

LA CULPABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA PENA

Zulita FELLINI¹

SUMARIO: I. Evolución del concepto de culpabilidad en el derecho penal. II. Las teorías absolutas y la concepción de la culpabilidad. III. La teoría de la prevención especial y el concepto de culpabilidad. IV. Las teorías de la unión y el concepto de culpabilidad. V. El concepto de culpabilidad del finalismo. VI. Prevención general positiva y concepto de culpabilidad.

I. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL

La distinción entre los conceptos de injusto y de culpabilidad tanto como su delimitación y el contenido de ambas categorías del delito ha constituido uno de los temas más importantes de las últimas décadas del derecho penal moderno.

No se trata de exponer sólo conflictos de tipo terminológico o sistemático, sino que, por el contrario, es posible afirmar que el concepto de culpabilidad ha presentado en su evolución estrecha vinculación con las formulaciones que en cada momento histórico lo han conectado a distintas teorías de la pena.

En realidad, esta característica no debe considerarse exclusiva de la culpabilidad misma, sino que es posible referirla a todos los modelos de teorías del delito.

En verdad, podemos advertir que existe unanimidad en la doctrina en considerar que la culpabilidad se distingue del injusto por la especial valoración a que se somete la acción del autor; pero no puede avanzarse mucho más ni en los aspectos terminológicos ni en el contenido. Sin em-

¹ Magistrada del Tribunal de Menores. Catedrática de derecho penal.

bargo, es aceptable que desde un punto de vista sistemático no se aluda a un simple juicio de valor cuando se menciona esta categoría del delito, sino que también se haga referencia a elementos de carácter objetivos y subjetivos como la conciencia de la antijuricidad o a algunas situaciones de estado de necesidad. En realidad, se reprocha la totalidad de un hecho; esto es, el injusto más los elementos específicos de la culpabilidad (culpabilidad en sentido amplio). Cuando hablamos de culpabilidad en sentido estricto, nos limitamos a circunstancias que sin pertenecer al injusto son decisivas para la reprochabilidad.²

Las distintas teorías de la pena sirven como marco de referencia para explicar las amplitudes y restricciones a que ha sido sometido el principio de culpabilidad.

Tal vez sin estas referencias podría considerarse que en ciertos momentos el principio de culpabilidad ha carecido de un soporte dogmático, e incluso podría llegar a sostenerse su falta de eficacia.³

Se ha afirmado que el principio de culpabilidad está siendo amenazado tanto en la teoría como en la praxis por los intereses de una política criminal eficaz. Mantener el reproche de culpabilidad que hoy se formula contra el autor de un delito en nombre del principio de culpabilidad desde el punto de vista teórico es insostenible y, desde el punto de vista práctico, perjudicial. Un ordenamiento jurídico penal que procure evitar en lo posible molestias a las personas y fundamentar honestamente sus intervenciones debe renunciar a ese reproche.⁴

No obstante los distintos ataques que ha sufrido y sufre el principio de culpabilidad, es importante reconocer que el mismo cumple una función legitimadora de la pena que le otorga una especial relevancia entre los elementos del delito.

La historia dogmática del concepto demuestra que el derecho penal moderno ha oscilado permanentemente entre un concepto de culpabilidad referido a la voluntad libre y otro, que reemplaza la voluntad por el carácter o por la tendencia del autor o finalmente, como en el caso del funcionalismo, por las alternativas sociales a la solución penal del conflicto.⁵

2 Cfr. Kaufmann, Arthur, *cit.* por Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, 1976, p. 201.

3 Cfr. Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, pp. 266 y ss.

4 Cfr. Hassemer, *Alternativas al principio de culpabilidad*.

5 Cfr. Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, 1997.

La culpabilidad como fundamento legitimante de la pena tiene su origen en una característica del idealismo alemán de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX.

Kant decía que “el efecto jurídico de un delito es la pena”. Es meritorio (*méritum*) lo que alguien hace de más conforme al deber en comparación con aquello a que la ley puede obligarle; lo que hace sólo conforme a esta última es debido (*débitum*); por último, lo que hace de menos en comparación con lo que la última exige, es delito moral (*deméritum*). El delito (para Kant, “delito moral”) presupone un *deméritum*; es decir, que alguien no se haya comportado a la altura de lo que le era exigible.⁶

Sin embargo, esta conexión entre la pena y la culpabilidad no ingresó temáticamente en la doctrina penal hasta que los hegelianos (Abbeg, Köstlin, Hälschmer, etcétera) subrayaron que este concepto era necesario como presupuesto de la pena entre los elementos de la teoría del delito. Hegel habló de la culpa en los párrafos 115 y siguientes de su *Filosofía del derecho*.

