UNIVERSIDAD DEL AZUAY

TEMA:

LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO (REPROCHABILIDAD)

TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL.

REALIZADO POR:

DR. OSWALDO MARTÍNEZ ALVARADO

DIRECTOR:

DR. JAVIER DE LA FUENTE

CUENCA - ECUADOR

2009

DEDICATORIA

A LA MEMORIA DE MIS PADRES QUE ME ENSEÑARON A AMAR AL SER HUMANO CON PREFERENCIA DE LOS MÁS POBRES Y EXCLUIDOS DE LA SOCIEDAD Y QUE SEMBRARÓN EN MÍ LA VOCACIÓN DE SERVICIO HACIA ELLOS EN EL EJERCICIO DE MI PROFESIÓN DE ABOGADO Y CONCRETAMENTE EN LA FUNCIÓN DE DEFENSOR PÚBLICO.

RESUMEN
LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO (ATRIBUIBILIDAD)
En la exigibilidad no se trata de analizar la capacidad individual de otra conducta. Se trata de establecer si el Estado, en este caso, debe o no exigir una conducta distinta, conforme a ciertos parámetros medios, es un elemento normativo que se determina en función de criterios de política criminal, y de prevención que se manejan en cada Estado.

Abstract
The responsability caused by the Fact or imputing blame
In the demand is not intended to analyze the individual aptitude or behaviour. It is Intended to establish if the State, in this case, should or should not demand a different behaviour, according to certain standard established behaviours. It is a lawful element wich is determined by criminal politic criteria and prevention which are managed by each State.

INDICE

Dedicatoria.
Resumen
Abstrac
Introducción

CAPITULO PRIMERO

PRINCIPALES TEORÍAS QUE SE HAN FORMULADO SOBRE LA CULPABILIDAD.-

1. Teoría del Causalismo

1.1.- Reconocimiento de elementos subjetivos en lo injusto
1.2.- La no exigibilidad: "hay o no dolo en el autor"

2.- Teoría Normativista:

2.1.- La culpabilidad como irreprochabilidad
2.2.- ¿Se sigue incluyendo el dolo y la culpa en la culpabilidad?

3.- Finalismo y Teoría personal de lo injusto:

3.1.- Aspectos objetivos y subjetivos en el tipo y en las causas de Justificación.
3.2.- La reprochabilidad al autor en función de su capacidad de Motivación en la norma.

CAPITULO SEGUNDO

LA CULPABILIDAD

1.- La estructura del delito, y sus elementos

2.- La culpabilidad en la doctrina

3.- La culpabilidad como reprochabilidad.

CAPITULO TERCERO

LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

3.1.- Atribuibilidad.
Responsabilidad por el hecho
La exigibilidad de la responsabilidad por el hecho según parámetros Sociales.

3.2.- La culpabilidad propiamente dicha.

3.3.- La capacidad de culpabilidad del sujeto activo

INTRODUCCIÓN

La comprobación de la realización de una acción típica, antijurídica, en la que no se renuncia a la punibilidad por la irrelevancia del contenido de ilicitud, no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor.

La responsabilidad penal, en el presente estudio "Responsabilidad por el Hecho", criminal, depende de que aquél haya obrado culpablemente.

La culpabilidad por tanto constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena.

Precisamente, el presente trabajo de investigación contiene un estudio sobre la responsabilidad por el hecho, (reprochabilidad), dentro del ámbito de la culpabilidad, que analiza el desarrollo y evolución de la teoría del delito, tomando en consideración los planteamientos de las distintas teorías que han desarrollado estos temas, y que van desde la teoría psicológica causalista, que en su propuesta plantea que todos los actos son objetivos que es la puesta en marcha de un movimiento conciente con un mínimo de voluntad, lo esencial y que debe ser tomado en cuenta en el estudio de la culpabilidad. Sin tener en cuenta la finalidad y la dirección de la voluntad. Plantea su concepto de acción objetiva, que no tenía en cuenta el análisis del aspecto subjetivo del hecho, si quiso o no realizar esa conducta.

A continuación, se analiza la propuesta de la teoría normativa de la culpabilidad, que tiene en Frank, a su principal representante. Se comienza a reconocer la idea de no exigibilidad de otra conducta. Plantea como eje central de la teoría de la culpabilidad, está dado por la idea de la reprochabilidad al autor o juicio de reproche, al que realiza la conducta típica y antijurídica.

Se hace referencia también a la teoría del finalismo y teoría personal del injusto, representada por su principal propulsor Welzel, en donde se cambia el concepto de acción y se adopta la teoría finalista de acción, como ejercicio de actividad finalista, conducta voluntaria, pero una voluntad dominada y dirigida por la finalidad o dirección de la dominabilidad concreta. La acción pasó de ser objetiva y pasa a ser objetiva y subjetiva, se producen cambios a nivel de lo injusto y la culpabilidad. La tipicidad es también objetiva y subjetiva, el dolo y la imprudencia pasan a ser problemas de la tipicidad.

El segundo capítulo, analiza la concepción del delito y detalla los elementos del mismo considerando ya a todos sus elementos que lo integran, en su definición, esto es como un acto típico, antijurídico y culpable. También analiza el tema de la culpabilidad en la doctrina tomando en cuenta los aportes de sus doctrinarios más relevantes: Frank, Welzel, Maurach, Roxin, Achenbach, Jackobs, quienes han influido en el pensamiento de los doctrinarios de Iberoamérica y América Latina, como Donna, Bacigalupo, etc., se

analizan brevemente sus planteamientos e impugnaciones que fortalecen el debate y la discusión sobre este tema trascendental, en el estudio del delito como es la culpabilidad.

A continuación se plantea el problema de la culpabilidad, como reprochabilidad, partiendo del principio de que culpabilidad es reprochabilidad de un hacer u omitir jurídicamente desaprobado. Se estudia el problema de la culpabilidad jurídica y culpabilidad moral; la culpabilidad de acto aislado, la culpabilidad de carácter y el tema de culpabilidad de conducta de vida, culminando este tema con el estudio de la culpabilidad, como querer contrario al deber, o llamada también como culpabilidad de la voluntad.

En el último capítulo, se analiza el tema principal de estudio de esta Tesina que tiene que ver con la responsabilidad por el hecho (atribuibilidad), en donde se plantean aspectos como: en la exigibilidad no se trata de analizar la capacidad individual de otra conducta. Se trata de establecer si el Estado, en este caso, debe o no exigir una conducta distinta; conforme a ciertos parámetros medios. Es un elemento normativo que se determina en función de criterios de política criminal y de prevención que se manejan en cada estado. Este constituye un problema de exigibilidad media de acuerdo a los parámetros medios de una sociedad. De acuerdo a esta corriente, se saca de la culpabilidad el último elemento analizado, la exigibilidad de la conducta. Este elemento es colocado, como un momento previo a la culpabilidad, que es la responsabilidad por el hecho. La culpabilidad entonces queda exclusivamente como culpabilidad individual o como juicio de reproche al autor en función de su capacidad individual de motivación.

El propósito en suma de este trabajo, como lo hemos desglosado con anterioridad, pretende una aproximación, al estudio de todos los elementos que componen la definición de delito, para finalmente concentrarnos en la culpabilidad o atribuibilidad como elemento sustancial que debe tener en cuenta el juzgador al momento de adjudicarle la culpabilidad y en consecuencia aplicar la sanción condigna.

CAPITULO I

PRINCIPALES TEORIAS QUE SE HAN FORMULADO SOBRE LA CULPABILIDAD.

1.- TEORIA DEL CAUSALISMO:

1.1.-Reconocimiento de elementos subjetivos en lo injusto-
1.2.-La no exigibilidad: hay o no dolo en el Autor

Reconocimiento de elementos subjetivos en lo injusto.-
(Dominante hasta principios del siglo XX)

A fines del siglo XIX VON LISZT, definía el delito como "acto, contrario a Derecho, culpable y sancionado con una pena"[1]. El centro de esta definición lo constituía el acto, la acción entendida como un proceso causal, como un movimiento corporal que producía un cambio en el mundo exterior perceptible por lo sentidos. El acto que el sujeto desarrolla debía ser consciente y voluntario, sin tomar en cuenta la finalidad, que es lo que quiso hacer el sujeto o su intención. la acción por lo tanto era objetiva, era la puesta en marcha de un movimiento consciente con un mínimo de voluntad, sin tener en cuenta la finalidad o la dirección de la voluntad.- Este acto debía ser, además, contrario a derecho, es decir, antijurídico, concibiendo, pues, la antijuridicidad como una simple valoración del acto, del proceso causal externo.- Con ello aceptaba el concepto de antijuridicidad objetiva desarrollado por IHERING, quien superando la confusión reinante en esta materia en el ámbito del Derecho Civil, había destacado que también la lesión objetiva de las normas produce consecuencias jurídicas. Pero naturalmente no bastaba en Derecho Penal con la valoración de ese acto, es decir, la culpabilidad concebida en un sentido meramente psicológico, como la relación subjetiva entre el acto y el autor, formando así las llamadas formas de la culpabilidad, dolo y culpa, precedidas por la constatación de la capacidad psíquica del autor, la llamada imputabilidad.

Estas tres características : acción, antijuridicidad, y culpabilidad formaban la esencia del concepto del delito, aunque a veces era necesario, además, añadir algunas características que condicionaban todavía el castigo, pero que no tenían nada que ver con el acto mismo ni con sus elementos, y que debían considerarse separadamente, las llamadas condiciones objetivas de punibilidad (condiciones de procesabilidad, Ej.: el delito de contrabando que solo es punible a partir de una cuantía minima), las excusas absolutorias(inmunidad de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio del cargo, etc.

El esquema descrito se distinguía por su sencillez y claridad: la valoración del acto, concebido de un modo causal-objetivo, constituía la antijuridicidad; la valoración del autor y de los componentes subjetivos del delito pertenecía a la culpabilidad.[2]

[1] http: /derechopenalcolombia.blogspot.com/2005/08/resea-sobre-la-teorìa-del-delito.
[2] NUÑEZ, Ricardo, "La concepción normativa de la culpabilidad", Bosquejo de la culpabilidad, 2da Edición, Editorial IB de F, 2002, Montevideo-Buenos Aires.

Faltaba todavía, sin embargo, un elemento que diese consistencia a esas valoraciones y las vinculase con la norma jurídica positiva. La acción de cuya valoración se trataba, debía, por imperativo del principio de legalidad, encajar en la descripción contenida en las normas penales. El descubrimiento de esta tercera característica, meramente formal, pero importantísima, fue obra de BELING, quien en 1906, en su Teoría del Delito dio el nombre de tipicidad a la adecuación de una acción a la descripción contenida en la norma penal.

La tipicidad no tenia para BELING, ningún significado valorativo, era simplemente descripción del suceso objetivo externo en la norma penal; la subsunción en ella no significaba todavía nada, pero era el punto de referencia de las sucesivas valoraciones y se convertía así en una característica conceptual del delito.
En esta consideración del delito como acción típica, antijurídica y culpable, amenazada con una pena, se agotaban todas las posibilidades de análisis del hecho punible y se daban las bases para una discusión y evolución que todavía esta vigente.

El desarrollo del debate y de la discusión hizo que dentro de los mismos causalistas, se comenzara a sostener, que esta división entre elementos objetivos en el injusto y los subjetivos en la culpabilidad, no podía defenderse al extremo, relativizando esta división tajante. Se comienza entonces a reconocer en el injusto elementos subjetivos.- MEZGER, sostenía que lo injusto era preponderantemente objetivo, pero que excepcionalmente debían analizarse elementos subjetivos.[3]

Dentro del campo de la tipicidad se comienza a admitir la posibilidad de análisis de ciertos elementos de carácter subjetivo como por ejemplo en los delitos de hurto, (ánimo de apropiación). En otros ilícitos aunque el tipo penal no lo exige expresamente, sin embargo implícitamente la conducta típica no se puede ni siquiera concebir sin una referencia al elemento subjetivo. (Injuria-ánimus injuriandi).

En el Código Penal español anterior al año 95 el estado de necesidad estaba regulado de la siguiente manera: “El que obrare impulsado por una situación de necesidad”, esta expresión “impulsado por” para muchos causalistas se la debía entender también como una referencia de carácter subjetivo. Y así en el análisis de otros tipos penales.

Se puede notar que en el desarrollo de la discusión de la Teoría del Delito los causalistas comienzan a desarrollar en su análisis la teoría de los elementos subjetivos de justificación, la misma que es propia de ellos pues no nace del finalismo, estos elementos subjetivos incluso eran expresamente exigidos en las causas de justificación.

Como vemos la concepción material de la culpabilidad de la que se parta ejerce una cierta influencia sobre la configuración del concepto dogmático de culpabilidad. De cualquier manera esa influencia no suele afectar a los elementos que configuran el concepto de culpabilidad, pues prácticamente todos los sostenidos en la Ciencia Penal actual tienen los mismos elementos: capacidad de culpabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad. Sin embargo, el concepto material de culpabilidad determina el contenido de cada uno de esos elementos y su caracterización. En todo caso, los conceptos de culpabilidad procuran dar una respuesta a la cuestión de las

[3] Apuntes de Teoría del Delito III, “La culpabilidad y la atribuibilidad”, Dr. Javier Esteban De la Fuente, octubre 2007.

condiciones bajo las cuales un autor puede ser considerado culpable de su acción típica y antijurídica.

La primera respuesta corresponde a la teoría psicológica de la culpabilidad. Para ella la afirmación de esta última importa la comprobación de que la voluntad del autor es causal del hecho ilícito. De acuerdo con esto, la culpabilidad 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), c) la conciencia de la contrariedad al deber en el autor[4].

Se puede apreciar entonces, que la voluntad en esta teoría psicológica- causalista, es causal del hecho ilícito. El dolo y la culpa, ambos son especies de la culpabilidad y presuponen la imputabilidad del autor.

Entre las críticas que se han realizado a esta teoría, precisamente se ha manifestado que 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, por ejemplo, estado de necesidad disculpante; aquí faltará la culpabilidad y se dará, sin embargo la relación que la teoría psicológica estima que la fundamenta. Por otra parte, se puede verificar 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 la culpabilidad.

En nuestro Código Penal ecuatoriano, todavía se viene aplicando un sistema de carácter causalista, que ha procurado suplir todas las críticas que se han hecho a esta teoría, a través de la introducción en los tipos penales de elementos que configuran el tipo penal ya sean de carácter objetivos y subjetivos, de acuerdo a la realidad ecuatoriana. Pues, se debe entender que en los distintos países del mundo, especialmente en los países desarrollados, las políticas sobre el delito, responden a sus particulares problemáticas criminales.

Algunos de los grandes aportes de esta sistemática se pueden resumir así: elaboración de un modelo sencillo, simplificado de la Teoría del delito, de suma utilidad para los jueces; en lo que se refiere a la critica político criminal, el causalismo-positivismo da un paso adelante en la consolidación del principio de legalidad.

