

EL CONCEPTO INDIVIDUAL DE CULPABILIDAD

Ángel Torío López

ADPCP, Tomo XXXVIII, Fascículo II, 1995, pp. 285 - 301

<http://www.cienciaspenales.net>

# El concepto individual de culpabilidad \*

Por ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valladolid

## I

La doctrina penal distingue en el delito dos elementos o magnitudes fundamentales denominadas antijuricidad y culpabilidad. La primera destaca la contradicción existente entre la acción y la norma jurídico penal. Es un elemento objetivo, impersonal, que valora negativamente la acción como discrepante del derecho, pero que nada anticipa sobre si esa acción ha sido cometida culpablemente.

La culpabilidad, por el contrario, toma en cuenta la relación subjetiva, personal, entre sujeto y acción. La antijuricidad es condición necesaria, pero no suficiente, de la existencia del delito. Este requiere la culpabilidad personal.

El principio «no hay pena sin culpabilidad», progresivamente enriquecido en la historia, equivale actualmente a la exigencia de una diversidad de datos indispensables para la afirmación de la responsabilidad. Es preciso que el sujeto sea imputable, es decir, capaz de comprender y querer la acción antijurídica. Es después necesario que la acción, dolosa o culposa, se haya ejecutado con conocimiento real, o al menos posible, de la antijuricidad. Por último, la culpabilidad se halla ausente si está presente un motivo particular de exclusión de la culpabilidad (estado de necesidad exculpante, coacción grave condicionante del proceso de motivación, etcétera).

Existe amplio acuerdo en la doctrina continental sobre los elementos integrantes de la culpabilidad. Esta situación es observable en el derecho penal alemán, austríaco, suizo, italiano, portugués o español. Por el contrario, se asiste hoy a una crisis profunda en lo que concierne al fundamento de la culpabilidad. La llamada teoría general de la culpabilidad ha supuesto una rectificación del punto de vista «clásico», según el cual la culpabilidad debe materialmente concebirse como posibilidad, al alcance del autor, de obrar de modo diverso a como lo hizo. Por otra parte, una amplia orienta-

---

(\*) El presente estudio ha sido redactado para el homenaje al profesor Dr. D. Manuel López-Rey y Arrojo.

ción concibe en sentido preventivo tal elemento del delito. Esto supone una crítica de la teoría retributiva precedente, es decir, de la comprensión de la culpabilidad como dato o materia que conduce a la aplicación de una pena entendida como retribución.

La situación presente puede, pues, ser doblemente caracterizada. Por un lado aparece intensificada la exigencia de elementos, ulteriores a la acción antijurídica, que evidencien la relación personal o subjetiva entre el sujeto y la acción. Esto acentúa progresivamente las garantías personales frente al *ius puniendi* estatal. En tal sentido se ha insistido especialmente en la caracterización de la culpabilidad como límite de la pena. Aparece así como manifestación del *status libertatis*, es decir, como exigencia negativa dirigida al Estado, en el sentido de que no sea impuesta la pena sin que medie —y en la medida en que se halle presente— la culpabilidad.

Pero por otro lado pone de relieve la discusión una profunda crisis del principio de culpabilidad. Esta crisis no se refiere a sus eventuales elementos constitutivos sino al fundamento mismo del principio. La distinción entre elementos constitutivos, propios de un sistema jurídico, y fundamento hace que resurja el contraste entre culpabilidad en sentido formal y en sentido material. Es esto, precisamente, el objeto central de la discusión. La teoría retributiva, como indica Hart, ha experimentado una profunda sacudida en el pensamiento penal de hoy (1). En la literatura alemana ha cedido el paso a la *teoría general de la culpabilidad*, en la que se afirma que la posibilidad de establecer que un hombre, en una situación concreta, *pudo obrar de otro modo* es científicamente indemostrable. Según esta orientación cabe únicamente conceder que otro sujeto, o el hombre medio, hubiera respondido a la expectativa dimanante de la norma jurídica. La culpabilidad deja así de ser una realidad subjetiva, personal o individual, para transformarse en un elemento prioritariamente impersonal del delito. Es controvertible que la llamada teoría general de la culpabilidad respete la función que el principio de culpabilidad trata de desempeñar en el concepto de delito.

