

CULPABILIDAD, CONCEPTO MATERIAL.

Por ALEJANDRO ERNESTO SMITH ()*

I.- INTRODUCCION.

Como cuestión preliminar debe advertirse que debido a la abundancia y diversidad de corrientes que han abordado el estudio de la presente temática, se esbozara tan solo un breve desarrollo cronológico de las teorías dominantes, pero que ilustrara acabadamente el panorama actual de la discusión. Luego, al momento de emitir las conclusiones se tomara partido por aquellas posturas que han construido el concepto de culpabilidad en función de su rendimiento limitante y condicionante del ejercicio punitivo del estado, en detrimento de quienes le asignan a este estrato analítico, el objetivo de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico. Es que solo el principio de culpabilidad dotado de aquel alcance, podrá impedir que el Estado llegue a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los cuales no se le puede dirigir ningún reproche penal. El proceso histórico dogmático del concepto de culpabilidad, ha discurrido entre quienes consideran a la culpabilidad como fundamento de la pena, quienes han visto en ella sólo un límite y aquellos que manifestaron su fracaso en su función limitadora postulando que debería ser reemplazado. Ha destacado Zaffaroni, que no hay siquiera un acuerdo mínimo acerca de que es y para que sirve en virtud de la disolución discursiva en que se debate la propia función del poder punitivo y su precaria legitimación¹. No obstante, puede partirse de cierto consenso en que la culpabilidad es el fundamento para poder responsabilizar personalmente al autor de una acción típica y antijurídica, mediante una pena estatal.

II.- TEORIA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD.

Para comenzar, puede decirse que solo pudo desarrollarse una categoría autónoma de culpabilidad desde el momento en que se impuso en la dogmática jurídico penal la separación entre injusto y culpabilidad. Esta digresión tuvo su origen, en la necesidad de ubicar sistemáticamente todos los elementos objetivos-externos en la antijuridicidad y todos los elementos subjetivos-internos en la culpabilidad. En este marco, surgió el Concepto psicológico de la culpabilidad, que influenciado por el pensamiento naturalista de finales del S. XIX, pretendía reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos explicables por las ciencias naturales. Consecuentemente, concebía a la culpabilidad como relación subjetiva del sujeto con el resultado, en tanto que el dolo y la imprudencia solo constituían formas o

* Por razones personales justificadas el autor no pudo exponer su ponencia durante el congreso

¹ Zaffaroni, Eugenio E. Y Otros, Derecho Penal, Parte General. Ed. Ediar, pág. 659.

especies de la misma. La imputabilidad era solo un presupuesto: de culpabilidad, de la pena o de la punibilidad. Representantes de esta postura fueron: V. Buri, V. Liszt, Löfer y Radbruch².

III.- TEORIA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD.

Como crítica a la teoría expuesta, surgió en las primeras décadas de nuestro siglo, el Concepto Normativo de la culpabilidad. Su desarrollo tuvo su génesis en el trabajo de Frank, quien advirtió que el estado de necesidad disculpante no encontraba explicación con el concepto psicológico de la culpabilidad. Que si esta categoría no abarcaba más que la culpa y la imprudencia –producción consiente o descuidada del resultado-, era incomprensible como podría ser excluida la culpabilidad por el estado de necesidad. Es que no resultaba posible soslayar, que quien actuaba en dicho estado, sabía lo que hacía, razón por la cual no podía negarse su actuación dolosa. Señaló además, las limitaciones del concepto psicológico, en orden a la verificación de la relación psíquica del sujeto con el resultado en los casos de culpa inconsciente. Es por ello, que Frank concluyó que la culpabilidad estaba integrada por tres elementos ineludibles: 1) normalidad mental del sujeto, 2) una concreta o posible relación psíquica de este con el hecho (dolo o culpa), 3) normalidad de las circunstancias en las que actúa el agente. Debe destacarse asimismo, que como lazo de unión de estos tres momentos analíticos, halló el concepto de reprochabilidad, que importaba que una persona solo sería culpable, cuando se le podía hacer un reproche por haber incurrido en una conducta disvaliosa. Años más tarde, el concepto normativo de culpabilidad experimento un desarrollo ulterior con las aportaciones de James Goldschmidt, quien intento deducir la reprochabilidad, de la infracción a una específica norma de deber. Postulaba que junto a la norma jurídica, existiría implícitamente una norma de deber que impondría a cada cual disponer su conducta interna del modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias del ordenamiento jurídico a su conducta externa³. De otro costado, señala Zaffaroni, que la tercera contribución de importancia para el normativismo, provino de la obra de Berthold Freudenthal, para quien la esencia de la culpabilidad radicaba en el reproche porque el autor pudo y debió realizar otra conducta o porque la representación del resultado debió y pudo ser un contramotivo. De este modo la culpabilidad, quedaba constituida con un elemento ético que se traducía en exigibilidad y con otro, de índole psíquica, constituido por el dolo y la culpa⁴. Por otro lado, Hans Welzel en su obra “El nuevo Sistema del Derecho Penal” Una introducción a la doctrina finalista de la acción” destaco la importancia de las aportaciones de

