de la teoría de la representación pueden citarse a: Bekker, Zitelmann, von Lilienthal, J. Kohler, Trager, Thyren, W. Sauer, Schöeder en Alemania; Romagnosi: y desde luego modernamente, Impallomeni, en Italia; Bertauld, Emile Garçon y Donnedieu de Vabres, en Francia.

Enemigos de la teoría de la representación son: Beling, Birkmeyer, v. Buri y Lammasch. Este último escribe en su *Grundriss des*

---

<sup>243</sup> Consultar: *Criminalia*, Enrique Díaz Aranda, “Teorías del dolo eventual”, *op. cit.*, pp. 56, 57.

*Strafrechts*: la esencia del dolo no puede ser peor desconocida de lo que es por la moderna teoría de la "representación".<sup>244</sup>

La expresión "proponerse algo" que apunta a una actividad, a un querer, está diciendo ya que la previsión de un resultado no es todavía dolo con respecto al mismo, sino que a la función intelectual de la representación debe agregársele la emocional de la voluntad. En estrecha relación con estas críticas se encuentran las observaciones que Beling formuló en la 2ª edición de sus *Grundsätze*. Allí él califica de equivocado que la teoría de la representación se dé por satisfecha con la mera representación "con exclusión del elemento voluntario". En la tercera edición ha dado a la crítica una nueva forma y aclarado que la teoría de la representación "desconoce que al hombre no se le puede responsabilizar por el hecho de que en su alma surjan representaciones; las representaciones como tales, carecen de todo carácter culpable". Parece así no haber cambiado sustancialmente la valoración de la teoría de la representación hecha por Beling.

Birkmeyer -aludido por Frank- dice que es un error de la teoría de la representación el de no ver en la voluntad una manifestación de la representación. Mientras Lammasch y Beling afirman que la teoría de la representación eliminaría la voluntad, Birkmeyer dice que no es eso lo que hace esa teoría, sino que identifica representación y voluntad.

Frank ha destacado que en el acto de voluntad, considerado como un todo, juega también junto a la representación una función psíquica particular la designación de querer.

---

<sup>244</sup> Cita en FRANK, Reinhard. Estructura del concepto de culpabilidad, *op. cit.*, p. 55.

Von Buri consideraba a la teoría de la representación como derivación del determinismo. Sin embargo, la circunstancia de que un decidido partidario de la falta de libertad en el querer, Roberto v. Hippel, se haya alzado contra la teoría de la representación con gran aspereza, muestra que la teoría de la representación no implica el determinismo o que el determinismo no conduce a la teoría de la representación.

Por su parte Jiménez de Asúa considera, en posición crítica, que “quienes desean remplazar totalmente la voluntad por la representación, dispoñen al dolo de todo elemento afectivo (volitivo), puesto que la representación es un elemento intelectual, con lo que el concepto de la primera especie de la culpabilidad queda no sólo mutilado en uno de sus requisitos, sino extendido desmesurada y peligrosamente, hasta el punto de que la noción del dolo desaparece”.<sup>245</sup>

Además, refiere Goldschmidt, la diferencia de las dos teorías tiene relevancia con respecto al dolo eventual, que la Ciencia y jurisprudencia española e italiana a veces identifican: por un lado, con el dolo indeterminado; por otro, con el dolo indirecto.

Se habla de dolo indeterminado cuando el agente no tiene el conocimiento de todos los detalles de la cadena causal y de toda la extensión del mal causado. Hay dolo indirecto en el caso del delito preterintencional, a saber: cuando el agente causare un mal más grave que el querido y este mal sea resultado de un tipo distinto del que el agente se había propuesto ejecutar. *I.e.*,

---

<sup>245</sup> Al respecto remitirse a VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, *op. cit.*, p. 215.



el agente quiere tan solo golpear y causa la muerte. En este caso, el culpable incurrirá en la responsabilidad del delito ejecutado, aunque fuere distinto del que se había propuesto ejecutar. Pero aquí la consecuencia se modifica.

Esto es, si el delito ejecutado tuviere señalada pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste en su grado máximo la pena correspondiente al segundo. Se sanciona especialmente el *dolus indirectus* mediante el cual se imputa todo resultado al que *versatus est in re illicita*.<sup>246</sup>

El fin del dolo indirecto es que al que ha ejecutado con intención un acto ilícito se imputa todo el resultado, como si fuera causado intencionalmente.

Mientras que el dolo indirecto es de origen antiguo, el dolo eventual es moderno. Hay dolo eventual cuando el agente ha tenido el resultado por posible. Claro que la representación de la posibilidad del resultado basta para constituir intención, cuando fue el motivo del agente. El que apunta a otro para matarle y le alcanza, ha obrado con intención, aun cuando no tuviese por seguro el resultado. Tampoco se habla en tal caso de dolo eventual. De esto sólo se trata, cuando la representación de la posibilidad del resultado no fue el contra-motivo, es decir, no ha retenido al agente de su acción. Se pregunta, si también en este caso siempre hay intención. Evidentemente no. Por ejemplo, el cochero que, aunque ve acercarse el tren, intenta atravesar los raíles, porque espera pasar todavía, se ha representado la

---

<sup>246</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Metodología jurídico-penal*, op. cit., pp. 50, 51.

posibilidad del resultado, pero a pesar de eso no ha obrado con intención, cuando un choque ocurre.

La teoría, según la que hay intención, si el agente tenía la representación del hecho realizado, supone el dolo eventual, cuando el agente tenía el resultado por probable. Al contrario, la teoría, según la que la intención es la voluntad del hecho, requiere que el agente haya aprobado el resultado, que se representó como posible. En verdad, una teoría, según la que la intención es la voluntad del resultado, tendría que rechazar el dolo eventual, mientras que una teoría que hace depender la existencia de la intención de que el agente haya tenido el resultado por probable, merece en verdad el reproche de desconocer la naturaleza del dolo como una especie de la culpabilidad. Si se parte del enfoque de que hay intención, si la representación del resultado no ha sido contra-motivo para el agente, la representación de la posibilidad del resultado basta para la intención, cuando la realización de esa era indiferente al agente, mientras que no hay intención, sino por lo más imprudencia temeraria, cuando el agente esperó evitar el resultado.<sup>247</sup>

Empero, subraya Frank, los partidarios de la teoría de la representación no han tenido jamás por suficiente a la representación para integrar el concepto de dolo, sino sólo a la representación en su relación con el acto de voluntad. Pues parten, de que no puede haber culpabilidad alguna sin acción, esto es, sin el concurso de la voluntad. Pero para la relación entre representación y voluntad son importantes los siguientes casos:

---

<sup>247</sup> *Ibidem*, pp. 52, 53.

a) La representación del resultado ha determinado o codeterminado al autor a obrar. Entonces, el resultado es previsto, propuesto. El reproche que alcanza al autor en este caso es el más grave. Cuando de él se podía esperar que por la representación del resultado se abstendría de obrar, él, al contrario, por ella se determinó a la acción.

b) La representación del resultado no ha detenido al autor de obrar. Le puede ser hecho el reproche inmediatamente próximo al precedente cuando se ha representado el resultado como seguro. Si, en cambio, solamente se lo ha representado como probable, no queda expuesto directamente al mismo reproche. Acaso esperó evitarlo; acaso hasta tuvo la representación de poder desviar el influjo dañoso antes de determinarse a obrar.<sup>248</sup>

En virtud de que la voluntad sin la representación es insuficiente por los excesos de interpretación que produce, la solución al concepto del dolo debe encontrarse en una tercera posición vinculatoria de ambas posturas doctrinarias, asevera Vela Treviño.

### **3.3.3 Teoría conjunta de la representación y la voluntad**

En razón de lo apuntado, se llegó a una construcción del dolo mediante la vinculación lógica y necesaria de ambos elementos (voluntad-representación) y así se entiende que hay dolo en una conducta cuando el autor de ella se ha representado intelectivamente el resultado, pero

---

<sup>248</sup> FRANK, Reinhard. Estructura del concepto de culpabilidad, *op. cit.*, p. 64.

además considerando debidamente la índole de la voluntad respecto a esa representación.

Esto es, actúa dolosamente quien no sólo ha representado el hecho y su significación sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente a la causación del resultado.

En esta posición, Touzzi empieza por afirmar el necesario conocimiento del hecho en sí y en sus efectos, así como su contradicción con la ley, dándose en esas condiciones la inteligencia que prepara el discernimiento, lo cual lleva al sujeto a determinarse, fenómeno apoyado tanto en la voluntad como en la libertad externa.

Para Maggiore el que obra dolosamente prevé y quiere el delito (en la totalidad de sus elementos: acción y resultado, antijuridicidad y culpabilidad). Siendo por consiguiente dos los elementos del dolo: a) la previsión (o representación del resultado), b) la volición de él. "No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin la previsión. La previsión sin voluntad es vana; la voluntad sin previsión es ciega; y el Derecho no puede contentarse con ninguna de las dos... Previsión es la representación del resultado y denota el momento intelectual de la conducta... Voluntad es el acto de autodeterminarse en vista de algún fin. Querer es tender a un objeto y a un fin (presentes en la consciencia y por esto representados) y obrar en consecuencia...".<sup>249</sup>

---

<sup>249</sup> MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, vol. I, *op. cit.*, pp. 576, 577.

“Silvio Ranieri dice que es indispensable, para la existencia del dolo, tanto el elemento intelectual como el volitivo; Pannain entiende que, para la subsistencia del dolo, se requiere el concurso de la representación con la voluntad del resultado; Antolisei afirma la existencia del dolo cuando el sujeto realiza intencionalmente un hecho previsto en la ley como delito, conociendo sus elementos esenciales; August Finger señala que, al ejecutarse un acto de voluntad, es querido lo que es representado; Mezger a pesar de simpatizar con la teoría de la voluntad, parte de esta postura inicial y adopta una posición clara en favor de la síntesis, diciendo que actúa dolosamente el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado. Max Ernesto Mayer, en su teoría de las motivaciones, afirma que para acreditar el dolo se requiere averiguar el complejo de motivos que determinaron al hombre, lo cual constituye una postura de carácter sintético. De los autores hispano-parlantes, apoyan la teoría conjunta Puig Peña, Antón, Juan P. Ramos y Novoa Monreal”.<sup>250</sup>

Es esta tercera postura la aceptable también para Pavón Vasconcelos, en tanto que si la voluntad en la conducta consiste en querer realizar la acción o la omisión, la voluntad en el dolo es querer también el resultado.

La voluntad, por sí misma, no puede agotar el contenido del dolo: hácese imprescindible igualmente el conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación. Tal conocimiento debe abarcar la relación de

---

<sup>250</sup> En este punto revisar MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 266. Así como: PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal mexicano*, 5a ed., *op. cit.*, p. 379.

causalidad, cuando ésta forma parte del hecho particularmente tipificado; la tipicidad del mismo, entendida de manera profana, y su carácter antijurídico.

Si el nexo causal es problema material a resolverse en el ámbito del hecho, tal cuestión no contraría la posición adoptada ahora respecto al conocimiento del propio hecho como elemento de dolo, comprendiendo la relación de causalidad. Una cuestión -asevera Pavón-<sup>251</sup> es constatar la relación causal, para dar por configurado el hecho, y otra diversa su conocimiento por el autor, para establecer su culpabilidad dolosa.

Es cierto que en muchos casos no existe concordancia entre el proceso causal representado y el proceso causal realmente verificado, en cuyo caso surge el problema de saber cuál tratamiento habrá de darse al hecho respecto al dolo.

Mezger,<sup>252</sup> en este sentido explica que, “el curso causal representado y el real nunca se corresponden exactamente, en primer lugar porque la representación del autor nunca aparece determinada y precisa en todos sus detalles y particularidades, y en segundo término, porque nadie puede prever de manera exacta un curso causal futuro en todos sus extremos y particularidades. Por este motivo, una aberración como tal no puede nunca por sí sola excluir el dolo, pues en caso contrario, no podría darse jamás un actuar doloso”.

---

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 381.

<sup>252</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 116.

Por cuanto al conocimiento de la tipicidad, no supone que se conozca por el agente la descripción típica del hecho del modo que la sabe el técnico. No debe exigirse que conozca los elementos del tipo legal, pues ello presupondría un estudio jurídico. La objeción -reconoce Pavón Vasconcelos- de que sólo los técnicos podrían cometer infracciones con dolo, y que también podría invocarse valor, es superada si atinamos a fijar la índole del conocimiento de lo típico y de lo antijurídico. Lo que podemos saber de un automóvil o de alguna enfermedad, no es de manera profunda y acabada como el técnico lo conoce. Nuestro conocimiento es profano. Pues bien, debemos exigir como elementos intelectuales del dolo el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica, de esa manera profana y no técnica, es como se han salvado todos los escollos.

De igual modo, el dolo requiere del conocimiento de su significación, con lo cual se alude preferentemente a la antijuridicidad del hecho. Recordemos que con el actuar voluntario el sujeto viola siempre un deber de abstención por contenerse en la norma una prohibición de hacer, en tanto que con un no hacer voluntario (inactividad) viola un deber jurídico de obrar, por cuanto sólo es posible establecer el concepto de la omisión con referencia a la acción esperada y exigida. Ahora bien, para que lo injusto del hecho pueda serle reprochado al autor, éste debe haber tenido consciencia de su antijuridicidad, esto es, de que su conducta y el resultado a ella ligado quebrantaba el deber (de abstención o de obrar) impuesto por el orden jurídico.<sup>253</sup>

---

<sup>253</sup> "Indudablemente como expone la reconocida jurista **Islas de González Mariscal**: el imperativo (deber jurídico) no es únicamente prohibición o únicamente mandato. Toda prohibición es, al mismo tiempo, un mandato. Si se prohíbe una acción, a la vez se está ordenando una omisión, y si se prohíbe una omisión, ello significa que se ordena una acción. En los tipos de acción, lo prohibido es precisamente la acción, y en consecuencia, lo ordenado es la omisión. En los tipos de omisión, lo que se prohíbe es la omisión y por ende,

(culpabilidad y necesidad de pena) en el funcionalismo, sus implicaciones en la práctica, así como diversas manifestaciones (que dan base a nuestras propuestas), razón del constante estremecimiento de la sociedad en general ante la avalancha imparable de noticias denotadoras de los efectos nocivos de la impunidad, corrupción, delincuencia, que motivan la severa reprobación hecha a nuestros encargados del sistema de justicia penal, en su desempeño, credibilidad y qué no decir sobre su parcialidad o invasión conocida de encomiendas.

La discrepancia o coincidencia con cualquier exposición, siempre será origen de un nuevo trabajo.



### 3.4 Dolo. Elementos en el marco normativo-causalista

Consiguientemente, en el marco normativo-causalista, destaca la jurista Islas de González Mariscal, el dolo se define con tres elementos:<sup>254</sup>

- a) Conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal,
- b) Conocimiento de la significación antijurídica de los hechos,
- c) Querer esos hechos.

Con base en el conocimiento de la significación, en Alemania se elaboran diversas tesis, entre ellas la “estricta teoría del dolo” en la cual se postula que el conocimiento del injusto debe ser actual, o sea que el sujeto tiene que percibir efectivamente que tales hechos son ilícitos.<sup>255</sup> Surge también la “limitada teoría del dolo” para la que el conocimiento del injusto no necesariamente debe ser actual; basta que se dé potencialmente, es decir, que el

---

lo que se ordena es la acción. Hay una relación entre ambas formas de enunciar el deber: se prohíbe una acción si, y solo si, se ordena una omisión; y se prohíbe una omisión si, y solo si, se ordena una acción. En otras palabras prohibición y mandato se bicondicionan.

Como la omisión se define en términos de la acción ordenada, parece conveniente enunciar el deber como un mandato; en tanto que en los tipos de acción lo más adecuado es enunciarlo en términos de prohibición. En los tipos de acción sin resultado material se prohíbe la acción, y en los tipos de acción con resultado material se prohíben tanto la acción como el resultado material. En los tipos de omisión sin resultado material se ordena la correspondiente acción, y en los tipos de omisión con resultado material se ordenan tanto la acción como la evitación del resultado material”. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4a ed., *op. cit.*, pp. 31, 53.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 48. En la formación del dolo concurren dos elementos esenciales, según Jiménez de Asúa:

- a) Un elemento intelectual consistente en la representación del hecho y su significación (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuridicidad, como consciencia del quebrantamiento del deber); y
- b) Un elemento emocional o afectivo, no otro que la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado.

No constituye inconveniente a lo dicho la existencia de delitos sin resultado material (delitos formales), pues en todo caso, la misma conducta es objeto de la representación y de la voluntad como resultado específico. Cit. por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal mexicano*, 5a ed., *op. cit.*, p. 383.

<sup>255</sup> Ello resulta insostenible, porque en los delitos emocionales y en otros muchos, tal consciencia no existe y, por ende, no serían dolosos. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 84.

sujeto esté en posibilidad de conocer el significado de su acción.<sup>256</sup> Seguidamente, y previa al surgimiento de la teoría finalista, aparece la “estricta teoría de la culpabilidad”, en la que el conocimiento del injusto es elemento de la culpabilidad y no del dolo, éste ya fue separado de la culpabilidad y reubicado en la acción con un contenido determinado por dos elementos.<sup>257</sup>

El conocimiento del injusto, por tanto, va a ser elemento determinante en la existencia o inexistencia de la culpabilidad, pero en nada afectará al dolo.

Finalmente, la “limitada teoría de la culpabilidad” resulta asistemática y crea profunda confusión al relacionar el conocimiento del injusto a veces con el dolo y a veces con la culpabilidad.<sup>258</sup>

El dolo se conformaba para Mezger:<sup>259</sup> a) de la voluntad del hecho, entendida como lo querido por el autor de un hecho, sea lo que se propuso con su acción (dolo directo o ‘*dolus directus*’ de primer grado), lo que

---

<sup>256</sup> Mezger pretendió hallar un remiendo a la precedente teoría, inventando la “ceguera para el Derecho” (*Rechtsblindheit*). Sin embargo tal “incapacidad para reconocer lo justo y lo injusto” le presentó dificultades por la “vencidad de la ceguera jurídica fundamentadora de pena y de la incapacidad para conducirse conforme a Derecho excluyente de pena”, tornándose aún más confuso el asunto. Mezger en respuesta a las objeciones hechas por Welzel cambia la expresión “ceguera al o para el Derecho” por un “estado de enemistad al Derecho”. Expresiones ambas que le son tachadas como hijas de la culpabilidad de autor y que redondean su errada ubicación del dolo. *Ibidem*, pp. 84, 85.

<sup>257</sup> Esta teoría sostiene que la “consciencia de la antijuridicidad” es un componente de la reprochabilidad. De ella son partidarios quienes propugnan la teoría normativa pura de la culpabilidad, aunque también por un sector de la teoría compleja. Es sostenida por Eugenio Raúl Zaffaroni. *Ibidem*, p. 86.

<sup>258</sup> Según Maurach esta teoría sitúa “la consciencia de la antijuridicidad” entre el dolo y la culpabilidad. Existe una consecuencia práctica común respecto del error de prohibición entre sus sostenedores. Dividen el tratamiento del error de prohibición, que será tratado como error de tipo (en cuanto al supuesto de vencibilidad) cuando radique en la falsa suposición de una situación de justificación. Pese al éxito que tiene dicha teoría en la jurisprudencia germana, presenta la dificultad de confundir la “culpa” en el error con la culpa típica de la conducta, lo que la lleva a concluir en una ficción en los casos de falsa suposición vencible de una situación de justificación. *Ibidem*, pp. 87, 88. Teorías todas ellas sobre las cuales volveremos en el siguiente capítulo.

<sup>259</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. *op. cit.*, pp. 228-248.

el autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio ineludible del hecho (dolo indirecto o '*dolus directus*' de segundo grado), o lo que el autor toma a su cargo con su intención ('*dolo eventualis*' o dolo condicionado); b) del conocimiento del hecho, compuesto por: a') el conocimiento de las distintas circunstancias del hecho, tanto las que fundamentan y elevan la pena como las que la excluyen o atenúan y, b') la consciencia de la antijuridicidad, entendida como conocimiento de la injusticia del hecho en conjunto.

### 3.5 Dolo. Ubicación sistemática dentro del Sistema Causalista, en relación con la tentativa

Sostienen los causalistas que para la existencia del delito en grado de tentativa es necesario que el sujeto quiera realizar el delito y éste no se configure por causas ajenas a la voluntad de aquél. Esto significa que los causalistas asignan al dolo una doble ubicación:<sup>260</sup>

- a) En los delitos consumados, el dolo está en la culpabilidad, y
- b) En los que se presentan en grado de tentativa, el dolo es punto de partida de la acción.

Bockelmann -indica Islas de González Mariscal- plantea una aguda crítica en torno a este tema, al afirmar que la tentativa, como acción dirigida por la voluntad del autor a la producción de un resultado delictivo, no

---

<sup>260</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4a ed., op. cit., p. 47.

podría ser objeto de castigo, ya que en rigor técnico la punición de la tentativa sólo puede fundarse en la inclusión del dolo en el tipo del injusto de los delitos dolosos.

En un afán de salir adelante en este serio problema, los causalistas, con base en la filosofía de los valores de la Escuela Sudoccidental alemana, introducen en el injusto los llamados "elementos subjetivos" -reconocidos inicialmente por v. Bar y Nagler y sistematizados especialmente por Mezger- sin embargo, tales elementos no constituyen solución y sí hacen más confuso el estudio del delito.<sup>261</sup>

Para continuar con nuestra exposición, revisemos ahora la culpa como otro de los elementos de la culpabilidad en el Sistema Neoclásico.

#### **4. Culpabilidad culposa**

Indudablemente, el objeto que se reprocha en este punto es la conexión psíquica que, por cierto resulta imperfecta en relación con el hecho (en tanto, no existe identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado); mientras que el reproche de ese objeto lo constituye (el elemento normativo) la exigencia por parte del orden normativo de una conducta diversa a la realizada, por el sujeto capaz que obró con culpa. Reproche que se encuentra relacionado con las circunstancias del caso que de él se podía esperar.

---

<sup>261</sup> *Idem.*

#### 4.1 Culpa. Generalidades

El reproche -infiere Graf zu Dohna- presupone la existencia de un deber cuyo cumplimiento hubiera impedido al autor obrar como lo hizo. Entre los deberes están los de diligencia, precaución y consideración, cuya lesión reprochamos al autor y que denominamos culpa.<sup>262</sup> El fundamento en que se apoya el reproche ha sido considerado de distintas maneras, Maggiore<sup>263</sup> cita que “Rossi colocó esos motivos en el hecho de que el hombre descuida el procurarse las consecuencias necesarias para que su acción no sea ilegítima; Carmignani, en la sospecha del dolo; Nicolini, en su carácter excepcional; Carrara, en el daño mediato con el inmediato, con tal que el ciudadano, aún por hechos independientes, sienta disminuida la opinión de su seguridad; Pessina, en no haber previsto el individuo las siniestras consecuencias, que hubiera podido prever, de un hecho voluntario, demostrando así que no ha querido prestarle a su acción la atención que tenía que prestarle; Impallomeni, Alimena y Manzini, en el fin de crear con la pena motivos de diligencia; Ferri, en la personalidad antisocial y en la peligrosidad de los medios, aunque no se dirijan a un fin antijurídico; y Tosti, en la utilidad social”.

Así, pues, “culpa” es la expresión destinada a la culpabilidad de acciones no dolosas, adecuadas al tipo, realizadas por personas capaces de imputación.

---

<sup>262</sup> En cuanto al elemento psicológico del delito no intencional o imprudencial, consiste en la imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado; es decir, imprevisión (falta de previsión o de reflexión), descuido (negligencia, falta de cuidado) o ineptitud (impericia). CARRANCÁ Y TRUJILLO. Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Código Penal*, *op. cit.*, p. 38, nota 24\*.

<sup>263</sup> MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, vol. I, *op. cit.*, p. 598.

“Actúa culposamente quien no pone la diligencia a que está obligado y de la que es capaz, de acuerdo con las circunstancias y con sus condiciones personales, y por ello no prevé que puede concretarse el tipo de una acción punible o aún previéndolo confía en que no se producirá”. De esa definición del concepto de la culpa, surge que su estructura psicológica, se vincula con el dolo eventual, del que se diferencia en el enfoque que el autor hace del resultado previsto como posible”.<sup>264</sup>

Cuando sin intención de causar un daño a un bien jurídicamente protegido, este daño se produce, es debido a que alguien omitió la obligación de imponer a su conducta ese mínimo de sentido a que antes nos referíamos y de ello se establece una vinculación entre el Derecho Penal y la Criminología, que se ocupa, entre otros aspectos, de conocer la génesis de las conductas delictivas. En los casos de los delitos cometidos en forma culposa, el autor de la conducta dañina debe ser objeto de un reproche por no cumplir con la obligación que su calidad de integrante de una comunidad le impone, en cuanto se refiere a cuidar que su conducta tenga siempre los ingredientes necesarios de precaución, prudencia, cautela para no dañar los bienes sociales protegidos por la norma.

Para evitar posibles interpretaciones erróneas es menester aclarar desde este momento que la conducta culposa no es necesariamente una forma de manifestación de la conducta que se exterioriza mediante la llamada omisión; son muchos los casos en los que la conducta reviste la forma activa y a pesar de ello sigue siendo culposa; lo que se quiere decir es que en toda

---

<sup>264</sup> GRAF zu DOHNA, Alexander. *Estructura de la teoría del delito*, op. cit., pp. 82, 83.

conducta culposa hay siempre una omisión en cuanto al contenido psíquico de la propia conducta, más no en cuanto a la forma en que se manifiesta.

No se trata, en síntesis, de una omisión en cuanto a la forma de la conducta, sino en lo que se refiere a su mínimo contenido psíquico de sociabilidad. Esto mismo ya fue expresado por Carrara cuando afirmó que “los actos culposos no deben identificarse con los actos negativos. En los delitos de omisión el cuerpo está inactivo, pero el ánimo está activo, porque para el fin a que tiende impone la inactividad al cuerpo. En los delitos culposos, el cuerpo puede estar activo para realizar actos de los que nace el efecto dañoso, pero el ánimo está siempre inactivo porque no lleva su cálculo a la previsión de esos efectos”.<sup>265</sup>

La tarea difícil consiste en determinar qué medida de diligencia puede esperarse, en general, del ser humano. Tal delimitación se efectúa, según Graf zu Dohna,<sup>266</sup> desde dos puntos de vista: el objetivo y subjetivo. El segundo reza que nadie está obligado por encima de la medida de diligencia que él está en situación de aportar, de acuerdo con sus condiciones personales: *ultra posse nemo obligatur*. Debemos recalcar, que los defectos de la voluntad son, en general, corregibles y se corrigen del modo más eficaz precisamente por medio de la consciencia de la responsabilidad; mientras que las capacidades intelectuales sólo aumentan el saber por experiencia y agudizan la atención. No se imputa la falta de atención, sino el resultado acarreado por ella, no se pena un crimen *culpae*, sino un número indeterminado de *crimina*

---

<sup>265</sup> Referencia en VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, op. cit., pp. 233, 234.

<sup>266</sup> GRAF zu DOHNA, Alexander. *Estructura de la teoría del delito*, op. cit., pp. 83, 85, 86.

culposa; a despecho del conocimiento de que la medida de la culpabilidad no es preciso que dependa del resultado, las más de las veces, puramente casual.

En tanto que las omisiones dolosas que producen lesiones jurídicas, deben ser tenidas, en principio, por exigibles. La delimitación del deber de diligencia tiene, el efecto de dejar al margen el reproche de culpabilidad, cuando únicamente prestando una atención que sobrepasa ese límite, se hubiera podido presentar la previsión del resultado, y cuando únicamente con una consideración para con la comunidad, que también sobrepasa el límite mencionado, la confianza en que el resultado no se producirá se hubiera podido transformar en la decisión de renunciar a la obtención del propio interés perseguido.

#### 4.2 Culpa. Concepto

Jiménez de Asúa conjuga, como en el concepto de dolo, los elementos afectivos de voluntad y los de representación, más el elemento intelectual del desconocimiento del deber, y afirma que existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo. En esta fórmula va comprendida la culpa con representación (mal llamada con previsión) y sus diferencias del dolo eventual.<sup>267</sup>

---

<sup>267</sup> Cfr. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 293. Además JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal la ley y el delito*, *op. cit.*, pp. 371, 372.



Existe culpa -acorde con Cuello Calón-<sup>268</sup> “cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley”.

La culpa, en sentido estricto, es una forma especial de la reprochabilidad, esto es, una forma especial de la culpabilidad, más leve frente a su forma básica (el dolo). El hecho de no existir el dolo no trae todavía como consecuencia la presencia de la culpa, la cual debe ser demostrada. Por ende, “ha actuado culposamente aquel a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha evitado el hecho y sus consecuencias”. El grado de la culpa es siempre, en el Derecho Penal, personal-individual. El reproche de falta de precaución se le puede dirigir al autor en el sentido de que no ha tomado en cuenta el hecho y sus consecuencias, o bien, que a pesar de conocer el hecho y sus consecuencias no ha obrado de conformidad a ese conocimiento. En otras palabras, “actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado”.<sup>269</sup>

El maestro Pavón Vasconcelos define la culpa como “aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres”.<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*, 18a ed., *op. cit.*, p. 466.

<sup>269</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 256-261. Del mismo jurista *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 171 y ss.

<sup>270</sup> Cit. por Eduardo López Betancourt. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 233.

A la definición de Pavón Vasconcelos, sólo sería deseable agregarle -en opinión del jurista López Betancourt- aspectos culturales, esto es, además de ser evitable, si se hubiesen observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable no sólo por los usos y la costumbre sino también por la cultura del sujeto.

Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas<sup>271</sup> señalan que la culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado.

Una persona tiene culpa -para Ignacio Villalobos-<sup>272</sup> cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica, no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por el mismo.

La negligencia etimológicamente procede del vocablo *negligo* o *nec-lego*, que significa no elijo, no recojo, dejo pasar; supone una actitud negativa -por pereza o por indolencia- que consiste en falta de actividad necesaria para prever y evitar sucesos o consecuencias inconvenientes. La imprudencia, en palabras de Cuello Calón, supone una actividad, se refiere al obrar irreflexivamente, sin precaución ni cautela. La impericia no tiene especialidad esencial en su elemento psicológico culposo, y en su instancia final no es más que la condición de que el agente deba tener la pericia exigida

---

<sup>271</sup> *Derecho Penal, op. cit.*, p. 413.

<sup>272</sup> *Derecho Penal mexicano, 5a ed., op. cit.*, p. 309.

por su oficio o profesión. En definitiva, la impericia demanda profesión, oficio o arte. Fuera de ellos no cabe impericia; pero no todo acto culposo del que ejerce un arte, oficio o profesión debe reputarse como imperito, pues se puede tener pericia y no emplearla (negligencia) y, sobre todo, se puede obrar con pericia, con grande y extremada pericia y, sin embargo, proceder temerariamente, es decir, con imprudencia”.<sup>273</sup>

La imprudencia es un hacer omitiendo algo, en tanto que la negligencia un no hacer; la primera contiene eficacia activa mientras la segunda pasiva; en consecuencia no puede haber imprudencia donde haya negligencia; y la imprevisión y la falta de reflexión son lo que sustenta todo caso de culpa por lo que no pueden constituir especies *per se* sino que son el elemento común a los delitos culposos.<sup>274</sup>

### 4.3 Culpa. Teorías sobre la

La doctrina revela la existencia de teorías que construyen la noción de la culpa, ya en la previsibilidad del evento, ya en un defecto de la inteligencia o bien de la voluntad, entre otras.

#### 4.3.1 Teoría de la previsibilidad

Dentro de esta corriente destacan, en forma particular, Carrara y Brusa. Para el primero, la culpa radica en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. Explicando

---

<sup>273</sup> Cita en MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, pp. 294, 295.

<sup>274</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Código Penal*, *op. cit.*, p. 39.

su criterio, Carrara afirma que la culpa es un defecto de la voluntad, pues si bien el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteligencia), ésta se remonta a la voluntad del agente, al no emplear éste “la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer esas consecuencias siniestras”. Si la culpa, dice conclusivamente, radicara en un vicio de la inteligencia, ésta no sería imputable ni moral ni políticamente. “Lo es precisamente porque la negligencia tuvo causa en la voluntad del hombre”.<sup>275</sup>

Al respecto, el penalista mexicano Franco Guzmán<sup>276</sup> considera que, en la teoría de Carrara se habla de que el reproche al agente debe hacerse en virtud de un vicio de la inteligencia, pero a su juicio, la ley no exige conductas inteligentes, “sino solo acciones u omisiones voluntarias o involuntarias. Es más, en la culpa con representación (o consciente) no podemos afirmar que la previsión del resultado sea la esencia de la culpa”.

Se cuida, no obstante, Carrara de advertir que la previsibilidad es cosa distinta de la previsión, afirmando categóricamente que la esencia de la culpa reside en la primera. “Se puede no prever absolutamente una consecuencia que se ocasiona después. Se puede prever como posible, pero esperar evitarla, y, después, no lograr evitarla. Se tiene la mera culpa no solo en la primera hipótesis, sino también en la segunda, siempre que no se haya obrado con el fin de dañar. Si se obraba con el fin de dañar, en esta segunda hipótesis, el hecho es doloso, porque el dolo emerge del primer fin. Pero si se obraba con un fin inocente, con respecto al segundo efecto, no hay más que

---

<sup>275</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal mexicano*, 5ª ed., *op. cit.*, p. 392.

<sup>276</sup> *Criminalia*, Ricardo Franco Guzmán, México, 1949, Porrúa, “La culpabilidad y su aspecto negativo”. p. 459.

mera culpa, porque tanto vale no prever un efecto, como prever que no sucederá. Se contradeciría quien dijera: tú has previsto que esto no sucedería; luego tú has previsto que esto sucedería.”

Considerando insuficiente el puro criterio de la previsibilidad, Brusa, le añade el de prevenibilidad, estimando a la culpa como la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible.

“Se han elaborado, según Manzini,<sup>277</sup> para fundamentar a la culpa, la teoría de la previsibilidad; de la previsibilidad y de la prevenibilidad de Brusa; del uso de los medios anormales a la idea del Derecho; la psicosociológica de Angiolini, modificada por Altavilla; y por último, la teoría de Tosti, fundada en el defecto de las facultades intelectivas del agente, sin olvidar, como manifestó Manzini, existen otras teorías menos importantes para fundamentar la culpa, pero no podemos ocuparnos, también porque es difícil encontrar un escritor, que se haya ocupado de la culpa, y que no haya tratado de ofrecer una doctrina suya propia”.

#### 4.3.2 Teoría del vicio de la inteligencia

Esta doctrina la desarrolla Almendingen en los últimos años del siglo XVIII y comienzos del XIX. Almendingen, autor tudesco, sitúa la esencia de la culpa en que la imprevisión de lo previsible no es un vicio de la

---

<sup>277</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Ediar editores, Buenos Aires, 1948, p. 290.

voluntad, sino un vicio de la inteligencia y de la memoria. Y ello es así porque el agente obra sin la debida previsión precisamente por aquellos vicios.<sup>278</sup>

Los actos culposos son vicios de la inteligencia por falta de reflexión; de tal suerte, todo acto de la facultad cognoscitiva está por completo privado de elección, de donde se infiere que la culpa no debe ser penada por la ley.<sup>279</sup> No obstante, Almendingen afirma, que si se castiga al autor de un hecho culposo, es porque la culpa debe ser origen para que el delincuente culposo sea amonestado por la pena para evitar -en lo futuro- otras acciones culposas, y para que aprenda que omitir una reflexión, capaz de impedir una injusticia, le acarreará consecuencias perjudiciales.<sup>280</sup>

“Tosti y Cívoli se adhieren a esta teoría, el primero declarando expresamente que en la culpa hay “constatación de un defecto de las facultades intelectivas del agente”, en tanto el segundo entiende genéricamente por culpa “un estado de ánimo de la voluntad de dañar e incluido en la de hacer actos prohibidos por la prudencia, omitir otros impuestos por la diligencia, asumir empresas superiores a las propias fuerzas, desenvolver la propia actividad siguiendo el propio capricho y no según las normas establecidas por la ley, en los reglamentos o en las costumbres”.

En síntesis, Tosti, según lo expresa Jiménez de Asua, vuelve los ojos a la teoría del defecto de la inteligencia, dando al dolo carácter de defecto

---

<sup>278</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito*, sistemas causalista y finalista, Porrúa, 7a ed., México, 1998, p. 57.

<sup>279</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal, la ley y el delito*. *op. cit.*, p. 372.

<sup>280</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 296.

del sentimiento, en tanto otorga a aquélla la sintomatía del estado defectuoso de las facultades intelectuales del sujeto””.<sup>281</sup>

### 4.3.3 Teorías positivistas

Perfectamente congruentes con sus postulados, los positivistas se alzan como adversarios de la doctrina de la voluntad y de la previsibilidad en la esfera de la culpa. Enrico Ferri, quien llega a denominar a los delitos culposos como delitos involuntarios, sostiene que la única razón de la punibilidad de las infracciones culposas se encuentra en la responsabilidad social, en el carácter antisocial del acto y en la temibilidad del delincuente. En realidad, los positivistas no hacen más que aplicar al estudio de la culpa su fórmula de la responsabilidad social y la teoría de los móviles antisociales.<sup>282</sup>

### 4.3.4 Teoría físico-psicológica

Encontrado dentro del positivismo, Alfredo Angiolini dedicó especial aplicación al estudio, dentro de esa corriente, de los delitos culposos y formuló su teoría físico-psicosociológica o también conocida como teoría del defecto de atención. El autor italiano parte del estudio de la red nerviosa central y de las neuronas cerebrales y concluye de tal modo que coloca la esencia de la culpa en un defecto de la asociación de ideas o en un defecto de atención. En la culpa, la violación de la ley por el agente dimana de la vulneración de un deber de atención impuesto por la misma ley. Así pues, existe una clara diferencia

---

<sup>281</sup> Cit. por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal*. 5a ed., *op. cit.*, p. 396.

<sup>282</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 296. También ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 57.

entre el delito doloso y el delito culposo: en aquél, el resultado dañoso es consciente y querido, mientras que en éste es inconveniente e involuntario.<sup>283</sup>

#### 4.3.5 Teoría de la imprudencia o negligencia

“Sostenida principalmente por J. J. Haus, hace radicar la culpa en la negligencia ocasionada por la ausencia de voluntad de evitar lo dañoso a los intereses públicos o privados. “Se pueden, por tanto, llamar no intencionales o cometidos por simple culpa. Se llaman también involuntarios porque aun cuando el delincuente había querido la causa, no ha querido el evento que debía prever o prevenir”.

Por su parte Sabatini hace consistir la culpa en la comisión por imprudencia o negligencia de un hecho, coincidente en sus elementos objetivos y subjetivos, con la infracción de determinados preceptos de Derecho Penal.

En nuestro medio, Ignacio Villalobos expresa que en términos generales, se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo, pero al describir los elementos de la culpa destaca que la realización de aquello que hace al acto típicamente antijurídico, se debe a negligencia o imprudencia, puesto que los demás términos empleados en la definición (falta de atención, reflexión, de precauciones) no tienen un contenido autónomo por

---

<sup>283</sup> ANGIOLINI, Alfredo. *Dei delitti colposi*, Bocca, Turin-Italia, 1901, pp. 49 y ss.



constituir formas mediante las cuales se manifiesta la negligencia o la imprudencia.””<sup>284</sup>

#### 4.3.6 Teoría integral de von Liszt

“La teoría de von Liszt pretende ser orgánica más que ecléctica, conciliando la clásica doctrina de la previsibilidad y vicio de la voluntad con las opiniones de los autores que hablan de una falta de atención, y con el criterio positivista que halla en los hechos culposos una falta de sentido social, Franz von Liszt escribe: “el concepto de la culpa requiere: a) falta de precaución en la manifestación de voluntad; es decir, desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias. La medida del cuidado se determina, en general, a este respecto, según la naturaleza objetiva del acto emprendido, y no según el carácter particular del agente. La no aplicación de la atención, el no cumplimiento debido, se presenta, en el sentir de la terminología dominante, como una falta de voluntad; b) pero a la falta de precaución debe añadirse la falta de previsión; es decir, que debe haber sido posible al agente prever el resultado como efecto del movimiento corporal (aunque no sea más que en sus trazos generales) y reconocer la existencia de los elementos esenciales del hecho. En la apreciación de este problema debe tomarse por base las facultades mentales del agente, en general, y en el momento del acto (agitación o embriaguez) y su mayor o menor perspicacia, la medida es aquí subjetiva, especial. Lo que está aquí en cuestión es la capacidad mental del agente individual. Si ésta se afirma, la falta de previsión se presenta entonces como una falta de inteligencia; c) de

---

<sup>284</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal mexicano, 5a ed., *op. cit.*, pp. 393, 394.

este modo se aclara al mismo tiempo el contenido material de la culpa como especie de la culpabilidad. Éste consiste en que el autor no ha reconocido, siéndole posible hacerlo, la significación antisocial de su acto a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social. Por tanto, en último término, se presenta la culpa como una falta de sentido.”<sup>285</sup>

#### **4.3.7 Teoría de la voluntad, previsibilidad y evitabilidad**

Esta teoría fue formulada por Carlos Binding, quien funda su teoría de los delitos culposos en tres elementos: voluntad, previsibilidad y evitabilidad.

Empieza Binding por el reconocimiento de que todo delito culposo es “obra de la voluntad” y por la afirmación de que en un número considerable de estos delitos por negligencia la voluntad se dirige a un “acto claramente previsto en su efecto causal”, tan exactamente como en el delito doloso, con la única diferencia de que en la culpa la antijuridicidad del acto es desconocida.

Supongamos un sujeto que tiene por costumbre dormirse enseguida de acostarse. Una noche está algo desvelado por una indisposición leve y no consigue conciliar el sueño; de pronto siente ruido, se levanta y sorprende en el interior de su casa a un sujeto de extraña catadura; este hombre, al verse sorprendido, toma una actitud que al dueño de la casa le parece sospechosa, ignorando que aquel forastero había entrado allí porque era pariente, novio, o amante de la cocinera, y supone que es un ladrón que lleva el

---

<sup>285</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal, la ley y el delito*, op. cit., pp. 373, 374. Cfr. también MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., op. cit., pp. 392, 393.

propósito de agredirle. El dueño de la casa, creyendo obrar en legítima defensa, dispara su revólver contra él y le mata. Pero es el caso que la víctima había entrado en aquella morada por una circunstancia que no constituye agresión ilegítima, y como no ha mediado ataque alguno de su parte en contra del dueño, no ha habido lugar para que éste le mate en legítima defensa. Es un caso de defensa putativa, especie del error.

Pero si el dueño de aquel hogar pudo y debió prever que no era un ladrón el pobre sujeto y que su actitud, lejos de ser agresiva, era pavorosa, el dueño se hallaría en un error vencible, que según la teoría del error anula el dolo pero deja subsistente la culpa. He aquí, pues, un caso de culpa en que la muerte es querida aunque no existe intención de cometer un acto antijurídico.

De este ejemplo se deduce, como antes apuntamos, la posibilidad de tentativa y frustración en la culpa, pues si el dueño de la casa marra el disparo o le hiere levemente, nos hallamos en presencia de un delito frustrado de homicidio culposo.

Conviene, sin embargo, no desorientarse. Binding llega a esta anormal conclusión porque ha confundido las doctrinas de la culpa y del error. En puridad, todo es error: yerro en la concepción del deber, en el caso del *error per se*; yerro en los medios, en la culpa *stricto sensu*.<sup>286</sup>

---

<sup>286</sup> Teoría aludida por Luis Jiménez de Asúa. *Principios de Derecho Penal, la ley y el delito*, op. cit., pp. 374, 375. En este sentido también Octavio Alberto Orellana Wiarco. *Teoría del delito*, op. cit., p. 58. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, op. cit., 4a ed., pp. 297, 298.

#### **4.3.8 Teoría de la referencia anímica**

Propugnada por Mezger, se trata de un intento de construcción unitaria de dolo y culpa, y su esencia se encuentra en la referencia anímica que se halla también en las acciones culposas. El profesor alemán entiende que en los delitos culposos hay un momento en que la acción se quiso, o sea, un instante de querer consciente antijurídico.

La cuestión no presenta dificultades en cuanto a la culpa consciente, pero no puede operar en la culpa inconsciente. El maestro da el ejemplo de la madre que ha causado culposamente la muerte de su hijo por falta de cuidado, en realidad, ha matado culposamente a su pequeño, porque ha sido consciente de que se exigía de ella otra conducta.

En definitiva, el autor alemán fundamenta su doctrina sobre la culpa en la tesis de la referencia anímica al resultado, establecida -al menos- en forma general. El maestro argentino Sebastián Soler, ha mostrado su evidente simpatía por esta construcción de Mezger; sin embargo, la han criticado muy duramente Siegert, Graf zu Dohna y el profesor Rodríguez en España.<sup>287</sup>

#### **4.3.9 Teoría psicoanalítica de Alexander y Staub**

Una de las más sugestivas doctrinas expuestas sobre la culpa, la contruyen, basándola en el psicoanálisis, un médico y un jurista, Alexander y Staub.

---

<sup>287</sup> Comentarios apuntados por MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 298.

Los psicoanalistas consideran el delito en base a la comprobación del grado en que el yo consciente y el inconsciente participan en el hecho. Al lado de otros determinantes, distinguen los psicoanalistas el “yo”, que es lo natural y que es fácil presa de lo antisocial; el “super yo”, que es la parte del yo ordinario que llega a adaptarse al ambiente, debido a los influjos educacionales que enseñan padres y maestros; y el “ello”, que es impulso ancestral que yace en el hombre.

Ahora sabemos el mecanismo del delito. Cuando aparece debilitada la dependencia del “yo”, del “super yo”, que, como hemos dicho, actúa inhibitoriamente, el “yo” cede a su inclinación natural, sucumbiendo a la tendencia del “ello” en la producción de una conducta antisocial. La criminalidad aparece, por tanto, como un “defecto” de adaptación social. En el diagnóstico de la criminalidad distinguen los psicoanalistas la crónica y la aguda.

La delincuencia aguda es para Alexander y Staub, el delito culposo. Resultando éste una “acción defectuosa” en la que a causa de motivos varios se abre paso una “tendencia criminal inconsciente”.<sup>288</sup>

#### 4.4 Culpa. Elementos de la

Para Orellana Wiarco<sup>289</sup> la culpa se integra con:

---

<sup>288</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal, la ley y el delito*, op. cit., p. 376.

<sup>289</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito*, op. cit., pp. 59, 60.

- a) La voluntariedad del acto inicial, es decir, debe quererse la conducta, sea ésta comisiva u omisiva;
- b) Un resultado dañoso tipificado en la ley, para que podamos catalogarlo como delictivo;
- c) La ausencia de dolo, es decir, de la intención delictiva, pues el agente o no se representa el resultado, o si se lo representa, espera que éste no se produzca;
- d) La previsión, o la falta de previsión del resultado, cuando uno u otro, son deberes que se derivan de la ley, o de la propia convivencia social;
- e) La relación causal directa entre el acto inicial y el resultado, es decir, debe existir un enlace entre el proceso psicológico del agente, sea consciente o inconsciente, y el resultado lesivo, por no haber obrado con la previsión que exigía la norma.

Los elementos que conforman la culpa, acorde con Márquez Piñero<sup>290</sup> son:

- a) Una acción u omisión, consciente y voluntaria, pero no intencional.<sup>291</sup> Cuando el agente está dominado por una fuerza, que lo obliga a

---

<sup>290</sup> *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, pp. 299, 300.

<sup>291</sup> Carrancá y Rivas asienta que es absurdo establecer que los delitos culposos o de imprudencia carecen del elemento intención o voluntad. Lo que sucede es que la intención en los delitos dolosos se encamina hacia la producción del resultado (la muerte intencional del pasivo, p.ej.), y en los culposos o de imprudencia hacia el medio productor de ese resultado (conducir a excesiva velocidad el automóvil, p.ej., con lo que no se quiere la muerte del pasivo pero sí el medio productor de esa muerte, que es el exceso de velocidad). *Código Penal*, *op. cit.*, p. 40, nota 24\*.

hacer u omitir, falta la nota de voluntariedad, indispensable en toda imputación penal.

b) Que el agente realice el acto inicial, sin tomar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados lesivos. Si no ha previsto las consecuencias dañosas de su hecho, porque no ha querido preverlas como debía, ésta es la razón de su castigo.

c) El resultado dañoso debe ser previsible para el agente. En la apreciación de la previsibilidad del resultado ha de tenerse en cuenta tanto el hecho en sí como al autor. Debe apreciarse: a) si el hecho era previsible conforme a las experiencias de la vida cotidiana, al normal y ordinario acontecer de las cosas (*e.g.* arrojar un cigarrillo en un pajar); si, conforme a estos criterios, llegamos a la conclusión de que, en algunos casos, nadie hubiera podido prever el resultado, no puede haber responsabilidad; b) considerar la personalidad del agente (*i.e.*, espiritualidad y sensibilidad); sólo el que tenga capacidad espiritual o sensorial suficiente puede ser imputado por el resultado dañoso; el deber de evitar supone previamente el poder evitar (no obstante, hay casos en que el resultado dañoso se origina, *e.g.*, por incompetencia profesional o por defectuosidad física y, en ellos puede serle imputado al agente cuando tuviere consciencia de que su impreparación profesional o su defectuosidad física son causa posible de consecuencias perjudiciales; *v.g.*, el cirujano imperito que practica delicada intervención quirúrgica y el maquinista ferroviario que sigue manejando a pesar de su defecto en la vista, serán responsables por culpa de las consecuencias dañosas originadas por sus actos profesionales, ya que su producción era perfectamente previsible); y c) la previsibilidad debe extenderse también a la representación

de los elementos integrantes del delito, en que se concreta el posible resultado dañoso, así como a la relación de causalidad existente entre dicho resultado y la conducta del agente. Basta que el resultado previsto coincida en lo esencial con el producido; es suficiente la previsión de la posibilidad de un resultado lesivo.

d) El resultado dañoso tiene que encajar en una figura legal delictiva, por muy grave que sea aquél; si no integra una infracción prevista en la ley, el agente no será penado, pues el hecho no es delictuoso.

e) Debe haber relación de causa a efecto entre el acto inicial y el resultado dañoso; esta relación ha de ser directa e inmediata. El resultado, aunque previsible y evitable, ni indeterminada ni eventualmente, pues en este caso estaríamos en presencia de una imputación dolosa.

Para la existencia de la culpa -refiere López Betancourt, en su obra Teoría del delito- es necesario comprobar:

a) La ausencia de la intención delictiva.

b) La presencia de un daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional.

c) La realización de causalidad entre el daño resultante y la actividad realizada.

d) Que el daño sea producto de una omisión de voluntad, necesaria, para preservar un deber de cuidado, indispensable para evitar un



mal. Esta omisión de la voluntad exige que el hecho sea previsible y prevenible.

Los elementos que integran al concepto de culpa, según Vela Treviño son:

- a) Una conducta causalmente típica.
- b) Una violación del deber exigible al autor.
- c) Un resultado previsible y evitable.

Como elementos de la culpa Pavón Vasconcelos enlista, en su Manual, los siguientes:

a) Una conducta voluntaria (acción u omisión), reconocida unánimemente, pues sólo del hecho producido por la acción u omisión voluntarias puede originarse un juicio de culpabilidad.

b) Un resultado típico y antijurídico, lo cual significa que el acontecimiento sobrevenido, en nexo causal con la acción u omisión, se adecúa perfectamente al hecho comprendido en un tipo penal y que el mismo resulta contrario a la norma en el juicio objetivo de valoración.

c) Nexos causal entre la conducta y el resultado. No puede prescindirse de este elemento en la formulación del concepto de la culpa. Para

poder atribuir el resultado al agente se precisa la relación causal de la conducta con aquél.

d) Naturaleza previsible y evitable del evento. Sólo tomando en cuenta la previsibilidad y evitabilidad del resultado puede fundamentarse la violación de los deberes de cuidado impuesto por la ley y la sana razón, pues a nadie puede reprochársele su incumplimiento si el evento era imprevisible e inevitable.

e) Ausencia de voluntad del resultado. Sin discusión alguna, el delito culposo excluye la posibilidad de la voluntad del sujeto respecto al resultado. En él no existe intención delictiva, ya por falta de previsión o por la esperanza de que el mismo no sobrevendría.

f) Violación de los deberes de cuidado. La obligación del sujeto de cumplir con el deber de cuidado genera, al realizar la conducta contraria que implica su violación, la responsabilidad culposa cuando con ello se produce el resultado. Aun aceptando que la previsibilidad constituya la base misma de la culpa, la falta de previsión carecería de importancia si no fuera por la existencia del deber; la imprevisión o la previsión concurrentes con el acto inicial voluntario, que causalmente produce el resultado, son culposas precisamente a virtud del incumplimiento de ese deber de cuidado, pues éste tendía específicamente a evitar el daño concretamente producido. La consciencia de ese deber aparece con claridad en la culpa con representación, mas hácese difícil ubicarla en la culpa sin representación. En ésta, lo aclara Mezger, sólo puede consistir en el conocimiento de una relación entre el deber infringido y el resultado, de manera que el agente “no sólo debe haber

conocido el deber como tal, sino que debe haber sido consciente también del carácter del deber que le incumbía; debe haber sido consciente de que dicho deber tenía el sentido de evitar resultados de esta especie”.

Asienta Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas<sup>292</sup> que los elementos de la culpabilidad, según la teoría de la ley, son: a) existencia de un daño con tipicidad penal; b) existencia de un estado subjetivo de culposidad consistente en imprevisión, falta de reflexión, negligencia, falta de cuidado o impericia, manifiesto por medio de actos o de omisiones; c) relación de causalidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño resultante; d) imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culposidad, produjo el acto o la omisión causales.

Lo importante aquí es destacar el sustento referido a la imputación legal del daño, punto d), el cual supone la idea del reproche que se hace al autor por no haber observado un deber de cuidado impuesto por la norma jurídica, concepción propia del Sistema Neoclásico. Además al analizar a nivel de culpabilidad datos objetivos como lo es la relación de causalidad física, punto c), se aparta totalmente del Sistema Clásico entre cuyas características se encontraba analizar a nivel de culpabilidad única y exclusivamente datos subjetivos. Atento en lo anterior podemos considerar a Carrancá y Trujillo y a Carrancá y Rivas como seguidores del Sistema Neoclásico.

---

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 39.