Por otra parte, otras orientaciones conciben en sentido preventivo este elemento del delito. Destacan que la pregunta sobre si el sujeto pudo obrar de otro modo o no posee sentido, o es científicamente indemostrable, y señalan que la categoría ha de ser relacionada y reconstruida conforme a la teoría de los fines de la pena. La culpabilidad no trata, pues, de establecer si el autor pudo obrar de forma diversa a como lo hizo, sino que selecciona las hipótesis en que no se encuentra presente la necesidad de pena. En este sentido se orienta en la literatura penal española Gimbernat Ordeig, para quien la culpabilidad nada añade a la acción anti-

(1) HART, H. L. A., *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, en *Punishment and Responsibility (Essays in the Philosophy of Law)*, ed. 1970, páginas 1 y sts.

jurídica. Selecciona más bien hipótesis, como la enfermedad mental o el error invencible de prohibición, en que la imposición de la pena no es necesaria por motivos de prevención general o especial (2). La categoría culpabilidad cumple así una función esencialmente negativa. En la culpabilidad se desenvuelven teóricamente los criterios conforme a los cuales la realización de la acción anti-jurídica no conduce, sin embargo, a la imposición de pena al autor.

La discusión actual evoca los contrastes entre «dirección clásica» y «dirección moderna» en la ciencia penal del pasado siglo. Es nuevo, sin embargo, el punto de vista metódico desde el que la discusión se desenvuelve. Esta se apoya, por una parte, en la moderna filosofía de la ciencia, que considera científicas únicamente las proposiciones teóricas contrastables, susceptibles de someterse a sucesivos intentos de falsación o corroboración. En otro sentido, toma en cuenta el debate, la crisis actual de la metafísica. Engisch indica que no es demostrable científicamente el «poder obrar de otro modo» (*Andershandelnkönnen*), en el cual la concepción clásica, retributiva, veía el núcleo de la culpabilidad (3). Y Hart señala que la anterior confianza en que la responsabilidad se basa en haberse quebrantado el derecho cuando era posible respetarlo se ha debilitado por diversos motivos. Se cuestiona si esta proposición posee significado. Supuesto que no forme parte de las proposiciones carentes de sentido, es controvertido si tal base de la responsabilidad puede comprobarse o acreditarse (4).

La presente exposición reivindica el carácter individualizador del principio de culpabilidad. Una acción sólo puede caracterizarse, en atención a sus propiedades básicas, no accidentales, como jurídica o antijurídica. La antijuricidad se halla animada por el criterio axiológico de que ha de tratarse lo igual como igual. Las propiedades homogéneas de la acción, es decir, su peligrosidad para el bien jurídico (desvalor de acción) y la determinación del resultado (desvalor de resultado) han de conducir unitariamente a su estigmatización como comportamiento discrepante del orden jurídico, sea cualquiera el sujeto que lo realice. Como ha sido indicado la antijuricidad equivale a una caracterización objetiva, impersonal, de ese comportamiento.

La culpabilidad se halla animada por un principio diferente. Consiste en la determinación —y desaprobación— del enlace personal o subjetivo entre el autor y su acción. Este enlace es irrepetible y eminentemente individual. Depende de la personalidad sin-

(2) LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979; GIMBERNAG ORDEIG, E., *El Sistema del Derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, págs. 146 y sts.; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., 1982, págs. 95 y sts.

(3) ENGISCH, K., *Die Lehre von der Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2. Aufl., 1965, págs. 24 y sts.; HASSEMER, W., *Alternativen zum Schuldprinzip?*, en BAUMGARTNER y ESER, *Schuld und Verantwortung*, 1983, págs. 101 y sts.