² Roxin, Claus, Derecho Penal-Parte General, 2ª Edic., Madrid, 1997, pag. 794

³ Roxin, Ob. Cit. Págs. 796 y ss.

⁴ Zaffaroni, Ob. Cit. Pag. 661.

Dohna respecto al desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad. Reseño que fue este quien dio el paso decisivo hacia la comprensión de que en el juicio de la culpabilidad, lo mismo que en la constatación de la antijuridicidad nos encontramos ante el resultado de una valoración; y a mérito de ello separó tajantemente la valoración (reprochabilidad) y su objeto (dolo) y reduciendo en consecuencia el concepto de culpabilidad a la valoración del objeto⁵. Finalmente, debe destacarse las aportaciones de la doctrina finalista de la acción, que ubicó sistemáticamente dentro del tipo al dolo y la imprudencia, eliminando de esta manera en lo esencial, los elementos que constituían su único contenido, según la ya superada doctrina psicológica de la culpabilidad⁶. Su mayor exponente Welzel, expreso que el concepto de culpabilidad no comprendía, elementos subjetivos anímicos y conservaba solo el crimen normativo de la reprochabilidad, con arreglo a la cual se examinaría si la voluntad de acción es culpable. En esta reestructuración no se perderán ninguno de los elementos anteriores sino que recibirán un lugar más apropiado⁷.

III.1. CULPABILIDAD COMO PODER ACTUAR DE OTRO MODO:

El Problema del Libre Albedrío o determinismo.

Tradicionalmente la culpabilidad ha sido definida como el reproche personal contra el sujeto que no omitió la acción antijurídica aunque pudo hacerlo. Culpabilidad es reprochabilidad, dicho de otro modo: es el juicio de desvalor por el que se le reprocha al autor de una conducta típica y antijurídica que no se haya comportado conforme a derecho (que se haya decidido por el injusto) encontrándose en condiciones de ajustar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico. Este postulado encontraba sustento en que el ser humano estaba revestido de autodeterminación moral, libre y responsable y era capaz por ello de decidirse por el derecho y contra el injusto (libre albedrío)⁸. Es que al decir de Fernando Jorge Córdoba, el reproche de culpabilidad en la capacidad del autor de formar su voluntad, supondrá asumir una posición respecto al problema de la libertad de voluntad. Sobre este tópico, esquematizo la situación de la siguiente forma: en primer lugar, se encuentran los autores que sostienen que la libertad de voluntad forma parte de la naturaleza humana. Por ejemplo, autores como Welzel encuentran apoyatura científica en los descubrimientos de la antropología y de la psicología de su época. En segundo lugar, está la línea seguida por

⁵Welzel, Hans. "El nuevo Sistema del Derecho Penal". Una introducción a la doctrina finalista de la acción, Edit. B de F, Pags. 131/132.