## 5. La preterintencionalidad

La preterintencionalidad, también llamada en ocasiones ultraintencionalidad, es admitida por algunos penalistas del Sistema Causalista (comprendida tanto la etapa clásica como la neoclásica) como la tercera especie de la culpabilidad, pero este concepto es todavía más debatido que el del dolo y la culpa.

### 5.1 Preterintencionalidad. Generalidades

En lo que respecta a la terminología, se puede observar que las expresiones “delito preterintencional”, “preterintencionalidad”, resultan corrientes en nuestro lenguaje jurídico. Ambas fueron usadas por Carrara.

Para indicar el delito preterintencional, también es muy común en la práctica y no pocas veces entre los autores y los códigos, la locución exceso en el fin. Hay juristas que, al referirse a la preterintencionalidad, emplean las palabras dolo indirecto.

La locución más común usada por Santo Tomás de Aquino, es “*praeter intentionem*”, de la que provienen las expresiones ya citadas “delito preterintencional” y “preterintencionalidad”.<sup>293</sup> Se encuentra en Farinacio, en Tiberio Deciano, en Caballo, en Covarruvias, en Carpzovio, en Matthaeu et

---

<sup>293</sup> Nota en FINZI, Marcello. El delito preterintencional; Trad. Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 2, 3.

Sanz y en mucho otros. A menudo se encuentra la forma reforzada: "*praeter intentionem et Voluntatem*".

Otras locuciones que se emplean con el mismo significado son las siguientes:<sup>294</sup> "*praeter opinionem*"; "*praeter propositum*"; "*praeter voluntatem*"; "*praeter voluntatem et propositum*"; "*extra intentionem*"; "*extra propositum*"; "*extra intentionem et propositum*"; "*extra voluntatem et propositum*"; "*ultra cogitatum*"; "*ultra intentionem*"; "*ultra propositum*"; "*ultra aut praeter intentionem*"; "*ultra praeter vel extra cogitatum*".

Al delito doloso, del cual derivó el mayor evento no querido, se le llama "*principale delictum*", "*primum delictum*", "*delictum quod (reus) principaliter facere proposuerat*", "*delictum quod principaliter intendebat facere*", "*minus delictum quod intendebat*".

Se le contrapone el "*maius delictum quod est seculum*", a saber, el delito que se ha verificado, que ha sobrepasado el propósito del culpable.

Esta terminología ("*delictum minus*", "*delictum maius*") también se encuentra en algunos escritores modernos. Así, Zuppetta habla de delito mayor y de delito menor: el primero deriva del segundo; el primero es previsible, el segundo, "directa y libremente querido". A veces, Carrara los designa con las palabras "el (hecho) consiguiente" (o "subsiguiente") y "antecedente". Manzini lo llama a este último, siguiendo a los autores alemanes, delito simple.

---

<sup>294</sup> *Ibidem*, pp. 5, 6.

En cuanto a las literaturas extranjeras, éstas emplean la terminología alemana, cuya referencia a los llamados delitos preterintencionales, se los indica, por lo general, con la expresión "*durch eine Folge, durch den Erfolg qualifizierte Delikte*", delitos calificados por el resultado.

Al delito doloso del que derivó el mayor evento no querido, se le llama comúnmente delito simple o delito común ("*das einfache oder gemeine Delikt*").

## 5.2 Preterintencionalidad. Concepto

Con el nombre de "delito preterintencional" entiende, Carrara el hecho en que la voluntad del reo está dirigida a un suceso determinado, pero el evento que se produce es más grave. En estas figuras criminosas, el evento, para decirlo con otras palabras, ha sobrepasado el delito que el agente tenía en miras, ha excedido el fin que el culpable se había propuesto.

*E.g.* se quería simplemente herir, y en cambio se ha quitado la vida; se quería solamente cometer un estupro, y la víctima ha muerto; se prendió dolosamente fuego a una choza, pero sin la intención de ocasionar daño a nadie, y en cambio el hecho dio lugar a la muerte de una persona.

Para Orellana Wiarco,<sup>295</sup> esta se refiere al caso en que el daño que se produce sobrepasa a la intención del agente. En efecto, la palabra

---

<sup>295</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito*, op. cit., p. 62.

preterintencionalidad, tiene su origen en las partículas *praeter* que significa “más allá de”, e *intentionem* que significa “intención”.

### 5.3 Preterintencionalidad. Posturas que la explican

Existen tres tendencias en los autores :

- a) Unos que la asimilan al dolo.
- b) Otros que le identifican con el dolo (al inicio) y la culpa (en cuanto al resultado).
- c) Otros más que la entienden como un delito calificado por el resultado.

Dentro de la primer postura, el ilustre maestro clásico, Carrara asimila la ultraintencionalidad al dolo.<sup>296</sup>

Tratándose de un evento no querido directamente, Carrara y Pessina imputan como dolosas las consecuencias no queridas directamente, sino previstas, afirmando que debe reconocerse una variedad especial de dolo (precisamente el dolo indirecto).<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> Advierte Carrara que existe una tercera figura de homicidio (distinta del dolo y la culpa) que es totalmente creación de la equidad práctica, esto es el homicidio *preterintencional*. Este pertenece a la familia de los homicidios dolosos porque se origina en el ánimo dirigido a lesionar la persona; pero con respecto a su gravedad, ocupa un estado intermedio entre los dolosos y los culposos. Cita en *ibidem*, p. 63.

<sup>297</sup> FINZI, Marcello. *El delito preterintencional*, *op. cit.*, p. 18.

Según Carrara,<sup>298</sup> cuando hay “previsión de un efecto posible, sin volición decidida del mismo efecto”. se tiene la intención indirecta positiva. O sea, se previó, pero no se quiso, porque se esperó que el evento más grave no se produjera.

La intención indirecta positiva se identifica con el dolo indeterminado. Se parece a la preterintencionalidad, pero no se identifica con ella. El primero requiere la prueba de la previsión actual de la consecuencia más grave, aunque no acompañada de voluntad explícita, en tanto que la otra se conforma con una previsión presunta, de la posibilidad de prever. Y, precisamente, la diferencia que existe entre la posibilidad de prever y la previsión actualmente demostrada, marca la línea que separa el delito preterintencional del delito voluntario con dolo indirecto. Así, para que se pueda hablar de homicidio preterintencional, es necesario establecer no solamente la ausencia de la intención directa de matar, sino también la previsión del efecto letal.

Según Pessina,<sup>299</sup> cuando se prevé una determinada consecuencia como cierta o probable y -aunque no se la quiera por sí misma- se quiere el hecho del que ese resultado ha derivado, hay “dolo indirecto”.

En efecto, si por un lado puede decirse que no se ha querido directamente ese efecto determinado, por el otro “es cierto que no se ha querido evitarlo, y no querer evitar un resultado que se puede evitar, nos

---

<sup>298</sup> Cit. en *ibidem*, pp. 18, 19.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 20.



demuestra que el resultado criminal, aunque no haya sido el objetivo al que se miraba, formó parte integral del propósito”.

“Feuerbach imputa el evento no querido a título de dolo (*so sind ihm auch diese Folgen zum Dolus anzurechnen*), cuando fue previsto como posible o probable.

Para Haus, en este caso especial se trata de dolo indirecto o eventual. Esto es, el agente se había propuesto cometer una infracción determinada, pero la acción tuvo como resultado una infracción más grave, que ha sobrepasado el fin del delincuente. En este caso, si el mal ocasionado era una consecuencia necesaria o por lo menos habitual del hecho y el autor conocía las circunstancias que podían producirlo, debe considerarse este mal como un delito intencional. En realidad, el culpable no tuvo el propósito de cometer este delito, su acción miraba a producir un resultado menos perjudicial; pero, sabiendo que daría lugar, con toda probabilidad, a una lesión más grave, quiso eventualmente esa consecuencia del hecho, la prefirió, antes que renunciar a su proyecto que quería ejecutar, incluso corriendo el riesgo del resultado previsto. Así, aunque no haya querido directa y principalmente el delito del que se ha convertido en la causa, aunque no lo haya deseado siquiera, no obstante, lo ha consentido por si resultara del hecho; en consecuencia, este delito estaba incluido indirecta y eventualmente en su intención.

*E.g.* alguien voluntariamente ha prendido fuego a una casa, destruido o derribado un edificio, inundado una mina y con uno de estos hechos ha causado la muerte de una persona que -y el agente lo sabía- se encontraba en el edificio o en la mina.

Así quienes imputan el evento a título de dolo, equiparan completamente, en la penalidad, el evento no querido directamente al querido directamente. Feuerbach atribuye la creación de esta doctrina a Nettelbladt (*Glaentzer*); sin embargo, la teoría de la “voluntad indirecta”, en opinión de Finzi, ya había sido expuesta claramente por Covarruvias. Escritor español cuyo concepto reza así: “el que quiere un hecho del que sigue como su propia e inmediata consecuencia un evento determinado, quiere indirectamente también a éste”<sup>300</sup>.

Por su parte, Florian considera que pertenece al dolo indirecto. Eusebio Gómez afirma que el delito preterintencional debe ser estudiado como una forma del delito doloso. Numerosos penalistas han afirmado que la preterintencionalidad pertenece al dolo, ya que parten de la voluntad del agente de realizar el hecho ilícito, y sólo sus consecuencias sobrepasan su voluntad, pero de éstas también debe responder a título de dolo.<sup>301</sup>

Una concepción muy cercana a la del dolo indirecto -de la cual puede decirse que sólo se diferencia en la forma en tanto que en la sustancia constituye la misma cosa- imputa el evento no querido a título de dolo implícito o tácito: “quien quiere un hecho del cual puede seguir con verosimilitud un efecto determinado, quiere tácitamente, implícitamente, también éste”.

Como representantes de esta dirección se puede recordar a Cipolla y Gómez.

---

<sup>300</sup> *Ibidem*, pp. 17-46.

<sup>301</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 62.

En México comulga con la primer postura, el denotado penalista Raúl Carrancá y Rivas<sup>302</sup> al pronunciar que la llamada preterintencionalidad es una extensión natural del dolo, es decir, el dolo o la acción dolosa va “preterintencionalmente” más allá de lo querido o previsto. No obstante y como en la especie se trata de una figura específica del dolo (no se concibe la preterintención en la culpa), yo creo que sería mejor hablar de “preterdolosidad”. A mayor abundamiento, la palabra “preterintención” confunde por aquello de la crítica que se le hace al punto de vista (equivocado) de que los delitos pueden ser intencionales y no intencionales.

La característica de preterintencionalidad en el delito va más allá de la distinción fundamental entre delitos dolosos y culposos, que es la base. Su presencia en la ley nada añade ni nada quita. Y lo que no enriquece estorba o es absolutamente inútil.

“Yo creo que la preterintencionalidad, por lo menos en su idea primigenia, es una extensión natural del dolo. Hay quienes sostienen que ella encarna una especie de maridaje entre el dolo y la culpa (piensan que en el comienzo de la acción llamada preterintencional hay dolo, y que luego éste se puede convertir en culpa: *A* golpea la quijada de *B* con intención dolosa, *B* cae y se fractura la base del cráneo muriendo después. Al primer golpe le atribuyen dolo y a la muerte culpa). Yo insisto en que la preterintencionalidad es una extensión del dolo (razón por la que la llamaría, mejor, “preterdolosidad”), pero con evidente repercusión en la culpa. En otros términos, y a la luz del ejemplo ofrecido, la “preterdolosidad” se vuelve culpa”.

---

<sup>302</sup> Código Penal anotado, *op. cit.*, pp. 40-42.

Efectivamente, la segunda postura considera que la preterintencionalidad se forma de un dolo en el inicio y una culpa en el resultado, por lo que no debe sancionarse ni como dolo, ni como culpa, sino precisamente con la pena que deba corresponder a su proceder preterintencional.<sup>303</sup>

Entre los prácticos, que imputan el evento no querido directamente a título de culpa, podemos recordar a Bartolomeo Saliceto, Filippo Decio y Giulio Claro. El primero de los citados, entiende que debe responder a título de culpa el autor de violencia, de la que haya derivado, sin que previera, la muerte.

Filippo Decio afirma que sólo debe responder de homicidio voluntario quien haya tenido "*praecise animum occidendi*". Lo que se realiza "*praeter opinionem delinquentis*", es culpa.

Del mismo modo, Giulio Claro llama culposo el homicidio que ha sobrepasado la intención. La teoría que imputa al sujeto el evento no querido, a título de culpa, ha tenido en Feuerbach un sostenedor autorizado. Como se sabe, pertenece a este autor la doctrina de la "*culpa dolo determinata*".

Los conceptos de Feuerbach pueden enunciarse así: hay casos en que el dolo se encuentra con la culpa en la misma acción; esto sucede cuando de la acción dirigida a un fin determinado deriva otro evento antijurídico que el autor ha previsto como posible consecuencia de su acción o ha podido prever. Se tiene el dolo respecto del efecto realmente querido; se tiene la culpa

---

<sup>303</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito*, op. cit., p. 62.

respecto del efecto derivado de la acción del culpable sin su intención: “la determinación de voluntad que está en la base de una lesión tal puede denominarse, por consiguiente, culpa determinada por el dolo (*durch Dolus bestimmte Culpa*) (culpa dolo *determinata*)”.

Feuerbach explica ulteriormente que la culpa que aquí se toma en consideración, es la culpa por negligencia que se tiene cuando se realiza una acción “con la consciencia en el sujeto de la relación causal de la misma acción con un evento posible”.<sup>304</sup>

Dice Celestino Porte Petit que “en el delito preterintencional existe dolo con relación al resultado querido y culpa con representación o sin ella, en cuanto al resultado producido. En otros términos, hay un nexo psicológico entre la conducta y el resultado querido y una previsión respecto al resultado producido con la esperanza de que no se realice, o bien una no previsión del mismo, debiéndose haber previsto”.<sup>305</sup>

Bettiol,<sup>306</sup> al ocuparse del concepto de la preterintencionalidad que se encuentra expresamente incluido en el Código italiano, afirma que se trata de una hipótesis donde el dolo se mezcla con la culpa, en el sentido de que el dolo aparece en lo concerniente al delito menos grave, que ha sido previsto y querido por el agente y la culpa en el resultado más grave que se realiza.

---

<sup>304</sup> Finzi refiere que la “culpa por negligencia” de Feuerbach es una variedad de la culpa que llamaríamos “consciente”. *El delito preterintencional, op. cit.*, p. 58.

<sup>305</sup> PORTE PETIT, Celestino. *Programa de la parte general del Derecho Penal*, UNAM, México, 1958, p. 502.

<sup>306</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Derecho Penal*, parte gnal., Temis, 4a ed., Bogotá, 1965, p. 409.

Tal mixtura significa, dolo en el inicio y culpa en el resultado, concurriendo primero un momento psicológico en que se quiere una conducta y un resultado, y otro momento psicológico en que no se previó un resultado más grave, o habiéndose previsto se tenía la esperanza de que no aconteciera.

Para Maggiore el delito preterintencional es el dolo directo encaminado a producir el efecto menor; y es culpa, aquella cantidad de actividad psicológica que produce el resultado mayor. La fórmula del dolo mezclado con culpa, resulta, por consiguiente verdadera.<sup>307</sup>

En cambio, Florián, citado por Orellana Wiarco, asevera que la mixtura de dolo y culpa, en la que concurren dos momentos psicológicos, no es posible admitirla, pues pudiéramos decirlo en palabras llanas, o se quiere o no se quiere.

Así pues, lo que da la nota distintiva a la preterintención -según Vela Treviño- se ubica en la ilicitud de la conducta desde su inicio, es decir un contenido psicológico que guía al comportamiento del hombre hacia una finalidad específica, que es antijurídica; se tiene, en el inicio de la manifestación externa de la conducta, una voluntad preordenada hacia la producción de un resultado típico; sin embargo, el resultado que sobreviene excede a la voluntad inicial, o sea aparece una figura típica de mayor gravedad y ajena al concepto psicológico inicial. Ahora bien, ese resultado sobrevenido y que no era querido por el sujeto al iniciar su comportamiento, era previsible y evitable, o sea satisfacía materialmente las condiciones necesarias para la reprochabilidad por culpa, pero dado que el inicio del propio comportamiento

---

<sup>307</sup> Derecho Penal, vol. I, *op. cit.*, pp. 595, 596.

es ilícito, no es encuadrable dentro de la forma benigna de la culpabilidad por culpa, sino que merece un tratamiento diferente, que será o bien a través de la preterintencionalidad cuando así lo establezca expresamente la ley o como figura especial del dolo, cuando la misma ley no reconozca la preterintencionalidad.<sup>308</sup>

En cuanto a la tercer postura que explica la preterintencionalidad, es de subrayarse que la entiende como un delito calificado por el resultado. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado se rechazaban los llamados delitos calificados por el resultado, por considerarlos un retroceso al Derecho, pues se imponía una pena a una persona sin atender a su culpabilidad, sino únicamente al resultado lesivo.

A pesar de estas críticas el tratadista argentino Sebastián Soler incluye los delitos preterintencionales como calificados por el resultado en los cuales se hace responder al sujeto por un resultado que se ha producido fuera de su intención, y que no obstante la ley se lo carga en cuenta.

Liszt<sup>309</sup> crítica los delitos calificados por el resultado y nos dice: según el Derecho vigente existe penalidad agravada principalmente en una serie de casos, cuando por un acto en sí mismo culpable, se produce involuntariamente un resultado más grave. La pena más grave, es, pues, infligida en este caso aunque no haya habido en relación con el resultado más grave, ni dolo, ni culpa del autor. No debería caber la menor duda de que este vestigio de la antigua responsabilidad derivada del resultado no responde, ni a

---

<sup>308</sup> VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*. *op. cit.*, pp. 261, 262.

<sup>309</sup> Cit. por ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 63.

la conciencia jurídica actual ni a los principios de una Política Criminal razonable.

#### 5.4 Preterintención. Elementos objetivos de la

Los elementos objetivos constitutivos del delito preterintencional son:<sup>310</sup>

a) Un delito-base doloso o delito simple doloso ("*principale delictum*", "*primum delictum*", "*minus delictum*");

b) Un evento no querido ("*maius delictum*");

c) Un nexo entre el delito-base doloso y el evento no querido ("*delictum quod est secutum*", "*eventus (qui) sequuntur ex priori opere*").

Puede observarse, por último, que varios delitos-base pueden cometerse mediante omisión: *e.g.*, una revelación de secretos hecha omitiendo dolosamente cerrar la caja de hierro en que están custodiados los documentos; un secuestro de persona que se cometa omitiendo liberar a un detenido; un peligro de desastre ferroviario, determinado por la omitida colocación de señales.<sup>311</sup>

---

<sup>310</sup> FINZI, Marcello. *El delito preterintencional*, *op. cit.*, pp. 72, 73.

<sup>311</sup> A veces, el bien jurídico protegido por el delito-base es el mismo que se protege con la imputación del evento mayor. *E.g.*, la revelación de secretos concernientes a la seguridad del Estado (delito-base) y la turbación de las relaciones amistosas del gobierno (sede) con un gobierno extranjero (evento mayor que se haya producido), ofenden el mismo bien jurídico (la seguridad del Estado). *Ibidem*, p. 76.



## 6. Ausencia de las causas de exclusión de la culpabilidad

Ahora bien, aun cuando existan la imputabilidad (capacidad de culpabilidad que es el presupuesto de la voluntad defectuosa reprochable) y la forma de culpabilidad (dolo o culpa, considerados como la voluntariedad defectuosa que han de referirse tanto a los hechos como a la significación antijurídica), no es indefectible que el autor haya obrado todavía "culpablemente" y, por ello, que sea punible.<sup>312</sup>

En efecto, su culpabilidad depende todavía de otra circunstancia: la falta de una causa de exclusión de la culpabilidad. Así como una causa de exclusión del injusto puede excluir, en una acción típica, la antijuridicidad, del mismo modo una causa de exclusión de la culpabilidad puede suprimir la culpabilidad en una acción dolosa (culposa) cometida por un imputable.

Al respecto hay que destacar que la concepción normativa-psicológica de la culpabilidad del Sistema Neoclásico solucionó satisfactoriamente los problemas que la concepción puramente psicológica del Sistema Clásico no pudo resolver. Pues la culpabilidad en supuestos de culpa inconsciente se sostuvo a partir del reproche por la inobservancia de un deber de cuidado.

---

<sup>312</sup> Subraya Graf zu Dohna "mientras que una conducta dolosa es, en principio, culpable, porque cumplir conscientemente una acción que la ley prohíbe -y, lo que es lo mismo, impone su omisión- contraría los más elementales deberes impuestos por la convivencia social, se requiere por ello una fundamentación especial cuando, por excepción, debe ser excluida la culpa por no exigibilidad de una conducta adecuada a la norma: a la inversa en el campo de las concreciones de tipos no dolosos la exigibilidad de su omisión requiere una fundamentación especial. Allí se determina nuevamente, desde el aspecto negativo, la delimitación entre conductas culpables e inculpables; aquí se trata de una exigencia positiva para determinar el obrar culposo. Los fundamentos de disculpa constituyen, de acuerdo con ello, la pieza complementaria justa de los fundamentos de justificación". *Estructura de la teoría del delito*, op. cit., pp. 64, 65.

Efectivamente Sainz Cantero<sup>313</sup> manifiesta que frente a la doctrina psicológica (cuyo concepto de culpabilidad consistía en un vínculo intelectual entre el autor y el resultado; que por cierto fracasaba en el rubro de la imprudencia inconsciente al no existir vínculo psicológico alguno con lo causado y ni siquiera haberse previsto el resultado), la doctrina normativa estima que la esencia de la culpabilidad radica en un reproche (en el reproche de haber podido distinguir lo justo y lo injusto, de poder actuar según este conocimiento y no obstante haber realizado un comportamiento penalmente antijurídico).

Además la concepción en cita explicó satisfactoriamente que la concurrencia de causas de exculpación excluyen la culpabilidad, dado que aquellas conformaban uno de los elementos de ésta. De ahí que en supuestos como el de la tabla de Carneades no se le pueda reprochar al náufrago el no haberse comportado conforme a Derecho, dado que el orden jurídico no puede exigirle la conducta heroica de sacrificar su vida para que el otro se salve.

#### **7. Causas de exclusión de la culpabilidad, de exculpación o de inculpabilidad**

Las causas de exculpación impiden entonces la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho. De modo que, tanto las circunstancias acompañantes, la motivación normal o la exigibilidad sólo aparecen en forma negativa, como exclusión de la culpabilidad.

---

<sup>313</sup> SAINZ CANTERO, José A. La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma en Derecho Penal, Bosch casa editorial, Granada-España, 1965, pp. 13 y ss.

Max Ernesto Mayer y luego Augusto Köhler les denominaron causas de inculpabilidad o causas de exculpación, que en alemán se designan con el título de *Entschuldigungsgründe*, por ser las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche.

Para Jiménez de Asúa, el inculpable<sup>314</sup> es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve.

El lenguaje cotidiano, para medir la culpabilidad, trae a cuenta factores que están fuera del dolo, o de la imprudencia, por lo que aquélla será valorada más severa o benignamente según las circunstancias concomitantes.<sup>315</sup> El que, como guardagujas, después de un largo descanso al comenzar el servicio pone mal un desvío, parece más culpable que el camarada que incurre en la misma falta después de once horas de servicio.

Si las circunstancias concomitantes pueden, según Frank atenuar la culpabilidad, no hay riesgo alguno en reconocerles también la capacidad de excluir la culpabilidad. Indica Zaffaroni<sup>316</sup> que tales “circunstancias concomitantes” pertenecen al “mundo” y a la conducta. Tienen lugar en el mundo, como que el autor es un “ser-en-el-mundo”, y el “ser-en-el-mundo” del

---

<sup>314</sup> En cambio el inimputable es psicológicamente incapaz. Y lo es para toda clase de acciones, ora de un modo perdurable, como el enajenado, bien transitoriamente, pero durante todo su trastorno, en los casos de enajenación pasajera o de embriaguez, en aquellos países en que la ebriedad funciona como eximente. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*, op. cit., p. 389.

<sup>315</sup> Frank en la 8ª-10ª ed. de su Comentario (1911), núm. 11, antes del art. 51, reemplaza la denominación de “circunstancias normales concomitantes”, por la de “motivación normal”. En la 11ª-14ª ed. (1914), núm. 11, antes del art. 51, abandona la “motivación normal” como elemento positivo de la culpabilidad. Cita en apuntes sobre la cátedra de “Teoría de la culpabilidad”, impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, DSEP, FD, UNAM, México, agosto-diciembre, 1996. Y en James, Goldschmidt. *La concepción normativa de la culpabilidad*, op. cit., pp. 3-25.

<sup>316</sup> *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., pp. 30, 31.

hombre es una forma peculiar de ser, puesto que el hombre no “es en el mundo” porque está “metido” en él, sino porque se comprende a sí a través de su existencia, que es un modo de comprender el mundo. De allí que no puedan escindirse totalmente las circunstancias del sujeto, sino que, más bien, las circunstancias y lo “subjetivo” son pautas que nos revelarán el fundamento último de la culpabilidad, o sea la posibilidad exigible que el sujeto tuvo de actuar de modo diferente.

Por eso, si corresponde a la culpabilidad la normalidad de las circunstancias concomitantes, la existencia de un peligro como el que pueden fundar la situación de estado de necesidad o de legítima defensa, no es sino la negación de aquella normalidad, esto es, la negación de la culpabilidad misma.

La expresión causas de exclusión de la culpabilidad niegan ésta mediante una impugnación no ya simple sino motivada; tienen el sentido de una *negatio perpositionem*. El que invoca legítima defensa, niega su culpabilidad; pero al mismo tiempo afirma, pues declara que fue puesto en peligro por un ataque. Por lo tanto, el concepto de causas de exclusión de la culpabilidad es útil, mientras lo empleemos como expresión de que reconocemos que ciertos hechos positivos tienen para el Derecho Penal solamente el sentido de una negación, esto es, el de una negación de la culpabilidad.

Si el autor se creyó en peligro erradamente, acaso de ello pueda derivar algún reproche para él, si no ha tenido en consideración la medida de prudencia que de acuerdo con las circunstancias del caso de él se podía esperar. Pero del hecho de que se salvara del peligro imaginario del mismo modo en

que habría podido hacerlo del peligro real, no se le puede hacer reproche alguno. Considerada en sí misma, la acción necesaria o la acción defensiva ejecutada en una defensa o en una necesidad putativas, es sin más ni más inculpable. Solamente cuando, siguiendo hasta su génesis, vamos a parar a un error del autor acerca de las circunstancias concomitantes, la culpabilidad queda al descubierto.

En la medida en que el error es reprochable, lo es la acción misma. A una culpabilidad dolosa por esta vía solamente se puede llegar cuando, *e.g.*, resulta que el autor dolosamente se ha colocado en error -una suposición- que, salvo en teoría, apenas puede darse. En la práctica, subsiste solamente la suposición de una inculpación culposa.<sup>317</sup>

Para Frank la reprochabilidad de un comportamiento no depende sin más ni más del conocimiento de la norma jurídico prohibitiva. Pues quien no sabe que una norma es una norma jurídica, bien puede conocerla como ética. Es perfectamente compatible con el error de creer que una acción es posible según la ley, la consciencia de que la ética no la admite.

Y un legislador que considere sus normas como derivadas de una correcta ética social, bien puede tomar como suficiente reprochabilidad la de que el autor tuviera esta última consciencia, y en la falta de esta consciencia puede ver, a su vez algo reprochable, siempre que no se trate de enfermedad mental.

---

<sup>317</sup> FRANK, Reinhard. Estructura del concepto de culpabilidad, *op. cit.*, pp. 14, 16, 35, 36, 45, 46, 51.

La exculpación en el propio sentido, para Goldschmidt,<sup>318</sup> se basa siempre sobre la idea normativa de la inexigibilidad de la motivación.

Por eso, aunque el agente tenga conocimiento de su hecho y pertenezca a las personas responsables, le exime de la responsabilidad, porque en el caso de miedo insuperable de un mal igual o mayor no se exige que el agente haga motivarse por la representación del deber.

Dice López Petancourt<sup>319</sup> que la inculpabilidad es el elemento negativo de la culpabilidad. Ésta se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

Habrá inculpabilidad siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúa libre y espontáneamente. La inculpabilidad consiste en la falta del nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es, la falta de nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

Para algunos autores la inculpabilidad se dará sólo en el supuesto de error y la no exigibilidad de otra conducta; sin embargo, algunos otros penalistas consideran el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

---

<sup>318</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Metodología jurídico-penal*, op. cit., p. 54.

<sup>319</sup> *Teoría del delito*, op. cit., pp. 226-228.

## 7.1 Clases de causas de inculpabilidad

Jiménez de Asúa opina que existen propiamente dos grandes causas de inculpabilidad: genérica una y general otra, con alcances supralegales.<sup>320</sup>

a) Error, con sus especies y variedades:

a') De hecho y de derecho.

b') Eximentes putativas.

c') Obediencia jerárquica.

b) No exigibilidad de otra conducta.

La culpabilidad del autor queda excluida de conformidad con Mezger:<sup>321</sup>

a) En la situación de coacción y en el mandato antijurídico obligatorio,

---

<sup>320</sup> Cfr. del autor en comento: Principios de Derecho Penal. La ley y el delito, *op. cit.*, pp. 390-416, sobre las causas de inculpabilidad referidas. Además puede consultarse acerca del error de hecho, del error de derecho, la coacción, el ímpetu de las pasiones a Francesco Carrara. Programa de Derecho Criminal, *op. cit.*, pp. 185-222. A Paul Merkel. Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 118 y ss., en relación al concepto del error, y también sobre el error a Franz von Liszt. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 405 y ss.

<sup>321</sup> Sobre los aspectos que excluyen la culpabilidad para Mezger *vid.* Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 263-273.

- b) En el estado de necesidad,
- c) En el exceso de legítima defensa,
- d) En casos determinados de colisión de deberes,
- e) En la no exigibilidad.

El jurista López Betancourt revisa en su obra teoría del delito:<sup>322</sup>

- a) La ignorancia y el error,
  - a') Error de derecho,
  - b') Error de hecho,
  - c') Error accidental,
- b) La no exigibilidad de otra conducta.

---

<sup>322</sup> *Op. cit.*, pp. 228-232. En este sentido *cf.* también PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal mexicano, 5a ed., *op. cit.*, pp. 405-415. Asimismo sobre el error de hecho y sobre el error de derecho consultar GRAF zu DOHNA, Alexander. Estructura de la teoría del delito, *op. cit.*, pp. 71-81.



### III. La culpabilidad en la Teoría Final de la Acción

A un modelo nuevamente distinto del sistema del Derecho Penal llega la denominada Teoría Final de la Acción, que ha marcado la discusión de la dogmática penal de las dos primeras décadas de la postguerra. Su punto de partida es un concepto de acción distinto del de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho más rico en contenido. Para esta teoría la “esencia” de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo, es decir, lo “supradetermina de modo final”. En consecuencia, sólo habrá una acción de matar si el autor pone rumbo al objetivo con conocimiento y voluntad, o sea si mata dolosamente.

De ahí se deriva como consecuencia sistemática que el dolo (y la culpa) que en el Sistema Clásico e incluso en el Neoclásico se habían entendido como formas de culpabilidad y del que también se consideraba componente necesario la consciencia del injusto, ahora aparecen en una forma reducida a la dirección causal y se consideran ya como componentes del tipo. Ello supone una ulterior subjetivización del injusto, y en cambio para la culpabilidad una creciente desubjetivización y normativización, por lo que en esa medida el Sistema Finalista está diametralmente contrapuesto al Clásico.

La doctrina finalista -en parte preparada e influida por von Weber y Alexander Graf zu Dohna- fue fundada en lo esencial por Hans Welzel.<sup>323</sup>

---

<sup>323</sup> Para Jescheck los precursores de la teoría finalista son Weber, E. A. Wolf y Graf zu Dohna. No obstante, el concepto de delito del finalismo quedó completado por la nueva teoría de los delitos de omisión, debida a Armin Kaufmann que los concibió como tercera forma general de aparición del hecho punible, al lado del

Pero también se basan en ella (con diversas variaciones) el gran manual de Maurach y la exposición de Stratenwerth, así como numerosos escritos específicos tanto en la doctrina alemana como en la extranjera.

### 1. La Teoría de la Acción Final

La Teoría Final de la Acción se basa filosóficamente, para Roxin, en teorías ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las Ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador, de estructuras (denominadas por Welzel) lógico-reales (o lógico-objetivas), sistema que en opinión de sus defensores también le debe proporcionar a la dogmática jurídicopenal perspectivas permanentes e incommovibles.<sup>324</sup>

Esto es, el planteamiento del finalismo se vio determinado por la separación entre el mundo de lo real y el Derecho -propia del neokantismo- a la realidad del ser social.<sup>325</sup> Por tal motivo se elaboraron las “estructuras

---

delito doloso, del culposo y dotada de una estructura independiente de sus elementos. Cita en MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. “La dogmática jurídico-penal alemana después del finalismo”, en *Liber ad honorem* Sergio García Ramírez, T. II, UNAM, IJ, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, pp. 1251-1276. Acorde con DAZA GÓMEZ, Carlos: von Weber y Graf zu Dohna iniciaron esta teoría y fue seguida por Hans Welzel, Niese, Reinhart Maurach, Günther Stratenwerth, Armin Kaufmann. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 47. También siguieron el normativismo puro: Brauneck, Anne-Eva, Wessels, Bockelmann, Blei, Rudolphi, Otto Harro. Vid. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>324</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 201.

<sup>325</sup> A ello se unió, de conformidad con Jescheck, la superación del neutralismo valorativo y el intento de proporcionar una auténtica fundamentación ético-social del Derecho Penal, manifestada en el concepto personal de la antijuridicidad, en el principio de la responsabilidad del hombre por la corrección de sus

lógico-objetivas” previas a toda regulación jurídica y en edificar el Derecho sobre la base de la “naturaleza de las cosas”. De dicho modo, la teoría de la estructura final de la acción humana se apoyó de forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos. Incluso para el conocimiento de los valores acudió la nueva teoría a lo que precede a la existencia humana: “el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético social y la concordancia de los órdenes ético sociales”.<sup>326</sup>

La relación entre las realidades ónticas y el mundo normativo es explicado por Welzel al asentar que las normas del Derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente, o la omisión de tales actos.

El substrato de la regulación del Derecho es desconocido completamente, si se considera “primero” a la acción como un proceso causal ciego y se añade sólo “después” (en la culpabilidad) la voluntad, donde ésta puede ser sólo un fenómeno subjetivo acompañante, un “reflejo”, pero no puede ser ya un factor configurante de la acción.<sup>327</sup>

---

decisiones voluntarias y en un sentido retribucionista de la pena. Cita en MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. “La dogmática jurídico-penal alemana después del finalismo”, *op. cit.*, pp. 1251-1276.

<sup>326</sup> Welzel se inspiró en la psicología del pensamiento de Richard Höningwald y no en las ideas de Nicolás Hartmann, tal como advierte Hans Welzel, en el prólogo de su obra: *El nuevo sistema del Derecho Penal*, *op. cit.*

A pesar de lo dicho por Welzel, algunos autores sostienen que la Teoría Final de la Acción se basa en el método fenomenológico y en el pensamiento de Hartmann, entre otros, *cfr.* CORDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción del delito*, *op. cit.*, pp. 38-43. GUERRA DE VILLALAZ, Aura E. “La culpabilidad en la teoría finalista de la acción”, Colegio Nacional de Abogados de Panamá, República de Panamá, 1975, pp. 105-118.

<sup>327</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, *op. cit.*, pp. 14, 15, 30.

## 1.1 Bases histórico-intelectual y filosófica de la Teoría Final de la Acción

El finalismo -apunta Schünemann- comprensivo de la cuarta<sup>328</sup> fase de elaboración del sistema del Derecho penal, culmina en el sistema de Welzel; cuyo dominio abarcó hasta el año de 1960.

Tras el derrumbamiento de la dominación nacionalsocialista, la discusión sistemática jurídico-penal se mantuvo a lo largo de dos decenios bajo el signo del Sistema Finalista concebido por Welzel.

a) El punto de partida teórico del finalismo<sup>329</sup> se halla en la crítica de Welzel al relativismo valorativo<sup>330</sup> y al normativismo del pensamiento penal neokantiano. De ella surgió el intento de probar que en las <<estructuras lógico-objetivas del mundo marcado por la convivencia humana y dotado así de sentido>> se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas (de realidad y de valor). La Ontología es la estructura visible de lo existente, del mundo. Esta estructura no es resultado de una “constitución de la realidad”, ni de la intervención humana, ni es constituida por prejuicios; está más allá del conocimiento humano y es asequible a éste, con lo que consecuentemente

---

<sup>328</sup> La tercera fase de elaboración del Sistema del Derecho Penal referida por Bernd Schünemann, es el “punto de vista de la totalidad” (*ganzheitliche Betrachtungsweise*) que lleva a un irracionalismo. Mismo que dominó hasta el año 1945. *El sistema moderno del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 43, 53, 54.

<sup>329</sup> El finalismo no abandona la tradicional tripartición: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad. Ni siquiera introduce o suprime nuevos datos; mantiene los mismos, pero los separa y los redistribuye de otro modo entre los tres estratos de la teoría del delito. El dolo finalista es un dolo neutro que ha quedado incorporado a la tipicidad, por lo que su presencia o ausencia condiciona la existencia de tipicidad dolosa. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 162-181.

<sup>330</sup> *Criminalia*. José Cerezo Mir, año LXIII, núm. 2, México, mayo-agosto, 1997, Porrúa, Academia Mexicana de Ciencias Penales, “El finalismo”, p. 77 y ss.

puede determinarse en ella la verdad del conocimiento humano.<sup>331</sup> Ello sin caer en la falacia naturalística, que se introdujo en el naturalismo jurídico-penal al limitar la contemplación de la realidad con una forma de razonamiento científico-natural y avalorativa. Según esta concepción (sostenida por Welzel también en el plano iusfilosófico como un compromiso entre el Derecho natural y el relativismo valorativo), en las estructuras lógico-objetivas se trata de constantes antropológicas, que existen de modo previo al Derecho, sin poder ser modificadas por éste, y que, por ello, deben ser necesariamente observadas también por el legislador; así constituyen los materiales naturales de un sistema del Derecho Penal previo a la propia regulación jurídica.

Welzel fijó como estructura lógico-objetiva absolutamente fundamental para el Derecho Penal a la acción humana, distinguiendo en ella la característica decisiva de la estructura final, esto es, la capacidad específica del ser humano de <<prever en determinada medida, y sobre la base de su saber causal, las posibles consecuencias de su actividad, de marcarse, por ello, objetivos diversos y de dirigir aquella actividad con arreglo a un plan hacia la obtención de dichos fines>>. El hecho de que esta estructura prejurídica (es decir, previamente dada en la realidad) de la acción humana como ejercicio de actividad final constituyera una estructura lógica-objetiva esencial para el Derecho Penal resultaba para Welzel de un análisis de las funciones e instrumentos de la legislación penal. Dado que el fin de Derecho Penal de protección de bienes jurídicos ha de alcanzarse a través de prohibiciones y mandatos acompañados de las respectivas sanciones, la capacidad del ser humano de causar o evitar resultados por medio de una actividad final,

---

<sup>331</sup> HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal; Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch casa editorial, Barcelona, 1984, p. 282.

expresada en la estructura final de la acción, se convierte en sustrato directo del Derecho Penal y, con ello, la finalidad en su estructura lógico-objetiva fundamental.<sup>332</sup>

b) De este principio básico se derivaban buen número de consecuencias, hoy ya patrimonio común de la Ciencia del Derecho Penal. El tipo, que configuraba la materia de prohibición, no podía permanecer por más tiempo reducido a la descripción de un proceso objetivo (del mundo exterior), sino que había que aprehender también la estructura final de la acción humana, elemento específico de la tipicidad. Así se produjo el reconocimiento de la existencia de un <<tipo subjetivo>>, que aparecía junto al tipo objetivo. De ello resultaba, por otra parte, que los delitos dolosos y los imprudentes<sup>333</sup> se distinguían ya en el plano de la tipicidad y que, en los delitos dolosos, el dolo típico pasaba a constituir el elemento central del tipo subjetivo, completado, en determinadas clases de los delitos, por los elementos subjetivos del injusto, como *e.g.*, el ánimo de apropiación en el hurto.

Al completarse de este modo el tipo, se produjo a la vez una depuración del concepto normativo de culpabilidad de los elementos del concepto psicológico, lo que por su parte hizo posible establecer los

---

<sup>332</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 54, 55. Reforzado en sus ponencias "La teoría de la imputación objetiva" y "Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad", expuestas en el II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 25 y 26 de febrero de 1999. Sobre el contexto histórico-político-filosófico *cfr.* además Revista de la Facultad de Derecho de México, Rafael Márquez Piñero, T. LXII, núms. 183-184, México, mayo-agosto, 1992, UNAM, "La estética de la teoría finalista de la acción penal", pp. 91-113.

<sup>333</sup> "La imprudencia" siguiendo la denominación de Jescheck, quedó esclarecido, no es una forma de culpabilidad. Constituye, por un lado, la inobservancia del cuidado exigible en el tráfico, y así forma parte del tipo de injusto y -al propio tiempo- es un elemento de la culpabilidad como reprochabilidad personal de la falta de cuidado. De este modo quedan separados, *ab initio*, los hechos dolosos y los imprudentes, diferentes no sólo como formas de culpabilidad, sino en el propio tipo de injusto". MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. "La dogmática jurídico-penal alemana después del finalismo", *op. cit.*, pp. 1251-1276.

presupuestos de la reprochabilidad de modo mucho más claro que antes. En efecto, la disposición del dolo como forma de culpabilidad hacía que pareciera consecuente incluir en el mismo, además de la voluntad de realización final, también la consciencia de la antijuridicidad y que, por tanto, se excluyera el dolo en todo caso de error sobre la antijuridicidad. En cambio, una vez trasladada la voluntad de realización al tipo, parece inmediatamente obvio que para la culpabilidad, como reprochabilidad del hecho, basta con un conocimiento potencial de la prohibición. Así, cabe distinguir, dentro del nivel sistemático de la culpabilidad, los elementos de la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.<sup>334</sup>

Importante en medida similar fue la nueva orientación suscitada por el finalismo en los delitos imprudentes, en los que ahora se mostró como factor constitutivo de lo injusto el no servirse de una finalidad posible (dirigida a la conservación del bien jurídico). El tipo imprudente proveniente del sistema naturalista, que sólo abarcaba la causación del resultado, pues pudo ampliarse con la vulneración del cuidado necesario en el tráfico (=la no puesta en práctica del cuidado final requerido, protector del bien jurídico). Con ello también se depuró el concepto normativo de culpabilidad en los delitos imprudentes, incluyéndose aquí únicamente el caso en que la conducta del autor no está a la altura de sus capacidades personales, y fundamentándose así la reprochabilidad individual.

De este modo, el Sistema Finalista redefinió de modo mucho más profundo las cuatro categorías sistemáticas, conocidas desde el naturalismo, de

---

<sup>334</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 56.

la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, delimitándolas recíprocamente de nuevo.<sup>335</sup>

“Conviene mencionar tres <<éxitos>> especiales del finalismo. Ya en el año 1952, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal alemán rechazó la teoría del dolo, según la cual el conocimiento de la antijuridicidad era una parte del dolo, quedando éste excluido en los casos de error de prohibición vencible. En su lugar, al Tribunal se declaró partidario de la teoría de la culpabilidad, basada en la doctrina final de la acción, según la cual el error de prohibición deja subsistente el dolo, constituyendo una causa de exclusión de la culpabilidad tan sólo en los casos de invencibilidad.

Es en la doctrina del error donde se manifiesta, desde la perspectiva de la consecuencia jurídica, el total fracaso del finalismo ortodoxo-radical.

La teoría estricta de la culpabilidad, defendida por Welzel de modo imperturbable, y según la cual también el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación se trata como mero error de prohibición, dejando inalterado el dolo y excluyendo la culpabilidad tan sólo en caso de invencibilidad, fue rechazada muy pronto por la jurisprudencia y, con el transcurso del tiempo, también por una mayoría aplastante de la doctrina. La acogida fue la teoría limitada de la culpabilidad, que distingue, en el ámbito

---

<sup>335</sup> El injusto y la culpabilidad se separan en el finalismo. Injusto es la frustración a las expectativas; culpabilidad, infidelidad en cuanto a las perspectivas. La teoría de la acción final pone fin a la dogmática penal, de modo que la siguiente etapa parte de la Política Criminal, esto es, de los fines que se persiguen. Dr. **Juan Bustos Ramírez**. “Estado actual en el Derecho Penal”. II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 22 de febrero de 1999.



del error sobre causas de justificación, entre el error sobre los presupuestos fácticos y el error sobre la valoración jurídica, negando consiguientemente, la presencia de un hecho doloso en el llamado <<error de tipo permisivo>>. Desde la perspectiva actual, tiene que resultar casi trágico que Welzel vinculara tan intransigentemente el destino del finalismo a la teoría estricta de la culpabilidad, a pesar de que ésta contradice precisamente la cognición fundamental del propio Welzel: en efecto, la supradeterminación final del acontecer social como esencia de la acción humana y la consiguiente nítida separación de voluntad de realización y conocimiento de la antijuridicidad no constituyen un descubrimiento limitado o limitable al nivel sistemático de la tipicidad, sino que puede operar también en el nivel de la antijuridicidad; ello precisamente porque ambos niveles, incluso en el Sistema Finalista, sólo pueden delimitarse de modo pragmático.

El reproche de Welzel, en el sentido de que la teoría de los elementos negativos del tipo no califica de modo diferente el dar muerte a un hombre en legítima defensa y el matar a un mosquito y, con ello, mezcla de modo inadmisiblemente lo jurídicamente irrelevante y lo jurídicamente permitido.”<sup>336</sup>

## **1.2 Concepción normativa pura de la culpabilidad**

La concepción normativa “por excelencia” de la culpabilidad, producto de las elaboraciones de la teoría de la acción finalista y del rechazo total tanto del naturalismo causalista como del naturalismo psicologista, fundamenta el juicio de reproche en la “posibilidad del autor de actuar de manera diferente”, esto es, en la libertad de voluntad para “motivarse de

---

<sup>336</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 57, 59-61.

acuerdo a la norma". "El reproche de culpabilidad -dice Welzel- presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no en un sentido abstracto de que algún hombre en vez de autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esa situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma". "La culpabilidad sólo puede edificarse sobre la base antropológica de la autodeterminación como capacidad del hombre. Cuando se suprime esa base, desaparece la culpabilidad", sea que se la reemplace por la peligrosidad, sea que se la reduzca a una relación psicológica.<sup>337</sup>

Por supuesto, a esta concepción no se llega sino después de un proceso de evolución que implicó librar una serie de batallas científicas con las diversas líneas de la sistemática causalista a la postre reinante. En su búsqueda por algo "permanente" frente a lo "pasajero" en la Ciencia del Derecho Penal, para poner un freno a la facultad omnipotente del legislador al momento de dar origen a los tipos, la doctrina de la acción finalista encontró aquello precisamente en la estructura esencial de la acción y en los principios de la culpabilidad.

En virtud de eso, establece que "la estructura final del actuar humano es necesariamente constitutivo para las normas del Derecho Penal"; que las normas jurídicas "no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro".

La culpabilidad, por otra parte, es "reprochabilidad" de la configuración de la voluntad; es decir, "el objeto primario del reproche de

---

<sup>337</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad", *op. cit.*, pp. 395-397.

culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda la acción". Se acentúa, además, que "el libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido". Todo esto implicó, naturalmente, el rechazo del concepto "causal" o "naturalístico" de acción, del concepto y estructura del tipo que de ello resultaba y, finalmente, del concepto y estructura de la culpabilidad mixta.

En lugar del concepto causal, se sostiene ahora uno "final" de acción; el tipo, que en la mayoría de los casos se estructuraba sólo de elementos objetivos, ahora es mixto, compuesto en todos los casos de elementos objetivos y subjetivos, lo que hace que ahora, al extraerse de la culpabilidad el dolo y la culpa y ubicárseles como consecuencia lógica del concepto ontológico de acción<sup>338</sup> en el tipo, a este nivel puedan distinguirse los delitos dolosos de los culposos; resulta de ello una fundamentación distinta del injusto (personal): en lugar del sólo "desvalor del resultado" ahora se hace valer como determinante el "desvalor de la acción"; al quitarse de su contenido el "objeto de valoración", el "objeto del juicio de reproche" (dolo<sup>339</sup> y la culpa) -que se encuentra ya en la esfera de la tipicidad-, la culpabilidad normativa alcanza su pureza.

---

<sup>338</sup> Para Atolisei "la teoría finalista se afirma en que la realidad presenta estructuras ontológicas, o sea, datos prejurídicos a las que aparece vinculado el legislador y de los que no puede prescindir ni modificar. Dentro del Derecho Penal, el principal dato ontológico rebelde a toda transformación normativa sería la acción humana que es finalista por su esencia, en cuanto atiende a una meta que pretende lograr conforme a un plan preestablecido. Así, el dolo despojado de todo contenido ético, no pertenece al requisito de la culpabilidad, sino a los de acción y antijuricidad como elementos subjetivos de ambas. ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal, parte gnal., UTEHA, Buenos Aires, 1960 p. 239.

<sup>339</sup> Moreno Hernández aclara que el dolo es ubicado en el tipo subjetivo, únicamente como la voluntad de realización dirigida al tipo objetivo, como saber y querer de los elementos objetivos del tipo. Criminalia, Moisés Moreno Hernández, año LVIII, núm. 3, México, septiembre-diciembre, 1981, Porrúa, "Consideraciones dogmáticas y político-criminales en torno a la culpabilidad", Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, pp. 142 y ss.

Así, en el juicio puramente normativo en que se constituyó la culpabilidad a partir de la Teoría Final de la Acción, hay una doble relación:

- a) la acción del autor no es la exigida por el Derecho, y
- b) el autor pudo comportarse conforme a lo dispuesto por la norma.

Por ello, se habla de un reproche personal contra el autor, quien no se comportó conforme a la norma pese a haber estado en condiciones de hacerlo.

En palabras de Welzel “objeto del juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de voluntad antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener consciencia de la antijuridicidad de su acción y en que tal consciencia podía convertirse en un contramotivo determinante del sentido”.<sup>340</sup>

### **1.2.1 Consecuencias de la adopción del concepto puramente normativo de la culpabilidad**

Desde el punto de vista sistemático la reubicación del dolo (y de la culpa), de la culpabilidad al tipo, supuso la conformación del primero únicamente con el conocer y querer la realización de la situación objetiva

---

<sup>340</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 112.

descrita en el tipo,<sup>341</sup> quedando fuera de aquél la consciencia de la antijuridicidad. Lo cual significó dejarlo con un contenido avalorado o neutro,<sup>342</sup> pues si bien el sujeto podía conocer y querer los elementos del tipo, con eso no se excluye la posibilidad de que ese hecho pueda estar permitido, en general, por el orden jurídico. De ahí que quien priva de la vida a otro sabiendo que su conducta es de homicidio y queriendo esa muerte, habrá actuado con dolo típico de matar, pero ese dolo es neutro porque todavía falta determinar si quiso privar de la vida estando amparada su conducta por una causa de justificación, con lo cual quedaría excluida la antijuridicidad de esa conducta dolosa.<sup>343</sup>

En cambio, el concepto de la culpa fundamentado por Welzel en un “concepto superior de acción”, sirve para estructurar la finalidad misma en dos especies distintas, es decir, en la finalidad “actual”, propia de las acciones dolosas, y en la finalidad “potencial”, característica de las culposas; en la acción dolosa el autor actúa realmente en dirección a una meta representada y querida, mientras que en la conducta culposa el resultado causando es ciertamente “la consecuencia ciega, no querida, de la conducta imprecavida, el suceder no estaba como en el dolo, dirigido a aquella meta, sino que es causal-ciego. Pero se diferencia de un puro proceso natural en el hecho de que era evitable por la posible actividad finalística del autor.”<sup>344</sup>

---

<sup>341</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. *op. cit.*, pp. 77, 78.

<sup>342</sup> *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado*, Olga Islas de González Manscal, “El dolo en el Derecho Penal”, *op. cit.*, pp. 42, 43.

<sup>343</sup> En suma, los fundamentos originales del Sistema Clásico de analizar todo lo objetivo en el tipo y en la antijuridicidad y, todo lo subjetivo en la culpabilidad, quedaban completamente superados pues el tipo permanecía conformado por un tipo objetivo (elementos descriptivos y normativos) y por un tipo subjetivo (dolo o culpa y elementos subjetivos distintos del dolo).

<sup>344</sup> RODRÍGUEZ MÚÑOZ, José Arturo. *La doctrina de la acción finalista*, *op. cit.*, pp. 49, 52, 57.

Pese a lo dicho por Welzel, la fundamentación de la culpa en una "finalidad potencial" fue el punto más vulnerable de la teoría finalista, debido a que esa finalidad no estaba encaminada propiamente hacia la provocación de un resultado.<sup>345</sup>

Lo anterior llevó a Welzel a un replanteamiento de la culpa y erigirla después sobre la base de un elemento objetivo, así en las acciones culposas "el fin último es normalmente irrelevante, pero no lo es la ejecución total, en esos supuestos las normas "exigen en la selección y utilización de los medios la aplicación de una medida mínima de dirección final, con el fin de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados. En este sentido, la finalidad perseguida por el sujeto dejaba de ser relevante y el "modo de ejecución de la conducta" pasaba a constituir el núcleo sobre el que descansaba lo disvalioso de la acción que no se había realizado como lo haría un hombre inteligente y prudente en la situación del autor.<sup>346</sup>

Empero con ello Welzel se apartaba irremediabilmente de su concepto final de acción y abría paso a innumerables críticas.

Este problema de un doble concepto de acción, unas veces final como conducta dirigida a la provocación de resultados típicos en los delitos dolosos y otras veces potencial por la inobservancia de un deber debido que hubiera evitado los resultados típicos en los delitos culposos, tenía también sus repercusiones a nivel de culpabilidad. Así Bockelmann, en 1949, manifestó "la

---

<sup>345</sup> Sobre lo disvaliosa de la conducta se dice "al igual que sucede con los delitos dolosos, tampoco el tipo de injusto de los culposos se agota en la lesión de un bien jurídico, sino que presupone siempre un determinado desvalor de la acción y contiene como el tipo del delito doloso, un injusto personal. *Ibidem*, p. 62.