(4) HART, H. L. A., *cit.*, pág. 1.

gular, de las relaciones afectivas, psicológicas, espirituales y de los medios alternativos de acción a disposición del autor. La culpabilidad presenta, pues, una especificidad antropológica, psicológica y personal irreductible a cualquier otra pauta. Es el ámbito en que penetra en el concepto de delito el criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual.

Estos presupuestos sugieren un distanciamiento de la llamada teoría general de la culpabilidad y de la orientación que la asigna carácter meramente preventivo. La primera transforma una dimensión personal en una realidad impersonal y produce un trastorno de principio en la característica. Las concepciones preventivas, si bien pretenden atenerse a criterios científicos objetivables, conducen en realidad a la supresión de la culpabilidad como elemento positivo, constituyente, del concepto de delito. El problema enigmático de la culpabilidad permanece abierto siempre a la investigación. Toda toma de posición tiene que contar con que se enfrentará dialécticamente con sucesivos puntos de vista. En este contexto nadie puede pretender haber dicho la palabra definitiva. Con estas reservas es emprendida la consideración de dichas orientaciones.

## II

La discusión debe comenzar por la determinación del sentido propio de la llamada teoría normativa, a la que suele relacionarse con el pensamiento de que el poder obrar de otro modo es el fundamento material de la culpabilidad.

En las décadas finales del pasado siglo ejerció un amplio dominio la llamada teoría psicológica, que considera la culpabilidad como relación anímica, psíquica, entre el sujeto y la acción. Esta relación presenta dos especies, es decir, el dolo y la culpa.

La teoría normativa destaca críticamente que la culpabilidad no consiste —o no consiste siempre— en una efectiva conexión psíquica entre el sujeto y el hecho. Tal relación psíquica no se encuentra presente en la culpa inconsciente o sin representación, en la que falta el enlace cognitivo real entre sujeto y hecho anti-jurídico. La culpa inconsciente es desde la perspectiva psicológica una simple nada, algo no positivo, negativo, que se reduce a la desatención o el olvido. La teoría normativa señala también que en el estado de necesidad exculpante, inversamente, realiza el sujeto consciente y voluntariamente la acción para neutralizar un peligro para intereses legítimos —como en la hipótesis de la *tabula unius capax*— y, pese a encontrarse presente el enlace anímico, está ausente la culpabilidad.

La teoría normativa muestra, pues, críticamente que la culpabilidad no puede ser teóricamente concebida como suceso anímico real. La precedente teoría psicológica es atacada así en su núcleo fundamental. Aparece como una orientación teóricamente insatis-

factoria, o como una proposición que no refleja conceptualmente las propiedades del objeto que trata de caracterizar. En sentido positivo, la teoría normativa concibe la culpabilidad como valoración de la conexión personal, no necesariamente psicológica, entre el sujeto y la acción. El contraste lógico entre ambas direcciones radica en concebir la culpabilidad como *juicio de hecho* o, por el contrario, como *juicio de valor*. La teoría normativa entiende que la culpabilidad es una *valoración* negativa de las relaciones personales del sujeto con el hecho, a la que abreviadamente alude con el término reprochabilidad. La culpabilidad se identifica con el reproche (*Vorwurf*) jurídico del autor, o más precisamente, de la relación personal entre él y la acción (5).

Esta construcción no puede ser definida como una teoría material de la culpabilidad. Es, por el contrario, una concepción formal de este elemento del delito. En cuanto concepto formal no prejuzga cómo ha de entenderse tal categoría materialmente. Puede, pues, aceptarse la teoría normativa sin prejuzgar si sustancialmente la culpabilidad se concibe como posibilidad de actuar de otro modo, como culpabilidad por el sentimiento, por el carácter, o incluso por la conducta en la vida (6).

Esta visión del sentido de la teoría normativa se encuentra dificultada, sin embargo, por su caracterización lingüística. Tal concepción identifica culpabilidad con *reprochabilidad* (*Vorwerfbarkeit*). El núcleo de la culpabilidad se halla, pues, en el *reproche* (*Vorwurf*) por la ejecución del acto. De esta forma se sugiere que la culpabilidad equivale a una desvaloración de la relación personal entre autor y hecho antijurídico. Este juicio negativo de valoración *parece* presuponer necesariamente, por otra parte, una decisión libre, es decir, la posibilidad de obrar de otro modo del sujeto. Y el concepto de culpabilidad tendría, en consecuencia, una orientación esencialmente moral (7).

