

RESUMEN

EL JUICIO DE REPROCHE

La culpabilidad, faceta más difícil del Derecho Penal implica introducirse en el terreno de la voluntad. El injusto penal debe pertenecerle al autor material, subjetivamente y como producto de su racionalidad normal. Las circunstancias -personales y externas- que concurran, deben motivarlo para cumplir con la norma. La culpabilidad es reprochabilidad del ilícito a su autor, no se motivó en la norma bajo determinadas circunstancias. La doctrina considera como elementos de la culpabilidad, a la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta. La culpabilidad se centra en la relación entre la voluntad humana y el delito en su juicio de reproche. La culpabilidad supone la imposibilidad de atribuir responsabilidad por hechos respecto de los que no exista dolo ni culpa del autor. La prueba de la culpabilidad en sentido jurídico penal y como elemento del delito corresponde al Estado relacionado sin duda con la presunción de inocencia que representa un límite para el legislador. El Estado deberá demostrar la culpabilidad reprochando un hecho a una persona determinada. La culpabilidad, por lo tanto enfoca dos aspectos como elemento integrante de la Teoría del Delito y como Principio de Política Criminal que sirve como límite a la punición.

Palabras claves: Juicio de Reproche, Culpabilidad, Antijuridicidad, Conciencia de lo ilícito, Capacidad de culpabilidad.

ABSTRACT

Guilt, the most difficult stage of Penal Law means we must emerge in the field of willpower. The unfair penal must belong to the material author, subjectively and as a product of its normal reasonability. The circumstances – personal and external – that occur, should justify it to accomplish the standard. Guilt is condemned of illicit to its author; it did not justify in the standard under determined circumstances. The doctrine considers the capacity of guilt, the conscious of anti juridical and the need of other behaviour as elements of guilt. Guilt concentrates on the relationship between a person's goodwill and the crime in its reproach. Guilt assumes the impossibility to attribute responsibility for actions in relation to the ones where there is no malice or guilt of the author. The proof of guilt in the sense of juridical penal and as an element of the crime corresponds to the related state undoubtedly with the presumption of innocence which represents a limit for the legislator. The state must demonstrate the guilt reproaching an action to a determined person. Guilt, consequently considers two aspects as an integrated element of the Theory of Crime and as a principle of political crime that is useful as limit of punishment.

ÍNDICE

	Páginas
Resumen.....	1
Introducción.....	9
 CAPÍTULO 1:	
LA CULPABILIDAD: GENERALIDADES	
1. La culpabilidad como elemento estructural de la teoría del delito.....	13
2. Evolución del concepto de culpabilidad.....	22
3. La culpabilidad como reprochabilidad.....	28
 CAPÍTULO 2:	
LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD	
1. Exclusión de la capacidad de culpabilidad.....	35
1.1 La enajenación y el trastorno mental transitorio.....	37
1.2 la minoría de edad.....	40
1.3. La embriaguez	41
1.4. El estado de necesidad.....	42
1.5. La inexigibilidad de otra conducta.....	44
1.6. La obediencia debida.....	47

CAPÍTULO 3:

CULPABILIDAD Y VOLUNTAD

1. Culpabilidad por el hecho y Culpabilidad por el autor.....	49
2. Elementos estructurales del concepto de culpabilidad.....	51
3. La prevención general positiva y la culpabilidad.....	56
Conclusiones.....	60
Bibliografía.....	64

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

ESPECIALIDAD EN DERECHO PENAL

EL JUICIO DE REPROCHE

DIRECTOR: Dr. Gustavo Eduardo Aboso

ALUMNA: Katerina Aguirre Bermeo

CUENCA, 24 de Octubre de 2008

El proceso investigativo, la articulación de lecturas, consultas, conceptos ajenos, y la organización de opiniones propias, al igual que la organización formal del trabajo de tesina, son de mi exclusiva responsabilidad y nunca comprometerían el buen nombre de la Universidad del Azuay.

Cuenca, 27 de octubre de 2008

Katerina Aguirre Bermeo

MI GRATITUD:

En el mundo heleno nace la expresión “mens sana y corpore sano” con el cual se destaca la necesidad del equilibrio entre el desarrollo físico y el desarrollo intelectual del ser humano. La ciencia proporciona al hombre no solo conocimientos sino seguridad y solvencia en el desempeño de su vida.

Para la obtención del título de Especialista en Derecho Penal, y como requisito la elaboración de una tesina, he tomado una de los elementos estructurales del delito: “La culpabilidad” enfocada al **Juicio de reproche**, tema controversial dentro del concepto del delito, en virtud de que su análisis supone entrar en el campo de la voluntad, en la autodeterminación del hombre al momento de cometer un injusto penal. Indudablemente uno de los elementos del delito en donde se evidencia sin mayor esfuerzo la base humana y moral sobre la cual se desarrolla el delito y desde luego toda la Ciencia Penal. He tomado este tema con la finalidad de analizar que la actuación del hombre, que su libre determinación está influenciada no solo por aspectos subjetivos, sino que depende en muchos casos de las circunstancias externas, en las que actúa.

Una vez establecidos los límites de mi trabajo, en los capítulos de mi tesina, pasemos al capítulo de las deudas. Debo mi primer interés y agradecimiento a la Universidad del Azuay, que en el proceso de mi continua formación académica ha incentivado la dedicación por el Derecho Penal.

Para evitar las omisiones, los intereses crecen con todo ese contingente humano de la docencia de la Maestría, catedráticos universitarios de altísima categoría que han sembrado en mí todo el bagaje académico científico, cultural y epistemológico de la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina, conocimientos que los profundizaré y cultivaré con más denuedo en mi carrera profesional, y siempre recurriré a su sabiduría.

Mi gratitud está hipotecada con la paciente y precisa orientación que supo darme el Dr. Gustavo Eduardo Aboso, Director de Tesina, sin cuya orientación mi trabajo no hubiese llegado a este estado, trabajo que lo pongo a disposición de los lectores que sabrán apreciar mi interés por esta institución del Derecho Penal.

Cuenca, 27 de octubre de 2008
Katerina Aguirre Bermeo

INTRODUCCIÓN

La culpabilidad como elemento del delito señala el límite de lo que puede ser imputado a un sujeto por su obra, por su comportamiento penalmente relevante y la forma en que se le ha de imputar. No es posible considerar que toda acción, que todo injusto penal que cualquier culpabilidad sea la correcta y adecuada para realizar un juicio de reproche al autor, sino, son formas de acción, de antijuridicidad, de culpabilidad que concurriendo en un caso determinado y bajo determinadas circunstancias que influyen simultáneamente en un hecho haciendo perfecta y única su adecuación a un tipo penal.

El problema del tema elegido será constatar si para realizar el juicio de reproche al autor de un delito se requiere solamente de consideraciones de tipo objetivo o referirse conjuntamente al tipo subjetivo, que podrá comprobarse con elementos externos que pueden objetivar un determinado comportamiento.

No es posible considerar que el juicio de reproche, o la culpabilidad del autor puede basarse únicamente en el carácter objetivo de la lesión al bien jurídico, del daño inmediato, sino por el contrario junto a estas circunstancias lo fundamental es la acción, la conducta. El ser humano puede representarse las consecuencias de su actuación y abstenerse de actuar en contra de lo que está prohibido, es decir previsión y voluntad. La culpabilidad como juicio de reproche se dirige siempre a la voluntad pero referida indiscutiblemente a la contradicción entre la voluntad de la norma y la voluntad individual.

Por lo tanto la culpabilidad es un juicio que supone la concurrencia de varios elementos, uno de ellos es la relación en términos de nuestra Ley del injusto con la participación de su autor, es la valoración de la conducta del autor con las exigencias de la norma. Empero la culpabilidad es un juicio de reproche “personal” a su autor por el cometimiento de un hecho que lesionó un bien jurídico reconocido y tutelado penalmente, juicio que indefectiblemente refiere elementos, así, la capacidad de comprender y de querer, la voluntad del hecho bajo las formas de dolo o culpa y la posibilidad del autor bajo condiciones normales de motivarse en la norma.

En los delitos dolosos, desde luego que el elemento subjetivo más importante es el dolo, pero no es suficiente, pues, se requiere además alguna finalidad trascendente de la realización de la acción. Por lo tanto debe caracterizarse por una coincidencia entre el tipo objetivo y tipo subjetivo. La representación del autor debe alcanzar a los elementos del tipo objetivo.

El momento que comprobamos materialmente la existencia de la infracción, esto es una acción típica, antijurídica no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor. La responsabilidad penal, el reprocharle un injusto penal a un sujeto depende que aquel haya actuado culpablemente. La culpabilidad del autor abre la posibilidad de relacionar el hecho típico y antijurídico con el comportamiento social del autor. La realización del injusto en relación con la conducta de su autor permitirá explicar que el delito es producto de su personalidad.

La doctrina considera como elementos de la culpabilidad, a la capacidad de culpabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta, elementos que no son afectados al momento de configurar el concepto de culpabilidad.

La culpabilidad se centra en la relación entre la voluntad humana y el delito en su juicio de reproche. Se ve en estado de continua adaptación, evolución e influenciado por los condicionamientos no solo personales del individuo sino del entorno que le rodea y aún siendo conscientes de que la evolución del Derecho Penal se muestra de forma más clara en el terreno de la acción a la hora de ir despenalizando disposiciones subjetivas ante los hechos sino los hechos mismos que en cada momento el legislador considera dignos de inclusión o supresión en el Código Penal.

Es interesante analizar la evolución de la responsabilidad criminal de quien actúa con una capacidad anulada que no merece el mismo reproche que la persona que actúa libremente, justamente este estado es el que promueve discusiones de elevado interés.

La culpabilidad supone la imposibilidad de atribuir responsabilidad por hechos respecto de los que no exista dolo ni culpa del autor pero probados previamente en cuanto a su imputación objetiva. La prueba de la culpabilidad en sentido jurídico penal y como elemento del delito corresponde al Estado y es este sentido forma parte del Derecho la presunción de inocencia que representa un límite para el legislador. El Estado deberá demostrar la culpabilidad

del autor entendido como la atribución de un hecho a una persona determinada.

Para que alguien pueda ser castigado por una pena es necesario que la realización del injusto penal le sea reprochable personalmente. Culpabilidad es reprochabilidad. El hecho debe pertenecerle al autor no solo objetiva y subjetivamente sino también como producto de una racionalidad normal que permita considerar que su obrar es de un ser responsable.

Todo lo referente al tema expuesto está ampliamente tratado y desarrollado minuciosamente por la Doctrina, la Jurisprudencia y la Ley, tema que siempre estará en evolución en virtud de que su fundamento es el ser humano, su voluntad o mejor aún lo que se habla en la actualidad la dignidad del ser humano considerada en todos sus aspectos, pero que no afectarán en nada en cuanto a lo que es el concepto mismo de culpabilidad, que en el mejor de los casos los nuevos aportes de los estudiosos del Derecho harán que se perfeccione aún más. En fin espero que este trabajo se convierta en un aporte de quienes al leerlo encuentren en el tema elegido y analizado una motivación para que puedan crear y re – crear nuevos contenidos en la óptica de profundizar en su contenido. Para concluir no está por demás manifestar que este trabajo de consulta e investigación lo he realizado con mucha dedicación y esmero.

Cuenca, 27 de octubre de 2008

Katerina Aguirre Bermeo

Capítulo 1

LA CULPABILIDAD: GENERALIDADES

1.- LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO ESTRUCTURAL DE LA TEORÍA DEL DELITO

De los elementos conceptuales que conforman la clásica definición de delito como "acción típicamente antijurídica, culpable y punible" la culpabilidad merece un análisis de especial interés.

La clasificación jurídica que refiere al delito, sin lugar a dudas tuvo por finalidad la ordenación de las conductas humanas para preservar la paz, la libertad y el orden social. Por lo tanto al producirse una trasgresión, de una conducta determinada, con la intención de lesionar y vulnerar bienes jurídicos que están protegidos por el orden social, se imponga la mayor de las sanciones admisibles en un Estado de Derecho: la pena. Esta es la razón de la complejidad del tema por la respuesta sancionadora del Derecho Penal y los bienes jurídicos que a su vez limita.

La culpabilidad refiere a la faceta más difícil del Derecho Penal: pues significa introducirse en el terreno de la voluntad de la persona, sus motivaciones e impulsos, en definitiva, sus deseos, que criminalmente van a plasmarse en una acción calificada como delito. La naturaleza humana, que desde épocas anteriores ha sido caracterizada filosóficamente por diferentes puntos de vista, así, que el delincuente es honrado como ser racional, o, la doctrina de Rousseau que defendía una conciencia innata en el hombre unida a una sensibilidad natural que le ha de inclinar hacia lo bueno.¹

Sin embargo de estas referencias filosóficas, de interés innegable, la relación entre la voluntad humana y el delito en su juicio de reproche -en donde va a centrarse la culpabilidad- evoluciona continuamente así como se adapta y se ve influenciada por una

¹ ROUSSEAU, Jean Jacques: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, traducción de José López y López, ediciones Aguilar, Madrid, 1974.

serie de factores tanto personales como externos, es suma siempre hay modificaciones en cuanto a la responsabilidad penal. Esto requiere particular importancia en virtud de que influencia en la determinación concreta de las penas. Para imponer una pena desde luego que deben considerarse todos los elementos de esa "responsabilidad criminal", nunca será igual quien actúa con una capacidad anulada o mermada, y consiguientemente no merece el mismo reproche que la persona que actúa "libremente", de ahí lo complejo que resulta encontrarse frente al supuesto de la culpabilidad.

Es exigencia imprescindible de la culpabilidad para la existencia de delito y pena las dos formas de culpabilidad el dolo y la culpa. El delito culposo construido sobre la base inicial de que el sujeto no quería cometer una acción delictiva, pero ha logrado un resultado por falta de atención, cuidado, previsión o consciencia que sí le resultaban exigibles según las normas de conductas sociales o reglamentadas. Los tipos de los denominados dolosos que contienen aquellos elementos los llamados subjetivos del injusto, el conocimiento y voluntad de cometer el injusto penal.

Para determinar cuándo una conducta ha de ser reprochada a su autor como dolosa o imprudente, habrá que analizar con detalle en cada caso y en función de todas las circunstancias que concurran al hecho.