⁶Roxin, Ob. Cit., Pág. 794 a 796

⁷Welzel, Ob. Cit. Pág. 132

⁸Roxin, Ob. Cit. Págs. 799 y ss.

quienes niegan que pueda demostrarse positivamente la existencia de la libertad de voluntad y mucho menos en el caso concreto. Por ello, los partidarios de tal tesitura postulan que la libertad de voluntad no es una realidad natural, sino un poder que nos atribuimos recíprocamente en la vida en social. La libertad es solo una suposición, un postulado normativo, una hipótesis, una regla del juego social, que no se comprobaría empíricamente en el autor, sino que le sería imputada normativamente por la sociedad (Rudolphi y Roxin). En tercer lugar, esta la posición de aquellos autores que insisten en el carácter real de la libertad de voluntad, basándose no en los aportes de las ciencias naturales, sino en la realidad de la vida social (Schünemann)⁹. Finalmente, están aquellos que directamente niegan su existencia, y asignan como contenido material de la culpabilidad al deber de responder por el carácter propio. Esta concepción determinista, parte de la idea de que lo que hará responsable un individuo son las características propias que lo han inducido al hecho (“su ser así”). Cabe aclarar que si bien la concepción de la culpabilidad como poder actuar de otro modo ha resultado la teoría dominante, no ha sido inmune a las críticas, que en general se dirigen al sustrato que subyace al mentado reproche, esto es la libertad de autodeterminación en el caso concreto. Así, Roxin señala que un poder de actuar de otro modo del sujeto individual en el momento del hecho no es susceptible de constatación empírica o científica. Que los defensores de esta concepción han pretendido hacer frente a este déficit aduciendo que no es el poder individual el que cobraba relevancia a fines de enjuiciar la culpabilidad, sino el poder de la persona media que existía conforme a experiencia, en la capacidad de la mayoría de las personas. Agrega además que el concepto de reprochabilidad, comprende solo de manera incompleta la clase de valoración que se debería efectuar en este nivel de análisis, puesto solo se orienta a la culpabilidad. Es que la valoración a efectuar no se orienta solamente a formular un reproche (de culpabilidad) contra el sujeto sino que es un juicio sobre si, desde punto de vista jurídico penal, ha de hacerse responsable de su conducta, por lo que habrá de añadirse la necesidad preventiva de sanción (ver punto IV.1)¹⁰. Por su parte Schünemann, salio al cruce de tales objeciones aduciendo que si bien la culpabilidad presupone libertad de comportarse de otro modo, resultaba evidente que esta libertad solo se estaba fingiendo, cuando se decía que otra persona en el lugar del autor habría podido actuar de manera distinta. Que esta ficción era inadmisibles por dos razones: en primer lugar porque ninguno de los defensores del concepto social de culpabilidad realizaba un análisis detallado de las implicancias que

⁹ Córdoba, Fernando Jorge, “La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad”, Dirección URL: <http://eldial.com>, <http://actualidadjuridica.com.ar>. (20-07-09)-pags. 3/5.

¹⁰ Roxin, Ob. Cit. Págs. 796 y ss.

conllevaba la afirmación de que era indemostrable la capacidad de actuar de otro modo en un caso concreto. Que siendo el concepto social de culpabilidad una versión del determinismo débil, sus defensores deberían justificar porque no se extrae, como consecuencia de esa base, la idea de construir el derecho penal como un derecho penal preventivo especial de medidas de seguridad. En segundo lugar, expreso este autor que el concepto social de culpabilidad omite la cuestión de la capacidad individual de actuar de otro modo, por lo que se estaría reconociendo al autor tan solo la capacidad general de comportarse de acuerdo con la norma. Sin embargo este reconocimiento no se extendería a la situación concreta, de tal modo que no es posible legitimar, ante dicho autor su propio castigo con la afirmación de que podía prever y evitar¹¹. Por último señalo: mientras nos se pueda fundamentar por sí la capacidad de evitación del ciudadano normal adoptado como modelo de comparación, la referencia a su conducta hipotética, como fundamento de la culpabilidad del autor individual resultara poco útil¹².

IV.- TEORIAS FUNCIONALISTAS

IV.1. CLAUS ROXIN: CULPABILIDAD COMO ACTUACIÓN INJUSTA PESE A LA EXISTENCIA DE ASEQUIBILIDAD NORMATIVA.