A partir de entonces, se plantea la cuestión de qué es la culpabilidad, o cuál debe ser la culpabilidad que legitime la pena. Por lo tanto, entre qué debe entenderse por pena y qué, por culpabilidad. Existe una conexión que domina la estructura del sistema dogmático del delito hasta nuestros días.⁷

Se fijó un concepto material de culpabilidad que acompañó a cada teoría de la pena. Esto es posible detectarlo ya desde Von Liszt, quien no sólo recurrió a esta terminología, sino que señaló el valor metajurídico de la culpabilidad. El juicio de culpabilidad, decía Von Liszt, expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido, y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto se añade la que recae sobre el autor. La ciencia que considera separadamente las características de la idea del delito toma el concepto de culpabilidad en un sentido estricto, comprensivo tan sólo de la relación subjetiva entre el acto y el autor. Esta relación debe tomar como punto de partida el hecho concreto, pero al mismo tiempo sale fuera de él, dando entonces al acto el carácter de expresión de la naturaleza propia del autor y aclarando el valor metajurídico de la culpabilidad.

6 Cfr. Kant, *La metafísica de las costumbres*, p. 35.

7 Bacigalupo, *op. cit.*, nota 5.

La relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser psicológica; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa).

Según ella, el acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable.

De la significación sintomática del acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar del autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad; éste radica en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial).⁸

II. LAS TEORÍAS ABSOLUTAS Y LA CONCEPCIÓN DE LA CULPABILIDAD

Las teorías absolutas concibieron la pena como realización de un ideal de justicia.

Decía Kant que la pena judicial, distinta de la pena natural, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo o para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; el hombre no puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real. La ley penal es un imperativo categórico “y hay [*sic*] de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete. Siguiendo la divisa farisaica, es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo; porque si perece la justicia, carece ya de valor que viva hombre sobre la tierra”.⁹

En esta concepción, que respondía a la pena como retribución y revestía las formas de divina, moral y jurídica, la pena no perseguía ningún fin; su función era la de retribuir hasta donde ello fuera equivalente al mal causado por el autor. Sólo la ley del Talión podía ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que éste fuera en el seno de un tribunal, y no en un juicio privado.

Todo fin perseguido con la pena sería ilegítimo: la dignidad de la persona impide que sea un medio para lograr alguna finalidad. Es posible recordar aquí la crítica que le hace Hegel a Beccaria y a Feuerbach donde refiere que no es justo tratar al hombre como a un perro al que se le

⁸ Cfr. Von Liszt, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 388.

⁹ Cfr. Kant, *op. cit.*, nota 6, p. 166.

amenaza con un bastón para que obedezca, haciendo referencia a la función de la pena.¹⁰

También Kant afirma que la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia. No existe equivalente entre una vida, por penosa que sea, y la muerte; por lo tanto, tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia. Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendrían que ser ejecutados hasta el último asesino que se encontrara en la cárcel para que cada cual recibiera lo que se merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no exigió este castigo, porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia.¹¹

La culpabilidad en sentido material no podía ser sino una culpabilidad de voluntad (la voluntad contraria a la norma). Culpable es una voluntad particular que se opone a una voluntad general expresada en la norma (culpabilidad=voluntad mala).

La expresión dogmática de este concepto fue la teoría psicológica de la culpabilidad: ésta se manifiesta en la relación psicológica entre el autor y su hecho. Esta aseveración, que ya hemos mencionado como expresión de Von Liszt, lo involucra completamente Frank,¹² y en sentido contrario se pronunciaron en su momento Beling y Graf zu Dohna, entre otros.

El concepto de la teoría psicológica tuvo dificultades para explicar la culpabilidad de la culpa inconsciente.