A la hora de valorar el juzgador, la culpabilidad del sujeto activo de delito en la determinación de la pena que corresponda aplicar vamos a encontrarnos, por una parte, y en cuanto se refiere a los tipos dolosos con una serie de Circunstancias Modificativas y Atenuantes de la Responsabilidad criminal, así, causas excluyentes de la culpabilidad -eximentes relativas a la propia culpabilidad y a la imputabilidad- hasta las circunstancias atenuantes (con lo que merecería referencia especial la preterintencionalidad y la inintencionalidad) y también circunstancias agravantes como la reincidencia que deberá considerarse si es genérica o específica y las caracterizadas por la tendencia delictiva que en algún caso cualificado pueden incluso determinar, no sólo una agravación de la pena sino la propia variación de tipo.

Las discusiones sobre la verdadera y libre determinación de la voluntad humana son complejas siempre, y en cuanto se acomodan

a otras exigencias técnicas como todas las que concurren en materia penal para determinar una condena, se comprende que se vuelvan de especial apreciación. Ello no obstante, es hoy día indiscutible el reconocimiento de la Culpabilidad como elemento imprescindible en la teoría o concepto mismo de delito; como principio inspirador del Derecho Penal, que por naturaleza regula las conductas humanas más concretas; como fundamento de la pena y límite, en definitiva, del Poder Sancionador. En consecuencia, su influencia en la pena se convierte en factor determinante de todas las consecuencias de las conductas humanas que interesen al Derecho Penal.

En efecto el problema de la culpabilidad se constituye en el fundamento del castigo por las infracciones a la ley penal.²

La culpabilidad es reprochabilidad, esta afecta directamente al autor en cuanto cometió u omitió una acción desaprobada por la Ley penal. La culpabilidad jurídico penal a la que refiero está aislada de los juicios de desvalor personales, esta deviene de un acto típicamente antijurídico, es decir alejada de la moral o la ética.

Ahora examinemos las distinciones de las categorías clásicas de la culpabilidad que muchas veces se muestran en la práctica confusas como sucede siempre a la hora de delimitar los supuestos.

En completo acuerdo la distinción entre las conductas merecedoras de la calificación de dolosas de aquellas otras tan sólo cometidas de forma imprudente. Los ejemplos más sencillos presentan la división sobre la base de la voluntad así es dolosa la acción que se comete "queriéndola" el sujeto, mientras que imprudente se reputa el resultado alcanzado no porque el agente lo deseara inicialmente sino por una falta de atención, cuidado o previsión que le resultaba exigible y no observó. La cuestión planteada así no da lugar a dudas. Sin embargo las distintas conceptualizaciones que vino realizando la doctrina, que concebía inicialmente el dolo como el llamado "Dolus malus", identificándolo con la conciencia y voluntad del hecho antijurídico, de tal forma que no sólo se exigía al autor que supiese lo que quería realizar, sino conociese también su significación antijurídica. Posteriormente, el Finalismo vino a limitar

² GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, traduce. Por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, 2da edición, Editorial B de F, Buenos Aires - Argentina, 2002, pág. 61.

los elementos que configuraban el concepto defendiendo el llamado "Dolo natural", según el cual, había de restringirse la figura al conocimiento y voluntad por parte del autor de la situación objetiva descrita en el tipo penal, sin exigir asimismo el conocimiento o conciencia de la antijuridicidad. También se exigían otros elementos que daban contenido a la forma dolosa, relativos a la representación, el conocimiento o la voluntad puramente consciente, siempre de clara presentación en lo que podríamos llamar las formas simples del dolo. También se lo clasificó en Directo de primer grado, Dolo directo de segundo grado y Dolo Eventual.

- El Dolo directo de Primer grado es la intención de cometer el delito, siendo indiferente su cálculo de probabilidades de éxito o incluso la finalidad principal que se persigue con la conducta delictiva.

- El Dolo directo de Segundo grado viene caracterizado en cambio por el elemento intelectual: el autor persigue un resultado que será consecuencia necesaria o casi necesaria de su actuación delictiva.

- El Dolo eventual es donde el autor persigue un determinado resultado, y no se representa la consecuencia delictiva como consecuencia necesaria o casi inevitable de su conducta, sino que se representa este alcance como algo meramente posible. Pensemos en el caso de un atracador que va a robar a un domicilio empuñando una pistola sólo con el fin de intimidar; por el transcurso de los hechos emplea finalmente el arma que llevaba y produce la muerte de la víctima.

De estas distinciones conceptuales la del Dolo Eventual, desemboca en complicaciones para precisar la culpabilidad, sobre todo porque se confundiría con la otra forma de responsabilidad penal como es la culpa, en esta categoría el sujeto activo no se representa el resultado del delito y en tal caso este se produciría por imprudencia el resultado lesivo.

Como vemos, la proyección hipotética de cuál hubiera sido la decisión del autor sobre los hechos se presenta como demasiado abstracta para determinar una conducta en imputación dolosa o a título de culpa, y con las decisivas consecuencias que la determinación de la pena va a tener en orden a cada una de estas

distintas formas de culpabilidad, se refiere a un querer presunto que debería ser ineficaz en el campo penal, en virtud de que no caben de ningún punto de vista los supuestos.

Es necesario referir que el elemento subjetivo del tipo es el dolo que en términos generales y aceptables es el conocer y querer la realización de los elementos objetivos del tipo, indiscutiblemente ligado a la acción y por lo tanto a la voluntad del actuar del sujeto activo. El único capaz de actuar voluntariamente y dolosamente es el hombre, pero tampoco significa que el resultado de esa acción le sea atribuible, el dolo no significa culpabilidad, en cuanto a su valoración es neutro.³

El dolo no contiene la conciencia de la antijuridicidad, el dolo existe independientemente de que el autor haya conocido la prohibición de la norma o lo prohibido de su acción.

A más del conocimiento y la voluntad en el dolo se requiere su actualidad.⁴ Es decir el autor del delito debe conocer los elementos del tipo. La conciencia de lo ilícito no es parte del dolo sino de la culpabilidad y la culpabilidad como juicio de reproche exige por lo tanto a la antijuridicidad que el sujeto activo tenga conciencia actual del ilícito cuya consecuencia sería el reproche al autor.

El elemento subjetivo del tipo refiere a querer un resultado típico ligado a un saber de los elementos objetivos del tipo y a la representación del hecho pero ese saber y querer debe existir en el momento mismo de cometer el hecho delictivo.

El hecho – injusto penal- debe pertenecer al autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de su racionalidad normal, que sea fruto de un ser responsable. Las circunstancias - personales y externas- que concurren, deben motivarlo para cumplir con la norma. El culpable de la lesión a los bienes jurídicos protegidos penalmente sólo puede serlo y podrá al menos imputársele, quien por lo menos hubiera podido gobernar el

³MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf: **DERECHO PENAL, Parte General**, dos Tomos, Editorial Astrea, Traducidos por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, 7ma edición, Buenos Aires, 1994, tomo I pág. 376; También puede actuar dolosamente el loco o demente, el joven no responsable que se encuentra en estado de embriaguez. Si el dolo se refiere a la culpabilidad se descartaría la posibilidad de que no actúan con dolo los incapaces de culpabilidad y que solo puede actuar dolosamente el capaz de culpabilidad.

⁴ MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf: **Op. cit.** tomo I pág. 379.

acontecer lesivo – dominabilidad del curso causal-. Una responsabilidad por el azar es contraria e ilógica a los criterios de justicia. Por un resultado solo puede hacerse responsable aquel que lo haya causado. En los delitos dolosos la relación causal relevante es la que se produce por el enlace entre el tipo objetivo el tipo subjetivo, esto es, la concordancia entre el curso del acontecer exterior y el dolo que lo gobierna.⁵ Desde luego que conforme lo manifestado por el autor nadie puede prever y determinar exactamente un curso causal hasta sus últimas consecuencias, sino en forma general - previsibilidad objetiva- las desviaciones que se produzcan en el curso causal no serán relevantes, si no son esenciales en tanto que no se desvíen de lo realmente querido y previsto por el autor.

Ahora bien, la otra forma de responsabilidad penal *La culpa*, en términos generales refiere a la conducta delictiva de una persona que no tenía intención de causar un mal pero que pudo ser previsto por el agente, ocasionó un resultado lesivo por falta de cuidado, por impericia, imprudencia, negligencia o inobservancia de la ley a decir de nuestra legislación penal ecuatoriana⁶.

El delito imprudente o culposo es único su característica consiste en que el sujeto realice algo imprudente que trasciende al mundo exterior y que pudo ser preveído por él. No cualquier imprudencia es relevante para el campo penal. Por el contrario, el legislador se ha encargado de señalarlos expresamente. Podría considerarse un sistema selectivo. En estos delitos el resultado producido por el agente amerita observa rigurosos y exigentes criterios de imputación objetiva.⁷

La lesión del cuidado objetivo pertenece al tipo de los delitos culposos. Una vez comprobada la lesión del cuidado objetivo así como el desvalor del resultado ocasionado, surge el problema de la culpabilidad en la medida que al autor se le puede reprochar la

⁵ WELZEL Hans, **DERECHO PENAL ALEMÁN**, 12ª edición, 3ra edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, pág. 69.

⁶ R del E: **Código Penal**, artículo 14 inciso 3ro.

⁷ BACIGALUPO, Enrique: **DERECHO PENAL PARTE GENERAL**, editorial ARA, 1ra edición, Perú, 2004, pág. 265. refiere a que la imputación no se fundamente en una verificación de una causalidad natural, sino con valoraciones normativas. Que una vez comprobada la causalidad natural deberá verificarse si el autor ha creado un peligro desaprobado y si el resultado se produjo por ese peligro.

lesión de ese cuidado objetivo. La previsibilidad objetiva del resultado pertenece al tipo culposo y la previsibilidad individual es una característica para la reprochabilidad y desde luego de la culpabilidad de aquella lesión imprudente. El derecho manda en forma general que se observe el cuidado objetivo se lo compara con el que puede tener una persona inteligente y prudente y por lo tanto esa inobservancia será típica.

Algo importante es que esta infracción culposa o imprudente sólo puede ser reprochable en el ámbito de la culpabilidad cuando el autor podía prever el resultado según las circunstancias y sus conocimientos.

En nuestra sociedad, actualmente sociedad de riesgos, el tipo objetivo del delito imprudente se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente se produce un resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable que implica una infracción del deber de cuidado que supera el riesgo permitido. En otras palabras, la acción tiene que implicar un peligro que sobrepase el límite del riesgo permitido y dicho peligro debe concretarse en el resultado, desvalor de la acción y desvalor del resultado.

Al igual que en el delito doloso, la culpabilidad en el delito imprudente exigirá capacidad de culpabilidad y conocimiento de la antijuridicidad. Es decir, el sujeto debe tener capacidad de determinarse por la norma y haber podido conocerla y en la que se establece el deber objetivo de cuidado y, en el caso concreto, no actuar bajo un supuesto de una causa de justificación o de sus presupuestos.

En los delitos imprudentes se defiende mayoritariamente un concepto unitario de autor, no es posible de ninguna forma la participación. Si varias personas realizan conjuntamente una acción imprudente cada una de ellas será autor "imprudente". Cabe resaltar que los delitos culposos son delitos de resultado, no es posible la tentativa se requiere efectivamente la lesión la consumación del delito.

En algunas legislaciones se castiga el obrar imprudente siempre que produzca un resultado lesivo como delito especial y autónomo,

mientras en otras tan sólo se penan ciertas figuras específicas de actuaciones culposas, definidas en la parte Especial de forma paralela al correspondiente tipo doloso. Pero en la generalidad de legislaciones dicen que "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley." Ello con el objeto de que esta otra forma de responsabilidad penal no quede abierta para sancionar o encajar conductas graves pero con leve reproche penal y que den lugar a una inseguridad Jurídica. De tal forma, que al lado de determinados tipos dolosos se contempla la figura imprudente es decir claramente señalada en la ley, siendo ejemplos de ello, por citar algunos, el Homicidio inintencional, o las lesiones inintencionales, etc.⁸

Si en todo delito parece lógico exigir la concurrencia de un resultado lesivo para bienes jurídicos para que pueda surgir la figura típica, el planteamiento imprudente añade una serie de exigencias puramente técnicas, o estructurales como la infracción del deber de cuidado, la negligencia, la impericia, la inobservancia para la producción de un resultado. El concepto de Resultado tampoco ofrece mayor inconveniente: la producción de lesión exterior a un determinado bien jurídico digno de protección (normalmente van a traducirse en daños, lesiones o muerte). El gran problema para la imposición de castigo penal radica en verificar la previsión.

La estructura del delito imprudente refiere a dos elementos: un subjetivo, constituido por la voluntad de realizar una conducta material no delictiva con resultado dañoso, que se produce por falta de atención, cuidado, previsión o consciencia en el sujeto, que dentro de la común experiencia era perfectamente previsible; y otra objetiva, representada por la vulneración de una norma de cuidado objetivamente prevista y aceptada por la convivencia, nacida precisamente para prevenir y evitar resultados lesivos a terceros, que deben ser observadas comúnmente y diariamente en atención a reglamentos o normas. La atención implica una concentración intelectual en el respeto de las circunstancias que deben observarse en una determinada situación; un cuidado, un hacer motivado por las circunstancias o el interés del sujeto.

La previsión, que significa anticiparse a las circunstancias de lo que ha de suceder. Este es el elemento esencial del delito imprudente.

⁸ R del E: **Código Penal**, artículos 460, 472, tipos penales que hacen referencia que han sido causados por falta de previsión o precaución.

Es decir el sujeto no desea el resultado final, y si le resulta fácilmente previsible contando con su posibilidad y pese a ello ejecuta su acción responderá por culpa. Por lo tanto la circunstancia trascendente a parte de la atención o cuidado, es la previsión, por lo que ha de ser considerada como el elemento esencial en la estructura del delito imprudente.

Es necesario citar a nuestra legislación penal sobre las consideraciones que hace respecto de las infracciones que dice que es dolosa cuando por parte del sujeto activo hay el designio de causar daño, la que puede ser intencional cuando el resultado lesivo o la puesta en peligro del bien jurídico ya sea por el producto de una acción u omisión ha sido prevista y querida por el autor. Es preterintencional cuando por su acción u omisión se produjo un resultado dañoso o peligroso, más grave que aquel que quiso el agente.