Claus Roxin, construye su idea de culpabilidad partiendo del presupuesto de la necesidad de completar la categoría sistémica de la culpabilidad con la necesidad preventiva de pena, creando para la conjunción de ambos elementos un concepto conglobante: la responsabilidad. Esta, constituye una valoración ulterior a la antijuridicidad que por regla da lugar a la punibilidad en el marco de la estructura del delito. Esta valoración consiste justamente en hacer responsable al sujeto de una acción típica, antijurídica y culpable, por lo que dependerá de dos datos que deberán agregarse al injusto: 1) la culpabilidad del sujeto podrá afirmarse cuando el mismo ejecuta del injusto pese a que todavía le podía alcanzar la llamada de atención de la norma –asequibilidad normativa- y 2) exista la necesidad preventiva de sanción penal, como presupuesto adicional de la punibilidad que importa en definitiva una ulterior protección ante la intervención del derecho penal (la punición debe ser preventivamente imprescindible).¹³ Por todo ello Roxin definió a la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Con ello se quiere decir que habrá que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la

¹¹ Schünemann, Bernd. “La culpabilidad: estado de la cuestión”, Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universidad Pompeu Fabra), Civitas, Madrid, 2000, pág. 106

¹² Schünemann, Bernd. “La culpabilidad: estado de la cuestión”, Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universidad Pompeu Fabra), Civitas, Madrid, 2000, pág. 109.

¹³ Roxin, Ob. Cit., Págs. 791 y ss.

llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma. Cuando la posibilidad psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto. No se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico. Así respecto a la libertad del individuo este autor aduce que cuando existe dicha asequibilidad normativa, habrá de afirmarse que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma y que en consecuencia se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él. Por ello, la suposición de libertad es una aserción normativa, una regla de juego social. Con la libertad no ocurre en el derecho otra cosa que con la igualdad, puesto que cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley. Por todo ello concluye Roxin que siendo la suposición de la libertad una aserción normativa independiente de datos empíricos debería resultar admisible por igual para deterministas e indeterministas. Agrega luego que la culpabilidad es un dato mixto empírico normativo: es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce. En cambio se atribuye normativamente la posibilidad de esa constatación de conducta conforme a derecho¹⁴.

IV.2. GÜNTER JAKOBS: CULPABILIDAD COMO ATRIBUCIÓN SEGÚN NECESIDADES PREVENTIVO GENERALES.

Günter Jakobs ha desarrollado un concepto funcional de culpabilidad, entendida como atribución preventivo general. Para este autor, solo el fin dotara de contenido a la culpabilidad y este fin es la prevención general (no en el sentido de intimidación sino de ejercicio en la fidelidad del derecho). Esta importa la estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico que se ha visto perturbado por la conducta delictiva. Así, el delito frustra las expectativas de la comunidad jurídica y esta se recompensa interpretando como fallo la conducta frustrante, es decir considerándola culpable y castigándola. Solo cuando existe la oportunidad de asimilar el conflicto de otra manera puede entrar a discutirse la exculpación. La culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, en el sentido de que se ha producido una defraudación motivada por la voluntad defectuosa de una persona. Por otro lado este autor pone de manifiesto que como fundamento de la necesidad de vincular la legitimidad de la pena a un reproche, se aduce que sólo de esta manera podrá evitarse la

¹⁴ Roxin, Ob. Cit, Págs. 807 y ss.