Tal planteamiento o cadena de deducciones es, sin embargo, controvertible. Para Mezger *la culpabilidad penal no es culpabilidad en sentido ético sino jurídico... Es, por tal causa, independiente del problema de la libertad del querer... La culpabilidad en el sentido del derecho penal significa la afirmación de una referencia, jurídicamente desaprobada, de la acción a la personalidad del agente... Esta personalidad se concibe como personalidad empírica...* (8).

(5) Acerca de la evolución histórico dogmática de la teoría normativa, ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974.

(6) ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930 (rep. de 1964), págs. 38 y sts.; KAUFMANN, A., *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., 1976, págs. 140 y sts.

(7) En el sentido de correlacionar teoría normativa y poder obrar de otro modo, vid., CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, 1977, págs. 23 y sts.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979, pág. 69.

(8) MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, II, 1949 (trad. de la 2.ª ed. alemana, por J. A. Rodríguez Muñoz), págs. 9 y sts.

Es claro que este punto de vista nada tiene que ver con una visión idealista, metafísica, moral, o menos todavía, religiosa de la culpabilidad. Mezger destaca que *la lucha en torno a la llamada libertad del querer —en favor del libre albedrío o del determinismo— no conmueve la firme existencia del concepto de culpabilidad jurídico penal* (9).

La teoría normativa, precisamente por ser una concepción formal, no prejuzga necesariamente el contraste entre indeterminismo y determinismo. Esto se hace más visible si se procediera a depurarla de sus peculiares implicaciones semánticas, es decir, si se sustituyen determinadas expresiones, éticamente significativas, como «reprochabilidad», «reproche», «censura» o incluso «culpabilidad» por designaciones más neutrales como podrían ser «imputación subjetiva», «atribución personal», etc. El término «culpabilidad», en los diversos idiomas evoca sin duda una decisión reprochable y el deber de responder por una decisión libremente adoptada. No debe desconocerse, sin embargo, que ese término opera en la ciencia del derecho con pérdida de sus connotaciones ético religiosas, es decir, previa una secularización característica. En este sentido no ha dejado de indicarse que el debate sobre la culpabilidad ganaría mucho en claridad teniendo presente que en las contraposiciones teóricas ejerce un peso considerable el lenguaje, Achenbach indica que el concepto «culpabilidad» como los de «delito» o «injusto» tiene una orientación metafórica que posee gran capacidad de sugestión..., y se caracteriza por una gran riqueza de implicaciones asociativas de carácter metafísico o religioso... Señala que se podría coincidir con H. Mayer en que muchos problemas de la nueva teoría de la culpabilidad surgen por la capacidad seductora del simple término «culpabilidad» y propone el término anticuado «imputación» para designar el complejo contenido de la «culpabilidad» (10).

En la literatura no siempre se percibe que cuando la culpabilidad es definida como «reproche» no se pretende más que destacar que la relación entre autor y acción se halla desaprobada jurídicamente, es decir, normativamente. Esto no supone en absoluto una referencia ética, una censura moral al autor por el hecho realizado. Especialmente es esto imposible cuando es patente una neutralidad ética de la infracción. También en el derecho penal administrativo existe la culpabilidad.

Este elemento del delito significa siempre desaprobación —ya que no «reproche»— de la conexión personal entre sujeto y acción. El Derecho estima toda acción permitida y aprobada, o prohibida y desaprobada. De forma paralela cabe referirse a la conexión subjetiva, personal, entre autor y acción. El que mediante una acción discrepante de la objetivamente debida causa un homicidio que

(9) MEZGER, E., *cit.*, pág. 9.