Con respecto de la culpa dice que cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente se produce por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes.⁹

Nuestra legislación penal hace énfasis al manifestar que las personas serán responsables de las infracciones cuando las han cometido con conciencia y voluntad excluyendo a aquellos que no pudieron entender y querer el resultado típico.

La culpabilidad es reprochabilidad del ilícito a su autor, desde luego ese reproche refiere indudablemente a que el autor no cumplió la norma, no se motivó en la norma, porque así se lo exige la ley, por lo tanto esa conducta - acto típico, antijurídico - es culpable como consecuencia de la realización de una conducta manifiestamente contraria al derecho. Por lo tanto hay una contradicción entre la conducta humana y el ordenamiento jurídico.

La culpabilidad es el conjunto de relaciones penalmente relevantes de la interioridad de una persona y un resultado social dañoso de su acción.¹⁰ Es una entre el autor culpable de una acción y su

⁹ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, octubre del 2007, Quito –Ecuador. Págs. 3 y 4.

¹⁰ FRANK, Reinhard: **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**, traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, editorial B de F Ltda., Buenos Aires, 2000, pág. 25.

capacidad para reconocerla y por lo tanto la consecuencia de responsabilizarlo penalmente. La culpabilidad no refiere a la interioridad del sujeto sino algo “que está fuera de su personalidad”. La medición de la culpabilidad corresponderá al juzgador de acuerdo con las circunstancias concomitantes.¹¹

La culpabilidad es el elemento esencial del delito, es el reproche personal al autor de la acción típica y antijurídica, no es posible ese reproche sin la tipicidad y antijuridicidad pues ellas conducen al reproche, siempre debe existir una acción típica y antijurídica para que se puede pasar a la culpabilidad o incluso a la exclusión de la culpabilidad por existir alguna causa que justifique o la excluya, pero no puede ser una acción culpable si no es típica y antijurídica. El fundamento de la reprochabilidad por lo tanto es la capacidad que tenía el sujeto activo para actuar de otro modo en esa-situación concreta, que es observando las exigencias normativas jurídicas, en situaciones normales y bajo su libre determinación.

2.- EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

El concepto de culpabilidad uno de los más controvertidos y sobre el cual se han vertido una serie de críticas manifestando la doctrina por un lado que sería un concepto carente de claridad semántica, cargado de emociones, recargado por las emociones filosóficas y teológicas y con prejuicios teóricos cotidianos,¹². Que la culpabilidad debería ser reemplazada por criterios de imputación racionales, apropiados y exactos.

Corresponde referir al concepto *psicológico de la culpabilidad* que se detenía en el estado mental del autor del delito, la voluntad del autor era la causal del hecho ilícito en el dolo y la culpa, ambas como especies de la culpabilidad y que por lo tanto presuponen la imputabilidad del autor.

La culpabilidad era el nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo. El dolo y la culpa eran concebidas como formas de culpabilidad. La imputabilidad y la capacidad de culpabilidad eran

¹¹ FRANK, Reinhard: Op. Cit. Pág. 29.

¹² ROXIN Claus: **LA TEORÍA DEL DELITO EN LA DISCUSIÓN ACTUAL**, editorial jurídica Grijley, Traducción por Manuel Abanto Vásquez, Lima – Perú, 2007, pág. 301.

concebidas como un presupuesto de la culpabilidad. La teoría psicológica de la culpabilidad era el correlato del concepto causal de la acción.¹³

Sin embargo esta teoría fue abandonada en virtud de que era contradictorio en el caso de que el autor actúe amparado por una causa de inculpabilidad, en este caso faltará la culpabilidad, pero conforme a esta teoría se dará puesto que existe la vinculación psicológica entre autor y su hecho.

La teoría *psicológica* de la culpabilidad fue sustituida por una *concepción normativa de la culpabilidad* pues este concepto debía abarcar no solo el dolo y la culpa sino también circunstancias relevantes al hecho y la capacidad de comprensión del injusto. Lo trascendental en este concepto era “la reprochabilidad” del hecho y, en concreto, referida a un comportamiento que se caracterice por la imputabilidad del autor, la relación psíquica de éste con tal hecho - en forma de dolo o de imprudencia-, y la normalidad de las circunstancias concurrentes al momento de cometer el hecho.

Por lo tanto un comportamiento antijurídico es reprochable cuando el autor es capaz de imputación, está relacionado o tiene la posibilidad de relacionarse respecto del hecho, y ha obrado en circunstancias normales y no bajo una causa de inculpabilidad. La conducta antijurídica aparece de esta forma como una manifestación de la personalidad del que actúa y que es desaprobada por el Derecho.

La teoría normativa de la culpabilidad evolucionó bajo la influencia de La *Teoría del Finalismo de la acción* una evolución distinta de la concepción normativa de la culpabilidad. La fundamentación del concepto de delito llevada a cabo por *Hans Welzel* condujo al resultado de que el dolo y la lesión objetiva del deber de cuidado en el caso de la imprudencia fueron extraídos del concepto de culpabilidad y atribuidos al tipo de injusto, de tal modo que en aquel concepto permanecieron únicamente como auténticos elementos normativos –conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de la conducta adecuada a la norma-. Para *Welzel* la culpabilidad es ya sólo “la parte de responsabilidad del autor por su determinación

¹³ CEREZO MIR, José: *Derecho Penal Parte General, OBRAS COMPLETAS 2 tomos*, Ara editores, Perú, 2006, Pág. 859 – 860.

antijurídica”, el habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho.¹⁴

Por lo tanto la reprochabilidad supone la capacidad de motivarse en la norma, la acción típica y antijurídica será culpable cuando el autor pudiendo cumplir con la Ley, es decir orientar su comportamiento con las normas del deber ser jurídico, o pudiendo obrar de otra manera no lo hizo.

Frente a esta posición hay un sector de la doctrina que sostiene que la culpabilidad debe tratar la cuestión de si un comportamiento típico y antijurídico merece pena lo cual debería enfocarse desde el punto de vista político criminal.

El concepto funcionalista de la culpabilidad se caracteriza básicamente por su determinación normativa, desde el punto de vista de la prevención general positiva y de la configuración de la sociedad.¹⁵

Todas estas concepciones enfocan a la culpabilidad como elemento integrante del delito, sin embargo de su evolución podemos decir que reiterando la definición de delito como –acción típica, antijurídica, culpable, punible, y en ese enfoque global debemos considerar a la culpabilidad en dos aspectos como elemento de la Teoría del Delito y como Principio de Política Criminal que sirve como límite a la punición.

Estos dos aspectos influyen en la culpabilidad para la determinación de la pena para el castigo de conductas típicas, antijurídicas ya sean dolosas o culposas siempre que le sean reprochables a su autor por serle imputables y por ausencia de causas de inculpabilidad, y, además como principio, esto es imponer las penas correspondientes y proporcionales a tales comportamientos punibles, en virtud del Estado de Derecho (Presunción de inocencia y principio de legalidad) y como límite de los Poderes Públicos.

Por lo tanto la culpabilidad refiere varios aspectos. En primer lugar, se le identifica como una **categoría dogmática**, que para algunos, forma, parte del concepto de delito, para otros, constituye el presupuesto de aplicación de la pena. Además se trata de un

¹⁴ WELZEL Hans, **Op. Cit.**, pág. 197.

¹⁵ BACIGALUPO, Enrique:, pág. 403.

concepto cuyos elementos lo constituyen la capacidad de culpabilidad conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho. De igual forma la culpabilidad refiere a la **graduación de la pena**, establecida, bajo el principio de proporcionalidad, en la relación entre culpa y castigo. Finalmente, por culpabilidad también se entiende la necesaria comprobación del **dolo o culpa** para la admisión de la responsabilidad penal, en oposición a la responsabilidad objetiva.

En efecto, es el establecimiento de una garantía en contra de los excesos de la responsabilidad objetiva, pero también una exigencia que se suma a la relación de causalidad para reconocer la posibilidad de imponer una pena. A esta última acepción la doctrina jurídico-penal tradicional la ha identificado como «principio de culpabilidad».

La ciencia penal constantemente se orienta hacia otras cuestiones más importantes que tengan consecuencias prácticas inmediatas como los de la eficacia y de las clases de pena, descriminalización y criminalización se convierten en centro de la política criminal. En este orden, la culpabilidad no sólo se relaciona con el reproche, sino, en consideración hacia un Derecho penal más humanitario.

Todo ello, repercute en el Derecho Penal en general, aunque fundamentalmente en el campo de la culpabilidad. El Derecho penal trata de recurrir cuando la pena no parece una respuesta adecuada a la culpabilidad a otras instituciones o soluciones alternativas que le dan un carácter más racional.

Las funciones que se derivan del concepto de culpabilidad, como el de individualizar la pena, fundamentar la pena y limitar la pena se tornan inestables. La pena ya no dependería de la culpabilidad por el hecho, sino en consideraciones de prevención general o prevención especial¹⁶ que establezca la política criminal.

El principio de culpabilidad “*no hay pena sin culpa*” se enuncia dentro del marco general de pensamiento liberal, que lo deriva del

¹⁶ La prevención en la teoría de la pena debe tomar como punto de partida un postulado esencial, esto es, que la medida de la pena resultante de la valoración de la culpabilidad por el injusto culpable realizado no puede ser superada en ningún caso invocando razones preventivas.

de legalidad con la finalidad de excluir la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por hechos de otros. Es decir, que garantiza la individualización de la responsabilidad penal.

Además, el principio de culpabilidad, asegura que sólo será legítima la pena que tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y siempre que no se exceda la gravedad equivalente a la misma. De esa manera, se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la *dignidad de persona*.

El principio de culpabilidad presupone la autodeterminación de la voluntad humana. Cualquier concepción de lo humano sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad y con ella el concepto mismo de la persona. En síntesis: responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables.

Por tanto, únicamente el principio de culpabilidad autoriza al Estado a hacer responsable al individuo por sus delitos y a imponerle sanciones que afectan el núcleo de su personalidad. Por otro lado, sólo el principio de culpabilidad puede evitar también que el Estado, en interés de una protección preventiva de bienes jurídicos, llegue a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los cuales no se puede dirigir ningún reproche personal.

Al principio de culpabilidad le corresponde en la medición de la pena, como en la fundamentación de la pena, una mera función de limitación, impidiendo que se tomen en consideración todas aquellas circunstancias que el autor no pudo conocer y que, por lo tanto, no se le pueden reprochar.

Una de las críticas más frecuentes que se han formulado al principio de culpabilidad es que se halla basado en la suposición de que presupone la *libertad de voluntad* y que ésta es indemostrable.¹⁷

Que la posibilidad de actuar de otro modo en una situación concreta no es demostrable de modo exacto. Esto radica en la imposibilidad

¹⁷ ROXIN Claus: *Op. Cit.*, pág.302, 303. Este autor manifiesta que en lo que refiere a la teoría de la voluntad en la culpabilidad esta no puede ser demostrada empíricamente, el Derecho penal debe dejar de lado esta circunstancia, porque si se puede comprobar que una persona en una situación concreta era alcanzable al llamado de la norma. "... la suposición de libertad tiene un sustrato real (la asequibilidad normativa en el momento del hecho) y por el otro lado, todo el ordenamiento jurídico se basa en la conciencia de libertad de la persona como un hecho psicológico – social que no puede ser eludido".

o dificultad de probar si un determinado delincuente podía, en el caso en concreto, obrar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Es imposible demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito.

No obstante, no se puede negar que en el caso concreto la culpabilidad solo puede ser demostrada mediante la comparación del autor con nuestra experiencia general sobre la libre determinación.

La libertad de voluntad como fundamentación de la culpabilidad y como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre, pues sólo cuando existe básicamente la capacidad de dejarse determinar por las normas jurídicas puede al autor hacerlo responsable de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar sus impulsos criminales.

Actúa culpablemente quien se comporta típica y antijurídicamente, pese a que en el momento del hecho era normativamente asequible, lo que no sucede en los estados de excepción (estados mentales anormales, minoría de edad, error de prohibición invencible). La existencia de culpabilidad en el sentido señalado es un presupuesto de punibilidad, pero no legitima ninguna retribución.¹⁸

El ser humano tiene por esencia la libertad de elección, que puede elegir el mal en vez del bien, que se le puede hacer un reproche de culpabilidad, que pudo actuar conforme a Derecho, que tenía todas las capacidades para ello y que sin embargo prefirió actuar en contra de la norma.

Pero cuando la afirmación de la culpabilidad sirve solamente para limitar una intervención estatal necesaria desde fundamentos preventivos, la legalidad de su reconocimiento como uno de los medios de salvaguarda de la libertad del hombre no depende de su demostración empírica. Se parte de la normativa jurídica, que no responde a la pregunta de cómo esta configurada en su esencia la libertad humana, sino que el hombre debe ser tratado por el Estado como libre y capaz de responsabilidad.

¹⁸ ROXIN Claus, Op. Cit., Pág. 303.

La culpabilidad de un sujeto, se la puede afirmar cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, en condiciones normales, cuando es psíquicamente accesible a las posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme la norma.

Es cierto, que la culpabilidad es una medida para una justa retribución, que se halla íntimamente ligada con la idea de libertad, de acción libre, de autodeterminación e indisolublemente unido el concepto de responsabilidad jurídico-penal (no moral). Por lo tanto ninguna concepción de culpabilidad, sea cual fuere su fundamento, puede investigarse únicamente en lo que respecta a la asequibilidad normativa del sujeto que existió en el momento de los hechos.

En general se opte por considerar que la culpabilidad es la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico, admitiendo que el sujeto pudo motivarse en la norma, o sea, que la culpabilidad es el fundamento legitimante de la pena, diremos que en términos generales que es un juicio de reproche por el acto típico y antijurídico que el sujeto perpetró. Por lo tanto la culpabilidad representa el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad de la conducta antijurídica.

3.- La Culpabilidad como reprochabilidad.

El fundamento de la culpabilidad sin duda, es la reprochabilidad, esta supone que el autor se habría podido motivar conforme a la norma en una situación concreta al momento de estructurar su voluntad. En este sentido la culpabilidad está liberada del dolo y la culpa, estos forman parte del tipo, quedando la culpabilidad considerada como un juicio de reproche personal al autor compuesta por elementos esenciales como la posibilidad de comprensión de lo injusto, de la antijuridicidad de su conducta y la libre determinación del autor al momento de cometer el injusto pero al menos como una determinación concreta y no una opción.