1.2) **La no exigibilidad: hay o no dolo en el Autor.-**

Un significativo representante de la Teoría Psicológica de la culpabilidad fue Karl BINDING, el dolo y la culpa tienen una pura relación psicológica y ambos constituyen la culpabilidad. Muestra el dolo y la culpa como forma de culpabilidad, solo que el dolo no es otra cosa que haber actuado con conciencia de la antijuridicidad del deber.

En similar sentido RADBRUCH, había buscado un concepto global que abarcara ambas especies. El dolo, en este caso, es visto como un momento valorativo que contendrá el conocimiento de la antijuridicidad como tal: el denominado dolus malus. Y la

[4] BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, Parte General, ARA Editores, Octubre 2004, Lima- Perú, pp.. 401.

imprudencia también contendrá este elemento valorativo, consistente en la normal atención del autor en los delitos culposos y la antijuridicidad de la conducta.[5]

De aquí entonces, sacará conclusiones que consisten en que la culpabilidad es un estado de ánimo, que para el actuante, tiene características especiales.- Define la culpabilidad "Como un estado de animo en el cual una acción aparece como la característica del actuante y muestra la acción basada en ese estado de animo"

Con esta definición, en su momento, poco se gano para la Teoría de la culpabilidad, como lo reconoció el propio RADBRUCH, ya que la culpabilidad no solo tiene un componente psicológico, sino también uno valorativo y, por lo tanto, depende fundamentalmente de la exigibilidad, además de no poder deducir un concepto único de culpabilidad.

La mejor forma de poder entender y descifrar el pensamiento de los teóricos que hemos citado con anterioridad, es ejemplificando casos que se presentan en la realidad, así tenemos: existen dos náufragos y uno de ellos está sujeto a una tabla, el otro sacrifica al primero y se salva a sí mismo quedándose con la tabla. En el análisis de este caso, desde el punto de vista del causalismo, no se concibe la exclusión de la acción, porque la conducta es voluntaria; además la conducta es típica (homicidio), por cuanto la conducta ilícita objetivamente causó la muerte de la víctima; es además antijurídica, debido que al no existir agresión no hay legítima defensa; no se concibe tampoco una situación de estado de necesidad justificante por no existir un bien jurídico de mayor valor que se esté salvando; en cuanto la culpabilidad, según esta teoría psicológica, ésta se da, la actuación fue dolosa, se trata de un sujeto imputable sin patologías psiquiátricas que puedan disminuir su capacidad de culpabilidad. Como hemos visto, de acuerdo a esta teoría, no se admite la posibilidad de resolución de estos casos que en la actualidad se resuelven con la **no exigibilidad de otra conducta,** debido a que ésta teoría no cuenta con herramientas como para eximir de responsabilidad al sujeto en estos casos, habría que afirmar entonces la culpabilidad y por tanto, una sanción punitiva.

Otro caso que merece ser analizado y que ha sido objeto de las críticas a la teoría psicológica- causalista, tiene relación con la resolución del problema sobre la imprudencia inconsciente. Existen dos clases de culpa: la consciente y la inconsciente. En la consciente el sujeto se representa mentalmente el riesgo de su acción; en la inconsciente el sujeto no se da cuenta de cuál es el riesgo de su conducta (culpa por mero olvido). Un sujeto se olvida que los frenos de su auto no funcionan, sale a la calle a conducir y atropella a una persona. Si aplicamos la resolución del presente caso de acuerdo a la teoría causalista, y afirmamos, que la culpabilidad reside precisamente en la relación psicológica entre el autor y el hecho o en el resultado, cómo explicar entonces estos casos de culpa inconsciente en los que no se ve por ninguna parte, la tal relación psicológica de causalidad entre el sujeto y el resultado, sin embargo de acuerdo con esta teoría se reconoce al sujeto como responsable del hecho.

Podemos concluir el análisis de lo expuesto por los autores causalistas haciendo mención a una de las grandes deficiencias de esta teoría y que han sido problemáticas para su fundamentación. Baste con decir que faltaba en ella y era evidente, el juicio

[5] DONNA, Edgardo, "Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa", 2da edición, editorial IB de F, 2002, Montevideo- Buenos Aires.

sobre el autor y con ello las bases de las causas de exclusión de la culpabilidad, que eran en este sistema, como ya lo mencionamos, prácticamente imposibles de poder fundamentar, como lo haría notar Frank con el caso del cochero, que lo analizaremos en su debido momento, al referirnos a la teoría normativista.

Es MERKEL, quien se refiere a ésta idea de juicio sobre la persona, como autor del hecho típico y quien definía la culpabilidad, además del dolo y la culpa como "Un juicio de desvalor sobre una persona, sobre su actitud que se revela en la manera en que actuó".
Y más concretamente define la culpabilidad de la siguiente forma: "Culpabilidad es el efecto antijurídico. Este efecto se imputa a la persona en la medida de los vigentes juicios de valor. Esta es la culpabilidad jurídica por la cual la exigencia del orden es querido y en la cual la medida del valor es puesta según la naturaleza jurídica. Y es culpable quien, en la medida de esos juicios de valor vigentes, se le imputa causalmente una conducta".[6]

En esta definición se observa que el problema central es la imposibilidad que el dolo y la culpa sean vistos bajo un concepto general de culpabilidad, queda por tanto pendiente la cuestión de cuál es el significado que puede tener ésta última, y la idea de juicio o de ligamen a otra norma o deber.

GRAF ZU DOHNA, al referirse a la culpabilidad da un concepto normativo, y es claro y preciso, al admitir un nuevo elemento, el de la contrariedad al deber de la conducta, como una forma de culpabilidad, como el dolo y la culpa. Se menciona también un elemento en la culpabilidad, que es la conciencia de lo injusto, o sea, tener la conciencia del injusto en la acción.

Lo expuesto por DOHNA significa, una vuelta sobre la capacidad de resultado en un tiempo anterior y un deber o un precio que debe pagar el principio de culpabilidad, cuando la conciencia de la antijuridicidad o de la contrariedad al deber no es tomada en cuenta como requisito para la culpabilidad. El propio Dohna, ha reconocido que no tener en cuenta esto es un regreso a tiempos pasados.

[6] DONNA, Edgardo, La concepción Normativa de la Culpabilidad, Editorial B de F, año 2002, Julio César Faira Editor, Montevideo- Uruguay.

2.- TEORÍA NORMATIVISTA:

2.1.-La culpabilidad como reprochabilidad
2.2.- ¿Se sigue incluyendo el dolo y la culpa en la culpabilidad?

La culpabilidad como reprochabilidad.- (Dominante hasta mediados del siglo XX).

La primera quiebra del sistema clásico comienza a aparecer en su propia base, en el concepto de acción. Pronto se demostró que el concepto causal de acción era incapaz de sostener todo el edificio de la teoría del delito. Ya en 1904 RADBRUCH verificó la imposibilidad de reducir los conceptos de acción y omisión a un denominador común pues, en la omisión no hay movimiento corporal alguno y es por esencia la negación de una acción. Desde el punto de vista lógico no era posible decir que acción (A) era igual a omisión (NO A). Más adelante propuso el mismo RADBRUCH que el concepto de acción se sustituyera por el más concreto de realización del tipo. Lo mismo se podía decir de los delitos de mera actividad, porque también en ellos faltaba el movimiento corporal y así, por ejemplo, la esencia de las injurias verbales no radica, como decía Von Liszt, intentando salvar peregrinamente su concepto causal de acción, en la "inervación de las cuerdas bucales", sino en el significado social que se les atribuye.

Al mismo tiempo empezó a demostrarse también la quiebra de la tajante separación entre antijuridicidad y culpabilidad según el binomio objetivo-subjetivo. En algunos delitos, como el hurto o la injuria, era imposible calificar la acción como antijurídica, sino se recurría desde el primer momento a determinados elementos subjetivos: el ánimo de apropiarse de la cosa mueble ajena en el hurto, el animus injuriandi en la injuria, etc. El descubrimiento de este dato hecho por FISCHER en el ámbito del Derecho Civil, fue trasladado al Derecho Penal por HEGLER, M.E. MAYER y MEZGER, siendo éste último quien presentó el mejor análisis y consecuencias.

A partir de este momento ya no se podrá decir que lo objetivo pertenece a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

Pero es FRANK el autor por antonomasia considerado como la base de la teoría de la culpabilidad normativa, quien incluye en el análisis de la culpabilidad, junto con el dolo y la culpa, la idea de las circunstancias de hechos concomitantes, a principios de 1900, y con ello la posibilidad del reproche al autor de la acción antijurídica.

FRANK incluye en la culpabilidad las circunstancias del hecho. La culpabilidad no era solo una relación psíquica del autor que actuaba con dolo (según una inteligencia general y normal) ésta afirmación se comprobaba cuando el autor actuaba en estado de necesidad, ya que Frank afirmaba que el autor actuaba con dolo, que no desaparecía por aquella circunstancia. Por esta razón la problemática de la culpabilidad no podía ser una mera relación psíquica. Como un nuevo concepto, el elemento de la culpabilidad que incorpora Frank es **la reprochabilidad,** cuyos requisitos son: la normal actitud espiritual del autor, la concreta relación psíquica del autor y su acto y las normales condiciones en las cuales –según las circunstancias- se da el hecho.[7]

[7] DONNA, Edgardo Alberto, Teoría del delito y de la Pena II, Imputación Delictiva, 3era reimpresión, Editorial ASTREA, de Alfredo y Ricardo De Palma SRL, pp. 184

Para sustentar su tesis FRANK toma estas especiales circunstancias también de la jurisprudencia de Reich que ya habían sido aplicadas en decisiones, una de las cuales es el famoso fallo del cochero "Leinenfangerfall", donde el tribunal examinó el caso del conductor de un carro que tenía un caballo al cual sabía que no podía dominar y que por ello causó lesiones en el brazo a un transeúnte. El conductor estaba seguro de que el comportamiento del caballo causaría un accidente, por lo cual era previsible el resultado. Sin embargo, es difícil asegurar el reproche de culpabilidad. Y ello era así porque el patrón lo había colocado en la disyuntiva de manejar el carro en esas condiciones o perder el trabajo. Sobre la imprudencia se aseguraba que, en este caso, el tribunal debía medir las concretas circunstancias y considerar también la situación de subordinación del cochero con respecto al dueño del coche, a quien sí se le podía reprochar el daño causado por el caballo. Sin embargo, el tribunal razonó que se podía responsabilizar al conductor del deber en el campo del tránsito pese a la presión de perder el lugar de trabajo y, como tal el viaje no debió hacerlo, puesto que existía la posibilidad o el riesgo de herir corporalmente a terceros.

FRANK descubre las circunstancias concretas, en cada caso, para el delito culposo y con ello, en especial, para la culpabilidad en general. Afirma que las circunstancias normales rigen o deben ser tenidas en cuenta para la culpabilidad, que aparecen en el estado de necesidad. En el caso del cochero manifiesta que el autor no podía haber hecho otra cosa en esa situación y no se le puede hacer bajo tales circunstancias, ningún reproche. El reproche solo es posible cuando el hecho le es desaprobado al autor, y esto será sobre la base de una valoración.

Las objeciones al planteamiento de Frank, no se hicieron esperar, en cuanto es posible realizar el reproche de culpabilidad cuando el autor conoció o debió conocer las circunstancias del hecho, lo que llevó al propio Frank a precisar, en las posteriores ediciones de su obra la idea de reprochabilidad como esencia de la culpabilidad. Modificó su concepción y afirmó, la culpabilidad, no está en la previa objetividad tampoco en la psiquis del autor, solamente se trata de un juicio que se hace a la conducta antijurídica, por hechos dados en la realidad y que le son al autor reprochables. Estos hechos serían el dolo o la culpa, así como también la libertad o la dirección de los hechos, de aquí que solamente a esa conducta se le pueda hacer un reproche cuando el autor podía haber actuado de otra forma.

La exigencia de libertad será entonces lo más importante para esta teoría. Cuando existe un defecto en el sujeto, un defecto de la libertad, entonces habrá una exclusión de la culpabilidad y este será fundamento de disculpa.

La confusión que este hecho pudo originar entre las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad fue anulada en cierto modo por el descubrimiento de una teoría normativa de la culpabilidad que ya no veía la esencia de esa categoría en una mera relación psicológica entre el hecho y su autor, sino en el reproche que a éste se le hacía por no haber actuado de otro modo pudiendo hacerlo. Solo así podía explicarse satisfactoriamente porque quedaba impune el autor de un hecho antijurídico que había actuado dolosa o culposamente, cuando se encontraba en una situación extrema de motivación anormal o de necesidad.

Igualmente se acentuaron los conceptos normativos de la antijuridicidad con el concepto de antijuridicidad material como lesión de bienes jurídicos y con la idea de la

ponderación de bienes que tuvo su reflejo en la creación de una causa supra legal de justificación en el caso de conflictos entre bienes jurídicos de igual valor. Se pasó con el neokantismo de una antijuridicidad formal a una antijuridicidad material.

La distinción entre tipicidad y antijuridicidad se relativizó también con el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, es decir, de aquellos elementos que requerían de una valoración, como servidor público, documento público, agilidad, etc. De aquí a considerar que la relación entre tipo y antijuridicidad era más estrecha, solo había un paso entre una y otra, que como lo indicara M.E. MAYER, debía ser considerada la tipicidad como indicio de la antijuridicidad, criterio que fue llevado hasta sus últimas consecuencias por MEZGER, para quien el tipo era el fundamento, de la antijuridicidad.

Este proceso de transformación que sufre el sistema original de VON LISZT, y BELING, se caracteriza por el intento de referir a valores las categorías de la teoría del delito, mostrando así la influencia manifiesta de la filosofía neokantiana que en esta época tuvo su máximo esplendor y reflejo entre los penalistas alemanes, y por el afán de sustituir el formalismo positivista por un positivismo teleológico referido a valores.

En síntesis, con el influjo del neokantismo se recuperó para la dogmática y la sistemática penal la dimensión de la decisión específicamente jurídica, esto es aquella que tiene lugar según criterios de valor.

¿Se sigue incluyendo el dolo y la culpa en la culpabilidad?

Como analizamos anteriormente FRANK en el desarrollo de su teoría sigue incluyendo como elementos de la culpabilidad, a la imputabilidad, entendiéndola en orden a su contenido como la calidad o estado espiritual normal del autor.

Junto a la imputabilidad y a las circunstancias concomitantes, Frank le reconoce también al dolo y a la culpa su condición de elementos de la culpabilidad, sustentados al igual que la concepción psicológica en una determinada y concreta relación psíquica con el hecho, que el autor se representó o hubiera debido representarse.[8]

El mayor aporte teórico de Frank, lo constituye sin lugar a dudas su concepto “de la reprochabilidad”. Es la más grande innovación que introduce en materia de culpabilidad, según lo reconoce toda la doctrina.