Dice Graf zu Dohna que, cuando se situó la esencia de la culpabilidad en la relación psíquica del autor con su hecho, fueron pasados por alto dos problemas: el primero, que esa referencia a la culpa no cuadra en absoluto porque en ella falta precisamente la relación psíquica; en la culpa inconsciente no hay ninguna relación psicológica entre el autor y su acto. El segundo, que con el establecimiento de esa relación, para la culpa no se ha dicho nada definitivo; pues, a pesar de existir el dolo, puede faltar la culpabilidad. En este sentido es suficiente recordar el estado de necesidad disculpante en el cual existe el nexó psicológico y no se reconoce culpabilidad al autor.

10 Cfr. Hegel, *Filosofía del derecho*, párrafo 100.

11 Cfr. Kant, *op. cit.*, nota 6, p. 168.

12 Cfr. Frank, *cit.* por Von Liszt, *op. cit.*, nota 8, t. II, capítulo IV.

Fueron precisamente estas consideraciones las que hicieron fallar por la base la teoría psicológica de la culpabilidad.¹³

Como también subraya Graf zu Donha,¹⁴ la teoría normativa (Frank y Golsdschmith) intentó superar estas deficiencias, pero, conforme Jiménez de Asúa, sólo reemplaza la relación psicológica remontándose a la reprochabilidad de dicha relación psicológica.

La teoría normativa de la culpabilidad da un paso más adelante que el psicologismo, y apoya en última instancia la autoría moral en la motivación del autor del delito, lo cual la conduce a consecuencias que resultarían incompatibles con la regulación que el Código Penal hace de las causas de inculpabilidad y justificación, en lo que respecta a la coacción y al estado de necesidad.¹⁵

También la teoría normativa entiende la culpabilidad como culpabilidad de voluntad. Así, Mezger mantiene el dolo y la culpa como forma de culpabilidad.¹⁶

Mezger, también siguiendo la teoría normativa, consideró que el acto de voluntad del autor era un elemento esencial de la culpabilidad. Sostuvo que en la ciencia del derecho punitivo se encontró muchas veces como tendencia la llamada teoría del motivo, que intentó ver el propio objeto del juicio de culpabilidad no tanto en las meras referencias psicológicas del autor a su acto, sino en el proceso de motivación que le ha conducido a él; en consecuencia, menos en el acto de voluntad que en la formación de dicha voluntad. De todas maneras, ese acto de voluntad del autor fue considerado mediante el exhaustivo análisis de su contenido como vital en el trabajo jurídico-penal-científico de la integración del concepto de culpabilidad.¹⁷

Para Graf zu Dohna, “la culpabilidad es la determinación de la voluntad contraria al deber”.¹⁸

13 Cfr. Graf zu Dohna, *La estructura de la teoría del delito*, p. 60.

14 *Idem*.

15 Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. V., pp. 176 y ss.

16 Cfr. Mezger, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 27.

17 Cfr. Graf zu Dohna, *op. cit.*, nota 13.

18 *Idem*.

III. LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

La teoría que fundamenta la pena en la prevención especial no prescindió de la culpabilidad; sin embargo, la transformó conceptualmente.

La teoría de la prevención especial parte de una concepción determinista del ser humano, que niega la libertad de decisión característica de las teorías absolutas.

Lo importante para esta teoría es la prevención de la repetición del delito. En el centro de su preocupación está, por lo tanto, la peligrosidad del autor, o sea, su carácter. Tuvo por función adaptar el concepto de culpabilidad a una visión de la pena que actuaba como seguridad contra la reincidencia del autor.

Pretende encontrar en la pena una solución jurídico-penal a través del tratamiento corrector del delincuente individual que promueva su reinserción social, con el objeto de evitar la reincidencia del autor.

Esta teoría ha sido desarrollada por diversas corrientes del pensamiento penal como la expresada en el Programa de Marburgo por Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo, y la escuela de la defensa social.

Fue importante para Liszt asociar al autor con la desobediencia a la norma y adaptar la pena a cada sujeto, para lo cual tuvo en cuenta una clasificación de delincuentes, que de acuerdo a su personalidad iba asociada a una pena con distintos fines, ya se tratara de corregirlo, intimidarlo o inocularlo.

Decía Liszt que el derecho penal tiene como misión peculiar la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente.

Pero la totalidad de la fuerza que le es propia es desarrollada por la pena en la ejecución para el mantenimiento del orden jurídico por medio de la coacción penal.