Desde este punto de vista la culpabilidad es eminentemente graduable en el sentido que debe considerarse esencialmente la autodeterminación del sujeto.¹⁹ La culpabilidad se excluye por la no exigibilidad de una conducta adecuada a la norma.

¹⁹ WELZEL Hans: Op. Cit., pág. 209. “la libertad no es un estado, sin un acto: el acto de coacción de la liberación causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido. En la falta de este acto se

Pero esa determinación de voluntad debe ser conforme a sus propias valoraciones personales, libre de coacción, la posibilidad de elegir entre el valor y el contrario a el.

La culpabilidad no es un acto de libre autodeterminación, sino justamente la falta de determinación de acuerdo al sentido en un sujeto responsable.²⁰

La doctrina ha incluido en el análisis de la culpabilidad junto con el dolo y la culpa las circunstancias del hecho, ya no se considera la relación psíquica del sujeto con el resultado del injusto, del autor que actuaba con dolo, La situación se complicaba cuando el sujeto activo actuaba amparado en el estado de necesidad, desde luego que actuar bajo esa circunstancias se entiende que el dolo no se elimina, frente a esto se incluyó como elemento de la culpabilidad “la reprochabilidad”.²¹

Se hace énfasis a las situaciones concretas de cada caso y en función de ellas como pudo actuar el sujeto activo, las circunstancias en las que debe actuar deben ser normales, circunstancia que en caso de ser contraria impide formularle al sujeto un juicio de reproche personal. Empero, el reproche procede única y exclusivamente cuando el hecho le es desaprobado a su autor, para lo cual también procederá una valoración. Es un juicio sobre la conducta antijurídica del autor realizado con libre determinación cuando en ese momento concreto pudo actuar de otra forma. La falta de libertad se constituirá en una causa para la exclusión de la culpabilidad.

El ordenamiento jurídico obliga al individuo a motivar su conducta a actuar conforme a la ley, se le reprochará un injusto conforme a la representación que el autor tenga sobre su acción, es decir la valoración de que su conducta está prohibida o no por la norma jurídica.

fundamenta el fenómeno de la culpabilidad: culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor”.

²⁰ WELZEL Hans: Op. Cit., pág. 210.

²¹ GOLDSCHMIDT, James, Op. Cit, página 18, Considera este autor como requisitos de la reprochabilidad la normal actitud espiritual del autor, la concreta relación psíquica del autor y su acto y las normales condiciones en las cuales se da el hecho.

La relación contraria al orden jurídico entre otras es el tantas veces mencionado fundamento del reproche personal, pero sobre la base de la existencia de la voluntad antijurídica del sujeto, y siempre que el autor pueda cumplirla.

Para Maurach los componentes del juicio de reproche de la culpabilidad son la capacidad de culpabilidad, la conciencia de lo injusto y la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, el mérito de esto es haberse despojado de las valoraciones internas o representaciones del autor, para pasar a un “enjuiciamiento del proceso de motivación”. Sus componentes son acontecimientos puramente valorativos.²², refiere a la capacidad de motivación del autor, la conciencia del injusto a que el autor en esa situación concreta puede reconocer que su conducta contraría el orden social, así como la exigibilidad de la conducta adecuada al derecho, le ubica al sujeto en no tener la posibilidad de invocar que ha actuado bajo coacción, lo que no permitiría hacerle un reproche. En suma a decir del autor citado con estos componentes se constatan que el autor “no satisfizo las exigencias del derecho”.

Sin embargo las críticas de esta teoría normativa de la culpabilidad, refieren a uno de los elementos como la capacidad de culpabilidad, que hay autores con una peligrosidad objetiva pero que no satisfacen este elemento, no es suficiente que hayan incurrido en un ilícito típico, es necesario atribuirles su responsabilidad del ilícito. Que estos autores dada su predisposición personal no pudieron obrar de otro modo, que la culpabilidad como reprochabilidad es limitada como para incluir a todas las clases de autores que forman parte del Derecho Penal. Igualmente que la resistencia del autor frente a los estímulos que lo impulsan al delito se determina sobre la base de la individualidad del sujeto. Cada sujeto actúa de acuerdo a sus cualidades y capacidades, que el juicio de desvalor de la acción se hace sobre el poder propio del autor.

La conciencia de la antijuridicidad se fundamenta en la fuerza psíquica y moral del autor concreto. En lo que respecta a la exigibilidad de la conducta adecuada a derecho, sin duda alguna al autor que haya actuado en estado de necesidad y en el exceso de la legítima defensa, circunstancias en las cuales no se le puede exigir al autor una conducta adecuada al derecho por lo tanto debilitan “el juicio de reproche de la culpabilidad”. Cabe manifestar a

²² MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf: **Op. cit.** tomo I pág. 524.

este respecto que la ley se encarga de establecer taxativamente los casos en donde se excluye la culpabilidad.

La legislación penal ecuatoriana, es clara al establecer que no hay infracción penal quien ha actuado bajo una causa de justificación como es la legítima defensa siempre y cuando concurren las circunstancias que señala la ley.²³

Sin lugar a dudas siempre existirán críticas o en el mejor de los casos cambios en los conceptos de materia penal, todos los problemas se relacionan con la historia, cada época tiene características o caracteres específicos, que dependerán siempre de consideraciones previas de política, culturales, sociales y de la misma ciencia jurídico penal.

Debo manifestar mi acuerdo que el reproche de culpabilidad supone que el autor previamente pudo haber optado y actuado en la forma más correcta y adecuada a la norma, en contra de su decisión antijurídica de lesionar los bienes jurídicos protegidos penalmente, en consideración a la situación concreta en la que se encontraba y tomando una decisión voluntaria de adecuar su conducta a la norma. Si se puede comprobar que una persona era alcanzable en la situación concreta por el llamado de la norma y era receptible a la posibilidad normal de ser determinado por motivos – lo cual puede, en principio, ser investigado empíricamente- partimos de que éste, al tomar una decisión contra el derecho, ha actuado culpablemente.²⁴

La libertad del sujeto en sus decisiones proporciona un sustrato real como es la motivación conforme a derecho o “asequibilidad normativa”.

La discusión actual de la doctrina, en lo que respecta al concepto de culpabilidad se relaciona con el de prevención o con la finalidad de la pena, que la prevención general cuanto la prevención especial - resocialización - han perdido los últimos tiempos su fuerza y esencia.

La pena no puede ir más allá de la culpabilidad del sujeto, culpabilidad es el límite de la pena. Es admisible imponer una pena

²³ CÓDIGO PENAL, pág. 4.

²⁴ ROXIN Claus, Op. Cit., Pág. 302.

inferior a la que correspondería conforme a la culpabilidad del sujeto. Para esta nueva concepción, la responsabilidad penal no sólo depende de su culpabilidad, sino además de la necesidad preventiva de la pena, es decir de una culpabilidad orientada a la prevención.

Desde este punto de vista los objetivos del Derecho Penal son preventivos, desde luego se deberá impedir en lo posible para el futuro acciones peligrosas, dañosas, insoportables en la sociedad, que deben influir cuanto en el autor y en la sociedad. Sin embargo la pena también limita el poder estatal, el juzgador impondrá la pena que se merece el autor culpable. La culpabilidad requiere una pena, pero no la exige.²⁵ La pena puede quedar muy por debajo de la culpabilidad e incluso esta puede ser sustituida por otras sanciones – las llamadas sanciones alternativas - la culpabilidad es el fundamento de la pena, pero esa pena debe tener por fundamento situaciones de prevención general y especial, por lo general restablecer la paz jurídica.

La culpabilidad para ROXIN refiere a la necesidad de pena (por razones de prevención general) y esto le conduce a introducir el concepto de la responsabilidad. De manera que la imposición de una pena exige no sólo culpabilidad en el autor sino, además, responsabilidad, esto es, que, basándose en razones de prevención general, exista la necesidad de pena. Se recalca la acentuación en la responsabilidad social del individuo que es el objetivo que sirve de base para las sanciones estatales.

Por el contrario, JAKOBS dice que, no es posible admitir la culpabilidad como mera limitación de la pena, ésta tiene un fundamento preventivo. Afirma que una culpabilidad sin relación a fines no puede aportar medida alguna. La culpabilidad se determina por el fin que es la prevención general, pues, lo que se persigue con la culpabilidad es la estabilización de la confianza en la norma que fue destruida por el comportamiento delictivo.

La culpabilidad es, desde luego, un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal, es una condición de subsistencia del orden social, esto es, una condición necesaria para la estabilización de las normas. De manera que la culpabilidad abarcará aquellas circunstancias que permiten ejercitar a la persona en la fidelidad al

²⁵ ROXIN Claus, Op. Cit., Pág. 304.

derecho para conseguir la estabilización de la confianza en la vigencia de la norma.

La culpabilidad no es solo un límite de la pena. La culpabilidad necesariamente cumple una finalidad, pues, de no ser así, habrá que concluir que se trata de una categoría carente de sentido. La culpabilidad depende de las alternativas de solución de conflictos que existan en la sociedad. Esto es, depende de la estructura de la sociedad. De manera que el concepto de culpabilidad ha de configurarse «conforme a determinados principios de regulación para una sociedad de estructura determinada». El fin de la pena es la prevención general positiva, es decir, se trata de mantener el reconocimiento general de la vigencia de la norma.

Es necesario recalcar que ella refiere a un juicio de reproche respecto de la conducta antijurídica del autor, observando desde luego las circunstancias del hecho, esto es los hechos reales, y que le son directamente reprochables a su autor. Estos hechos indudablemente deben ser con dolo o culpa y los cuales debieron ser cometidos bajo su dirección o libertad de determinación, ese es el fundamento del reproche, cuando en ese momento el autor pudo haber actuado de otra forma. Es de notar que la exigencia de la libertad es el presupuesto fundamental de la culpabilidad, por cuanto un defecto en la libertad dará lugar a la exclusión de la culpabilidad.²⁶ La culpabilidad es la comprensión del hecho antijurídico, y la dirección de la motivación en la norma es lo reprochable en el autor. La exigibilidad de la conducta conforme a la norma que se impone al individuo, es el fundamento para evitar la lesión a bienes jurídicos, esta exigencia debe basarse en el cumplimiento de la ley adjetiva penal en circunstancias normales y siempre que el autor pueda cumplirla.

La culpabilidad es un reproche personal en contra del autor. El pudo omitir la acción antijurídica y sin embargo actuó.²⁷

²⁶ GOLDSCHMIDT, James, Op. Cit. pág. 21. “Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa” por Edgardo A. Donna. – Prólogo de la obra.

²⁷ GOLDSCHMIDT, James, Op. Cit. pág. 37. Para Welzel la esencia de la culpabilidad es el poder del autor, su conducta antijurídica fue formada según el poder del autor en la voluntad antijurídica.

Sea considerada la culpabilidad como fin de la pena, necesariamente debe referirse a la acción libre de una persona que actuó en contra del Derecho y en definitiva en contra de los bienes jurídicos que protege, es decir cualquier concepto teoría en Derecho Penal deberá basarse en el respeto a la persona y dignidad humana.

Capítulo 2

LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

1- Exclusión de la capacidad de culpabilidad

Como se ha expuesto la evolución doctrinal del concepto de Culpabilidad, inicialmente con la Concepción Psicológica que consideraba -como nexo psicológico entre el sujeto y la acción- que resultó inapropiada por no explicar adecuadamente el fenómeno de la imprudencia, para posteriormente referir a la llamada Concepción Normativa, para la cual la base de la culpabilidad se sitúa en un juicio de valor, un juicio de reproche porque el sujeto no actuó conforme a derecho cuando ello le resultaba exigible. Precisamente por esta última concepción y como una de los presupuestos del concepto, considerado presupuesto imprescindible de la culpabilidad la capacidad de libre determinación de la voluntad: no puede resultar reprochable ninguna conducta como dolosa y menos culposa si el sujeto no tiene "plena" libertad para determinarse, y en ello se basaba tradicionalmente la imputabilidad, que ahora pasará definitivamente a tratarse como "la capacidad de culpabilidad", sin la cual ésta no puede darse.

Sobre estas orientaciones clásicas, bien es cierto que han surgido múltiples planteamientos que no modifican en absoluto esta relación de presupuesto a título de culpabilidad, en el mejor de los casos han ido añadiendo importancia y análisis al fundamento de la culpabilidad, que en esencia se pone énfasis en el juicio de reproche al autor, y atención a preservar el orden y la convivencia pacífica.

Sin olvidar el concepto básico -más sencillo que evita complicaciones- adoptado para definir la culpabilidad, que gira sobre el elemento de la reprochabilidad jurídico penal de una conducta, bien por haberse cometido con intención dolosa o imprudentemente, por no respetar "a conciencia" la ley penal o por no seguir atentamente sus motivaciones, ha de recalcarse la proximidad que estas precisiones tienen con el ámbito de la imputabilidad, considerada como la capacidad de la persona para incurrir en responsabilidad penal.

Desde cualquiera de las concepciones referidas, comprenderemos fácilmente la estrecha relación que puede existir entre la esfera intelectual o volitiva de un sujeto y el reproche que puede merecer jurídicamente su conducta a la hora de enjuiciarla penalmente. La doctrina no sigue en este punto un criterio idéntico, pero suele distinguir entre las causas de exclusión de la culpabilidad, las que afectan "particularmente" a la imputabilidad y las propias excluyentes de la culpabilidad.

Se introdujo el concepto de la capacidad de imputabilidad, que sirve para fundamentar el juicio de culpabilidad. La capacidad de imputabilidad del sujeto activo del delito corresponde a la acción, o es un elemento de su acción, pero su incapacidad de imputabilidad no excluye su capacidad de actuar.

La capacidad de imputabilidad no es la simple capacidad de ser castigado, capacidad pasiva de pena del autor, sino un elemento esencial para determinar el cuadro delictivo y portador del reproche de culpabilidad.²⁸ En referencia a este asunto cabe mencionar que la doctrina dice haber un peligro en cuanto a que el concepto de la culpabilidad está orientado a fines de prevención o necesidad de sanción.