En efecto, según Frank, culpabilidad es reprochabilidad. Así, la posibilidad de imputarle a un sujeto culpabilidad por la realización de una conducta prohibida, conforme a este planteo dogmático tan novedoso para la época depende de que, a causa de esa conducta trasgresora pueda formulársele un reproche al autor.

Este concepto globalizador, categorial o de síntesis para todos los demás elementos componentes de la culpabilidad, han sido incluidos en esta definición de reprochabilidad, que a la postre tendrá una gran trascendencia, una enorme repercusión en toda la discusión futura de la teoría de la culpabilidad, incluso hasta bien entrada la

[8] FRANK, Reinhard, Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, Editorial B de f, año 2000, Julio César Faira Editor, Montevideo-Uruguay, pp. 18.

década del 70, cuando la crítica funcionalista objete el juicio de reproche como una fórmula jurídica de carácter estigmatizante.

La teoría de la reprochabilidad está llamada a ser un concepto troncal que Frank mantendrá inamovible a pesar de todas las críticas recibidas y de las numerosas variaciones que introduce, posteriormente en los restantes elementos constitutivos de la culpabilidad, a lo largo de las sucesivas ediciones de su comentario.

De ella surge, con nitidez, el perfil normativo de su concepción de la culpabilidad, pues la reprochabilidad significa una valoración (negativa) de una conducta desaprobada. Esto es, la culpabilidad cristaliza en un juicio de reproche formulable a un individuo dotado de motivación normal. Un juicio de reproche que, desde WELZEL, en adelante será explicado como un reproche personal.

De aquí en adelante todas las tesis planteadas por Frank sirvieron a una profunda reelaboración de la teoría de la culpabilidad, la cual fundamentalmente a instancias de GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL, se recondujo por carriles eminentemente normativos, sepultando la visión psicologísta clásica estructurada en su tiempo por el positivismo naturalista.

En este sentido, el Aufbau de Frank marca toda una época en la historia de la dogmática penal, a pesar de que se ha dicho que el mismo no alcanzó a prever la trascendencia teórica de su contribución.

No obstante, en el debe de la obra queda el desarrollo harto insuficiente que recibe ese concepto eje de la reprochabilidad, probablemente su aporte más relevante cuyo relacionamiento o asimilación con la culpabilidad penal hubiera merecido, por cierto, una explicación más satisfactoria.

A su vez, parece indudable y ha de computársele en el haber que la visión de la imputabilidad como el status normativo de una conducta, identifica la culpabilidad como la posibilidad de un juicio de valor. Sin embargo, la preocupación esencial de este opúsculo apunta a la pregunta sobre los elementos constitutivos de la culpabilidad y, sobretodo, a cuestionar la limitación del concepto de culpabilidad a una simple relación psicológica, tópicos que definen el ámbito donde Frank concentra su mayor esfuerzo crítico.

Desde luego, esto no responde al mérito individual y aislado de Frank. Obedece también como lo apunta ACHENBACH con agudeza a la reorientación de la dogmática penal que impulsada por el neokantismo hacía una perspectiva teleológica-material, articula el concepto de ilícito –hacia la década de los años 20-, sobre la base del tándem dañosidad social/ reprochabilidad.

Pues sí, acaso este proceso evolutivo de la dogmática jurídico-penal hubiera sobrevenido de todas maneras. Sin embargo, lo real y concreto es que la obra de Frank opera como un verdadero catalizador del nuevo desarrollo de la culpabilidad penal.

3.- FINALISMO Y TEORÍA PERSONAL DE LO INJUSTO:

3.1.- Aspectos objetivos y subjetivos en el tipo y en las causas de Justificación.

3.2.- La reprochabilidad al autor en función de su capacidad de Motivación en la norma.

Aspectos objetivos y subjetivos en el tipo y en las causas de justificación.- (Dominante hasta los años 60).

Los desarrollos precedentes y el derrumbamiento del Nacional Socialismo abrieron la puerta a una nueva e importante transformación sistemática: la teoría final de la acción.

El origen de esta teoría se encuentra, como afirma su propio creador, WELZEL en la psicología del pensamiento de HÖPNIGSWALD y de otros psicólogos y filósofos de la década de los años 20. Su punto de partida era la vinculación del Derecho a estructuras lógico-objetivas, es decir, a las estructuras del ser tal y como este aparece en la realidad, que existen de modo previo al Derecho y que no pueden ser modificadas por éste y que, por ello necesariamente deben ser observadas por el legislador. De acuerdo con éste punto de partida se asigna a la ciencia del Derecho Penal la misión de elaborar un sistema partiendo de estructuras: "La ciencia del Derecho Penal, dice Welzel: tiene que partir siempre del tipo, pero desde luego debe ir más allá y descender al ámbito de lo ontológico, de lo previamente dado". Este ámbito ontológico que sirve de base a la ciencia del Derecho Penal no puede ser otro que el concepto de acción; pero este concepto de acción no es simplemente causal- natural, como pretendieron los partidarios del sistema causal, sino final.[9]

La acción, ontológicamente considerada, es según WELZEL, "ejercicio de actividad final"; "la finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de éstos fines".

Este concepto final de acción es el que sirve a WELZEL, para reestructurar el sistema tradicional, partiendo de la vinculación a las estructuras ontológicas.

La primera consecuencia sistemática que Welzel extrae del concepto final de acción es la pertenencia del dolo al tipo, desde este momento se hablará de tipo subjetivo, ya que el dolo no es más que un aspecto o parte de la finalidad, o mejor dicho, la finalidad misma referida a los elementos objetivos del tipo: la acción que sirve de base al tipo no es ese proceso causal "ciego" del sistema anterior, sino uno "vidente", guiado por la finalidad. Además éste concepto de dolo no se confunde con el tradicional "dolus malus" que comprende también el conocimiento de la antijuridicidad, sino que es un dolo natural o valorativo.

[9] WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, 12ava Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1987, Chile.

De este modo, la distinción entre conocimiento de la antijuridicidad y dolo, para el finalismo, es una consecuencia natural de sus premisas y, por ellas mismas, sitúa el dolo como elemento del tipo y el conocimiento de la antijuridicidad como cuestión valorativa de la culpabilidad.

La reprochabilidad al autor en función de su capacidad de motivación en la norma.-

Se introducen los conceptos "desvalor de acción" (la finalidad del autor del hecho desvalorada por el Derecho) y "desvalor de resultado" (la lesión del bien jurídico). Por esta vía se enriqueció la culpabilidad en torno al concepto reprochabilidad, soportándose sobre tres elementos: imputabilidad, posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

Otra consecuencia del concepto final de acción en la estructuración del nuevo sistema repercute en el concepto de autor en los delitos dolosos ya que solo puede ser aquel que tenga el dominio final del hecho y no simplemente el que interponga alguna causa en la producción del resultado. Este concepto de dominio final del hecho es también un concepto ontológico vinculante, por consiguiente, para el derecho positivo.

El concepto final de acción, en tanto que el dolo es un aspecto de la finalidad, se adecuaba perfectamente a la estructura de los delitos dolosos, pero empezaba a fallar en los delitos imprudentes, porque en estos delitos la finalidad perseguida para el autor es irrelevante, importando solo el resultado lesivo causado, con lo que se adecuaba mejor a este tipo de delitos el concepto causal de acción en el que lo decisivo no es lo que el autor quiere, sino la causación de un determinado resultado prohibido. Contra esta conclusión luchó WELZEL, desde el principio, modificando varias veces su teoría para dar cabida en ella a los delitos imprudentes o culposos. Al principio, consideró la acción en los delitos imprudentes como una forma defectuosa de acción final; rectificando mas adelante ese criterio diciendo que también en estos delitos la acción seguía siendo final, pero que aquí la finalidad no era real, sino potencial; y terminó, por último, afirmando que la finalidad es en todo caso la misma, pero que lo esencial en los delitos cometidos por culpa o imprudencia es la forma como se realiza la acción final emprendida, considerando si se ha tenido en cuenta o no el cuidado necesario en el tráfico. De este modo abandona WELZEL el concepto final de acción como base de todo el sistema, pues, la constatación de sí ha observado el cuidado debido en el tráfico solo puede llevarse a cabo tras una valoración del proceso ocurrido, en el plano axiológico y no solo ontológico.[10]

Parecidas dificultades tuvo el finalismo con los delitos de omisión, pues la omisión consiste precisamente en el no ejercicio de la actividad final y no puede ser por tanto, calificada nunca como acción; el concepto de omisión solo puede entenderse en referencia al de acción, ya que no hay una omisión en sí, sino la omisión de una acción.

De la teoría final de la acción, también dedujo WELZEL soluciones en materia de error, actos imperfectos de ejecución, participación, etc. y en general, puede decirse que no hay un solo tema de la teoría del delito que no haya sido afectado por la sistemática

[10] WELZEL, Hans, Derecho Penal General, 12ava Edición, Editorial Jurídica de Chile, año 1987, Chile, pp.207

finalista. Por otra parte, la colocación de la acción entendida finalmente como centro de la teoría del delito llevó a una subjetivación extrema del concepto de antijuridicidad (ZIELINSKI) y a la acentuación del aspecto personal y ético, el desvalor de acción, a costa de los aspectos causales del delito, desvalor de resultado.

Tres efectos importantes que se obtienen de la sistemática finalista: en el error de prohibición se deja subsistente el dolo, constituyendo una causa de inculpabilidad tan solo en los casos de invencibilidad; no cabe participación en un hecho no doloso; el injusto imprudente se construye a partir del deber objetivo de cuidado.

CAPITULO II

1.- LA ESTRUCTURA DEL DELITO Y SUS ELEMENTOS.

2.- LA CULPABILIDAD EN LA DOCTRINA.

3.- LA CULPABILIDAD COMO REPROCHABILIDAD

1.- La estructura del delito y sus elementos.-

La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea este en el caso concreto un robo, una estafa, un homicidio, etc.

Hay características, que identifican a cada delito, y por ende otras que les diferencian unos de otros; un asesinato es otra cosa que una estafa, o un hurto, cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad.- Sin embargo de ello, todos los delitos poseen características que le son comunes y que constituyen la esencia del concepto general de delito.- El estudio de estas características comunes corresponde a la teoría general del delito, es decir, a la parte general del derecho penal; el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades especificas del hurto, de la violación, de la estafa, etc. A la parte especial.[11]

La primera tarea a la que se enfrenta la teoría general del delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena. Para ello, se debe partir del derecho penal positivo. Todo intento de definir el delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral.

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena.- Esto es una consecuencia del principio nullum crimen sine lege, que rige el moderno derecho penal Español, de donde hemos obtenido esta definición.
El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley con una pena.- Un concepto mayormente desarrollado nos dice ahora: “Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. En ambas definiciones se añaden unos elementos (voluntarias, dolosas, o culposas) que el legislador exige para considerar una acción u omisión como delito o falta. Pero tampoco en estas definiciones se describen expresamente todos los elementos necesarios para considerar que una acción u omisión sean delito o falta.

Tras un minucioso análisis del derecho penal positivo, la ciencia del derecho penal ha llegado a la conclusión de que el concepto del delito responde a una doble perspectiva,

[11] FRANK, Reinhard, Sobre la Estructura del concepto de Culpabilidad, Editorial B de f, 2000, Montevideo-Buenos Aires.

que simplificando un poco se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho.- Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad, al segundo culpabilidad**. Injusto o antijuridicidad** es, pues, la desaprobación del acto; **culpabilidad** la atribución de dicho acto a su autor.

En estas dos grandes categorías, antijuridicidad y culpabilidad, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes del delito.- En la primera se incluye la acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica entre ellas y el resultado.[12]

En la culpabilidad, las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su hacer y la no exigibilidad de un comportamiento distinto.-Ambas categorías tienen también una vertiente negativa; así por ejemplo, la existencia de una fuerza irresistible, excluye la acción ; la absoluta imprevisibilidad elimina la relación psicológica, con el resultado; la causas de justificación (por ejemplo, la legitima defensa) autorizan la comisión del hecho prohibido; la falta de facultades psíquicas en el autor(por ejemplo, enfermedad mental) excluye la imputabilidad, etc.

Esta distinción sistemática tiene también un valor práctico importante. Para imponer por Ejemplo, una medida de seguridad o de corrección (internar a un enfermo mental que ha cometido un delito en el manicomio) es suficiente con la comisión del hecho prohibido, antijurídico, aunque su autor no sea culpable; para imponer una pena, es, sin embargo, necesario que exista culpabilidad, además de que el hecho sea antijurídico. No hay culpabilidad sin antijuridicidad, aunque si hay antijuridicidad sin culpabilidad. Normalmente la presencia de un acto antijurídico es el límite mínimo de cualquier reacción jurídico penal.- Ejemplo: la legítima defensa, el caso de los enfermos mentales.

Pero no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es delito. De toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen, el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más graves e intolerables, y las ha conminado con una pena por medio de su descripción en la ley penal.- A este procesote selección en la ley de las acciones que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama tipicidad.-La tipicidades, pues, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley. La tipicidad, es una consecuencia del principio de legalidad, ya que solo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio nullum crimen sine lege.

Normalmente son la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad, las características comunes a todo delito. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues solo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo penal puede servir de base a posteriores valoraciones. Sigue después la indagación de la antijuridicidad, es decir, la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho.- Una vez comprobado que el echo es típico, y antijurídico hay que ver si el autor de ese hecho es o no culpable, es decir si posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho, por ejemplo, si esta sano mentalmente o conoce la antijuridicidad del hecho.

[12] FRANK, Reinhard, Sobre la Estructura del concepto de Culpabilidad. Editorial B de f, 2000, Montevideo- Buenos Aires.

Con la constatación positiva de estos elementos, tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad, se puede decir que existe delito y su autor puede ser castigado, con la pena que se asigne en cada caso concreto al delito en la ley.

Después de todo lo analizado hasta ahora, podemos definir el delito, como la acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra, teniendo que tratarse por tanto en cada categoría los problemas que son propios de la misma. Si del examen de los hechos resulta por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible.

2.- La culpabilidad en la doctrina.-

En este capítulo vamos a tratar de extraer lo más representativo de los autores que han contribuido al estudio de la doctrina dentro del ámbito de la culpabilidad, y en este sentido consideramos que la controvertida figura de MEZGER, debe ser tomada en cuenta como una teoría, digna de estudio, aún cuando la misma en la actualidad se la ha puesto en crisis por autores tanto alemanes como españoles.

Lo importante para nuestro estudio es que MEZGER defendió la teoría normativa de la culpabilidad y es esta versión la que fue tomada en España y posteriormente en América Latina, con toda la carga de lucha que después se dio en contra de la teoría final de la acción.