Ella produce efectos sobre: *a)* la totalidad de los sujetos del derecho, dominando por una parte las inclinaciones criminales, mediante la intimidación y asegurando el espíritu de orden de los ciudadanos; *b)* sobre el lesionado, produciéndole la satisfacción de no dejar impune el ataque antijurídico dirigido contra él, y *c)* más especialmente actúa sobre el cri-

minal mismo para tratar de hacerlo nuevamente un miembro útil para la sociedad, frenando sus malos instintos o influyendo sobre el carácter del autor para transformarlo. También puede suprimir perpetua o temporalmente al criminal que ha llegado a ser inútil para la sociedad.

Según el efecto que se persiga de la pena, la ejecución se hará de forma diferente. En la prevención especial, la naturaleza y extensión de la pena dependerá de la clase de delincuente, que se adaptará al caso particular.

Para Liszt el contenido material del concepto de culpabilidad radica en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido. La expresión asocial comprende tanto el dolo como la culpa. La pena en consecuencia es prevención mediante represión. El contenido material del concepto de culpabilidad radica de esta manera también en la imperfección del sentimiento del deber social necesario para la vida común en el estado y en la motivación antisocial.

Por lo tanto, el giro preventivo especial en la fundamentación de la teoría de la pena produjo dos consecuencias en el concepto dogmático de culpabilidad: *a)* exclusión de la libertad de voluntad como base de la culpabilidad. Von Liszt dijo que “el concepto de culpabilidad tomado en este sentido es completamente independiente de la hipótesis del libre albedrío”, y *b)* exclusión de la voluntad como objeto de juicio de culpabilidad y su reemplazo por el carácter (antisocial) del autor.

Jiménez de Asúa ha sostenido que estas teorías, que denomina “personalizadas”, surgieron en Alemania y tuvieron en España y en Italia una importancia tan grande como nefasta sobre la culpabilidad, señalando que en algunos casos —como en el caso de Bockelmann— han manifestado una clara orientación hacia los fines del nacionalsocialismo.

La doctrina normativa de la culpabilidad, dice, junto a la del carácter y a la de la peligrosidad social, llega a ser la teoría de la culpabilidad material demostrativa de la personalidad del autor. El propósito de conciliar la culpabilidad del carácter y la concepción normativa es lo que llevó a la construcción de la tesis caracterológica o personalizada.

La “culpabilidad de autor” es muy relativa, dice Asúa, salvo la raíz filosófica de que la cual surge (la fenomenología y el existencialismo), y las consecuencias políticas a las que llega científicamente no difieren mucho de las más extremas conclusiones de la culpabilidad caracterológica y personalizada. No se reprocha el acto concreto cometido, sino la

característica psíquica del autor, su estado subjetivo. La reprochabilidad se hace por la inclinación al delito del individuo, por su maldad en tanto y en cuanto hubiera podido formarse una personalidad psíquica distinta.

Observa Jiménez de Asúa una curiosa coincidencia entre las palabras de Bockelmann y las que Liszt había escrito a fines del siglo anterior. Lo que interesa en muchos casos —dice aquél— no es el hombre en cuanto “actúa”, sino en cuanto “es”, en cuanto se presenta de un determinado modo, y añade que no sería posible por los partidarios de la culpabilidad de autor que semejante concepción fuera aceptada en el clima político de la ideología liberal, y más concretamente en el ámbito de la doctrina kantiana que separa el derecho de la moral.¹⁹

Sostuvo Liszt que sólo esta concepción de la culpabilidad consigue establecer una medida de la misma, que crece o disminuye, según que el acto sea, más 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.²⁰

De esta manera queda claro el enfrentamiento entre la culpabilidad de la voluntad de las teorías absolutas y la culpabilidad por el carácter asocial.

La culpabilidad de carácter y la conducta de la vida fueron variedades de esta concepción de la culpabilidad, que florecieron en las décadas de 1930 y 1940 en Alemania.