<sup>346</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 30, 38, 69-75, 102, 103, 109-112.

esencial diferencia de dolo y culpa se hace presente, si no surge ya en el concepto de acción, en otro lugar del sistema. El que conciba dichas características como formas de la culpabilidad se verá perplejo ante la dificultad de fundamentar debidamente el hecho de que el reproche de la culpabilidad se apoya unas veces en la previsión del resultado, y otras, precisamente en la no previsión del mismo”.<sup>347</sup>

Además, como consecuencia de la adopción de un concepto puramente normativo de la culpabilidad quedaba fuera el propio juicio del autor sobre su hecho. Ya no interesaba analizar en la culpabilidad si el autor se había representado o no la provocación de un resultado (nexo psicológico), pues el único juicio que importaba para sustentar la culpabilidad era la existencia de un “proceso de motivación defectuosa del autor”, en otras palabras, el juicio consiste en determinar si se le puede reprochar al autor el haber actuado contra lo establecido por el orden jurídico.

Del tal suerte, la concurrencia del dolo o la culpa no presuponen la existencia de la culpabilidad, pues tanto el dolo como la culpa se analizan y conforman en el tipo. Por ello, el autor pudo haber realizado una conducta típica dolosa y, sin embargo, no ser culpable por no tener la consciencia de la antijuridicidad de su conducta, *i.e.*, porque el autor creyó que su conducta estaba permitida por una causa de justificación. De igual forma será inculpable quien desconocía la existencia de la norma prohibitiva: error de prohibición y lo mismo vale para quien no se le puede exigir actuar conforme a Derecho, al enfrentar, *e.g.*, una situación de miedo insuperable.<sup>348</sup>

---

<sup>347</sup> RODRÍGUEZ MÚÑOZ, José Arturo. *La doctrina de la acción finalista*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>348</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 115, 116.

Ejemplifica, en este mismo sentido, Gimbernat Ordeig que la voluntad de realizar un tipo penal (la intención de cometer un aborto) nada nos dice sobre si ese hecho es reprochable o no: ese hecho intencional no es el elemento sino el objeto de juicio de reproche; el aborto voluntario no será por ello reprochable si faltó conocimiento de la antijuridicidad (el autor ignoraba que el aborto está prohibido porque era un enajenado mental o porque era un extranjero que creyó invenciblemente, que al igual que en su país, tampoco en el país donde se encontraba se castigaba el aborto) o si, a pesar de conocer el autor que el hecho era delito, no le fue posible actuar de acuerdo a Derecho porque estaba sometido a un miedo insuperable.<sup>349</sup>

Las consecuencias de la Teoría Final de la Acción son forzosas si se aceptan sus bases, es decir, la así denominada, “estructura ontológica” de la acción. Si ésta consiste en la dirección final del proceso causal, entonces la participación interna en el suceso externo no pertenecerá al estadio de la culpabilidad, sino al de la acción, pues esta participación es el núcleo mismo de la acción. El banco de prueba de este elemento no es el primer estadio de la imputación, el comportamiento humano (que hemos llamado “acción”), sino el lugar, en la estructura del delito, donde se discute la concreta acción del hecho (matar, estafar, injuriar). Esto, en todo caso, representa para el estadio de la culpabilidad en la estructura del delito una sensible pérdida. Si se traslada el grado de participación interna al tipo, como su parte “subjetiva”, en la culpabilidad sólo queda, junto a la capacidad de culpabilidad y las causas de exculpación, una imagen vacía de contenido: la “reprochabilidad” del hecho antijurídico.

---

<sup>349</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, *op. cit.*, p. 167.



Mientras que el Sistema Final mantiene grados de participación interna en el “tipo subjetivo”, el Sistema Causal, grados de participación interna en la “culpabilidad”.<sup>350</sup>

### 1.2.2 Críticas formuladas contra el concepto puramente normativo de la culpabilidad

La teoría normativa, así entendida, tiene la ventaja de homogeneizar el contenido de la culpabilidad, pues la libera de lo que pertenece a su objeto. No obstante, se le ha imputado que provoca un “vaciamiento” de la culpabilidad. Semejante crítica sólo puede sostenerse desde el punto de vista de un psicologismo furioso -que nadie sostiene, acota Zaffaroni-<sup>351</sup> pero no es admisible si quienes la formulan postulan un concepto que pretenden “normativo”: si culpabilidad es reprochabilidad y, al quitarle el dolo y la culpa la reprochabilidad queda, no hay “vaciamiento” alguno. Esta crítica es válida para una concepción normativa como la sostenida por Goldschmidt que, al equivocarse acerca de lo que en ella sobraba (como consecuencia de una imperfecta delimitación del criterio determinante), deja a la culpabilidad convertida en un “desierto normativo” pletórico de “presupuestos”.

Por lo que, partiendo de los postulados del Sistema Neoclásico del delito, donde el dolo y la culpa sólo son elementos de la culpabilidad, su traslado al tipo dejaría una culpabilidad compuesta todavía de la imputabilidad,

---

<sup>350</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 283.

<sup>351</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 30.

de la consciencia de la antijuridicidad y de la inexistencia de causas excluyentes de la culpabilidad.

Por su parte, Bacigalupo<sup>352</sup> expresa que ante la crítica formulada al finalismo, puede responderse con la afirmación contraria: que la teoría <<causal>> deja vacía la tipicidad. Así como nada impide que una teoría del delito opere con una tipicidad vacía (sin dolo), tampoco hay obstáculo en que lo haga con una culpabilidad sin dolo, si el dolo sigue siendo, de todos modos, elemento del delito.<sup>353</sup>

O en palabras de Alexander Graf zu Dohna (*Aufbau der Verbrechenlehre*) al Sistema Neoclásico se le puede criticar que mantuvo un *mixtum compositum* de cosas que no pueden mezclarse. En su concepción sobre la culpabilidad contenían tanto lo valorado (relación psíquica del autor-elemento psíquico) como la valoración (reprochabilidad- elemento normativo). Postura ésta que mezcla indebidamente: el objeto de la valoración y la valoración de este objeto.<sup>354</sup>

““Así, la culpabilidad es independiente del hecho psíquico de la realización del juicio. Aunque sí se produce un déficit, porque tampoco la doctrina final de la acción alcanza a ubicar la consciencia (virtual) de la antijuridicidad. De todos modos, esto se discute con el argumento de que sólo se reprocha el dolo (o la imprudencia), mientras que por el contrario la consciencia (virtual) de la antijuridicidad es el <<motivo por el que se reprocha

---

<sup>352</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal español*, op. cit., p. 18.

<sup>353</sup> Sobre esta crítica puede *cfr.* también a NOVOA MONREAL, Eduardo. *Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal*, Juricentro, 2a ed., San José de Costa Rica, 1982, *passim*.

<sup>354</sup> GRAF zu DOHNA; cit. por Jürgen Baumann. *Derecho Penal*, conceptos fundamentales y sistema. Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 208, 209.

al autor el dolo antijurídico. Puesto que el autor pudo darse cuenta de la antijuridicidad y por haber podido omitir su decisión de actuar antijurídicamente, se le reprocha ésta. De aquí se desprende que el conocimiento del injusto no es elemento del dolo, sino sólo de la reprochabilidad>>. Dicha distinción entre objeto y motivo del reproche no resuelve, sin embargo, el problema de la ubicación de la relación subjetiva con el injusto: ésta no pertenece al dolo ni tampoco es por sí misma reprochabilidad, es decir culpabilidad.

Además se yerra al sostener contra la solución finalista que el concepto de culpabilidad limitado al juicio lleva a una “desnaturalización” del concepto de culpabilidad o a “dejarlo vacío”, afectando esta crítica no a lo normativo de la culpabilidad, pero sí a su exclusiva relevancia. En la teoría del delito no se trata -por expresarlo gráficamente- de unos cajones apilados, en los que pueden desaparecer objetos sin consideración al contenido de los demás cajones, sino de la ordenación de objetos hacia un fin, es decir, de la determinación de los presupuestos de la pena. Por eso los objetos (dolo, imprudencia) integrados en los escalones iniciales del delito (tipo) no se pierden para los escalones posteriores (culpabilidad), sino que más bien “el saldo delictivo situado en un escalón más profundo (más alejado del fin) del concepto de delito vuelve a aparecer en el escalón más alto (más próximo al fin), lo que cabe resumirlo con la fórmula de que todo el injusto pertenece al tipo de culpabilidad. Ahora bien, si el injusto es en su totalidad objeto del juicio de culpabilidad, el desplazamiento de un elemento del delito desde la culpabilidad al injusto no puede dejar vacía la culpabilidad. La pertenencia de dolo e imprudencia al injusto no le quita nada, pues, al concepto de culpabilidad. A lo sumo, se puede insistir en llamar culpabilidad no sólo a la

valorabilidad, sino también a lo que ha de valorarse, sin que así se unifiquen estos aspectos distintos.”<sup>355</sup>

Lo que sí, es que en opinión de Maurach, el contenido que la teoría puramente normativa atribuye a su concepto de culpabilidad impide estimar el proceso de valoración, designado corrientemente con el nombre de “culpabilidad”, como culpabilidad material. Este contenido no justifica ni la aplicación de todos los recursos de que dispone el Derecho Penal ni la idea de que en esta “culpabilidad” nos hallamos realmente ante un juicio de reproche personal.

El concepto normativo de culpabilidad sería correcto si la pena retributiva de la culpabilidad constituyera el único recurso del juez penal. En tal caso podría erigirse directamente sobre el juicio real de desvalor (“comisión de un injusto típico”) el juicio personal de reproche contra el artífice de este injusto típico. En realidad, sin embargo, la eficacia del Derecho Penal es más extensa. Se encuentran casos en que el Derecho Penal sólo puede proceder con determinadas medidas de seguridad y corrección. No basta con que el autor haya cometido el injusto típico. Este injusto debe poder serle atribuido personalmente. Una tal atribución subjetiva no es, por ende, equiparable aún a la culpabilidad. Luego entonces, el principio tradicional “culpabilidad es reprochabilidad” resulta excesivamente estrecho para comprender todas las categorías de autores sometidas al Derecho Penal.<sup>356</sup>

---

<sup>355</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. op. cit.*, pp. 573, 574.

<sup>356</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal. op. cit.*, pp. 25-27, 29.

Asimismo, lo que la teoría normativa designa como unitario juicio de reproche constituye en realidad un concepto escalonado, que, si bien puede mostrar la posibilidad de la atribución subjetiva, no constituye aún necesariamente la culpabilidad. La inclusión del juicio de desvalor frente al autor bajo el general concepto de culpabilidad, es insostenible. También lo es la jerarquía atribuida a los componentes de la culpabilidad.

### **1.2.3 Culpabilidad y juicio de culpabilidad**

Para Baumann, el concepto simplemente normativo confunde culpabilidad y juicio de culpabilidad. El juicio de culpabilidad es (como el de antijuridicidad) apreciación de la conducta del autor y no la misma conducta, y tampoco una parte de ésta (e.g., subjetiva). Para emplear nuevamente la imagen, el juicio de culpabilidad está en las cabezas de quienes juzgan, es su obra espiritual.

Culpabilidad no es juicio de culpabilidad. La culpabilidad es algo existencial que está en el autor, por lo menos una propiedad de la conducta del autor, o sea, algo que también debe hallarse en la cabeza o en el corazón del autor.

La culpabilidad es independiente de cualquier juicio acerca de ella. El juicio de culpabilidad presupone la culpabilidad, no se identifica con ella. El juicio de culpabilidad confronta la relación existente entre el autor y el hecho cometido por él con las exigencias de las normas jurídicas. Al juzgar la culpabilidad, se estudia si el autor individual estaba en condiciones, por las

circunstancias personales, aptitud, situación económica de comportarse en forma acorde con el orden jurídico. En caso afirmativo, o sea, si debía determinarse observando las normas del Derecho, ha actuado culpablemente. En cambio, si no tenía esa posibilidad porque le faltaba, *v.gr.*, la capacidad de comprensión o porque habría sido humanamente excesivo exigirle que se comportara de otro modo, su conducta es, sí, contraria al orden jurídico, pero no se la puede reprochar.

En cambio, la culpabilidad es lo que nosotros valoramos, es decir, la relación existente entre el autor y el hecho que ha cometido. También corresponde a la culpabilidad la capacidad del autor para tener y realizar una relación frente a su hecho y al orden jurídico. Entonces, el sujeto podrá ajustar especialmente su conducta a los preceptos del orden jurídico y podrá reconocer lo que debe hacer y determinar su acción de acuerdo con este reconocimiento. El autor sólo es capaz de culpabilidad y la relación de culpabilidad frente al hecho sólo existe cuando el intelecto y la voluntad del autor están estructurados en forma tal que le es posible comprender y observar los preceptos.

Como lo injusto, tampoco la culpabilidad es, simple valoración. Como una conducta puede ser un injusto, también puede producir adicionalmente culpabilidad (en cambio, no puede pensarse en culpabilidad penal sin un injusto penal). De suerte que, con el juicio de culpabilidad propuesto, se valora lo injusto penal como culpable. Se reprueba la valoración del autor o el hecho de que no haya valorado.

Por lo tanto, el juicio de culpabilidad es heterónimo (pronunciado externamente) y la culpabilidad es (incluso en sus elementos normativos) autónoma. El mismo autor determina acerca de su culpabilidad, la produce.<sup>357</sup>

### 1.3 Culpabilidad. Concepto en la Teoría de la Acción Final

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

En el primero de los significados, culpabilidad es la característica específica que convierte el acto de voluntad en un acto culpable, y por tanto, el elemento constitutivo de la culpabilidad, en el acto de voluntad que expresa en forma especialmente marcada el término "reprochabilidad"; en el segundo de los significados, "culpabilidad" es el acto de voluntad mismo, junto con su condición de disvalor: la voluntad reprochable de acción.<sup>358</sup>

Según esta concepción, culpabilidad es el reproche de culpabilidad, la valoración de la conducta del autor.

---

<sup>357</sup> BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal. op. cit.*, pp. 210, 212-214.

<sup>358</sup> Toda la discusión, sobre si el dolo pertenece a la "culpabilidad" tiene su origen en este doble sentido. Si se entiende por "culpabilidad" la voluntad culpable de acción, por lo tanto el objeto de valoración de la culpabilidad, más su condición de disvalor, entonces el dolo pertenece también a la "culpabilidad", pero no solamente el dolo, sino toda la acción dolosa, ya que no solamente el dolo, sino la totalidad de la acción dolosa antijurídica es culpable. En ese sentido, "culpabilidad" es un concepto complejo, compuesto de acción, antijuridicidad y reprochabilidad, del que se ha separado (en el Derecho Penal material) la voluntad de acción (dolo) y la reprochabilidad, y se ha denominado "culpabilidad". WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, parte gnal.; Trad. Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 149.

Culpabilidad es, pues, reprochabilidad del acto en atención al ánimo (*Gesinnung*) jurídicamente desaprobado que se realiza en él. Por ánimo no se ha de entender, a este respecto, una cualidad permanente del autor, ni tampoco, pues, su individual peligrosidad en el sentido de la prevención especial.

“Se trata, por el contrario, del valor o disvalor de la actitud actualizada en el acto concreto, se trata de la conclusión que (a través de una consideración generalizadora y orientada a módulos valorativos ético- sociales) ha de ser extraída de tal acto y de sus móviles en relación a la posición total del autor ante las exigencias del Derecho”.<sup>359</sup>

Mir Puig manifiesta que la culpabilidad dejó de ser la parte subjetiva del delito y se consolidó como juicio de reproche por haber actuado el sujeto antijurídicamente cuando podía haber obrado de otro modo.<sup>360</sup>

En 1929, H. von Weber en uno de sus trabajos incluía el dolo en la acción típica y estimaba “que actúa culpablemente el que se ha conducido en contrariedad al Derecho, siempre que hubiere podido adaptar su conducta al mismo”. La culpabilidad se refiere al poder y la antijuridicidad al deber.<sup>361</sup>

La culpabilidad -acota Armin Kaufmann- es aquello que distingue a la acción del hecho que realiza el tipo penal objetivo. El reproche de culpabilidad será entonces levantado cuando el autor se pudo dejar motivar por

---

<sup>359</sup> GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>360</sup> MIR PUIG, Santiago. “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena, en *El poder penal del Estado*, *op. cit.*, p. 367.

<sup>361</sup> WEBER, H. von; cit. por Córdoba Roda, Juan. *Una nueva concepción del delito*, *op. cit.*, pp. 44-46.



la norma y, sin embargo, no lo hizo. El reproche está dirigido a un sujeto que reprocha y a dos objetos: aquél es reprochado y lo que se reprocha.<sup>362</sup>

Para la teoría finalista de la acción, la reprochabilidad presupone la capacidad de motivarse por la norma. El que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir, si podía <<obrar de otra manera>>.

De modo prácticamente unánime, la moderna doctrina española concibe la culpabilidad, como el reproche que se le hace al autor porque ha realizado una acción antijurídica a pesar de que podría haber actuado de otra manera.<sup>363</sup>

La doctrina jurídico-penal, en palabras de Mir Puig, ha ido cargando de contenido metafísico y moralizante el concepto de culpabilidad. Hoy es frecuente entender que ésta supone un juicio de reproche dirigido al sujeto de un hecho antijurídico por haberlo cometido cuando podía haber obrado de otro modo. La culpabilidad supone, así concebida, la libertad de voluntad o libre albedrío. Ello implicaría que la ley de la causalidad encuentra una excepción en la decisión del hombre.<sup>364</sup>

---

<sup>362</sup> KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*. Fundamentos de la dogmática penal moderna, versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 31, 32.

<sup>363</sup> De esta opinión discrepa Gimbernat, al rechazar la teoría normativa de la culpabilidad por estimar que es indemostrable el libre albedrío sobre el que aquella se basa. "El sistema del Derecho Penal en la actualidad", *op. cit.*, pp. 69, 70.

<sup>364</sup> Sin embargo, interpretada metafísicamente, la culpabilidad pierde su capacidad de limitar efectivamente el Derecho Penal: siendo indemostrable la existencia del libre albedrío, no es posible exigir al Derecho Penal se limite a castigar cuando el sujeto "hubiera podido actuar de otro modo". MIR PUIG, Santiago. "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", en *El poder penal del Estado*, *op. cit.*, p. 368.

Así pues, se contempla la característica decisiva de la culpabilidad en el reproche formulado al autor por su motivación contraria al deber. Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aun cuando podía comportarse conforme a Derecho, aun cuando podía decidirse en favor del Derecho.

En esencia, en opinión de Maurach, la mayor parte de las definiciones conciben a la culpabilidad como un “conjunto de presupuestos que derivan, del hecho punible, un reproche personal frente al autor”, como “reprochabilidad de una acción antijurídica por la deficiencia de los procesos psíquicos causantes”, como “aquella cualidad de la acción antijurídica que permite hacer al autor el reproche personal de no haberla omitido”, como “falta de apego a un valor jurídicamente protegido y, en consecuencia, al orden valorativo propio del Derecho”.

#### **1.4 Culpabilidad. Elementos positivos y negativos en la teoría normativa finalista**

Ahora son elementos de la reprochabilidad: la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad. Esa reestructuración en todos los niveles del delito, lleva aparejada una diferente distribución: la inimputabilidad, el error de prohibición -que nada tiene que ver con el dolo- y la inexigibilidad.<sup>365</sup>

---

<sup>365</sup> La culpabilidad, en esta etapa se conforma para Welzel, con: a) la imputabilidad, b) la consciencia de la antijuridicidad, y c) la falta de excluyentes de la culpabilidad. Consultar: WELZEL, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 100-131. Del mismo autor Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 153-188. JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 595-693.

## 2. Imputabilidad. Elemento de la culpabilidad en la Teoría de la Acción Final

La imputabilidad consiste en la capacidad de conocimiento y en la capacidad de motivación (presupuesto existencial de la reprochabilidad).<sup>366</sup>

En palabras de Welzel, se trata de la capacidad que tiene el autor para :

- a) Comprender lo injusto del hecho, y
- b) Determinar su voluntad, de acuerdo con esa comprensión.

La también denominada capacidad de culpa (de imputación o de culpabilidad) tiene, por ende, un elemento adecuado al conocimiento (intelectual) y otro adecuado a la voluntad (voluntativo).

La capacidad de culpabilidad constituye el primero de los elementos sobre los que reposa el juicio de culpabilidad. La misma debe concurrir para que la falta de actitud jurídica de que nace la decisión del hecho pueda aparecer como digna de censura.<sup>367</sup>

La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los

---

<sup>366</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., *op. cit.*, p. 249.

<sup>367</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 595, 596. En el mismo sentido STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 165-176.

mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas, requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable, y por consiguiente, no puede ser hecho responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos. El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, éste pueda responder de ellos.<sup>368</sup>

Tanto más capaz de culpabilidad sea el autor, tanto más grave será su culpabilidad, y a la inversa.

El momento en que debe existir la capacidad de culpabilidad es el de la comisión del hecho, o sea, el momento en que el autor actúa. Quien actúa culpablemente, pero es inimputable antes de producirse el resultado, ha realizado el tipo culpablemente.<sup>369</sup>

Históricamente la imputabilidad aparece como una limitación de la responsabilidad penal a aquellas personas que tenían las facultades psíquicas mínimas para participar en la vida de relación social como miembros de pleno Derecho. Pronto se observó que los niños y los enfermos mentales no podrían ser tratados como los adultos o los aparentemente sanos mentalmente. La pena para ellos era una institución inútil y debía ser sustituida por otras medidas

---

<sup>368</sup> MÚÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, op. cit., p. 139.

<sup>369</sup> BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal*, op. cit., pp. 222, 225.

(reformatorios, manicomios) que, en la práctica, tenían el mismo carácter de control social que la pena, pero que teóricamente no tenían el mismo sentido punitivo.<sup>370</sup>

## 2.1 Imputabilidad y libertad de voluntad

De este modo, resulta imputable el autor que gracias a su desarrollo espiritual-moral es capaz de comprender lo ilícito de su hacer y de actuar conforme a este conocimiento. La característica “intelectual” de la imputabilidad (es la capacidad de conocimiento) y su parte “volitiva” (la capacidad de dirección).

Sobre la base de su libertad de decisión o de elección, se reconoce al hombre la capacidad de ser señor de sus decisiones y de definir su conducta, se le reconoce la aptitud para “formar libremente su voluntad”.<sup>371</sup>

Por eso Welzel pronuncia que la culpabilidad es la reprochabilidad de la formación de voluntad. El autor hubiera podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma en lugar de la voluntad antijurídica de acción, sea que ésta tienda dolosamente a la concreción de un tipo, sea que no aporte la medida mínima de dirección finalista impuesta. Por consiguiente, toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad. Solamente lo que el hombre hace con voluntad, puede serle reprochado como culpabilidad. Sus dones y predisposiciones -todo lo que el hombre “es” en sí mismo- pueden ser más o

---

<sup>370</sup> MÚÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, op. cit., pp. 139, 140.

<sup>371</sup> La libertad del hombre, dice Carrancá y Rivas, se haya condicionada y determinada -histórica y socialmente- por la cultura, por “su” cultura, y cuando el hombre cae en libertinaje o maneja mal su libertad, sin duda se desvía de su cultura, desatiende, ignora, o desprecia los valores de ella. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *El arte del Derecho*, op. cit., p. 208.

menos valiosos (por tanto, pueden ser también valorados), pero solamente lo que de ellos hizo o cómo los empleó, en comparación con lo que hubiera podido hacer de ellos o como los hubiera podido o debido emplear, solamente esto puede serle computado como "mérito" o serle reprochado como "culpabilidad".

El reproche de culpabilidad presupone, por lo tanto, que el autor hubiera podido formar su decisión antijurídica de acción en forma más correcta, adecuada a la norma, y esto no en el sentido abstracto de lo que hubiera podido hacer un hombre cualquiera, en lugar del autor, sino, y muy concretamente, de que ese hombre, en esa situación, hubiera podido formar su decisión de voluntad en forma adecuada a la norma.<sup>372</sup>

Con ello, se pone de relieve que la culpabilidad jurídicopenal constituye exclusivamente un individualizador juicio de reproche contra el autor por su motivación contraria al deber, referida al acto, y evitable personalmente.<sup>373</sup>

### 2.1.1 Problema de la libertad de voluntad

Para Welzel, la problemática de la libertad de voluntad tiene tres distintos aspectos: el antropológico, el caracterológico y el categoremático.<sup>374</sup>

---

<sup>372</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 152, 153.

<sup>373</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 92.

<sup>374</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 153-164.

### 2.1.1.1 Aspecto antropológico

Respecto de este punto advirtió que la teoría de la evolución viculada con Darwin (reinante en la segunda mitad del siglo XIX), colocó al hombre profundamente en el mundo biológico. El hombre sólo fue el último eslabón de la estirpe primitiva; su inteligencia solamente una diferenciación, aun superior, aún más fina, de los instintos animales, de modo que debía haber un camino directo de evolución del instinto animal a la inteligencia humana.

En oposición fundamental al animal, el hombre está caracterizado negativamente por su amplia libertad de los modos congénitos e instintivos de comportamiento y positivamente por la capacidad y misión de encontrar y realizar él mismo lo correcto de su actuar a través de actos comprensivos.

Dice Maurach<sup>375</sup> que el hombre tiene la capacidad de distinguir entre conducta conveniente y conducta inconveniente, sentida como valiosa o desvalorada por el mundo circundante. Esta capacidad no es un “debe” (*Muss*) que incumbe al hombre, por haber nacido en sociedad y deber comportarse conforme a sus -de la sociedad- representaciones valorativas, sino una capacidad, conseguida por el adiestramiento, por adaptación, perfeccionada en virtud de la diferenciación social.

El hombre es un ser responsable o, más exactamente, un ser con la predisposición de autoresponsabilidad: éste es el criterio decisivo que lo distingue ya existencialmente (como *homo phaenomenon*), y no solamente normativamente (como *homo noumenon*), de todo el mundo animal. El hombre

---

<sup>375</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 100.

no ha recibido biológicamente, como el animal, el orden de la formación de su existencia, sino que este orden es su tarea responsable como sentido que le impone la vida.

### 2.1.1.2 Aspecto caracterológico

Dice Welzel que la degeneración de las formas congénitas de conducta y la estructura de un yo céntrico responsable, ha dado varias esferas a la estructura psíquica del hombre. Una "esfera baja" comprende los impulsos vitales, desprendidos del haz de instintos de autoconservación y de conservación de la especie, de los afectos, deseos, aspiraciones psíquicas "superiores", tendencias, intereses que afectan el yo, lo toman, lo sujetan, lo arrastran y tratan de llevarlo a una acción, de modo que aparece, por decirlo así, como una víctima pasiva de los impulsos. Por encima de estos impulsos de la esfera baja, se eleva el "yo" mismo, como centro de regulación de los impulsos, los que dirige de acuerdo con su sentido y valor: los actos del pensar, que se apoyan sobre fundamentos lógicos y los de la voluntad, que se orientan de acuerdo con el sentido y el valor. Se trata aquí de la dirección de los impulsos psíquicos.

Todos los impulsos poseen un doble carácter: tienen una determinada intensidad de impulso o estímulo y tienen también un determinado contenido de sentido. Ambos aspectos pueden no coincidir.<sup>376</sup>

---

<sup>376</sup> Con todo acierto Carrancá y Rivas asienta "no es posible que la cultura, acabe con los instintos e impulsos innatos del ser humano. La ley no es un cirujano que corta y extrae el órgano enfermo. La ley educa; más educar, es en este orden de ideas, aprovechar para el bien la naturaleza de los individuos. La fuerza educadora de la ley, su *paideia*, es la de recoger en un cause el torrente disperso del carácter, del temperamento; lo que significa que la ley sin esencia cultural es mera regla insuficiente. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. El arte del Derecho, *op. cit.*, p. 209.



Mientras que los impulsos transcurren puramente en la esfera baja, decide en la contradicción entre ellos solamente la intensidad del estímulo, vale decir, que el más fuerte vence y oprime a los demás (es la llamada lucha de los instintos).

Los actos de la función del yo transcurren en el ámbito del sentido, no en el de la fuerza causal: los motivos de pensamiento y voluntad son los fundamentos materiales, vale decir, los no causales, sobre los cuales se apoyan, según el sentido, los actos de pensamiento y voluntad. En este proceso es admitido el impulso valioso, pero es desplazado el contenido de estímulo del impulso contrario al valor.

### 2.1.1.3 Aspecto categoremático

El sujeto que conoce no debe ser solamente dominado por sus impulsos, sino que debe tener la capacidad para comprender el impulso de conocimiento, como tarea llena de sentido, que impone frente a impulsos que tienden a desviarlo, vale decir, para asumir la responsabilidad por el acto de conocimiento.

Libertad de voluntad es la capacidad de poder determinarse de acuerdo con el sentido. Es la libertad de orientar la fuerza causal, ciega e indiferente al sentido, hacia una autodeterminación adecuada al sentido. No es -como opina el indeterminismo-<sup>377</sup> la libertad de poder actuar en forma distinta

---

<sup>377</sup> Acorde con *Maurach*, si, como sostiene el indeterminismo extremo, el hombre tiene una "libre voluntad" en cuanto está en situación de adoptar sus resoluciones en el vacío, sin ser, ni poder ser, influido por los factores causales que le empujan al hecho o le apartan de él, nos hallaremos en realidad, no ante libertad fundamentadora de la responsabilidad, sino ante arbitrio excluyente de la responsabilidad. En efecto, de ser cierta la tesis del indeterminismo extremo, las conminaciones penales tendrán tan poca influencia sobre las

(por lo tanto, también peor o contrariamente al sentido), sino la libertad de un actuar de modo adecuado al sentido. Por eso, la libertad no es la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre sentido y contrasentido, entre valor y disvalor.

La libertad no es ningún estado, sino un acto: el acto de la liberación de la fuerza causal de los impulsos, hacia una autodeterminación adecuada al sentido. Sobre la falta de este acto se basa el fenómeno de la culpabilidad: culpabilidad es la falta de autodeterminación adecuada al sentido, en un sujeto que es capaz para esta determinación de acuerdo con el sentido. No es una decisión adecuada al sentido a favor de lo malo, sino el permanecer dependiente y adherido, el dejarse llevar por impulsos contrarios al valor.

En palabras de Maurach, de la confrontación entre los dos extremos inadmisibles (estricto indeterminismo-extremo determinismo), se deriva la existencia y límites de una "libertad" humana volitiva, de una capacidad humana "de actuar conforme a este conocimiento". Al determinismo debemos el reconocimiento de que toda conducta del hombre está condicionada por estímulos, por factores causales que le inclinan a un cierto actuar; al indeterminismo, por el contrario, la comprensión de que el hombre es capaz, en cierta medida, no sólo de conocer valor o desvalor de este actuar al que le mueven sus impulsos, sino también de orientar activamente su voluntad conforme a la representación valorativa obtenida, en la dirección de lo sentido como "bueno", "de actuar conforme a este conocimiento".

La esencia de la capacidad de autodeterminación<sup>378</sup> (expresión ésta que parece más acertada en comparación con el término equívoco y excesivamente impreciso de “libre voluntad”), estriba en que el autor no ha interpuesto, suficientemente, los medios de que disponía para resistir a la inclinación delictiva, o en que ha abusado de su capacidad de conocimiento o resistencia. Esta definición comprende las distintas formas de aparición de la culpabilidad. En efecto, la culpabilidad existe porque el autor ha sucumbido al estímulo delictivo, a pesar de conocer el juicio de desvalor social (conocimiento de la prohibición), o porque se ha convertido en delincuente sin conocer el injusto por haber desaprovechado las posibilidades de conocimiento de que disponía (evitable desconocimiento de la prohibición).

### 2.1.2 Problema en el establecimiento de la capacidad de imputación

El segundo problema considerado por Welzel (dentro del rubro de la imputabilidad) es el establecimiento de la capacidad de imputación, pues comprendiendo que el hombre, como un ser determinado para la autorresponsabilidad, es capaz de una autodeterminación adecuada al sentido, y con el conocimiento de la estructura categoremática de esta forma de determinación, está dada una determinación general de la esencia del hombre y de su libertad, pero no está establecido al mismo tiempo que ese hombre, en la situación concreta, es realmente capaz de una autodeterminación adecuada al sentido. Tal cosa no se establece mediante ningún juicio general, sobre su

---

<sup>378</sup> Merece, en opinión de **Maurach**, la consideración de presupuesto de la imputabilidad y, por tanto, de presupuesto de todo juicio de culpabilidad. *Ibidem*, p. 101.

naturaleza, sino a través de un juicio existencial que pronuncia una afirmación sobre la realidad individual.

El juicio de que un hombre dado es capaz de culpa, en una situación determinada, no es, por eso, un acto teórico, sino un acto puramente existencial y, a la verdad, "comunicativo": es el reconocimiento del otro como tú, como sujeto igual, accesible a una determinación llena de sentido y por lo tanto igualmente responsable como lo soy yo mismo. Por eso ese juicio se puede hacer más fácilmente desde el punto de vista negativo que desde el positivo: elimina a todos aquellos hombres que no son todavía capaces de una autodeterminación llena de sentido o que han perdido esa capacidad; son los incapaces de culpa por su juventud, por sordomudez o por una anomalía mental.

Edgardo Alberto Donna<sup>379</sup> anota, en este sentido, que el principio de culpabilidad se basó siempre en la libertad del individuo. Sin libertad no puede existir el dicho principio. Refiriéndose a Welzel, asienta que éste después de abordar el problema del libre albedrío (desde sus tres aspectos: antropológico, caracterológico y categorial) llega a la conclusión de que "la culpabilidad no significa decisión libre en favor del mal, sino dependencia de la coacción de los impulsos, por parte de un sujeto que es capaz de autodeterminación conforme a sentido", de modo que "la culpabilidad no es un acto de libre autodeterminación, sino justamente la falta de determinación de acuerdo al sentido en un sujeto responsable".

---

<sup>379</sup> DONNA, Edgardo Alberto. "La culpabilidad", en El poder penal del Estado, homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 337.

Por eso, Armin Kaufmann indica que “la capacidad de autodeterminación”, la libertad de voluntad, es un presupuesto indispensable de la capacidad de actuar.

El deber concreto tiene que estar fundado antes de que pueda ser cumplido o violado; es decir, surge sólo a través del conocimiento de la existencia y del contenido de la norma.<sup>380</sup>

### 2.1.2.1 Capacidad para cumplir el deber

Como se sabe, la norma se concreta con respecto a aquel que en una situación determinada es capaz de realizar la acción prohibida o mandada.

El capaz de acción tiene el deber ya sea de realizar un acto concreto (deber de acción), ya sea de omitirlo (deber de omitir).

Con este fundamento del deber de un sujeto individual se ha concretado ante todo el momento axiológico de la norma, convirtiendo un acto totalmente determinado del capaz de acción en objeto del deber.<sup>381</sup>

La capacidad de cumplir el deber como deber es, por tanto, capacidad de motivarse por el deber y, en consecuencia, capacidad de llegar a ser consciente del deber en el momento de la posibilidad de acción y de dirigir la voluntad conforme al deber.

---

<sup>380</sup> La posibilidad de obedecer y, con ella, el deber de obediencia individual, solamente surge, pues, con el conocimiento de la proposición jurídica que fundamenta el deber y a través de él mismo. KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>381</sup> *Ibidem*, pp. 213, 214.

### 2.1.2.2 La relación entre la norma y el capaz de darle cumplimiento

Esta capacidad de motivarse por la norma<sup>382</sup> crea una relación especial entre el obligado y el deber, es decir, la norma. Esta relación permite al obligado dirigir su comportamiento conforme a su deber y acercarse con la mayor posibilidad a la realidad que es posible para él (y con él para norma). Sólo la decisión voluntaria libre separa al deber de su efecto psico-social como motivo. El deber no puede nunca, naturalmente, llegar a imponer coactivamente esta eficacia social en la toma de decisión del obligado.

Una vez que el obligado adopta el motivo del deber ya no se tratará solamente de una continuación del efecto del momento teleológico de la norma, sino de la autoconducción de la voluntad libre en la dirección del objetivo autopropuesto y correspondiente con el del deber. No es el deber lo que se realiza, sino la decisión que él motiva. En la decisión se conectan el motivo del deber y la voluntad libre -o no-. La capacidad de alcanzar este entrelazamiento es lo que convierte al sujeto en sujeto responsable.

Tal relación entre el deber y el obligado no es psíquica, dado que ello no significa que el deber ha llegado a ser motivo de la formación de la voluntad del obligado; la sola posibilidad de llegar a ser motivo es decisiva y suficiente. La relación entre deber y obligación es, al contrario, una relación existencial, pues ella se constituye mediante la capacidad del obligado de

---

<sup>382</sup> El Derecho es un sistema de principios que se han acumulado en la historia y que son fruto directo de la consciencia y evolución morales del hombre. Las leyes son el instrumento del Derecho y tal vez hasta su mecánica. Sin ellas las normas jurídicas correrían el riesgo de ser puro fluido, como la sensación de la justicia. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *El arte del Derecho*, op. cit., p. 205.

formar su voluntad en virtud del deber, y esta capacidad, por su parte, puede comprobarse sólo *ad hoc* en el caso de este individuo en circunstancias bien concretas y especiales, y por tanto, mediante un juicio existencial. Esta relación se puede calificar también de normativa, ya que mediante ella se conecta un hombre totalmente determinado con la norma de manera específica.<sup>383</sup>

### 2.1.2.3 Los elementos de la capacidad para cumplir el deber

Capacidad para cumplir el deber significa ante todo capacidad de hacer actualmente consciente el deber en el momento de la existencia de la concreta situación de acción.

Ello significa capacidad de conocer el deber lisa y llanamente. Pues el deber es, sencillamente, la acción o la omisión debida concretamente, *hic et nunc*.

Resulta indiferente cuál es el primer conocimiento, si el de la norma como forma ideal de la obligatoriedad de la acción o de la omisión o de la concreta posibilidad de acción.

Así, los presupuestos o elementos -cuya formulación es indiferente- de la conocibilidad del deber son, por tanto: la conocibilidad de la

---

<sup>383</sup> Dice Carrancá y Rivas "la ley contiene en su esencia a la norma cultural y jurídica, en este sentido, la ley es meramente circunstancial. Lo que resalta de la ley, lo que la trasciende, es la norma. La obediencia a la simple ley suele ser de fariseos. El respeto a la norma, con su consiguiente acatamiento es de hombres de conciencia. La norma acarrea la convicción, la ley -con mucha frecuencia- sólo una obediencia servil". *Ibidem*, p. 227.

propia capacidad de acción concreta, la conocibilidad de la norma y la capacidad de relacionar la norma con la posibilidad concreta de acción.

La capacidad para cumplir el deber requiere además la capacidad de formar la propia voluntad conforme al conocimiento del deber.

La capacidad de tomar la decisión del hecho concreto no es aquí de significación; ella se presupone y se afirma con la capacidad de acción. De esta manera, junto al momento cognitivo aparece ahora un momento volitivo. Ambos momentos en conjunto constituyen la capacidad de cumplir el deber.<sup>384</sup>

## **2.2 Crítica sobre la libertad de voluntad o posibilidad de actuar de otro modo**

Las críticas elevadas contra el concepto normativo de culpabilidad, sobre todo en su versión finalista, centran su fuerza precisamente en esas dos afirmaciones: “libertad de voluntad” o “posibilidad de actuar de otro modo”.<sup>385</sup>

Una de las primeras críticas radicales en contra de la libertad de voluntad y, en consecuencia, en contra de la culpabilidad misma, viene del positivismo italiano, enderezada a partir de la segunda mitad del siglo basado en contra de las afirmaciones de la escuela clásica; siendo la razón principal la indemostrabilidad científica del libre albedrío; con lo que se concluyó que el

---

<sup>384</sup> KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*, *op. cit.*, pp. 215, 216.

<sup>385</sup> *Vid.* CORDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y pena*, Bosch casa editorial, Barcelona, 1977, *passim*; MIR PUIG, Santiago. “Función de la pena y teoría del delito”, en *El Estado social y democrático de Derecho*, Bosch casa editorial, Barcelona, 1979, pp. 66 y ss; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *op. cit.*, pp. 402-405.



delincuente, lejos de ser un hombre libre, es un ser determinado al delito, frente al cual al Estado le cabe actuar, en “defensa de la sociedad”, con medidas represivas adecuadas a su “readaptación social”, sirviendo como criterio para medir éstas la peligrosidad, o sea, la capacidad para delinquir, y, como único fundamento de la intervención estatal, la situación de que el hombre, sólo porque y en tanto vive en sociedad, es responsable siempre de todo acto que realiza.

En palabras de Muñoz Conde, dicha tesis resulta insostenible, no sólo porque se basa en algo indemostrable, como es la libertad de voluntad, sino porque reduce todas las facultades humanas al plano intelectual y volitivo, mismas que en todo caso están condicionadas por otra serie de factores que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad, como son los factores psíquicos y socioculturales.

Colocando tal situación al penalista, ante la difícil decisión (entre dos extremos igualmente cuestionables) de aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello el concepto de culpabilidad, o negar esta capacidad, negando con ello; al mismo tiempo, la culpabilidad como elemento o categoría de la teoría del delito.<sup>386</sup>

Partiendo de este punto de vista, el problema de la libertad es un problema metafísico, si se quiere, indemostrable para la Ciencia moderna, acorde con Edgardo Alberto Donna.<sup>387</sup>

---

<sup>386</sup> MÚÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, *op. cit.*, pp. 128, 140.

<sup>387</sup> “La culpabilidad”, en *El poder penal del Estado*, *op. cit.*, p. 338.

Dentro de las críticas del positivismo, un respetable sector de la doctrina penal actual vuelve a objetar a la culpabilidad -en el concepto de Welzel, quien en este aspecto reanima al principio de la escuela clásica-, en el punto relativo a la “libertad de voluntad”, y entre ellos hay quienes son radicales y quienes actúan con moderación. Adoptan una postura radical y rechazan el concepto de culpabilidad como exigencia de la noción dogmática del delito: Ellscheid y Gimbernat Ordeig. El primero señala que “hay consenso en la Ciencia jurídico-penal, de que la culpabilidad sólo es posible en libertad. Pero la libertad, como ella se entiende, no es un contenido respecto del cual el juez puede alegar constataciones comprobables. Por el contrario, toda acentuación de factores y cadenas causales en el comportamiento interior y exterior del autor excluye la suposición de libertad en ese comportamiento”; de ahí que planteen la posibilidad de la “pena sin reproche”.

Siguiendo este pensamiento, Gimbernat agrega: “aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito”; que la conducta “depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto: un hombre -con sus siempre limitados conocimientos- puede juzgar a otro hombre”, concluyendo que la dogmática penal presupone el Derecho Penal, el Derecho Penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe.<sup>388</sup> Estos razonamientos conducen a Gimbernat a sugerir que se suprima la culpabilidad, y en su lugar propone el criterio de la “necesidad de la pena”.

---

<sup>388</sup> Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, Temis, Bogotá, 1983, pp. 56-108.

Criticán el concepto de culpabilidad (normativa), en este aspecto, pero sin llegar al extremo de desecharla: Roxin, Córdoba Roda, Mir Puig, Muñoz Conde, Stratenwerth, Bustos Ramírez, Hassemer.<sup>389</sup>

Para Roxin, el concepto tradicional de culpabilidad eleva al plano de la fe lo que no puede ser más que un problema de conocimiento.

Roxin, quien es uno de los más agudos críticos del finalismo y que más se ha ocupado del tema en los últimos años, al preguntarse sobre la causa que fundamenta el reproche de culpabilidad, se encuentra con los diversos criterios aportados por la doctrina y, entre ellos, con el de Welzel del “poder en lugar de ello” (*dafür Können*) de la persona con respecto a su antijurídica formación de la voluntad, plantea que “esta concepción tropieza con dificultades tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias”; que se trata de un criterio que “se basa en la aceptación de una libertad de voluntad (o libre albedrío) que escapa a la comprobación empírica”, concluyendo que “el problema de la libertad de voluntad puede estimarse superado” o, en el fondo, “como irrelevante para el Derecho penal”, al desarrollar su teoría de los “fines de la pena”, con lo cual -dice- “la idea de la retribución -que fundamenta consecuencias jurídicas perjudicales en una hipótesis científicamente indemostrable- pierde su importancia político criminal”. Decía Engisch, citado por Muñoz Conde, que aunque el hombre poseyera esta capacidad de actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo, sería imposible demostrar en el caso concreto si usó o no de esta capacidad, porque, aunque se repitiera

---

<sup>389</sup> Cita en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *op. cit.*, pp. 403, 404.

exactamente la misma situación en la que actuó, habría siempre otros datos, nuevas circunstancias, que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo diferente a como se actuó es, por consiguiente, indemostrable.<sup>390</sup>

Múñoz Conde, al respecto, manifiesta “que se puede salir de esta difícil situación, sin aceptar plenamente el concepto tradicional de culpabilidad, relativizando el entendimiento de la libertad que le sirve de base y dotando a la culpabilidad de un contenido distinto, capaz de legitimar, explicar y limitar de un modo racional la imposición de una pena”.

Dicho jurista afirma la posibilidad de entender la capacidad (de poder actuar de otro modo) de un modo puramente vivencial o fenomenológico, como resultado de nuestra propia experiencia y observación. Así *e.g.*, tenemos la conciencia o sentimiento de que en una situación dada somos “libres” de elegir entre las distintas opciones que se nos ofrecen. De algún modo, la vida de relación social, la exigencia de responsabilidades en la misma, el cumplimiento de las expectativas y estas expectativas sociales mismas, se basan en este sentimiento generalizado.

Córdoba Roda, por su parte, centra su crítica a la concepción normativa de la culpabilidad, en dos aspectos: **a)** en la práctica imposibilidad de que los tribunales den efectiva constancia de la libertad de actuación del condenado en la situación concreta en la cual cometió el delito sometido a juicio; y **b)** en las dificultades de concebir la culpabilidad como un reproche, cuando lo cierto es que la formulación de éste no presupone la existencia de

---

<sup>390</sup> MÚÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, *op. cit.*, pp. 128, 129.

autorreproche alguno en el agente; lo cual lo lleva a dudar el considerar a la esencia de la pena como un castigo de una conducta determinada.

Según Stratenwerth,<sup>391</sup> la fórmula según la cual la culpabilidad se refiere a la libertad del autor de determinarse de acuerdo con lo jurídicamente debido, no debe originar el malentendido de que tal libertad pueda ser realmente comprobada. La culpabilidad individual se escapa del juicio de un tercero. Nadie tiene la posibilidad de “irrumper” en la individualidad y en la situación ajena para verificar si el autor podría haberse determinado dentro del ámbito de libertad restante desde el punto de vista de otro.

Así, indicó Hilde Kaufmann que la idea según la cual la conducta es resultado del autocontrol “tiene también un marcado componente optimista, consistente en que si la dirección de la conducta depende del propio “yo”, ésta podría determinar cambios aun en las peores situaciones mediante el adecuado empleo del autocontrol”, lo cual desde el punto de vista práctico y con relevancia para la ejecución orientada por el tratamiento, significa una “perspectiva esperanzadora”.<sup>392</sup>

Con la libertad -advierte Hassemer- pasa como con la verdad o con la situación ideal para hablar. En el mundo de la experiencia sólo hay modos deficientes, mentiras y medias verdades, comunicación más o menos deteriorada. Sin embargo, permanentemente recurrimos a estas condiciones trascendentales de posibilidad y nos referimos a ellas. No es imaginable la vida

---

<sup>391</sup> STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. op. cit.*, p. 164.

<sup>392</sup> GARDELLA, Juan Carlos. “La responsabilidad por la violación de los derechos humanos y la problemática de la culpabilidad penal”, en *El poder penal del Estado*, homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 352.

humana sin recurrir a la libertad de los otros y a mi libertad. La persona sólo puede hablar, pensar, amar o alegrarse porque se siente como dirigente y no sólo como dirigida. Sólo me puede mover a observar y a respetar la dignidad ajena si pienso en su libertad y sé que los demás proceden respecto a mí de la misma manera. Lo que, por tanto, puedo saber, son aproximaciones a la libertad y la referencia de los demás a su y a mi libertad.

En Derecho Penal sobre lo que habría que discutir es sobre cómo se producen estas aproximaciones a la libertad, y no sobre determinismo o indeterminismo.<sup>393</sup>

Si se rechaza la afirmación de que la persona en el momento de actuar se ha decidido libremente por el delito y que se puede medir y aprehender la diferencia entre decisión real criminal y el poder ideal de actuar de un modo distinto adecuado a la norma, hay que abandonar además otro bastión, el de la pretensión de apoyar el reproche de culpabilidad en el poder individual para actuar de un modo distinto.

Efectivamente, nada se sabe sobre las posibilidades individuales en una acción alternativa; tal saber supondría que existe libertad real y que su diferencia con la acción realmente elegida se puede conocer y medir. Consecuentemente, sólo queda como índice para el juicio de culpabilidad un criterio sutil: el poder medio para actuar de un modo distinto.<sup>394</sup>

---

<sup>393</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 286, 287.

<sup>394</sup> BOCKELMANN; cit. por Winfried Hassemer. *Ibidem*, p. 287.

## 2.3 Presupuestos de la imputabilidad (inimputabilidad)

Indica Stratewerth, en su obra Derecho Penal, que no es posible determinar la capacidad de culpabilidad en forma positiva, sino captarla a través de la ausencia de determinados fundamentos que la excluyen. Tales fundamentos son, por un lado, la minoridad y, por otro, las modificaciones anormales de la personalidad o el déficit de la misma.

La madurez puede faltar al autor, según Maurach,<sup>395</sup> por dos causas distintas: de una parte, por no haber concluido un proceso natural, fisiológico, constituido por el transcurso normal de una fase de transición hasta la madurez que, al producirse en una determinada edad, lleva generalmente consigo capacidad de conocimiento y de determinación; de otra parte, por un obstáculo enfermizo, de base patológica, al natural desarrollo. Asimismo, las relevantes perturbaciones (“trastornos” transitorios o permanentes) de las capacidades de conocimiento y determinación, de orden fisiológico o patológico reportan la ausencia de los presupuestos de la imputabilidad o; finalmente, la inimputabilidad puede ser debida a fenómenos regresivos, a un quebranto anímico precedente al corporal.

### 2.3.1 Minoridad

Como refiere Bacigalupo -en su obra Principios de Derecho Penal español- la exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad<sup>396</sup> se

---

<sup>395</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 102.

<sup>396</sup> Siguiendo un criterio puramente biológico, como asienta Gimbernat Ordeig, en España se exime de responsabilidad criminal al menor de 16 años, pero si el autor es mayor de 16 y menor de 18 años, la edad opera sólo como atenuante. *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, sección de publicaciones, Madrid, 1979, p. 70.

apoya en la presunción <<jure et de jure>>, de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del Derecho, o bien que no existe ninguna necesidad preventiva de punición.<sup>397</sup>

Ahora bien, el momento de la consideración de la edad es el de la comisión del hecho, no el de la sentencia. Por momento de la comisión del hecho debe entenderse el de la realización de la acción, sea que se trate de una acción de autoría o de participación.

“Y aunque la exclusión de la responsabilidad se halla en el terreno del Derecho material; la minoría de edad penal, según opinión unánime, desde el punto de vista procesal no conduce a la absolución, sino a un sobreseimiento del proceso. Empero, la impunidad de los delitos de los niños no debe conducir a la ausencia de toda reacción estatal, así *v.gr.* el Tribunal tutelar puede dictar medidas de protección”.

### 2.3.2 Estados de conexión biológico-psicológicos

Tradicionalmente se habla de un método biológico- psicológico<sup>398</sup> de constatación de la inimputabilidad; sin embargo, de ese modo no se

---

En Alemania, las personas que al cometer el hecho aún no tienen 14 años, son inimputables: ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 847. Las personas de más de 14 años, pero menores de 18: son jurídico-penalmente responsables si en el momento del hecho pueden considerarse maduros según su desarrollo moral y espiritual como para comprender la ilicitud del hecho y comportarse de acuerdo con esa comprensión; en estos casos se habla de mayoría de edad penal condicionada: STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 166.

<sup>397</sup> Como los hechos de los niños no conmueven a los ojos de los adultos la conciencia jurídica colectiva, y como la imposición de sanciones criminales contra los niños está preventivo-especialmente contraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad, advierte Claus Roxin. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 848.

<sup>398</sup> Daza Gómez alude que son tres las clases de fórmulas o sistemas que suelen manejarse, para regular la exención de responsabilidad penal por anomalías psiquiátricas: biológicas o psiquiátricas, psicológicas y las mixtas biológico-psicológicas. Las primeras se limitan a requerir una enfermedad o anomalía mental del sujeto; las segundas se refieren sólo al efecto de inimputabilidad en el momento del hecho, sin exigir una



caracterizan correctamente todos los datos, pues muchos trastornos de consciencia (v.gr. el estado pasional intenso, psicopatías, neurosis no se deben a manifestaciones de deficiencias corporales-orgánicas (biológicas).

Tampoco la constatación de la capacidad de actuar de otro modo es un dato psicológico, sino que se basa sustancialmente también en una aserción normativa. Por eso en la literatura científica se habla hoy con frecuencia de un método "psíquico-normativo" o "psicológico-normativo". Ello es mejor, pero tampoco acaba de acertar exactamente en la cuestión. Pues tampoco los estados psicológicos defectuosos son del todo constatables sin una aportación valorativa (normativa), como lo demuestran las características "grave" y "profunda". Por otro lado, la capacidad de comprensión y de inhibición, como criterio decisivo para la asequibilidad normativa, no se basa por completo en una atribución puramente normativa, sino que posee un fundamento empírico-psicológico.

Ambos "pisos" requieren por tanto igualmente un proceso "psicológico-normativo", de modo que es mejor renunciar a una caracterización metodológica diferente de los dos pasos de verificación.

Ni siquiera los trastornos psíquicos patológicos deben excluir la capacidad de culpabilidad o imputabilidad respecto de cualquier conducta: "la misma persona puede ser inimputable en determinados momentos respecto de determinados hechos, y sin embargo no serlo en otros momentos respecto de otros hechos".

---

anomalía psíquica del sujeto; y las últimas, requieren ambas cosas. *Teoría general del delito*, op. cit., pp. 236, 237.