MEZGER considera la culpabilidad como el reproche personal de una conducta antijurídica y una relación subjetiva y psicológica del autor con su hecho. Quiere, de alguna manera, superar la dificultad o la desventaja de esta relación psíquica o, mejor dicho, la desventaja que existe en la relación psíquica y la culpa inconsciente. El autor de un hecho culposo o imprudente debe, en principio, ser consciente de la violación de un deber de cuidado con el cual debe cargar, y debe ser consciente de la existencia del deber y, además, de cuál deber le es exigible y evitar el resultado dañoso al bien jurídico. Este cumplimiento del deber, exige como es obvio, el conocimiento del deber como tal, que sería la conciencia de la violación o de la lesión de tal deber como elemento de la culpa. Sin embargo, esta construcción no puede comprender todos los casos. Por ello, es que MEZGER exige en la culpa una relación psíquica abstracta del autor con su acto. El autor de un acto imprudente lo es de un hecho sobre el cual jurídicamente hay una desaprobación del resultado. Por supuesto esta conciencia es jurídicamente irrelevante y puede fundar el reproche, en la medida del deber jurídico.[13]

La diferencia entre culpabilidad como conducta culpable en la cual el reproche contra el autor está ligada al tipo legal, y la culpabilidad como juicio de valor sobre el hecho en sí. Culpabilidad es, para él una cualidad de la acción concreta y, por tanto un juicio. Como elemento de la culpabilidad muestra este autor la capacidad de atribución, el dolo, la culpa y la no existencia previa de causas que fundamenten la exclusión de la culpabilidad. La falta de la exclusión de la culpabilidad no es ningún elemento de ésta, como tal e introduce los elementos positivos de la exigibilidad. MEZGER reconoce la

[13] MEZGER, Edmundo, Derecho Penal, Cárdenas Editor y distribuidor, 2da edición, México, 1990.

expresión “no exigibilidad”, como una exclusión general de la culpabilidad; actúa sin culpabilidad quien no pudo conformarse a la norma, por tanto, no se le puede reprochar una conducta. El pensamiento penal es, en última instancia, un pensamiento de individualización y por eso MEZGER limita los fundamentos de exclusión de la culpabilidad sobre un pequeño campo de medidas de valor, en las cuales la no exigibilidad no es distinta a la positividad de valoración del bien jurídico. La individualización de valor o el valor individualizado en esta exclusión de la culpabilidad, no debe ser distinto de la valoración de la ley positiva, sino en todo caso debe completarla.

Más tarde, MEZGER toma el pensamiento de la lesión del deber en la teoría de la atribución, considerando el hecho penal como una atribución de actuar contraria al deber, por lo que rechaza el fundamento de exclusión de la culpabilidad en la no exigibilidad de otra conducta.

MEZGER propone que la voluntad del autor sea comparada con el actual medio y en la discrepancia, surge la valoración y la medida del juicio. La valoración de la motivación se rige según el carácter normal: “Le es exigible al autor que reaccione de igual forma que lo que se considera el carácter normal”. En el problema de la exigibilidad se investiga la medida del motivo del autor, por el cual éste realizó su acto. Decisivo será analizar las circunstancias concomitantes no tanto en su motivación con respecto al autor, sino en cuanto al efecto que tienen en la valoración del Derecho, y cuál es el efecto que esas circunstancias han tenido en el derecho y cómo las evalúa el autor.

La medida del reproche estará dada no sobre la formación de la voluntad, sino según como se desarrolló la representación de los hechos en el autor.

Con MAURACH, en cambio, aparece la concepción que incluye dentro de la culpabilidad la idea de política criminal, que luego será ampliada y utilizada por ROXIN y sus discípulos en la teoría considerada hoy en día, como mayoritaria, no solo en Alemania sino en España, Italia, América Latina, Japón y Corea.

MAURACH fue quien se alzó contra la teoría de la no exigibilidad de FEUERBACH y se puede decir que a partir de estas contribuciones aquella perdió prestigio. La idea esencial es que al no estar legalmente regulada, es una especie de ámbito en donde todo es posible. La culpabilidad para MAURACH es la reprochabilidad a una actitud contraria al deber o desvalor del autor. La teoría normativa de la culpabilidad estaría en el Código Penal Alemán, de donde surge el fundamento de la exclusión del reproche de culpabilidad. Por eso rechaza toda causa de exclusión de la culpabilidad que esté más allá de la ley, por lo cual la ley exige fundamentalmente el resultado de su mandato y, por tanto una causa que no incluya a la culpabilidad basada en la no exigibilidad debe ser excluida.[14]

MAURACH incluye el concepto de culpabilidad, junto con la responsabilidad por el hecho, en lo que él llama la atribuibilidad. La Atribuibilidad se supone cuando la acción del autor es resultado de su falta de capacidad de motivación que le es reconocida. El autor no actúa responsablemente cuando, en la medida de su acción, bajo circunstancias dadas para cada uno no le es exigible tal acción. En este juicio general aparece el

[14] REINHART, Maurach, Tratado de Derecho Penal II, Editorial Jurídico Andina, Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdova Roda.

resultado de la individualización del desvalor de la culpabilidad, el cual toma la capacidad del autor como un requisito para un actuar sujeto a la norma.

Al primer escalón de la atribuibilidad MAURACH lo denomina “la responsabilidad por el hecho”. En este caso se busca una comparación personal entre el autor y el término medio de las restantes personas, descrito por el Derecho Positivo. Después de esto, se analiza si el autor, de modo distinto a como cualquier otro hubiera actuado en la misma situación, a sucumbido a la tentación del hecho, aún cuando, conforme al Derecho vigente, podía exigirle otra actitud sin pensar que cualquier otro, en su situación, se hubiera dejado influir por la amenaza penal. La desaprobación se basa en que el autor, en la situación concreta, se ha comportado peor que los demás. La responsabilidad surge entonces de no haber respondido al poder del término medio presumido por el Derecho. Sin embargo, esto no significa reproche, ya que no se está en presencia de la capacidad concreta del autor.

El segundo escalón de la atribuibilidad es la Culpabilidad que exige un personal reproche contra el autor. Culpablemente actúa como responsable de su hecho, de su acto con capacidad de atribución y, por ende ha actuado con la posibilidad del conocimiento del injusto.

En cuanto a la teoría de la no exigibilidad de otra conducta adecuada a la norma, que podría surgir de los tipos penales, en el Código Penal alemán, MAURACH busca una individualización, un examen individualizador de la posibilidad de motivación de los hechos, pero desde otro punto de vista. Una exclusión de la culpabilidad sobre la base de la no exigibilidad de una ley supra penal, es rechazada en el famoso escrito “Crítica a la teoría del estado de necesidad”. Ahí está la situación de necesidad, la cual gira en torno a la exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho; se da el efecto físico de una situación externa de necesidad que presupone, sobre el autor, una generalización. Igualmente válido es si el autor, según su capacidad, puede en el momento concreto, en la situación de necesidad, resistir. Se trata de un caso de tipificación de la exigibilidad, en el cual no se trabaja sobre la capacidad de motivación individual del autor. La responsabilidad por el acto, en el sentido de MAURACH, será por medio de los casos en los cuales se presume el poder del autor, fundando la responsabilidad en el hecho que se denomina el poder medio de todas las personas. Responsable, entonces de acuerdo al criterio de MAURACH será aquel en quien se presume un poder medio para realizar un particular acto, y esto no existe cuando en la formación de la voluntad del autor actúan factores externos que tienen un efecto poderoso, en el cual ninguna acción puede precisamente surgir. “**Ella debe regir como producto de una motivación media”** que comprende la decisión. Este tipo de motivación falla en los casos de no exigibilidad.

La teoría de MAURACH que se está aplicando por algunos autores en España, en Argentina aparece como se demostrará como una buena forma de responder a las objeciones de ROXIN a las ya tradicionales concepciones de la culpabilidad.

En la actualidad se han dado tres líneas fundamentales de pensamiento con respecto al tema de la culpabilidad.- La primera de ellas es la que conserva el principio de culpabilidad como una ficción creada a favor del autor.-Una segunda posición que ha reemplazado, la categoría de la culpabilidad por la de la responsabilidad , y una tercera posición , llamada teoría del espacio de juego, que intenta orientar la medición de la

pena al baremo de la culpabilidad, dejándolo, sin embargo abierto a las consideraciones de finalidad preventivo- generales y preventivo-especiales.

Pero sintéticamente, se pueden apreciar dos versiones, que se pueden conceptualizar: como las que se basan en la libertad de la persona, en el sentido que KANT, y HEGEL, le habían dado al término, y luego WELZEL, HIRSCH, Y KOHLER y SCHUNEMAN, actualmente, y la culpabilidad basada en la prevención de acuerdo al pensamiento de ROXIN, ACHENBACH, WOLTER, PUPPE, FRISCH y JACKOBS, entre otros.

En la primera versión, para poder apreciarla veamos una resolución del Tribunal Alemán "Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de culpabilidad se reprochara al autor que no ha actuado conforme a Derecho, que se ha decidido a favor del ilícito, aún cuando podía comportarse conforme a Derecho"

Se aprecia en esta resolución como el juicio de desvalor en la culpabilidad se asegura, porque el autor dolosa o culpablemente, se ha colocado debajo de lo que el derecho exige, cuando esto era evitable para él. El juicio de culpabilidad tenía que ver entonces con la comprobación de que el autor había podido conformar su voluntad, porque era capaz de ello, y que su voluntad, desde este punto de vista era antijurídica o contraria al deber.-

WELZEL, fue quien le había dado forma a esta idea, trataba el tema de la culpabilidad desde el punto de vista especial de la conciencia, el yo que decidía en contra de la valoración.

Igualmente sostenía que el momento de la culpabilidad, en la acción final, se encontraba en la decisión de la voluntad por un desvalor de su acción.- La culpabilidad se mostraba como capacidad de inteligencia, como desvalor de la acción, como capacidad de voluntad, para decidir entre el valor y el poder.-

En sus trabajos sobre la Personalidad y la Culpabilidad, WELZEL, ya había vuelto sobre el tema.-Para la posibilidad de una activa dirección del autor, se ve en la culpabilidad una capacidad defectuosa de la inteligencia que se dirige hacia el injusto, consistente en no aceptar la exigencia del deber jurídico, debido a que el yo no domina su impulso; el reproche se hace a esa falta de dominación de los impulsos, cuando se podía hacerlo y en la alteración del orden jurídico.[15]

La formación de la voluntad será considerada como un no "ser deber", precisamente porque, según la medida del derecho había podido y debido actuar.- A la justificación del reproche de culpabilidad, la sitúa WELZEL, sobre la base de la ética de la responsabilidad. La disculpa no existe porque el autor crea que su actuar es debido al derecho o fiel al derecho. El hombre conforme con su capacidad de decisión, no ha examinado si un acto es o no adecuado al derecho y de ello se sigue justamente que su decisión es responsable. Culpabilidad es, entonces una vuelta alrededor del deber, sin duda la acción, es cumplir el deber o, mejor dicho poder llenar el deber exigido a la conducta del sujeto.

[15] WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Ed. Jurídica de Chile, 12ava Edición, Santiago, 1987, pp. 197.

En el campo de los delitos culposos WELZEL, asegura que el deber parte de un punto objetivo y preciso, y que la reprochabilidad de la conducta por el incumplimiento de un deber se da a través de un defecto en lo subjetivo, cuyo requisito previo debe ser exigido.

La exigencia del reconocimiento de la Antijuridicidad, en los delitos culposos se da cuando el agente actúa contra del deber jurídico. La violación a la norma de cuidado debe ser reconocida por el autor, según un punto objetivo y preciso, y solo se presenta la reprochabilidad por la lesión de un deber, por medio de un defectuoso elemento subjetivo.

WELZEL, define la culpabilidad como un reproche personal en contra del autor. El pudo omitir la acción antijurídica y, sin embargo actúo.- La esencia de la culpabilidad esta en el poder del autor.-De modo que su conducta antijurídica fue formada según el poder del autor en la voluntad antijurídica.

Con respecto a la no exigibilidad de una conducta conforme a derecho, WELZEL, la muestra no como un elemento que excluye la culpabilidad, sino como un fundamento fáctico de disculpa, por el cual el orden jurídico rechaza el reproche de culpabilidad.

En los delitos dolosos WELZEL, considera la no exigibilidad, fuera de los casos legales, solamente como protección en los delitos de omisión, y será a través de la no exigibilidad del perjuicio en la valoración de particulares intereses que puedan ser disculpados.- A raíz de que en los delitos de acción , la disculpa surge en general cuando un mal personal pueda aparecer y el caso solamente pueda ser evitado por medio del delito.- En el campo de los delitos de omisión no debe esperarse que, al dejar de actuar la acción ordenada deba ser castigada en si. En los delitos culposos, el orden jurídico se alza en contra del autor, cuando en las circunstancias sobre las exigencias de las ventajas de la omisión de la no cuidada acción era posible hacerle un reproche.- Aquí se puede dice WELZEL, hacer el reproche según la no exigibilidad; este reproche es por una conducta no adecuada a derecho.

Entonces, el reproche estará dado sobre la base de que el deber objetivo, la falta de cuidado, esta precisamente en la relación entre el cuidado al bien jurídico y la omisión: nunca se trata de valoración individual de los motivos por parte del autor, sino siempre de la valoración objetiva por parte del ordenamiento jurídico.-

Presupuesto existencial de la reprochabilidad es la capacidad de autodeterminación libre, es decir, conforme a lo sentido por el autor: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad.- Esta capacidad de culpabilidad existe o no de un modo general en la situación concreta, con independencia de que el autor actúe o no, de que se comporte jurídica o antijurídicamente.- La reprochabilidad se refiere, en cambio, a una conducta antijurídica real.

Elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por ello, todos aquellos que son necesarios para que el autor, capaz de culpabilidad, hubiera podido adoptar, en relación con el hecho concreto, una resolución de voluntad conforme con el derecho, en lugar de la voluntad antijurídica.- Ahora bien, como la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la capacidad de la culpabilidad en relación con el hecho concreto,

la reprochabilidad se basa en los mismos elementos concretos cuya concurrencia con carácter general constituye la capacidad de culpabilidad; es decir, el autor tiene que haber conocido lo injusto del hecho, o por lo menos tiene que haberlo podido conocer, y tiene que haber podido decidir según una conducta conforme con el derecho en virtud de este conocimiento (real o posible) de lo injusto

La culpabilidad concreta (la reprochabilidad) está, pues, constituida (de modo paralelo a la capacidad general de culpabilidad) por elementos intelectuales y voluntarios.
En la segunda versión se rechaza la esencia del pensamiento basado en KANT Y HEGEL, quienes han sustentado su concepto de culpabilidad, basados en la responsabilidad y esta a su vez en el reconocimiento de la libertad y la dignidad del hombre.

Estas ideas basadas en la libertad del hombre, han sido cuestionadas en la actualidad, sobre la base de dos argumentos: se sostiene que la disputa científica sobre la libertad del hombre no puede ser resuelta ni a favor ni en contra del determinismo, por lo cual, no puede ser utilizado de manera científica.