instrumentalización de la persona al imponer la pena. Que quien impone una pena sin que la persona que va a ser castigada merezca un reproche por el hecho cometido cuando merece un reproche menor, incluye a aquella persona entre los objetos del Derecho de cosas. Que la pena no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública, sino mantenerse dentro del marco de culpabilidad del autor. Ahora bien, contra estos argumentos dice Jakobs: debemos partir de la base de que una pena inútil no puede legitimarse, y que la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social. Por ello concluye que quien pretenda tomar partido respecto al problema de la culpabilidad deberá enfrentar el siguiente dilema: la pena es útil para la consecución de sus fines sociales si no está limitada por el principio de culpabilidad, pero trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella. Por el contrario, la pena que se ve limitada por la culpabilidad de una manera más que marginal pierde su funcionalidad¹⁵. Lo expuesto encuentra sustento en la idea de Jakobs de que las normas sociales sufren un punto débil: desde la perspectiva individual no puede probarse que sea preferible cumplirlas: para compensar esta debilidad se pone en cabeza de quien está sometido a la norma procurarse razones para cumplirla. Si el sujeto que está sometido a la norma no cumple con este cometido se le imputa como culpabilidad. Que a través de la relación existente entre una norma débil, por un lado y la culpabilidad y pena, por otro, resulta más fácil garantizar la configuración de la sociedad a través de la responsabilidad por el resultado y sus modalidades dulcificadas. Por medio de la amenaza de pena y de la pena puede dirigirse la voluntad y por medio de la voluntad dirigida puede mantenerse directamente una configuración social determinada. Por consiguiente, se trata de prevención general a través de la práctica de la fidelidad a la norma. La imputación culpabilista es la imputación de un defecto volitivo. Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que el defensor se ubique allí, y esto ocurre siempre que el autor hubiese evitado de haber concurrido una motivación dominante de evitar infracciones del derecho. Por consiguiente defecto volitivo debe entenderse como déficit de motivación fiel al derecho¹⁶. Señala además que un determinado orden es un ordenamiento jurídico al menos para aquellas personas que ocupan dentro de él una posición como personas esto es, son titulares de derechos, aunque deban respetar los derechos de otros. Así, el hecho en sí no debe ser concebido como proceso impersonal. En efecto, la imputación no sólo vincula al autor en cuanto mero sistema psicofísico con la herida, sino que lo sucedido se interpreta como un esbozo de realidad, como afirmación de que se pretende que la vida social debe desarrollarse de esa manera. Y

¹⁵ Jakobs, Günter, "Estudios de Derecho Penal", El principio de Culpabilidad, Civitas, Madrid, 1997, págs. 365/366.

¹⁶ Jakobs, Ob. Cit, págs. 381 a 384.

consiguientemente, se ubica en la categoría de lo comunicativo aquella pena que trata al autor como persona: la pena es réplica de su esbozo de la realidad, es la constatación de que el autor con su hecho ha afirmado algo que no es determinante. Finalmente señala Jakobs que la finalidad de la pena se denomina actualmente prevención general positiva, prevención general porque pretende producirse un efecto en todos los ciudadanos, positiva, porque este efecto no se pretende que consistan en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente. Cabe aclarar que para este autor el orden jurídico debe posibilitar contactos anónimos, lo que requiere cierto nivel de uniformidad en el cumplimiento de los roles por parte de las personas, especialmente en el rol de ciudadano que respeta las normas del derecho penal. Por ello, el principio de culpabilidad es independiente de la discusión del libre albedrío¹⁷. Bien es cierto que la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la libertad de la voluntad, con el libre albedrío, sino con la libertad de auto administrarse, esto es de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios. Como podrá advertirse en el contexto explicitado, el principio de culpabilidad solo significara que la imputación del hecho al autor será necesaria solo porque no existe otra forma de solución del conflicto. Ello, representa la caída aquel principio y supone la consagración de la instrumentalización del individuo en pos de fines sociales, pues no se declara culpable al agente por su aporte al hecho, sino porque no existe la posibilidad de procesar el conflicto de otra manera. Jakobs claramente abandona la función restrictiva de la punibilidad del principio de culpabilidad en atención a la prevención general. Que la punibilidad de un hecho no dependerá ya de circunstancias que radican en su persona sino de lo que presuntamente sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad del derecho para la estabilización de su confianza en el ordenamiento. Ello importa según Roxin una instrumentalización del individuo, al servicio de los intereses sociales de estabilización. Por ello, tal como se lo plantea este autor, cabría preguntarse si un Derecho Penal que intenta ser puramente preventivo general no destruye o aminora, precisamente por esa intención ese efecto preventivo. Pues el solo hecho de que se divulgue entre la población que el si y el como de la pena no depende de lo que uno ha hecho, sino de lo que el juez le parezca necesario para el reestablecimiento de la confianza en el ordenamiento, difícilmente podrá estabilizar el sistema. Así no puede ser útil para tal fin, si la afirmación o negación de la culpabilidad de un sujeto no depende de su persona, sino de factores que no tienen nada que ver con él, de modo que se convierte en un juguete de las respectivas circunstancias¹⁸. Por su parte Schünemann concluye tajantemente que la propuesta de Jakobs es incorrecta. Es que el abandono de la noción clásica de culpabilidad

¹⁷ Jakobs, Ob. Cit, págs. 384 y ss.