Tiene capacidad de culpabilidad y por lo tanto es imputable - autor - quien en un estado de desarrollo normal pudo reconocer el ilícito de su acción en el momento de cometerla y obrar conforme a ese conocimiento, es decir contrario al orden jurídico. La capacidad de autodeterminación del hombre – esferas intelectual y volitiva- se constituye en un presupuesto de la imputabilidad consecuentemente presupuesto o elemento esencial de la culpabilidad o juicio de reproche. El autor no hizo uso suficiente de las posibilidades de que disponía para resistir a la tendencia delictiva.²⁹ Algo importante refiero, a que la capacidad de culpabilidad es personal, el autor pudo actuar de otro modo conforme a la determinación de la norma de conducta. Precisamente observando las reglas de convivencia social y el respeto a la dignidad humana.

²⁸ MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf: **Op. cit.** Tomo I pág. 598.

²⁹ MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf: **Op. cit.** Tomo I pág. 605.

1.1 La enajenación y el trastorno mental transitorio

Se podría considerar como la más importante de las causas de inimputabilidad, insisto, también como una de las causas excluyentes de la culpabilidad por el concepto de reprochabilidad o exigencia de conducta.

El concepto de sujeto que padece un trastorno mental ha sido el primero de los puntos debatidos. A lo largo de los tiempos se ha hecho referencia, a conceptos diferenciados de "enajenación", "enfermedad mental", "perturbación psíquica" o "trastorno mental", por citar tan sólo los de uso más frecuente. Lo que ha tenido su importancia al momento de la creación de leyes y sus consecuentes reformas legislativas.

Han sido tres los sistemas seguidos por los diferentes Códigos para definir la eximente: a) Método Psicológico: establece que es irresponsable el sujeto afectado en su inteligencia o voluntad pero sin hacer referencia a la causa que aquí se hace relación al enajenado.; b) Fórmula Biológica: que señala las enfermedades que excluyen la responsabilidad pero sin referirse a sus efectos. c) Fórmulas Mixtas: mencionan la base biológica de perturbación como causa y el efecto de privación de voluntad o comprensión, vinculan el estado psíquico patológico que anula la capacidad de comprender y querer.

Las consecuencias, si seguimos una interpretación literal o estricta, no serán las mismas para unos u otros. Desde el momento en que se determine la medida de Internamiento o similares para los enajenados, y no pueda incluirse en este concepto, por ejemplo a los oligofrénicos, la inimputabilidad o inculpabilidad de estos últimos ante la comisión de un hecho delictivo puede ser garantizada, pero las consecuencias jurídicas serán radicalmente distintas.

En definitiva en consideración a lo expuesto, en primer término deberá presentar el agente en el momento de cometer el ilícito un claro estado de perturbación anímica que anule su conciencia y voluntad; la enfermedad tiene un valor secundario. El método mixto exigirá para declarar la inimputabilidad no sólo una enfermedad mental psiquiátricamente catalogada, sino además que tal enfermedad produzca en la psiquis de quien la padece graves

perturbaciones para eliminar la conciencia y voluntad base de la imputabilidad y culpabilidad.

Por "enfermedad mental" en concepto amplio es toda transformación permanente o transitoria de la psiquis, provocadora a la vez de la correspondiente alteración de facultades anímicas, de tal modo que la persona que cometa un hecho considerado como delictivo en tal estado de anormalidad podrá ser destinataria de la medida de internamiento o similares previa la oportuna valoración médica de su estado mental en cada caso y cuando dicho sujeto sea puesto a orden judicial, y posteriormente, estará exento de responsabilidad criminal.

La cuestión planteada así no ofrece dificultades pero la delimitación de qué personas pueden resultar exentas de responsabilidad criminal por padecer una enfermedad mental ofrece una gran dificultad. Son los casos de trastorno mental transitorio. Cuestión que plantea dificultades a la hora de delimitar la culpabilidad. La doctrina jurisprudencial estima concurrente esta causa de exención de responsabilidad en los "supuestos no necesariamente patológicos, de aparición brusca e inesperada, por la irrupción de la enfermedad en el intelecto del sujeto con la pérdida consecutiva de las facultades cognoscitivas o volitivas, o por la disminución considerable de las mismas, por su breve duración, por la curación sin secuelas o por el retorno a la situación de anormalidad anterior, y, entre otras más.

Los juzgadores al momento de elaborar una sentencia incluso a pesar de su experiencia, es lógico que siempre les resultará complicado hacer comprensión de exposiciones tan dogmáticas y científicas como las anteriores, particularmente en el caso del trastorno mental transitorio, ya sea como aplicación de la propia eximente, o bien como atenuante cuestiones complicadas de exención o morigeración de responsabilidad criminal por la vía de las dos circunstancias.

La capacidad de culpabilidad es una cuestión de naturaleza normativa por lo que no debe confundirse con la medicina o psiquiatría, empero es necesario determinar algunos aspectos mediante la ayuda de conceptos médicos.³⁰ La capacidad de culpabilidad en sentido estricto está determinada por el

³⁰ BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit., página 422.

cumplimiento de la norma que requiere la capacidad para comprender la desaprobación jurídico penal y la capacidad para dirigir el comportamiento conforme a esa comprensión.

Por lo tanto al existir anomalías o alteraciones psíquicas se deben comprobar como presupuesto, y también que la exclusión de la posibilidad del autor de comprender lo ilícito de su conducta y de actuar conforme a esa comprensión es consecuencia de ellas. Las anomalías o alteraciones psíquicas deben admitirse en los casos de enfermedades mentales. Dentro de ellas están las *psicosis* tanto las exógenas como las endógenas. Entre las primeras están el delirium tremens producido por las intoxicaciones y aquellos estados psicóticos que provienen de tumores o lesiones cerebrales, psicosis por infección, degradaciones de la personalidad de orden orgánico cerebral (arterioesclerosis cerebral, atrofia cerebral).³¹ La embriaguez puede ser considerada una enfermedad mental cuando el grado alcanzado es tal que impide al sujeto comprender y actuar a base de esa comprensión. Las psicosis endógenas son la esquizofrenia y la locura maniaco depresiva. La epilepsia es también considerada una enfermedad mental.

Por lo tanto estas excluyen la capacidad de culpabilidad, lo que se requiere es la perturbación permanente de la personalidad, que sea determinante en el hecho, que se manifieste en la reacción concreta y de manera grave.³² El carácter permanente y transitorio de la enfermedad mental no es esencial y carece de relevancia en materia penal, puesto que la ley solo excluye la capacidad de culpabilidad en el caso de enfermedades mentales relevantes y no refiere a episodios no permanentes.

Esta anomalía o enfermedad debe afectar esencialmente la esfera psíquica del autor, pero en aspectos que son relevantes para el derecho penal, que produzcan en el sujeto una desviación normativa influyendo lógicamente por la influencia decisiva en su voluntad y por lo tanto de su personalidad.

³¹MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf: **Op. cit.** Tomo I pág. 612. Con respecto a las psicosis endógenas que no son de fácil comprobación y que se caracterizan por cambios no motivados de estado de ánimo, se ha planteado el problema de cómo enjuiciar esos casos, antiguamente se responsabilizaba al autor desde el punto de vista del derecho material. La psiquiatría moderna no confiere relevancia a los síntomas cambiantes sino a la persistencia del proceso patológico, por lo general en estos casos llega a negar la existencia de la capacidad de imputabilidad.

³² BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit., página 426.

1.2.- La minoría de edad³³

En nuestra legislación el menor de edad (menos de dieciochos años) que ha cometido un delito no es sancionado por el Código Penal sino por el Código de la Niñez y la Adolescencia.³⁴, siempre y cuando sea considerado adolescente porque si es niño no se someterá a ningún tipo de sanción. Es una presunción "iure et de iure" la falta de imputabilidad de la persona que comete un delito sin rebasar la edad en cada caso establecida en las diversas legislaciones, de hecho sus acciones delictivas son reprochables pero se les impone diferentes medidas coercitivas, en definitiva una imputabilidad atenuada. La "delincuencia juvenil" ha sido siempre un tema de gran preocupación en la sociedades actuales, y paulatinamente podemos comprobar como ha ido aumentando, han causado alarma social hechos que se han producido en los últimos años, aterradores sucesos protagonizados por menores de edad, así, en Estados Unidos y otros países de Europa.

Tradicionalmente se ha justificado la exclusión de responsabilidad penal a los menores en base al argumento general de su insuficiente desarrollo intelectual e incompleta madurez psicológica de su personalidad. A su vez, dentro de este punto de partida más o menos común, se distinguen como componentes factores psicológicos, de índole socioeconómica y cultural.

Indudablemente todas estas connotaciones proporcionan fundados motivos para configurar la explicación de la delincuencia juvenil y refuerzan la convicción de que el tratamiento penal que ha de otorgarse a sus conductas, que en muchos casos son idénticas conductas que las protagonizadas por los mayores, no ha de ser en cambio la imputabilidad igual, por razones de individualización. La detención o internamiento preventivo del adolescente (14 años) conforme a la legislación ecuatoriana procederá única y exclusivamente cuando son delitos de acción penal pública en el

³³ R del E: **Código de la Niñez y la Adolescencia**, editorial GAB, junio del 2003, Ecuador, pág. 129. Los Adolescentes son penalmente inimputables, no serán juzgados por jueces penales ordinarios, ni se les aplicará las penas previstas en las leyes Penales. Los adolescentes que cometan infracciones penales estarán sujetos a medidas socioeducativas una vez determinada su culpabilidad y conforme a las leyes del Código de la Niñez y la Adolescencia. Los niños y niñas son absolutamente inimputables y no se someten a medidas de ningún tipo, no son sujetos de detención o internación preventiva aun en los casos de ser sorprendidos en flagrancia delictual.

³⁴ R del E: **CÓDIGO PENAL**, pág. 9, artículo 40: "Las personas que no hayan cumplido los dieciocho años de edad, estarán sujetos al Código de la Niñez y la Adolescencia".

asesinato, homicidio, plagio de personas, y robo con muerte. Las medidas señaladas para ese efecto tendrán una duración que no podrá exceder bajo ninguna circunstancia de lo señalado por la Ley de la materia.³⁵

Por lo tanto la explicación o fundamento de la delincuencia juvenil respecto de la eximente de la imputabilidad, es el del límite de edad en torno a la cual nace la responsabilidad criminal.

1.3 La embriaguez

Causa de exclusión de la responsabilidad criminal siempre que no sea habitual ni se haya producido con propósito de delinquir es decir premeditada o no era una embriaguez completa, según nuestra legislación penal, el autor no será responsable si era una embriaguez derivada de caso fortuito o fuerza mayor.³⁶

Tradicionalmente la Jurisprudencia ha tratado el tema de la embriaguez con el de la enajenación mental considerada como una enfermedad o del trastorno de la conciencia, presuponiendo que en estado de ebriedad se produce una pérdida o disminución de las facultades mentales que colocan al sujeto en un estado semejante o próximo al de la eximente citada.

Para que la embriaguez que dice nuestra ley sea considerada como causa que excluya la culpabilidad debe provocar en el sujeto disminución de las facultades psíquicas, se afecte directamente a su capacidad de comprensión y libertad de actuación, la simple excitación o euforia no implica tal situación. En las otras clases de embriaguez el autor del injusto responderá penalmente pero aplicándole una sanción atenuada.

Desde luego que las clases de embriaguez, tan sólo a nuestro modo de ver explican una graduación que hasta cierto punto sería imposible de verificar en la práctica como regla general, dependiendo de tan variados factores el que sea fortuita, semiplena, de disminución de voluntad no intensa, etc. y que lo mismo se aplica para la intoxicación por sustancias estupefacientes debería a mi criterio simplificarse y volverse más efectiva.

³⁵ R del E: **Código de la Niñez y la Adolescencia**, pág. 136, artículo 330 y 331.

³⁶ R del E: **CÓDIGO PENAL**, pág. 9, artículo 37.

1.4 El estado de necesidad.

Se considera como causa que excluye la imputabilidad lo establecido en el artículo 24 del Código Penal ecuatoriano, causa de justificación que se refiere al que el sujeto impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona, siempre que concurren los requisitos siguientes: - Que el mal sea real. - Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. - Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. - Que no hubiere otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

Partiendo de que el Estado de Necesidad es un "estado de peligro actual" para legítimos intereses que únicamente puede cumplirse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona, el problema gira en torno a los bienes jurídicos en conflicto. La doctrina alemana considera que si en un caso concreto coexisten supuestos de igualdad y diferencia de intereses en juego, el Estado de Necesidad ha de ser considerado en su doble vertiente de causa de justificación y de inculpabilidad, tan sólo se exige "que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar" con lo que podremos encontrarnos casos de inferioridad o igual valor. Este aspecto se refiere, a que el sujeto verdaderamente impulsado por un estado de necesidad tiene su libertad de determinación ciertamente coartada, su voluntad restringida para "respetar" enteramente los bienes jurídicos ajenos que han de sacrificarse; y si ello es así en todo caso, entendemos acertado el planteamiento expuesto para los casos de igualdad de intereses en conflicto pues será en estos palpable la restricción de elecciones.

El motivo de liberación penal no radica en la falta de culpabilidad, sino en la carencia de una necesidad preventiva de punición.³⁷ Para Roxin la restricción de la libertad de decisión no debería excluir la culpabilidad sino únicamente debería atenuarse la pena. Por lo tanto la exclusión de la responsabilidad se explica a partir de la teoría de los fines de la pena, hay falta de necesidades preventivo generales.

La doctrina española no coincide con la teoría de la diferenciación alemana y es posible negar su posibilidad de causa de inculpabilidad. De entrada, la conducta realizada por el sujeto es

³⁷ ROXIN Claus, Op. Cit., Pág. 328.

antijurídica, pues el mismo derecho tienen ambas personas enfrentadas a defender su bien o bienes. La conducta será injusta porque lo justo sería encontrar solución a los dos peligros que se enfrentan. Para la doctrina española hay exclusión de la culpabilidad cuando el bien salvado y el lesionado son de igual jerarquía. En los casos en que se haya actuado gravemente hacia la dignidad humana se admite que el estado de necesidad solo operará como causa de inculpabilidad, pero además el sujeto debe haber actuado contrariamente a la norma.

Ante la existencia de una situación de necesidad que excede del riesgo normal, debe recurrirse al criterio de la ponderación de bienes con el fin de pesquisar la licitud de la acción de salvamento. La acción está justificada cuando el bien a salvar goza de una valoración social considerablemente más importante que la del bien a sacrificar.³⁸ En cuanto a los bienes jurídicos como la vida la aplicación solo podrá hacerse en el sentido de que se acepte la muerte de seres humanos a fin de salvar un mayor número de ellos.