### 2.3.2.1 Trastorno psíquico patológico

Pertenecen a los “trastornos psíquicos patológicos” en primer término las psicosis exógenas. “Exógeno” significa: que penetra en el organismo desde fuera. Con ello se hace referencia a enfermedades que se deben a trastornos orgánicos cerebrales demostrables; se habla por ello también de “psicosis física o corporalmente fundadas”. Encajan aquí *v.gr.* las psicosis traumáticas (por lesiones cerebrales), las psicosis por intoxicación, a las que pertenecen, según la concepción más reciente, también los estados de embriaguez producidos por alcohol u otros medios; por tratarse de intoxicaciones corporales<sup>399</sup> las psicosis por infección (como la parálisis progresiva), las dolencias convulsivas orgánicocerebrales (epilepsia) y los casos de desintegración de la personalidad con base orgánicocerebral (arterioesclerosis cerebral y atrofia cerebral). También p.ej. la meningitis cerebral, los tumores cerebrales, los delirios condicionados por parálisis esclerótica, el *delirium tremens* o las afecciones metabólicas del cerebro pueden conducir a trastornos psíquicos patológicos.<sup>400</sup>

Entre los trastornos psíquicos patológicos se cuentan además las psicosis endógenas. “Endógeno” significa: que procede del interior del cuerpo, que viene de dentro. Se designan así los trastornos psíquicos cuya base

---

<sup>399</sup> No obstante, en inimputabilidad producida por el alcohol, el sujeto no queda por regla general impune, sino que puede ser castigado por la embriaguez o por una *actio libera in causa*. Si se mantiene la imputabilidad, el hecho cometido bajo la influencia del alcohol es punible, pero se puede apreciar una imputabilidad disminuida. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 828. *Vid.* también MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 104-111; sobre las causas de inimputabilidad, entre las que cuenta: el trastorno de la consciencia, trastorno morboso de la actividad anímica, debilidad mental y retraso del desarrollo por sordomudez. En este mismo sentido JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 600-607.

<sup>400</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal español, op. cit.*, p. 109.

corporal-orgánica no ha sido demostrada claramente hasta el momento, pero que la Ciencia presume (postula). Entre ellas se cuentan los dos grandes círculos de la esquizofrenia y la ciclotimia. La ciclotimia se caracteriza también como “demencia maniaco-depresiva”; recibe ese nombre porque en ella a menudo se suceden fases maníacas y depresivas en determinados “ciclos”.<sup>401</sup>

### 2.3.2.2 Trastorno profundo de la consciencia

Estos casos deben distinguirse de aquéllos que importan una pérdida total de la consciencia y que tienen el efecto de excluir ya la realización de una acción. <<Perturbación de la consciencia es perturbación de la relación normal entre la consciencia del yo (auto-consciencia) y la consciencia del mundo exterior y, por lo tanto, una lesión de la autodeterminación>>.

Se sostiene que en el momento del hecho el autor puede haber obrado sin capacidad de motivación, pero que es necesario analizar si en el momento de su producción, anterior a la realización del hecho, era evitable al autor.

Con este concepto se designarían trastornos de la consciencia no patológicos, “psicológicamente normales”.

Pertencen a este grupo trastornos de consciencia *v.gr.* debidos a agotamiento, exceso de fatiga, sopor, acciones bajo hipnosis o en estados

---

<sup>401</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 828.

posthipnóticos y sobre todo también determinadas formas de estado pasional. No obstante, estos trastornos de la consciencia deben ser “profundos”.

Tales estados por regla general no pueden ser tenidos en cuenta en el ámbito de la imputabilidad, sino en todo caso en la valoración de la medida de la culpabilidad”. El trastorno ha de ser de tal intensidad... que la estructura psíquica del afectado esté destruida o perturbada.

Las Ciencias empíricas parten mayoritariamente hoy de la base de que en un “desbordamiento pasional” acontecido en estado de alto grado de excitación la capacidad de control en el momento del hecho puede estar con frecuencia excluida y de que el desbordamiento pasional “tiene como condición previa directamente la destrucción de las instancias de control”. Se fija en la no provocación culpable”. Lo correcto es estimar que cuando en el momento del hecho está absolutamente excluida la capacidad de control, no se puede negar la exculpación por el hecho de que el propio estado pasional estuviera provocado culpablemente. Es perfectamente posible basar la responsabilidad jurídico-penal de un sujeto que actúa en estado pasional, en su caso, en los principios de la *actio libera in causa*. Tal posibilidad se respalda por los dictámenes psiquiátricos. Según los mismos los hechos pasionales no llegan como un rayo en tiempo sereno, sino que son el resultado de un conflicto de larga duración y transcurren la mayoría de las veces en las tres fases del nacimiento, agravación y descarga. En la fase de nacimiento los agravios y fracasos que se han de asimilar no conducen a tensiones psíquicas, que se “cargan” en la segunda fase y se convierten en representaciones destructivas, de modo que en la tercera fase basta a menudo un motivo

aparentemente insignificante para hacer que se produzca un derrumbamiento total de la capacidad de control y el desbordamiento pasional.<sup>402</sup>

En la segunda fase, cuando todavía existe capacidad de control, se puede constatar la mayoría de las veces un conflicto del sujeto con sus tendencias agresivas. Si en este estadio no toma precauciones contra una posible descarga pasional posteriormente ya no controlable y, p.ej. no se aleja de la zona de influencia de la víctima potencial o incluso compra un arma de fuego, existe ya ahí una provocación del ulterior resultado, que puede fundamentar una responsabilidad jurídico-penal. Sin duda la mayoría de las veces esa conducta del sujeto va a representar sólo una imprudencia, porque confía negligentemente en poder evitar el desbordamiento pasional.

Jakobs -citado por Roxin- sobre la base de su peculiar concepción de la culpabilidad trata el estado pasional desde la perspectiva de la exigibilidad. Propugna definir también sin duda alguna como inimputable al sujeto que se convierte en "objeto pasivo de procesos funcionales". Pero, más allá de esto, cuando aún no está excluida la imputabilidad, propugna admitir también en determinadas circunstancias la exculpación, que naturalmente sólo puede concederse dentro del marco de lo preventivo generalmente defendible y ha de ser denegada cuando el propio sujeto ha provocado culpablemente el estado pasional. Ello se corresponde plenamente con la concepción defendida por Roxin de que incluso aunque exista una pequeña culpabilidad, en el caso de que falte necesidad preventiva de punición debería producirse una exclusión de la responsabilidad.

---

<sup>402</sup> *Ibidem*, pp. 829, 830, 832.

### 2.3.2.3 Oligofrenia

El legislador entiende por oligofrenia una “debilidad intelectual congénita sin causa demostrable”. La oligofrenia<sup>403</sup> que tiene su origen en lesiones cerebrales en el claustro materno, o en lesiones traumáticas durante el parto o en la primera infancia, encaja por tanto ya en el elemento del “trastorno psíquico patológico”; con mayor razón rige lo anterior para el debilitamiento mental debido a procesos orgánicocerebrales patológicos posteriores.

Según el grado de debilidad intelectual se distinguen tres clases de oligofrenia.<sup>404</sup> El grado más ligero es la debilidad, en la que es posible la terminación de estudios escolares especiales y la mayoría de las veces no se puede aprender una profesión, pero sin embargo se puede ejercer una actividad práctica. El grado medio es la imbecilidad, que ya no permite llevar una vida independiente, sino que requiere atención familiar o institucional. El grado más severo se designa como idiocia. Conduce a la necesidad de atención y custodia permanente; a menudo falta en los idiotas incluso la capacidad de hablar. Para el Derecho Penal en lo esencial sólo resulta interesante la debilidad, pues, como las formas más graves de oligofrenia precisan de todos modos de vigilancia, apenas se produce en ellas una conducta jurídicopenalmente relevante.

---

<sup>403</sup> Término que va siendo abandonado por la psicología y la psiquiatría modernas, para substituirlo por otros (insuficiencia o deficiencia o retraso intelectual o mental, debilidad mental). *Ibidem*, p. 823.

<sup>404</sup> Dentro del campo de la oligofrenia, la jurisprudencia española ha establecido que la idiocia excluye siempre la responsabilidad, que la imbecilidad la exime en unos casos y la atenúa en otros, y que la debilidad mental sólo puede llegar a atenuarla cuando es muy acusada. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Introducción a la parte general del Derecho Penal español, *op. cit.*, p. 72.

La relevancia jurídico-penal de la insuficiencia intelectual está condicionada por el efecto excluyente de la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones.

#### 2.3.2.4 Otra anomalía psíquica grave

Con las anomalías psíquicas graves se hace materialmente referencia a desviaciones psíquicas respecto de lo normal, que no se basan en una enfermedad corporal,<sup>405</sup> éstas constituyen la contrapartida de las psicosis y designan las más graves formas de manifestación de las psicopatías, neurosis, anomalías de los instintos y perturbaciones sexuales.<sup>406</sup>

La mayoría de las veces se entiende por psicopatías:<sup>407</sup> peculiaridades del carácter debidas a la propia disposición natural que merman notablemente la capacidad de vida social en común. Frente a ello, las neurosis son anomalías de conducta adquiridas y a menudo susceptibles de tratamiento que se presentan como reacciones episódicas anormales.

A las anomalías de los instintos pertenecen tanto la desviación sexual como la sexualidad anormalmente elevada (hipersexualidad); al respecto, según la jurisprudencia, un “instinto (sexual) antinatural” podría exculpar en determinadas circunstancias, incluso si es sólo de una intensidad

---

<sup>405</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 834.

<sup>406</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 604.

<sup>407</sup> Las psicopatías, en principio, no modifican la responsabilidad criminal; en algunos casos, sin embargo, pueden atenuarla si son muy graves y se hallan en relación causal con la infracción cometida, habiéndoseles reconocido sólo excepcionalmente el carácter de eximente. Expresamente en España se ha negado relevancia a la llamada <<locura moral>> y a las neurosis. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a la parte general del Derecho Penal español, op. cit.*, p. 73.

media, mientras que un instinto (sexual) normalmente orientado sólo puede conducir a la inimputabilidad cuando sea de intensidad irresistible.

La mayoría de los casos en que se apreció una inimputabilidad se refieren a sujetos que obran por instinto (sexual). En los casos de neurosis y psicopatías sólo se aprecia la exclusión de la imputabilidad en muy escasos supuestos; pues, en contra de dicha exclusión, aprecia que los defectos y las debilidades de voluntad son superables.<sup>408</sup>

No obstante, la inimputabilidad del autor no impide la aplicación de determinadas medidas de seguridad, exclusivamente basadas en su peligrosidad, advierte Maurach. El “delito no culpable” cometido por el inimputable tiene importancia, bajo dos aspectos, para la aplicación de estas medidas. En primer lugar, ofrece ocasión legal para plantear la cuestión referente a la peligrosidad: la aplicación de las medidas de seguridad supone siempre la comisión de un injusto típico por un inimputable que ha actuado de modo responsable. Además, el delito cometido por un tal sujeto es el principal, aunque no único, indicio de su peligrosidad.<sup>409</sup>

### **3. Posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad**

De ese modo, el finalismo concluyó que la consciencia de la antijuridicidad debe permanecer en la culpabilidad; pues el conocimiento de lo injusto es, en efecto, uno de los elementos que tienen que concurrir para que se pueda pronunciar el reproche de culpabilidad.<sup>410</sup>

---

<sup>408</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, pp. 834, 835.

<sup>409</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>410</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*. *Separata del Anuario*



La conciencia de lo injusto integra, así, el núcleo del reproche de culpabilidad, pues la decisión de cometer el hecho en pleno conocimiento de la norma jurídica que lo prohíbe, caracteriza de la forma más inequívoca la falta de actitud jurídica que grava al autor.

La llamada al deber que emana de la norma jurídica hubiera debido repercutir de forma inmediata en la formación de la voluntad. Si, en lugar de ello, aquél se levanta conscientemente contra el Derecho, manifiesta una actitud hacia el Derecho contrapuesta a la del ciudadano consciente.

Por eso, asevera Werner Niese, por una parte, que el conocimiento de la antijuridicidad presupone el conocimiento del hecho y, por otra, que subsiste una total culpabilidad sólo cuando el agente ha obrado dolosamente, con conocimiento de la prohibición, sin consentir que tal conocimiento llevase a una decisión conforme al precepto.<sup>411</sup>

Y ya que la culpabilidad es una valoración y no un proceso psicológico, no será necesario que el conocimiento del injusto se presente en una forma "actual", bastará con la posibilidad del mismo, esto es, con el "potencial conocimiento de la antijuridicidad" para hacer responsable, también por dolo,<sup>412</sup> al sujeto que ha actuado de modo doloso.

---

de Ciencia Jurídica, España 1-1971-2, p. 4; material didáctico obtenido en la cátedra sobre "Teoría de la culpabilidad" impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, DSEP, FD, UNAM, México, agosto-diciembre, 1996.

<sup>411</sup> Revista de la Facultad de Derecho de México, Werner Niese, "La teoría finalista de la acción en el Derecho Penal alemán", *op. cit.*, pp. 275-300.

<sup>412</sup> Puesto que el dolo no presupone el conocimiento de la norma, la falta del conocimiento de ésta no producirá los mismos efectos que el error el tipo. MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 131.

Ello significa para Jescheck, que el objeto de la consciencia de lo injusto, no es el conocimiento del precepto jurídico vulnerado ni la punibilidad del hecho; basta por el contrario, que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por consiguiente, se halla prohibido jurídicamente. En otras palabras, es suficiente el conocimiento de la antijuridicidad material como “conocimiento al modo del profano”.<sup>413</sup>

La mayoría de las veces el autor será consciente, con exactitud, de la antijuridicidad de su hecho; esto en relación a hechos que todos saben que se hallan prohibidos por el Derecho (homicidio, hurto, falso testimonio, incendio), pero en otros se conformará con la posibilidad de vulnerar el Derecho (consciencia eventual de lo injusto).

Además, la consciencia de lo injusto debe aprehender el específico contenido de injusto de la correspondiente clase de delito, lo que supone el rechazo de la teoría del Derecho común del “*versari in re illicita*”. Puesto que la consciencia de lo injusto ha de consistir en el conocimiento de la antijuridicidad del hecho precisamente bajo el prisma jurídico del precepto penal vulnerado correspondiente, no sólo en el concurso real, sino también en el concurso ideal de delitos, la consciencia de lo injusto puede concurrir en parte y en parte faltar (principio de la “divisibilidad de la consciencia de lo injusto”).<sup>414</sup>

---

<sup>413</sup> En contraposición como cita Roxin en su obra *Derecho Penal, op. cit.*, p. 867: Schroeder, Neumann exigen la consciencia de infringir “una norma del Derecho positivo reforzada mediante sanción” o, Feuerbach, quien desde la perspectiva de su “teoría de la coacción psicológica” estimaba que sólo mediante el conocimiento de la punibilidad se activa el efecto coactivo que pudiera motivar al sujeto a omitir acciones punibles.

<sup>414</sup> “E.g. el padrastro procedente de Yugoslavia que tiene relaciones sexuales con su hijastra menor de edad, posiblemente es consciente de la antijuridicidad del hecho en cuanto acto deshonesto con una persona dependiente y del adulterio, pero posiblemente actúe con error de prohibición en relación al incesto impropio, porque éste se desconoce en el Derecho yugoslavo... por lo mismo, un trabajador extranjero italiano podría ser

La consciencia de la antijuridicidad es divisible no sólo en relación con distintos tipos, sino también dentro de un mismo tipo, cuando éste protege distintos bienes jurídicos. Por tanto, cuando alguien sustrae violentamente a su deudor una cosa genérica que éste no entrega y realiza así el tipo del robo puede suceder perfectamente que, si bien actúa con plena consciencia de la antijuridicidad respecto de las coacciones contenidas en su acción, no conozca sin embargo, debido a la verdadera existencia de su derecho, el injusto del hurto por él cometido y se halle en esa medida en error de prohibición (en su caso, incluso invencible). El error de prohibición de un sujeto que conoce la antijuridicidad de su conducta realizadora del tipo básico también puede referirse a circunstancias cualificantes.<sup>415</sup>

Dice Welzel que una acción no es ya reprochable, por el solo hecho de que su autor haya conocido o podido conocer su cualidad de ser adecuada al tipo, sino únicamente, cuando él conoció o pudo conocer, además, su antijuridicidad.<sup>416</sup>

### 3.1 Antijuridicidad e injusto

Ahora bien, mientras la antijuridicidad corresponde a una conducta o no, lo injusto es un concepto aumentado (consecuencias respecto de la teoría de la divisibilidad de la consciencia de lo injusto). El juicio acerca de la antijuridicidad de la conducta del autor es un juicio objetivo relativo al suceso que se compone de elementos objetivos y subjetivos.

---

castigado por yacer con una hija menor de 18 años (conforme a su legislación) y a la vez resultar impune por error de prohibición, puesto que el Código Penal italiano sólo castiga el incesto cuando ocasiona escándalo público. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 626.

<sup>415</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 870.

<sup>416</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 172.

Antijuridicidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. Lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica.

Lo injusto es un sustantivo: la acción antijurídica, la antijuridicidad, en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la acción.<sup>417</sup>

La antijuridicidad, como pura relación entre un objeto (acción) y el derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico. Lo injusto, como objeto valorado antijurídico es múltiple, tanto como acciones antijurídicas hay en el Derecho. Por esa razón, hay ciertamente injusto específicamente penal, pero ninguna antijuridicidad específicamente penal. Lo injusto penal está especialmente diferenciado por la característica de la “adecuación típica”.<sup>417</sup>

### **3.1.1 Adecuación típica como indicio de la antijuridicidad**

De modo que, quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente. Como el tipo capta lo injusto penal, surge del cumplimiento del tipo objetivo y subjetivo, en principio, la antijuridicidad del hecho.

---

<sup>417</sup> *Ibidem*, pp. 58, 59.

La relación de la adecuación típica con la antijuridicidad se ha caracterizado llamando a la adecuación típica el “indicio” de la antijuridicidad.

La antijuridicidad puede ser averiguada mediante un procedimiento negativo, a saber, estableciendo que no existen fundamentos de justificación, como defensa legítima, autoayuda, consentimiento, etc.

Por eso, la eficaz estructuración del Derecho Penal, requiere la adecuación típica de lo injusto. El veredicto ético social del fallo del Juez Penal, y su intervención profunda en la vida, libertad y honor de los hombres, exigen garantías jurídicas fundamentalmente más firmes que otras ramas del Derecho.<sup>418</sup>

### 3.2 Capacidad de conocer el deber

Para Armin Kaufmann la consciencia actual de la existencia del contenido de la norma puede ser deducido por dos vías: en primer término, por medio de la actualización del conocimiento de la norma; en este caso la norma tiene que ser previamente conocida como tal, sólo que entonces no se da todavía en la consciencia actual. El segundo camino para la obtención de una consciencia actual de la norma, consiste en el conocimiento de la norma por el obligado a través de sí mismo, es decir, en la autodeducción de la norma, en la comprensión de sus fundamentos y del juicio de valor mediante el cual la norma se hace necesaria.

---

<sup>418</sup> *Ibidem*, pp. 59-62, 86.

El conocimiento de la existencia de la norma significa que los presupuestos de la validez de la norma también son conocibles.

Conocibilidad de la norma significa, por tanto, en estos casos, que el obligado pudo haber tenido conocimiento actual de la existencia de la orden de la autoridad y de su adecuación al Derecho. Con razón afirma Welzel, acorde con Armin Kaufmann, que el obligado no sólo puede ser consciente de la norma “cuando supo que la autoridad era competente, sino también cuando mediante reflexión o información en los lugares adecuados” pudo tener conocimiento de los presupuestos de la validez de la norma.

### **3.2.1 Posibilidad de actualizar el conocimiento de la norma**

La posibilidad de actualizar el conocimiento de la norma presupone su conocimiento previo. La consciencia de la norma se “conserva en la memoria y permanece como un conocimiento de la norma actualizable en cualquier momento, en la medida en que no haya sido completamente “olvidada”.<sup>419</sup>

De ahí que Binding ponga el límite del deber y el de la culpabilidad, no en la consciencia (actual) de la norma, sino en el conocimiento (no necesariamente actual, pero sí actualizable) de ella. Naturalmente que este ámbito del deber y de la culpabilidad de Binding rige sólo para los límites exteriores de la culpabilidad, es decir, prácticamente para la culpa. En los hechos dolosos, o sea, donde la ley (tácitamente) exige la presencia del dolo,

---

<sup>419</sup> KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*, *op. cit.*, p. 219.

Binding requiere decididamente una consciencia actual de la contrariedad a la norma. El conocimiento de la norma, y, por encima de ella, del deber, es, para Binding, inclusive el momento decisivo de su “dolo antijurídico”. Solo a partir de Welzel se ha demostrado convincentemente que también en los hechos dolosos, es decir, en aquellos en que el conocimiento de la norma (de la antijuridicidad) debe existir, ello no depende de la consciencia actual, sino de la actualización posible del conocimiento en el momento del hecho.<sup>420</sup>

### 3.2.2 Autodeducción de la norma

La “autodeducción de la norma” es otro camino para la obtención de la consciencia actual de la norma. Ella fundamenta al mismo tiempo, de esta forma, la capacidad de hacer consciente a la norma. Pues la existencia y el contenido de una norma no surgen solamente del conocimiento que se tenga del contenido de la ley, sino, y muy frecuentemente, del propio conocimiento (*Erkennen*) del individuo.

Binding ha subrayado que “todo el que es capaz de pensamiento”, “tiene la posibilidad de descubrir” la incompatibilidad de “numerosas acciones con los intereses de nuestra vida jurídica”; “normalmente podrá deducir de ello que se trata... de acciones correspondientemente prohibidas”. “Sin tomar en consideración en absoluto la consecuencia jurídica de la acción, su propia naturaleza proporciona la comprensión de un mandato jurídico”.<sup>421</sup>

---

<sup>420</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>421</sup> BINDING, Karl; cit. por Armin Kaufmann. *Ibidem*, p. 221.

### **3.2.3 Capacidad de acción. Capacidad para conocer la situación de la cual surge el deber**

Refiere Kaufmann -en su obra *Teoría de las normas*- que otro presupuesto de la capacidad de cumplir el deber es que el obligado haya podido conocer su capacidad para la realización del acto en una situación concreta, determinada espacial y temporalmente; pues esta "capacidad de acción" constituye el momento que lleva a cabo la concreción de la norma en deber. Esto significa prácticamente que el sujeto tiene que poder conocer las circunstancias de la situación concreta y el desarrollo de la acción respecto de la cual es capaz.

### **3.2.4 Capacidad de subsumir la decisión bajo las normas**

La capacidad de tener consciencia del deber (concreto) requiere además la capacidad del obligado de relacionar la norma conocida con el curso de acción conocido, con respecto al cual el obligado es capaz.

Consecuentemente, si el obligado tiene las tres capacidades que hemos descrito (capacidad de actualizar la norma en su consciencia, capacidad de conocer su capacidad de acción y capacidad de referir la norma al curso de acción), tiene capacidad de conocer el deber.

Precisamente porque el deber es absolutamente concreto e individual, es que la capacidad de su conocimiento presupone el conocimiento,



no sólo de la norma, sino también de la situación concreta con la capacidad de acción que de ella surge y la relación entre norma y situación.<sup>422</sup>

### 3.3 Capacidad de comprensión y de inhibición

Con no poca frecuencia indica Roxin se defiende precisamente por los psiquiatras la opinión de que la cuestión de la capacidad del sujeto de “comprender el injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión no admite respuesta” empírica. Ello conduce entonces a un reparto de funciones entre el experto y el Juez, de modo que el perito constata los estados o diagnósticos de conexión biológico-psicológicos, mientras que el Juez extrae de ahí conclusiones para la capacidad de comprensión o de inhibición por la vía de un proceso valorativo. Sin embargo, así no se contemplan correctamente las cosas. Pues, en primer lugar, la constatación de los estados o diagnósticos de conexión debe poder verificarse por el Juez y no puede asumirse a ciegas por él, toda vez que características como “profunda” y “grave” poseen una notable carga normativa. Pero, en segundo lugar, la suposición de que el experto no podría decir nada sobre la capacidad de comprensión y de inhibición se debe en gran medida al malentendido de que en este punto se exige un pronunciamiento acerca del libre albedrío o incluso simplemente sobre el poder individual de actuar de otro modo.

Así en realidad, la función del perito consiste en mostrar a través del estado psíquico del sujeto si éste fue un destinatario idóneo de la norma”.<sup>423</sup>

---

<sup>422</sup> En el ámbito del problema del error sobre el deber esto significa que “el momento cognitivo de la capacidad de culpabilidad” puede influir en tres distintas direcciones: sobre la conocibilidad de la norma, sobre la conocibilidad de la realización del tipo y sobre la capacidad de relacionar la norma con el hecho concreto. *Ibidem*, pp. 228, 229.

<sup>423</sup> Por otro lado, la subsistencia de la capacidad de comprensión e incluso la existencia de comprensión del

La incapacidad de comprensión y de inhibición no se han de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica. Se defiende la mayoría de las veces la opinión de que las causas biológicas (es decir, los trastornos psíquicos patológicos) excluyen por regla general la imputabilidad, mientras que los estados o diagnósticos psicológicos (sobre todo las anomalías psicológicas) sólo exculpan excepcionalmente.

En este orden de ideas, la consciencia de la ilicitud del hecho no presenta en absoluto nada en común con el conocimiento que de la pena asignada por la ley al delito, tenga el autor del mismo. Que el delincuente sepa o no que su acción ilícita trae como consecuencia una sanción penal, no ejerce influjo alguno sobre la configuración del delito. *Error juris criminalis nocet*. La consciencia de la ilicitud del hecho tiene que ver con la norma prohibitiva u ordenadora, que siempre constituye el fundamento de la ley penal, y que lógicamente precede a la amenaza de pena que contiene aquella. Y es en esto, en el conocimiento o en la ignorancia de la norma, en la consciencia o inconsciencia de la ilicitud del hecho, donde vemos encarnizarse la lucha entre las diversas opiniones de la Ciencia Penal alemana.<sup>424</sup>

---

injusto no permiten deducir la capacidad de inhibición. En los estados de embriaguez la mayoría de las veces la capacidad de inhibición está excluida antes que la capacidad de comprensión; sin embargo, en los delitos contra la integridad física y contra la vida ni siquiera "cantidades considerables de alcohol" son capaces normalmente de eliminar la capacidad de inhibición de una persona sana. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 836-838.

<sup>424</sup> MAURACH, Reinhart. Tres conferencias: "el concepto final de la acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito, la teoría de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán y las repercusiones de la teoría penal sobre la construcción del delito". Universidad Externado de Colombia, 1965, pp. 355-357.

### **3.4 Teorías relacionadas con la ilicitud del hecho**

Maurach, tras el cierre definitivo en 1945 de las puertas de la Corte Imperial Alemana por orden de los aliados, dos décadas después expuso las teorías conformadas en torno a la consciencia de la ilicitud del hecho. Mismas que se encontraban en oposición por consecuencia lógica del enfrentamiento de las diversas teorías sobre la acción, es decir, de la oposición entre la teoría finalista y la causalista o social.

#### **3.4.1 Teoría extrema del dolo**

Puede considerarse la más antigua puesto que se fundamenta en el concepto causal de la acción. Los representantes más importantes de esta teoría fueron: Karl Binding, Edmund Mezger y Horst Schroder.

El conocimiento del injusto representa necesariamente, según el presente criterio, una característica del delito. Toda renuncia al conocimiento de la antijuridicidad privaría al Derecho Penal de su ética razón de ser, y daría entrada a la pena sin culpa. Pero para la realización de este “intangibles principio de todo punir”, no basta con que el autor haya tenido la simple posibilidad de conocer el injusto. Culpabilidad no sólo es culpabilidad de la voluntad en el sentido aquí empleado, sino, de modo bien concreto, “culpabilidad de la voluntad mala”. Ello significa que el autor debe haber actuado con un conocimiento del injusto, existente en la realidad, concretamente demostrable; esto es: con el actual conocimiento del injusto. De esta separación del conocimiento del injusto del reino de las valoraciones (de la potencialidad) y de su incorporación al de los procesos psicológicos (de la

actualidad), se deriva el lugar de esa representación: es característica del dolo y precisamente de especie constitutiva. Esencial al dolo es el actual conocimiento del injusto; quien realiza las características del delito simplemente con consciencia y voluntad, sin tomar en consideración la trascendencia jurídica de su obrar, "actúa ciegamente; no sin embargo de modo doloso". De ahí que, conforme a este criterio, resulta eliminado el dolo en todos los casos en los que el autor procede, sin el requerido conocimiento actual del injusto.<sup>425</sup>

El nombre de teoría del dolo significa que considera la consciencia de la ilicitud del hecho como elemento del dolo; según ella, el dolo se compone entonces de dos elementos, del conocimiento de los elementos objetivos del tipo y del conocimiento del carácter ilícito del hecho.

#### 3.4.1.1 Teoría extrema del dolo. Consecuencias

De las líneas apenas referidas surgen dos importantes consecuencias:<sup>426</sup>

a) El dolo es un hecho psicológico, o sea, la voluntad dirigida a un resultado, exigido por la ley penal. Si se estima la consciencia del carácter ilícito del hecho como elemento del dolo (que de este modo se convierte en *dolus malus*), ello naturalmente envuelve la consecuencia de que también la consciencia del carácter ilícito de la acción se transforma en hecho psicológico, o sea, en un conocimiento actual de la ilicitud.

---

<sup>425</sup> De tal guisa, esta teoría contempla la esencia del delito en la rebelión consciente del sujeto contra la norma y en consecuencia sólo aprecia culpabilidad dolosa cuando el sujeto actuó con consciencia de la antijuridicidad. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 863.

<sup>426</sup> MAURACH, Reinhart. Tres conferencias: "el concepto final de la acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito ...", *op. cit.*, pp. 357-360.

Así, la sola posibilidad del conocimiento de la ilicitud no basta; por el contrario, es preciso que el autor haya actuado con conocimiento de la prohibición actual y real.

En este sentido, cabe una sola acotación crítica: a mayor irreflexión e imprudencia del delincuente, mayores prerrogativas encuentra con la teoría en mención.

b) Si el conocimiento actual del carácter ilícito del hecho es un elemento del dolo, el autor que actúe sin ese conocimiento, no puede haber actuado con dolo. Esto es cierto, si se cumplen dos condiciones: puede ser castigado por el delito culposo, es decir, cuando la ignorancia de la norma era evitable, o sea, causada por culpa, y siempre que el hecho se pudiera castigar también en caso de culpa.

“Otro punto sujeto a crítica, consiste en que la teoría extrema del dolo abre dos grandes y peligrosas brechas. El Derecho Penal alemán reconoce pocos delitos punibles no sólo a título de dolo sino también por causa de culpa. La gran mayoría de los tipos de delitos exige para la punibilidad de ellos el dolo radicado en su autor. *E.g.*, no son punibles cuando han sido cometidos por culpa: la privación de la libertad, el aborto, la falsificación de documentos, la rebelión contra la fuerza pública, el robo o los atentados contra el pudor sexual. La consecuencia de la teoría extrema del dolo, es tal que el autor que no haya reconocido el carácter ilícito de su hecho por irreflexión, debe ser declarado no culpable; y un resultado de tal naturaleza debe ser tenido como injusto en extremo.

Las indeseables consecuencias anteriores dieron lugar a una proposición, en el sentido de que si un delincuente cierra intencionalmente los ojos ante las exigencias de la norma prohibitiva, si actúa, por así decirlo, de manera ciega u hostil ante esas exigencias, debe ser tratado como delincuente que obra con dolo actual.

Empero, el concepto de engeguamiento u hostilidad hacia la norma es demasiado incierto para que pueda servir como criterio. Además, esta teoría de Mezger se ve forzada a fingir una culpabilidad que no existe, pues se trata al autor que actúa sin conocimiento de la ilicitud del hecho, es decir, sin dolo, de la misma manera que el que actúa dolosamente. Y esto constituye una flagrante violación al principio de que cada sanción penal exige culpabilidad; es una violación al principio fundamental *nulla poena sine culpa*.<sup>427</sup>

Por su parte, Schmidhäuser, el más ferviente partidario de la teoría del dolo en el presente, escribe que en la existencia o la falta de consciencia de la antijuridicidad, en la comisión del hecho radica “exclusivamente... la diferencia que, desde criterios de culpabilidad, fundamenta el totalmente distinto merecimiento de pena; nunca puede bastar aquí para el delito doloso el mero conocimiento de hechos”. Pero con ello se sobrevalora la relevancia de la consciencia de la antijuridicidad para la culpabilidad. Es verdad que en general quien atenta contra el Derecho de manera consciente cargará sobre sí una culpabilidad más alta que quien infringe la ley de manera inconsciente.<sup>428</sup>

---

<sup>427</sup> En este mismo sentido, Maurach advierte que la teoría del dolo al disociar, de modo inadmisiblemente, el dolo, está obligada a trabajar con ficciones, con lo que abre lagunas jurídicas e infringe el principio *nulla poena sine lege*. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 136.

<sup>428</sup> Cita en ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 864.

La culpabilidad de quien infringe normas éticosociales elementales, p.ej. al realizar negocios usurarios de manera aprovechada o al maltratar sin miramientos a sus hijos no es menor cuando sin consciencia no considera en absoluto la posibilidad de una transgresión del Derecho que cuando primeramente ha de vencer escrúpulos jurídicos. El fundamento de la punición del delito doloso no consiste en la desobediencia, sino en que el sujeto desdeña de manera intolerable los intereses de otros o de la comunidad.

En cuanto al error de prohibición, este es equiparado al error de tipo, produciendo los mismos efectos que el último: la conducta no puede ser castigada a título doloso; si el error de derecho era evitable y el Código Penal prevé un correspondiente tipo culposo, se deberá aplicar la pena propia de éste. Por el contrario, no deberá el autor ser castigado si el error era inevitable o si la conducta culposa no se encuentra especialmente incriminada.<sup>429</sup>

### 3.4.1.2 Teoría extrema del dolo. Críticas

Para Welzel, la teoría del dolo<sup>430</sup> debería conformarse con un “conocimiento” de lo injusto, en el sentido de un “saber” inactual, en todo momento actualizable; pues de otro modo difícilmente habría hechos dolosos. Dolo y conocimiento de lo injusto exigen, entonces, dos distintas clases de conocimiento; aquél requiere, necesariamente, la representación actual o la

---

<sup>429</sup> En la misma orientación, consultar STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>430</sup> “Puede decirse que la doctrina mayoritaria en Derecho español es la del dolo, que la teoría de la culpabilidad sólo es defendida por Cerezo y que, con la excepción de Gimbernat, el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación se considera no un error sobre el tipo, sino uno de prohibición”. GIMBERNAT ORDEIG, Enriqué. *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, *op. cit.*, *passim*.

percepción en el momento del hecho; éste se conforma con un “saber” inactual.<sup>431</sup>

Además, según Roxin, es incompatible con la función del Derecho como ordenamiento objetivo el que la teoría del dolo ponga la vigencia de las normas jurídicas ampliamente a disposición de sus destinatarios; basta sólo con no tomar consciencia de un tipo para quedar a salvo de su amenaza de pena. Entonces ya no se castiga lo que el legislador conmina con pena, sino lo que el particular considera prohibido. Muchos defensores de la teoría del dolo han intentado superar estas objeciones haciendo una excepción en los supuestos de error de prohibición basado en la citada “ceguera jurídica” u “hostilidad al Derecho” y propugnando castigar por delito doloso, pese a la falta de consciencia de la antijuridicidad. Pero éste es un mal expediente, pues, cuando se trata como dolosa una acción que conforme a las premisas de esta concepción es imprudente, se abandona el punto de partida y se admite que la consciencia de la antijuridicidad no caracteriza siempre la diferencia decisiva de culpabilidad entre el dolo y la imprudencia. Este es sin embargo el criterio de la teoría de la culpabilidad, que es mejor seguir desde un principio.<sup>432</sup>

Pero el error decisivo de la teoría del dolo radica en el desconocimiento del hecho de que el dolo no es una parte constitutiva, sino el objeto de la culpa y que pertenece por eso a la acción y al tipo de lo injusto, mientras que el conocimiento de la antijuridicidad es solamente una parte constitutiva de la reprochabilidad. El conocimiento de la antijuridicidad no es lo que se reprocha al autor, sino el porqué se reprocha al autor el dolo

---

<sup>431</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 158.

<sup>432</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 865.



antijurídico. Por qué el autor pudo conocer la antijuridicidad y, por consiguiente, pudo omitir su decisión antijurídica de acción, es que se le hace el reproche. De ello resulta que el conocimiento de lo injusto no es ningún elemento constitutivo del dolo del hecho, sino solamente de la reprochabilidad. El dolo antijurídico es reprochable al autor en la medida en que pudo actualizar el conocimiento de la antijuridicidad y convertirlo en el contramotivo que determina el sentido. Esta es la solución de la teoría de la culpabilidad.<sup>433</sup>

### 3.4.2 Teoría limitada del dolo

Esta doctrina, que encuentra sus orígenes en la regulación del error de prohibición por el proyecto Görtner (1936), sólo ha sido defendida por un reducido sector de la Ciencia, sin que la práctica, salvo pocas excepciones, la haya acogido. Tal como indica su nombre, no representa una actitud discrepante de la teoría antes expuesta, sino que, manteniendo la postura propia de esta concepción -el conocimiento del injusto es elemento integrante del dolo-, pretende únicamente evitar las infundadas absoluciones y las injustificadas condenas por "culpa de derecho" a que necesariamente conduce. Por este motivo se contenta con la simple potencialidad del conocimiento del injusto perteneciente al dolo, sin exigir una real, psicológica, presencia del mismo.

Para eludir la objeción de que con ello la culpa (la evitable falta de conocimiento del injusto) producirá los mismos efectos que el dolo (el presente conocimiento del injusto), solamente deberá equipararse al dolo un grado particularmente alto, un grado especialmente reprobable, de una tal

---

<sup>433</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 175.

evitabilidad. Mezger ve este grado en la “enemistad (del autor) al Derecho” (anteriormente “ceguera jurídica”: una actitud que descansa en una falsa comprensión de Derecho e injusto, y que es incompatible con una “sana” concepción). En este caso, la falta de conocimiento del injusto no excluirá la pena correspondiente al dolo.<sup>434</sup>

Esta teoría ha sido generalmente rechazada. En realidad, el concepto de enemistad al Derecho es demasiado inestable para poder ser llevado a la práctica.

### 3.4.3 Teoría extrema de la culpabilidad

La presente teoría fue elaborada de acuerdo con las consecuencias de la teoría de la acción finalista, por lo cual la adoptaron todos los criminalistas de esta orientación y aún algunos afiliados al finalismo.

En contraste a la extrema teoría del dolo, trata al conocimiento del injusto, no como elemento del dolo, sino exclusivamente, como parte subjetiva, al tipo, y como factor rector, a la acción.

Esto es, en la teoría de la acción finalista, la voluntad representa el elemento que gobierna toda acción humana. En tratándose de delitos intencionales, o mejor, cometidos con dolo, esa voluntad se transforma en dolo; razón por la cual éste es elemento integrante de la acción, y por lo mismo, elemento subjetivo del tipo de delito. De ahí que siempre sea un dolo natural.<sup>435</sup>

---

<sup>434</sup> Cita en MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 138.

<sup>435</sup> MAURACH, Reinhart. Tres conferencias: “el concepto final de la acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito ...”, *op. cit.*, pp. 357-360.

Por ello no puede ser gravado con momentos valorativos (potencial conocimiento del injusto) o con representaciones psicológicas, tales como el actual conocimiento del injusto, propias tan sólo del dolo "normativo", en el sentido de un dolo malo: el dolo se agota en el querer del tipo objetivo. El conocimiento del injusto es pues presupuesto (o elemento) de la culpabilidad, y representa un simple juicio sobre la posibilidad que el autor concreto tenía, en el caso real, de conocer la ilicitud de su hacer; actúa culpablemente el sujeto imputable que ha actuado dolosamente, en tanto haya tenido una tal posibilidad.

#### **3.4.3.1 Consecuencias de la teoría extrema de la culpabilidad**

Las consecuencias de tal concepción son claras: dicho dolo natural no encierra el conocimiento del carácter ilícito del delito. Y si la consciencia de la ilicitud del hecho es elemento de la culpabilidad, aquella debe compartir la suerte de este término genérico.

Culpabilidad no es un hecho psicológico, sino un puro juicio de apreciación. Regla ésta que resulta válida también para la consciencia de la ilicitud. Por eso, no se exige un conocimiento de la ilicitud actual y real, sino que se contenta con una consciencia potencial, con la simple posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito de la acción delictuosa.

Entonces, el autor que ha configurado el tipo objetivo del delito, con dolo y que tuvo la posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito de su acción, debe castigarse por la perpetración de un delito doloso.

Esta teoría tiene la gran ventaja de evitar las fallas inevitables de la teoría del dolo, al contrario de la cual no registra espacios vacíos en el Derecho, ni brechas en el sistema de los hechos punibles. El autor que configure el tipo de un delito, cuando lo hace con voluntad y conocimiento de los elementos objetivos del mismo; actúa con dolo, sin que interese que le haya faltado el conocimiento del carácter ilícito de su hecho, esto último carece de influjo sobre la existencia del dolo.<sup>436</sup>

Además, la afirmación del dolo aislado no puede dar base de reproche para el delincuente. Es más bien deber del Juez examinar, por el aspecto de la culpabilidad, si el autor tuvo la posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito de lo que hacía; en otros términos, si el autor pudo evitar o no, en el momento de la ejecución del designio criminal, esa carencia de consecuencia de la ilicitud de su acción. Si el Juez comprueba que aquél no tuvo esa posibilidad, el autor debe ser declarado no culpable no por inexistencia del dolo, sino por carencia de culpabilidad. Por el contrario, si el tribunal opina que el autor se encontraba en estado de darse cuenta, el autor, debe ser castigado como reo de delito doloso. No obstante, el Tribunal tiene la posibilidad facultativa de atenuar la pena.

Dentro de esta teoría, el error de prohibición produce unos efectos claramente distintos al error de tipo. El último, a diferencia del primero, destruye siempre la imagen rectora del hecho doloso, sin atender a la evitabilidad o inevitabilidad de la falsa representación. Por el contrario, el error de prohibición no puede excluir nunca el dolo, pero puede perfectamente,

---

<sup>436</sup> *Idem.*

en determinadas circunstancias, desplazar la culpabilidad. Siempre que conforme a la situación del caso concreto y del autor sea inevitable, excluirá la culpabilidad y conducirá a la absolución; por el contrario, cuando sea evitable subsistirá la responsabilidad del autor por el hacer doloso, pudiendo serle atenuada la pena.<sup>437</sup>

### 3.4.3.2 Teoría extrema de la culpabilidad.

#### Críticas

Para Maurach esta teoría peca de exagerada severidad, pues acrimina de manera injusta al autor que actúo sin consciencia de la ilicitud de su hecho. Sin embargo, esta objeción carece de fundamento.

La teoría de la culpabilidad, asevera Roxin,<sup>438</sup> pierde poder de convicción y la teoría del dolo gana plausibilidad en la misma medida en que la dañosidad social de una conducta ya no sea deducible sin más del conocimiento de las circunstancias determinantes del injusto jurídicopenal. En el Derecho Penal especial o accesorio, con sus miles de disposiciones penales que apenas nadie retiene en la cabeza, a menudo sólo del conocimiento del precepto se puede obtener el impulso para la omisión de la acción prohibida, de modo que, cuando falta el conocimiento de la prohibición, se actúa con culpabilidad sustancialmente disminuida.

La consciencia de la dañosidad social tampoco se deriva sin más para el no jurista del conocimiento de las circunstancias del hecho. No

---

<sup>437</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 140.

<sup>438</sup> *Derecho Penal*, op. cit., p. 865.

obstante, una absolución general en caso de falta de conocimiento de la norma, como postula -cuando no se castiga la comisión imprudente- la teoría del dolo, no sería tampoco la solución políticocriminalmente correcta en tales tipos, porque una interpretación así paralizaría los esfuerzos por conocer el Derecho y derogaría en la práctica normas que nadie conoce. Será preferible tener en cuenta desde la perspectiva de la teoría de la culpabilidad la menor necesidad de pena y, según la situación del caso, no pocas veces incluso la falta total de necesidad de pena del sujeto que actúa en error de prohibición en estos ámbitos.

#### 3.4.4 Teoría limitada de la culpabilidad

La teoría de la culpabilidad limitada, que bajo la influencia de la Teoría Finalista de la Acción alcanzó el carácter de opinión dominante en la postguerra, parte de la idea de que la consciencia de la antijuridicidad no sería presupuesto del dolo y tampoco necesariamente de la plena culpabilidad. A quien por indiferencia absoluta no se preocupa de la ley no se le ha de juzgar, en caso de infracción de ésta, más benignamente que aquel que conscientemente la burla.

Su planteamiento parte de la obra de la constante jurisprudencia de las Cortes alemanas,<sup>439</sup> y registra entre sus adherentes a v. Hippel, v. Weber, Busch, Schaffstein y Lange. Los puntos fundamentales de partida de la teoría en cita coinciden con los de la teoría extrema de la culpabilidad.<sup>440</sup>

---

<sup>439</sup> MAURACH, Reinhart. Tres conferencias: "el concepto final de la acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito ...", *op. cit.*, pp. 360-363.

<sup>440</sup> MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, p. 140.

### 3.4.4.1 Teoría limitada de la culpabilidad.

#### Consecuencias

Reconocerla como la opinión dominante, sin embargo, no significa que la teoría sea justa, pues se caracteriza por todos los defectos inherentes al compromiso. El propio nombre de ella expresa ya la idea de que la teoría de la culpabilidad limitada no se opone a la de la culpabilidad extrema. En esencia es una teoría de la culpabilidad, pues acepta el postulado de ser el dolo un elemento de la parte subjetiva del tipo y deduce que, en consecuencia, la consciencia de la ilicitud del hecho pertenece, no al dolo, sino a la culpabilidad. Como resultado de ello, también es de destacarse que la falta de consciencia de ilicitud del hecho realizado no afecta la existencia del dolo, y el autor que actúa dolosamente debe castigarse como reo de delito doloso, con tal que se demuestre solamente que se encontraba en condiciones de darse cuenta del carácter ilícito de su acción.

También aquí se distingue entre error de tipo, destructor de la tipicidad y error de prohibición.<sup>441</sup> Pero dentro de este último se introduce una subdistinción. Cuando el error de prohibición estriba en el desconocimiento de una general norma prohibitiva -deberán aplicarse los principios expuestos párrafos arriba en la teoría extrema de la culpabilidad- si el error es inevitable quedará suprimida la culpabilidad; si evitable, subsistirán dolo y culpabilidad (atenuada) y, deberá mitigarse la pena.

---

<sup>441</sup> La diferencia decisiva de las dos clases de errores (tipo-prohibición) no se refiere -como advierte Welzel- al antagonismo hecho-concepto jurídico, sino a la diferencia: tipo-antijuridicidad. Quien sustrae a otro una cosa, que él erróneamente toma por propia, se encuentra en error de tipo; él no sabe que sustrae una cosa ajena. Pero quien cree tener derecho a sustraer una cosa ajena (e.g. como acreedor frente al deudor insolvente), se encuentra en error sobre la antijuridicidad de su hacer. WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, op. cit., pp. 177, 178.

Presenta además una excepción importante, relativa al caso en que el autor supone erróneamente que a su favor existe una causa de justificación, *v.gr.*, la legítima defensa o el consentimiento del ofendido. Al paso que la teoría de la culpabilidad extrema afirma la existencia del dolo aún en estos casos, y absuelve si el error sobre la causa de justificación era inevitable, la teoría limitada hace distinciones así:<sup>442</sup>

Si el autor supone por error la existencia de una norma de Derecho que, en caso de existir tuviera virtud suficiente para justificar su acción, la teoría limitada concuerda con la teoría extrema, pues afirma la existencia del dolo, pero también se pronuncia por la absolución en caso de que el error fuera inevitable. La diferencia entre las dos teorías surge cuando se plantea el caso en que el autor se ha representado, por error, una situación de hecho que justificaría su acción si hubiese existido realmente, y no tan solo en la imaginación del delincuente. En tal caso, de acuerdo con la teoría limitada, se elimina el dolo sin que existan las dos previsiones a que hemos hecho mención cuando hablamos del dolo: por una parte, el error era evitable, y por otra, la punibilidad del delito cometido por culpa está consagrada en el Código Penal. Vemos de nuevo que en consecuencia, en buena parte de la práctica judicial existe acuerdo entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad limitada.<sup>443</sup>

---

<sup>442</sup> MAURACH, Reinhart. Tres Conferencias: "el concepto final de acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito ...", *op. cit.*, pp. 363-365.

<sup>443</sup> Acota Stratenwerth que desde el punto de vista de la teoría de la culpabilidad es preciso determinar no solamente los presupuestos de la evitabilidad del error de prohibición, sino también la intensidad del cuidado que es necesario poner a este respecto. La praxis ha fijado exigencias demasiado altas: el autor "tiene que emplear todas sus fuerzas espirituales de conocimiento y todas sus representaciones morales valorativas para formarse un juicio sobre la juridicidad o antijuridicidad de un comportamiento determinado". De esta manera, se requiere un esfuerzo mayor al que se exige desde el punto de vista de la responsabilidad culposa para evitar el peligro o la lesión de bienes jurídicos. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 187.



### 3.4.4.2 Teoría limitada de la culpabilidad.

#### Críticas

Esta teoría y sus consecuencias dan lugar a una crítica, pues en efecto, los resultados de ella dejan que desear. Hay infinidad de casos en que es imposible hacer distinción entre un error sobre la existencia de una norma y el error sobre una situación.

La antigua diferenciación entre error *iuris* y error *facti* ha demostrado más de una vez su insuficiencia, y ocasiona resultados injustos. Consideremos, por ejemplo, el caso de la legítima defensa, constitutiva de causa de justificación en todos los sistemas penales, es sabido, de otra parte, que la defensa legítima supone una agresión presente e ilícita. Entonces si alguien lesiona a otro, encontrándose en estado de defensa putativa, es preciso hacer la distinción: el error sobre la actualidad de la agresión es error sobre la situación, es error *facti*, que descarta el dolo; en tanto que el error sobre la ilicitud de la agresión constituye error sobre la norma, y en dicho caso subsiste el dolo. Necesario es confesar que semejante resultado es absurdo.

### 3.5 Error de prohibición

El error de prohibición es considerado el reverso del actual conocimiento del injusto y complemento de la potencial consciencia de ésta.<sup>444</sup>

---

<sup>444</sup> MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 147-149.

De la fijación del lugar sistemático del conocimiento del injusto, se derivan también consecuencias constructivas para su polo opuesto: el error de prohibición.

Esto es, concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida. P.ej. alguien graba en una cinta magnetofónica, sin que lo sepa su interlocutor, la conversación telefónica que está manteniendo no se le pasa por la cabeza la idea de que eso pueda estar prohibido. O alguien organiza para fines de beneficencia una lotería pública no sospecha que necesita una autorización oficial para ello. O alguien seduce a una muchacha de quince años, conoce su edad, pero considera permitido su hecho.

El criterio rector de la delimitación del error de prohibición frente al error de tipo es que el error de prohibición sólo afecta a la valoración jurídica global; el error sobre circunstancias particulares, se base en razones fácticas o jurídicas, es siempre un error de tipo. Hay que distinguir además el error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación.<sup>445</sup>

El legislador ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad. Por tanto, si los tres sujetos de los

---

<sup>445</sup> Es cierto que el error de tipo y el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación conducen también, de manera mediata, a un error de prohibición, en cuanto que privan al sujeto de la "comprensión de que hace algo injusto". Y sus consecuencias jurídicas de los dos errores primeramente mencionados resultan más beneficiosos que el error de prohibición para el sujeto. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 861.

casos de partida no pudieron vencer o evitar su error, entonces actúan de modo típico y antijurídico, pero no culpable, y han de ser absueltos. Si el error, como sucede en la mayoría de los casos, fue vencible, tampoco excluye la culpabilidad, sino que conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena.

Una concepción así del error de prohibición como causa de exclusión o de atenuación de la culpabilidad no resulta en modo alguno evidente, sino que es el resultado de una larga evolución y resulta aún hoy discutida.

En la doctrina científica se impuso por consiguiente la opinión de que un error de prohibición debe disculpar como mínimo cuando es invencible y por tanto no reprochable. Quien no posee la posibilidad de acceder al conocimiento de la norma no es normativamente asequible. Y actúa sin culpabilidad, y tampoco puede por tanto ser castigado. Sin embargo siguió discutiéndose mucho cómo repercute un error de prohibición vencible en la culpabilidad. A este respecto se configuraron las dos concepciones opuestas (teoría del dolo y de la culpabilidad) -con múltiples matices y variaciones en los pormenores-, que se expusieron en el punto anterior.

La divisibilidad de la consciencia de la antijuridicidad es, por otra parte, la clave para resolver el problema del llamado doble error de prohibición: el sujeto no conoce la prohibición específica del tipo, pero considera prohibido por otra razón su hecho. *E.g.*, un tío seduce a su sobrina de quince años; no sabe que la seducción de muchachas de quince años está prohibida, pero erróneamente piensa que las relaciones sexuales entre tío y sobrina están prohibidas como incesto. El sujeto tiene aquí una "falsa"

consciencia de la antijuridicidad, es decir aprecia una prohibición que no existe, pero no conoce la realmente existente. Se trata de un error de prohibición, porque falta la consciencia del injusto específico del tipo.

### **3.5.1 Formas de manifestación del error de prohibición**

Todos los errores de prohibición son iguales en que el sujeto se equivoca sobre la prohibición específica del tipo. Pero las razones en las que se basan los errores de prohibición pueden ser diversas y permiten hablar de formas específicas de su manifestación. Las más importantes de ellas, acorde con Roxin, son:<sup>446</sup>

#### **3.5.1.1 El error sobre la existencia de una prohibición**

Este es el caso clásico de error de prohibición, como el que se da cuando alguien mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental y no sabe en absoluto que ello está prohibido. La persona que no tiene ni la menor idea no empleará ni un pensamiento en la cuestión de si actúa conforme a Derecho o antijurídicamente; no es culpable, si tampoco en el caso de “haber hecho examen” interior habría podido tener consciencia de la antijuridicidad de su hecho. Es suficiente para el error de prohibición la falta de “comprensión de que se hace algo injusto”.<sup>447</sup>

---

<sup>446</sup> *Ibidem*, pp. 871-873.