El segundo cuestionamiento utilizado en contra de la idea de libertad de voluntad del hombre, es que la ciencia actual no tiene un método que permita concluir, de manera científica, que un individuo pudo evitar, en un momento concreto un acto que se considera contrario a la ley. No hay forma de saber científicamente que pasó en la inteligencia y en las emociones de un hombre en el momento que mata a otra persona.

Planteado el problema, de la forma que se ha expuesto, el pensamiento actual no tuvo otro remedio que recurrir a la idea de prevención, pero basado siempre en la idea del estado social y democrático de derecho, en la cual existen bienes jurídicos que se reconocen en una sociedad libre (ROXIN, MUÑOZ CONDE).

Con ROXIN, se sigue la línea del neokantismo, dejada a un lado debido al interregno cultural y jurídico que representó el nazismo. El profesor de la Universidad de Munich, fue quien le dio cierta forma y además su mayor expansión, debido la sistemática y a la elaboración de sus posiciones.

ROXIN plantea un sistema teleológico, en el sentido de que la idea de fin, especialmente de un fin de política criminal, alcanza a todas las categorías del delito, que son influenciadas por la teoría de la pena. Propone la idea de una vuelta al pensamiento político, como objeto de un interés científico, y desde aquella influir sobre la dogmática penal, tal cual lo había propuesto con anterioridad el neokantismo.[16]

La meta que intenta alcanzar es orientar las categorías del delito al deber ser de la política criminal y ello con un método que toma en cuenta las relaciones de valor.

Importa la idea de lo que ROXIN llama la categoría de la responsabilidad, que tiene que ver con el análisis del problema de sí el autor es merecedor de pena. De acuerdo a lo planteado hasta este punto, se entendía a la culpabilidad como la capacidad de actuar conforme a la norma. ROXIN plantea que esto no es lo decisivo. Y por ello acude al concepto de responsabilidad. La culpabilidad tiene que ver con la capacidad de poder

[16] ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Editorial Thomsom Civitas, año 2006, España.

determinarse conforme a las normas. Sin embargo, esto no es suficiente para la imposición de una pena, ya que junto con la culpabilidad debe existir la responsabilidad, esto es, que la sanción penal exige la necesidad de una reacción en términos de prevención general o especial. Y está ausente cuando existen las causas de exclusión de la responsabilidad, esto es, el error de prohibición, el estado de necesidad disculpante y el exceso en la legítima defensa. La responsabilidad entonces está en función de consideraciones de política criminal y éstas en la necesidad o no de pena.

Para probar su tesis, ROXIN acude a una serie de instituciones jurídicas que no podrían ser explicadas en su totalidad por la dogmática penal. En el estado de necesidad exculpante, se excluye la pena debido a que no es necesario ningún efecto, tanto de prevención especial, como de prevención general, ya que el autor está en condiciones de realizar la acción. Sin embargo, a pesar de la posibilidad de realización del ilícito, al haber sido realizado en estado de necesidad las exigencias preventivas no hacen necesaria la pena. De igual manera este procedimiento, tiene también validez en los casos de exceso en la legítima defensa, en el cual se exime de pena o se la disminuye, según los criterios de prevención. En los casos que hacen relación "a la capacidad de culpabilidad, el punto de vista preventivo impone su valor de una forma más compleja que en los restantes presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal. Pues en estos se pueden separar claramente los elementos correspondientes a la culpabilidad y a la prevención: se determina primeramente, el poder de actuar de otro modo, constatando una culpabilidad, aunque atenuada y, sin embargo, se exculpa si el caso así lo requiere, en consonancia con las reflexiones basadas en los fines de la pena que sirven de fundamento a la respectiva causa de exclusión de exculpación".

Como se puede ver la culpabilidad se la presenta como forma de limitar la pena, y éstas se manifiestan tanto en la idea de prevención general positiva como en la culpabilidad limitadora de las sanciones. Pero esta posición ha generado dudas ya que se vuelve a recurrir a la culpabilidad que había sido antes rechazada.

ACHENBACH, otro autor de la escuela de ROXIN, hace una distinción que es realmente valiosa y que pretende dilucidar las impugnaciones:

Diferencia las funciones de la culpabilidad y entre ellas encuentra que existe una idea de culpabilidad, la culpabilidad como fundamento de la pena y, por último, la culpabilidad como medida de la pena.

La idea de culpabilidad tiene rango constitucional en cuanto no puede haber pena sin culpabilidad. Se trata del fenómeno de la culpabilidad entendido como límite al poder del Estado y la justificación de la pena, de modo que en este punto es posible el análisis de la libertad y la culpabilidad por el hecho. Justificando este razonamiento basado en principios metajurídicos, esto es, en la filosofía, la sociología y la antropología. Negando este fundamento que se encuentre en la dogmática penal.

En la culpabilidad como fundamento de la pena, tiene el análisis como concepto dogmático penal, que tiene que ver con la función de fundamentar o excluir la sanción penal. Se estudia si el dolo pertenece a la culpabilidad o al tipo, la capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuridicidad.

En el tercer nivel, la culpabilidad como medida de la pena, se la analiza en su función de servir a la mensuración de la sanción penal. Porque se castiga más el hecho doloso, el efecto del desvalor de acción y de resultado, etc.

En conclusión lo que une a estos tres niveles es que son presupuestos de la pena. La culpabilidad atañe a la afirmación de la pena, en tanto la culpabilidad como medida se relaciona a la idea de cómo se aplica la pena.

La teoría dogmática de la culpabilidad, según lo plantea ACHENBACH, se basa en la prevención general positiva. Se trata de analizar la imputación subjetiva, que se puede deducir y limitar desde criterios solo preventivos. Este fundamento de la imputación individual es la prevención de integración "recoge la necesidad colectiva o individual de retribución y venganza en un procedimiento ordenado jurídicamente y demuestra la validez de la norma de conducta lesionada mediante la sanción manifiesta, para garantizar así la orientación normativa de la comunidad jurídica y las reglas elementales". Se trata de un ejercicio de fidelidad en el derecho, es decir, de una relación entre lesión normativa y sanción, entendida de modo social psicológico. Atañe al mantenimiento de la fuerza motivadora de las normas sociales más importantes.

Para ACHENBACH, no existe una culpabilidad real fuera de la imputabilidad social de responsabilidad. En este marco se debe colocar la idea del "poder actuar de otro modo" y, al hacerlo, se constata que no tiene un substrato real que se deba probar, sino que es una proposición normativa que establece "un poder actuar de otro modo distinto en el sentido de las expectativas normativas hechas a un hombre sano".[17]

De allí que sea la imputación social del poder. La prevención no aparece, pues, limitada por la culpabilidad sino que, en si misma, tiene un inmanente límite en sentido normativo.

Por último, es necesario referirnos también a la posición de JACKOBS, en donde la teoría de la prevención como base de la culpabilidad se hace más evidente en cuanto se sostiene un concepto funcional de la culpabilidad, basado en parte en la teoría de la prevención general.

En la culpabilidad se resalta la caracterización del autor. La pena será impuesta con el fin de conservar la fidelidad general a la norma. Según el fin de la pena, aparece enderezado el concepto de culpabilidad. La pena funciona con el fin de estabilizar el orden jurídico, alterado por la acción del autor que actúo con un defecto en la motivación, que para este autor, la falta de motivación afirma se encuentra en todos los estratos del delito. La existencia de una acción estará atada al poder de motivación del autor, ya que la acción es solo tomada como un sentido impreso al contenido, esto tanto en el dolo como en la culpa. En la antijuridicidad se carece del contenido recto de la motivación, y ella se funda en una falta de fidelidad al derecho. JACKOBS distingue aquí entre el contenido de la norma y el reconocimiento de ella. Solo se requiere la posibilidad del conocimiento de la norma.

En síntesis, el concepto de culpabilidad es funcional, formado como concepto. Es una regulación según la exigencia del fin de la pena, para una sociedad con una precisa

[17] DONNA, Edgardo Alberto, La concepción normativa de la culpabilidad, Editorial B de f, año 2002, Montevideo-Buenos Aires.

constitución. Con esto quiere decir JACKOBS, que el concepto de culpabilidad es formal, y que solo la finalidad da contenido a la culpabilidad. El fin es el reconocimiento de la norma. Pero la determinación de la culpabilidad implica ver a quién le corresponde cargar con el conflicto.

De manera que imputación y culpabilidad son un procedimiento, por el cual "se aísla de entre las condiciones dadas correspondientes al hecho que defrauda la esperanza, una que se constituye en la única jurídica y penalmente relevante, a saber la falta de motivación".

La imputación del hecho como culpable, como se ha visto, es solo necesaria cuando no puede la lesión a la norma ser absorbida de otra manera. De ahí que diga JACKOBS que la finalidad, es por lo tanto solamente lo que califica la imputación de un comportamiento contrario a la norma a título de culpabilidad; solo esta finalidad otorga su contenido al concepto de culpabilidad. El principio de culpabilidad aparece en esta teoría "como derivado de la prevención general".

3.- La culpabilidad como reprochabilidad.-

Aún cuando nos hemos referido a éste tema, dentro del análisis de las distintas doctrinas, que analizan el tema de la culpabilidad dentro del estudio de la teoría del delito. Sin embargo, vamos en este capítulo a concretizar estos planteamientos de manera resumida.

Partimos del principio de que culpabilidad es reprochabilidad de un hacer u omitir jurídicamente desaprobado; en pocas palabras: es un reproche sentado frente al autor. Esta esencia de la culpabilidad sirve de base a todas las opiniones doctrinales, con independencia de los elementos o componentes a que recurren para estructurar el concepto. La esencia de la culpabilidad, en su limitación, alcance y efectos, puede, pues ser explicada independientemente de la polémica existente en torno a su estructura.[18]

Es, ante todo indiscutible que dentro del Derecho la culpabilidad jurídico-penal goza de perfecta autonomía frente a otros juicios personales de desvalorar semejantes, o al menos de denominación idéntica. La culpa del Derecho Civil sigue leyes distintas a la culpabilidad jurídico-penal; así mismo, la culpabilidad del Derecho Disciplinario y del Administrativo es, al menos, inferior en grado a la del Derecho Penal. Estas diferencias se explican por la diversidad y progresiva especialización de los distintos sectores del derecho; de ahí que no se produzcan colisiones importantes entre los distintos conceptos de culpabilidad. Importancia en el orden de los principios y en el práctico, corresponde, por el contrario, a la relación entre culpabilidad jurídico-penal y culpabilidad conforme a la ley moral. En principio los dos conceptos son entre sí independientes.

Culpabilidad jurídico-penal no es lo mismo que culpabilidad definida conforme a valoraciones religiosas o ético- individuales. El postulado de que coincidan en lo posible culpabilidad jurídica y culpabilidad moral no pasa de ser una exigencia, por importante que ésta en principio pueda ser. Representa, ante todo un postulado dirigido al legislador, que encuentra su expresión en el principio programático iure criminali

[18] FRANK, Reinhart, Sobre la Estructura del concepto de culpabilidad, Editorial B de f, año 2000, Montevideo- Buenos Aires.

civiliter utendum est: la exigencia dirigida al moderado empleo de amenazas penales no responde sino al deseo de construir culpabilidad jurídico-penal solo allí donde se da también culpabilidad conforme a la ley moral. Existe una aspiración, que tiene que ver que exista la más amplia armonía entre culpabilidad jurídico-penal y culpabilidad moral, a efectos de que los jueces puedan actuar de manera armónica en la determinación de las penas.

La culpabilidad jurídico-penal supone la existencia de una acción típica y antijurídica. Del mismo modo a como el Derecho Penal, en contraste a la moral desconoce un castigo del pensamiento, el Derecho Penal a diferencia de la ética individual, contempla con absoluta indiferencia la violación de las personales valoraciones de la gente; de ahí se deriva la impunidad del delito putativo. Con un ejemplo podemos apreciar de mejor forma las diferencias del tema que analizamos: el precepto ama a tu prójimo como a ti mismo encuentra en el Derecho Penal una expresión insuficiente: la omisión de la ayuda al prójimo da lugar a juicios de culpabilidad muy distintos según la ley penal.

La irrelevancia jurídico-penal de las valoraciones ético-individuales, se muestra en el tratamiento del llamado delincuente por convicción, a saber del autor que, si bien no desconoce el desvalor jurídico y ético social de su acto, "se cree obligado a cometer el hecho por su convicción ética, religiosa o política". Ha actuado correctamente según las leyes de su ética individual, según su "norma de deber"; la existencia de culpabilidad ético social, y por tanto jurídico penal, no puede sin embargo ser puesta en tela de juicio.[19]

El Derecho vigente no prevé que las convicciones personales del autor, estimables según la ética individual, puedan producir una atenuación de la pena. En los casos en que quepa escoger entre las penas de presidio y encierro, únicamente se podrá condenar por presidio si consta que la acción punible procedía de un ánimo vil. De este modo se ha hecho patente, la necesidad de que el juicio sobre el autor se forme atendiendo exclusivamente a concepciones objetivas ético-sociales: no deciden los móviles-posiblemente subjetivos-, sino el ánimo- aprehensible siempre de modo objetivo.

Ocasión para plantear la cuestión de la culpabilidad la ofrece, tan solo y en todo caso, la comisión del injusto típico por un agente responsable. Sobre este punto existe absoluto acuerdo. Dudosas y debatidas son sin embargo las cuestiones de sí basta la culpabilidad referida al acto aislado, esto es "la culpabilidad del acto aislado", para agotar el reproche dirigido al autor, o si debe recurrirse en ciertos casos a otro concepto de culpabilidad derivado más del autor que del acto. Razones de último punto de vista es la consideración de que el acto aisladamente considerado se muestra excesivamente incoloro para servir de base a un reproche de culpabilidad adecuado a su gravedad material, y de que para este reproche se requiere de una apreciación del autor como personalidad. Cabe pues preguntar si la culpabilidad del acto aislado necesita en determinados casos ser ampliada por valoraciones puramente referidas a la personalidad, o si debe concurrir junto a la culpabilidad del acto aislado una culpabilidad del autor (culpabilidad del carácter o culpabilidad por conducta de la vida).

No existe una unitaria teoría de la culpabilidad de autor. Bases y límites son muy distintos en los diferentes autores. De todos modos, lo común a todos ellos es la

[19] MAURACH, Reinhart, Derecho Penal II, Editorial Jurídico Andina, Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdova Roda.

consideración de que el sujeto debe responder por su carácter, por su "ser así", por la general caída de su personalidad; el acto en sí mismo probablemente incoloro (rufianismo y vagabundez), no exhaustivo de su injusto (encubrimiento profesional) o iluminado prima facie con una luz muy suave (imputabilidad disminuida), adquiere únicamente colorido como característica de la personalidad desvalorada.