(10) ACHENBACH, H., *loc. cit.*, pág. 218, en nota y pág. 220. En la doctrina actual GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Lecciones de teoría jurídica del delito*, T. 2, 1983, pág. 176, alude a la «culpabilidad o imputación subjetiva».

personalmente no pudo prever obra sin culpabilidad. La acción injusta no puede serle atribuida o imputada subjetivamente. Es una acción antijurídica que, sin embargo, no es objeto de desaprobación en atención a su imprevisibilidad. Decir que la acción no es subjetivamente imputable, que la relación entre autor y acción no es reprochable o que no es susceptible de desaprobación frente al autor es referirse con terminología diversa a la misma realidad, es decir, a la falta de culpabilidad jurídica del sujeto.

Objeto de discusión no es hoy, sin embargo, el concepto normativo de culpabilidad. Esta noción sigue siendo dominante en la literatura, precisamente porque supone una superación formal de la concepción precedente psicológica. La teoría normativa señala que la culpabilidad no se agota en el dolo o la culpa y destaca que es un concepto complejo integrado por elementos diversos, como la imputabilidad, conciencia de la antijuricidad, etc. En este sentido formal, entiendo que la concepción general y las teorías preventivas de la culpabilidad no dejan de responder al modelo de la doctrina normativa. Esta tiene en su haber la depuración del concepto de imputabilidad, el reconocimiento de la conciencia de la antijuricidad como presupuesto de la pena y la espiritualización de la noción al incorporar a ella particulares causas de inexigibilidad de una conducta diversa.

El debate versa hoy ante todo acerca del fundamento de la culpabilidad, es decir, sobre si la imputación subjetiva se basa en el poder obrar de otro modo, o en el carácter del autor, etc... No se discuten, pues, los *elementos*, sino la *ratio essendi* de la culpabilidad. Es prácticamente unánime el concepto formal, mientras que desde la lucha de escuelas del pasado siglo nunca han sido tan vivas las contraposiciones sobre la esencia —y a partir de esto también sobre la existencia— de la culpabilidad.

El contraste entre concepto formal y material de culpabilidad es, pues, el núcleo de la discusión. El primero destaca los elementos que en un sistema jurídico se estiman precisos para la afirmación de la culpabilidad, o para la imputación del hecho antijurídico al autor. El concepto material cuestiona, por el contrario, el fundamento de tal atribución. En este sentido han sido proporcionadas respuestas muy diversificadas, compatibles con la pervivencia de la culpabilidad como elemento del delito, a diferencia de aquellas que patrocinan la sustitución de la categoría por la de la peligrosidad criminal (11).

La contraposición entre culpabilidad formal y material refleja los contrastes entre antijuricidad formal y material o concepto formal y material de delito. Especialmente visible es tal contraposición en el contexto de la culpa inconsciente. Esta es indiscutidamente culpabilidad en sentido formal, como modalidad reconocida

(11) MUÑOZ CONDE, F., *Über den materiellen Schuldbegriff*, en Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1978, págs. 72 y sts.; el mismo, «Introducción» a ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en Derecho penal*, 1981; MTR PUIG, S., *Lecciones de Derecho penal*, 1983, pág. 279.

de hecho en los sistemas penales. Es objeto de viva polémica, por el contrario, si en ella cabe también ver una hipótesis de culpabilidad material. Contra esta posibilidad se han manifestado diversos escritores. La cuestión se discute con base en la doctrina de la culpabilidad de la voluntad, sin prejuzgarla desde la perspectiva de la culpabilidad por el carácter (12). Desde la perspectiva de la culpabilidad de la voluntad, Kohlrausch niega también que la culpa inconsciente sea sustancial, no sólo nominalmente, culpabilidad (13).

Advirtiendo que no es posible prescindir de tal forma de culpa en el derecho positivo, Arthur Kaufmann se pronuncia actualmente en la misma dirección (14). La procedencia de tales puntos de vista ha de quedar aquí imprejuzgada. Únicamente cabe insistir, como presupuesto de la reivindicación de la naturaleza individual y dialéctica de la culpabilidad, en la falta de una conexión necesaria entre la teoría normativa y cualquier concepción material posible sobre el fundamento de la culpabilidad.