<sup>447</sup> Para Jescheck dos son los supuestos fundamentales del error de prohibición: directo e indirecto. En el primer caso, puede ser que el autor no conozca en cuanto tal la norma prohibitiva que se refiere directamente al hecho y que por ello tome por lícita la acción. Este error puede obedecer a que el autor no conozca la norma prohibitiva o, aún conociéndola, la considere no vigente o la interprete equivocadamente y, por ello la repite

### 3.5.1.2. El error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación

Este error es frecuente *v.gr.* alguien cree poder corregir mediante castigo corporal a los niños ajenos cuando hacen travesuras imperdonables, actúa en error de prohibición en cuanto a las lesiones. Se imagina una causa de justificación que no existe.

Lo mismo rige cuando unos estudiantes creen poder perturbar o interrumpir una clase en virtud de un supuesto derecho de huelga o cuando alguien comete un sabotaje de recursos militares suponiendo que un derecho a promover la paz mundial le autoriza a ello.

Aún con mayor frecuencia se producen tales errores en la forma de que el sujeto extiende demasiado los límites de una causa de justificación en sí existente: *v.gr.* Parte de la suposición de que también las medidas defensivas que sobrepasan la medida de lo necesario o que se dirigen contra agresiones futuras están amparadas por legítima defensa.<sup>448</sup>

### 3.5.1.3 El error de subsunción

Un error de subsunción es un error de interpretación. El sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la

---

no aplicable. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 627.

<sup>448</sup> En el error de prohibición indirecto -dice Jescheck- existe la posibilidad de que el autor, conociendo perfectamente la prohibición en cuanto tal, crea en el caso concreto por error que concurre una norma justificante, por desconocer los límites jurídicos de una causa de justificación admitida o suponer a su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico. *Idem.*

conclusión de que no se realizará mediante su conducta. Tal error puede ser un error de tipo o un error de prohibición o incluso sólo un error irrelevante de punibilidad, según que oculte al sujeto el contenido de significado social de un elemento o sólo la prohibición específica del tipo o sólo la punibilidad de su actuación. Quien, por ejemplo, opina que a los animales no se les ha de tratar como cosas y, por ello no califica de daños el envenenamiento de un perro ajeno, se halla normalmente sólo en un error de punibilidad, porque estará enterado de la lesión jurídicocivil de la propiedad por él cometida y así del injusto específico del tipo de su conducta.

Por tanto, un error de subsunción no es necesariamente un error de prohibición. Sin embargo sí lo es la mayoría de las veces, porque se produce principalmente en supuestos de conceptos normativos complicados, en los que la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta. Cuando un abogado, a consecuencia de una falsa interpretación, considera que no se da el elemento "el mismo asunto jurídico" deslealtad profesional por traición a la parte o doble defensa por regla general hallará permitida su actividad para ambas partes, o sea será víctima de un error de prohibición.

Los errores de subsunción son incluso no pocas veces errores de prohibición invencibles, *v.gr.* cuando alguien se fía de informaciones de abogados o de decisiones judiciales que posteriormente resultan equivocadas.

### 3.5.1.4 El error de validez

Una forma menos frecuente de error de prohibición es el error de validez. En él el sujeto conoce la norma prohibitiva y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula, p.ej. porque al órgano que la dictó le faltaba la competencia legislativa, o porque el precepto atenta contra un derecho fundamental. Se ha de juzgar este caso como error de prohibición en tanto en cuanto quien actúa invoque, como en los ejemplos citados, causas de nulidad que también estén reconocidas por el ordenamiento jurídico. Otra cosa sucede cuando el sujeto considera válida una ley conforme a los parámetros del ordenamiento jurídico, pero no la estima vinculante para sí por razones políticas, ideológicas, religiosas o de consciencia. Las razones de esa índole no modifican en nada la consciencia del carácter prohibido de la propia acción, que es lo único decisivo.

En cambio para Maurach,<sup>449</sup> el error de prohibición puede presentarse en tres formas distintas. En primer lugar, como desconocimiento del general mandato normativo (“abstracto” error de prohibición o error sobre la existencia de la norma): el autor no sabe que existe una general norma prohibitiva, y considera, por lo tanto, su actuar como indiferente para el Derecho. El error de prohibición se manifiesta, en segundo lugar, como error sobre el ceder de la norma: el autor conoce la existencia de la prohibición, pero cree erróneamente que un derecho prevalente legitima su actuar (“concreto” error de prohibición, error sobre una causa de justificación). Por último, el error de prohibición se presenta como viciosa representación de la eficacia determinante de la norma: el autor que conoce la existencia de la misma y no

---

<sup>449</sup> *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 149, 150.

invoca ningún especial derecho a actuar, cree que la observancia de la norma no le es exigible (error sobre una causa de exclusión de la responsabilidad). Los efectos jurídicos de estas tres formas del error de prohibición son los mismos.

### **3.5.2 Consecuencias jurídicas del error de prohibición**

El error de prohibición, cuando es invencible en sentido jurídico, conduce a la impunidad. El legislador habla de que el sujeto actúa “sin culpabilidad” en tal caso. Sin embargo, también en el supuesto de que exista escasa culpabilidad, la responsabilidad está ya excluida cuando ello es tolerable desde puntos de vista preventivos. Si el error de prohibición fue vencible, tiene lugar una reducción facultativa del marco penal correspondiente al dolo.<sup>450</sup>

Es incorrecta la hipótesis de que en el caso del error de prohibición vencible la pena nunca podría bajar de la pena mínima de un marco penal real o ficticio correspondiente a la imprudencia; la culpabilidad en el caso de un error de prohibición difícilmente vencible puede ser absolutamente menor que en una imprudencia de hecho.<sup>451</sup>

## **4. Exigibilidad de una conducta conforme a la norma**

Ahora bien, tampoco el conocimiento de lo injusto puede fundamentar totalmente el reproche de la formación de voluntad, sino

---

<sup>450</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 892, 893.

<sup>451</sup> Sobre el particular consultar Bacigalupo, Enrique. *Principios de Derecho Penal español, op. cit.*, pp. 106, 107. También Stratenwerth, Günther. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 183-188.



solamente cuando el autor pudo determinar realmente su voluntad de acuerdo con la comprensión de lo injusto en la situación concreta de la decisión.

No se trata, en absoluto, de la capacidad general para una formación de voluntad adecuada al sentido, es decir de la capacidad de imputación, que existe independientemente de la situación de la acción, sino de la posibilidad concreta del autor capaz de culpa, de poder determinarse en la decisión real de voluntad por la comprensión de lo injusto.

Esta posibilidad concreta de una autodeterminación adecuada al sentido para un actuar conforme al Derecho, es el elemento más importante de la reprochabilidad,<sup>452</sup> al cual los elementos intelectuales están subordinados, pues el contenido de la reprochabilidad se funda, precisamente, en que el autor hubiera debido y podido determinar su voluntad adecuadamente al Derecho, en lugar de antijurídicamente.

Cuando no ha lugar a exigir un comportamiento adecuado a la norma, no hay tampoco reprochabilidad ni delito por no haber culpabilidad.

Este tercer elemento de la culpabilidad se configura también por un juicio de apreciación: es la exigibilidad de una conducta conforme a Derecho, o conforme a la norma, que es el elemento necesario de la culpabilidad; por lo tanto, la no exigibilidad constituye un factor que descarta la culpabilidad, de acuerdo con el aforismo *ultra posse nemo obligatur*.

---

<sup>452</sup> VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, op. cit., p. 159.

#### **4.1 Reproche y reprochabilidad**

Lo que se reprocha al autor, es que haya realizado un injusto cuando podía exigírsele que no lo realizara. De allí que, cuando no hay injusto no hay reproche jurídico-penal.<sup>453</sup>

La reprochabilidad es la valoración jurídica de la disposición contraria a la norma y al Derecho que hubo en el acto, revelado al juez mediante la posibilidad que tuvo el autor de proceder de otra manera. <sup>1</sup>

“Reprochabilidad” no es el “reproche” (el juicio de desvalor) mismo, sino el conjunto de características que la ley requiere para reprochar (desvalorar una conducta).

Apunta Zaffaroni que “reprochabilidad” es el conjunto de características que fundan el desvalor, en tanto que “reproche” es el desvalor mismo.

Esta “reprochabilidad” se compone de características que a veces están expresamente determinadas y, otras se determinan conforme a criterios que la ley proporciona.

#### **4.2 Relación entre exigibilidad y reprochabilidad**

La reprochabilidad es la conclusión del juicio relativo a la culpabilidad, consecuentemente, la exigibilidad es previa a la conclusión del

---

<sup>453</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 27-29.

juicio. Entonces hay exigibilidad y, por ende, reprochabilidad cuando el sujeto pudo y debió obrar en forma diferente a como lo hizo.

La exigibilidad como concepto jurídico tiene un presupuesto que consiste en la existencia previa de una norma de Derecho que imponga la obligación de guiar la conducta en un cierto y determinado sentido. Del contenido de cada norma relativa a las conductas se desprende la exigibilidad de actuar en forma tal que no se lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicamente protegidos.<sup>454</sup>

Esto es, la norma tal como aparece vertida en los sistemas positivos lleva ínsito una valoración cultural que es la que ha permitido elevar a la categoría de norma jurídica. Dicho contenido cultural permite establecer la exigibilidad de una conducta específica que, en todo caso, viene a ser aquella que no hubiera afectado el bien o valor motivo de la protección normativa.

Ahora bien, la exigibilidad tiene dos elementos que deben ser satisfechos para la reprochabilidad: el deber y el poder, en el entendido de que existen dos tipos de exigibilidad: una genérica y otra específica.

Conforme a la exigibilidad genérica, todos tenemos la obligación de respetar las normas y la consiguiente exigibilidad del cumplimiento de la obligación antedicha; en cambio, la exigibilidad específica, relativa al caso concreto, sirve para fundamentar la reprochabilidad, en orden a la culpabilidad,

---

<sup>454</sup> VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, *op. cit.*, pp. 189-195.

cuando a un sujeto determinado y en momento también determinado le era exigible el respeto al contenido de la norma.<sup>455</sup>

### 4.3 Exigibilidad y voluntad de resolución

La exigibilidad es básica tanto del dolo como de la culpa. Es la voluntad en su finalidad de concreción del tipo la que sirve para reprochar un resultado como doloso o culposo.

Al producirse el resultado buscado, será dable afirmar que hubo una voluntad directamente encaminada a la producción del resultado sobrevenido y si éste es típico y antijurídico deberá formularse un reproche dirigido al proceso psíquico previo, a título de dolo, ya que la voluntad guió la conducta precisamente hacia la producción de este resultado. Por otra parte, cuando el resultado que sobreviene no corresponde exacta y precisamente a la intención del sujeto sino que se produce debido a un defecto de la voluntad, como ocurre en todos los delitos culposos; ello es, porque en un momento previo a la realización del acontecimiento el individuo tuvo la posibilidad de optar por una conducta en lugar de otra, y al realizar el proceso psíquico de selección, optó por determinada motivación, por la ejecución del comportamiento que culminó en la producción del resultado típico y antijurídico.

La relación que indudablemente existe entre el hecho realizado y la voluntad de su autor es un aspecto que caracteriza el contenido volitivo que

---

<sup>455</sup> *Idem.*

servirá para graduar la reprochabilidad.<sup>456</sup> Por ende, la voluntad de la conducta y las características de su autor son indisolubles, ya que en la acción se refleja la personalidad del sujeto agente, porque no se da en la realidad fenoménica una acción que pueda considerarse aislada de su autor.

De ahí que la conducta al exteriorizarse revele por sí misma la voluntad<sup>457</sup> de su autor. Corresponde al juez la determinación de las causas motivadoras porque de ellas se podrán tomar los elementos necesarios para la fundamentación y graduación del reproche; así, una misma conducta productora de idéntico resultado podrá variar en la graduación de la reprochabilidad, según la índole de los motivos determinantes. Por ejemplo, no es igualmente reprobable, en grado, el homicidio causado por motivos depravados que el causado por motivos altruistas; no puede ser reprochable en igual forma quien mata para satisfacer un deseo de lucro, que quien lo hace para evitar sufrimientos a un familiar víctima de un mal incurable, aunque en ambos casos halla la misma voluntad encaminada a la concreción del tipo y el resultado final sea idéntico.

#### 4.3.1 Exigibilidad en los delitos culposos

En este punto se toman en consideración:<sup>458</sup>

---

<sup>456</sup> Mientras que el elemento intelectual de la reprochabilidad está constituido por el conocimiento de dos calidades (tipicidad - antijuricidad), o de la posibilidad de su conocimiento. VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, *op. cit.*, pp. 156-158.

<sup>457</sup> La voluntad consciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecimiento causal exterior. WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*, *op. cit.*, pp. 20-23.

<sup>458</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 180-182.

a) Estados inculpables de cansancio o de excitación, que dificultan o hacen imposible la observancia de la diligencia objetiva, también al autor capaz de comprensión, y no le reprocha la lesión de la diligencia objetivamente impuesta si actúa sin pensar, en estado de aturdimiento, de temor, susto, sobreesfuerzo.

b) Además, no reprocha al autor la lesión de diligencia conocida o conocible por él, cuando el peligro de bienes jurídicos estaba tan alejado que no se le pudo exigir la omisión del hacer no diligente, teniendo en cuenta las desventajas considerables, que hubiera acarreado para él la omisión.

*E.g.*, un peón sale por orden del patrón con un vehículo tirado por un caballo que tiende a escapar, ya que negándose a hacerlo, hubiera perdido su puesto.

En el problema que plantea el hecho de si la observancia de la diligencia objetiva se debe exigir al autor, se debe relacionar la distancia del peligro con la importancia del daño que amenaza la omisión de la acción no diligente, cuanto más cercano y mayor es el peligro y cuanto menos importante es la desventaja que amenaza al autor, tanto menos puede ser disculpada la lesión conocible de diligencia.

La solución nunca depende en estos casos de la valoración individual de los motivos por parte del autor, sino siempre de su valoración objetiva por parte del orden jurídico.

### 4.3.2 Exigibilidad en los delitos dolosos

En hechos penales dolosos, el Derecho exige más fuertemente al autor capaz de imputación que se determine a un comportamiento adecuado al Derecho, por la comprensión de lo injusto, posible para él.

a) Considera la influencia de estados afectivos -en cuanto no eliminan o disminuyen la capacidad general de imputación- en el mejor de los casos, como atenuantes de culpabilidad. En el exceso en la defensa necesaria, excluyen completamente la culpabilidad.

b) En los delitos dolosos se limita la disculpa a casos de necesidad en peligro para el cuerpo o la vida.

Una excepción general la ofrecen los delitos de omisión, en los que puede ser disculpada también la omisión dolosa, por la no exigibilidad del daño de intereses propios aceptables.

### 4.4 La no exigibilidad de una conducta conforme a la norma

Fue Reinhard Frank quien postuló y propició esta teoría, que se justifica si se considera que hay situaciones de peligro, de apuro o de compulsión en las cuales la vigencia imperiosa de la norma no resulta ni puede resultar eficaz, si además, se tiene en cuenta que la ley ha sido dictada para el hombre medio, no para el héroe. La teoría se hace cargo de la *fragilitas* humana, de la debilidad absolutamente natural, y describe situaciones

anormales, en las cuales una conducta conforme a la ley no puede exigírsele a nadie.<sup>459</sup>

La acción realizada en esas circunstancias es sin duda ilícita e injustificada, pero es imposible reprochar al autor su acción, ya que bajo el influjo del peligro o de la compulsión, cualquier otro, en igualdad de condiciones, probablemente habría actuado de la misma manera.

Refiere Carrancá y Rivas<sup>460</sup> que la doctrina de la “no exigibilidad” fue formada por el Tribunal del Reich alemán y elaborada después por Freudenthal y por Mezger, en presencia de dos casos, de gran resonancia jurídica, resumidos por Jiménez de Asúa: el de la cabalgadura que no obedece a sus riendas (*leinenfänger*) y el de la cigüeña ante sus jurados (*Klapperstorch*).

En el primer caso, el propietario de un caballo resabiado y desobediente ordenó al cochero que le enganchara y saliese con él a prestar servicio. El cochero, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba, quiso resistirse; pero el dueño le amenazó con despedirle en el acto si no cumplía lo mandado. El cochero obedeció entonces, y una vez en la calle el animal se desbocó causando lesiones a un transeúnte. El Tribunal de Reich negó la culpabilidad del procesado porque, teniendo en cuenta la situación de hecho, no podía serle “exigido” que “perdiera su colocación y su pan” negándose a ejecutar la acción peligrosa”. Es un caso de “no exigibilidad” que mira a la culpa o imprudencia.

---

<sup>459</sup> Cita en MAURACH, Reinhart. Tres conferencias ... *op. cit.*, pp. 365-367.

<sup>460</sup> *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 489-491. Cfr. además PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*, *op. cit.*, p. 175.



El caso de “*Klapperstorch*”, en cambio, mira al dolo y se resume así: la empresa explotadora de una mina tenía acordado que el día que la mujer de uno de los mineros diera a luz, quedaría el marido relevado del trabajo, pero percibiendo íntegro su jornal. Los obreros de la mina conminaron a la comadrona que asistía allí a los partos, para que, en los casos en que un niño naciera en domingo, declarase en el Registro que el parto había tenido lugar un día laborable de la semana, amenazándola con no volver a requerir sus servicios si no accedía a sus deseos. Temerosa la comadrona de quedar sin trabajo, acabó en situación tan difícil, por acceder a lo exigido de ella y, en efecto, se hizo autora de una serie de inscripciones falsas en el Registro. Por faltar la conducta dolosa de la partera quedó absuelta, pues “no se le podía exigir otra conducta”, dada la situación que le había sido creada.

Al respecto, Jiménez de Asúa estima que debe ser manejada “con amplitud” la “no exigibilidad de otra conducta”,<sup>461</sup> aunque en materia de dolo se proceda con sumo tiento y con menos ligereza que en la esfera de la culpa.

#### 4.4.1 Estado de necesidad penal

El caso más importante de aplicación de la inexigibilidad de un comportamiento adecuado al Derecho (a pesar de la capacidad de imputación y comprensión de lo injusto), lo constituye el estado de necesidad penal.<sup>462</sup>

---

<sup>461</sup> Esta figura se encuentra contemplada por el art. 15 de nuestro C.P.D.F., como sigue “el delito se excluye cuando: ... fr. IX: Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a Derecho...” C.P.D.F., Sista, pp. 14, 15. Ahora bien, Carrancá y Rivas en relación al art. 15 del C.P.D.F. prefiere hablar de “causas que excluyen la incriminación”, dado que no se excluye el delito, sino la imputabilidad o la culpabilidad. *Código Penal anotado, op. cit.*, pp. 116, 117, *vid. nota 67c.*

<sup>462</sup> Esta figura también es regulada por el art. 15 del C.P.D.F., en su fr. V, que prevé “el delito se excluye cuando... se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o

En este punto ha tenido gran influencia la decisión con la que Kant -refiriéndose a un caso límite presentado por Carneades (214 a.C.)- tomó partido por la impunidad. "No puede haber ninguna ley que condene a muerte al que, en un naufragio, con el fin de evitar su muerte, quita de una tabla con la que es posible salvarse, a otro sobre el que pende igual peligro. Pues la pena amenazada por la ley no puede ser mayor que la pérdida de la vida del primero. Por lo tanto, tal ley penal no puede tener ninguna clase de efecto; dado que la amenaza de un mal que todavía es incierto (la muerte por la sentencia del juez) no puede superar el temor que se tiene frente al mal cierto (el ahogarse)".

Luego entonces, la presente hipótesis existe si el cuerpo o la vida del autor o de un familiar son puestos en peligro, sin culpa del autor, y éste puede salvarlos solamente lesionando intereses ajenos amparados por el Derecho Penal, sin que su acción pudiera ser justificada a través del principio jurídico general del medio adecuado para el objeto reconocido.

Asevera Maurach -en su Tratado- que el estado de necesidad da por resultado la exclusión de culpabilidad, cuando el autor del hecho ofende bienes equivalentes de otro para salvarse a sí mismo o a un pariente, de un inminente peligro de muerte.

O bien, puede tratarse de situaciones en las cuales se disputan la prevalencia dos bienes jurídicos; el autor se decide a expensas del de menor importancia, por el de mayor entidad. Recordemos los casos de aborto en los

---

inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo". Aquí nuevamente aludimos a la atinada observación de Carrancá y Rivas, en el sentido de que el art. 15 en comento debería hablar de "causas que excluyen la incriminación", dado que no se excluye el delito, sino la imputabilidad o la culpabilidad. *Idem*.

cuales el médico sacrifica al feto para salvar la vida o la salud de la madre, o de quien se apodera violentamente de un paquete de gasa para curar a una persona gravemente herida. En todos estos casos, se trata del estado de necesidad que descarta la culpabilidad del autor, a pesar de que el hecho conserve el carácter ilícito.

Por otra parte, la incapacidad concreta no debe beneficiar al autor: se presume directamente la fuerza de resistencia media, y cuando existen deberes especiales de soportar el peligro (policías, bomberos, soldados, marineros), la presión psicológica elevada no es relevante con respecto al autor, sin considerar si a él le era posible sobreponerse a ella.

Atento en la teoría de la diferenciación, se dividen los casos de estado de necesidad en justificantes (si la acción de salvación es el medio adecuado para el objeto adecuado), y disculpantes (si esa relación no se da), pero no se puede exigir al autor la determinación conforme a un comportamiento adecuado al Derecho.

Entre los casos particulares de no-exigibilidad, Stratenwerth cita el estado de necesidad disculpante<sup>463</sup> al cual ya nos referimos; el estado de necesidad de consciencia, al que atañen los delitos de omisión aunque la exclusión de la culpabilidad no siga exactamente las mismas reglas que en los delitos dolosos de acción. Dicha hipótesis se pone de manifiesto en el caso del

---

<sup>463</sup> Vid. Stratenwerth, Günther. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 191-194; sobre más de este punto, pp. 195, 196 acerca del estado de necesidad de consciencia y en relación con otros pp. 196-199. Por su parte Welzel explica el estado de necesidad por coacción, el estado de necesidad supralegal disculpante y el estado de necesidad putativo en su obra *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 186-188. Puede consultarse también a Claus Roxin acerca de la ubicación sistemática y contenido teleológico del estado de necesidad, en su obra *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 896-925.

pariente cercano que omite, por motivos religiosos, llamar a un médico para que atienda una enfermedad que amenaza la vida del paciente. Sin embargo, la cuestión también se presenta en los delitos de acción, *e.g.*, cuando el padre de un niño accidentado impide, por las mismas razones, que se le haga una transfusión de sangre que hubiera elevado las posibilidades de sobrevivencia. Las opiniones al respecto son considerablemente divergentes.

Por último, también bajo el común denominador de la no-exigibilidad, agrupa casos en los cuales no es propiamente la coacción, sino otra razón (como, por ejemplo, una situación de defensa necesaria que se fundamenta en el estado emocional), la que determina que el hecho sea menos reprochable, o excluya totalmente el reproche.<sup>464</sup>

Antes de abordar la culpabilidad en el Sistema Teleológico, merece un especial reconocimiento el punto de vista sobre nuestro tema de investigación de la destacada jurista mexicana, Olga Islas de González Mariscal.

### 5. La culpabilidad en el Modelo lógico-matemático

La culpabilidad es, para ella, el reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su

---

<sup>464</sup> Gimbernat Ordeig estima necesario referirse a la determinación de la naturaleza de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Como atenuantes menciona: la embriaguez, la minoría de edad, las pasionales, los motivos altruistas, morales o patrióticos y el arrepentimiento espontáneo. Como agravantes: la alevosía; el precio, recompensa o promesa; la premeditación; el abuso de superioridad; la reiteración y la reincidencia. *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, *op. cit.*, pp. 84 - 103.

acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.<sup>465</sup>

La culpabilidad implica la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y de una violación del deber jurídico; esto último en virtud de que no se va a salvar ningún bien jurídico o se tiene otra alternativa de actuación.

Ahora bien, el sujeto, al actuar, no toma consciencia, en un sentido jurídico penal técnico, de que su conducta es violatoria del deber; lo único que sabe es que va orientada a inferir un daño (lesionar o poner en peligro uno o más bienes jurídicos) innecesario porque: a) no va a evitar otro, cierto e inminente para un bien propio o de tercero, o b) aun cuando vaya a evitarlo, tiene a su alcance otra alternativa eficaz para que tal daño no se produzca.

En lenguaje jurídico penal, vale decir que el sujeto tiene conocimiento de que su conducta es violatoria del deber jurídico penal. Esto implica que conoce, también la existencia del deber jurídico penal a su cargo.

Por tanto, para que el agente se haga acreedor a un reproche es necesario que conozca tanto el deber como la violación del mismo.

El conocimiento del deber jurídico penal ha de entenderse como conocimiento potencial, en virtud de que es suficiente que el sujeto haya incorporado a su acervo cultural la específica exigencia legal, sin importar que

---

<sup>465</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4a ed., op. cit., pp. 78, 79. Vid. también MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal*, 4a ed., op. cit., pp. 249, 250.

en el momento de realización de la conducta haya actualizado dicho conocimiento. En cambio, el conocimiento de la violación del deber ha de entenderse siempre como real y actual; es decir, el activo, en el instante de realizar la conducta, efectivamente conoce la violación del deber. Entender el conocimiento de la violación como meramente potencial equivale a introducir una ficción, ya que es inconcebible que el activo sepa sólo potencialmente que no va a salvar ningún bien o que tiene otra alternativa.

## **6. Inculpabilidad en el Modelo lógico-matemático**

El único aspecto negativo de la culpabilidad es el error invencible sobre la concreción de los elementos objetivos valorativos del tipo legal particular (el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal). El error vencible sobre la concreción de los mismos elementos sólo reduce el grado de reproche.

El error sobre el deber se presenta cuando el agente cree o supone que, en el caso particular, no tiene a su cargo dicho deber.

El error sobre la violación del deber jurídico penal opera cuando cree o supone que con su conducta no incurre en la violación, porque considera que o va a salvar un bien jurídico o no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Es decir, supone que su conducta será amparada por una causa de justificación. Las hipótesis de esta variante de error dependen, por tanto, de las causas de justificación, por lo que consecuentemente se originan:

a) La legítima defensa putativa.

- b) El estado de necesidad putativo.
- c) El ejercicio de derechos no denominados en forma específica, putativo.
- d) El cumplimiento de deberes jurídicos no denominados en forma específica, putativo.
- e) La actuación del agresor en la creencia de estar frente a un exceso en la legítima defensa.

#### IV. La responsabilidad jurídicopenal en el Sistema Funcional del delito

Las insuperables críticas en torno de la culpa y la omisión hechas al Sistema Final de Acción, han dado como resultado la búsqueda de nuevos proyectos sistemáticos, entre los que podemos citar: la síntesis neoclásico-finalista por Gallas, Jescheck y Wessels; el modelo monista-normativo de Günther Jakobs y el racional-final, también llamado teleológico o funcional de Claus Roxin.<sup>466</sup>

Sobre la base de la síntesis neoclásico-finalista se puede distinguir entre injusto y culpabilidad, sosteniendo que el injusto caracteriza el desvalor de la acción (y en su caso del resultado), y en cambio la culpabilidad el “desvalor de la actitud interna” o el “poder evitar (y consiguiente responsabilidad)” del autor respecto de la realización antijurídica del tipo. El entendimiento material, procedente del Sistema Neoclásico, del injusto como dañosidad (o nocividad) social y de la culpabilidad como reprochabilidad, que tampoco contradice al Sistema Finalista, se mantiene en las teorías modernas del delito. Y frecuentemente también se explica la diferencia entre injusto y culpabilidad afirmando que el injusto expresa un juicio de desvalor sobre el hecho, y en cambio la culpabilidad, un juicio de desvalor sobre el autor.<sup>467</sup>

Ya en el prólogo a la primera edición de su Tratado de Derecho Penal, Jakobs proclamó a la dogmática ontologizante de Welzel en cierto sentido como pecado original. Y desde entonces depura sin descanso los

---

<sup>466</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, prólogo del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, Porrúa, México, 2000, pp. 78, 79.

<sup>467</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 202.



conceptos básicos del Derecho Penal de todo componente descriptivo, esto es, referido a la realidad. Su primer gran ataque estuvo dirigido contra el concepto de culpabilidad, cuyo entendimiento tradicional, como poder actuar de otro modo, es en su opinión completamente errado, debiendo, por el contrario, obtener la culpabilidad su contenido exclusivamente del fin de prevención general.

En relación a su concepto de culpabilidad, Jakobs lo desliga expresamente de toda idea de poder actuar de otro modo y lo presenta exclusivamente como resultado de la imputación jurídico-penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación estableciéndose un círculo vicioso.

Para dar un cambio casi copernicano a la teoría del delito, el funcionalismo<sup>468</sup> (con Roxin) introduce dos innovaciones:

La teoría de la imputación al tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imposición de la pena. De tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la “responsabilidad” personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. Esa ensambladura de la categoría tradicional de la culpabilidad con las finalidades preventivas, importante para

---

<sup>468</sup> El “funcionalismo” está estructurado eficazmente sobre las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. En Alemania se le designa como “*das zweckrationale (funktionale) Strafrechtssystem*” que significa “el sistema del Derecho Penal racional (*rationale*) final (*zweck*)”. Vid. Diccionario moderno alemán océano Langenscheidt, Barcelona-España, 1999, pp. 849 y 1015. El sustantivo “teleológico” es una inclusión de la tradición jurídico penal de las últimas décadas en España y que efectivamente responde a una concepción de interpretaciones o sistemas estructurados para responder a determinados fines.

numerosas cuestiones interpretativas, es el correlato dogmático de la teoría de los fines de la pena desarrollada por Roxin, en su obra *Derecho Penal*, en la que asimismo la culpabilidad y la necesidad preventiva se presentan como condiciones ciertamente necesarias, pero por sí solas no suficientes, de la pena.

Como consecuencia de lo anterior, a nivel de tipo, los cambios de fundamentación teórica más importantes realizados por el funcionalismo recaen principalmente en el tipo objetivo a través de la teoría de la imputación objetiva, que hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la "realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma"; sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas.

### **1. El Sistema Funcional del delito**

Más que una figura retórica, cita Schünemann<sup>469</sup> haciendo alusión a Jakobs, es una construcción lógica y semánticamente correcta a la que se clarifica como la determinación de los fines del Derecho Penal a través de la protección de bienes jurídicos, de la que prácticamente nadie duda en Alemania y que obliga a la Ciencia jurídico-penal en su punto de partida a un pensamiento funcional.

El funcionalismo retoma los principios del pensamiento neohegeliano y neokantiano, los cuales habían quedado interrumpidos en el período de entreguerras, especialmente por el nazismo, y los desarrolla

---

<sup>469</sup> *El sistema moderno del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 43.

sistemáticamente bajo las bases de la moderna teoría de los fines de la pena, la cual se enmarca a su vez dentro de los principios rectores de un Estado social y democrático de Derecho.

De esta guisa, la idea de estructurar las categorías sustentadoras del Derecho Penal bajo aspectos políticos-criminales permite hacer fructíferos para la Dogmática Penal postulados socio-políticos, así como también hallazgos empíricos y datos criminológicos especiales. Si se procede de esta manera, el sistema jurídico-penal deja de ser sólo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general, y se abre al desarrollo social, desarrollo con el cual también tiene que ver la Criminología al explicar y controlar la delincuencia.<sup>470</sup>

### **1.1 Bases histórico-intelectual y filosófica del Sistema Funcional del delito**

Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema “racional-final (o teleológico)” o “funcional” del Derecho Penal. Los defensores de esta orientación están de acuerdo en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal.<sup>471</sup>

---

<sup>470</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo*, op. cit., p. 81.

<sup>471</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, op. cit., p. 203.

Así, en 1970, Roxin anuncia el programa de una reconciliación de “la Política Criminal y el sistema del Derecho Penal”, partiendo de las tres exigencias fundamentales que cabe dirigir a un sistema fructífero, a saber, orden conceptual y claridad, referencia a la realidad y orientación a las finalidades político-criminales. Ello implica, a su juicio, la necesidad de llevar a término la unidad sistemática de Derecho Penal y Política Criminal también en el seno de la teoría del delito. Así pues, de lo anterior deduce que las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) deben contemplarse, desarrollarse y sistematizarse desde el principio a partir de su función político-criminal. En esta línea, asocia al tipo, como motivo central, la determinabilidad de la ley penal conforme al principio del *nullum crimen*; a la antijuridicidad, el ámbito de soluciones sociales de los conflictos; y a la culpabilidad, la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas.

La orientación por Roxin del nivel sistemático de la <<culpabilidad>> a la necesidad preventiva de pena lleva a consecuencias de especial trascendencia, porque, según ella, la exclusión de la culpabilidad no debe vincularse -como se hacía en la concepción tradicional- a la imposibilidad de actuar de otro modo, sino a la ausencia de una necesidad preventivo-general o preventivo-especial de pena.<sup>472</sup>

Esta reconducción de la culpabilidad a la necesidad preventiva de pena, se convirtió rápidamente en el principal campo de discusión del proyecto de nuevo sistema. Por un lado, se ofreció mediante ella la posibilidad de una fácil liquidación de antiguas aporías. En efecto, el tradicional concepto normativo de culpabilidad, que remitía al poder actuar de otro modo, tenía

---

<sup>472</sup> Cita en SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del Derecho Penal, op. cit., pp. 64-66.

como premisa el libre albedrío humano, que, según la doctrina dominante en la actualidad, no es comprobable ni de modo general ni individual; en cambio, una derivación del concepto de culpabilidad de la necesidad de pena permitía, evidentemente, dejar al margen el problema irresoluble de la libertad de voluntad. Sin embargo, por otro lado, también se daban -de modo absolutamente evidente- objeciones de peso; ello tanto en lo que se refiere a la compatibilidad con el Derecho material vigente, como en relación con la cuestión de si la reprochabilidad individual, la aportación más importante de la concepción normativa de la culpabilidad, podría ocupar, en lo sucesivo, un lugar legítimo en un sistema del Derecho Penal orientado tan sólo a los principios de la prevención general y la prevención especial.

Roxin ha optado por la <<teoría del espacio de juego>><sup>473</sup> afirmando que las necesidades de la prevención general resultan ya satisfechas con la pena mínima dentro del marco adecuado a la culpabilidad, de modo que la pena definitiva dentro del citado marco habrá de determinarse en atención exclusiva a las necesidades de la prevención especial.

Roxin ha procedido a limitar los objetivos legítimos de la prevención general a la denominada por él prevención de integración. Ésta se reduce al <<reforzamiento de la conciencia jurídica general mediante la satisfacción del sentimiento jurídico>>, algo que, por otra parte, sólo es posible si al autor se le hace únicamente responsable por comportamiento reprochables, esto es, individualmente evitables.

---

<sup>473</sup> La teoría del <<espacio de juego>> (*Spielraumtheorie*), elaborada por la jurisprudencia alemana, entiende que la pena ajustada a la culpabilidad no es una pena exacta, sino que ocupa el marco comprendido entre un máximo y un mínimo. Dicho marco constituye un <<espacio de juego>> por el que el juez puede moverse, atendiendo a las necesidades preventivas, a la hora de concretar la pena que ha de imponer.

Así pues, Roxin ha mantenido el concepto tradicional de culpabilidad, en el sentido de <<reprochabilidad>> (que, por su parte, se entiende como <<motivabilidad normal>>), como subnivel específico en el seno del tercer nivel del sistema, que redefine como <<responsabilidad>>. En un esquema de esta naturaleza, el valor rector de la prevención sólo es necesario para la precisión del <<criterio de la normalidad>> y, por lo demás, se le remite a cumplir una función de complemento en la configuración detallada de las llamadas tradicionalmente causas de exclusión de la culpabilidad.

En cambio, Jakobs,<sup>474</sup> en su muy prestigioso manual, vuelve del revés la concepción de su maestro Welzel, al partir de la base de que conceptos como causalidad, poder, acción no tienen un contenido prejurídico para el Derecho Penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. Metodológicamente, la especial originalidad de su concepción sistemática estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídicopenal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales (sobre todo de Luhmann).

Y la peculiaridad más discutida del contenido de su teoría del delito consiste en que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la “adscribe” conforme al criterio de lo que es necesario para el “ejercitamiento en la fidelidad al Derecho”, sin tomar en consideración las capacidades del autor.

---

<sup>474</sup> Cita en ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 204, 205.

Así Jakobs, anotado por Schünemann, ha razonado de modo radical, hasta sus últimas consecuencias, el principio introducido por Roxin, con lo que ha llegado a disolver completamente el concepto tradicional de culpabilidad en la prevención general. Jakobs niega terminantemente que la capacidad de actuar de otro modo, que la doctrina dominante considera fundamento ontológico del juicio de culpabilidad (de la reprochabilidad), constituya un estado constatable, procediendo a explicarlo como una <<atribución que tiene lugar porque debe procesarse un conflicto y no puede procesarse más que retrotrayéndolo a una persona>>. Dado que <<únicamente el fin da contenido al concepto de culpabilidad>> y el fin de la imputación de la culpabilidad radica en el efecto preventivo-general (en la <<estabilización de la confianza en el ordenamiento, perturbada por el comportamiento delictivo>>), la culpabilidad <<se fundamenta en la prevención general y se mide según ésta>>. Según todo ello, el concepto y los concretos presupuestos de la culpabilidad han de desarrollarse por derivación de las necesidades preventivo-generales.

También mantiene una teoría muy independiente y peculiar del hecho punible Schmidhäuser, que ya antes había abogado por investigar “los elementos del hecho punible atendiendo de antemano a la pena como consecuencia jurídica”. Este autor desarrolla un sistema con una continua orientación teleológica, en el que los conceptos centrales son el injusto y la culpabilidad, mientras que el concepto de acción queda en un total segundo plano. El injusto se concibe como “conducta voluntaria lesiva para un bien jurídico”, y la culpabilidad como “conducta mental (espiritual) lesiva para un bien jurídico”, o sea como “actitud interna injusta”. Hasta ahí aún se mantiene dentro de la opinión dominante. Pero la peculiaridad destacable de la

concepción de Schmidhäuser estriba en que descompone el dolo atribuyendo sus componentes volitivos al injusto, y en cambio sus momentos intelectivos (entre los que incluye tanto la consciencia del hecho como la del injusto), a la culpabilidad. Con ello está más próximo al Sistema Neoclásico que a la doctrina hoy dominante.<sup>475</sup>

La influencia de la dogmática teleológica y “funcional” va en aumento. Entre los autores de las grandes exposiciones doctrinales hay que incluir en esta dirección a Rudolphi, que está próximo a la concepción sustentada por Roxin.

En suma, el razonamiento sistemático teleológico se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo. En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector. Sin embargo, se diferencia sustancialmente de la misma por la superación del relativismo axiológico mediante una diferenciación exhaustiva, apoyada en las Ciencias sociales, del fin de prevención, que constituye hoy el valor rector, reconocido de modo general, de la administración de la justicia penal.

Mientras que el naturalismo y el finalismo tomaron como punto cardinal del sistema las estructuras ónticas (esto es, preexistentes a la valoración jurídico-penal), desde el punto de vista neokantiano o teleológico el

---

<sup>475</sup> Ello en palabras de Claus Roxin. *Ibidem*, p. 205.



punto de partida debe venir dado por un valor o un fin (esto es, un objetivo reconocido como valioso y, por ello, digno de ser perseguido).

La responsabilidad subjetiva requiere, en primer lugar, que el hecho fuera realmente evitable para el autor individual (= que le fuera reprochable) y, en segundo lugar, que la motivación del hecho esté desvalorada de forma cualificada (= que genere una necesidad de pena). En definitiva, pues, los materiales elementales del sistema del Derecho Penal vienen constituidos por predicados de valor, a saber, el injusto penal y la responsabilidad.

De esta dicotomía de las valoraciones básicas jurídico-penales se desprende que únicamente un sistema bipartito satisface las exigencias lógicas del Sistema Teleológico del Derecho Penal, la permanente discusión sobre si el dolo pertenece al <<tipo>> o a la <<culpabilidad>> adolece de un planteamiento erróneo ya en la base: la relación psíquica del autor con su hecho es relevante para ambas valoraciones de partida, de modo que sólo desde una perspectiva pragmática o constructivista es correcto señalar que un dolo afirmado ya en el marco del injusto no tiene por qué volverse a analizar a propósito de la culpabilidad.<sup>476</sup>

## **2. Concepción funcional de la responsabilidad jurídicopenal**

La categoría de la responsabilidad, para Roxin,<sup>477</sup> tiene que resolver el problema de bajo qué presupuestos el autor puede ser hecho

---

<sup>476</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 67-74.

<sup>477</sup> ROXIN, Claus. "Acerca de la consolidación político-criminal del Sistema del Derecho Penal", en *Dogmática Penal y Política Criminal*; Trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima-Perú, 1998, p. 32.

penalmente responsable<sup>478</sup> por un injusto realizado por él haciéndose acreedor desde los parámetros del Derecho penal, a una pena.

De ese modo la responsabilidad se presenta en el campo de las determinaciones de la punibilidad como la realización dogmática de la teoría políticocriminal de los fines de la pena y por regla general como una prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción. Dentro de esta categoría la concepción básica políticocriminal no se aplica al hecho (en el sentido de su necesidad abstracta de pena o de su prohibición concreta), sino al delincuente, en cuanto que se pregunta por su necesidad individual de pena.

Esto es, el legislador -al igual que el juez quien interpreta su voluntad- sólo puede deducir la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto, a partir de los postulados de la teoría del fin de la pena, dado que desde el punto de vista de una teoría racional de la imposición de la pena no puede haber otra base distinta para la decisión. El grado de la responsabilidad es, por tanto, el ámbito en el que la Política Criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del Derecho Penal. En la medida en que el contenido de los fines de la pena es determinado conjuntamente por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos.<sup>479</sup>

---

<sup>478</sup> El primer paso en la caracterización de la responsabilidad penal del sujeto es la imputabilidad, esto es, la posibilidad de ligar el injusto realizado (el delito) con la capacidad de respuesta penal del sujeto. Lo que entonces no es un problema de decisión psicológica, psiquiátrica o bien jurídico conceptual, sino político criminal. Es un problema de determinar la compatibilidad o incompatibilidad del quehacer social de determinados sujetos con el sistema en su conjunto. Se trata de señalar que hay sujetos no responsables penalmente, quienes no han de recibir una pena criminal. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Política Criminal y Derecho Penal", en *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 46.

<sup>479</sup> ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*; Trad. Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 72.

## **2.1 Teoría de la responsabilidad en la dogmática de la imprudencia**

En donde mejor se pueden aclarar algunas ulteriores cuestiones importantes de la teoría de la responsabilidad, es en la dogmática de la imprudencia.

### **2.1.1 La exigibilidad como su principio regulador**

El principio regulativo de la exigibilidad puede tener una función legítima cuando no sea la negligencia la que impulse al autor a infringir el deber objetivo de cuidado. Este es el supuesto básico del caso del cochero: el cochero procesado por lesiones imprudentes sabía que por razones de seguridad en el tráfico no debería haber enganchado un caballo propenso a desbocarse. Solo el <<fundado temor a perder su empleo y su pan, de negarse a conducir con ese caballo>>, era lo que le había movido a obedecer la orden de su amo y a emprender el paseo con el coche que terminó en el accidente. Aquí es imaginable, efectivamente, la exculpación. El fin preventivo-general de la pena de las normas relativas a la imprudencia, es decir, el de oponerse a la falta de cuidado que pone en peligro bienes jurídicos, cae en el vacío cuando el autor se desvía de la norma de la conducta debida en el tráfico, no por falta de atención, sino por otros motivos; y tampoco necesita influencia preventivo-especial (en este caso: introducción a la práctica de las reglas de disciplina del tráfico) la persona que sólo por necesidad y confiando en un desenlace feliz se arriesga contra su voluntad a crear un peligro.

La problemática del fin de la pena planteada por situaciones de ese tipo se transforma dogmáticamente en la cuestión de si en los delitos imprudentes también existen otras situaciones de necesidad (como, e.g., la amenaza para la existencia económica), aparte de los casos de exclusión de la responsabilidad codificados en la ley que den lugar a que se renuncie a la sanción. Lo que es seguro es que en esos casos hay <<culpabilidad>> (si bien de forma atenuada) en el sentido de la concepción tradicional. Pero si se acepta la concepción preventiva de la responsabilidad (de Roxin), parece correcto político-criminalmente remontarse al telos material de esa categoría del delito para ampliar, por medio de la analogía, los bienes jurídicos amparados por el estado de necesidad a otros bienes de la misma importancia vital.

Como corresponde a la esencia de este principio regulador, sucede que sólo el juez, acudiendo a puntos de vista rectores de prevención general y especial (que describiremos más adelante), podrá determinar los casos concretos en que, dada la amenaza que pesa sobre <<bienes vitalmente importantes>>, ya no se le puede <<exigir>> otra conducta a quien actúa imprudentemente.

Con todo, no se podrá negar que tal procedimiento es preferible por su claridad dogmática y su practicabilidad a una teoría que confiere el papel de <<causa de exclusión de la culpabilidad>> con carácter general a una inexigibilidad de contenido totalmente difuso.<sup>480</sup>

---

<sup>480</sup> *Ibidem*, pp. 84, 85.

### 2.1.2 La insignificancia como su principio regulador

Un segundo principio regulador es el de la insignificancia. Su aplicación supondría que se excluye la responsabilidad jurídico-penal, si sólo ha habido una actuación insignificamente imprudente. Dicha impunidad se basa, a efectos de una argumentación relativa al fin de la pena, en que incluso un hombre concienzudo y digno de confianza puede cometer a veces inadvertidamente pequeñas faltas de cuidado, nadie estará seguro de no incurrir en pena por imprudencia; pero entonces -añade- pierde <<la pena su impresionante poder de prevención general>> y <<sólo compasión>> se podrá sentir por aquel sobre quien recaiga. Si a ello se agrega que en tales casos las <<víctimas>> de la punición son personas honradas con un control de sus conductas intacto en principio y que, por tanto, una reacción preventivo-especial es tan superflua como nociva.

### 2.2 Causas supraleales de exclusión de la responsabilidad

En este rubro, la discusión doctrinal se ha centrado sobre todo en dos grupos de casos:<sup>481</sup>

a) La conflictiva situación, en la postguerra, del sujeto que sólo puede salvar vidas humanas sacrificando a otros hombres. Como es sabido, el <<leadingcase>> es el caso de la <<eutanasia>> en que se vieron implicados médicos que dejaron que mataran a un cierto número de los pacientes que

---

<sup>481</sup> *Ibidem*, pp. 86-91.

tenían confiados para preservar al menos a los restantes del exterminio por parte de los colaboradores del régimen nazi.

Hipótesis en la cual, de acuerdo con la opinión dominante, es correcto afirmar que subsiste el injusto (porque el orden jurídico debería atenerse a la regla de que nada puede justificar que se mate a un inocente).

Empero Roxin aconseja primero preguntarse si tal conducta, en caso de considerarla antijurídica, requiere una sanción penal por razones de prevención general o especial. Respuesta que, en lo concreto, ha de ser negativa porque en cada uno de esos dos aspectos la necesidad de pena queda excluida por una doble circunstancia: por la absoluta singularidad de tales situaciones y por la finalidad del autor de preservar bienes jurídicos. Los sujetos, encontrándose en una inevitable situación de conflicto en la que no veían claro en el momento del hecho el modo en que debían actuar, escogieron una salida que posteriormente no se puede calificar de correcta, pero que, dado que esos sujetos querían evitar lo peor, deja intacta la integridad social de los mismos y no rebaja tampoco el valor del bien jurídico <<vida>> a los ojos de la generalidad. Ello fundamenta la exclusión de la responsabilidad jurídico-penal aunque los sujetos hayan sido <<culpables>>.

b) Con arreglo a principios similares, ha de resolverse si la actuación por motivos de conciencia puede dar lugar a la impunidad.

El Tribunal Constitucional Federal alemán, al respecto, se ocupó de una situación muy especial. Una mujer perteneciente a la <<Hermandad evangélica>> se había negado por motivos religiosos a ser hospitalizada y a que

se le practicara una transfusión sanguínea que le salvaría la vida, porque había creído deducir de las Sagradas Escrituras que la curación se produciría más bien si se confiaba sólo en la oración. El marido, que pertenecía a la misma secta, había dejado expresamente la decisión al arbitrio de su mujer, pero también le había indicado que <<en la asamblea>> se les enseñaba <<un camino distinto>> (el de la oración) y que él mismo estaba <<en contra de un tratamiento hospitalario>>. Al morir su mujer fue condenado por omisión de socorro, basándose la condena en que habría debido aconsejar a su mujer que se sometiera a un tratamiento médico adecuado en vez de desaconsejárselo.

Fundamentación esa que afirma la existencia de la culpabilidad en el autor mientras se mantenga el juicio objetivo de desaprobación, pues el autor habría debido y podido comportarse de otro modo.

Si se negara de modo general la capacidad del ciudadano para confrontar la voz de su consciencia con las normas del Derecho a fin de examinar la posibilidad de estar en un error, habría que disculpar toda actuación que lesione bienes jurídicos por motivos de consciencia, lo que resulta impensable, desde luego. Pero cuando en el presente caso el Tribunal Constitucional Federal alemán dice que la acción <<ya no es tan reprochable>> que justifique una sanción penal, está afirmando la existencia de <<culpabilidad>> y, sin embargo, niega la responsabilidad jurídico-penal sirviéndose de una argumentación político-criminal relativa al fin de la pena. Camino éste metodológicamente correcto para Roxin porque el sujeto respetó la voluntad de su mujer, es decir, no se entrometió en una esfera jurídica ajena apelando a su consciencia; y quería <<si bien por un camino equivocado>> <<preservar... el bien jurídico protegido por la amenaza penal>>. Al concurrir

ambos factores hacen que desaparezca la necesidad, ya sea de carácter preventivo-general o preventivo-especial, de imponer una sanción.

Consiguientemente, la responsabilidad jurídico-penal depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley.<sup>482</sup>

### 3. Culpabilidad

Subraya Roxin que los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina "culpabilidad", pues mientras que el tipo establece las tablas legales (es decir, prohibiciones fundamentales a modo de anuncio) para todos los ciudadanos a efectos de prevención general y la antijuridicidad designa la conducta correcta en casos de conflicto, el siguiente grado del delito hace referencia a la cuestión de si es necesaria una sanción contra el autor concreto desde puntos de vista jurídico-penales.

"Lo más conforme al fin que se pretende, será seguir la terminología de Welzel y del Tribunal Supremo Federal alemán, según la cual en el ámbito del Derecho Penal "culpabilidad" sólo puede significar que el autor ha actuado ilícitamente, aunque se habría podido comportar lícitamente".

Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación.

---

<sup>482</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 792.



En pocas palabras “el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.<sup>483</sup> Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad”.

### 3.1 Necesidad de dejar de lado la existencia real y la posibilidad de prueba de la libertad de voluntad

En opinión de Claus Roxin, la teoría penal de la culpabilidad debe ser independiente de la realidad empírica de la libertad de voluntad,<sup>484</sup> pues ésta no puede ser probada. Y si ella lo fuera, en todo caso, durante el posterior juicio oral ya no podría verificarse con métodos psicológicos o psiquiátricos un “poder actuar de diferente manera” en el momento del hecho. Dado que este dato es indiscutible y tampoco puede eliminarse mediante “reconocimientos” hacia la libertad y la culpabilidad, el Derecho Penal se ve en la imperiosa

---

<sup>483</sup> ROXIN, Claus. “El principio de culpabilidad y sus cambios”, en *Dogmática Penal y Política Criminal*; Trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima-Perú, 1998, p. 175.

<sup>484</sup> Con todo acierto subraya Moreno Hernández que <<sólo en la medida en que se acepte la “libertad de voluntad”, es decir, la capacidad humana para dirigir su propio comportamiento, puede razonablemente justificarse la existencia de las normas penales y de las sanciones de este tipo; pues sólo en virtud de esa concepción tienen sentido las prohibiciones y los mandatos: surgen así las limitantes al poder punitivo del Estado que, por ser propios de una determinada concepción estatal y del Derecho Penal, se convierten en principios informadores de éste, entre los que se mencionan: el de legalidad, el de acto, el del bien jurídico y el de culpabilidad>>. “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *op. cit.*, pp. 411, 412.

necesidad de dejar de lado la existencia real y la posibilidad de prueba de la libertad de voluntad. Esto no implica una indiferencia digna de reproche. Lo que pasa es que no existe ninguna otra posibilidad, pues las fronteras del saber humano escapan a las posibilidades jurídicas disponibles.

Pero esta necesaria modestia no nos impide reconocer la aprobación recíproca de la libertad como regla de juego social, como imposición normativa y principio jurídico de regulación. Si se puede comprobar que una persona era alcanzable en la situación concreta por el llamado de la norma (“asequible normativamente”), y era receptible a la posibilidad normal de ser determinado por motivos -lo cual puede, en principio, ser investigado empíricamente- partimos de que éste, al tomar una decisión contra el Derecho, ha actuado culpablemente.

Entonces, la suposición de libertad, en la medida en que sobrepasa nuestro saber empírico, es una imputación, pero que no ocurre arbitrariamente. Pues, por un lado, ella tiene un sustrato real (la asequibilidad normativa en el momento del hecho) y, por otro lado, todo el ordenamiento jurídico se basa en la consciencia de libertad de la persona como un hecho psicológico-social que no puede ser eludido. El Derecho Penal tampoco puede desprenderse de esto si quiere ser aceptado socialmente y motivar al seguimiento de la norma. Todo deber-ser pierde su sentido cuando no se reconoce al destinatario “normal” de la norma el poder necesario para seguirla y no se le hace responsable por su mal uso.<sup>485</sup>

---

<sup>485</sup> ROXIN, Claus. “El principio de culpabilidad y sus cambios”, *op. cit.*, p. 175.

Ya en el “*Schuldprinzip*” Kaufmann parte de una libertad de voluntad que para él, siguiendo a Nicolai Hartmann, consiste en una libertad para la sobredeterminación del curso causal, que no proviene “de una estructura causal del mundo”. Esta libertad “no podría ser comprobada de manera obligatoria” porque sería idéntica “con la aptitud humana para la autorealización espiritual”. A la indicación de una “inseguridad de nuestra cognoscibilidad” le opone el “riesgo aventurado (*Wagnis*) de la decisión”. Así es como Roxin infiere que entre sus formulaciones y las de Kaufmann no existe una diferencia irreparable. Ambos parten de la libertad y de la culpabilidad sin discutir su posibilidad empírica de prueba.<sup>486</sup>

El que uno haga suya en un “riesgo de decisión” la presunción de libertad por motivos ético-filosóficos o el que se la tome como hipótesis político-criminal y final de regulación, no implica ninguna diferencia para la aplicación práctica. Ninguna concepción de la culpabilidad, sea como se la fundamente, puede investigar en la práctica forense más que una asequibilidad normativa del inculpado, existente en el momento de los hechos.