Ello les significó un considerable descrédito político, dada la vinculación con las ideas totalitarias. Sostiene Mezger que todas las tentativas de referir de manera inmediata el juicio de culpabilidad al carácter y a la personalidad del autor son incompatibles con el derecho vigente, porque, en el mismo, el objeto del juicio de culpabilidad es el acto, pero el acto en su relación con el carácter del autor, el acto como expresión de la personalidad del que lo realiza. Así, el concepto de culpabilidad como “culpabilidad de carácter” debe ser rechazado con arreglo al derecho positivo, pero también en él existe, en el fondo, según este autor, una concepción caracterológica de la culpabilidad.

¹⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, *op. cit.*, nota 15, pp. 138 y ss., y 144 y ss.

²⁰ Cfr. Von Liszt, *op. cit.*, nota 8, p. 390.

El postulado de que no hay pena sin culpabilidad constituye una parte integrante de la conciencia jurídico-penal moderna.

Pero, en primer término, es sólo un programa: para el derecho vigente significa un principio jurídico que se reconoce de modo general, pero que no en todo momento se ha llevado a la práctica; para la interpretación del derecho positivo es un principio rector en los casos de duda, y para el derecho penal del futuro constituye un principio meta, cuya realización práctica sin excepciones se exige de modo imperioso.²¹

IV. LAS TEORÍAS DE LA UNIÓN Y EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

El esfuerzo por superar la antinomia entre teorías absolutas y teorías relativas (básicamente de la prevención especial), que ha sido la base de la discusión de la “lucha de escuelas”, dio lugar a una concepción ecléctica de la pena que se denomina “teoría de la unión”, que, como señala Jescheck, reúne en una concepción única la función represiva y la función preventiva del derecho penal.

Sostiene el autor que el derecho penal realiza su tarea de defensa de la sociedad castigando las infracciones jurídicas ya cometidas: en este sentido, es de naturaleza represiva. Pero también realiza dicha misión previniendo infracciones jurídicas de comisión futura: en este aspecto tiene naturaleza preventiva. Sin embargo, las funciones represiva y preventiva del derecho penal no son contradictorias, sino que deben entenderse como una unidad: mediante la conminación, la imposición y la ejecución de la pena justa, el derecho penal sirve a la finalidad de prevenir infracciones jurídicas en el futuro.²²

Una teoría de la pena que pretende conjugar ambas funciones tiene que ejercer también consecuencias en la estructuración de la culpabilidad.

Sostiene Mezger (y siguiéndolo, Jiménez de Asúa), que el contenido del juicio de culpabilidad reposa sobre la base de tres elementos: el juicio de culpabilidad y su desaprobación jurídica se refieren, en el caso concreto, al acto de voluntad del autor (las llamadas partes integrantes psicológicas de la culpabilidad); a los motivos del autor (las llamadas partes integrantes motivadoras de la culpabilidad), y a las referencias de

21 Cfr. Mezger, *op. cit.*, nota 16, pp. 27 y ss.

22 Cfr. Jescheck, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., pp. 3 y 4.

la acción a la total personalidad del autor (las llamadas partes integrantes caracterológicas de la culpabilidad).

El primero de estos elementos consiste en una concesión a las teorías absolutas de la pena; el último recoge la relación entre el acto y la personalidad que exigía la teoría de la prevención especial en la formulación de Von Liszt.

Esta concepción de la culpabilidad, sin embargo, ha sido totalmente reestructurada por las nuevas formulaciones de la teoría de la unión.

Particularmente debe darse especial valoración a los postulados de Roxin y su teoría dialéctica de la unión.

De acuerdo con este autor, la pena tiene una función preventiva general en el momento de la amenaza; una función retributiva en el momento de la individualización de la pena, y una función preventiva especial en el momento de la ejecución de la sanción.

Concretamente, afirma el autor que, en cada situación histórica y social de un grupo humano, los presupuestos imprescindibles para una existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad todo el mundo las tiene presentes; en una palabra: los llamados bienes jurídicos; y que el derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones.

En el Estado moderno, junto a esa protección de bienes jurídicos previamente dados, aparece la necesidad de asegurar, si es necesario con los medios del derecho penal, el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social por parte del Estado.

Debe entenderse así que las conminaciones penales sólo están justificadas si tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de prestaciones y bienes jurídicos. En este ámbito, el fin de las disposiciones penales es de prevención general.

Se llega de esta manera, en la concepción del autor citado, a la imposición y medición de la pena, introduciendo el principio de prevención general en la actividad judicial, ya que la fuerza de prevención general se tornaría abstracta si no hubiera ninguna consecuencia a partir de ella.