Fue MEZGER, quien lo planteó como culpabilidad de la conducta de la vida, al manifestar que el autor solo será responsable cuando la caída de su persona que debe expiar, es debida a su defectuosa conducta vital el autor responde pues por su vida mal orientada, que le impulsa al delito. MEZGER se sirve de la culpabilidad por la conducta de la vida no solo, para intentar recobrar para el Derecho Penal de la culpabilidad las penas finales inspiradas claramente en la prevención especial y extrañas al Derecho Penal, sino ante todo para dar una base a la ceguera jurídica, cuyo mayor interés estriba en fingir en todos los delitos el conocimiento del injusto perteneciente al dolo. Este planteamiento ha tenido objeciones, cuando hace referencia que su culpabilidad por la conducta de la vida comprenderá necesariamente también aquellos casos de caída de la personalidad en los que el autor no podía hacer otra cosa. BOCKELMAN otro representante del pensamiento de culpabilidad de autor introdujo desde el principio una limitación: la culpabilidad del autor no reside tanto en su defectuosa conducta vital, como en una resolución vital (tú puedes perfectamente ser distinto, pues debes serlo), afirma que todo sujeto tiene el deber de formar una firme personalidad y no dejar perecer las fuerzas morales. Esto último es sin embargo lo propio de quién se hace culpable por la decisión vital: elige la falsa vía y deja vencer a su peor yo. La caída de la personalidad, condicionada por el falso curso vital, da lugar a que el autor responda también por aquellos hechos tales como el rufianismo que aisladamente considerados parecen irrelevantes o dotados de una más pequeña culpabilidad.

Las teorías de la culpabilidad de autor no se han podido imponer. Doctrina y práctica en su mayoría las han refutado. La culpabilidad de autor no es ni adecuada ni necesaria para poder explicar aquellos fenómenos aislados surgidos dentro del sistema general del Código Penal- claramente referidos a la culpabilidad del acto- que, según los representantes de la culpabilidad de autor, tan solo pueden ser explicados acudiendo a éste concepto.

La culpabilidad es un juicio sobre el autor que, como lo dijimos antes encuentra su limitación en el acto típico y antijurídico "desvalorado", llevado a cabo por el autor; este juicio deriva la medida de reproche, del grado de contrariedad al deber manifestado en la comisión del delito: cuanto menos se haya dejado influir por la función determinante de la norma, tanto más grave será el reproche de culpabilidad. La desproporción entre la concreta capacidad de determinación y reacción del autor por un lado, y su concreta conducta antinormativa por otro determinan la gravedad del reproche. Culpabilidad por tanto, es el juicio de que el autor ha interpuesto incorrectamente su poder querer y ha formado incorrectamente su voluntad. El sujeto no puede ser hecho responsable ni por su carácter ni por su ánimo. El reproche de culpabilidad no se deriva de estas cualidades o direcciones anímicas, sino del producto último resultante de la lucha entre disposiciones, tendencias inconscientes, representaciones inhibitorias, etc; éste producto último es la voluntad del acto. El juicio de culpabilidad afecta pues, al carácter incorrecto de la voluntad; en pocas palabras: toda culpabilidad es "culpabilidad de la voluntad".

Esta modalidad de relación volitiva, no siempre está en condiciones de explicar todos los casos de culpabilidad de voluntad; en efecto, la culpa inconsciente, caracterizada por la falta de todo nexo psicológico entre autor y resultado, no podrá ser calificada de forma de culpabilidad. El sujeto que está en situación de optar entre el bien y el mal se decide a favor del último; únicamente cuando se da la posibilidad de discriminar se convierte el acto de opción en acto reprochable y, por lo tanto culpable.

En conclusión, la voluntad referida al tipo, la voluntad de realización o dolo, es libre valorativamente y se da aún cuando concurra a favor del autor una causa de exclusión de responsabilidad por el hecho o de la culpabilidad. Por el contrario, la posibilidad de discriminar entre el bien y el mal supone libertad de elección o relevancia jurídica de la voluntad, que se dará únicamente en el imputable provisto, también en el caso concreto de la posibilidad de conocer el injusto. Con ello se ha abordado ya, en principio el problema de la libertad de voluntad.

CAPITULO III

LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO.-

3.1.- El concepto de la Atribuibilidad.- Su contenido.

Por atribuibilidad de una acción debe entenderse el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias del Derecho. La atribuibilidad, si bien constituye siempre un juicio de desvalor, no representa necesariamente también un juicio de reproche. No se da un reproche contra todas las categorías de autores sometidos a los recursos jurídicos penales. Tan solo puede hacerse un reproche al sujeto de quién cabe esperar una conducta adecuada a la norma. Esto no sucede sin embargo, con todos los sujetos sometidos al derecho. La atribuibilidad únicamente pone de relieve que el acto "debe ser atribuido al autor como suyo". El modo cómo debe ser atribuido es cuestión distinta. Se trata de una categoría intermedia, previa al juicio de reproche.

Es una circunstancia de eliminación de responsabilidad de eliminación de responsabilidad por el hecho en función de la existencia de consideraciones que siempre, no en el caso particular, sino que para todas las personas, va a eliminar la posibilidad de que le realice el juicio de reproche. Es decir, una vez confirmada la existencia del injusto, hay dos juicios a realizar: Uno es el juicio general (para todos) y otro es el juicio personalizado, individual que lo analizaremos más adelante.

La atribuibilidad tiene su razón de ser en la convivencia humana. Representa una exigencia práctica. El ordenamiento jurídico no puede pretender que todos los hombres se comporten conforme a la norma; frente a los niños y enfermos mentales, una tal pretensión carecería de sentido.

El ordenamiento jurídico puede en cambio, sin dificultad alguna, valorar la conducta de todos los súbditos como expresión de su personalidad. La atribuibilidad pone de relieve que el acto concreto debe ser atribuido a su artífice como propio y que el juicio de desvalor que por la tipicidad y antijuridicidad daba su cuño al acto, alcanza ahora también al autor. No desaparecerá pues la atribuibilidad aún cuando el sujeto esté sustraído por falta de madurez o por deficiencias mentales a un juicio de reproche. Del grado de la atribuibilidad dependen los presupuestos de las reacciones del juez penal. Concebimos pues a la atribuibilidad como aquella relación jurídicamente desaprobada del autor con su acto típico y antijurídico que ofrece la base de las distintas posibilidades de reacción del juez penal.

En la dogmática actual no ha merecido aceptación una categoría intermedia entre lo ilícito y la culpabilidad. Sin embargo, la necesidad de ésta categoría intermedia fue postulada por Jiménez de Asúa, en la dogmática española y por MAURACH en su obra "Responsabilidad por el Hecho".

El fundamento de esta categoría reside en la comprobación de que en las causas llamadas de inculpabilidad (estado de necesidad disculpante, miedo insuperable, exceso

en una causa de justificación) el Derecho Penal no tiene en cuenta si el autor tuvo o no realmente la capacidad de obrar de otra manera, si no que mediante un procedimiento generalizador excluye la responsabilidad, aunque el autor haya podido comportarse de otra manera. Por el contrario, en la "verdadera" exclusión de la culpabilidad (exclusión de la capacidad de motivación por el derecho; error de prohibición inevitable) el derecho penal opera en forma individualizadora, es decir, considerando la capacidad concreta del autor de motivarse de acuerdo con la norma. En suma, en las llamadas causas de inculpabilidad el Derecho Penal toma en cuenta la capacidad media, mientras que en las verdaderas causas de inculpabilidad considera la capacidad individual, como fundamento de exclusión de la responsabilidad.[20]

Las consecuencias que se extraen de la elaboración de esta categoría se manifiestan en primer lugar en las consecuencias jurídicas: "la teoría de la responsabilidad por el hecho es materialmente una teoría de los fundamentos que excluyen la responsabilidad"[21].

Por lo tanto, el incapaz de motivación (inimputable) que realiza una acción típica y antijurídica en una de las situaciones que excluyen la responsabilidad por el hecho, no puede ser sometido a una medida de seguridad. La normalidad de la situación excluye tanto la pena como la medida de seguridad.

Asimismo, el reconocimiento de esta categoría sugiere consecuencias diversas a las generalmente admitidas en materia de accesoriedad de la participación. En efecto, si la accesoriedad limitada significa que la culpabilidad de cada partícipe es individual, mientras que los restantes presupuestos del acto del autor son comunes a todos los partícipes, se abre la posibilidad de considerar no punible al cómplice de un autor que obra (individualmente) en un estado de necesidad disculpante.

Sus grados:

Responsabilidad por el hecho.-

La pregunta que debe hacerse en este tema es la siguiente: ¿es posible responsabilizar por un hecho típico y antijurídico a una persona, en cuanto miembro de la comunidad jurídica?

Estamos en presencia de lo que se ha llamado la motivación normal, esto es, el problema de contextos de situaciones externas en que se mueve la persona que es imputada de un delito. Estas situaciones deben estar dentro de lo que el Derecho admite como exigible, es decir, situaciones que saquen a la persona de la motivación normal y que hacen posible la exigencia del cumplimiento de la norma. Se trata de analizar si la persona puesta en el lugar de los hechos, actuaría peor o igual que sus semejantes tomando como punto de partida la exigencia media que puede existir en la sociedad.

Igual que en la relación tipicidad- antijuridicidad, también en este punto probado el hecho típico-antijurídico, la discusión va a transitar el camino de las causas que eliminen la responsabilidad por el hecho.

[20] BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, 4ta reimpresión, Temis 1998.
[21] MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal II, Editorial Jurídico Andina, Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdova Roda, pp. 380

Si bien la responsabilidad por el hecho, por sí sola no lleva a la imposición de pena, ella es la base común para la aplicación de penas o medidas de seguridad; y si el autor, además, es culpable, deberá ser castigado. En cambio, si el autor es inculpable, pero es peligroso para sí o para terceros se impondrá la medida de seguridad.

De acuerdo con este esquema, la participación solo tendrá cabida cuando el hecho sea típico, antijurídico y además se haya confirmado la responsabilidad por el hecho.[22]

La desaprobación del autor, implícito a la responsabilidad, tiene el cometido no solo de tender un puente entre acto y autor desvalorados sino de realizar una comparación personal, esto es, una comparación entre el autor y el término medio de los restantes súbditos, descrito por el Derecho Positivo. La desaprobación se basa en que el autor en la situación concreta se ha comportado peor a como los demás hubieran actuado. La responsabilidad surge por no haber respondido el autor al poder del término medio presumido por el Derecho.

Esta desaprobación no implica aún un reproche. La desaprobación se pronuncia antes de averiguar si el autor se encontraba en situación de conocer el alcance de su acto y de orientar su voluntad conforme a este conocimiento.

La teoría fundada por MAURACH de la responsabilidad por el hecho introduce entre la antijuridicidad y la culpabilidad la responsabilidad por el hecho como categoría sistemática propia y adicional y en consecuencia conoce, junto a las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad, causas específicas de exclusión de la responsabilidad por el hecho, mencionándose como las más importantes de ellas el estado de necesidad; y el exceso en la legitima defensa. En estos casos no se exculparía al sujeto individual, sino que se eximiría de responsabilidad a cualquiera para una determinada situación. La actuación no sería "aquí efectivamente correcta (existe el injusto de la acción), pero a la vista de la naturaleza humana general- si generalmente excusable, no solo individualmente disculpable.
Las consecuencias prácticas del reconocimiento de tales causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho afectaría sobretodo a dos cuestiones: en primer lugar, la participación sería impune cuando falte la responsabilidad por el hecho del autor; y, en segundo lugar si falta la responsabilidad por el hecho, estarían excluidas las medidas de seguridad y corrección aún cuando el sujeto sea además inimputable.

De lo ya expuesto se desprende que esta teoría parte de una observación correcta. En el llamado estado de necesidad disculpante y en el exceso en la legítima defensa la exención de pena efectivamente no se basa en consideraciones sobre la culpabilidad individual, sino en la reflexión de que en general no es precisa la punición de una actuación debida a tales situaciones excepcionales. No se trata por tanto de una exclusión de la culpabilidad, sino de la responsabilidad jurídico penal. Hasta en la elección de las palabras se demuestra la proximidad a la concepción aquí defendida[23].

Pero los defensores de la teoría de la responsabilidad por el hecho extraen del punto de partida correcto consecuencias con las que no se puede estar de acuerdo. Pues la

[22] DONNA, Edgardo Alberto, Teoría del Delito y de la Pena 2, Imputación Delictiva. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma s.r.l., página 190.
[23] ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General. Tomo I, Editorial Thomsom Civitas, Madrid, España, año 2006, pp. 816.

responsabilidad por el hecho no es, como dice ZIPF "un peldaño o elemento previo a la culpabilidad" de modo que, cuando tiene lugar su exclusión, ya ni siquiera se podría plantear de manera similar a cuando está excluida la antijuridicidad. La cuestión de la culpabilidad, sino que en los casos y en el exceso en la legítima defensa la antijuridicidad y la culpabilidad han de afirmarse por completo; se suprime la pena, como se ha subrayado reiteradamente, solo por que no la requieren necesariamente razones preventivas. Los mismos no están más lejos sino más cerca de la punibilidad que los casos en los que desde un principio está ya excluida la culpabilidad.

La exigibilidad de la Responsabilidad por el Hecho, según parámetros sociales.-

La mayoría de los sistemas admiten las medidas de seguridad como consecuencias jurídicas del delito. Según la mayoría de los sistemas la participación es accesoria a la autoría. La responsabilidad del partícipe es accesoria del hecho del autor, por lo tanto, el partícipe responde por colaborar o instigar en un hecho del autor; no porque él haya cometido un hecho independiente. Los autores que siguen las doctrinas subjetivistas fundan solamente el injusto penal en la acción y excluyen el resultado, y que entienden que la participación debería ser un delito autónomo que nada tiene que ver con la accesoriedad, pero la posición mayoritaria de la doctrina acepta la accesoriedad. La accesoriedad se puede entender en dos sentidos:

Accesoriedad Cuantitativa, para castigar al partícipe hace falta un hecho externo del autor y que el hecho del autor haya comenzado a ejecutarse, es decir debe por lo menos existir una tentativa. En la mayoría de los sistemas no s puede castigar la conducta de participación por sí misma. Por ejemplo: A le da un cuchillo a B para que mate a su esposa pero B al llegar a su casa guarda el cuchillo y no hace nada. Con la excepción de que el acto de participación en sí mismo constituya un delito.

Accesoriedad Cualitativa, para castigar al partícipe no basta con la existencia de un hecho por lo menos tentado; además es preciso que ese hecho del autor tenga ciertas condiciones que son:

El hecho del autor debe ser por lo menos típico y además antijurídico. De lo contrario la participación no es punible.

Además de que el hecho sea típico y antijurídico, hace falta que el autor sea responsable por el hecho, según los criterios de exigibilidad. Por lo tanto, colaborar o inducir a alguien que actúa bajo una situación de no exigibilidad tampoco puede ser castigado como conducta de participación.