La opinión dominante consideraba al estado de necesidad como causa de justificación, fundamentalmente, porque los bienes en conflicto eran desiguales. Se exigía que el mal causado fuera menor que el que se trataba de evitar.

Sin embargo cuando los supuestos de conflicto de intereses eran iguales, la doctrina cambió de criterio, considerando que dentro del precepto se alojaban una causa de justificación y una causa de inculpabilidad; de forma que, en caso de conflicto de intereses desiguales, cuando el mal causado fuera menor que el que se trate de evitar, estaríamos ante una causa de justificación, basada en el principio del interés preponderante, y , en caso de conflicto de **intereses iguales**, estaríamos ante una **causa de inculpabilidad** con fundamento de que la conducta del sujeto será antijurídica, pero no le podrá ser reprochada a su autor porque, en las circunstancias que le correspondió actuar, no le puede exigir un comportamiento distinto al que ha realizado.

A manera de síntesis si seguimos la corriente doctrinal mayoritaria, si el bien sacrificado es de menor entidad que el que se trata de preservar, es decir se tratará de una causa de justificación inspirada en el principio del interés preponderante; pero si se trata de bienes

³⁸ MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf: **Op. cit.** Tomo I pág. 472.

jurídicos igualmente tutelados, se estará ante una causa de exclusión de la culpabilidad, o estado de necesidad exculpante, al no ser exigible que se deje sacrificar el interés amenazado, desde luego ninguno de ellos prevalece.

La discusión apuntada, sin negar la claridad de planteamientos de ambas tesis y su interés de razonamiento, es, al fin y al cabo, intrascendente al momento de analizar la eximente comentada sea como causa de justificación o exculpación, el juzgador examinará en cada caso y conforme a las circunstancias anteriores y posteriores al hecho lo que le corresponderá aplicar.

Cabe mencionar que en nuestra legislación el estado de necesidad solo procede a quien ante la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, esto es solo se podrá vulnerar el bien jurídico de la propiedad.

1.5 La inexigibilidad de otra conducta

La doctrina al igual que nuestra legislación penal coincide que es causa de inculpabilidad o excluyente de la responsabilidad el que obra violentado por una fuerza irresistible, y el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor. Sin embargo es necesario precisar que el Código Penal ecuatoriano al respecto establece que no "hay infracción" cuando el autor fue impulsado por una fuerza que no pudo resistir.

En la doctrina ambas causas se han tratado como manifestaciones de la "Inexigibilidad de otra conducta", y así han llegado a definirse, precisamente como provenientes del comportamiento del autor o falta de motivación como es la fuerza irresistible o "vis absoluta" y al miedo insuperable como otro tipo de fuerza, la "vis compulsiva".

En lo que refiere a la fuerza irresistible que la incluyen como una causa de exención de responsabilidad o como causa de inculpabilidad, basándose en la imposibilidad del sujeto de llevar a cabo la libre determinación de su voluntad, su acción no es libre, en completo acuerdo con esta opinión que considera la existencia de un supuesto de verdadera ausencia de "acción", pero no de inculpabilidad, si no hay acción no hay nada.

En verdad la persona que es materialmente forzada a hacer algo contrario al derecho sin que pueda ofrecer efectiva resistencia - no tiene capacidad de libre determinación de su voluntad - no puede decidir qué hacer ya que su oposición es ineficaz; partiendo de la definición de imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, y de ésta como el reproche jurídico de una conducta por no haberse adecuado a los imperativos de la norma, es indudable que en el caso de la fuerza irresistible no podemos hablar de dominio alguno de la voluntad, y por tanto inexistencia de dolo o culpa. Ciertamente es toda clase de presión que se ejerce sobre el autor del delito, con tal magnitud que neutraliza efectivamente su voluntad, anulando por completo la misma.

Ahora bien, cualquiera sea el concepto de acción que adoptemos conducta humana que produce un resultado en el mundo exterior, según el Causalismo; comportamiento humano dirigido a una finalidad o meta, según el Finalismo; conducta humana socialmente relevante, según la Teoría Social de la acción, es indiscutible que su primer y coincidente elemento es la influencia básica de la voluntad, la decisión del sujeto de llevar a cabo su conducta.

Precisamente por ello, en los supuestos de la fuerza física irresistible, no estoy en acuerdo que pueda hablarse de la existencia de Acción, ya que el sujeto sometido a fuerza, impulsado a cometerlo según la terminología del Código Penal ecuatoriano, no pone de su parte ningún acto decisorio para la realización de la conducta típica; cumple la función de un mero instrumento, un simple objeto ejecutor del designio ajeno, radicando precisamente en esta tercera persona todas las consideraciones que podamos formular sobre la determinación de su voluntad, y al cual se le podrá formular sin lugar a dudas un juicio de reproche, la producción de un resultado típico, el empleo instrumental o insisto el reproche social que pueda merecer su conducta.

Por lo tanto no considero causa de inculpabilidad a la fuerza irresistible al faltar el elemento esencial como es la acción, así estaremos ante un supuesto de falta de acción, que no merece explicar más respecto de esta circunstancia.

En el supuesto del Miedo Insuperable, existe también una ausencia de voluntad libre y bajo circunstancias normales, pues la circunstancia del que obra impulsado por miedo insuperable de un

mal igual o mayor exige un terror o pánico que implique una grave perturbación de las facultades del psiquismo o un trastorno anímico de tal intensidad que le coloque en una situación de terror invencible que implica la anulación de la voluntad de la conducta. Sin embargo se producen discrepancias en cuanto a la naturaleza jurídica del miedo insuperable, la doctrina duda si lo considera causa de inimputabilidad, causa de inculpabilidad o motivo de inexigibilidad de otra conducta, y en otros se la considera como supuesto de falta de acción comparándola con la fuerza irresistible. Considero que esta circunstancia no está en relación con la culpabilidad, sin duda por la influencia en la determinación de la conducta lo que consecuentemente conllevaría a la ausencia de acción y por lo tanto de reprochabilidad dolosa o culposa, la anulación de la formación de la voluntad, nos situaría en el presupuesto de falta de acción.

El miedo, ha de ser insuperable, en relación con un mal igual o mayor que el sujeto va a producir mediante su conducta, basado en motivos reales, lo que provocará una entidad suficiente como para haber influido decisivamente en el sujeto.

Una parte de la doctrina considera que el miedo no tiene por qué excluir la capacidad de motivación o la capacidad de imputabilidad.³⁹ La solución adecuada no debe eliminar la objetividad que se produce entre el mal causado y el que se quiere evitar, pues, si es suficiente, con un mal imaginario, carecería de sentido que ambos guarden una proporción. Cualquier amenaza real o imaginaria que produzcan miedo debería excluir la responsabilidad si aquel alcanza el límite que se requiere.

El miedo insuperable debe influir en tal magnitud en el agente que este se halle bajo tal amenaza o intimidación que sea determinante, que sea grave, que sea real, inminente e inevitable que involucren en su ánimo una disposición contraria a lo que el quiere hacer, que su voluntad esté dirigida, que lo conduzcan a realizar tal hecho. A diferencia de la vis absoluta aquí si hay acción por lo tanto si es una causa que excluye la culpabilidad, la voluntad del sujeto está coaccionada, la acción no está aniquilada completamente. Sin embargo deberán tomarse en cuenta en cada caso las circunstancias sobre las que se produce. Este estado de necesidad se caracteriza por su objetividad y por la inmediatez, debiendo

³⁹ BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit., página 384.

existir por tanto una base real, sin que se puedan hacer deducciones; no obstante, siempre que se adquiriera la convicción de que el sujeto, siquiera sea erróneamente, se crea amenazado por un mal que él considere real.

Para poder apreciar la concurrencia de esta causal de inculpabilidad, concretamente, para determinar la existencia de un peligro para el bien jurídico, se requiere un juicio valorativo *ex ante*, es decir, el juzgador, debe colocarse en el lugar del sujeto activo y en el momento en que éste se disponía a realizar la acción típica.

1.6 La obediencia debida

Causa de inculpabilidad constituye el cumplimiento de un deber emitido por autoridad competente. Una persona obra en virtud de obediencia debida cuando perpetra un acto ilícito cumpliendo órdenes de su superior jerárquico. La obediencia debida a los superiores ha de recaer sobre actos lícitos y permitidos; que el mandato sea legítimo y procedente el medio empleado para llevarlo a cabo, o, lo que es lo mismo, que el que manda y el que obedece obren respectivamente dentro del cumplimiento de la ley. Nadie está obligado a la obediencia cuando el mandato o el encargo se refieran a la ejecución de actos inmorales y aún punibles. No existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes.

La obediencia debida ha sido uno de los temas más debatidos en la doctrina. Para unos,⁴⁰ si el subordinado realiza una acción típica en cumplimiento de una orden lícita o antijurídica obligatoria, su conducta será lícita, conforme a Derecho, si el deber de obediencia era de rango superior o igual al deber de omitir la acción prohibida o de ejecutar la acción ordenada. En este caso, la obediencia debida será una causa de justificación. El que la conducta del subordinado sea lícita no obsta a que el superior jerárquico pueda incurrir en responsabilidad, como autor mediato, cuando la orden obligatoria sea antijurídica.

⁴⁰ CEREZO MIR, José: Op. Cit. Tomo II Página 722.

Hay otros fundamentos doctrinales que dicen que la obediencia debida es una causa de inculpabilidad,⁴¹ que ocurre en el caso en que el subordinado tenga consciencia de la antijuridicidad de la orden, pero se encuentra en un caso de necesidad inculpante. Sin embargo para que la obediencia debida sea causa de inculpabilidad o la culpabilidad puede ser excluida es necesario el error cuando el sujeto, al recibir la orden superior jerárquica, cree que la acción ordenada es lícita, desde luego por no ser exigible otra conducta frente al temor a sanciones disciplinarias e incluso la presión ejercida por la autoridad puede crear en casos concretos situaciones que, desde el punto de vista subjetivo, no son libres, y desde el objetivo no son reprochables, que, el interés de la disciplina militar impide que en ocasiones el inferior discuta las órdenes del superior, y este interés es valorado jurídicamente como prevalente al de evitar la realización de ciertos actos delictivos.

Sin embargo la oposición sería lógica de la obediencia como causa de justificación objetiva, puesto que si la acción es justa, y no hay, por consiguiente, posibilidad de resistir a ella, se produciría la extraña conclusión de que, como la acción ejecutada por el subordinado se tendrá por lícita objetivamente, no podrá hacerse responsable de ella al superior que dio la orden.

Considero que la aplicación de la eximente de obediencia debida debe reducirse a los supuestos de no exigibilidad; el sujeto que recibe la orden antijurídica, por presiones de las circunstancias externas, conminación del superior, miedo a sus reacciones, consecuencias que pudieran derivarse de su incumplimiento, incluso sobre la ilicitud de su conducta, y si la cumple, se le exime de responsabilidad criminal porque el ordenamiento jurídico no le puede exigir otra conducta, el que obedece no actúa con una razonabilidad esencial, el cree que se le manda un acto justo.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, y otros, **Derecho Penal, Parte General**, 2da edición, editorial Ediar, Buenos Aires 2002, página 712.

Capítulo 3

CULPABILIDAD Y VOLUNTAD

1.- Culpabilidad por el hecho y culpabilidad por el autor.

Es necesario preguntarse si la culpabilidad refiere al hecho o al autor. La culpabilidad por el hecho toma en cuenta la actitud del autor respecto de la acción típica y antijurídica cometida por él y significa que solo se tomará en cuenta el hecho delictivo mas no su conducta anterior al hecho o posterior.

En cambio en la culpabilidad por el autor, el hecho típico y antijurídico requiere de valoraciones en cuanto al comportamiento del autor antes del hecho y después del mismo. El hecho injusto se explicará como un resultado de su personalidad.

La culpabilidad por el hecho tiene su fundamento en que los hombres son libres de decidir su voluntad en contra o a favor del Derecho, precisamente la decisión o libre determinación del sujeto – autor en contra del Derecho se constituye en la base o presupuesto esencial para el juicio de la culpabilidad y consecuentemente de reproche personal.

La culpabilidad por el autor parte de que el hecho injusto se explica por su personalidad. Cuestión que no es adecuada porque estaríamos frente a un Derecho Penal de la Peligrosidad.

No debemos confundir culpabilidad con peligrosidad, la peligrosidad opera en cuanto a la coerción penal. En la culpabilidad por el hecho se le reprocha al hombre su actuación en la medida de su autodeterminación que tuvo en el caso concreto. La reprochabilidad del acto es la reprochabilidad de lo que el hombre hizo, mientras que en la culpabilidad del autor no se le reprocha lo que hizo sino lo que es.

“La libertad no es un estado, sino un acto: el acto de la liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido. En la falta de este acto se fundamenta el fenómeno de la culpabilidad: la culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme al sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo,

sino el quedar sujeto y dependiente, al dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor”.⁴²

En el caso de considerar la culpabilidad por el autor, y como ejemplo diremos que un homicida que ha observado en su pasado una vida pendenciera, violenta es mucho más culpable que el homicida que ha cometido ese delito y su vida pasada es pacífica y tranquila, se está reprochando su culpabilidad por su personalidad, con lo que nos alejaríamos de que la culpabilidad consiste en la referencia o adscripción al tipo y circunstancias concomitantes al hecho.⁴³

En el caso del ejemplo los dos responden por igual tan reprochable es la conducta del primero cuanto del segundo, la peligrosidad no interfiere en la culpabilidad, por lo tanto y en este sentido la culpabilidad por el hecho es la que brinda mayores garantías. Las referencias de su personalidad y peligrosidad deberán ser analizadas por el juzgador al momento de analizar circunstancias atenuantes o agravantes según el caso.

El reproche de culpabilidad no se forma a partir de dichas cualidades o tendencias de los sentimientos del autor sino sobre la base del producto final que se origina a partir de la contradicción entre sus predisposiciones, sus tendencias conscientes e inconscientes, las representaciones inhibitorias, etc.; este producto final es la voluntad hacia el hecho.⁴⁴

Es una consecuencia lógica, afirmar que la imposición de pena se justifica a partir de la culpabilidad manifestada en el hecho y no en el modo de ser del autor. De esta forma, sólo la culpabilidad existente y comprobada en sus supuestos y durante la realización del tipo, sólo la culpabilidad existente en la concreta situación de hecho, puede justificar la responsabilidad jurídico-penal, pues una conducción culpable de la vida no es una realización culpable del tipo, solo la adecuación de la conducta al tipo y esa realización de la acción bajo condiciones normales, sólo ésta es punible.