Dice también Feuerbach sobre la imposición de la pena que: “el fin de la imposición de la misma es fundamentar la efectividad de la ame-

naza legal, en cuanto que sin ella esa amenaza sería vana (ineficaz)". Consecuentemente, el fin último de la imposición de una pena es, en su opinión, "asimismo mera intimidación de los ciudadanos por medio de la ley".²³

Finalmente, la ejecución constituye el tercer y último estadio de la realización del derecho penal. La misma sólo puede ser justificada si persigue fines racionales que posibiliten la vida humana en común y sin peligros, teniendo como meta la reincorporación del delincuente a la comunidad. Sólo está indicada una ejecución resocializadora. El interés de la comunidad en recuperar al delincuente después de cumplir su pena como miembro apto para la vida y fiel al derecho se corresponde asimismo con el verdadero bien del condenado y con la idea de un desarrollo armónico de su personalidad, sin que esto implique justificar que el derecho penal por sí sólo sirva a estos fines descuidando las etapas precedentes. El fin de resocializar sólo es legítimo y fructífero dentro de los límites fijados por el derecho.²⁴

De la tesis de Roxin pueden extraerse algunas consecuencias prácticas; entre ellas debemos entender que la prevención especial y la general (los fines político criminales) fundamentan la pena, mientras que la culpabilidad del autor la limita. "El concepto de culpabilidad, que en cuanto a realidad experimental no se puede discutir, tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial, más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad".²⁵

De esta manera, Roxin distingue la *culpabilidad de la responsabilidad*, dado que la responsabilidad depende de la utilidad de la aplicación de la pena desde el punto de vista político-criminal (es decir, de la teoría de los fines de la pena).

Esto se manifiesta en la práctica en que la exclusión de la culpabilidad (casos de no exigibilidad y de error de prohibición) no dependen de si el autor podía o no haber obrado de otra manera (como sostenía Welzel), sino de si la aplicación de la pena se justifica desde el punto de vista de la prevención.

Más concretamente, en los casos de error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación (eximentes putativas), deben aplicarse

23 Según Feuerbach, *cit.* por Roxin, *op. cit.*, nota 2, p. 25.

24 *Cfr.* Roxin, *op. cit.*, nota 2, pp. 20 y ss.

25 *Cfr.* Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, pp. 27 y 28.

las reglas del error de tipo (de la misma manera que en los casos de exclusión de la pena del delito doloso en los casos de error evitable). Se hace aquí una aplicación, entonces, de la teoría limitada de la culpabilidad en lugar de la teoría estricta de la culpabilidad (que aplica las reglas más estrictas del error de prohibición).

V. EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD DEL FINALISMO

En el momento histórico que analizamos, se observa un retorno a las teorías absolutas y a la culpabilidad de voluntad.

Al analizar la teoría de la pena, Welzel sostiene que “la pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable”.²⁶ “Se basa en el postulado de la retribución justa ‘que cada uno sufra lo que sus hechos valen’ ” (Kant).

Según este postulado, de un devenir justo del mundo resulta correcto que el delincuente sufra de acuerdo a su culpabilidad.

La pena se justifica como retribución adecuada al grado de culpabilidad. Desde esta perspectiva, el finalismo retoma la idea de la culpabilidad como culpabilidad de voluntad. Welzel sostiene que culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad, de acuerdo con ello, es culpabilidad de voluntad.²⁷

Por lo tanto, también se retorna a la libertad de voluntad: “el reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo con la norma”.²⁸

Según este autor el reproche tiene dos premisas: *a)* que el sujeto sea capaz de motivarse de acuerdo a la norma, y *b)* que esté en situación de hacerlo en virtud de la posible comprensión de la antijuricidad.

De esta manera, la libertad de voluntad que hemos mencionado se fundamenta en una determinada concepción antropológica: según Welzel, en contraste con el animal, el hombre se caracteriza negativamente por una amplia libertad respecto de las formas innatas e instintivas de conducta y, positivamente, por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes.²⁹

²⁶ Cfr. Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 326.

²⁷ *Ibidem*, p. 198.

²⁸ *Ibidem*, p. 201.

²⁹ *Ibidem*, p. 203.