Supuestos que se analizan dentro de la responsabilidad por el hecho y la no exigibilidad.-

1.- Estado de necesidad disculpante.- Mayoritariamente no se sigue la teoría de la unidad, sino la teoría de la diferenciación. Existen dos clases de estados de necesidad el justificante (causa de justificación, en donde están en conflicto dos bienes jurídicos uno

superior al otro y el Estado protege el superior) y el disculpante (causa de no exigibilidad).

Existe estado de necesidad disculpante cuando los bienes jurídicos en conflicto o bien son equivalentes o no se puede establecer cuál vale más por su naturaleza misma. El estado no puede estar a favor de uno de estos bienes jurídicos porque no se puede determinar cuál de ellos prevalece o tiene valor superior; en este caso no justifica a la conducta sino que la tolera o entiende. Los bienes jurídicos en conflicto deben ser fundamentales (vida, integridad física, libertad). Requisitos:

El peligro debe ser actual-inminente, o persistente (comenzó pero no ha concluido y aún es posible impedirlo).

El medio utilizado debe ser necesario- dentro de los medios eficaces el menos lesivo para la víctima y para evitar el peligro.

El peligro debe ser ajeno- el sujeto que realiza la conducta no debe encontrarse jurídicamente obligado en función de su cargo o profesión a soportar el riesgo. Esta es la regla general, sin embargo, la obligación de soportar ciertos riesgos tiene límites que se establecen en supuestos excepcionales en los que el sujeto vuelve a encontrarse en estado de necesidad y en general lo que se dice que la obligación de soportar el riesgo es exigible siempre que se mantenga dentro de lo racional. Ejemplo un bombero deberá ir al lugar del incendio pero no internarse en el fuego para salvar a alguien si sabe que será inútil.

El peligro debe ser ajeno en sentido estricto, es decir, no debe ser el autor quién creó el riesgo, pues no podrá invocar el estado de necesidad. Esta creación del riesgo debe ser intencional o imprudente.

Desde el punto de vista subjetivo el autor se exime de responsabilidad por un estado de necesidad disculpante y también justificante si obra sabiendo que hay un peligro y con la finalidad de evitarlo.

2.- La coacción o miedo insuperable.- Es una forma de estado de necesidad con una particularidad; existe coacción o miedo insuperable cuando el mal que se trata de evitar tiene origen en la amenaza de una persona. Por ejemplo secuestran al hijo de A para exigirle que cometa otro delito. Desde la posibilidad individual de motivación el sujeto tiene la posibilidad de actuar distinto (ir a denunciar el hecho), sin embargo al Estado no le interesa en este caso exigir una conducta diferente.

3.- La colisión de deberes.- Se presenta cuando existen dos deberes jurídicos simultáneos y contradictorios. Por ejemplo un bombero que puede salvar a una de dos persona, estando obligado a salvar a las dos. Existe una tendencia a resolver este caso como causa de justificación incuso cuando los bienes jurídicos en conflicto sean equivalentes. En materia de colisión de deberes se acepta que exista una justificación cuando se salva el bien jurídico mayor (estado de necesidad justificante), sino también cuando los bienes jurídicos y por lo tanto los deberes son equivalentes. Sería una contradicción que al ser el Estado el que impone los deberes jurídicos contradictorios, mantenga la situación de ilegalidad de la conducta al escoger uno de ellos. Por lo tanto

la tendencia es admitir que se justifique la colisión de deberes no solo cuando se trate de un deber mayor y uno menor, sino también al tratarse de deberes jurídicos equivalentes.

4.- Exceso en las causas de justificación.- En el Código Penal ecuatoriano solo se ha regulado el exceso en la legítima defensa. En muchos sistemas el exceso funciona como eximente cuando se dan ciertas condiciones como ser producto de una situación de temor o pánico en otros sistemas funciona como un atenuante. Es por esto que esta situación es tratada como un caso de disminución de la exigibilidad, que no se elimina completamente se reduce; en consecuencia se atenúa la pena. Debe hacerse una diferencia entre el exceso intensivo y el exceso extensivo:

Exceso intensivo se da en los medios empleados que no son los racionalmente necesarios, al tener a su alcance un medio menos lesivo.

Exceso extensivo, o temporal, sigue actuando en supuesta defensa pero ya no hay agresión. Este no puede ser atenuante, debido a que ha terminado l agresión ilegítima y por lo tanto cesa la legítima defensa y cesa el exceso. Podría el autor invocar error (creía que aún existe agresión actual o que podía actuar de esa manera.

3.2.- La culpabilidad propiamente dicha.-

La atribuibilidad como último elemento del delito, está dividida en: la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad individual. El fundamento material de la culpabilidad, es la reprochabilidad individual o juicio de reproche al autor, quien tuvo la posibilidad de realizar una conducta distinta a la ilegítima. Se trata de la reprochabilidad en función de la capacidad individual de motivación del autor. Se podrá admitir la existencia de la culpabilidad cuando se puede demostrar que ese sujeto, en función de su capacidad individual de motivación, podía actuar conforme a derecho y realizar la conducta lícita en lugar de la ilícita.
La culpabilidad ha sido definida además como la exigibilidad de otra conducta al autor. Se trata de una exigibilidad individual en función de la capacidad de motivación.

Esta concepción de la culpabilidad actualmente está en crisis, existen muchos autores que lo han puesto en duda, por varias razones:

- Se pone en duda la vigencia misma del principio de libertad. Desde el punto de vista filosófico se cuestiona hasta qué punto el hombre es libre o actúa en base a condicionamientos previos. La reprochabilidad en función de la capacidad individual de motivación del autor, parte del principio de libertad.
- Aunque esta libertad exista, este hecho no es empíricamente demostrable. No puede demostrarse que el hombre en un caso concreto fue libre.

En base a estos argumentos muchos autores han reemplazado el fundamento de la culpabilidad basado en la libertad y han ido introduciendo argumentos de prevención. En la culpabilidad se introduce la idea de prevención general y no tanto basados en la capacidad de motivación del autor. Existen básicamente dos teorías que sostienen esta posición:

1.- Una moderada (ROXIN) que implica abandonar el principio de culpabilidad pero sólo parcialmente. En lo que respecta a los fines de la pena estos son la prevención general y la prevención especial. Para ROXIN la pena se impone por razones de prevención, pero por razones de prevención no se puede imponer una pena superior a la que merezca la culpabilidad del autor. Teoría mixta, conocida como teoría de la unión, parte de la prevención, pero reconoce la culpabilidad, que es una de las características de las teorías retributivas de la pena. Cuestiona el fundamento de la culpabilidad como la capacidad del autor de realizar una conducta distinta, como juicio de reproche o exigibilidad de otra conducta. Este cuestionamiento lo hace en base al argumento de la imposibilidad de demostración empírica, no podemos asegurar que la libertad del hombre existe, pero puede aceptarse que existe, lo que no puede demostrarse empíricamente es su existencia en el caso concreto. Por lo tanto fundar la culpabilidad, en la libertad del autor y en su capacidad de motivación, para ROXIN implica la imposibilidad de afirmar la libertad en cada caso y por lo tanto no podría afirmarse la culpabilidad. Para este autor a pesar de que no se puede demostrar la libertad del autor, lo que sí se puede demostrar es la asequibilidad normativa que es básicamente la aptitud en abstracto que tiene una persona para responder a la norma o entender la norma. No se puede probar si una persona actuó o no con libertad, pero se puede conocer con cierta precisión, recurriendo a la psicología o a la psiquiatría, si una persona es apta para entender la norma.[24]

ROXIN construye además la Teoría de la Responsabilidad que está integrada por la culpabilidad y por los criterios o por las razones de prevención. Para la imposición de una pena se exige la responsabilidad del sujeto, para esto es necesario demostrar la culpabilidad del autor, fundamentada en el concepto de asequibilidad normativa, no en la idea de libertad de una persona, sino en la comprobación si una persona es apta para entender la norma; pero a este concepto además hay que agregarle razones de prevención que justifiquen el castigo, sin estas razones de prevención, no hay pena por más que haya culpabilidad. Conforme a lo afirmado por ROXIN existen elementos suficientes para saber cuando una persona es capaz o no de motivarse en la norma. El concepto de ROXIN no rompe del todo con el principio de culpabilidad abriendo la posibilidad de la imposición de penas excesivas.

2.- JACKOBS parte de una teoría de la prevención general positiva de la pena, al pena es simplemente un proceso de comunicación a través del cual se "demuestra" o se "asegura", la vigencia de sistema o la vigencia de la norma jurídica. El delito pone en crisis la vigencia o validez del sistema y mediante la pena se consigue reafirmar la validez del sistema, la pena es el proceso de comunicación que demuestra que el sistema es invulnerable. Se delinquió y se castigó, en consecuencia el sistema sigue vigente. Para JACKOBS el fundamento de la culpabilidad, no tiene nada que ver con la capacidad o no de motivación del autor, se determina exclusivamente en función de los criterios de prevención general. No se debe analizar si a un sujeto se le podía o no exigir una conducta distinta de acuerdo a su aptitud o capacidad individual, la culpabilidad va a estar determinada exclusivamente por la idea de prevención general.

[24] ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito, Editorial Thomson Civitas, Madrid España, 2006, pp. 810.

Críticas a la posición de JACKOBS.-

- Deja de lado el principio de libertad del ser humano. El delincuente de quién se está afirmando la existencia de culpabilidad, es utilizado como un mero instrumento, para asegurar la vigencia del sistema; no responde por lo que merece, sino que responde por la necesidad preventiva que haya generado su delito. Responde por lo que desde el punto de vista social su hecho haya implicado, más allá de su capacidad individual de actuación.
- Esta imposición implica abandonar el principio de culpabilidad como límite al poder punitivo del Estado. El Estado no puede castigar sino prueba la culpabilidad y además no puede castigar más allá de la culpabilidad. Abandonar este principio tiene como consecuencia que los límites de la pena van a depender de la necesidad de prevención. JACKOBS no lo afirma en el desarrollo de su teoría, pero esta posición podrá llegar a establecer la necesidad de la pena al psicópata (caso límite, en que es difícil determinar la imputabilidad), o puede llegar a relativizar la teoría del error de prohibición.
- Según JACKOBS si un inimputable comete un delito es esa inimputabilidad la que hace que ese hecho no tenga la suficiente "virtualidad", como para poner en duda la vigencia del sistema y por lo tanto, no se hace necesario imponer una pena por razones de prevención. Pero las razones de prevención pueden cambiar, eventualmente podría ser necesario imponer una pena a un hecho que anteriormente no merecía pena, aquí la gran importancia de la culpabilidad como límite al poder punitivo del Estado.
- La concepción de JACKOBS deja de darle importancia al bien jurídico como sustento de la norma. La norma tiene importancia en sí misma, se protege su vigencia, ya no importa lo que está detrás de la norma. Diferente de la concepción tradicional en la que se da el fundamento: bien jurídico, norma y tipo penal. Se parte del bien jurídico, luego el legislador es quien decide cuales son los bienes jurídicos fundamentales que se van a proteger con la ley penal, y no lo decide libremente sino en base a la Constitución. De todos los bienes jurídicos se eligen los más importantes para ser motivo de protección penal y se establecen tipos penales. En esta teoría la única función del derecho penal es asegurar la vigencia de la norma.

Podríamos también señalar la existencia de una doctrina muy importante, y que representa el pensamiento de los dogmáticos hispanoamericanos, que vienen sosteniendo que la comprobación de la realización de una acción típica, antijurídica en la que no se renuncia a la punibilidad por la irrelevancia del contenido de ilicitud, no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor. La responsabilidad penal o responsabilidad criminal depende de que aquel haya obrado culpablemente.

La culpabilidad por tanto, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena.

Desde el primer punto de vista se tomará en cuenta para la culpabilidad solo la actitud del autor respecto de la acción típica y antijurídica cometida: entonces se hablará de

culpabilidad por el hecho y ello significará que deberá considerarse únicamente el hecho delictivo, pero no el comportamiento del autor anterior al mismo o, inclusive, posterior.

De acuerdo con ello, no importa una mayor culpabilidad la conducta socialmente incorrecta del autor antes del hecho; ni, en principio, tampoco la circunstancia de haber sido ya condenado con anterioridad.

La culpabilidad de autor (en la forma, por ejemplo de la culpabilidad de carácter) parte de otras consideraciones: el hecho típico y antijurídico abre la posibilidad de un juicio sobre el comportamiento social del autor en general, antes y después del hecho. La realización de la acción típica permitirá juzgar la conducta del autor en forma total para explicar el hecho delictivo como un producto de su personalidad.[25]

Vienen propugnando las teorías de la unión, procurando una síntesis que naturalmente, se reproduce en el ámbito de la culpabilidad. Tal síntesis se presenta aquí como una determinada articulación de elementos que provienen de un concepto de culpabilidad por el hecho y otro de la culpabilidad del autor.

La relación entre la Culpabilidad y la Acción.-

La acción es el elemento base y a partir del cual se construye la teoría jurídica del delito. Se dice que la acción debe servir como cimiento o como base para todas las formas delictivas. La acción como elemento base debe ser algo más que un primer filtro de la teoría del delito.

En el causalismo era un primer filtro analizaba si en la conducta hay un mínimo de voluntad. En el finalismo pasa a ser un filtro mayor, analizar si hay una conducta con una finalidad determinada. En los conceptos sociales la acción pasa a ser un filtro distinto, se analiza la idea de previsibilidad de comportamiento, significado social del hecho, etc.

La función de la acción es mucho más importante que ser el primer filtro, el concepto de acción debe reflejar o poder expresar lo que es un delito en el ámbito del ser, es decir, desprovisto de cualquier elemento normativo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad). Lo que significa un delito, la conducta delictiva, pero sin ningún elemento propio de la teoría del delito.

La acción no debe ser un primer filtro sino debe expresar lo que significa un delito en el ámbito del ser, en el ámbito natural.
La acción debe dar a entender lo que significa un delito, la conducta propia delictiva, pero sin ningún elemento propio de la teoría del delito. Lo que significa la acción humana pero en su completa dimensión.

Este concepto de acción va a limitar el delito, si no hay acción no puede ser nunca una conducta delictiva. El análisis debe comenzar antes del análisis normativo.

[25] BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal Parte General, Ara Editores E.I.R.L , Lima Perú, 1era edición 2004, pp. 395.

La acción es un elemento base, no solamente un primer filtro, debe comenzar a establecer el sentido de la conducta delictiva.

La acción debe ser base, no solo de lo injusto sino también de la culpabilidad, debe poder explicar lo que es un delito en su sentido completo, sin ningún elemento normativo.

La acción es un elemento de enlace de los distintos elementos del delito, el concepto de acción en sí mismo debe ser limpio y no contener elementos propios de la tipicidad, antijuridicidad o de la culpabilidad.