### **3.2 Determinación del contenido de la culpabilidad en el Derecho Penal. El concepto material de la culpabilidad**

El hacer depender la punibilidad de la culpabilidad del sujeto en la culpabilidad, tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado (en particular: a las necesidades públicas de prevención).<sup>487</sup>

---

<sup>486</sup> Cita en *ibidem*, pp. 178, 179.

<sup>487</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal y estructura del delito*, *op. cit.*, pp. 120, 121.

El principio de culpabilidad, en palabras de Roxin, es capaz de cumplir esta misión acorde a como se defina el contenido del concepto de culpabilidad. Para lo cual hace alusión a las cinco concepciones más importantes:

### 3.2.1 La culpabilidad como “poder actuar de otro modo”

“Siguiendo una larga tradición jurídica y filosófica, el contenido de la culpabilidad se define tradicionalmente como el poder evitar y consiguiente responsabilidad de la persona por haber formado antijurídicamente su voluntad. La culpabilidad... fundamenta el reproche personal contra el sujeto de que no omitió la acción antijurídica aunque pudo omitirla. La base interna del reproche de culpabilidad radica en que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el Derecho y contra el injusto...”.<sup>488</sup>

Pero no se puede mantener esta concepción, ni tampoco un determinismo estricto porque no son empíricamente verificables ni prácticamente viables.

Esta concepción fracasa porque, ni siquiera bajo el presupuesto de una libertad de decisión teóricamente concebible, un poder actuar de otro modo del sujeto individual en el momento del hecho es susceptible de constatación científica.

---

<sup>488</sup> *Ibidem*, pp. 121-124.

Si para la apreciación de culpabilidad se presupone un fenómeno empírico que por principio no puede constatarse, entonces ello debería conducir siempre a la absolución en virtud del principio "*in dubio pro reo*". En tal caso sería imposible un Derecho Penal de la culpabilidad.

Los defensores de la concepción del poder actuar de otro modo intentan salir al paso de esta consecuencia, fijándose no en el poder del sujeto individual, sino en el "poder de la persona media que existe conforme a experiencia", en la capacidad de la "mayoría de las personas".

Pero desde una perspectiva indeterminista es imposible basar un reproche moral contra una persona individual en capacidades que quizá otras personas tengan, pero que precisamente le faltan al sujeto.

### **3.2.2 La culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada**

Según una concepción fundada por Gallas, la culpabilidad es "reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta en él". La diferencia entre injusto y culpabilidad es según ella la diferencia "entre desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna del hecho". En el ámbito de la culpabilidad se emite, "en una contemplación generalizadora, orientada por parámetros valorativos éticosociales", un juicio de desvalor sobre la "actitud global del sujeto frente a las exigencias del Derecho" actualizada en el hecho concreto. Esta posición la siguen sobre todo Jescheck (actitud interna jurídicamente defectuosa) y

Wessels (actitud interna jurídicamente censurable, actitud defectuosa del sujeto).

Contra esta concepción hay que objetar que no supera sustancialmente el carácter formal de la reprochabilidad, pues no indica ningún criterio en virtud del cual se desapruebe jurídicamente la actitud interna del sujeto.

Aparte de esto, la afirmación o negación de la culpabilidad en algunos casos apenas se pueden explicar tampoco con la incorrección o corrección de la actitud interna. Pues en la imprudencia inconsciente la actitud interna del sujeto, que desde luego presupone una actitud o disposición consciente, no está dirigida a nada que sea contrario a valor; y a la inversa un asesino sexual puede mostrar una actitud interna extremadamente abyecta, aun cuando deba ser absuelto por falta de capacidad de inhibición.

Para Schmidhäuser la culpabilidad es “actitud interna antijurídica del hecho concreto”. Pero, al contrario que Gallas y sus partidarios, sí ofrece una definición material de este criterio: “la culpabilidad jurídicopenal es el comportamiento espiritual lesivo de bienes jurídicos...; con ella se quiere decir que el sujeto también ha lesionado en su comportamiento espiritual el bien jurídico lesionado por el comportamiento de su voluntad, es decir.... que no lo ha tomado en serio”, pese a que “estaba espiritualmente en contacto valorativo”. Deja expresamente sin responder la cuestión del libre albedrío.

A la objeción de que en la imprudencia inconsciente culpable faltaría el “contacto espiritual con el valor lesionado”, Schmidhäuser responde

que basta con que el sujeto pueda “disponer como persona en el momento del hecho del valor lesionado en cada caso, aunque sea inconscientemente”. Se trata de un principio útil en cuanto que dicha “disponibilidad” se aproxima a la idea de la “asequibilidad normativa”, que se considera aquí decisiva para la culpabilidad. Pero con los conceptos del “contacto espiritual” y del “no tomarse en serio en el comportamiento espiritual” no se caracteriza de modo afortunado lo que quizá se quiere decir.<sup>489</sup>

Por otro lado, al enfermo mental que comprende el injusto de su hecho, pero que no tiene capacidad de “actuar conforme a esa comprensión”, no le falta “contacto espiritual valorativo”, aunque sea inculpable. Contra esto, Schmidhäuser sostiene que en tal caso no podríamos “entender” al sujeto “en el sentido de que su hecho injusto se deba al no tomarse en serio el bien jurídico lesionado”. Cierto: ¡el hecho injusto se debió, pese al “tomarse en serio el bien jurídico lesionado”, a que el sujeto no podía actuar de otro modo! Pero entonces estamos otra vez en el poder actuar de otro modo y no en la falta de tomarse en serio el bien jurídico en el comportamiento espiritual como fundamento del reproche de culpabilidad.

### **3.2.3 La culpabilidad como deber responder por el carácter propio**

Esta concepción parte, sobre una base determinista, de la idea de que cada cual es responsable sin más de las características o propiedades que le han inducido al hecho, de su “ser así”. Su más importante predecesor en el terreno de la Filosofía es Schopenhauer, según el cual todo sujeto sabe que

---

<sup>489</sup> Cita en ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 799-802.

“una acción totalmente distinta... era perfectamente posible y podría haber sucedido, con tal que él hubiera sido otro: la responsabilidad, de la que es consciente, alcanza en primer lugar meramente... al hecho, pero en el fondo a su carácter: por éste se siente responsable y por éste le hacen también responsable los demás...”.

Dohna considera “una ley fundamental de la existencia el que cada cual ha de responder por lo que hace, en cuanto que es emanación de su personalidad, el que al ser humano se le paga lo que es, en lo bueno y en lo malo”. También Engisch deduce de la “responsabilidad por la culpabilidad por el carácter” el deber de soportar la pena: “la culpabilidad por el carácter se compensa mediante la imposición y aceptación de una actuación específicamente configurada sobre el carácter.”

La primera objeción contra tal concepción es que resultaría paradójico atribuir a alguien la culpabilidad por un dato -su disposición caracterológica- del que no es responsable, respecto del cual nada puede hacer.

Schopenhauer distingue, tras un carácter empírico completamente determinado, un carácter inteligible que se determina a sí mismo con libertad de elección, y aún Figueiredo Dias recurre a una “elección fundamental”, “mediante la cual el ser humano se decide a sí mismo y con ello crea su propio ser o establece su propia manera de ser”. Pero tales hipótesis son tan poco demostrables como el poder actuar de otro modo en el momento del hecho y pueden por ello ser materia de la creencia filosófica, pero no servir de base a una concepción empírico-racional del Derecho Penal.<sup>490</sup>

---

<sup>490</sup> Citados por ROXIN, Claus. *Política Criminal y estructura del delito*, *op. cit.*, pp. 127-132.



El mejor camino para sostener una concepción de la culpabilidad que proclama el deber responder por la propia condición del ser es desde luego el de renunciar totalmente a la retribución y al reproche moral contra el sujeto, reducir el Derecho Penal a finalidades preventivas y entender la culpabilidad más en el sentido de una responsabilidad social.

Pero surgen reparos radicales contra tal concepción del hecho de que socava el principio de culpabilidad también en su sustancia de política jurídica, en cuanto que ya no puede hacer plausible por qué el enfermo mental u otro inimputable no actúa culpablemente, dado que el mismo también actúa sólo conforme a su modo de ser existente.

Figueiredo Dias subraya, aún más claramente que Engisch, que habría que “admitir también para la existencia psíquicamente anormal del enfermo el principio de autorrealización modificado a su modo. La anomalía psíquica no destruye el principio de personalidad...”. Sin embargo pretende llegar a la absolución, porque una culpabilidad éticamente fundamentada requiere un acto de “comunicación personal” entre el juez y el acusado, que faltaría cuando la personalidad del sujeto sea inaccesible “a la observación comprensiva del juez”. En el caso de la inimputabilidad no se trataría “tanto de una causa de exclusión de la culpabilidad como de un efectivo obstáculo a la constatación de la culpabilidad”. Pero con la exigencia de comunicación personal entre el juez y el acusado se introduce un criterio adicional que no se contiene en el principio de esta concepción de la culpabilidad y que tampoco convence. Pues la culpabilidad y la pena no pueden depender de las

necesariamente distintas posibilidades de comprensión del respectivo juez, sino que deben ser objetivamente constatables.<sup>491</sup>

Así fracasa aquí también el principio de la culpabilidad por el carácter en el problema de la inimputabilidad (o incapacidad de culpabilidad).

### **3.2.4 La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivo generales**

En conexión con las concepciones de la teoría sistémica (Luhmann), Jakobs ha desarrollado un “concepto funcional de culpabilidad”, que entiende la culpabilidad como una atribución preventivogeneral. Para Jakobs la “culpabilidad es funcional”: sólo el fin dota de contenido al concepto de culpabilidad”. Ve este fin en la prevención general, y concretamente entiende la “prevención general no en el sentido de intimidación, sino de ejercicio en la fidelidad al Derecho”. El “fin rector y determinante de la culpabilidad” es “la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva”; mediante la atribución de culpabilidad y la punición ligada a ella confirmaría la “corrección de la confianza en la corrección de una norma”. El delito frustra las expectativas de la comunidad jurídica, y esa “frustración se compensa interpretando como fallo no la misma, sino la conducta frustrante”, es decir, considerándola culpable y castigándola. “Sólo cuando exista la oportunidad de asimilar el conflicto de otra manera puede entrar a discutirse la exculpación”.

---

<sup>491</sup> *Idem.*

La capacidad de culpabilidad o imputabilidad no es por tanto algo que existe o no existe y que en consecuencia haya que constatar empíricamente, sino que rige lo siguiente: “la autonomía se atribuye como capacidad en el caso de que resulte funcional, y sólo puede faltar cuando exista la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera”.

A esta concepción se opone sobre todo el hecho de que abandona la función restrictiva de la punibilidad del principio de culpabilidad en atención a la prevención general. La punibilidad del participar no depende ya de circunstancias que radican en su persona, sino de lo que presuntamente sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento.<sup>492</sup>

Una instrumentalización tal del individuo, que sólo sirve ya como instrumento de los intereses sociales de estabilización, fue criticada por Kant como violación de la dignidad humana: “el ser humano no puede ser nunca utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo cual le protege su personalidad innata”.

A ello se añade que no poseemos un parámetro para establecer lo que es necesario para la “estabilización de la confianza en el ordenamiento” y cuándo una perturbación del orden puede ser “asimilada de otra manera” sin punición. Así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad. Finalmente se plantea la cuestión de si una concepción del Derecho Penal que intenta ser puramente

---

<sup>492</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 805, 806.

preventivo general no destruye o aminora desde un principio, precisamente por esa intención, su efecto preventivo.

### **3.2.5 La culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa**

Hay que entender a la culpabilidad, en cambio, como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Con ello, se quiere afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”, cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto. No se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico. Pues la Psicología y la Psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento “con los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad”. Sin embargo, su forma de realización es incompleta o dubitable.<sup>493</sup>

Cuando existe dicha asequibilidad normativa, partimos de la idea de que el sujeto sólo cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le trata como libre. La suposición de libertad es una “aserción normativa”, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de la teoría del conocimiento y de las Ciencias naturales.

---

<sup>493</sup> *Ibidem*, p. 807.

El Derecho Penal puede mantenerse al margen en la disputa filosófica y de las Ciencias naturales sobre el libre albedrío ya que no hay ningún método y probablemente nunca lo habrá que permita un pronunciamiento científicamente comprobable sobre la capacidad de una determinada persona para evitar una determinada acción en una determinada situación”.

Para Schünemann el libre albedrío no es un “simple hecho o dato bio-físico, sino una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y pertenece... a un estrato especialmente elemental, al menos de la cultura occidental...”. Estaría “asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y ya por eso sería socialmente real...”. Arthur Kaufmann parte de “que en efecto no se puede probar exactamente si una persona en una situación concreta podía decidirse libremente y actuar libremente”. Sin embargo la libertad no podría “ponerse por principio en absoluto en cuestión. Pues la libertad existencial del ser humano... es... en último extremo idéntica a su aptitud para la autodeterminación espiritual...”.<sup>494</sup>

La ‘aserción normativa’ de que una persona cuya capacidad psíquica de control en una determinada situación puede actuar libremente, resulta así porque la autocomprensión natural del ser humano normal se basa en esta consciencia de libertad y porque una ordenación razonable de la vida humana en sociedad no es posible sin la concesión recíproca de libertad.” Existe por tanto acuerdo en que el Derecho Penal debe partir del libre albedrío, aunque el mismo no se pueda demostrar exactamente. El único punto diferencial podría consistir en que los adversarios a Roxin estimen que un

---

<sup>494</sup> Cita en: ROXIN, Claus. *Política Criminal y estructura del delito*, *op. cit.*, pp. 135-140.

determinista o un agnóstico no podrían ni deberían adoptar esa posición, sino que habría que creer en el libre albedrío, "declararse partidario" de él, para poder basar en él regulaciones jurídicas. Sin embargo, tal pretensión no es científicamente posible ni necesaria.

La culpabilidad para Roxin es un dato mixto empírico-normativo. Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce. En cambio se atribuye normativamente la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho. Si se parte de la base de que la cuestión del efectivo poder actuar de otro modo sigue sin poder responderse, entonces tal concepto de culpabilidad resulta sin duda inadecuado para legitimar el que se cargue al sujeto con una retribución y reproches morales.

Ese concepto de culpabilidad tiene la ventaja de que se corresponde con la concepción que restringe el Derecho Penal a lo absolutamente indispensable socialmente. La paz y la seguridad jurídicas en una sociedad resultan de la expectativa de que a los seres humanos se les induce por regla general a la conducta fiel al Derecho mediante prohibiciones y mandatos. Por ello, cuando alguien infringe las leyes penales se produce una conmoción de la consciencia jurídica general (y con ella descontento e inseguridad) que se solventa de nuevo cuando las normas se afirman en su vigencia mediante la punición del sujeto. Si los delitos quedaran por regla general impunes, las normas perderían ampliamente su poder de motivación, y la sociedad se hundiría más y más en la anarquía. De lo anterior se deriva que la aplicación del Derecho Penal es innecesaria e inadecuada cuando la suposición de que una persona era motivable por el Derecho resulta infundada

por su estado mental o anímico o por las circunstancias de la situación. Así sucede con las personas mental o psíquicamente enfermas y gravemente perturbadas en su capacidad de motivación, así como con las inmaduras o con aquellas que no podían alcanzar a conocer las normas. De ellas no se espera en general que observen las normas. Si infringen la ley, no se defrauda ninguna expectativa social y la consciencia social no se conmueve. Nadie resulta estimulado a imitarlos, porque la vigencia de la norma a los ojos de la opinión pública no resulta disminuida por tales hechos.

Se apoya por tanto en una justificación social de la pena y se asemeja en ello a la concepción de algunos defensores de la culpabilidad por el carácter y al concepto funcional de culpabilidad de Jakobs.<sup>495</sup> Pero salvaguarda mejor que éstos la función de protección liberal propia de un Estado de Derecho del principio de culpabilidad. Pues para el mismo, la culpabilidad no depende de necesidades preventivoespeciales o preventivogenerales vagas y cambiantes, reales o presuntas, sino de la capacidad de control del sujeto y con ello de un criterio susceptible en principio de constatación empírica, que pone un límite a la potestad punitiva del Estado. Cuando un delincuente por instinto o pasional o un psicópata ya no era susceptible de llamada por la norma en el momento del hecho, debe ser absuelto. Las necesidades estatales en sí legítimas de reaccionar con pena sobre el sujeto y ejercitar así a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho hallan aquí su final por mor (sic) de la libertad del individuo, sin que esto resulte socialmente intolerable. Cuando la protección frente a sujetos peligrosos pero inculpables haga realmente indispensables las reacciones estatales, ello exige una fundamentación adicional y la imposición

---

<sup>495</sup> Cit. por Claus Roxin. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 811.

de una medida de seguridad; pero no debe repercutir en el concepto de culpabilidad.

Un Derecho Penal de la culpabilidad no es en modo alguno “necesario para el Estado”. Pues los fines preventivos del Estado pueden perseguirse mucho más libremente mediante un puro Derecho de medidas de seguridad. La culpabilidad es por el contrario una “suposición garante de la libertad” dirigida contra los excesos punitivos del Estado. El principio de culpabilidad no grava al ciudadano<sup>1</sup> (porque las necesidades preventivas se impondrían con total independencia de la vinculación a la culpabilidad), sino que lo protege.

Al mantener la persecución de fines preventivos en los límites propios del Estado de Derecho, sirve a la vez a una Política Criminal razonable, indica Roxin.

### **3.3 La culpabilidad como fundamento y medición de la pena**

Ahora bien, recordemos que el concepto de culpabilidad ha venido cumpliendo dos funciones prácticas diversas que deben separarse estrictamente y valorarse de un modo absolutamente distinto.

En efecto, desde Achenbach se distingue de modo más claro que antes entre culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la pena. La culpabilidad para la fundamentación de la pena atañe a la cuestión de bajo qué presupuestos existe culpabilidad y por tanto por regla general responsabilidad jurídicopenal. De esta culpabilidad para la



fundamentación de la pena, del “si” de la pena, del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena, se trata en el concepto sistemático jurídicopenal de culpabilidad.

Esta primera función sirvió, entonces, para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución. Una tal retribución, entendida como imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, supone lógicamente la existencia de una culpabilidad que puede ser compensada (<<anulada>>, <<expiada>>). De este modo la culpabilidad tiene un efecto perjudicial para el acusado, legitimando el mal que se le impone.

En cambio, la culpabilidad para la medición de la pena atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al “conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto”.

La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta segunda función del concepto de culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad.<sup>496</sup>

---

<sup>496</sup> El concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función. Sobre este punto puede consultarse a Edgardo Alberto Donna. “La culpabilidad”, *op. cit.*, pp. 340 y ss. También a Santiago Mir Puig. “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, en *El poder penal del Estado*, *op. cit.*, pp. 369–379. Asimismo a Moisés Moreno Hernández. “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *op. cit.*, pp. 401, 402.

Como se observa, ambos conceptos han de separarse, porque poseen presupuestos distintos. Mientras que en la culpabilidad para fundamentación de la pena nos preguntamos por la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y por la posibilidad de conocimiento de la prohibición, la culpabilidad para la medición de la pena depende de la teoría de la medición de la pena.

No obstante, -señala Roxin- la asequibilidad normativa que decide sobre la culpabilidad para la fundamentación de la pena, repercute en el caso de su disminución, también en la culpabilidad para la medición de la pena.

### **3.4 Tesis de Roxin. Críticas a la**

Roxin no pretende otra cosa que suministrar las bases de una interpretación del sistema jurídico-penal vigente más progresiva, racional y justa que la que suelen ofrecer una doctrina y una jurisprudencia conservadoras, aferradas a concepciones absolutamente reaccionarias.

Sin embargo, en palabras de Muñoz Conde,<sup>497</sup> se le critican dos puntos a Roxin:

- a) el concepto de culpabilidad del que parte, y
- b) la función protectora que asigna a dicho concepto.

---

<sup>497</sup> En el prólogo de la obra Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, de Claus Roxin, *op. cit.*, pp. 23-27.

En relación con el primer punto, Roxin admite que la culpabilidad es ciertamente insuficiente para justificar la imposición de una pena, pero el problema está en la debilidad misma del concepto tradicional de culpabilidad que él sigue manteniendo. Pues, un concepto de culpabilidad como ése, que se apoya en la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se actúa, es una ficción generalizadora, imposible de verificar empíricamente en el caso concreto y, por tanto, científicamente insostenible.

De tal crítica intenta Roxin sustraerse, asignando al concepto de culpabilidad sólo una función limitadora del poder de intervención estatal, reservando la decisión sobre la necesidad de imposición de una pena a una nueva categoría, la <<responsabilidad>>, que, en su opinión, es la que materializa las finalidades preventivas que el concepto tradicional de culpabilidad no puede cumplir.

Respecto del segundo punto, se dice que, Roxin incurre en una contradicción difícilmente superable. Primero porque concede que la culpabilidad es un concepto ficticio de raíces metafísicas incapaz por sí solo de servir de fundamento a la imposición de una pena, luego, sin embargo, atribuye a ese concepto ficticio nada menos que una función limitadora del poder de intervención estatal. La culpabilidad, cuyo contenido sigue siendo el tradicional cuestionado por casi todos, e incluso por el propio Roxin, aparece y desaparece como un fantasma al que sólo se da beligerancia cuando interesa buscar un ángel guardián protector que asuste al <<coco>> del Leviathán estatal y que, en cambio, se oculta cuidadosamente cuando se trata de justificar o fundamentar la intervención del Estado.

Pero es que, además, la función protectora que Roxin asigna al principio de culpabilidad no es tan amplia y eficaz como pudiera pensarse. El principio de culpabilidad sólo serviría, en todo caso, de protección para los autores culpables, pero no para los inculpables, incapaces de culpabilidad, que quedarían abandonados al poder de intervención del Estado. Con razón indica Haffke que el principio de culpabilidad sólo puede desplegar su eficacia protectora a costa de la desprotección del autor incapaz de culpabilidad (enfermo mental, menor de edad), que queda a merced del terror, de la instrumentalización y de la manipulación de todas las medidas (de seguridad o de <<mejora>>) del poder estatal. Mientras más proteja el principio de culpabilidad, menos protegidos serán los que no tienen la suerte de ser culpables. Como dice Baurmann, los incapaces de culpabilidad tendrán más razones para temer las medidas estatales que los culpables. La tesis de la función protectora del principio de culpabilidad no sólo no elimina los defectos antes denunciados del sistema dualista, sino que en cierto modo puede agudizarlos y potenciarlos.

La tesis de la función protectora del principio de culpabilidad conlleva, por último, una separación tajante entre culpabilidad y prevención, absolutamente disfuncional para el sistema total del Derecho Penal. Si la culpabilidad debe limitar lo necesario desde el punto de vista preventivo, es obvio que ella sola, es decir, libre de cualquier finalidad preventiva, debería ofrecer una magnitud penal. Pero esta magnitud penal puede o no coincidir con la magnitud penal adecuada desde el punto de vista preventivo. En el primer caso, la coincidencia entre ambas magnitudes penales hace superflua cualquier función limitadora del principio de culpabilidad. En el segundo, la culpabilidad debilitada hasta tal punto la prevención que entonces la pena

adecuada a la culpabilidad ya no es eficaz desde el punto de vista preventivo y, en todo caso, es disfuncional para un Derecho Penal dirigido exclusivamente a la prevención del delito, con lo que todos los intentos de completar en este caso la culpabilidad con criterios preventivos se derrumban estrepitosamente, poniéndonos ante el dilema de tener que elegir entre una u otra alternativa.

Para Muñoz Conde, no es una categoría nueva, la <<responsabilidad>>, lo que hay que buscar para suplir o tapar las deficiencias y aporías que presenta el viejo y obsoleto concepto tradicional de culpabilidad. Es el concepto mismo de culpabilidad el que hay que redefinir y dotar de un nuevo contenido para que pueda cumplir, sin contradicciones, ficciones o forzamientos de ningún tipo, la función de fundamento y límite (en la medida en que sea una categoría de la teoría del delito) del poder punitivo del Estado. Precisamente el intento de Roxin se queda a medio camino en esta evolución hacia un nuevo concepto de culpabilidad, porque, aunque destaca la necesidad de justificar preventivamente la imposición de una pena, sigue manteniendo un concepto de culpabilidad ajeno, y aún contrario, a las necesidades preventivas. Bastaría, por tanto, con desarrollar un concepto de culpabilidad capaz de acoger en su seno la finalidad preventiva que anima a todo el Derecho Penal.

### **3.5 Causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación**

Al respecto, una parte de la doctrina científica distingue entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación. Dentro de las primeras, se cuentan la falta de imputabilidad y el error de prohibición

invencible,<sup>498</sup> donde faltaría desde un principio toda culpabilidad, porque el sujeto no podía actuar de otro modo.

Por el contrario, en las causas de exculpación, se incluyen sobre todo el exceso en la legítima defensa y el estado de necesidad disculpante,<sup>499</sup> quedaría una culpabilidad disminuida. De modo que el legislador renuncia, sólo en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad.

Se advierte que en las "causas de exculpación" no se trata sólo de cuestiones de culpabilidad. Sin embargo ello no justifica la rígida distinción entre "causas de exclusión de la culpabilidad" y "causas de exculpación", porque en las "causas de exclusión de la culpabilidad" no sucede en principio algo distinto. También la inimputabilidad posee zonas marginales normativas, e.g. en los estados pasionales intensos y las neurosis graves, en los que no se pueden excluir completamente consideraciones preventivas en su aceptación y negación; incluso allí donde se cree poder afirmar un mínimo de capacidad de control, debería seguir siendo posible una exención de responsabilidad jurídicopenal, cuando ello sea preventivogeneralmente defendible. Y tampoco en el error de prohibición la impunidad dependería de una invencibilidad absoluta que casi nunca se da, sino de si el sujeto, "supuso por razones

---

<sup>498</sup> "La evitabilidad del error de prohibición -asevera Roxin- no se debe determinar por los límites de lo que es posible <<in abstracto>>, sino por los imperativos de una razonable Política Criminal. Dentro de los límites de lo jurídicamente exigido es inevitable el error de prohibición de quien está a la altura de las exigencias de fidelidad <<normal>> al Derecho". *Ibidem*, p. 80.

<sup>499</sup> En el denominado estado de necesidad disculpante: el autor no solo actúa antijurídicamente, sino que también puede actuar de otro modo y se comporta por ello culpablemente, como se desprende ya del dato de que en los supuestos (de superior exigibilidad) tiene que soportar el peligro y se le castiga si no lo hace. Si no concurre un supuesto excepcional así, la impunidad no se fundamenta por tanto en la falta de culpabilidad, sino que se debe a que en tales situaciones extremas el legislador no considera que haya una necesidad de pena ni preventivo especial ni general, con lo que por esa razón queda excluida la responsabilidad penal. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 222.

suficientes que estaba legitimado (tenía derecho) para realizar el hecho". Esas razones suficientes concurren ya cuando el sujeto ha satisfecho las exigencias normales de la fidelidad al Derecho del ciudadano y por tanto no da motivo para sanciones jurídicopenales.

Si uno se empeña en que las "causas de exclusión de la culpabilidad", al contrario que las "causas de exculpación", no dejan ningún tipo de margen para una renuncia indulgente a la pena (es decir, una exención de pena por falta de necesidad preventiva de punición), se refuerza un rigorismo punitivo que resulta políticocriminalmente erróneo, porque contradice la opinión aceptada en principio con carácter general de que la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente de la pena estatal.<sup>500</sup>

#### **4. Necesidad de la pena**

La existencia de culpabilidad en el sentido señalado es un presupuesto de punibilidad (la fundamenta), pero no legitima ninguna retribución. El pensamiento kantiano de que la idea de justicia exigiría una compensación de culpabilidad desvinculada de los fines y de que la "esencia" o el "sentido" de la pena radicaría con ello en la retribución, es de naturaleza irracional y no es compatible ni con un concepto de culpabilidad libre de metafísica, ni tampoco en absoluto con el Derecho Penal de un moderno Estado democrático. Pues éste no puede tener otra tarea que preservar una pacífica vida común y seguras bases de existencia a sus ciudadanos.

---

<sup>500</sup> *Ibidem*, p. 815.

Del rechazo a la retribución se deriva que los objetivos del Derecho penal son de naturaleza puramente preventiva: éste debe impedir para el futuro acciones insoportables, dañosas socialmente, influyendo en el autor y en la colectividad. Si además hacemos depender la pena, según su motivo y medida, de la culpabilidad del autor, esto solamente sirve para limitar el poder estatal de intervención en la persecución de fines penales preventivos. En aras de la libertad del individuo no queremos penar al inocente, y también al culpable solamente lo queremos penar en la medida de su culpabilidad. Entonces, la culpabilidad nunca exige una pena; solamente su ausencia excluye la pena y su magnitud determina la frontera máxima de la pena.

Si la culpabilidad es necesaria para la pena, pero no la exige, la pena puede quedar por debajo de la medida de la culpabilidad o ser reemplazada por otras sanciones (*e.g.* la reparación civil) en tanto exigencias preventivas lo evidencien o por lo menos lo permitan. Para esto debe atenderse a necesidades mínimas de prevención general: luego, la pena, aun cuando esté por debajo de la medida de culpabilidad, debe ser todavía aceptada socialmente como suficiente y debe poder restablecer la paz jurídica. Si lo hace, tendrá que ser, por lo demás, determinada según exigencias de prevención especial, pero sin que con esto su duración llegue a sobrepasar la medida correspondiente a la culpabilidad. También dogmáticamente se puede aprovechar la permisión de quedar por debajo de la culpabilidad, *e.g.* liberando de pena a la imprudencia mínima o a la culpabilidad mínima en el error de prohibición, en la medida en que lo permitan exigencias preventivas y la ley admita esta interpretación.

Tal concepción es puramente preventiva en los objetivos, pero en el marco de lo socialmente posible -es decir, de lo tolerable desde la



prevención general- asegura la libertad individual en el mayor grado imaginable: no debe pensarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de la culpabilidad, pero tampoco debe pensarse sin necesidad de prevención especial o general.<sup>501</sup>

La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídicopenal se da más con la existencia de culpabilidad. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. *V.gr.* en el estado de necesidad disculpante el legislador parte -con razón- de la idea de que el peligro podría ser soportado en caso de necesidad, o sea de que el sujeto tiene la alternativa de la conducta conforme a Derecho.

Tales aspectos preventivos se pueden constatar de manera más o menos pronunciada, en todas las causas de exculpación (más exactamente: causas de exclusión de la responsabilidad), pero también en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad, y error de prohibición invencible).

Sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de igual rango de la responsabilidad jurídicopenal, puede la dogmática jurídicopenal conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena, para la que hoy día se reconoce que sólo culpabilidad y necesidades preventivas conjuntamente pueden dar lugar a una sanción penal.<sup>502</sup>

---

<sup>501</sup> ROXIN, Claus. "El principio de culpabilidad y sus cambios", *op. cit.*, pp. 176, 177.

<sup>502</sup> La culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: sólo puede buscarse prevención a través de la pena bajo el presupuesto y la medida de la culpabilidad, pero también la culpabilidad justifica la pena solamente en el marco de lo preventivamente exigible. Roxin, Claus. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, *op. cit.*, p. 177. *Vid.* además Mir Puig, Santiago. "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la

“El reconocimiento de que, junto a la falta de culpabilidad, también la falta de necesidad preventiva de punición puede conducir a la exclusión de la responsabilidad jurídicopenal no significa que esta categoría del delito quede a merced de la inseguridad jurídica, en la que se empeñan todos los pronunciamientos científicos sobre lo preventivo especialmente o preventivo generalmente necesario.

Tampoco es verdad que los efectos protectores del Estado de Derecho del principio de culpabilidad se verían mermados”.<sup>503</sup>

#### **4.1 Prevención general y prevención especial**

En caso de no poder actuar de otro modo quedan excluidas culpabilidad y punibilidad; pero si -dando por supuesto el libre albedrío- se comprueba que el autor (aún) podía actuar de otro modo, con ello no se ha decidido aún su punibilidad. Hay que partir, por el contrario, de la base de que el legislador se ha preguntado además si político-criminalmente (esto es, desde el punto de vista de prevención especial o de prevención general) es necesario el castigo.

El legislador deja impune al autor por consideraciones político-criminales sobre el fin de la pena: a los efectos de prevención especial es innecesaria una sanción porque el autor está totalmente integrado socialmente y sólo la extraordinaria situación le ha llevado a realizar esa acción

---

pena”, en *El poder penal del Estado*, *op. cit.*, pp. 379-384.

<sup>503</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 792, 793.

que también presenta una disminución esencial del injusto a causa del resultado salvador; y las razones de prevención general tampoco exigen una pena porque la infrecuencia de tales situaciones, que la mayoría de las veces no admiten comparación en el caso concreto, hace que resulte superfluo sancionar en atención a la generalidad la desviación de la conducta regular deseada, y porque sencillamente sería difícil que, si alguna vez el hombre medio no preparado para la <<actuación en peligro>> se viera dentro de una situación así reflexionara sobre la norma y se pudiera motivar por ella.<sup>504</sup>

En la teoría de la prevención general la imposición de la pena aparece ligada a la capacidad de motivación por la pena del hombre (racional o por el miedo), lo cual también es indemostrable y más bien parecería lo contrario. En verdad el <<buen>> ciudadano no es motivado por la pena, ya que las otras formas de control social lo han hecho converger a los fines estatales. Y el <<mal>> ciudadano justamente no es ni ha sido motivado. Más aún, la pena puede provocar la motivación contraria: la reincidencia en gran medida es una prueba de ello. En ese sentido la pena sólo gratifica al buen ciudadano, en el sentido de que no se le aplica a él, sino al <<mal>> ciudadano. La pena es el dios Jano y el <<buen>> ciudadano se gratifica tanto con una cara como con la

---

<sup>504</sup> Podría pensarse que la pena es prevención general, es decir, que la pena no se agota en sí misma como mal, sino que tiene una finalidad externa: la conminación sobre la generalidad para evitar que cometa delitos. Tanto la teoría de la prevención general, como la de la prevención especial, no contestan directamente lo que es la pena, ya que se preocupan más bien por los fines de la pena. En realidad, tanto una como otra tratan de obviar esta problemática y partir, entonces, de un Estado neutral y una pena neutral, esto es, que beneficie a todos, sin contradicciones internas, y allí estaría su justificación. Es una consecuente aplicación de la teoría del Estado liberal. En principio como Roxin establece, la doctrina de la prevención general no aclara el ámbito de lo punible.

La pena es prevención especial, ya que implica un tratamiento respecto del individuo en particular. Esta teoría parte de la consideración del delincuente como un ser peligroso socialmente. El problema está en determinar entonces qué es peligroso y quién determina lo que es peligroso. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Pena y Estado democrático", en *Control social y sistema penal*, op. cit., pp. 76, 79.

otra. El Estado se autoconstata en forma general tanto frente al <<buen>> ciudadano como frente al <<mal>> ciudadano.<sup>505</sup>

Relacionada con los fines de la pena existe una objeción de fondo vs. la prevención general, consistente en notar cómo puede ser un fin (algo beneficioso, utópico, deseable de lograr) algo que implica o la utilización del miedo (o bien terror) o una cuestionable <<racional ponderación costos-beneficios>>.

Difícilmente podrá sostenerse con convicción que un Estado democrático tenga por fin la utilización de los aspectos de motivación inhibitoria más negativos para el ser humano, como son los del miedo o terror, que se contraponen a la esencia misma de lo que es la democracia: su carácter libertario y liberador. Por otra parte, como sostiene Barbero Santos, aparece <<cuestionable, empero, que una pena cuya función es crear inhibiciones sea necesaria cuando el sujeto a quien se impone no es peligroso en absoluto>>.

Tampoco pareciera satisfactorio hablar de una ponderación racional, ya que ello supone para ser verdad o bien, por una parte, un ser absolutamente racional, lo que es una ficción, y un Estado democrático no puede basarse ni en ficciones ni en mitos.<sup>506</sup>

---

<sup>505</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>506</sup> *Ibidem*, p. 85.

## 4.2 Teoría de los fines de la pena

La fundamentación político-criminal de la categoría de la responsabilidad partiendo de la teoría de los fines de pena no sólo es adecuada para explicar sin contradicciones la regulación de la ley positiva, sino que al mismo tiempo permite solucionar mejor los problemas teóricos fundamentales del Derecho Penal.

Se puede dejar a un lado tranquilamente la insoluble cuestión del libre albedrío, cuya contestación en sentido afirmativo constituye el eje y punto cardinal de la concepción en la mayoría de las teorías de la culpabilidad. Con respecto a la imputabilidad y al error de prohibición invencible, la exclusión de la responsabilidad se puede explicar exactamente igual por la falta de necesidad de prevención jurídico-penal que desde el punto de vista de falta de culpabilidad. La no motivabilidad por la norma y la exclusión de necesidades de prevención general hace que resulte adecuada la renuncia a sanciones jurídico-penales con tal independencia de si se atribuye o no al hombre por principio la capacidad de actuar de otro modo.

La imposibilidad de una individualización extrema y el hecho de que sea inevitable una cierta generalización normativa y orientada por las exigencias del orden jurídico, hacen que incluso resulte más adecuado un modelo de explicación de tipo preventivo.

Sin embargo, el peso de los argumentos decisivos para las consideraciones sobre el fin de la pena se desplaza totalmente en cuanto el autor está <<en una situación jurídica especial>>, dentro de la cual la existencia

de peligros propios de la profesión es esencial para el funcionamiento del sistema. Si los soldados, policías, bomberos, socorristas pudieran eludir sin riesgo a costa de otras personas los peligros que por su status profesional tienen la misión de dominar, ello tendría consecuencias sumamente nocivas para toda la sociedad. Y por eso el legislador cambia consecuentemente de opinión en esos casos y por razones de prevención general no concede la impunidad.

La teoría del fin de la pena explica sin dificultad por qué el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción, pese al poder general de actuar de otro modo y pese a la culpabilidad que por ello existe; porque, aun dando por supuesta la posibilidad de culpabilidad humana, hace depender la responsabilidad jurídico-penal de consideraciones preventivas.<sup>507</sup>

De igual modo hay que proceder respecto de la situación de necesidad que ha sido provocada por el mismo autor. Aquí, es necesario, a efectos de prevención general, estimular al individuo a extremar sus precauciones, negándole la exculpación cuando se exponga a peligros de los que previsiblemente sólo se podrá volver a librar dañando a terceros.

Pero, al igual que ocurría en los casos de situaciones jurídicas especiales, sólo mediante la valoración judicial de todas las circunstancias del caso concreto, acudiendo directamente a los fines de la pena, se puede determinar la medida de la provocación necesaria para que se pueda exigir soportar peligros de una determinada intensidad.

---

<sup>507</sup> ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 74-76.

#### 4.2.1 Determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena

Roxin concuerda con Hans Schultz en que, en la determinación de la pena se trata de retribuir la culpabilidad. Tanto el Derecho Penal alemán como el suizo se apoyan por igual en la teoría del margen de libertad (*Spielraumtheorie*). En relación a la cual, la jurisprudencia alemana asentó “no se puede determinar con precisión qué pena. Existe aquí un margen de libertad limitado en su grado máximo por la pena todavía adecuada (a la culpabilidad). El juez no puede traspasar el límite máximo. No puede, por tanto, imponer una pena que en su magnitud o naturaleza sea tan grave que ya no se sienta por él como adecuada a la culpabilidad. Pero el juez... sí puede decidir hasta dónde puede llegar dentro de este margen de libertad”.<sup>508</sup>

Frente a esta teoría del <<margen de libertad>> se alza la teoría de la <<pena exacta>> (<<*Punktstrafe*>>), según la que a la culpabilidad sólo puede corresponder una pena exactamente determinada (<<*punktuell*>>). Ciertamente, los partidarios de esta teoría admiten que, dentro de ciertos límites, se puede tener distinta opinión sobre la magnitud de la pena adecuada. Pero esto no se debe al asunto mismo, sino a las limitaciones del conocimiento humano; desde un punto de vista ideal no pueden corresponder por igual al grado de culpabilidad diversas magnitudes penales.

Ante esta polémica de principios se decide Hans Schultz y Roxin por la teoría del margen de libertad bajo el argumento de que la pena debe determinarse acorde al grado de culpabilidad, porque de ese modo se consigue

---

<sup>508</sup> *Ibidem*, pp. 95, 96.

la finalidad político-social de restablecer la paz jurídica perturbada y de fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad imponiendo al autor del delito una sanción que ha "merecido", es decir, una sanción que corresponda a la gravedad de su delito.

Una justificación de la teoría del margen de libertad como la que se acaba de ofrecer supone, sin embargo, que la pena adecuada a la culpabilidad no tiene sentido en sí misma, sino como instrumento al servicio de un fin político-social.

La pena adecuada a la culpabilidad sirve a la prevención general en tanto que consigue que la condena sea aceptada por la sociedad como una condena adecuada (justa), ayudando así a la estabilización de la conciencia jurídica general.

<<La pena no es -como ya dijo Hans Schultz en una brillante frase que se ha hecho famosa- un problema metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas, puntualiza Roxin>>.<sup>509</sup>

No obstante lo anterior, debe completarse ese margen de libertad que abre la pena adecuada a la libertad, mediante consideraciones de prevención especial. A fin de que el juez pueda imponer cualquier pena que esté dentro de los límites permitidos por el marco de la culpabilidad, eligiendo en cada caso aquella que le parezca más conveniente, sobre todo para alcanzar la resocialización.

---

<sup>509</sup> *Ibidem*, pp. 97, 98.



La función que cumple la prevención general resulta muy discutible porque de este tipo de prevención (general) debe distinguirse la prevención intimidatoria que, con el fin de mantener a toda costa la confianza en el Derecho, permite ir más allá de lo necesario desde el punto de vista del tratamiento igualitario, reprimiendo con el miedo (*e.g.* con la amenaza de una pena de prisión perpetua) en los delincuentes potenciales, el impulso de cometer un delito.

El concepto de <<defensa del ordenamiento jurídico>> es otro punto de vista preventivo general que sirve solamente para impedir que se puedan imponer penas inferiores a la que pueda corresponder a la culpabilidad, pero que no puede servir para justificar un efecto intimidatorio aislado. Efecto este último que debe rechazarse y, lo que es más exigir del juez que no pueda por razones puramente intimidatorias imponer una pena en el grado máximo del marco de la culpabilidad cuando consideraciones de prevención especial hacen aconsejable imponer la pena en el grado mínimo de ese marco.

En suma, tanto en el Derecho alemán como en el suizo, la pena adecuada a la culpabilidad debe ser entendida en el sentido de la teoría del margen de libertad y que la pena definitiva a imponer, dentro del marco de la culpabilidad, debe satisfacer solamente las exigencias preventivo- especiales, ya que la pena adecuada a la culpabilidad, incluso la impuesta en su grado mínimo, cubre las necesidades de la prevención general entendida como prevención integradora socialmente, y tampoco la ley prevé una prevención intimidatoria general que permita ir más lejos. Igualmente también por razones

político-criminales debe rechazarse una agravación de la pena motivada por razones preventivas intimidatorias.<sup>510</sup>

Desde un principio debe rechazarse toda pena que sea superior al límite máximo que permite el marco de la culpabilidad. Ello es consecuencia del fin protector liberal del principio de culpabilidad que impide que, tanto por razones preventivas generales como especiales, pueda imponerse una pena superior al grado máximo del marco de culpabilidad. El principio de culpabilidad cumple precisamente la función de imponer límites al poder de intervención estatal a través de la idea de lo merecido.

Por lo que se refiere a la prevención especial, tanto en el Derecho alemán como en el suizo, hay prohibición de imponer una pena más grave de la que permita el grado máximo del marco de la culpabilidad. Empero, menos clara es la situación cuando se trata de saber si es posible imponer una pena inferior al grado mínimo del marco de la culpabilidad, cuando ello parece conveniente para conseguir la resocialización del reo.

El juez en tales supuestos deberá fijar la pena en atención a criterios preventivos especiales, ciertamente dentro de los límites del margen de libertad que le permite la culpabilidad, sin que pueda imponerla por debajo de este marco. Pues, al hacer el legislador de la culpabilidad <<el fundamento>> de la determinación de la pena, ha puesto en primer lugar como idea rectora una determinada forma de prevención general. Con ello, el legislador se ha pronunciado en favor de la tesis que considera que la pena adecuada a la culpabilidad (en el sentido de la teoría del margen o teoría del

---

<sup>510</sup> *Ibidem*, pp. 100-107.

marco) es la más conveniente para mantener la confianza de la población en el Derecho, constituyendo este punto de vista en cierto modo la <<otra cara>> de la determinación de la pena.

Sería contrario a esta idea el que el juez no estuviera vinculado de un modo general a la pena adecuada a la culpabilidad y el que pudiera arbitrariamente, por razones de prevención especial, imponer una pena inferior a la correspondiente a ese marco que, en su opinión, fuera todavía suficiente para la protección de bienes jurídicos.<sup>511</sup>

El legislador parte abiertamente de que en los casos en los que la pena adecuada a la culpabilidad pudiera tener un efecto contrario a la resocialización, la sociedad tolera todavía una cierta pérdida en el tratamiento justo igualitario en beneficio de la prevención especial.

Sólo cuando la imposición de una pena inferior a la que corresponda por el grado de culpabilidad <<parezca simplemente como incomprensible para la sensibilidad jurídica general>> cede la prevención especial en favor de la <<defensa del ordenamiento jurídico>>.

La <<defensa del ordenamiento jurídico>> es en cierto modo la última forma de prevención general, su límite último de contención (*Auffangposition*), que determina el <<margen de libertad de la culpabilidad>>.<sup>511</sup>

---

<sup>511</sup> *Ibidem*, p. 109.

### 4.3 Restricción del uso del Derecho Penal

Indudablemente la mayor aportación de la teoría funcional consiste en la dirección político-criminal que ha dado a la pena, la cual marca la directriz de la interpretación dogmática-jurídica.

Con respecto a las teorías de la pena, la comisión de un hecho doloso o culposo presuponía en los Sistemas Clásico y Neoclásico del delito su punibilidad y ello también era así en el Finalismo cuando la conducta además de típica era antijurídica y culpable. Sirviendo, la culpabilidad entonces hasta antes del Sistema Funcional, como criterio de medición de la pena (lo que suponía que una vez confirmada la culpabilidad se debía imponer necesariamente una pena, aunque ésta fuera mínima).

A la luz del Funcionalismo, la culpabilidad sigue siendo la medida de la pena hacia arriba (porque no puede pasar del máximo de su culpabilidad), pero deja de ser determinante hacia abajo.

Así comenta Roxin que, *e.g.*, cuando se trata de un pequeño robo de un sujeto que no necesita ser resocializado, es más su reclusión provocaría un mayor perjuicio que beneficio tanto para el sujeto como para la sociedad, resultaría que la prevención especial quedaría excluida y también lo sería la prevención general negativa si esa conducta además no causa alarma social y, por ende, no necesita ser sancionado para confirmar la observancia de la norma violada por el resto de la sociedad. Ante supuestos como éste, el Sistema

Funcional opta por otro tipo de penas, como pudieran ser las económicas o administrativas, reduciendo al máximo la imposición de penas penales.<sup>512</sup>

Tal restricción del uso del Derecho Penal obedece al principio de intervención mínima o de *ultima ratio*.<sup>513</sup> Además, la pena a imponer a quien ha cometido un delito deberá estar sujeta a otro principio básico, el de proporcionalidad, consistente en que la pena debe ser proporcional al hecho cometido atendiendo a la nocividad social de la conducta.

Es necesario observar también el principio de resocialización de las penas, tendiente a evitar la marginación del sujeto que es sancionado, pues el derecho a la participación de todos los ciudadanos en la vida social no se pierde al cometer un delito, sólo se suspende y una vez cumplida la pena se debe restituir al sujeto su derecho dándole una nueva oportunidad.

Aunque la tendencia moderna apunta hacia la imposición de penas cortas, mejores para alcanzar la resocialización del individuo. En México, a pesar de que según el art. 18 const.,<sup>514</sup> el fin de la pena es la resocialización a través del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación; la

<sup>512</sup> ROXIN, Claus. "Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho Penal", *op. cit.*, pp. 32-44.

<sup>513</sup> Según el cual, previo a la elaboración de la norma penal general y abstracta, es preciso diseñar e instrumentar una política de prevención no penal de la antisocialidad. Prevención que deberá estar orientada a eliminar o, al menos, neutralizar los factores condicionantes -no determinantes- de la comisión de las conductas antisociales y a atacar o inhibir directa e inmediatamente la realización de tales conductas. La norma penal general y abstracta debe ser el último recurso, la última *ratio* para frenar la antisocialidad. La norma penal y las medidas -extrajurídicas o jurídicas- de prevención no penal son plenamente compatibles entre sí, por ello, la prevención no penal debe operar antes de, y durante la vigencia de la norma penal. ISLAS DE GONZÁLEZ MARJSCAL, Olga. Respuesta al trabajo "Principio de legalidad y mandato de certeza" del dr. Luis de la Barreda, pp. 2 y 3; material didáctico obtenido en la cátedra sobre "Teoría de los presupuestos y elementos típicos del delito", impartida por la dra. Olga Islas, DSEP, FD, UNAM, México, agosto-diciembre, 1996. En breves palabras, se trata de "discriminalizar más bien que de criminalizar". BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Fines de la pena", en *Control social y sistema penal*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>514</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Sista, México, 2000, p. 7.

Política-Criminal adoptada por el Código Penal vigente para el Distrito Federal ha sido el camino de las penas largas.<sup>515</sup>

No sólo la duración excesiva de las penas privativas de la libertad previstas por nuestro Código Penal sustantivo (arts. 25, 315 bis, 320 y 366 último párrafo),<sup>516</sup> sino problemas penitenciarios como la sobrepoblación en los Centros de Reclusión, la falta de un efectivo programa de resocialización, privilegios concedidos a ciertos reclusos; distan de la justicia material y de la misma readaptación anhelada.

### **5. La culpabilidad y la complejidad de su comprobación**

Aunado a lo anterior, existe una reprobatoria práctica, a nivel ministerial y judicial, para dar por acreditados, por un lado, los elementos del delito (la culpabilidad como uno de ellos), y por otro lado, el cuerpo del delito y la responsabilidad penal, atento en que no siempre las probanzas arrojan datos precisos, suficientes para tenerlos por acreditados (siquiera de manera "probable", mucho menos "plena") en el mejor de los casos se practican a tiempo, otras veces no. Integrarlas en un enlistado interminable y repetitivo en su vaciado, no quiere decir que todas sean las idóneas o que hayan sido practicadas analíticamente asentando el procedimiento, resultado, conclusiones en lenguaje entendible para las autoridades y partes.

Siendo además usual encontrar prácticas incompletas de las diligencias necesarias, donde el tiempo de modo imperdonable borra u

---

<sup>515</sup> Basta con remitirnos al art. 25 del C.P. para advertir que la pena de prisión puede ser de hasta 60 años.

<sup>516</sup> Código Penal para el Distrito Federal, Sista, *op. cit.*, pp. 9, 82, 90.

obstaculiza el conocimiento de la verdad, o descubrir que las actuaciones y diligencias han sido firmadas por alguien distinto al personal técnico o administrativo que realmente las hizo (restándose credibilidad al desempeño de “buena fe” de las instituciones).

Las comunes corruptelas, impunidades o “expiaciones de inocentes”, son justificadas por los encargados del sistema de justicia penal en su potestad ilimitada. Acostumbran fundar y motivar condenatoriamente, aun cuando la razón no les asiste (copiando exclusivamente algunas líneas o palabras de testimoniales, periciales, inspecciones ministeriales y judiciales, pese a no encontrarse acorde con el contexto de la prueba o peor aún sin poder conformar con el resto de las probanzas una del tipo “circunstanciada”).

En cuanto a la justipreciación, asignan invariablemente a los medios de prueba diligenciados por, o a petición del personal técnico-administrativo a su servicio, un valor jurídico pleno; el deplorable ejercicio del ilimitado arbitrio comienza con el uso de frases “se le resta valor jurídico”, “se le resta credibilidad” a las probanzas ofrecidas por la defensa. Empero ¿cuál es entonces la razón de existir de éstas, si no se les valoriza imparcialmente?

¿Acaso tampoco podrán respetarse por los criterios ministeriales y judiciales, los principios básicos procesales? ¿seguirán sirviéndose sólo de un par de jurisprudencias e ignorando el resto de ellas?

Es cierto que existen medios de impugnación o el mismo “amparo” para inconformarse por resoluciones o actos de autoridad

considerados contrarios a la justicia, al Derecho; pero lo preocupante es el paso indiscriminado del tiempo y con él, en ocasiones, la posibilidad de conocer la verdad. De ahí que no sean privativas de las partes las acciones dilatorias y de entorpecimiento en el procedimiento (la mayoría de las veces a propósito), también las autoridades (por desconocer con exactitud el contenido de la averiguación previa o del expediente, por revanchas o simplemente por creer “tener siempre la razón”) no reciben las pruebas ofrecidas legalmente por el imputado o procesado, o se las reciben sin permitirle el debido desahogo (por calificar -como si se tratara de un juego de suerte- de legales o no legales, *e.g.*, las preguntas formuladas a testigos, al personal técnico-administrativo relacionado con el expediente o al mismo ofendido, por excusarse en las horas laborables para impedir la formulación exhaustiva de preguntas). O peor aún, cuando el juez instructor para fijar la punición hace uso de preceptos inaplicables (donde acorde con la hermenéutica y sus limitantes en materia penal no son procedentes la analogía ni la mayoría de razón). Se supone que la punibilidad y la consiguiente punición deben regirse exclusivamente por la figura delictiva por la cual se siguió el procedimiento y, no por una parecida como acontece frecuentemente en la práctica por personal del Ministerio Público o del órgano jurisdiccional.

Lo acertado sería no sólo obtener la reposición de un proceso, “un perdón”: por el remoto caso de absolución, sino la certeza de que la falta de diligencia o el abuso del arbitrio ministerial o judicial serán sancionados sin excepción (con la suspensión temporal o definitiva de su ejercicio, con multas, con excusas públicas por su mal desempeño, y en casos graves con prisión) por el incumplimiento o violación a sus deberes prescritos legalmente (CPPDF) como los advertidos en los numerales 170 (citar a junta cuando los peritos



nombrados discordaren entre sí), 174 (hacer a los peritos todas las preguntas que consideren oportunas), 178 (nombrar perito tercero en discordia), 189 y 190 (examinar a los testigos), 226 y 269 inciso f) (celebrar careos procesales).