⁴² WELZEL, Hans: Op. Cit., pág. 209.

⁴³ ROXIN, Claus: **DERECHO PENAL**, Parte General TOMO I Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas S.A., Traducción de la 2da edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, España, 1997, pág. 817.

⁴⁴ MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf: Op. cit, Tomo I pág. 589.

Como conclusión, afirmamos que la esencia de la culpabilidad no reside en el carácter del autor, ni en la conducción de su vida, sino en la responsabilidad de éste en la comisión del hecho objeto de enjuiciamiento.

Por lo tanto la culpabilidad es inexcusablemente la comisión de un ilícito típico y antijurídico cuando su autor ha actuado con responsabilidad por el hecho. La culpabilidad supone que el autor ha utilizado equivocadamente su capacidad, su determinación, su voluntad en el cumplimiento de la norma. Mientras más se haya distanciado de la normativa jurídica más grave será el reproche de culpabilidad.

2.- Elementos estructurales del concepto de culpabilidad.

En primer lugar es necesario referir a *la capacidad de culpabilidad*, que significa comprender el injusto penal y la capacidad del autor para determinar su voluntad conforme a lo que entiende del injusto, lo importante es la capacidad de comprender el injusto, la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión, que su actuación vulnera las normas, es decir un conocimiento de la antijuridicidad; *la posibilidad de conocimiento de la ilicitud y la exigibilidad de otra conducta* circunstancia que excluiría el reproche de culpabilidad.⁴⁵

Por lo tanto al autor de un delito es preciso realizarle dos juicios de valor, uno sobre el acto y otro referido al mismo (autor), lo que significa en primera instancia un juicio de desvalor del acto que supone la existencia del hecho injusto y la individualización del autor, posteriormente el juicio de atribuidad que a su vez implica la imputabilidad y la culpabilidad.

Cuando hablamos de imputabilidad, refiere a que el autor al momento de ejecutar el acto (delito), estuvo en la capacidad de entender la naturaleza y prever las consecuencias de sus actos, e este caso el Estado realiza un juicio de desaprobación pues

⁴⁵ WELZEL Hans: Op. Cit., pág. 215. Sobre la capacidad de culpabilidad este autor manifiesta que no es un objeto susceptible de percepción. “La capacidad de culpabilidad concreta de un hombre no es en absoluto objeto de conocimiento teórico, por eso es que con razón los psiquiatras conscientes de su responsabilidad rechazan responder este problema en forma científica”.

pudiendo el individuo cumplir con la norma jurídica no lo hizo. Sin embargo ello no es suficiente, precisa ahora el responsabilizarlo penalmente, esto es determinar su culpabilidad que se establece cuando el autor pudiendo cumplir con la norma jurídica debió hacerlo por no existir causas suficientes que lo obliguen a incumplirla; en este caso procede el *juicio de reproche* es decir la contradicción del autor con el ordenamiento jurídico. Esta reprochabilidad significa que el autor actuó culpablemente de manera real, objetiva, en contra de la norma jurídica pudiendo y debiendo haber actuado conforme a ella.

Es necesario mencionar que si actuó dolosa o culposamente no es un problema de la culpabilidad, pues el desvalor del acto es el que establece si el acto es doloso o culposo. La culpabilidad por lo tanto queda aislada de contenidos subjetivos, así el dolo y la culpa son presupuestos del tipo.

Por lo tanto el sujeto activo del delito con un desarrollo mental adecuado y con respecto al hecho concreto pudo percatarse por sí mismo del alcance de su conducta y que esa decisión de lesión contra un bien jurídico guarda relación con su capacidad de comprensión de ese injusto se constituye en el fundamento del juicio de reproche de la culpabilidad. Que el autor en una situación concreta reconozca que su conducta es típica y antijurídica, que reconozca o que tenga la posibilidad de reconocer que la comisión de ese hecho supone una ilicitud.

La capacidad de imputabilidad y la conciencia de ilicitud son valoraciones, en donde la primera refiere al autor y la segunda se objetiviza en el hecho concreto.⁴⁶

La capacidad de culpabilidad tiene un aspecto intelectual y de voluntad, comprender el injusto y determinar esa voluntad conforme a su comprensión. Las dos circunstancias constituyen la capacidad de culpabilidad. La minoría de edad y los estados mentales anormales son causas de exclusión de la culpabilidad.

La capacidad de comprensión del injusto amerita que el autor reconozca que su acto es una violación de aquellas normas sociales de convivencia. Si no se da esto se excluye también la

⁴⁶ MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf: *Op. cit.* tomo I pág. 596.

punibilidad, es decir, la culpabilidad se excluye por desconocimiento de la antijuridicidad.⁴⁷

Partamos de que es imputable todo sujeto quien en el momento de la realización de un hecho típico, tiene capacidad legal (mayor de dieciocho años), no está enajenado ni sufre un trastorno mental transitorio ni alteraciones en la percepción, ni tiene gravemente alterada la conciencia de la realidad, o se encuentre bajo el estado de intoxicación total en grado de inconciencia por bebidas alcohólicas, estupefacientes u otras sustancias y siempre que no haya sido buscada de propósito para delinquir.

Sólo si el sujeto es capaz de ser obligado por un deber jurídico podrá sufrir un reproche -o, una imputación subjetiva- como consecuencia de su incumplimiento. La capacidad, debo recalcar debe abarcar no sólo el clásico "conocer y querer, saber y entender", sino que ha de referirse también a la dirección de la voluntad.

La desvaloración jurídico-objetiva de una conducta tiene lugar con la comprobación de que se ha infringido la norma -que se dirige a todos los ciudadanos por igual-, con absoluta independencia de que el sujeto tenga o no capacidad para ser objeto de reproche: tan negativo es que la muerte de un hombre la produzca un oligofrénico profundo como un individuo con un alto desarrollo intelectual; en ambos casos, se lesiona la vida que es lo que el Derecho pretendía proteger y evitar al tipificar el delito de homicidio que se vulnere. Sin embargo, dicho injusto no será imputado subjetivamente de igual forma a ambos.

Lo que ocurre es que, como consecuencia de la decisión legislativa de tutelar la vida a través de la tipificación del homicidio, surge un deber jurídico de abstenerse de lesionarla dirigido individualmente a cada ciudadano, y a cada uno en un grado concreto. Han de considerarse las condiciones personales del agente y comprobar si el deber le alcanza a él o no; esencialmente si el ciudadano, está en condiciones de cumplir deberes y de ser objeto de reproches, esto es, si reúne las condiciones mínimas para que su voluntad se

⁴⁷ WELZEL Hans: Op.Cit., pág. 221. Para este autor el reproche de culpabilidad procede únicamente cuando el autor estaba en la posibilidad de reconocer que su actuación era contraria a derecho. "La reprochabilidad presupone además de que el autor capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto habría podido estructurar en lugar de la voluntad antijurídica de acción una conforme a derecho: ese es el caso cuando ha reconocido el injusto de su hecho o ha podido reconocerlo".

vea afectada por el imperativo y pueda adaptar su conducta a éste; también habrá que comprobar en el caso concreto, se ha actuado queriendo el resultado y conociendo la prohibición del mismo o se ha infringido el cuidado (imprudencia) que le era exigible como creador de un peligro para el bien, y, desde luego, habrá que comprobar si al sujeto, en el caso concreto y con sus circunstancias individuales, le era exigible abstenerse de verificar la conducta, en general prohibida.

A base de lo expuesto, si es demostrable la capacidad que tiene un individuo para determinarse conforme a su voluntad en el momento de cometer un delito, también lo es cuando elige a sus gobernantes, elabora las normas por las que ha de regirse el estado social de derecho para la convivencia armónica y pacífica, en definitiva, obrar conforme a razón. Y si no se reconoce la capacidad humana para todo eso, habremos negado las bases de la cultura misma.

"En un Estado social y democrático de Derecho, el Estado debe estar en condiciones de demostrar por qué hace uso de la pena y a qué personas la aplica". (Francisco Muñoz Conde: Culpabilidad y prevención general, en derecho penal y ciencias sociales, Barcelona, 1982, pág. 168)

En fin, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es un concepto normativo que podemos identificarlo con la capacidad del individuo que, en el momento de la comisión de un delito tiene para comportarse de acuerdo con el imperativo de la norma. Su comprobación implica su capacidad general como sujeto de obligaciones, de deberes, así como su capacidad para motivarse por la norma, o, de adaptar su conducta a la exigida por el Derecho, que en el fondo influye en su voluntad y que a parte está la amenaza por la imposición de una sanción o una pena. Todo ello bajo el presupuesto de la libertad de decisión. Fundamentar el *ius Puniendi* del Estado alejada de la libertad conducirá sin duda a un fracaso.

Otro de los elementos estructurales de la culpabilidad es la posibilidad de la conciencia de la ilicitud, es decir tener la posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero no esencialmente conocimiento de la gravedad de la pena, será suficiente que el autor conozca que el hecho está amenazado por

una pena, lo relevante es que conozca la desaprobación jurídico penal que depende de la punibilidad y no de la gravedad de la pena.

La conciencia de la ilicitud como presupuesto de la culpabilidad, es un juicio a cerca de la posibilidad que el autor concreto tiene para reconocer, en un caso concreto lo prohibido de su actuación. Obra con culpabilidad el autor que actúa en forma dolosa y que es capaz de imputabilidad y cuando ha tenido semejante posibilidad.⁴⁸

Por lo tanto el autor debe haber tenido la posibilidad de comprender que ha realizado un ilícito. Esta comprensión refiere a las características externas de su conducta delictiva. Es necesario mencionar que el dolo está en la tipicidad y la posibilidad de la comprensión de la antijuridicidad en la culpabilidad.

No se le exige al autor una comprensión efectiva del injusto sino solo una posibilidad, a más de que no a todo el mundo se le puede exigir en la misma intensidad o medida la comprensión del injusto, de la antijuridicidad, dependerá sin lugar a dudas de circunstancias personales y sociales.

Ahora bien, la exigibilidad de otra conducta otro de los componentes de la culpabilidad, refiere que para reprocharle una conducta al autor, es necesario que el autor tenga un grado de capacidad psíquica, en el que pueda actuar libremente, es decir bajo el ámbito de su autodeterminación. Esta capacidad psíquica le debe haber permitido al sujeto comprender el injusto lo que hacía en esa situación concreta, y que le haya sido posible adecuar su conducta conforme a esa comprensión del injusto.⁴⁹ Si falta la capacidad de comprender la antijuridicidad faltará la culpabilidad por ausencia de la posibilidad exigible de comprender lo injusto, lo que significará la falta de autodeterminación del sujeto, y que puede ser por una incapacidad psíquica.

El problema de la culpabilidad es central en el Derecho Penal por cuanto determina finalmente la posibilidad del ejercicio del *ius puniendi*. En la culpabilidad se agrupan todas las cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en el autor al momento de la comisión del hecho típico y antijurídico.

⁴⁸ MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf: *Op. cit.* Tomo I pág. 650.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho Penal, Parte General*, ediciones jurídicas, 2 tomos, Lima Perú, 1986, pág. 678.

La culpabilidad exige inexcusablemente una valoración del comportamiento humano y allí donde pueda hacerse un juicio de reproche, es decir la valoración que se hace en el autor que cometió un hecho ilícito, es decir vincularlo al hecho injusto procede la culpabilidad que es la posibilidad de reprocharle el injusto.

3.- La prevención general positiva y la culpabilidad.

La teoría de la prevención general positiva al contrario de la prevención general negativa considera que con la pena ha de buscarse la intimidación de los ciudadanos, mientras que la primera considera que la pena reafirma la vigencia de la norma; la pena es definida en forma positiva y, de ahí, que se la denomine prevención general positiva. Es «prevención general, porque produce efecto en todos los ciudadanos» y, es positiva, porque no se pretende que este efecto consista en miedo ante la pena, sino en una suerte de mantener el orden social en el sentido de que la norma está vigente, que ha sido afectada por el hecho delictivo, y que su autor al ser castigado ha vuelto a ser fortalecida – sociedad- por la pena.

En acuerdo y en efecto, que la pena produce una intimidación en la sociedad y en el autor culpable a más de que la imposición de ella a sus autores del debe propender a “resocializar” y a reinsertar al individuo en la sociedad, sería lógico comprobar esas afirmaciones, que como respuesta y por las circunstancias actuales de los centros de rehabilitación no se las podría obtener.

El principal defensor de esta teoría, es JAKOBS se fundamenta en que la estabilización de los sistemas sociales se produce por medio del derecho.

Parte JAKOBS cuando una conducta está en contradicción con la norma es que se ha producido una infracción a la norma. Por tanto una infracción normativa es “una desautorización de la norma”. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación.⁵⁰ La reacción frente a ese conflicto es la pena, cuyo determinante es la norma aplicada a su autor infractor. El significado de la pena no es

⁵⁰ JAKOBS, Günther, **Nuevo Concepto de Derecho Penal**, editorial Universidad Autónoma de Madrid, traducción de Manuel Cancio Meliá, 4 tomos, Madrid – España 2008, página 50 – 51 tomo 2.

evitar lesiones de bienes jurídicos sino reafirmar la vigencia de la norma. Lógicamente lo expuesto por Jakobs aleja al sujeto como centro y fin del derecho para considerarlo un instrumento u objeto de aplicaciones normativas para reivindicar las funciones sociales.

Desde luego que la pena debe significar algo, y surtir efectos en la interacción social, por lo tanto su función será eminentemente preventiva. Esa protección tiene lugar reafirmando la vigencia de la norma al infractor de ella y a los otros destinatarios que somos todas las personas. Sin embargo este restablecimiento del derecho no significa que los delincuentes potenciales van a desistir en lo futuro de actos delincuenciales, la pena no tiene por finalidad evitar la comisión de nuevos delitos ni que opere sobre el autor para que en un futuro no delinca. La pena tiene por finalidad proteger a la sociedad mediante la reafirmación de la vigencia de la norma.