La acción debe ser un elemento que va atravesando toda la teoría del delito, columna vertebral del sistema de la teoría del delito.

La acción debe ser algo que pueda expresar lo que es el delito, sin ningún elemento normativo, ya que en definitiva, lo que se hace en la teoría del delito, no es más que procesar una acción determinada.

La acción no tiene elementos normativos, pero de ella deben extraerse todos y cada uno de los elementos del delito.

La teoría del delito es una teoría normativa. La existencia o no de la tipicidad es un problema que no se puede resolver simplemente en el ámbito del ser, debe realizarse un análisis con criterios normativos o conforme a las reglas de las normas jurídicas. Para establecer si una conducta es típica es necesario saber si hay un tipo penal que resulte aplicable a esa acción. Lo que realiza la teoría del delito, es a partir de esta acción, emprender un proceso, se toma la acción que proviene de la realidad con todos sus componentes y se la analiza, para saber si es típica, antijurídica o culpable.

Que la acción sea neutral significa que no debe incluir contenidos propios normativos, lo que no significa que la acción no deba servir de base para toda la teoría del delito. El hecho de que la acción sea neutral significa que no debe incluir contenidos de la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. No se puede definir una idealidad de comportamiento, definir la acción como toda conducta ilegal, en realidad es un concepto de acción con elementos normativos.

No es posible incluir a la omisión en el terreno de la acción. Toda omisión supone una acción, pero desde el punto de vista normativo. Desde el punto de vista del ser únicamente existen acciones. La acción por sí misma no deduce una omisión, la omisión surge de la existencia de una norma que le exige a un sujeto un comportamiento determinado. Toda omisión supone una acción, desde el punto de vista del ser, en un sentido pre normativo (salvavidas que toma sol), pero el concepto de omisión es de construcción normativa (salvavidas que omite salvar la vida de alguien), no se puede construir sobre datos ontológicos, reconocemos la existencia de una omisión cuando un sujeto que actuó debería haber realizado una conducta distinta. La acción pre normativa, luego normativamente se procesa y se traduce en una omisión, en razón de que existía una norma que le exigía actuar; se da una actuación dolosa o imprudente.[26]

[26] JIMENEZ BENAVIDES, Enrique, “Sobre la acción y el injusto penal en Welzel”, Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 1997, pp. 36.

En el concepto de la acción se expresa el verdadero sentido de la acción humana en la realidad. En este sentido este concepto va un poco más allá de la concepción finalista. La acción entendida como comportamiento humano en su pleno sentido, debe abarcar dos componentes:

- Una parte referida a la actuación voluntaria con la idea de dominabilidad. Acción dirigida a la consecución de un fin u objetivo a través de la dominabilidad.
- La segunda parte está referida a los que podríamos llamar el lado emocional de la acción, en donde encontramos las motivaciones, que también son parte de la actuación del hombre. Las condiciones psíquicas frente a las cuales se actúa.

Para definir la acción en su pleno sentido no es suficiente el concepto de voluntad encaminada a un fin (concepto finalista), este concepto debe completarse con el lado emocional de la acción y las condiciones psíquicas o motivaciones que se tienen en cuenta o que influyen en la actuación del hombre.

El concepto de acción por sí mismo ya supone un límite al poder punitivo del Estado. Se exige una conducta externa. Implica la adopción de un derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales y un Derecho Penal de conductas, de actos y no un Derecho Penal de autor; es decir que, actúe en función de las conductas reales y no en función de la mera peligrosidad. Para que la función limitadora del concepto de acción pueda ser efectiva existe una condición básica, que el concepto de acción sea previo a lo normativo, debe ser ontológico y anterior a la tipicidad. De lo contrario el tipo penal podría elaborarse de cualquier manera y el concepto de acción terminaría adaptándose a las exigencias del tipo, cuando la lógica que debe manejarse es la contraria: el tipo penal debe adaptarse a la acción y no a la inversa. Por ejemplo: en lo referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si se entiende el concepto de acción como una conducta voluntaria, esta no puede aceptarse, pero si se establece un concepto de acción a partir del tipo este concepto puede adoptarse, si un tipo penal así lo establece.

3.3.- La capacidad de culpabilidad del sujeto activo.-

En principio se puede afirmar que el tema de la capacidad de culpabilidad tiene que ver con el problema del destinatario de las normas. BINDING había descubierto que el delincuente no violaba el tipo penal, sino, al contrario que lo cumplía. Cuando el sujeto realiza el tipo penal de homicidio, no esta haciendo otra cosa que cumplir con el tipo penal, pero desde otro punto de vista; esta violando la norma que dice “no mataras”.

Este extraño fenómeno, como afirma GOSSEL, se puede describir de la siguiente forma: “solo se castiga al que actúa meticulosamente, al pie de la letra de la ley penal”. Esto es, el delincuente en realidad no lesiona la ley penal, sino que actúa de acuerdo con ella. Entonces ni el asesino, ni el ladrón sobrepasan la ley penal. Sin embargo, existen en el orden jurídico preceptos que prohíben el ocasionar la muerte de otras personas, así como el apoderamiento de bienes ajenos, o el tener relaciones sexuales en contra de la voluntad de la otra persona. Estos preceptos jurídicos que se distinguen necesariamente de las leyes son las normas, declaraciones sobre cuya existencia y esencia se pondrá acá como hipótesis in comprobable

.

Con este razonamiento, BINDING había descubierto que las normas no existían por sí solas, sino en función de proteger intereses que la comunidad social considera como indispensables para ella, y que se denominan bienes jurídicos. Los tipos penales solo describen aquellas acciones que violentando la norma, atacan los bienes jurídicos.

El problema más grave, a nuestro juicio con el cual se encontró la teoría de las normas fue la cuestión del destinatario de estas normas. En este sentido afirmaba Kaufmann: "si los imperativos se dirigen a la totalidad de los sujetos del orden jurídico, estarían también dirigidas a los incapaces de acción y a los inimputables, así como a los bebés, a quienes están durmiendo, a los locos y a los ebrios. Tal cosa sería sencillamente imposible.

El tema fue resuelto por KAUFMANN, quien expreso: "la norma es la forma ideal de la obligación de los hombres. Su objeto es una acción final. "ella se dirige a todos los que en cualquier momento o en cualquier lugar entran en consideración como sujetos del acto o como participes en el ya los que ella prohíbe o manda algo.- Por lo menos teóricamente entran aquí todos los hombres. Todos son destinatarios de la norma.- Aquí aparece la clave del problema, esto es la capacidad de culpabilidad. Lo importante no es tanto a quién se dirige, sino quién en el caso individual está obligado a responder. O dicho en otras palabras la concreción del deber abstracto del ámbito del destinatario, por tanto de la norma, es el deber de un destinatario individual determinado.

De lo expuesto hasta ahora, el criterio básico en el tema consiste en determinar si el sujeto puede comprender el injusto o ilícito de su acción y actuar conforme a esa comprensión. En otros términos, podrá ser culpable quién se ha conducido en forma antijurídica, pese a que pudo determinarse o motivarse de acuerdo a derecho o conforme a la norma primaria (no debes matar). De ahí que la acción antijurídica le sea reprochable cuando el autor pueda ser motivado por la norma y, en consecuencia tenga el deber jurídico de no realizar la acción. La omisión, en cambio le será reprochable al autor cuando, motivado por la norma, tenga el deber jurídico de obrar.[27]

Se puede afirmar que la capacidad de culpabilidad no es otra cosa que la capacidad para ser determinado por el deber jurídico de actuar o de abstenerse de hacerlo en el caso concreto. Con ello se tiene el común denominador que subyace en la moderna teoría de la culpabilidad.

De lo expuesto surge que la incapacidad de culpabilidad terminará excluyendo la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, o la capacidad de conducirse conforme al reconocimiento de la norma.

[27] DONNA, Edgardo Alberto, Teoría del Delito y de la Penal II Imputación Delictiva, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. pp. 227.

CONCLUSIONES.-

1.- La teoría del delito debe ir de la mano con la ley, debe nutrirla, debe abrir puertas que permitan hacer válido el fin del Derecho, la protección y convivencia del ser humano en la comunidad, empleando para ello el principal medio que caracteriza al Derecho Penal…. la pena, la que determina quien adecue su comportamiento exactamente al tipo previsto en la ley en forma antijurídica y culpable. La ley debe plasmar los conceptos que permitan resolver de la mejor manera posible las causas concretas que la delincuencia plantea a los temas de búsqueda de las mejores definiciones que garanticen los derechos de los individuos y de la sociedad.

2.- La necesidad de perfeccionar las leyes penales tiene como consecuencia que la política criminal efectivamente garantice una mejor convivencia, el valor y fin supremo del Derecho… a saber, la justicia.

3.-La responsabilidad por el hecho se contenta con un juicio de desvalor que graba al sujeto; la culpabilidad exige la concurrencia de un reproche personal.

4.-La participación del sujeto sería impune cuando falte la responsabilidad por el hecho del autor y además estarían excluidas las medidas de seguridad y corrección aún cuando el sujeto sea además inimputable.

5.-La teoría de la responsabilidad por el hecho, parte de una observación correcta, en el estado de necesidad disculpante y en el exceso en la legítima defensa, la exención de la pena, no se basa en consideraciones sobre la culpabilidad individual; sino en la reflexión de que en general no es precisa la punición de una actuación debido a tales situaciones excepcionales.

6.- No se trata por tanto de una exclusión de la culpabilidad sino de la responsabilidad jurídico-penal.

7.- La acción podría ser conceptualizada como: la exteriorización de la voluntad libre. Este concepto refleja el sentido completo del comportamiento humano en toda su dimensión. Cuando el hecho puede ser imputado a la actuación voluntaria y además a la actuación libre del autor, recién hay una acción en su verdadero sentido. Este concepto de acción incluye todos los aspectos relevantes de la actuación humana y sirve de base no solo del injusto (acción típica y antijurídica), sino también sirve de base para la culpabilidad.

8.- Lo más importante es que este concepto cumple una verdadera función limitadora, porque no puede haber responsabilidad penal sino existe una acción en su sentido completo, si el hecho no puede ser atribuido solo a la voluntad del autor, sino también a la libertad, esto permite limitar no solo lo injusto penal como pasa con las teorías tradicionales, sino que también permite limitar la culpabilidad.

9.- Si analizamos la acción libre como base de lo injusto tenemos como efecto que se confunde lo injusto con la culpabilidad. Esto implicaría retroceder a las viejas concepciones que no diferenciaban la acción antijurídica de la acción culpable.

10.- La actuación libre entonces será la base de la culpabilidad, y tiene relación directa con el fundamento de la culpabilidad.

11.- Que exista acción no quiere decir que exista culpabilidad, pues será necesario después agregar los elementos de la culpabilidad que ya son elementos normativos. Una conducta libre que pueda ser imputada y no se da ninguna causa de exclusión de la acción como base de la culpabilidad, al momento de analizar la culpabilidad deberá analizarse si el sujeto es capaz de culpabilidad conforme al criterio normativo, así como además si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su conducta.

12.- La culpabilidad debe ser fundada en la capacidad del autor de realizar una conducta distinta o la conducta exigida por la norma-juicio de reproche.

13.- La culpabilidad individual requiere dos componentes individuales: 1) capacidad psíquica de culpabilidad y 2) conocimiento o posibilidad de conocimiento de la ilicitud o de la antijuridicidad.

14.- La mayoría de los sistemas penales, entre ellos el ecuatoriano, siguen lo que se conoce como un sistema mixto. A los fines de excluir la culpabilidad, no basta con determinar cierta anomalía psíquica sino que deben determinarse sus efectos concretos sobre el hecho. No basta con establecer la existencia de una patología, debe establecerse además cuáles son los efectos concretos de esta patología del autor con respecto al hecho que se está investigando.

15.- El artículo 34 del Código Penal del Ecuador- estado mental o enfermedad mental (presupuesto biológico) que genera imposibilidad de querer o entender (presupuesto jurídico)-, es insuficiente pues hoy en día existe consenso en que la enfermedad mental no puede ser entendida únicamente como sinónimo de alienación o locura, pues deben además incluirse los trastornos de personalidad (psicopatías o las neurosis).

16.- Resulta anacrónico decir que las alteraciones morbosas son solo sinónimo de alienación. La alteración morbosa remite al concepto de enfermedad y como en toda enfermedad quien esta enfermo es el yo, la enfermedad no es otra cosa que una manera de aparición del yo, en su encarnación o en su aparición en el mundo. No parece lógico ni responde a las naturalezas de las cosas sostener que la enfermedad es solo aquello que atañe a lo físico. En términos de inimputabilidad es perfectamente que se trate de un genuino enfermo mental, de un anómalo psíquico o de un sujeto normal perturbado en sus funciones anímicas. No solo puede estar dañada la inteligencia y la voluntad sino la esfera de los afectos y de los impulsos. (Donna).

17.- Por lo tanto en nuestra legislación cuando analizamos el presupuesto médico del artículo 34 deben incluirse no solo a las alienaciones, sino a los trastornos de la personalidad.

BIBLIOGRAFIA.-

1.- BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal Parte General”, 2004, Lima-Perú.

2.- CEREZO MIR, José, “Obras completas, Derecho Penal, Parte General”, Ara Editores, Perú, 2006.

3.-DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal” Parte General Tomo I, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo De Palma, SRL,

4.- DONNA, Edgardo Alberto, “Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa, editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, 2002.

5.- FRANK, Reinhard, “Sobre la Estructura del concepto de culpabilidad”, Editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, año 2000.

6.- HIRSCH Hans, CEREZO, José, DONNA; Edgardo, “Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad”, Rubinzal- Culzoni Editores, 2005, Buenos Aires.

7.-JIMENEZ BENAVIDES, Enrique, “Sobre la acción y el injusto penal en Welzel” 1997.

8.-MARX, K “El capital”, Vol.1. 8ª reimpresión, s/l, s/f.

9.- MAURACH, Reinhart, “Derecho Penal” Parte General, Editorial Jurídico Andina, Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda.

10.-MIR PUIG, “Derecho Penal” Parte General, 7ª Edición

11.- MUÑOZ CONDE, “Teoría General del Delito”, Editorial Temis S.A., año 2004, Bogotá- Colombia.

12.- NUÑEZ, Ricardo C, “Bosquejo de la culpabilidad”, Editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, año 2002

13.-PAREDES, Eduardo, “Evolución de la Teoría de la Acción”

14.- QUINTITO ZEPEDA, Rubén, “Breves comentarios a la sistemática penal alemana, en retrospectiva a Hans Welzel”

15.-ROXIN, “Derecho Penal” Parte General Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Thomsoms Civitas, Alcalá de Henares- España, 1996

16.-VON LIZT, Tratado II, s.n.t.

17.-WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán” Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1987

18.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal, Parte General II”, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas, 1986, Lima-Perú.