En tratándose de dispositivos (del CPPDF) que dejen a la potestad ministerial o judicial: concurrir a la inspección (art. 139), asistir al reconocimiento que los peritos hagan de las personas o de los objetos (art. 176), ordenar a los peritos asistir a alguna diligencia (art. 182), desechar preguntas que a su juicio o por objeción fundada de parte sean inconducentes (art. 191); lo loable sería que ni la consignación ni la condena se basaran contundentemente en esas pruebas, sabiendo el funcionario que no agotó ni presenció la diligencia para tenerla por cierta e indubitable, cuando ésta de manera aislada la haga de “prueba plena”.

### 5.1 Inseguridad pública y *ius puniendi*

Por otra parte, debe destacarse que es el propio Estado, que actualmente tiene el monopolio de atender los problemas relacionados con la seguridad pública y la justicia, el que ha provocado la inseguridad jurídica: ni los ciudadanos en general ni los encargados de aplicar la ley saben con seguridad a qué atenerse debido a la inestabilidad legal, pues cuando lo que ahora se establece como la mejor opción, al otro día se modifica, ya sea por no funcionar o por no resultar comprensible, sin siquiera haber tenido el tiempo suficiente para poder asimilarla. La precipitación con que se actúa no permite madurar las cosas y experimentar sus bondades o desaciertos; las medidas, particularmente las medidas penales, no pueden funcionar mágicamente, como para ver sus resultados al día siguiente, por muy adecuadas o drásticas que

sean. No debe por ello, fincarse toda esperanza en ellas, ni desilusionarse al siguiente día porque no resultaron lo eficaces que se quería. Tampoco debe pensarse que las únicas medidas factibles son las penales, o que el problema de la delincuencia sólo puede enfrentarse a través de las medidas penales, ni que ellas por sí mismas van a lograr el objetivo de frenar la delincuencia y proteger adecuadamente los bienes objetivos, pues ello implica mucha ingenuidad y cierra las posibilidades a otras alternativas (el sólo aprobar y publicar una reforma penal, por muy adecuada que sea, no es suficiente para que automáticamente funcione y logre su objetivo, sino se comprenden sus debidos alcances y si no se implementa lo necesario para ello).<sup>517</sup>

Los integrantes de la sociedad queremos dejar de vivir bajo la amenaza penal o, si se quiere bajo el “terror penal” como única forma de convivencia social.

El Derecho Penal debe partir, entonces, de una determinada concepción del hombre, quien es el centro de atención y el principal destinatario de las normas penales, así como de una determinada concepción del Estado mismo. El hombre no es una cosa o un instrumento que el Estado puede utilizar para el logro de sus propios fines, sino una persona, un fin en sí mismo, un ser libre y capaz; pues sólo una concepción así puede servir para legitimar el derecho a castigar (*ius puniendi* estatal) y para justificar que el Estado le pueda exigir al hombre que ajuste su conducta a los contenidos de las normas que él da origen, o a imponerle sanciones por no haber ajustado su conducta a tales exigencias normativas. Partiendo de una concepción así,

---

<sup>517</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Principios rectores en el Derecho Penal mexicano”, en *Liber ad honorem* Sergio García Ramírez, T. II, UNAM, IJ, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, pp. 1309-1343.

puede hablarse de derechos que son inherentes a su naturaleza humana, los que, a su vez, pueden constituir un importante criterio de delimitación del poder estatal (o derecho a castigar) que tiene el Estado.

Conforme a lo anterior, el *ius puniendi* estatal no puede ser un poder ilimitado ni puede ejercerse arbitrariamente.

La actual tendencia internacional dominante, al menos en el plano teórico, se pronuncia por la vigencia de una política criminal más acorde a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, que sea por ello ampliamente respetuoso de los derechos humanos.

“El criptisismo” jurídico y la desvinculación de lo humano, son riesgos que alimentan la propia función del juez y que suele avivar la mole todopoderosa del Estado. Es decir, no hay un verdadero equilibrio de poderes, el ejecutivo suele desplazarse más allá de sus límites naturales, y la consecuencia es que la función judicial se encierra en sí misma, sacrifica su aspecto humano y casi se vuelve una máquina demoledora.<sup>518</sup>

## 5.2 Principios rectores en el sistema de justicia penal

En la aplicación concreta de la ley por parte de los juzgadores no existe todavía claridad respecto de lo que es la culpabilidad y de cuál es su contenido conceptual, en virtud de que no se ha dado una estrecha vinculación entre la Dogmática Penal y la Política Criminal. Su manejo, salvo ciertas excepciones, no es aún adecuado y con frecuencia se piensa que con las

---

<sup>518</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 71.

reformas sólo se ha producido un cambio de nomenclatura y que, por ello, se le puede seguir manejando como si se tratara de la peligrosidad o temibilidad. Resulta todavía más distante un manejo adecuado de este principio por parte del Ministerio Público, que en la mayoría de los casos utiliza los mismos medios de prueba que sirven para acreditar el cuerpo del delito del tipo de que se trata, para comprobar la responsabilidad del sujeto, y para el que sería preferible que los presupuestos de la pena fueran menores y menos exigentes, de suerte que todo inculgado terminara siendo condenado.

El sistema de justicia penal por el que el hombre opte mayoritariamente será el sistema propio de un Estado democrático de derecho, que es un sistema ampliamente respetuoso de sus derechos humanos y, por ello, establece límites precisos al ejercicio del poder penal estatal; se trata de un sistema que no instrumentaliza no mediatiza al hombre, sino que lo considera como persona, como "fin en sí mismo". En una concepción así, tanto el Estado como el sistema de justicia penal y, por ende, el Derecho Penal, deben estar al servicio del hombre y no para servirse del hombre.

Es necesario, por ello, que el hombre esté consciente de su condición humana y de los derechos que le son inherentes, para que los haga valer. Pero también se requiere que el Estado los reconozca y garantice a través de cauces formales, que se derivan de los principios de legalidad, legitimidad, de acto, de bien jurídico, de presunción de inocencia, de seguridad y certeza jurídica, de culpabilidad y proporcionalidad, de intervención mínima del Derecho Penal; pero además, que tales derechos y libertades se manifiesten también y sobre todo en el plano material, es decir, en el de la realidad social,

de suerte que no se quede en pura utopía, aun cuando ésta la necesite el pueblo para alimentar sus aspiraciones.<sup>519</sup>

### 5.3 Carencia de fe del pueblo en la procuración y administración de justicia

El problema de la administración de justicia de nuestro país es antiquísimo. Así lo puso de manifiesto en 1961 Carrancá y Trujillo,<sup>520</sup> “podría decirse que México no ha contado jamás con una administración de Justicia plenamente satisfactoria. No la tuvo en los tiempos precolombinos, cuando la Justicia era el instrumento de la teocracia y de las clases privilegiadas. No la tuvo en la época colonial, cuando la Justicia se basaba en las diferencias de castas. No la ha tenido en la época independiente porque la Justicia ha carecido de adecuada organización, de adecuada selección, de medios materiales y aún de independencia, todo lo cual la priva de respetabilidad social, signo revelador de la carencia de fe del pueblo en la justicia. No puede así, esperarse que en un breve lapso de nuestra larga historia, se haya logrado todo lo que a través de siglos nunca tuvimos”.

Así también se ha pronunciado Moreno Hernández, “desde hace ya muchos años se han venido escuchando las llamadas públicas, cada vez más desesperadas, por una mejor y real administración de la justicia penal. Constantemente se escucha, tanto de los doctos como de los legos, sobre la

---

<sup>519</sup> Palas Atenea es la creadora de la medida tan sabia de que cuando hay duda, la balanza debe inclinarse en favor del acusado. Por lo visto, se trata del viejo principio de *in dubio pro reo*, que no obstante su antigüedad, algunos tribunales se resisten todavía a considerar. MALDONADO AGUIRRE, Alejandro. *El delito y el arte*. (invitación a la Criminología). UNAM, IJ, serie E: varios, núm. 60, México, 1994, p. 83.

<sup>520</sup> *Criminalia*, Raúl Carrancá y Trujillo, núm. 23, México, 1961, Ediciones Botas, “La administración de justicia”, pp. 105, 106.

innegable existencia de una crisis de la justicia penal; de que la administración de justicia penal ha fracasado, porque no ha resultado funcional, porque no ha logrado satisfacer las aspiraciones o reclamos de la colectividad, y porque en vez de proteger debidamente los derechos humanos, se ha convertido en un instrumento de dominación y de sujeción frente al Estado”.<sup>521</sup>

Según García Ramírez “en la actualidad es preciso que la institución del Ministerio Público cumpla una honda revisión, depure su organización y funcionamiento, entienda las necesidades de la justicia, asuma una misión más amplia e intensa que garantice su presencia y grandeza en el porvenir”.<sup>522</sup> Pues hoy, se puede criticar al Ministerio Público por su falta de liderazgo, su nula especialización en la investigación de los delitos, que le conllevan al fracaso de su función.<sup>523</sup>

Un eficaz sistema de impartición de justicia penal debe también generar la tranquilidad en quienes no han cometido delito alguno, de que no serán privados de su libertad por simples sospechas o circunstancias.

En palabras de García Ramírez “uno de los grandes asuntos de la justicia, hoy día y siempre, ha sido la reforma de leyes, empero no se debe confundir al Estado de Derecho con el Estado de Leyes. No es la abundancia de leyes lo que constituye al Estado en un estado de Derecho, o más todavía en

---

<sup>521</sup> *Aequitas*, Moisés Moreno Hernández, Sinaloa - México, 1998, Poder Judicial del Estado de Sinaloa, Supremo Tribunal de Justicia, “El sistema de justicia penal en México”, pp. 5 y ss.

<sup>522</sup> *Lex*, Sergio García Ramírez, año I, núm. 5, 3a época, México, noviembre, 1995, UNAM, “Justicia y Ministerio Público”, pp. 9-11.

<sup>523</sup> *Criminalia*, René González de la Vega, año LXIV, núm. 2, México, mayo-agosto, 1998, Porrúa, “La lucha contra la criminalidad en el siglo XXI”, p. 45.

un Estado de Derecho justo; es la perfección de las leyes y su aplicación correcta, puntual y cotidiana”.<sup>524</sup>

Lo anterior es posible a través de criterios doctrinales y jurisprudenciales que conlleven a la interpretación de las leyes hacia los cánones del Estado social y democrático de Derecho y no a la reforma continua sin sustento, pues esta última vía está en contra de la seguridad jurídica dado que el ciudadano no tiene certeza si lo que ayer era lícito hoy ya es ilícito o a la inversa.

No podemos saber ni comprobar si todas aquellas personas contra quienes se inició averiguación previa merecían ser procesadas. Lo que sí sabemos es que la corrupción, los escasos medios con que cuenta el Ministerio Público y la Policía Judicial, su falta de preparación, la parcialidad del órgano jurisdiccional para sentenciar, la no diligente defensa (ya particular, ya de oficio) son factores que favorecen esta situación. Punto este toral donde debe buscarse una solución.

#### **5.4 Efectos de acreditar el dolo, la culpa y los elementos subjetivos distintos del dolo en la (probable) responsabilidad**

Otro punto medular que comentar, resulta de la reforma constitucional del 8 de marzo y procesal penal del 3 de mayo, ambas de 1999, tocante a que si el dolo, la culpa, el ánimo, la tendencia, el propósito han pasado a formar parte de la “responsabilidad” y atento en lo dispuesto por los

---

<sup>524</sup> *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro*, Sergio García Ramírez, año III, núm. 8, Querétaro-México, diciembre, 1994, “Algunos problemas actuales de la administración de justicia”, en *Jurisdictio*, pp. 15-22.

arts. 546 a 551 del CPPDF, para el caso en que durante el proceso se desvanecieran como fundamentos que sirvieron para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, sólo se traduciría en una libertad con reservas de ley quedando subsistente la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o comparecencia del inculpado, si aparecieran nuevos datos que así lo ameritara.

En cambio, si el dolo, la culpa, etc. se analizaran a nivel de elementos del tipo y durante el proceso se desvanecieran las pruebas que sirvieron para comprobarlos, procedería una libertad absoluta, cuyos efectos definitivos sobreseerán el proceso.

En fin acreditar el dolo y la culpa siguiendo a los causalistas o a los finalistas repercute trascendentemente en una libertad con reservas de ley, o en una libertad absoluta, respectivamente.

Obviamente, la reubicación del dolo y la culpa en la responsabilidad apareja también consecuencias procesales por lo que hace a las causas de exclusión del delito, comprendidas en las frs. II (atipicidad), VIII, inciso a) (error de tipo) del art. 15 del C.P., porque aquellos han dejado de ser elementos del tipo. Así cuando se argumentaba fundadamente la falta del dolo, la culpa (antes de las reformas referidas) cabía en estricto rigor la libertad absoluta del inculpado, o en todo caso, la reclasificación del delito como facultad potestativa del Juez acorde al art. 304-bis-A del CPPDF y al art. 160, fr. XVI de la Ley de Amparo.



### **5.5 Necesidad de profesionalización y mayores recursos para los órganos policiales, de procuración y administración de justicia**

Por ello, cada día es más sentida por el penalista la exigencia de la especialización, que le permita familiarizarse con conocimientos científicos y auxiliares. Siendo tan variada y compleja la personalidad humana, y esta el material de trabajo primordial para el criminólogo y aún para el juspenalista, quien trate de penetrar hasta su secreto recóndito no podrá satisfacerse con sólo la llave fulgurante de los Códigos.<sup>525</sup>

Sólo la especialización hará que la Justicia penal en México, salga de la improvisación en medio de la cual invariablemente se la ha reclutado.

García Ramírez, en diversos artículos (señalados en las fuentes de investigación) ha puesto de manifiesto que en este México nuestro, como en todos los países debemos entender y reconocer por fin, que la policía implica y desarrolla un auténtico servicio público profesional, que debe reclutársele, preparársele, retribuírsele y asegurar su estabilidad en el empleo cuando lo merezca. Y para esto se precisa de acciones a largo plazo, no de programas súbitos que sean de pronto cancelados. Hay que evitar el síndrome de Penélope que implica “hoy hacer y deshacer mañana”.

El Instituto de Formación Profesional ha reclutado, más no seleccionado, capacitado, adiestrado y evaluado eficientemente el desempeño

---

<sup>525</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 63-65.

profesional del Ministerio Público, de la Policía Judicial, de los Peritos y demás personal de apoyo técnico como administrativo.

No se trata de aumentar en manera considerable, como ha sucedido, las consignaciones a jueces penales y jueces de paz, ni de obtener sentencias condenatorias (como la estrategia del Programa de Procuración de Justicia del Distrito Federal 1995-2000 previno al disponer: “no sirve llenar la cárcel de consignados, si los dejan en libertad en el auto de término constitucional o al dictar la sentencia”)<sup>526</sup> alejadas de la justicia y de la verosimilitud, por obedecer sólo momentos electorales, políticos, de convencionalismo o consigna.

Por otra parte, no se ha logrado coordinar la denuncia ciudadana mediante sistemas de telefonía o alarma eficaces y la coordinación de patrullas y helicópteros, en la persecución “en caliente” de delincuentes.<sup>527</sup>

De ahí los importantes objetivos de transformar mentalidades anquilosadas y aferradas a un pasado que deseamos irrepetible en la procuración de justicia, para encausarlas por un sendero diferente, tan distinto que nos haga comprender que vivimos en otros tiempos y la dinámica de los cambios puede rebasarnos sin remedio si no somos capaces de adaptarnos a su acelerado avance; y que también los más sofisticados avances tecnológicos no pueden hacer a un lado ni la inteligencia ni la sensibilidad del ser humano, cuyo bienestar debe ser el objetivo final de su propio esfuerzo.

---

<sup>526</sup> Cita en MARTÍNEZ Y TORRES, Miguel F. “La especialización en el Ministerio Público”, en *El Ministerio Público en el Distrito Federal*, PGJDF, UNAM, IJ, serie E. varios, núm. 84, México, 1997, pp. 239-249.

<sup>527</sup> *Criminalia*, René González de la Vega, “La lucha contra la criminalidad en el siglo XXI”, *op. cit.*, p. 43.

La PGJDF y los Juzgados Penales (comunes y federales) carecen de los recursos humanos, materiales, financieros y tecnológicos adecuados para dar cumplimiento cabal a las atribuciones que tienen encomendadas según lo previsto en la normatividad jurídica y administrativa vigente.

Se requiere la construcción de un eje principal, constituido por todas las tareas que tienen que ver con las fuentes básicas de información, es decir, la averiguación previa, que desde el punto de vista sistémico se concibió ligada al control de los procesos judiciales. Con esto, se intenta dar al Ministerio Público herramientas para restituirle su calidad original de investigador y dar al mismo tiempo una atención más rápida en las barandillas, en las mesas, agencias del Ministerio Público, Delegaciones, hasta llegar a las propias áreas substantivas vinculadas a las actividades que en ellas se desarrollan.<sup>528</sup>

Sin duda entre las causas del incremento de los índices de criminalidad se cuentan: la violencia, la inseguridad e incluso como señala Moreno Hernández la “visible tendencia desesperada de muchas personas de hacerse justicia por sí mismas o de pedir mayor represión del Estado”.

En este marco la presencia judicial debe estar encaminada hacia la detención de delincuentes, no de ciudadanos inocentes o de simples sospechosos por su apariencia o circunstancias.<sup>529</sup>

---

<sup>528</sup> VELÁZQUEZ HERNÁNDEZ, José Socorro. “La modernización tecnológica en el Ministerio Público”, en *El Ministerio Público en el Distrito Federal*, PGJDF, UNAM, IIJ, serie E: varios, núm. 84, México, 1997, pp. 251-265.

<sup>529</sup> *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado*, Eduardo López Betancourt, “Nueva orientación del Derecho Penal”, *op. cit.*, p. 178.

Lamentablemente las reformas a nuestras disposiciones constitucionales, penales y procesales penales han restringido las garantías individuales a fin de combatir la criminalidad y la impunidad, “flexibilizando los requisitos para poder solicitar una orden de aprehensión”. Sin embargo, en un Estado social y democrático de Derecho, en un Estado de legalidad, la detención y consecuente privación de la libertad de una persona es uno de los actos de autoridad sujeto a múltiples requisitos y para el ciudadano debe constituir una de las más importantes garantías y ello es así “no para favorecer a los delincuentes, sino para evitar detener y privar de la libertad a quienes no lo son”.

La justicia implica inteligencia, emoción y sensibilidad, como atinadamente observa Carrancá y Rivas.<sup>530</sup> El justiciable no ha dejado de ser el foco de atención en el drama del Derecho, y ha de entenderse que el arbitrio judicial y la individualización de las penas -que tanta importancia tienen en nuestro Derecho Positivo- son una expresión legal de ese interés. A propósito, ni siquiera mediante tales elementos puede garantizarse la “infalibilidad de la Justicia”. Son frecuentes los casos en que la Justicia ha obtenido conclusiones erróneas a partir de elementos exactos, o bien ha deducido conclusiones lógicas partiendo de bases falsas (declaraciones de un acusado, documentos apócrifos, falsos testimonios, peritajes defectuosos), o hasta ha “creado el sentido y contenido” de las probanzas, para justificar declaraciones como: “ha bajado el índice de delincuencia”, “de X número de averiguaciones previas, X han sido consignadas y X han sido condenadas”, “la impunidad y la corrupción han cesado... ya lo vemos con la sentencia de tantísimos años que recibió el

---

<sup>530</sup> *Derecho Penal, op. cit.*, p. 65.

temible delincuente Y", "el asesinato de tal personaje ha sido esclarecido en horas, gracias a esta y aquella probanza".

Luego entonces, salta a la vista la necesidad de instruir a los justiciables, pero al mismo tiempo se ignora la desigualdad de los que son claramente desiguales, como anota Carrancá y Rivas.

### **5.6 Limitaciones del engranaje ministerial y judicial**

Durante la secuela procedimental las limitaciones del engranaje ministerial y judicial, en el campo del conocimiento, hacen indispensable el concurso de la técnica especializada en algún orden científico, ya sea para dilucidar o precisar las muy variadas situaciones relacionadas con la conducta o hecho, y con ello estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal.

Lo idóneo sería que, durante la investigación de los ilícitos, agentes del Ministerio Público, policías judiciales y peritos, integraran un sólido equipo de trabajo, permisivo de la retroalimentación.

El Ministerio Público dejaría de ser un simple receptor de la información, de modo cuidadoso la evaluaría, pues la valoración no crítica de los dictámenes periciales propicia con mucha frecuencia errores judiciales (por espíritu crítico debe entenderse la actitud intelectual de no admitir ninguna afirmación sin haberla sometido a un previo examen y facultad para discernir lo verdadero de lo falso).

Cierto resulta que toda intervención pericial se origina con la petición de la autoridad competente, pero el éxito de ésta hemos constatado repetidamente que depende, en gran medida, de la forma en que se plantea la cuestión.

Un planteamiento en términos claros, precisos y directos, facilitaría mucho la investigación pericial. No así el planteamiento vago (como el acostumbrado: "que se designen peritos para que dictaminen al respecto"), que entorpece por completo toda investigación, en virtud de que no se ha planteado ningún problema.

Dadas sus finalidades, la Criminalística viene a constituir un complemento de la función encomendada al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, otorgando protección a las fundamentales garantías del hombre, que serían ilusorias si no se fortalecieran con una certera investigación científica del delito. Por ende, urge capacitar al personal encargado de realizar, *e.g.*, los estudios de personalidad, reformar integralmente la manera: en que se solicitan por parte del órgano jurisdiccional (obligándolos a leer y a verificar que su solicitud contenga correctamente todos y cada uno de los datos necesarios y termine la práctica repercutora, en el tiempo o valoración de la probanza, por cortar y pegar información sin importarles que no sea el delito, los hechos o el nombre del procesado), en que el personal técnico lo elabora (por ser infuncional y desequilibrados los términos en que invariablemente son ofrecidos, y básicamente para presenciar su desarrollo, la metodología seguida tanto las autoridades como las partes interesadas. Con ello pretendemos que el estudio no sea producto de inducciones, y que el diagnóstico y pronóstico sean verdaderamente útiles para fines preventivos, de readaptación o de absolución).

proporcionalidad y del interés público preponderante. En casos excepcionales de peligrosidad extrema, Roxin admite la imposición de medidas conjuntamente y en extensión superior a la pena.

En México, Raúl Carrancá y Trujillo dejó escrito sobre el particular, lo siguiente: formación técnica, aptitud profesional y conocimientos criminológicos del juez penal. A fin de que el juez penal esté capacitado para hacer correcto el uso del arbitrio que la ley le concede, en la apreciación y valoración de la peligrosidad del sujeto sometido a su jurisdicción, se requiere su formación especializada, lo que quiere decir su capacitación en las ciencias penales. Unánimemente las corrientes científicas se pronuncian en el sentido de la indispensable especialización del juez penal. Importa más una buena judicatura penal que un buen Código Penal, porque un mal Código Penal puede, incluso, producir favorables experiencias si es un buen juez penal quien lo aplica.<sup>531</sup>

Lo idóneo sería proceder metódicamente en las investigaciones criminalísticas, pues el método conduce al perito por el camino seguro hacia el encuentro con la verdad. Los investigadores no tantean en la obscuridad: saben lo que buscan y cómo encontrarlo.

La técnica, en cambio, es el arte o manera de recorrer ese camino. Y no todas revisten la misma importancia. Las hay de orientación, de probabilidad y de certeza, circunstancia que debe ser conocida por el propio perito así como por los juzgadores, quienes en última instancia, se encargan de la valoración jurídica de las pruebas.

---

<sup>531</sup> Cita en: MORENO GONZÁLEZ, Rafael. "La Criminalística y la Criminología, auxiliares de la justicia", en *El Ministerio Público en el Distrito Federal*, PGJDF, UNAM, III, serie E: varios, núm. 84, México, 1997, pp. 193-203.



Independientemente del eficaz y adecuado aprovechamiento del método criminalístico, así como de sus técnicas en la búsqueda de la verdad, no debemos olvidar que el investigador siempre debe sujetarse a los hechos, pues constituyen su haber positivo.

El verdadero experto en Criminalística es un hombre de ciencia y, por lo tanto, no debe emitir juicio alguno que no haya sido comprobado empíricamente, ya sea mediante la observación o la experimentación. La Criminalística, en ninguna de sus ramas es arte adivinatorio, magia blanca, ni superchería, sino una disciplina científica nutrida, sostenida y vigorizada por todas las ramas del saber humano.

### **5.7 Necesaria profundización en la metodología de la investigación pericial**

Todo lo manifestado nos lleva a la necesaria profundización en la metodología de la investigación pericial. Tomando en base el conocimiento interdisciplinario, la capacitación de la autoridad encargada de procurar y administrar justicia, así como de sus órganos auxiliares en cada especialidad. Observando en ello la praxis, casos reales, para someter sus análisis a la experiencia y propuestas más razonadas e interrelacionadas con los hechos y con el sujeto a estudio.

La intervención del médico de Servicios Periciales debe quedar asentada en un dictamen, informe o certificado, respectivamente.

En un dictamen: cuando el juicio con fundamento técnico-científico que emite un especialista de una rama de la ciencia o el saber dirigida a una autoridad determinada responda a un planteamiento determinado. Se emitirá siempre por escrito, a fin de que tenga validez oficial. Responderá a cuestiones específicas aplicables a un caso controvertido y que tenga injerencia en una averiguación previa o en una actuación judicial.

Estará compuesto cuando menos por las siguientes partes:

-Anotación de la averiguación previa, oficio de designación, expediente o partida.

-Consignatario.

-Planteamiento exhaustivo del problema, para lo cual se necesitará de aportes interdisciplinarios previos, durante y posteriores a la intervención pericial.

-Material de estudio.

-Metodología, que deberá acompañarse con la descripción de cada etapa y de sus constancias.

-Observaciones.

-Consideraciones generales.

-Conclusiones.

En un informe cuando el perito que interviene en atención a un requerimiento de la autoridad, comunica a aquélla que solicitará su

intervención, porque no existe posibilidad de emitir un dictamen, en virtud de que no se lograron reunir los elementos suficientes y necesarios que hubieran permitido asentar la opinión del Perito con fundamentos técnico-científicos.

Lo cual puede basarse en:

- No haber preservado el lugar de los hechos.
- No contar con documentos originales.
- Carecer de elementos comparativos para el cotejo.
- Estar imposibilitado para tener acceso a un lugar.
- Encontrarse bajo condiciones naturales adversas que no permitan la intervención.
- Ignorar el contenido de una averiguación previa o de un expediente. Lo que presupone la omisión por parte de la autoridad correspondiente de una detallada solicitud de intervención pericial.
- Solicitar la intervención pericial fuera de tiempo. Situación que puede achacarse al ofendido, a la víctima, o a las autoridades ministeriales o judiciales.
- No contar con la presencia de los involucrados cuando han sido requeridos para la labor pericial.
- Carecer de la documentación que acredite una personalidad, propiedad. Ausencia de elementos que permitan la emisión de un dictamen.

Así, para que el tiempo no se convierta en un factor que permita la alteración del lugar de los hechos, el desvanecimiento de las evidencias y en general el mejor aliado para no obtener resultados positivos, es necesaria una comunicación fluida entre la autoridad y el Criminalista de campo, ya que permite la celeridad de la investigación y evita extraviarse en el curso de la misma.

## C O N C L U S I O N E S

**PRIMERA.-** El Sistema Clásico del delito estaba sustancialmente influido por el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX, que quería someter a las Ciencias del espíritu el ideal de exactitud de las Ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema del Derecho Penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Ofrecía, por ende, una división entre elementos objetivos y subjetivos; alcanzó su apogeo con el sistema de Beling y von Liszt que consideró a la acción como comportamiento dominado por la voluntad, a la tipicidad como acontecimiento exterior descrito típicamente por el legislador, a la culpabilidad como relación psicológica del autor con su hecho, mismos que al ser "objetos materiales del mundo real" habrían de poder ser constatados por el juez sin necesidad de incorporar juicios valorativos. El Sistema Clásico del delito dominó aproximadamente hasta el año 1900.

Así, la separación del aspecto externo (injusto) con respecto al aspecto interno (culpabilidad), da lugar al llamado concepto psicológico de culpabilidad. Los hechos psíquicos de la vertiente interna, es decir, sólo dolo e imprudencia constituyen la culpabilidad, la cual requiere de una determinada vinculación psicológica entre el autor y su hecho, a fin de afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito. El dolo y la culpa eran, entonces, las dos formas en que se presentaba la culpabilidad; mientras que la imputabilidad, en general, se caracterizaba como presupuesto de la culpabilidad o de la pena.

La concepción psicológica, en relación a la culpa (en especial la culpa inconsciente) fracasó porque en ella falta la relación psíquica del autor con su hecho, relación en que hizo radicar su esencia, también falló porque a pesar de existir el dolo podía faltar la culpabilidad; consideraciones que conducen al reconocimiento de que tanto en el juicio de culpabilidad como en el establecimiento de la antijuridicidad, se trata del resultado de una valoración, a la cual están sometidos tanto el tipo objetivo como el subjetivo.

**SEGUNDA.-** La libertad de la voluntad, según las concepciones determinista e indeterminista, es un supuesto necesario para la imputación jurídica y un elemento de la imputabilidad.

La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad tiene que satisfacer dos exigencias: que el agente tenga consciencia de la antijuridicidad tipificada de su acto y que realice éste voluntariamente (capacidad de conocer y querer). Su presencia o ausencia en nada afecta a la conducta y a la antijuridicidad, pero para incursionar en las valoraciones propias de la culpabilidad sí es menester afirmar previamente la existencia de la imputabilidad. Sin embargo, ello no significa que la ausencia de la capacidad de conocer y querer sea aspecto negativo de la culpabilidad, sino que ésta tiene sus propios aspectos negativos.

En la imputabilidad disminuida, el autor es imputable “pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente normal, debe esforzar lo más su voluntad”. En tratándose de esta figura la pena solamente podrá ser atenuada.

Las acciones libres en su causa (*actiones liberae in causa*) se presentan cuando se produce un resultado contrario al Derecho, por un acto o una omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto doloso o culposo cometido en estado de imputabilidad. El supuesto de que al efecto se parte es que la conducta antecedente se halla en conexión causal con el resultado producido, y que éste se presenta como imputable.

Ante la ausencia de la capacidad de imputación, la punibilidad quedará necesariamente excluida, bien por la falta de madurez mental, o cuando falte la salud mental

**TERCERA.-** Ahora bien, cuando exista identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado, hablaremos de una culpabilidad dolosa estimada como la especie más perfecta de la culpabilidad, porque supone la relación psíquica (o nexa psicológico) completa entre el hecho y su autor.

Para la existencia del dolo se requiere el conocimiento y previsión del resultado ilícito, del conocimiento de que el resultado querido es ilícito, o sea, de que tiene una significación antijurídica (injusto) (ambos elementos intelectuales del dolo). Así como de la viciada voluntad de causación (elemento emocional del dolo).

La culpabilidad culposa existe cuando la relación de causalidad psíquica (o nexa psicológico) es imperfecta entre el autor y la producción

antijurídica del tipo o resultado, dado que éste último es resultado de la inadvertencia o indiferencia en el cumplimiento de las obligaciones.

La culpa cobra sus bases de la previsibilidad vinculada con un denominado vicio de la voluntad, a partir del cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible.

**CUARTA.-** Se distinguen dos clases de culpa: la llamada consciente, con previsión, con representación o inmediata y la denominada inconsciente, sin previsión, sin representación o mediata.

La frontera sutil entre la culpa consciente y el dolo eventual consiste en que en aquella hay esperanza de que no se produzca el resultado antijurídico y, en éste la resolución de obrar aunque ocurra.

La trascendencia de la delimitación entre ambas figuras radica fundamentalmente en la pena que se impondrá al sujeto activo del delito, pero además repercutirá en las bases del concepto tradicional del dolo, en cuanto a su elemento volitivo, pues surge la interrogante de que si tal elemento volitivo será imprescindible también para sancionar una conducta a título de dolo eventual. Las llamadas teorías cognitivas y las volitivas establecen criterios diferenciadores de las conductas doloso eventuales y de las realizadas con culpa consciente. Las teorías cognitivas más conocidas son la de la representación y la de la probabilidad. Las volitivas: las del consentimiento y las del sentimiento.



**QUINTA.-** El Sistema Neoclásico está predominantemente basado en la filosofía de los valores neokantiana (influyente hasta 1930), que hizo al Derecho Penal separarse en gran medida, en cuanto a su método, de las Ciencias naturales, pues se trataba ahora de un Derecho referido a fines y a valores. A la culpabilidad se le atiende “normativamente” como reprochabilidad, a partir de Frank (1907), y se le liga con la concepción kantiana de la “retribución” por el contenido “ético” que el reproche lleva.

Según esta corriente son elementos de la culpabilidad: la imputabilidad, entendida como capacidad de culpabilidad, es decir, como presupuesto de una voluntad defectuosa; las formas de culpabilidad, dolo y culpa que se comprenden como voluntad defectuosa, relativas tanto a los hechos como a la significación antijurídica; y la ausencia de causas de exculpación, cuya presencia impediría la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho.

Tanto en el Sistema Clásico como en el Neoclásico del delito, la falta de un resultado objetivo da cabida a la impunidad de la conducta. Empero afortunadamente tal arribo insatisfactorio fue, más tarde, superado por el finalismo, mediante el análisis de la finalidad de la acción y la reubicación consecuente del dolo y la culpa en el tipo al evitar disfunciones sistemáticas y determinar si el resultado objetivo de un determinado delito (homicidio-lesiones) debe ser imputado a título doloso o culposo, en su caso.

Las críticas metodológicas al Sistema Neoclásico, realizadas por Graf zu Dohna, sirvieron de sustento a la posterior Teoría Final de la Acción;

al separar tajantemente la valoración (reprochabilidad) y el objeto de la misma (dolo) y reducir el concepto de culpabilidad a la valoración del objeto.

Se tienen como fundamentos de la incapacidad de imputación a la inmadurez mental (falta de desarrollo mental-“menores”); al trastorno mental transitorio; a la falta de salud mental (sordomudos, enajenados mentales), al miedo grave y al temor fundado. Tratándose de incapaces de imputación se recomendaba, en esta etapa, que en lugar de la pena se les aplicara la internación de cura y asistencia.

**SEXTA.-** Además de determinarse la identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado, para hablar de una culpabilidad dolosa, había que establecerse si al sujeto capaz que obró con dolo le era exigible por el orden normativo una conducta diversa a la realizada. El dolo consiste en la voluntad de causación de un resultado dañoso.

Para la formulación del concepto del dolo aparecieron diversas teorías. La tradicional o clásica, denominada teoría de la voluntad, data de la antigüedad romana y encuentra su mejor estructurador en Francisco Carrara. Las teorías causalistas, al ubicar el dolo en sede de culpabilidad, dejaban para ese momento el contenido de la voluntad, es decir, la dirección o finalidad del sujeto centrandose su atención en sede de tipicidad única y exclusivamente en la voluntad de causar. Es cierto que lo característico de esta teoría resulta ser la voluntad, sin embargo, no es suficiente la voluntad respecto de un hecho para que pueda surgir el dolo con toda su trascendencia, es necesario que también exista la intención de producir el resultado sobrevenido.

Los más genuinos expositores de la teoría de la representación del dolo son Reinhard Frank y Franz Von Liszt. Tal corriente substituye voluntad por representación, haciendo consistir ésta en el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer. La teoría de la representación parte del elemento puramente cognitivo, la mera representación por parte del sujeto de la "posibilidad" de que su acción es adecuada para producir el resultado lesivo es suficiente para afirmar el dolo. Pero si el sujeto tiene la confianza de que el resultado, a pesar de su acción, no se producirá eso es equivalente a la negación de su resultado y excluye al dolo. Este tipo de teoría encuentra graves problemas al establecer la diferencia entre culpa consciente y culpa inconsciente, pues la primera requiere necesariamente que el sujeto haya previsto un resultado, en otras palabras, que se lo haya representado, lo cual es propio del dolo eventual.

En razón de lo anterior, se llegó a una construcción del dolo mediante la vinculación lógica y necesaria de ambos elementos (voluntad-representación) y así se entiende que hay dolo en una conducta cuando el autor de ella se ha representado intelectivamente el resultado, pero además considerando debidamente la índole de la voluntad respecto a esa representación.

Dentro del Sistema Causalista, el dolo tiene entonces una doble ubicación sistemática: en los delitos consumados está en la culpabilidad y en los que se presentan en grado de tentativa, es punto de partida de la acción.

**SÉPTIMA.-** En tanto que el objeto que se reprocha, con motivo de la culpabilidad culposa, es la conexión psíquica que, por cierto, resulta imperfecta en relación con el hecho; constituyendo el objeto de ese reproche (el elemento normativo), la exigencia por parte del orden normativo de una conducta diversa a la realizada por el sujeto capaz que obró con culpa. Por eso, actúa culposamente quien no pone la diligencia a que está obligado y de la que es capaz, de acuerdo con las circunstancias y con sus condiciones personales, y por ello no prevé que puede concretarse el tipo de una acción punible o aún previéndolo<sup>1</sup> confía en que no se producirá.

Con el objeto de fundamentar a la culpa se han elaborado diversas teorías: la de la previsibilidad que afirma a la culpa como un vicio de la voluntad (porque el agente no emplea la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer las consecuencias siniestras de su acto); la del vicio de la inteligencia que sostiene que el agente obra sin la debida previsión precisamente por los vicios de inteligencia y memoria que tiene; las positivas que no hacen más que aplicar al estudio de la culpa su fórmula de la responsabilidad social y la teoría de los móviles antisociales; la físico-psicológica donde se coloca la esencia de la culpa en un defecto de la asociación de ideas o en un defecto de atención; la de la imprudencia o negligencia que hace radicar la culpa en la negligencia ocasionada por la ausencia de voluntad de evitar lo dañoso a los intereses públicos o privados; la integral de von Liszt donde la culpa consiste en el desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias, en la falta de previsión (como falta de inteligencia) y en la falta de sentido (constitutiva del contenido material de la culpa, traducida en la posibilidad del agente de conocer la significación antisocial de su acto).

**OCTAVA.-** Por algunas penalistas del Sistema Causalista es admitida la preterintencionalidad o ultraintencionalidad como tercera especie de la culpabilidad. En el delito preterintencional la voluntad del agente está dirigida a un suceso determinado, pero el evento que se produce es más grave. Las posturas que explican esta figura obedecen a tres tendencias: unos que la asimilan al dolo, otros que la identifican con el dolo (al inicio) y la culpa (en cuanto al resultado), otros más que la entienden como un delito calificado por el resultado.

**NOVENA.-** En esta etapa se sostiene la culpabilidad en supuestos de culpa inconsciente, a partir del reproche por la inobservancia de un deber de cuidado. Y se da por excluida la culpabilidad ante la concurrencia de alguna causa de exculpación, resultado aplicable en hipótesis como la tabla de Carneádes donde no se le puede reprochar al náufrago el no haberse comportado conforme a Derecho, ya que el orden jurídico no puede exigirle la conducta heroica de sacrificar su vida para que el otro se salve.

De modo que las causas de exculpación (error de hecho invencible, estado de necesidad disculpante) impiden la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho. Por tanto las circunstancias acompañantes, la motivación normal o la exigibilidad sólo aparecen en forma negativa, como exclusión de la culpabilidad.

**DÉCIMA.-** Para la Teoría Final de la Acción la esencia de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que mediante su

anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo. El dolo y la culpa aparecen ahora en una forma reducida a la dirección causal y se consideran ya como componentes del tipo (se trata de un dolo neutro, cuya presencia o ausencia condiciona la existencia de la tipicidad dolosa). Ello supone una ulterior subjetivización del injusto, y en cambio para la culpabilidad una creciente desubjetivización y normativización.

El planteamiento del finalismo se vio determinado, consiguientemente, en la separación entre el mundo de lo real y el Derecho. Atento en lo que se elaboraron las “estructuras lógico-objetivas o lógico-reales” (mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas, de realidad y de valor) previas a toda regulación jurídica.

La concurrencia del dolo o la culpa no presuponen la existencia de la culpabilidad, pues tanto el dolo como la culpa se analizan y conforman en el tipo. Un determinado agente puede haber realizado una conducta típica dolosa y, sin embargo, no ser culpable por no tener la consciencia de la antijuricidad de su conducta (al creer que su conducta estaba permitida por una causa de justificación), por desconocer la existencia de la norma prohibitiva (error de prohibición), por inexigibilidad de otra conducta (al enfrentar una situación de miedo insuperable).

**DÉCIMO PRIMERA.-** Estimamos por un lado, que se yerra al sostener contra la solución finalista que el concepto de culpabilidad queda vacío (con motivo de la reubicación del dolo y de la culpa a nivel de tipo), ya que se encuentra compuesta todavía de la imputabilidad, de la consciencia de la

antijuridicidad y de la inexistencia de causas excluyentes de la culpabilidad. Elementos que llevan aparejados en el correspondiente nivel, como aspecto negativo, la inimputabilidad, el error de prohibición (que nada tiene que ver con el dolo) y la inexigibilidad.

Sin embargo, creemos, por otro lado, que la concepción normativista pura confunde culpabilidad y juicio de culpabilidad, toda vez que la culpabilidad es algo existencial que está en el autor (cuando menos, es una propiedad de la conducta del autor), algo que también debe hallarse en la cabeza o en el corazón del autor; por eso la culpabilidad es independiente de cualquier juicio acerca de ella. El juicio de culpabilidad presupone la culpabilidad, no se identifica con ella; el juicio de culpabilidad confronta la relación existente entre el autor y el hecho cometido por él con las exigencias de las normas jurídicas. Al juzgar la culpabilidad, se estudia si el autor individual estaba en condiciones, por las circunstancias personales, aptitud, situación económica, de comportarse en forma acorde con el orden jurídico. De esta guisa, el juicio de culpabilidad es heterónimo (pronunciado externamente) y la culpabilidad es autónoma, el mismo autor determina acerca de su culpabilidad, la produce.

**DÉCIMO SEGUNDA.-** La concepción normativa-pura de la culpabilidad, fundamenta el juicio de reproche en la “posibilidad del autor de actuar de manera diferente”. De ahí que, la razón principal de elevar críticas contra “la libertad de voluntad” es la indemostrabilidad científica del “albedrío”. Quienes adoptan una postura radical, rechazan el concepto de culpabilidad como exigencia de la noción dogmática del delito, porque toda acentuación de factores y cadenas causales en el comportamiento interior y

exterior del autor excluye la suposición de libertad en ese comportamiento, y por eso plantean la posibilidad de la “pena sin reproche”.

Otros juristas, sin llegar al extremo de desechar la culpabilidad, concluyen que el problema de la libertad de voluntad puede estimarse superado o, en el fondo, como irrelevante para el Derecho Penal. Roxin, por ejemplo, desarrolla su teoría de los “fines de la pena”, con la cual sostiene que “la idea de la retribución” (fundamentadora de las consecuencias jurídicas perjudiciales en una hipótesis científicamente indemostrable) pierde su importancia político-criminal. Muñoz Conde, por su parte, asevera que la solución es relativizar el entendimiento de la libertad que sirve de base al concepto tradicional de la culpabilidad y dotar a ésta de un contenido distinto, capaz de legitimar, explicar y limitar de un modo racional la imposición de una pena; propone entender la capacidad de poder actuar de otro modo, en un sentido puramente vivencial o fenomenológico como producto de nuestra experiencia y observación. Para Stratenwerth la fórmula según la cual la culpabilidad se refiere a la libertad del autor de determinarse de acuerdo con lo jurídicamente debido, no debe originar el malentendido de que tal libertad pueda ser realmente comprobada. La culpabilidad individual se escapa del juicio de un tercero. Nadie tiene la posibilidad de irrumpir en la individualidad y en la situación ajena para verificar si el autor podría haberse determinado dentro del ámbito de libertad restante desde el punto de vista de otro.

**DÉCIMO TERCERA.-** En la Teoría Final de la Acción, la consciencia de lo injusto integra el núcleo del reproche de culpabilidad, pues la decisión de cometer el hecho en pleno conocimiento de la norma jurídica que lo ordena o prohíbe, caracteriza el levantamiento consciente contra el Derecho.



Dicho conocimiento no será necesario que se presente en forma “actual”, sino que bastará con la posibilidad del mismo, esto es, con el “potencial conocimiento de la antijuridicidad”.

En torno a la consciencia de la ilicitud del hecho se enfrentaron diversas teorías: la **extrema del dolo**, considerada la más antigua, se fundamentaba en el concepto causal de la acción, según esta teoría el autor debe haber actuado con el actual conocimiento del injusto. La consciencia de la ilicitud del hecho constituye aquí un elemento del dolo. A la teoría del dolo se le señaló que debería conformarse con un “conocimiento inactual”, en todo momento actualizable, pues de otro modo difícilmente habría hechos dolosos. Además es incompatible con la función del Derecho como ordenamiento objetivo el que dicha teoría ponga la vigencia de las normas jurídicas ampliamente a disposición de sus destinatarios, bastando sólo con no tomar consciencia de un tipo para quedar a salvo de su amenaza de pena. Sus defensores al intentar superar tales objeciones, haciendo una excepción en los supuestos del error de prohibición basado en la “ceguera jurídica” u “hostilidad al Derecho”, se alejaban del punto de partida de esta teoría y admitían con ello que la consciencia de la antijuridicidad no caracteriza siempre la diferencia decisiva de culpabilidad entre el dolo y la imprudencia.

En cambio, la **teoría limitada del dolo** se contenta con la simple potencialidad del conocimiento del injusto perteneciente al dolo. En este caso, la falta de conocimiento del injusto no excluirá la pena correspondiente al dolo.

De acuerdo con las consecuencias de la teoría de la acción finalista fue elaborada la **teoría extrema de la culpabilidad**, que trata al

conocimiento del injusto no como elemento del dolo, sino exclusivamente, como parte subjetiva, al tipo y, como factor rector, a la acción. El conocimiento del injusto, por tanto, va a ser elemento determinante en la existencia o inexistencia de la culpabilidad, pero en nada afectará al dolo. En este supuesto, el error de prohibición no puede excluir al dolo, pero puede perfectamente, en determinadas circunstancias, desplazar la culpabilidad.

Bajo la influencia de la teoría finalista de la acción, la **teoría limitada de la culpabilidad** (que alcanzó el carácter de opinión dominante en la postguerra) sostuvo que la consciencia de la antijuridicidad no sería presupuesto del dolo y tampoco necesariamente de la plena culpabilidad. A quien por indiferencia absoluta no se preocupa de la ley no se le ha de juzgar, en caso de infracción de ésta, más benignamente que a aquel que conscientemente la burla. Esta teoría resulta asistemática y crea profunda confusión al relacionar el conocimiento del injusto a veces con el dolo y a veces con la culpabilidad. Tratándose del error de prohibición, si es inevitable quedará suprimida la culpabilidad, si evitable subsistirán dolo y culpabilidad (atenuada) y deberá mitigarse la pena. La postura en cita distingue, asimismo, en el ámbito del error sobre causas de justificación, entre el error sobre los presupuestos fácticos y el error sobre la valoración jurídica negándose, con ello, la presencia de un hecho doloso en el llamado "error de tipo permisivo".

**DÉCIMO CUARTA.-** La doctrina de la no exigibilidad de una conducta conforme a la norma, se justifica si se considera que hay situaciones de peligro, de apuro o de compulsión en las cuales la vigencia imperiosa de la

norma no resulta ni puede ser eficaz, si además, se tiene en cuenta que la ley ha sido dictada para el hombre medio, no para el héroe.

Dicha doctrina fue formada en presencia de dos casos, de gran resonancia jurídica: el de la cabalgadura que no obedece a sus riendas (*leinenfänger*) y el de la cigüeña ante sus jurados (*Klapperstorch*). Entre los casos particulares de no-exigibilidad se encuentran: el estado de necesidad disculpante, el estado de necesidad de consciencia, la situación de defensa necesaria.

**DÉCIMO QUINTA.-** La culpabilidad, en el modelo lógico-matemático es el reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de su actuación no lesiva o menos lesiva. Para que el agente se haga acreedor a un reproche es necesario que conozca tanto el deber como la violación del mismo. El conocimiento del deber jurídico penal ha de entenderse como conocimiento potencial, en cambio, el conocimiento de la violación del deber ha de entenderse siempre como real y actual.

El único aspecto negativo de la culpabilidad, en el modelo lógico-matemático, es el error invencible sobre la concreción de los elementos objetivos valorativos del tipo legal particular (el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal). El error vencible sobre la concreción de los mismos elementos sólo reduce el grado de reproche.

**DÉCIMO SEXTA.-** Tras las insuperables críticas en torno de la culpa y la omisión hechas al sistema final de acción, aparecieron nuevos proyectos sistemáticos:

a) La síntesis neoclásico-finalista (de Jescheck, Gallas, Wessels) que distinguió al injusto de la culpabilidad, caracterizándolos, al primero, como el desvalor de la acción y, a la segunda, como el desvalor de la actitud interna o el poder evitar del autor respecto de la realización antijurídica del tipo. Expresando, en consecuencia, el injusto un juicio de desvalor sobre el hecho y la culpabilidad un juicio de desvalor sobre el autor.

b) El modelo monista-normativo (de Jakobs) que desliga expresamente al concepto de culpabilidad de toda idea de “poder actuar de otro modo” y lo presenta, en cambio, como resultado de la imputación jurídico-penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación. Metodológicamente, la originalidad de la concepción sistemática de Jakobs estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídico-penal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales (sobre todo de Luhmann). Y la peculiaridad más discutida del contenido de su teoría del delito radica en que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida (en cuanto su fundamento y medidas) en el concepto de prevención general, esto es, la adscribe simplemente conforme al criterio de lo que es necesario para el “ejercitamiento en la fidelidad al Derecho”, sin tomar en consideración las capacidades del autor.

c) El sistema racional-final o teleológico funcional (de Roxin) introdujo dos innovaciones a la teoría del delito: la teoría de la imputación al tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y de la necesidad de imposición de la pena. Dicho sistema retoma los principios del pensamiento neohegeliano y neokantiano, para sistemáticamente desarrollarlos bajo las bases de la moderna teoría de los fines de la pena, la cual se enmarca a su vez dentro de los principios rectores de un Estado social y democrático de Derecho. Por eso, parte de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas, sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal.

**DÉCIMO SÉPTIMA.-** Para Roxin, actúa culpablemente el sujeto cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que todavía le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Sólo en la medida en que se acepte la capacidad humana para dirigir su propio comportamiento, puede razonablemente justificarse la existencia de las normas y sanciones penales, pues de otro modo no tendrían sentido las prohibiciones y mandatos. Las limitantes al poder punitivo del Estado surgen así (por ser propias de una determinada concepción estatal y del Derecho Penal) y se convierten en principios informadores de éste (*e.g.* el de legalidad, el del bien jurídico, el de culpabilidad).

En este sentido, el principio de culpabilidad es capaz de cumplir tal misión (limitar el *ius puniendi* estatal), según se defina el contenido del

concepto de culpabilidad, ya como: “poder actuar de otro modo” (aunque esta concepción fracasa por no ser susceptible de constatación científica); “actitud interna jurídicamente desaprobada” (concepción a la que se objeta no superar sustancialmente el carácter formal de la reprochabilidad, pues no indica ningún criterio en virtud del cual se desapruebe jurídicamente la actitud interna del sujeto); “deber responder por el carácter propio” (se le objeta que resultaría paradójico atribuir a alguien la culpabilidad por “su disposición caracterológica” de la que no es responsable, respecto de la cual nada puede hacer. Además de no servir de base a una concepción empírico-racional del Derecho Penal); “atribución según las necesidades preventivo-generales” (a esta concepción se opone sobre todo el hecho de que la punibilidad del particular no depende ya de circunstancias que radican en su persona, sino de lo que presuntamente sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento); o como “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa” (no se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico. Pues *e.g.* la Psicología y la Psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento, con los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad. Sin embargo, su forma de realización, ofrecimiento o desahogo siguen siendo dubitables o incompletos).

Mientras que la culpabilidad (como fundamento de la pena) tiene un efecto perjudicial para el acusado, legitimando el mal que se le impone; la culpabilidad (como medición de la pena) no perjudica al delincuente, sino que lo protege impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad.

**DÉCIMO OCTAVA.-** Sin embargo, la culpabilidad por sí sola, entendida como posibilidad de actuar de un modo distinto, es insuficiente para justificar la imposición de una pena. A ella debe añadirse (por su adhesión a la “teoría del espacio de juego”) la consideración preventiva, tanto general como especial, de que la pena es necesaria para reforzar el sentimiento jurídico (atento en la prevención de integración) y la fe en el Derecho de la comunidad y para actuar sobre el autor del delito, evitando su recaída en el mismo. Cuando ninguno de estos efectos preventivos sean necesarios, por más que el autor haya actuado culpablemente en el sentido tradicional de la palabra, no podrá imponérsele una pena. Por eso, Roxin prefiere hablar de <<responsabilidad>> en lugar de <<culpabilidad>>, y, en todo caso, dice que <<la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena>>. Para demostrarlo analiza agudamente los preceptos que en el Código Penal alemán regulan el estado de necesidad disculpante, el exceso en la legítima defensa, el error de prohibición y la incapacidad de culpabilidad, en los que claramente se refleja que no es una presunta falta de capacidad para actuar de un modo distinto, sino la falta de necesidad preventiva lo que lleva a legislador a dejar exentos de pena a quienes se encuentran en dichas situaciones.

Con ello consigue, además, una ulterior limitación del poder punitivo del Estado, al no ser suficiente ya con la simple culpabilidad para imponer una pena, y una justificación puramente político-criminal, empíricamente verificable, de la imposición de una pena basada en las necesidades preventivas.

Continuando con su pensamiento, la culpabilidad constituye el límite máximo, la barrera infranqueable, que en ningún caso puede traspasarse a la hora de determinar la pena aplicable al autor de un delito en el caso concreto. Pero, por debajo de este límite máximo, son sólo las consideraciones preventivas y ciertamente preventivas especiales, es decir, la reeducación y reinserción social del delincuente <<los efectos que cabe esperar tenga la pena para la vida futura del reo en sociedad>>, las que deben tenerse en cuenta no sólo a la hora de determinar la magnitud exacta de la pena concreta a imponer al autor del delito, sino también la concesión a éste de determinados beneficios, como la suspensión condicional de la pena, la dispensa de pena, la amonestación con reserva de pena, la sustitución de la pena privativa de libertad por una multa que no tienen otro objeto que evitar el efecto desocializador que el cumplimiento de la pena merecida por la culpabilidad tendría sobre el delincuente, si tuviera que ser efectivamente cumplida. Roxin lleva consecuentemente esta idea hasta el punto de admitir una pena inferior a la correspondiente por la culpabilidad, cuando razones de prevención especial así lo aconsejen, para evitar la desocialización del delincuente, siempre que ello no sea contrario a la <<defensa del ordenamiento jurídico>> que como cláusula especial de contención de la excesiva atenuación de la pena se recoge, por puras razones de prevención general, en algunos preceptos del Código Penal alemán.