¹⁸ Roxin, Ob. Cit, págs. 805 y ss.

llevaría a una seria puesta en peligro del derecho penal presidido por los principios del estado de derecho. Así tal postura destruye la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad, su defendibilidad en términos axiológicos en pos de su utilidad preventiva. En efecto, señala con agudeza este autor que la pena criminal debe legitimarse de modo que su imposición a un concreto ciudadano, con el a menudo consiguiente aniquilamiento de la existencia social del mismo, aparezca como una medida justa y defendible también frente a él. Concluye que no cabe la mínima duda de que la pena necesita, para su justificación, además de su utilidad preventiva, de un principio autónomo de legitimación, para lo cual sólo puede tomarse en cuenta la culpabilidad. Es que solo 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 en consecuencia no se le puede “reprochar”. Por todo ello Schüneman concluye el intento de reconducir el principio de culpabilidad a la prevención general resulta insostenible por principio¹⁹

V.- POSTURA DE QUIENES PROPUGNAN LA SUPRESIÓN DE LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD.

Para Gimbernat Ordeig la culpabilidad no puede seguir fundándose sobre la idea del indeterminismo puesto que este se encuentra desvirtuado por investigaciones científicas (psicoanálisis) que demostrarían por el contrario, un verdadero determinismo en las acciones. Agrega que la supresión del concepto de culpabilidad no afectaría la estructura del derecho penal, discrepa con la “teoría del domino”, que supondría la crisis de la idea de culpabilidad, traería consigo la de la pena y sin pena no puede haber derecho penal y finalmente sin este, tampoco una ciencia del derecho penal en sentido tradicional²⁰. Advierte que hay algo de desesperado en el modo en que los juristas se aferran al principio de culpabilidad, puesto que confiesan abiertamente que es irracional admitir la existencia de libre albedrío y no obstante, se deciden en favor de él. Expresa que seguir pretendiendo fundamentar el derecho penal en el indemostrable libre albedrío, es pues una batalla perdida de antemano, librarla a pesar de todo, solo puede tener como resultado aumentar la irritación de los científicos empíricos²¹. Expresa que se pretende apuntalar la necesidad de un derecho penal con basamento en el libre albedrío bajo el anuncio del caos que se produciría si este deja de ser fundamento de la pena. Que parecería que un derecho penal que de cuenta de los conocimientos de las ciencias empíricas, que acepte que no es posible pronunciar a ningún humano un juicio de culpabilidad sobre el

¹⁹ Schünemann, “La función del principio de culpabilidad...”, págs. 158 y ss.

²⁰ Gimbernat Ordeig, Enrique. “Estudios de Derecho Penal”, 3ª Edic, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 141/142.

²¹ Gimbernat Ordeig, Ob. Cit. Págs 142 y ss.

hecho antijurídico de otra persona, será un derecho cruel, que no respetará la dignidad del hombre, apto para ser instrumento de ideas totalitarias. Sin embargo, señala con agudeza este autor, que en los países Escandinavos y en Inglaterra -en los que la idea del derecho penal de culpabilidad nunca ha tenido demasiado arraigo- no se ha abusado del Derecho Penal con fines políticos. Por ello concluye que no es la creencia o no creencia en la autodeterminación del hombre lo que la impedido, sino el respeto por la persona humana que en estos países “constituye una gloriosa tradición política”²². Desde la perspectiva expuesta, la pena cumple otra función a la que tiene cuando se basa en la autodeterminación del agente: la pena ya no está allí para retribuir una culpabilidad inexistente o indemostrable. La sociedad a pesar de ello, tiene que acudir a la pena para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar la ejecución de acciones que atacan la base de la convivencia social. Por ello, en un derecho penal así concebido la pena no es ya algo irracional sino racional, es más: razonable. Es un elemental recurso al que tiene que acudir el estado para hacer posible la convivencia entre los hombres²³. Que la potestad penal no este fundado en la retribución y expiación no significa, como piensan los representantes de la culpabilidad, que con ello se abran las puertas a la arbitrariedad y que el estado pueda ejercer dicha potestad a su antojo²⁴. Además resalta que un derecho penal que no encuentre basamento en la idea del libre albedrío determinará las sanciones penales del mismo modo en que se lo ha venido haciendo, esto es, sobre la base del bien jurídico protegido y castigando con mayor severidad la afectación dolosa que culposa del mismo bien. Se enrolan en idéntica tesitura abolicionista de la culpabilidad, Ellscheid y Hassemer quienes postulan el reemplazo del principio de culpabilidad por el de proporcionalidad, de igual jerarquía y que resolvería satisfactoriamente las mismas cuestiones que se canalizan por aquel. Así la principal objeción de estos autores al juicio de culpabilidad es que sólo sería moralmente posible si el juzgador se metiese en la persona del juzgado, si se produjese una comunicación personal, participando y compartiendo la culpabilidad del otro²⁵.