De aquí se deduce una nueva fundamentación de la libertad de voluntad que Welzel llamó “aspecto categorial”. No se trata de una total indeterminación de la voluntad, sino que el autor puede, en ejercicio de su poder de decisión, neutralizar la determinación de sus actos; dijo Welzel: “el evento no es el resultado ciego de las conexiones asociativas anteriores, sino del contenido del sentido que se propone el autor”.³⁰

Por lo tanto, el fin que el autor tiene en vista determina la ejecución del acto. Consecuentemente para Welzel, la libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido. La culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello.³¹

En esta concepción, es culpable quien, pudiendo obrar de otra manera, lo hace en contra del derecho.

Welzel trató también de explicar la culpabilidad en el delito culposo partiendo de su concepción de la estructura anímica del hombre como pluralidad de estratos.³²

En este sentido afirmó que, aunque la corrección de las acciones no emanen en el caso concreto de una dirección consciente de acción, sino de disposiciones automatizadas para la acción adquirida anteriormente, de todos modos su falta puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad, en la medida en que él, en la ejecución de su acción final, no consideró los peligros de la situación y los límites funcionales de sus disposiciones automatizadas.

VI. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA Y CONCEPTO DE CULPABILIDAD

El desarrollo último del derecho penal ha puesto en el centro de la discusión la dogmática del funcionalismo, desarrollada por el más joven de los discípulos de Welzel: Günther Jakobs.

La dogmática funcionalista se contraponen al ontologicismo sostenido por Welzel, y estructura los conceptos dogmáticos normativamente en función de la misión del derecho penal, es decir, de la prevención general positiva.

30 *Ibidem*, p. 207.

31 *Ibidem*, p. 209.

32 *Ibidem*, p. 211.

En el modelo de Jakobs, la función de la punición estatal es la prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma. La pena se despliega para ejercitar en la fidelidad al derecho. La pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma. La pena es una réplica ante la infracción de la norma ejecutada a costa de su infractor.

La misión de la pena, de acuerdo a este autor, es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, y el contenido de la pena constituye una réplica, que tiene lugar a costa del infractor frente al cuestionamiento de la norma.³³

El concepto de culpabilidad se elabora en Jakobs en función de esta misión de ratificación de la norma, y a partir del sentido comunicativo de la acción, en el contexto de la teoría de los sistemas de Luhmann.

La misión que ha de desempeñar entonces el concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a derecho del autor como motivo del conflicto.³⁴

Dice Jakobs: “a fin de determinar la culpabilidad ha de establecerse cuántas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de culpabilidad y cuántas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad, o han de soportar terceros, incluso la víctima”.³⁵

Es decir, que la culpabilidad determina en qué casos y bajo qué condiciones el hecho cometido debe atribuirse al autor como su déficit de motivación jurídica que niega la norma o, por el contrario, carece de significación comunicativa de la negación de la norma por el autor.

La culpabilidad funcionalista se enfrenta nuevamente a la idea de culpabilidad de voluntad y al presupuesto de la libertad.

La culpabilidad no depende entonces de que el autor se haya podido comportar de otra manera, sino de si la sociedad dispone de un medio diverso de la pena para resolver el conflicto. Por ejemplo, la sociedad trata a los enfermos mentales de acuerdo con ciertas pautas terapéuticas; por lo tanto, no necesita declararlos culpables del hecho cometido. Por el contrario, no tiene medios terapéuticos para las simples personalidades psicopáticas; así, el psicópata (salvo casos muy graves) es declarado culpable y el conflicto que genera se resuelve con la pena.³⁶

33 Cfr. Jakobs, *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, p. 18.

34 *Ibidem*, p. 579.

35 *Ibidem*, p. 583.

36 Sobre esto, cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, nota 5.

1022

ZULITA FELLINI

De cuanto llevamos dicho puede concluirse, a manera de confirmación de lo expresado al iniciar este trabajo, que el concepto de culpabilidad no debe analizarse aisladamente, sino por el contrario deviene dependiente de cada una de las teorías de la pena que lo han sostenido, formulado o reformulado.

Por el momento no puede el derecho penal prescindir del concepto de culpabilidad como función legitimante de la pena sin que ésto afecte una de las mayores garantías de que goza el sujeto de derecho del Estado moderno.