Con un Derecho Penal de culpabilidad entendido de esta manera está claro que el Derecho de medidas ocupa un lugar residual, prácticamente aplicable sólo a autores <<inculpables>>, pero peligrosos y necesitados de tratamiento. Pero también en estos casos, dice Roxin, deben darse unos principios limitadores de la intervención del Estado que él ve en las ideas de



## PROPUESTAS

Para que el Derecho Penal pueda seguir cumpliendo su misión de proteger bienes jurídicos y no sólo genere la sensación ilusoria de seguridad, por medio del fetiche de una legislación simbólica, han de reformarse cuidadosa y simultáneamente todos y cada uno de los dispositivos contenidos en los sustentos secundarios para armonizarlos con el respectivo primario. Pues las tendencias legislativas dominantes en el momento actual dan pauta a la más amplia arbitrariedad (que no arbitrio judicial) para interpretar individualmente y resolver de modo análogo la aplicación de los preceptos reformados y no reformados.

La finalidad de la anterior propuesta es reducir tanto la incertidumbre e inseguridad jurídica como el estado de indefensión que han sido amparados por el ilimitado arbitrio judicial. Un ejemplo de ello lo constituyó el análisis del dolo, la culpa a nivel de la probable responsabilidad para efectos de consignar, de librar orden de aprehensión, de dictar auto de formal prisión y luego estudiarlos (dolo, culpa) a nivel de elementos del tipo para efectos de sentenciar. Circunstancia que obedeció a la desfasada vigencia de la normatividad constitucional en relación a la procesal penal, por prever conceptos doctrinarios diversos.

No es allanando, suprimiendo o franqueando los obstáculos jurídicos, o eliminando principios fundamentales del procedimiento penal, como se consigue una mejor impartición de justicia, pues precisamente la correcta integración de una averiguación previa garantiza el posterior

procesamiento y condena de quienes han cometido un delito, y sobre todo, evita la consignación de posibles inocentes.

Por eso es menester que la autoridad ministerial, en etapa de averiguación previa, presencie todas y cada una de las diligencias que interesen en su integración.

Exigiendo del personal auxiliar actuante las constancias, documentos, cassettes, cuestionarios, tests íntegramente aplicados o practicados durante su intervención, más el intercambio verbal de impresiones, o bien de aclaración de tecnicismos con la autoridad; a fin de que en el expediente no sólo corran agregados una simple "razón" o "machote", resultado de una apreciación subjetiva. Con lo que se pretende eliminar la duda en la autoridad y en las partes, sobre la posible parcialidad en la preparación o elaboración de alguna probanza. Hay que lograr verdaderas investigaciones ministeriales, policiales, periciales que solidifiquen la trascendencia jurídica de su participación.

Es, además, deber de las autoridades y de las partes cuidar que las conclusiones de cualquier pericial (oficial o de la defensa) sean coherentes con el desarrollo y resultado del estudio, y naturalmente que esté respaldada con la integridad de los procedimientos y técnicas usadas.

Las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia deben abstenerse de enlistar y reproducir los contenidos de aquellas probanzas que no arrojen dato alguno constitutivo de la motivación consignatoria o

condenatoria. Bajo conminación de ser amonestados o sancionados (económica o administrativamente).

Hemos podido constatar que no sólo es importante el orden secuencial, contenido y número de los elementos de la culpabilidad, sino la forma de su comprobación. En este punto podemos considerar tan difícil de verificar: la posibilidad de actuar de otro modo (sostenida por los finalistas) como los criterios preventivos generales-especiales en que se basa la necesidad de la pena (propugnados por los funcionalistas); atento en lo que habrá de capacitarse al personal ministerial y judicial, así como al técnico-administrativo que se encuentre a su servicio, en cuestiones relativas a la idoneidad y eficacia en el ofrecimiento, admisión, práctica, desahogo de pruebas, su valoración jurídica y perfeccionamiento, cuya mejora fincamos, por lo pronto, en criterios multidisciplinarios e interdisciplinarios y en la profundización de conocimientos auxiliares de nuestra Ciencia.

Para evitar que los Ministerios Públicos y Jueces se limiten a referir que "se le resta valor jurídico o credibilidad a X probanza", habrán de cumplir con los deberes impuestos en el capítulo de pruebas previsto por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (tal como lo advertimos en el desarrollo de nuestro trabajo) y observar aún aquellas facultades potestativas que, en nuestro juicio, son origen de múltiples arbitrariedades asentadas en las consignaciones y condenas.

Los defensores públicos y particulares tendrán necesariamente que ofrecer, con inmediatez, las probanzas correlativas a las diligenciadas por

la autoridad, para allegarle oportunamente, en su caso, de algún medio probatorio que sensibilice su justipreciación.

El abuso del arbitrio ministerial y judicial debe ser sancionado económica, administrativa o penalmente. Los principios procesales (penales) no pueden dejar de atenderse durante el procedimiento. Conformarnos con llegar a la llamada “última decisión” para hacer valer las “violaciones procedimentales” y obtener la reposición del proceso, no ha sido la solución a la crisis del sistema de justicia penal.

Ya que la justicia implica inteligencia, emoción y sensibilidad, requerimos de una mejoría en los recursos humanos, materiales, financieros y tecnológicos.

## FUENTES DE INVESTIGACIÓN

## BIBLIOGRAFIA

- ABARCA, Ricardo. El Derecho Penal en México, Cultura, México, 1991, 248 pp.
- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. Derecho Penal mexicano, Harla, México, 1995, 418 pp.
- ANGIOLINI, Alfredo. Dei delittio colposi, Bocca, Turín - Italia, 1901, pp. 27 - 49.
- ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal, parte gnal., UTEHA, Buenos Aires, 1960, pp. 239 - 275.
- AZZOLINI BINCAZ, Alicia. Culpabilidad y punición, CDHDF, México, 1997, 359 pp.
- BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos elementales de Derecho Penal, CIVITAS, Madrid, 1984, 233 pp.
- Manual de Derecho Penal, Temis, 2ª reimpresión, México, 1994, 261 pp.
- Principios de Derecho Penal español, T. II, Ed. AKAL, s.n.ed., Madrid, 1984, 218 pp.
- BAIGÚN, David. "Culpabilidad y coerción estatal", en El poder penal del Estado, homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos, Depalma, Buenos Aires, 1985, 417 pp.
- BAUMANN, Jürgen. Derecho Penal, conceptos fundamentales y sistema, Depalma, Buenos Aires, 1981, 275 pp.

- BELING**, Ernst von. "La doctrina del delito - tipo", en Esquema de Derecho Penal; Trad. Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 72 - 109.
- BETTIOL**, Giuseppe. Derecho Penal, parte gnal., Temis, 4ª ed., Bogotá, 1965, 409 pp.
- "Sobre las ideas de culpabilidad en un Derecho Penal moderno", en Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, 805 pp.
- BURGOS FINOL**, Francisco. Peligro y culpabilidad, Universidad Nacional de Zulia, Dirección de cultura, Maracaibo - Venezuela, 1987, 144 pp.
- BUSTOS RAMÍREZ**, Juan. Control social y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987, 630 pp.
- Introducción al Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1986, 396 pp.
- Culpa y finalidad, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1967, 215 pp.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO**, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. Derecho Penal, parte general, Porrúa, 19ª ed., revisada, puesta al día, adicionada doctrinalmente y con índices y textos legales, México, 1997, 982 pp.
- El arte del Derecho, *Magister Iuris*, Porrúa, 2ª ed., México, 1991, 306 pp.
- CARRARA**, Francesco. Programa de Derecho Criminal, parte gnal., vol. I, reimpresión; Trad. José J. Ortega Torres, Temis, Colombia, 1988, 383 pp.
- Programa de Derecho Criminal, parte gnal., vol. II, reimpresión de la 4ª ed.; Trad. José J. Ortega Torres, Temis, Colombia, 1991, 535 pp.
- CASTELLANOS TENA**, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal, Porrúa, 28ª ed., México, 1990, 359 pp.

- CEREZO MIR, José.** Curso de Derecho Penal español, parte gnal., Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1981, 298 pp.
- CÓRDOBA RODA, Juan.** Culpabilidad y pena, Bosch casa editorial, Barcelona, 1977, 85 pp.
- Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, Ariel, Barcelona, 1963, 99 pp.
- CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel.** Derecho Penal, Cárdenas editor y distribuidor, 3ª ed., México, 1987, 549 pp.
- CUELLO CALÓN, Eugenio.** Derecho Penal, parte gnal., T. I, Bosch casa editorial, 8ª ed., Barcelona, 1951, 493 pp.
- Derecho Penal, parte gnal., T. I, Bosch casa editorial, 18ª ed., Barcelona, 1980, 526 pp.
- Derecho Penal conforme al texto del Código Penal, T. I, Editora Nacional, 9ª ed., México, 1963, 788 pp.
- DAZA GÓMEZ, Carlos.** Teoría general del delito, prologado por José Cerezo Mir y Raúl Carrancá y Rivas. Cárdenas editor y distribuidor, 2ª ed., México, 1998, 444 pp.
- DÍAZ ARANDA, Enrique.** Dolo, causalismo – finalismo – funcionalismo y la reforma penal en México, prólogo del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, Porrúa, México, 2000, 270 pp.
- DÍAZ PALOS, Fernando.** Teoría general de la imputabilidad, Bosch casa editorial, Barcelona, 1965, 213 pp.
- DONNA, Edgardo Alberto.** “La culpabilidad”, en El poder penal del Estado, homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, Depalma, Buenos Aires, 1985, 417 pp.
- Teoría del delito y de la pena, Astrea, Buenos Aires, 1992, 93 pp.

- ETZEL, Gerhard. Die systematische Stellung der Strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, Biblioteca del Instituto Goethe-México, 1999, *passim*.
- FELLINI, Zulita. "La culpabilidad como presupuesto de la pena", en Liber ad honorem Sergio García Ramírez, T. II, UNAM, III, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, 1566 pp.
- FERNÁNDEZ MÚÑOZ, Dolores E. La pena de prisión, UNAM, México, 1993, 219 pp.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania; traduc. al castellano de la 14ª ed., alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Argentina, 1989, 415 pp.
- FINZI, Marcello. El delito preterintencional; Trad. Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1981, 201 pp.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. "Nuevas reflexiones sobre el Ministerio Público", en Liber ad honorem Sergio García Ramírez, T. II, UNAM, III, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, 1566 pp.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, vol. I, Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, 539 pp.
- FRANK, Reinhard. Estructura del concepto de culpabilidad, versión castellana de Sebastián Soler, publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, Chile, 1966, 76 pp.
- GALLAS, Wilhelm. La teoría del delito en su momento actual; Trad. Juan Córdoba Roda, Bosch casa editorial, Barcelona, 1959, 64 pp.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Penal, UNAM, III, serie A: fuentes, b) textos y estudios legislativos, núm. 66, México, 1990, 168 pp.
- El nuevo procedimiento penal mexicano, la reforma de 1993 - 1994, Porrúa, 2ª ed., México, 1995, 468 pp.



- GARDELLA**, Juan Carlos. "La responsabilidad por la violación de los derechos humanos y la problemática de la culpabilidad penal", en El poder penal del Estado, homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos, Depalma, Buenos Aires, 1985, 417 pp.
- GARÓFALO**, Rafael. La Criminología, Daniel Jorro editor, Madrid, 1912, 608 pp.
- GIMBERNAT ORDEIG**, Enrique. "El sistema del Derecho Penal en la actualidad", en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1990, pp. 162 - 181.
- Introducción a la parte general del Derecho Penal español, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, sección de publicaciones, Madrid, 1979, 200 pp.
- ¿Tiene futuro la dogmática jurídico - penal?, Temis, Bogotá, 1983, pp. 56 - 108.
- GOLDSCHMIDT**, James. La concepción normativa de la culpabilidad, Depalma, s.n.ed., Buenos Aires, 1943, 438 pp.
- Metodología jurídico - penal, Reus, Madrid, 1935, 79 pp.
- Principios generales del proceso, Obregón y Heredia, S. A., México, 1983, 223 pp.
- GÓMEZ COLOMER**, Juan Luis. El proceso penal alemán, introducción y normas básicas, prólogo Jescheck, Bosch, Barcelona, 1985, 257 pp.
- GONZÁLEZ COSIO**, Arturo. "Nuevas perspectivas del amparo en materia penal (el amparo ante la temibilidad del reo)", en Liber ad honorem Sergio García Ramírez, T. II, UNAM, IIJ, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, 1566 pp.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA**, René. "La lucha contra la criminalidad", en Liber ad honorem Sergio García Ramírez, T. II, UNAM, IIJ, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, 1566 pp.

- "La reforma penal para el Distrito Federal", en Reforma constitucional y penal de 1996, PGJDF, UNAM, IJ, serie E: varios, núm. 78, México, 1997, 192 pp.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander.** Estructura de la teoría del delito; traduc. 4ª ed. alemana por Carlos Fontán Balestra, con colaboración de Eduardo Friker, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1958, 108 pp.
- HASSEMER, Winfried.** Fundamentos del Derecho Penal; Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch casa editorial, Barcelona, 1984, 428 pp.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga.** Análisis lógico de los delitos contra la vida, Trillas, 3ª ed., México, 1991, 353 pp.
- Análisis lógico de los delitos contra la vida, Trillas, 4ª ed., México, 1998, 400 pp.
- "Reformas a la Constitución y al Código Penal de 1996", en Reforma constitucional y penal de 1996, PGJDF, UNAM, IJ, serie E: varios, núm. 78, México, 1997, 192 pp.
- JAKOBS, Günther.** Derecho Penal, parte gnal., fundamentos y teoría de la imputación; traduc. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 2ª ed., corregida, Madrid, 1997, 1113 pp.
- Fundamentos de Derecho Penal, *Ad hoc* S.R.L., Buenos Aires, 1996, 240 pp.
- JESCHECK, Hans-Heinrich.** Tratado de Derecho Penal, parte gnal., vols. I y II; Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch casa editorial, Barcelona, 1981, 696 pp. y 1321 pp.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.** La ley y el delito, Andrés Bello, Caracas, 1945, 321 pp.
- Principios de Derecho Penal. La ley y el delito, Sudamericana, 3ª ed., Buenos Aires, 1990, 578 pp.

- Tratado de Derecho Penal, T. II, Losada, 4ª ed., Buenos Aires, 1964, 1117 pp.
- Tratado de Derecho Penal, T. V, Losada, s.n.ed., Buenos Aires, 1965, 1128 pp.
- KAUFMANN, Armin. Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna, versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977, 402 pp.
- KAUFMANN, Hilde. El poder penal del Estado, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos, Depalma, Buenos Aires, 1985, 417pp.
- LISZT, Franz von. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21 und 22. Völlig durchgearbeitete Ausflage (37 - 40 Tausend). Berlin und Leipzig, Deutschland. Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1919, pp. 115 - 180.
- Tratado de Derecho Penal II; traduc. 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, Ed. Reus, 2ª ed., Madrid, 1927, 480 pp.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito, Porrúa, México, 1994, 303 pp.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, vol. I; Trad. José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1954, 527 pp.
- Derecho Penal, T. I, Temis, 2ª ed., Bogotá, 1989, 563 pp.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal, T. II, Ediar editores, Buenos Aires, 1948, 290 pp.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, parte gnal., Trillas, 3ª ed., México, 1994, 309 pp.
- Derecho Penal, parte gnal., Trillas, 4ª ed., México, 1999, 319 pp.

- El tipo penal, UNAM, México, 1986, 409 pp.
- "La dogmática jurídico - penal alemana después del finalismo", en Liber ad honorem Sergio García Ramírez, T. II, UNAM, III, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, 1566 pp.
- MARTÍNEZ Y TORRES**, Miguel F. "La especialización en el Ministerio Público", en El Ministerio Público en el Distrito Federal, PGJDF, UNAM, III, serie E: varios, núm. 84, México, 1997, 276 pp.
- MAURACH**, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, vol. II; Trad. Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1963, 638 pp.
- MERKEL**, Adolph. Derecho Penal, parte especial, T. II; traduc. del alemán por P. Dorado, R.F.G., Madrid, s.a.p., 207 pp.
- MEZGER**, Edmund. Derecho Penal, parte gnal., Cárdenas editores, 2ª ed., México, 1990, 459 pp.
- Tratado de Derecho Penal, vol. II; Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pp. 1 - 150.
- MIR PUIG**, Santiago. Derecho Penal, parte gnal., fundamentos y teoría general del delito, PPV, 3ª ed., corregida y puesta al día, Barcelona, 1990, 865 pp.
- Derecho Penal, parte gnal., PPU, 4ª ed., Barcelona, 1996, pp. 213 - 263.
- "Dogmática creadora y Política Criminal", en El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho, Ariel, Barcelona, 1979, pp. 1 - 27.
- "Función de la pena y teoría del delito", en El Estado social y democrático de Derecho, Bosch casa editorial, Barcelona, 1979, pp. 180 - 231.

- "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", en El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho, Ariel, Barcelona, 1979, pp. 171 - 179.
- "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", en El poder penal del Estado, homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos, Depalma, Buenos Aires, 1985, 417 pp.
- MOHENO DIEZ**, Humberto. "La averiguación previa y el Ministerio Público", en El Ministerio Público en el Distrito Federal, PGJDF, UNAM, IIJ, serie E: varios, núm. 84, México, 1997, 276 pp.
- MORENO GONZÁLEZ**, Rafael. "El método criminalístico", en *Liber ad honorem* Sergio García Ramírez, T. II, UNAM, IIJ, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, 1566 pp.
- "La Criminalística y la Criminología, auxiliares de la justicia", en El Ministerio Público en el Distrito Federal, PGJDF, UNAM, IIJ, serie E: varios, núm. 84, México, 1997, 276 pp.
- MORENO HERNÁNDEZ**, Moisés. "Consideraciones dogmáticas y político criminales sobre la culpabilidad", en El poder penal del Estado, homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos, Depalma, Buenos Aires, 1985, 417 pp.
- "Principios rectores en el Derecho Penal mexicano", en *Liber ad honorem* Sergio García Ramírez, T. II, UNAM, IIJ, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, 1566 pp.
- MÚÑOZ CONDE**, Francisco. Teoría general del delito, Temis, Colombia, 1984, 243 pp.
- NOVOA MONREAL**, Eduardo. Causalismo y finalismo en el Derecho Penal, Juricentro, 2ª ed., San José de Costa Rica, 1982, 154 pp.
- Fundamentos de los delitos de omisión, Depalma, Buenos Aires, 1984, 189 pp.

- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto.** Teoría del delito, sistemas causalista y finalista, Porrúa, 7ª ed., México, 1998, 179 pp.
- OVALLE FAVELA, José.** "La reforma de la justicia penal", en Liber ad honorem Sergio García Ramírez, T. II, UNAM, III, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, 1566 pp.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco.** Imputabilidad e inimputabilidad, Porrúa, 2ª ed., México, 1989, 136 pp.
- Manual de Derecho Penal mexicano, Porrúa, 2ª ed., México, 1967, 497 pp.
- Manual de Derecho Penal mexicano, prólogo Mariano Jiménez Huerta, Porrúa, 5ª ed., México, 1982, 524 pp.
- PGJDF, Subprocuraduría de Averiguaciones Previas.** Manual de métodos y técnicas empleadas en servicios periciales, Miguel Ángel Porrúa librero editor, México, 1996, 134 pp.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl.** Los delitos contra el orden económico, UNAM, México, 1995, 235 pp.
- Teoría del delito, UNAM, México, 1998, 297 pp.
- PORTE PETIT, Celestino.** Programa de la parte general del Derecho Penal, UNAM, México, 1958, 502 pp.
- Programa de Derecho Penal, parte gnal., Trillas, México, 1990, 595 pp.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María.** Derecho Penal español, Artes gráficas Carasa, Madrid, 1981, 428 pp.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis.** Clásicos de la Criminología, Cárdenas editor y distribuidor, 2ª ed., México, 1995, 373 pp.
- Criminología, Porrúa, 7ª ed., México, 1991, 546 pp.

- RODRÍGUEZ MUÑOZ**, José Arturo. La doctrina de la acción finalista, Universidad de Valencia, secretariado de publicaciones, 2ª ed., Valencia - España, 1978, 160 pp.
- ROXIN**, Claus. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal; Trad. Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, 200 pp.
- Derecho Penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, T. I; traduc. y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, CIVITAS, 2ª ed. alemana, Madrid, 1997, 1071 pp.
- “Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho Penal”, en Dogmática Penal y Política Criminal, Trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima - Perú, 1998, pp. 25 - 44.
- “El principio de culpabilidad y sus cambios” en Dogmática Penal y Política Criminal; Trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima - Perú, 1998, pp. 171 - 201.
- Problemas básicos de Derecho Penal; Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, 272 pp.
- Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal; Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, 143 pp.
- Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico; Trad. Enrique Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979, 303 pp.
- RUDOLPHI**, Hans - Joachim. “El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico - penal”, en El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales, estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario; traduc. Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 81- 133.

- SAINZ CANTERO, José A.** La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma en Derecho Penal, Bosch casa editorial, Granada-España, 1965, pp. 1 - 17.
- SAUER, Guillermo.** Derecho Penal, parte gnal.; Trad. Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Bosch casa editorial, Barcelona, 1956, 429 pp.
- SCHÜNEMANN, Bernd.** Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia jurídico - penal alemana, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho; Trad. Manuel Cancio Meliá, colección de estudios núm. 7, Colombia, 1996, 63 pp.
- El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales, estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario; traduc. Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, 198 pp.
- SOLER, Sebastián.** Derecho Penal argentino. Tipográfica, Buenos Aires, 1956, 289 pp.
- STRATENWERTH, Günther.** Derecho Penal, parte gnal., T. I; Trad. Gladys Romero, EDERSA, s.n.ed., Madrid, 1982, 362 pp.
- STRUENSEE, Eberhard.** "Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo", en El Derecho Penal hoy, homenaje al Profesor David Baigún, Editores del Pueblo, s.v.e., Buenos Aires, 1995, pp. 251 - 272.
- VELA TREVIÑO, Sergio.** Culpabilidad e inculpabilidad, Trillas, México, 1977, 413 pp.
- Culpabilidad e inculpabilidad, teoría del delito, Trillas, 2ª ed., México, 1990, 495 pp.
- VELÁZQUEZ HERNÁNDEZ, José Socorro.** "La modernización tecnológica en el Ministerio Público", en El Ministerio Público en



el Distrito Federal, PGJDF, UNAM, IIJ, serie E: varios, núm. 84, México, 1997, 276 pp.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal mexicano, Porrúa, 2ª ed., México, 1970, 482 pp.

----- Derecho Penal mexicano, parte gnal., Porrúa, 5ª ed., México, 1993, 513 pp.

WELZEL, Hans. Derecho Penal, parte gnal.; Trad. Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, 271 pp.

----- Derecho Penal alemán; Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 11ª ed., Chile, 1976, pp. 72 - 95.

----- El nuevo sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista; Trad. José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1961, 131 pp.

----- La teoría de la acción finalista, Depalma, Buenos Aires, 1951, pp. 7 - 17.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, parte gnal., Cárdenas editores, México, 1986, 491 pp.

----- Tratado de Derecho Penal, parte gnal., T. IV, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1988, 578 pp.

## HEMEROGRAFIA

Aequitas, Moisés Moreno Hernández, Sinaloa - México, 1998, Poder Judicial del Estado de Sinaloa, Supremo Tribunal de Justicia, "El sistema de justicia penal en México", pp. 5 - 26.

- Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, José Miguel Zugaldia Espinar, T. XXXIX, fasc. II, Madrid - España, mayo - agosto, MCMLXXXVI, "la demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual", pp. 395 - 422.
- Criminalia**, Alicia Azzolini Bíncaz, año LXIV, núm. 2, México, mayo - agosto, 1998, Porrúa, "Reseña de su libro culpabilidad y punición", 225 pp.
- Criminalia**, Raúl Carrancá y Trujillo, núm. 23, México, 1961, Ediciones Botas, "La administración de justicia", 106 pp.
- Criminalia**, José Cerezo Mir, año LXIII, núm. 2, México, mayo - agosto, 1997, Porrúa, "El concepto material de culpabilidad", 228 pp.
- Criminalia**, José Cerezo Mir, año LXIII, núm. 2, México, mayo - agosto, 1997, Porrúa, Academia Mexicana de Ciencias Penales, "El finalismo", 228 pp.
- Criminalia**, Carlos Daza Gómez, año LXIII, núm. 2, México, mayo - agosto, 1997, Porrúa, "Teoría de la imputación objetiva", 228 pp.
- Criminalia**, Enrique Díaz Aranda, año LXIII, núm. 2, México, mayo - agosto, 1997, Porrúa, Academia Mexicana de Ciencias Penales, "Teorías del dolo eventual", 228 pp.
- Criminalia**, Ricardo Franco Guzmán, México, 1949, Porrúa, "La culpabilidad y su aspecto negativo", 459 pp.
- Criminalia**, Fernando García Cordero, año LXIV, núm. 1, México, enero - abril, 1998, Porrúa, "La iniciativa de reforma constitucional, 1997 - 98, 187 pp.
- año LXIV, núm. 3, México, septiembre - diciembre, 1998, Porrúa, "La reforma constitucional 97 - 98. Una reforma de la reforma... otra vez", 387 pp.

**Criminalia**, Sergio García Ramírez, año LXIII, núm. 2, México, mayo - agosto, 1997, Porrúa, "Reflexiones de Política Criminal", 228 pp.

----- año LXIV, núm. 1, México, enero - abril, 1998, Porrúa, "Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)", 187 pp.

----- año LXIV, núm. 2, México, mayo - agosto, 1998, Porrúa, "Breves consideraciones sobre temas de la justicia penal en el siglo XX", 225 pp.

----- año LXIV, núm. 3, México, septiembre - diciembre, 1998, Porrúa, "La reforma procesal penal en la Constitución ¿Derecho democrático o Derecho autoritario?", 387 pp.

**Criminalia**, René González de la Vega, año XIV, núm. 2, México, mayo - agosto, 1998, Porrúa, "La lucha contra la criminalidad en el siglo XXI", 225 pp.

**Criminalia**, Olga Islas de González Mariscal, año LXIV, núm. 1, México, enero - abril, 1998, Porrúa, "Comentarios a la iniciativa de Decreto que reforma los arts. 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", 187 pp.

**Criminalia**, Miguel Ángel Mancera Espinosa, año LXIV, núm. 2, México, mayo - agosto, 1998, Porrúa, "¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?", 225 pp.

**Criminalia**, Moisés Moreno Hernández, año LVIII, núm. 3, México, septiembre - diciembre, 1981, Porrúa, "Consideraciones dogmáticas y político criminales en torno a la culpabilidad", Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, 213 pp.

----- año LXVI, núm. 1, México, enero - abril, 1998, Porrúa, "Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (arts. 16 y 19)", 187 pp.

----- año LXIV, núm. 3, México, septiembre - diciembre, 1998, Porrúa, "Principios rectores en el Derecho Penal mexicano", 387 pp.

**Criminalia**, Nieves Sanz Mulas, año LXIII, núm. 2, México, mayo - agosto, 1997, Porrúa, "Sistema de penas en la actualidad. La situación mexicana", 228 pp.

**Lex**, Ricardo Franco Guzmán, núms. 47 - 48, México, mayo-junio 1992, Facultad de Derecho, UNAM, "Las tendencias actuales del Derecho Penal", pp. 31 - 35.

**Lex**, Sergio García Ramírez, año I, núm. 5, 3a época, México, noviembre, 1995, UNAM, "Justicia y Ministerio Público", pp. 9 - 12.

**Revista de la Facultad de Derecho de México**, Rafael Márquez Piñero, T. LXII, núms. 183 - 184, México, mayo - agosto 1992, UNAM, "La estética de la teoría finalista de la acción penal", pp. 91 - 113.

**Revista de la Facultad de Derecho de México**, Werner Niese, T. XI, núms. 41 - 42, México, enero - julio, 1961, "La teoría finalista de la acción en el Derecho Penal alemán; Trad. Lic. Ricardo Franco Guzmán, 287 pp.

**Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado**, Sergio García Ramírez, año III, núm. 8, Querétaro - México, diciembre, 1994, "Algunos problemas actuales de la administración de justicia", en *Iurisdictio*, pp. 15 - 22.

**Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado**, Olga Islas de González Mariscal, Oaxaca - México, 1990, Ed. Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, "El dolo en el Derecho Penal" en *Jus Semper*, pp. 33 - 45.

**Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado**, Eduardo López Betancourt, núm. 12 nueva época, Tabasco - México, diciembre, 1997, "Nueva orientación del Derecho Penal", en *Locus Regis Actum*, pp. 173 - 182.

Revista mexicana de Derecho Penal, Zulita Fellini Gandulfo, quinta época, núm. 5, México, enero - junio, 1979, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, "Relaciones entre los conceptos de dolo, tipo y error", pp. 39 - 49.

Revista mexicana de justicia, Moisés Moreno Hernández, núm. 1, vol. IX, México, enero - marzo, 1991, "Orientaciones del nuevo anteproyecto del Código Penal", pp. 145 - 158.

## LEGISLACION

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal anotado, Porrúa, 22ª ed., corregida aumentada y puesta al día, con comentarios y concordancias, jurisprudencia común y federal, legislación comparada mexicana y extranjera e índice general analítico, México, 1999, 1210 pp.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, 116ª ed., México, 1997, 118 pp.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Sista, México, 2000, 230 pp.

Código Penal para el Distrito Federal, Sista, México, 1999, 197 pp.

Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, Sista, México, 1997, 180 pp.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Porrúa, 51ª ed., México, 1997, 798 pp.

**DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio.** Código Federal de Procedimientos Penales, comentado, Porrúa, México, 1988, 808 pp.

**GÓNGORA PIMENTEL, Genaro y María Guadalupe Saucedo Zavala.** Ley de Amparo, doctrina jurisprudencial, TT. I y II, Porrúa, México, 1999, 3386 pp.

**Legislación Penal Procesal**, Código Federal de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Sista, México, 1999, 110 pp.

## DISCOS COMPACTOS

**Cárdenas editores.** Jurisprudencia 2000 (1917-1998), México, 1998.

**Corporativo Jurídico.** Visión jurídica 98, México, 1998.

**IIJ, UNAM.** ADPROJUS, versión 1.0, Sistema de administración y procuración de Justicia en la República Mexicana, México, 1994.

----- Código Penal comentado, México, 1998.

**Suprema Corte de Justicia de la Nación.** IUS 7 - Compila II, México, 1998.

----- Jurisprudencia y tesis aisladas 1917-1999. IUS 9, Poder Judicial de la Federación, México, 1999.

## DICCIONARIOS

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales en el proceso penal, TT. I y II, Porrúa, México, 1986, 2249 pp.

Diccionario moderno alemán Océano Langenscheidt, Barcelona - España, 1999, pp. 849 y 1015.

## T E S I S

DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo, tesis sustentada para obtener el grado de doctor en Derecho por la UNAM, director de tesis: dr. Ricardo Franco Guzmán, División de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Derecho, de la UNAM, México, marzo de 1999, 377 pp.

## C O N F E R E N C I A S

BARATTA, Alessandro. "La Política Criminal y los derechos humanos", II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 23/ febrero /1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Estado actual en el Derecho Penal", II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el

CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 22/ febrero /1999.

**CEREZO MIR, José.** "La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española", Zaragoza - España, 1972, 337 pp.

**DELGADILLO AGUIRRE, Alfredo.** "La crisis de la garantía de defensa en el proceso penal", IV Congreso Internacional sobre Ciencias Penales, Palacio de Convenciones de la Habana, Cuba, 19/ noviembre /1998.

**DÍAZ ARANDA, Enrique.** "Imputación al tipo objetivo y al tipo subjetivo" II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 26/ febrero /1999.

**FIX ZAMUDIO, Héctor.** "Artículos 16 y 19 constitucionales", Jornadas de discusión y debate sobre las iniciativas de reforma penal 97 - 98, Salón d'Angelis, México, D.F., 23/ marzo /1998.

**GARCÍA RAMÍREZ, Sergio.** "Artículos 16 y 19 constitucionales", Jornadas de discusión y debate sobre las iniciativas de reforma penal 97 - 98, Salón d'Angelis, México, D.F., 23/ marzo /1998.

**GONZÁLEZ FIGUEROA, Humberto.** "La valoración del dictamen pericial por el Fiscal", IV Congreso Internacional sobre Ciencias Penales, Palacio de Convenciones de la Habana, Cuba, 18/ noviembre /1998.

**GUERRA ÁLVAREZ, Rafael.** "Tipicidad", Diplomado en Ciencias Penales, Aula de la Escuela Nacional Preparatoria, San Ildefonso, México, D.F., 18/ enero /1999.

**GUERRA DE VILLALAZ, Aura E.** "La culpabilidad en la teoría finalista de la acción", Colegio Nacional de Abogados de Panamá, República de Panamá, 1975, 118 pp.

**ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga.** "Orientaciones y perspectivas de la Política Criminal en el umbral del siglo XXI", II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el



CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 24/ febrero /1999.

**MAURACH, Reinhart.** Tres conferencias: “el concepto final de la acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito, la teoría de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán y las repercusiones de la teoría penal sobre la construcción del delito”, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1965, 368 pp.

**MORENO HERNÁNDEZ, Moisés.** “La función político – criminal y dogmática del principio de culpabilidad en el Derecho Penal (mexicano) de hoy”, II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 24/ febrero /1999.

**NAVARRETE CALDERON, Caridad.** “Recepción de los conocimientos criminológicos en los cauces del proceso penal”, IV Congreso Internacional sobre Ciencias Penales, Palacio de Convenciones de la Habana, Cuba, 20/ noviembre /1998.

**OJEDA GÁNDARA, Ricardo.** “Culpabilidad”, Diplomado en Ciencias Penales, Aula de la Escuela Nacional Preparatoria, San Ildefonso, México, D.F., 25/ enero /1999.

----- “Estudio particular del delito de violación”, Diplomado en Ciencias Penales, Aula Magna de la Escuela Nacional Preparatoria, San Ildefonso, México, D.F., 29/ marzo /1999.

**PUMARIEGA GUTIÉRREZ, Blanca.** “El dictamen pericial en el procedimiento penal cubano. Valoración del dictamen pericial criminalístico por el Fiscal”, IV Congreso Internacional sobre Ciencias Penales, Palacio de Convenciones de la Habana, Cuba, 18/ noviembre /1998.

**RAMOS CARRIÓN, Hugo.** “Garantías individuales en materia penal”, Diplomado en Administración y Procuración de Justicia, Aula Ignacio L. Vallarta, Palacio de Justicia, México, D.F., 12/ marzo /1999.

**REDONDO BOTELLA, Luisa.** “La introducción de los resultados de las investigaciones criminológicas en la práctica social”, IV

Congreso Internacional sobre Ciencias Penales, Palacio de Convenciones de la Habana, Cuba, 18/ noviembre /1998.

REGINO, Gabriel. "Reformas a la Ley de Amparo", Jornadas de discusión y debate sobre las iniciativas de reforma penal 97 – 98, Salón d'Angelis, México, D.F., 24/ marzo /1998.

SCHÖNE, Wolfgang. "Actualidad y futuro de la teoría de la acción final", II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D. F., 22/ febrero /1999.

SCHÖNE, Wolfgang; Eberhard Struensee *et al.* "Tendencias y perspectivas de la dogmática penal a fines del siglo XX", (referencia a México), II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 26/ febrero /1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. "La teoría de la imputación objetiva", II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 25/ febrero /1999.

----- "Nuevas tendencias en el concepto jurídico – penal de culpabilidad", II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 26/ febrero /1999.

SERVÍN SÁNCHEZ, Rubén. "Reforma constitucional y procesal penal que atañe a las figuras: elementos del tipo y cuerpo del delito", Diplomado en Ciencias Penales, Aula de la Escuela Nacional Preparatoria, San Ildefonso, México, D.F., 20/ enero / 1999.

----- "Reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales", Diplomado en Ciencias Penales, Aula Magna de la Escuela Nacional Preparatoria, San Ildefonso, México, D.F., 10/ marzo / 1999.

STRUENSEE, Eberhard. "El finalismo en la discusión dogmática actual", II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por

el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 22/ febrero /1999.

**ZAFFARONI, Raúl Eugenio.** "Lo permanente y lo transitorio del finalismo en la dogmática penal", II Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el CEPOLCRIM, impartido en la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 22/ febrero / 1999.

**ZAMORA - PIERCE, Jesús.** "Artículos 16 y 19 constitucionales", Jornadas de discusión y debate sobre las iniciativas de reforma penal 97 y 98, Salón d'Angelis, México, D.F., 23/ marzo / 1998.

## S E M I N A R I O S

**Seminario** "Tipo penal y pena", organizado por la División de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Derecho, UNAM, impartido en el Aula José Castillo Larrañaga (de la División), en México, D.F., del 1º al 5 de diciembre de 1997.

**Jornadas de discusión y debate sobre** "Las iniciativas de reforma penal 97 - 98", organizadas por la Academia Mexicana de Ciencias Penales, impartido en el Salón d'Angelis, en México, D.F., del 23 al 25 de marzo de 1998.

**Seminario de** "Actualización de Derecho Penal", organizado por la División de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Derecho, UNAM, impartido en el Aula José Castillo Larrañaga (de la División), en México, D.F., septiembre - octubre de 1998.

**Mesa redonda:** "De los elementos del tipo al cuerpo del delito, ¿avance o retroceso? discusión en torno a la reforma penal", organizada por el Colegio Nacional de Derecho Penal y Amparo, S.C., impartido en el Centro Cultural San Ángel, en México, D.F., el 5 de octubre de 1998.

**Cuarto ciclo de conferencias sobre “Las reformas constitucionales en materia penal, el amparo y el sistema penal, la reclasificación del delito en la orden de aprehensión o comparecencia y la Corte Internacional Penal”,** organizado por el Colegio Nacional de Ciencias Jurídicas y Criminológicas, A.C., impartido en el *Jus Semper Loquitur*, de la Facultad de Derecho, de la UNAM, en México, D.F., del 7 de abril al 9 de octubre de 1998.

**IV Congreso Internacional sobre “Ciencias Penales”,** organizado por la Fiscalía General de la República de Cuba, impartido en el Palacio de Convenciones de la Habana, Cuba, del 17 al 20 de noviembre de 1998.

**II Seminario Internacional de Derecho Penal “La Dogmática Penal y la Política Criminal en el momento actual”,** organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C., impartido en la Escuela Libre de Derecho, en México, D.F., del 22 al 26 de febrero de 1999.

**Curso sobre “Amparo directo en materia penal”,** organizado por el Instituto de Amparo y Derecho Penal de Toluca, Colegio de Abogados, A.C., impartido por el M. en D. Luis Ángel Sánchez Albarrán, en el Hotel Sheraton María Isabel, en México, D.F., el 7 de agosto de 1999.

## D I P L O M A D O S

**Diplomado en “Administración y Procuración de Justicia”,** organizado por la Universidad de Estudios de Postgrado en Derecho, impartido en el Aula Ignacio L. Vallarta del Palacio de Justicia, en México, D.F., del 25 de septiembre de 1998 al 23 de abril de 1999.

**Diplomado en “Ciencias Penales”,** organizado por el Instituto de Ciencias Jurídicas de abogados y egresados de la ENEP Aragón, A. C., Consejo de Menores de la Secretaría de Gobernación;

Colegio de Ciencias Jurídicas Campus Aragón en el Estado de México, A.C.; Instituto Mexicano de Prevención del Delito e Investigación Penitenciaria, A.C.; impartido en el Aula Magna de la Escuela Nacional Preparatoria, San Ildefonso, en México, D.F., del 17 de noviembre de 1998 al 19 de abril de 1999.

## A P U N T E S

Apuntes sobre la cátedra de Teoría de la culpabilidad, impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, División de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Derecho, de la UNAM, México, agosto - diciembre, 1996.

## MATERIAL DIDÁCTICO

FRANK, Reinhard. Concepto normativo de la culpabilidad, material didáctico obtenido en la cátedra sobre "Teoría de la culpabilidad", impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, DSEP, FD, UNAM, México, agosto - diciembre, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. El sistema del Derecho Penal en la actualidad, *Separata* del Anuario de Ciencia Jurídica, España, 1 - 1971 - 2, material didáctico obtenido en la cátedra sobre "Teoría de la culpabilidad", impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, DSEP, FD, UNAM, México, agosto - diciembre, 1996.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Respuesta al trabajo "Principio de legalidad y mandato de certeza", del dr. Luis de la Barreda, pp. 2 y 3; material didáctico obtenido en la cátedra sobre "Teoría de los presupuestos y elementos típicos del delito", im-

partida por la dra. Olga Islas, DSEP, FD, UNAM, México, agosto - diciembre, 1996.

**LUZÓN DOMINGO, Manuel.** Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal, Hispano-europea, Barcelona - España, 1960, 614 pp.; material didáctico obtenido en la cátedra sobre "Teoría de la culpabilidad" impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, DSEP, FD, UNAM, México, agosto - diciembre, 1996.

**MAYER, Ernst.** Teoría de la voluntad del dolo, material didáctico obtenido en la cátedra sobre "Teoría de la culpabilidad", impartida por el dr. Ricardo Franco Guzmán, DSEP, FD, UNAM, México, agosto - diciembre, 1996.

## E N T R E V I S T A S

**PAVIA AMADOR, Martha.** Perito Médico Forense, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; Avenida Niños Héroe, núm. 132, Col. Doctores, Deleg. Cuauhtémoc, México, D.F., 10 de noviembre de 1998.

**PINZÓN PICASEÑO, Alberto.** Perito Psiquiatra Forense, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; despacho particular sito en Cactus, núm. 16, Col. Ciudad Jardín, Deleg. Coyoacán, México, D.F., 11 de enero de 1999.

**ROSAS BÁRCENAS, Luis Miguel.** Perito Médico Forense, Subdirector del Servicio Médico Forense, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Avenida Niños Héroe, núm. 132, Col. Doctores, Deleg. Cuauhtémoc, México, D.F., 10 de noviembre de 1998.

**VÁZQUEZ VÁZQUEZ, Romelia Eugenia.** Secretaría de Acuerdos "A", Juzgado 35° de lo Penal, Reclusorio Preventivo Norte, Jaime Nunó, núm. 205, Col. Cuatepec, Barrio Bajo, Deleg. Gustavo A. Madero, México, D.F., 13 de noviembre de 1998.

2.2	Imputabilidad disminuida .....	38
2.3	La existencia de la imputabilidad en el momento de la comisión del acto. <i>Actiones liberae in causa</i> .....	42
2.4	La imputación en los delitos de omisión impropios.....	48
2.5	Ausencia de la capacidad de imputación.....	49
3.	Culpabilidad dolosa .....	53
3.1	Dolo. Antecedentes .....	54
3.1.1	De la fuerza moral subjetiva del delito.....	55
3.2	Dolo. Concepto .....	57
3.2.1	<i>Dolus malus</i> .....	60
3.3	Dolo. Elementos del.....	62
3.4	Dolo. Existencia del.....	64
3.5	Dolo en el sentido jurídico – penal.....	65
3.6	Dolo directo y dolo eventual.....	66
4.	Culpabilidad culposa.....	69
4.1	Culpa. Antecedentes.....	71
4.1.1	De la fuerza moral subjetiva del delito.....	72
4.2	Culpa. Concepto.....	72
4.3	Culpa. Elementos de la.....	76
4.4	Culpa. Existencia de la.....	77
4.4.1	Características de los delitos culposos .....	78
4.5	Culpa lata, leve y levisima .....	80
4.6	Culpa. Clases.....	82
4.6.1	Culpa consciente .....	82
4.6.2	Culpa inconsciente.....	83
4.6.3	Culpa consciente, dolo eventual y caso fortuito. Distinción .....	85
4.7	Problemas en la culpa .....	90
4.7.1	Culpa consciente .....	90
4.7.2	Culpa inconsciente.....	92
4.8	Causas de exculpación .....	93

## CAPITULO II

### La culpabilidad en el Sistema Neoclásico del delito

1. El Sistema Neoclásico del delito .....	96
1.1 Bases histórico – intelectual y filosófica del Sistema Neoclásico del delito .....	97
1.2 Concepción normativa – psicológica o mixta de la culpabilidad ..	102
1.2.1 Fundamentos de la teoría normativa de la culpabilidad.	109
1.2.1.1 Teoría de la exigibilidad individual de Freudenthal .....	110
1.2.1.2 Teoría de la exigibilidad generalizadora de Schmidt ....	111
1.3 Elementos de la culpabilidad en la concepción normativa mixta.	111
1.3.1 Relación entre hecho y valoración de la culpabilidad según Mezger .....	115
1.3.2 Juicio de referencia y de valoración en la culpabilidad .....	115
1.3.3 Contenido de la culpabilidad en la concepción neoclásica ...	116
1.4 Exponentes de la teoría normativa – mixta de la culpabilidad..	117
1.5 Problemas que enfrentó la teoría normativa – mixta de la culpabilidad .....	117
1.6 Crítica de Graf zu Dohna al concepto psicológico normativo de culpabilidad y sus aportaciones.....	122
2. Imputabilidad .....	123
2.1 Imputabilidad. Elementos de la.....	127
2.1.1 Capacidad de entender .....	128
2.1.2 Capacidad de querer.....	129
2.2 Inimputabilidad .....	130
2.2.1 Criterios y métodos que fundamentan el concepto de inimputabilidad.....	131
3. Culpabilidad dolosa .....	135
3.1 Dolo. Generalidades.....	136
3.2 Dolo. Concepto .....	137
3.3 Dolo. Teorías sobre el .....	141
3.3.1 Teoría de la voluntad .....	141
3.3.2 Teoría de la representación .....	145
3.3.3 Teoría conjunta de la representación y la voluntad.....	153
3.4 Dolo. Elementos en el marco normativo – causalista.....	158
3.5 Dolo. Ubicación sistemática dentro del Sistema Causalista, en relación con la tentativa.....	160



4. Culpabilidad culposa.....	161
4.1 Culpa. Generalidades .....	162
4.2 Culpa. Concepto.....	165
4.3 Culpa. Teorías sobre la.....	168
4.3.1 Teoría de la previsibilidad .....	168
4.3.2 Teoría del vicio de la inteligencia .....	170
4.3.3 Teorías positivistas.....	172
4.3.4 Teoría físico – psicológica.....	172
4.3.5 Teoría de la imprudencia o negligencia.....	173
4.3.6 Teoría integral de von Liszt.....	174
4.3.7 Teoría de la voluntad, previsibilidad y evitabilidad.....	175
4.3.8 Teoría de la referencia anímica.....	177
4.3.9 Teoría psicoanalítica de Alexander y Staub .....	177
4.4 Culpa. Elementos de la.....	178
5. La Preterintencionalidad .....	185
5.1 Preterintencionalidad. Generalidades .....	185
5.2 Preterintencionalidad. Concepto.....	187
5.3 Preterintencionalidad. Posturas que la explican.....	188
5.4 Preterintención. Elementos objetivos de la.....	197
6. Ausencia de las causas de exclusión de la culpabilidad.....	198
7. Causas de exclusión de la culpabilidad, de exculpación o de inculpabilidad .....	199
7.1 Clases de causas de inculpabilidad.....	204

### CAPITULO III

#### **La culpabilidad en la Teoría Final de la Acción y en el Modelo lógico - matemático (breve referencia)**

1. La Teoría de la Acción Final .....	207
1.1 Bases histórico – intelectual y filosófica de la Teoría Final de la Acción .....	209
1.2 Concepción normativa pura de la culpabilidad.....	214
1.2.1 Consecuencias de la adopción del concepto puramente normativo de la culpabilidad .....	217

	<b>pag.</b>
1.2.2 Críticas formuladas contra el concepto puramente normativo de la culpabilidad.....	222
1.2.3 Culpabilidad y juicio de culpabilidad.....	226
1.3 Culpabilidad. Concepto en la Teoría de la Acción Final .....	228
1.4 Culpabilidad. Elementos positivos y negativos en la teoría normativa finalista.....	231
2. Imputabilidad. Elemento de la culpabilidad en la Teoría de la Acción Final.....	232
2.1 Imputabilidad y libertad de voluntad.....	234
2.1.1 Problema de la libertad de voluntad .....	235
2.1.1.1 Aspecto antropológico .....	236
2.1.1.2 Aspecto caracterológico.....	237
2.1.1.3 Aspecto categoremático .....	238
2.1.2 Problema en el establecimiento de la capacidad de imputación.....	240
2.1.2.1 Capacidad para cumplir el deber .....	244
2.1.2.2 La relación entre la norma y el capaz de darle cumplimiento.....	243
2.1.2.3 Los elementos de la capacidad para cumplir el deber .....	244
2.2 Crítica sobre la libertad de voluntad o posibilidad de actuar de otro modo .....	245
2.3 Presupuestos de la imputabilidad (inimputabilidad).....	252
2.3.1 Minoridad.....	252
2.3.2 Estados de conexión biológico – psicológicos.....	253
2.3.2.1 Trastorno psíquico patológico .....	255
2.3.2.2 Trastorno profundo de la consciencia.....	256
2.3.2.3 Oligofrenia .....	259
2.3.2.4 Otra anomalía psíquica grave .....	260
3. Posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad .....	261
3.1 Antijuridicidad e injusto .....	264
3.1.1 Adecuación típica como indicio de la antijuridicidad.....	265
3.2 Capacidad de conocer el deber .....	266
3.2.1 Posibilidad de actualizar el conocimiento de la norma .....	267
3.2.2 Autodeducción de la norma .....	268
3.2.3 Capacidad de acción. Capacidad para conocer la situación de la cual surge el deber .....	269
3.2.4 Capacidad de subsumir la decisión bajo las normas .....	269

3.3	Capacidad de comprensión y de inhibición .....	270
3.4	Teorías relacionadas con la ilicitud del hecho.....	272
3.4.1	Teoría extrema del dolo .....	272
3.4.1.1	Teoría extrema del dolo. Consecuencias .....	273
3.4.1.2	Teoría extrema del dolo. Críticas.....	276
3.4.2	Teoría limitada del dolo .....	278
3.4.3	Teoría extrema de la culpabilidad.....	279
3.4.3.1	Teoría extrema de la culpabilidad. Consecuencias ....	280
3.4.3.2	Teoría extrema de la culpabilidad. Críticas .....	282
3.4.4	Teoría limitada de la culpabilidad .....	283
3.4.4.1	Teoría limitada de la culpabilidad. Consecuencias ....	284
3.4.4.2	Teoría limitada de la culpabilidad. Críticas.....	286
3.5	Error de prohibición .....	286
3.5.1	Formas de manifestación del error de prohibición .....	289
3.5.1.1	Error sobre la existencia de una prohibición .....	289
3.5.1.2	El error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación.....	290
3.5.1.3	El error de subsunción .....	290
3.5.1.4	El error de validez.....	292
3.5.2	Consecuencias jurídicas del error de prohibición.....	293
4.	Exigibilidad de una conducta conforme a la norma .....	293
4.1	Reproche y reprochabilidad .....	295
4.2	Relación entre exigibilidad y reprochabilidad.....	295
4.3	Exigibilidad y voluntad de resolución .....	297
4.3.1	Exigibilidad en los delitos culposos .....	298
4.3.2	Exigibilidad en los delitos dolosos .....	300
4.4	La no exigibilidad de una conducta conforme a la norma .....	300
4.4.1	Estado de necesidad penal .....	302
5.	La culpabilidad en el modelo lógico – matemático .....	305
6.	Inculpabilidad en el modelo lógico – matemático .....	307

## CAPITULO IV

### La responsabilidad jurídicopenal en el Sistema Funcional del delito

1. El Sistema Funcional del delito .....	311
1.1 Bases histórico–intelectual y filosófica del Sistema Funcional del delito.....	312
2. Concepción funcional de la responsabilidad jurídicopenal.....	318
2.1 Teoría de la responsabilidad en la dogmática de la imprudencia..	320
2.1.1 La exigibilidad como su principio regulador.....	320
2.1.2 La insignificancia como su principio regulador .....	322
2.2 Causas supraleales de exclusión de la responsabilidad.....	322
3. Culpabilidad.....	325
3.1 Necesidad de dejar de lado la existencia real y la posibilidad de prueba de la libertad de voluntad.....	326
3.2 Determinación del contenido de la culpabilidad en el Derecho Penal (el concepto material de la culpabilidad).....	328
3.2.1 La culpabilidad como “poder actuar de otro modo” .....	329
3.2.2 La culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada.....	330
3.2.3 La culpabilidad como deber responder por el carácter propio.....	332
3.2.4 La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivogenerales .....	335
3.2.5 La culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de la asequibilidad normativa .....	337
3.3 La culpabilidad como fundamento y medición de la pena .....	341
3.4 Tesis de Roxin. Críticas a la .....	343
3.5 Causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación ..	346
4. Necesidad de la pena.....	348

4.1	Prevención general y prevención especial.....	351
4.2	Teoría de los fines de la pena.....	354
4.2.1	Determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena.....	356
4.3	Restricción del uso del Derecho Penal .....	361
5.	La culpabilidad y la complejidad de su comprobación .....	363
5.1	Inseguridad pública y <i>ius puniendi</i> .....	366
5.2	Principios rectores en el sistema de justicia penal .....	368
5.3	Carencia de fe del pueblo en la procuración y administración de justicia.....	370
5.4	Efectos de acreditar el dolo, la culpa y los elementos subjetivos distintos del dolo en la (probable) responsabilidad .....	372
5.5	Necesidad de profesionalización y mayores recursos para los órganos policiales, de procuración y administración de justicia.....	374
5.6	Limitaciones del engranaje ministerial y judicial.....	378
5.7	Necesaria profundización en la metodología de la investigación pericial .....	381
	<b>Conclusiones</b> .....	385
	<b>Propuestas</b> .....	406
	<b>Fuentes de investigación</b> .....	410
	<b>Indice general</b> .....	436