VI.- CULPABILIDAD POR VULNERABILIDAD

Para el Zaffaroni, la culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito,

²² Gimbernat Ordeig, Ob. Cit. Págs. 145 y 146.

²³ Gimbernat Ordeig, Ob. Cit. pág. 149.

²⁴ Gimbernat Ordeig, Ob. Cit. pág. 151.

²⁵ Confr. Zaffaroni, Ob. Cit. pág. 666.

condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este. Este vínculo personalizado debe incorporar el dato de la selectividad estructural y procurar compensarlo o reducirlo, como parte del cometido de imposición de un mínimo de eticidad al poder punitivo. La culpabilidad así entendida y tomando en cuenta el dato de la selectividad y constatando que el poder punitivo selecciona conforme a la vulnerabilidad del sujeto y no a su determinación, cumple la función trascendental de “impedir que éste se ejerza en magnitud que supere el reproche que pueda formularse al agente del esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad”. Para ello señala este distinguido jurista que habrá que tener en cuenta, entre otros datos, la forma en que opera la peligrosidad del sistema penal (mayor o menor probabilidad de criminalización secundaria), y el específico estado de vulnerabilidad (status social, empleo, profesión, renta, etc.). No obstante advierte con agudeza, que la peligrosidad del sistema penal no se concreta sólo por el estado de vulnerabilidad, algo debe poner el sujeto para ser criminalizado (esfuerzo por la vulnerabilidad). Por las razones apuntadas, estima que la culpabilidad debe ser entendida como reproche del esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo del sujeto. Esta constituye en definitiva el esfuerzo que la persona realiza conspirando contra el propio derecho penal en cuanto a su cometido pacificador y reductor de violencia, el que en inteligencia de que no cuenta con los medios para recoger a todos del peligro del poder punitivo, debe proceder a una contraselección. Aclara además este autor que la culpabilidad por vulnerabilidad no constituye un mero correctivo del concepto normativo tradicional sino un paso superador de esta que la conserva en su síntesis. En efecto, afirmada la culpabilidad ética –conforme al ámbito de autodeterminación con que el sujeto pudo deliberar y con el correspondiente reproche- la culpabilidad por el esfuerzo del sujeto por alcanzar la vulnerabilidad se le opone, como atenuante de su desconsideración de la selectividad y, en la medida que corresponda, se sintetiza en una culpabilidad normativa que puede reducirlo pero nunca ampliarlo²⁶.

VII.- CONCLUSIÓN

Los lineamientos que la construcción teórica imponga a fin de delimitar los presupuestos según los cuales se puede afirmar la culpabilidad de un individuo como fundamento para la imposición de sanciones penales, adquiere en los momentos que vivimos una relevancia inusitada. Nos encontramos frente a un claro proceso de expansionismo del derecho penal de corte netamente simbólico, en el que el trabajo legislativo de los últimos años se ha enderezado a introducir nuevos tipos penales o agravar las escalas punitivas de los ya

²⁶ Zaffaroni, Ob. Cit. Págs. 650/657.