Por lo tanto la prevención general positiva no refiere únicamente a la finalidad intimidatoria de la pena, sino la confianza hacia la norma para todos los destinatarios sociales, es decir no solo el delincuente y con esto restablecer el orden social y la confianza en el Derecho.

No obstante, no podemos decir que la pena no intimide al que la sufre o a terceros, en definitiva la pena no debe infundir temor sino prevención. Es indudable que este asunto refiere a cuestiones de política criminal, el Estado debe propender a resocializar a los delincuentes, a más de que frente a la imposición de una pena privativa de libertad se impongan otras sanciones alternativas por infracción de las normas. Debe tenerse en cuenta que las normas o el derecho no dependen de que a una persona se le imponga una pena o el grupo se intimide por aquella, lo idóneo será influir en la conciencia social y desde luego con políticas de estado adecuadas con las que se asegure y establezca la convivencia social.

La resocialización ayuda al delincuente a su integración nuevamente a la sociedad para que tenga nuevas oportunidades en la sociedad. También ayuda a la generalidad porque un delincuente que no vuelve a “delinquir” no representa un riesgo en la sociedad y por lo tanto habrá seguridad social.

Empero, la resocialización no se cumple, en virtud de que la privación de la libertad se vincula con circunstancias ajenas al

individuo mismo y que no procuran su cumplimiento, es lógico citar algunas de ellas, aislamiento, destrucción de los vínculos familiares, fracaso en todo nivel, contaminación criminal, y la descalificación y estigmatización que opera respecto de los delincuentes que una vez cumplida su condena salen de las cárceles frente a la opinión pública. Por lo tanto en la medida de lo posible y en determinados delitos sería lo óptimo establecer medidas alternativas a la privación de la libertad promotoras de la resocialización, y desde luego a base de adecuados y efectivos planteamientos político – criminales.

La conminación penal debe ser un medio para garantizar la protección a los bienes jurídicos y desde luego el respeto a la libertad y dignidad humanas.

La teoría de la prevención general positiva no niega la idea de resocialización la creación de instrumentos alternativos a los del Derecho Penal⁵¹. Lo importante es que esta no se cierre a la discusión sobre un Derecho Penal más humano. Su finalidad es eminentemente social, pues repara y equilibra un sistema social que ha sido afectado por una conducta transgresora de las normas. Esa finalidad social es la que justifica la aplicación de las penas, que en lo esencial consiste en enviar o proporcionar un mensaje a la sociedad para fortalecer la confianza en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en lo que me interesa la imposición de una pena exige culpabilidad. No puede imponerse una pena a quien no es culpable. De manera que la culpabilidad es el fundamento de la pena.

La pena no puede ir más allá de la culpabilidad del sujeto, la culpabilidad es el límite de la pena.⁵² Es admisible imponer una pena inferior a la que correspondería conforme a la culpabilidad del sujeto. A juicio de este autor, la responsabilidad penal no sólo depende de su culpabilidad, sino además de la necesidad preventiva de la pena. Se trata, pues, de una culpabilidad orientada a la prevención.

Por ello, explica ROXIN como se ha expuesto anteriormente que las causas de exclusión de la culpabilidad están fundamentadas en

⁵¹ BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit., página 38. Para este autor la prevención general positiva no impide un tratamiento especial en la fase de ejecución penal.

⁵² ROXIN Claus: LA TEORÍA DEL DELITO EN LA DISCUSIÓN ACTUAL, Op. Cit, pág. 72.

consideraciones de política criminal, esto es, en la necesidad de pena y que el autor a más de ser culpable debe ser responsable.

Es un asunto de constante tratamiento si debe sustituirse el derecho penal por un sistema de medidas, a simple vista sería perjudicial e inconveniente pues esta sustitución desde un punto de vista político-criminal y de la teoría del delito afectaría al concepto mismo de culpabilidad y por su puesto al de punibilidad, el autor culpable y por lo tanto responsable deberá responder por su actuación y desde luego el Estado a través del *Ius Puniendi* deberá estabilizar el orden social con la vigencia y confianza en la norma.

La existencia de muy importantes críticas respecto a todas las teorías sobre la legitimación y fundamentación de la pena, no debe llevarnos a una conclusión decepcionante y depresiva. Lo importante es que se tome conciencia de que la pena no es ni el sistema ni la solución y que es preciso imponer serios límites a la coerción estatal. Esto sólo se logrará si existe discusión sobre los fundamentos de la pena y sobre los límites de la legitimación estatal para imponerla. La discusión mantiene viva y constante la problemática y la necesidad de encontrar, aunque parezca imposible, la solución.

CONCLUSIONES.-

- Dentro del análisis de la Teoría del Delito, el concepto de Culpabilidad, como elemento integrante del núcleo de estudio del castigo jurídico de las conductas humanas, es imprescindible desde todos los puntos de vista. Pero no sólo puede decirse que por su carácter insustituible resulte de imposible supresión -pese a los fundamentos que quisieran defender las líneas doctrinales que denuncian su difícil explicación- sino que además, consideramos que junto con el elemento de la acción, constituye el sustento fundamental de cualquier teoría del delito.
- Muchos años de análisis de evolución doctrinal de las conductas examinadas por el Derecho Penal, no es posible encontrar más categorías que el Dolo y la Imprudencia en el juicio de reproche de una acción a una persona. Sin embargo, a medida que establecemos graduaciones, a su vez, dentro de estas categorías, se pone de manifiesto claramente la dificultad extrema de separar ciertas conductas que se situarían en el límite de planteamiento voluntario. Pese a la importancia de los conceptos tradicionalmente utilizados para deslindar ambas categorías (voluntad, cuidado, atención, representación, previsión, conciencia) entendemos que el de previsión del resultado es fundamental para tratar de discernir cuándo nos encontramos ante una u otra figura de la culpabilidad, con la trascendencia esencial que tendrá luego esto en el plano de la punición.
- Actúa culpablemente quien se comporta típica y antijurídicamente, muy a pesar de que en el momento de la realización del hecho se encontraba en condiciones normales al hecho y era normativamente asequible. La culpabilidad es un juicio de reproche, decimos que el autor realizó un injusto; realizó una conducta que está desvalorada en el Código Penal y que es antijurídica porque no está permitida, ahora, cuando tenemos que decidir si esta conducta se la podemos reprochar, ponerle una pena, ponerla a cargo, a esto le llamamos **juicio de culpabilidad**. Por lo tanto la culpabilidad es la posibilidad de reprochar el injusto al autor

- El dolo y culpa ya no forman parte de la culpabilidad sino de la tipicidad son parte de la conducta humana y la teoría del delito adquiere una nueva estructura; al injusto personal se opone la culpabilidad entendida en sentido puramente normativo, y al juicio de reproche se le asignan como elementos la imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.
- La culpabilidad del autor que incurre en un injusto sancionable puede entenderse como el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo habiendo podido llevarlo a cabo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento por no haber actuado conforme a la norma.
- Uno de los objetivos del Derecho Penal es la prevención, este debe impedir para el futuro acciones que lesionen bienes jurídicos, acciones socialmente dañosas, influyendo en el autor y en la colectividad. De la culpabilidad del autor depende el motivo y la medida de la pena, esto solo sirve para limitar el Poder Estatal de intervención en la persecución de fines penales preventivos. No es posible penar al inocente, ni tampoco al culpable sino únicamente en la medida de su culpabilidad cuando se le reprocha el injusto penal. La ausencia de culpabilidad excluye la pena y su magnitud determina la proporción que debe aplicarse como pena.
- La culpabilidad influencia en la determinación de la pena habrá que de ser considerada siempre desde dos puntos de vista: como elemento de análisis individual en cada delito concreto y también como Principio del Derecho Penal. Desde el primer punto de vista, su concurrencia vendrá determinada por el concepto de reprochabilidad de la conducta, bien por haberse realizado con voluntad y conciencia por parte del sujeto, o ya por no haber éste observado una conducta que le resultaba exigible ni previsto el resultado lesivo. Como

Principio extiende su influencia en varias manifestaciones de necesaria y permanente consideración a niveles de Política Criminal: atribución personalizada de las penas por comisión de hechos demostrados; la relación necesaria con las categorías culpables como el dolo o imprudencia; necesidad de gradación adecuada de la responsabilidad en consecuencia de la distinta consideración que merecen este juicio anterior; valoración puntual de las llamadas causas de exclusión de la culpabilidad.

- Por la consideración individualizada que merece todo juicio de reproche dirigido a la culpabilidad, prácticamente englobará, como relación indisociable, el concepto de imputabilidad, y el de libre determinación sin cuyos presupuestos jamás podremos ni siquiera plantearnos el juicio de desvalor pues se requiere imprescindiblemente la capacidad de libre determinación de voluntad del autor y la capacidad de comprensión del injusto que realiza.
- De esta manera, la culpabilidad se constituye como el punto de referencia a la hora de justificar, limitar, y determinar la medida de la pena el autor responde sólo por su culpabilidad, y en el mismo sentido se expresa cuando afirma que la retribución es el fundamento y el límite de la pena, y aparece íntimamente ligada al principio de culpabilidad como límite al poder punitivo del Estado.
- El valor de la *justicia* determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor. La *dignidad de la persona* requiere que las personas sean un fin en si mismas y que no sean utilizadas como medios para obtener otros fines. El *libre desarrollo de la personalidad* presupone que la actuación penal del Estado sea previsible y ajustada a límites que no conviertan la libertad en excepción, y que la libertad sea protegida dentro del marco de la Constitución.
- Las finalidades preventivas no legitiman la pena, la pena debe contener un reproche personal al autor, lo contrario significaría imponerle una medida de seguridad. La pena debe ser entendida por el autor como una retribución por su conducta en contra del derecho, el se ha hecho merecedor de

ella. La pena ha de ser justa y por lo tanto vincularse con el grado de culpabilidad del autor, su límite también deberá ser impuesto en base a la Constitución, por lo tanto la pena no deberá intimidar sino retribuir a la sociedad con el imperio del estado social del derecho bajo el respeto a la dignidad humana.

Katerina Aguirre Bermeo
Universidad del Azuay
Cuenca, 10 de octubre de 2008

BIBLIOGRAFÍA:

1. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 8 tomos, 18^a edición, Buenos Aires, editorial Heliasta, 1984.
2. FONTÁN, Balestra Carlos, **Derecho Penal**, Introducción o Parte General, 17^a edición, editorial Lexis – Nexis, Buenos Aires, 2002.
3. ZAVALA, Baquerizo, Jorge, **Tratado de Derecho Procesal Penal**, Tomo VI, editorial Edino, Guayaquil – Ecuador, 2005.
4. BACIGALUPO, Enrique, **Derecho Penal Parte General**, 1^a edición, editorial ARA, Perú, 2004.
5. PAVÓN, Vasconcelos Francisco, **Diccionario de Derecho Penal**, editorial Porrúa, México, 2003.
6. ZAMBRANO, Pasquel, Alfonso, **Derecho Penal Parte General**, 3^a edición, ARA editores, Perú, 2006.
7. ROXIN, Claus, **La Teoría del Delito en la discusión actual**, editora jurídica Grijley, Perú, 2007.
8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, y otros, **Derecho Penal, Parte General**, 2da edición, editorial Ediar, Buenos Aires 2002.
9. BALMACEDA Hoyos, Gustavo, y otro, **Sociedad del Riesgo y Bien Jurídico Penal**, Ediciones Jurídicas, Chile, 2005.
10. HURTADO, Pozo José, **Manual de Derecho Penal, Parte General**, 3ra. Edición, Perú, 2005.
11. MUÑOZ, Conde Francisco, **Teoría General del Derecho**, Editorial Temis, Colombia, 1990.
12. JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en el Derecho Penal, traducción de Manuel Cancio Meliá, editorial AD-HOC 2da edición, Buenos Aires, marzo de 2002.

13. DIEZ, Ripollés, José Luis, La racionalidad de las Leyes penales, editorial Trotta, Madrid, 2003.
14. MAURACH, Reinhart, ZIPF Heinz, GÖSSEL Kart Heinz, Derecho Penal, Parte General, traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, 2 tomos, editorial Astrea, Buenos Aires.
15. DONNA, Edgardo Alberto,
16. José CERESO Mir, Obras Completas, Derecho Penal: Parte General, editorial ARA, Perú, 2006.
17. Hans Joachim HIRSCH, Obras Completas, 4 tomos, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
18. WELZEL, Hans, Derecho penal Alemán: Parte General, 9na edición, editorial jurídica de Chile, traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez.
19. ROXIN, Claus, Derecho Penal: Parte General, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.
20. REYES Alvarado, CESID, Imputación Objetiva, 2da edición, editorial Temis, Colombia, 1996.
21. JAKOBS, Günther, **Nuevo concepto de Derecho Penal**, traducción de Manuel Cancio Meliá, editorial Universidad Autónoma de Madrid, 4 Tomos, 2008, España.
22. GÖSSEL , Kart – Heinz: **El Proceso Penal ante el Estado de derecho**, traducción de Dr. Miguel Polaina Navarrete, editora jurídica Grijley, Lima Perú, julio del 2004.
23. ROXIN, Claus, **Derecho Procesal Penal**, traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, editores del Puerto s.r.l, Buenos Aires 2008.
24. SCHÜNEMANN BERD: **Cuestiones Básicas del Derecho Penal en los Umbrales del Tercer Milenio**, traducción de Jesús

María Silva Sánchez, Editorial Moreno S.A., octubre de 2006, Lima Perú.

25. ROUSSEAU, Jean Jacques: ***Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres***, traducción de José López y López, ediciones Aguilar, Madrid, 1974.
26. GOLDSCHMIDT, James, ***La concepción normativa de la culpabilidad***, traduce. Por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, 2da edición, Editorial B de F , Buenos Aires - Argentina, 2002.
27. CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, octubre del 2007, Quito –Ecuador. Págs. 3 y 4.
28. FRANK, Reinhard: ***Sobre la estructura del concepto de culpabilidad***, traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, editorial B de F Ltda., Buenos Aires, 2000.
29. R del E: ***Código de la Niñez y la Adolescencia***, editorial GAB, junio del 2003, Ecuador.
30. BETTIOL, Giuseppe: ***Derecho Penal, Parte General***, traducción del Dr. José León Pagano, editorial Temis, Bogotá, 1965.