existentes, con el solo objeto de dar respuesta al clamor popular de justicia (piénsese en la llamada reforma Blumberg). Este proceso, producto de la perversidad del aparato estatal, ha apelado a la legislación penal pretendiendo una solución rápida y fácil (pero también aparente) a los problemas sociales, desplazando en definitiva, al plano simbólico lo que debería resolverse en el nivel instrumental. Frente a este esfuerzo legislativo indudablemente enderezado a la eliminación social del delincuente (aumentos de penas para evitar la excarcelación), es a los operadores del sistema judicial y los doctrinarios a quienes les corresponde morigerar esta tendencia sin violentar, por supuesto, el principio de legalidad. Ello solo será plausible, si se opta por mantener a la categoría sistémica de la culpabilidad dentro de la estructura de la teoría del delito como límite y legitimación al poder punitivo del estado, frente a las modernas propuestas de quienes pretenden suprimirlas por considerarlas prescindibles o reemplazarla para satisfacer necesidades del sistema²⁷. Por otro lado, en la inteligencia de que todo comportamiento desviado deberá ser tratado mediante la aplicación de una pena, creo que la culpabilidad como punto central de la imputación jurídico penal (cuya estructura se asienta según señala Bustos Ramírez en la dignidad humana) deberá mantener su sustrato en un juicio de reproche por la realización del injusto (sea por haber tenido la posibilidad de actuar otro modo, o pese a la existencia de asequibilidad normativa, etc.) y no en circunstancias que en definitiva son ajenas al mismo, como son las necesidades sociales de estabilización del ordenamiento, posición que sin lugar a dudas sería más funcional a quienes hoy reclaman mayor intervención estatal²⁸. Es que solo de esta manera la imposición de la pena será legítima y defendible en el marco de un sistema democrático que respeta a la persona como ser autónomo respecto del estado, con capacidad propia y por tanto no sometido a la tutela de este. De lo contrario como ya se ha dicho se incluirá a la persona entre los objetos del derecho de cosas. Por ello para finalizar quisiera quedarme con la siguiente reflexión del Dr. Zaffaroni: "...Dado que el poder punitivo siempre conservará su carácter irracional que deviene de su propia estructura...la culpabilidad no puede entenderse como un reproche que legitima el poder punitivo que se habilita en su función sino sólo como límite a su irracionalidad selectiva de vulnerables y a su consiguiente defecto ético...La

²⁷ El propio Jakobs afirma que la pena es útil para la consecución de sus fines sociales si no esta limitada por el principio de culpabilidad. Ob. Cit. pág 365.

²⁸ En este sentido Zaffaroni dice que el planteo funcional sistémico radicalizado se acerca a las concepciones organicistas pues acaban sosteniendo que la base de la responsabilidad es la pertenencia a la sociedad (igual que la responsabilidad social de Ferri) solo que la grosería ingenua del planteo positivista hacía fundar la necesidad de evitación de lesiones criminales, en cambio en la versión sistémica sólo interesa la protección del estado. Ob. Cit. Pag. 670.

culpabilidad debe ser un concepto que limite el efecto de reproche con referencia al dato selectivo, se trata de legitimar la función reductora y no al poder punitivo...²⁹”.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1) Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito, Ed. Hamurabi.
- 2) Córdoba, Fernando Jorge. La Capacidad de Motivación y La Imputación de Culpabilidad, Dirección URL: <http://eldial.com>, <http://actualidadjuridica.com.ar>. (20-07-09)-
- 3) Gimbernat Ordeig, Enrique, Estudios de Derecho Penal, 3ª Edición, Tecnos, Madrid, 1990.
- 4) Jakobs, Günter. Estudios de Derecho Penal – El Principio de Culpabilidad, Civitas, Madrid, 1997.
- 5) Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, Madrid, 1997.
- 6) Schünemann, Bernd. La Función del Principio de Culpabilidad en el Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1995.
- 7) Schünemann, Bernd. Sobre el Estado de la Teoría del Delito – La Culpabilidad Estado de la Cuestión (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra), Civitas, Madrid, 2000.
- 8) Silva Sánchez, Jesús M. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, Civitas, Madrid, 1999.
- 9) Welzel, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal- Una introducción a la doctrina finalista de la acción, Editorial B de F.
- 10) Zaffaroni, Eugenio R. Y otros. Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar.
- 11) Jescheck, Hans Heinrich, Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, num. 05.01, <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-01.pdf>.
- 12) Ziffer, Patricia S., Lineamientos de la Determinación de la Pena, 2da. Edición, 2005, Edit. Ad hoc

²⁹ Zaffaroni, Ob. Cit. Pág. 653.