### III

La crítica considerada ha favorecido la difusión creciente de la concepción general, social, de la culpabilidad, que si bien no es una prestación original de la actual literatura ha obtenido en el presente amplio reconocimiento (15).

Esta concepción toma en cuenta que la posibilidad de determinar que el sujeto pudo obrar de otro modo en la situación concreta se encuentra en principio excluida. Esto no implica, sin embargo, que deba negarse la existencia de una disposición peculiar del hombre que lo sustrae al dominio ilimitado de la ley de la causalidad. La teoría general de la culpabilidad señala que no es imposible un juicio comparativo social, por el cual se determine si un hombre medio o una personalidad media pudo en la concreta situación proceder de modo distinto a como lo hizo el autor. Jescheck afirma que el hombre posee frente al animal o los demás seres vivos una peculiar forma de autodeterminación... El hombre es capaz de controlar los impulsos y dirigir su actuar conforme a normas y valores... Si bien es imposible determinar o establecer si en un momento concreto pudo individualmente el sujeto proceder de modo diverso a como lo hizo, el reproche de culpabilidad

(12) KAUFMANN, A., *cit.*, pág. 163, recuerda la conocida expresión de RADBRUCH, G., en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht*, 1905-1907, Bd. V, pág. 201, de que la culpa es vergonzosa responsabilidad por azar (*Die Fahrlässigkeit ist verschämte Zufallshaftung...*) como probablemente orientada (también) en el sentido del texto. Pero la lectura de la expresión, dentro de su contexto, difícilmente permite entenderla como algo distinto a la crítica de la responsabilidad por el resultado.

(13) Citado por ENGISCH, K., *Untersuchungen*, *cit.*, pág. 459.

(14) KAUFMANN, A., *cit.*, pág. 164.

(15) KRÜPELMANN, J., *Dogmatische und empirische Probleme des zocialeñ Schuld begriffs*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, págs. 337 y sts.

equivale a la afirmación de que otro sujeto en su lugar hubiese actuado de otro modo empleando la fuerza de voluntad que posiblemente le faltó al autor. Ello es suficiente para la legitimación del reproche de culpabilidad (16).

Los reparos que cabe formular a tal concepción son, en principio, lógicos. La culpabilidad pretende ser un juicio individualizador. En tanto la antijuricidad determina que la acción, hecha abstracción del individuo que la realiza, se encuentra impersonalmente en contraste con el orden jurídico, en la culpabilidad trata de enjuiciarse la conexión en que se encuentra la acción con el sujeto que la realiza. Hablar de culpabilidad general o social es, pues, contradictorio. Tal concepción, por otro lado, reproduce en el ámbito denominado culpabilidad momentos correspondientes a la antijuricidad misma. La prohibición de la acción presupone el poder general de omitirla. Este poder impersonal constituye un momento implícito de la antijuricidad del hecho, especialmente observable en el delito culposo, en el que la previsibilidad y evitabilidad general de ese hecho es predeterminante de su prohibición. El resultado no voluntario, es decir, situado más allá de la previsibilidad y evitabilidad del hombre medio, se estima extraño al tipo de prohibición en la literatura dominante. Así no responderá por delito culposo un aumovilista si el resultado lesivo no era previsible ni evitable —por tanto, no susceptible tampoco de ser voluntariamente producido— por un participante medio en este particular sector.

La llamada concepción general de la culpabilidad falsea, lógica y sistemáticamente, esta característica del delito. Es más grave aún, sin embargo, el hecho de que esta orientación equivalga a la supresión de la función que corresponde a la categoría en orden a garantizar que la persona sólo será penada de encontrarse presente y en la medida correspondiente a su culpabilidad.

El enriquecimiento progresivo de este elemento del delito es observable en la evolución moderna de la ciencia y las legislaciones. En un principio pudo estimarse satisfecha la exigencia de la culpabilidad con que estuviesen presentes el dolo o la culpa, es decir, con la repulsa de la responsabilidad objetiva. Después se ha exigido como momento constitutivo no sólo la capacidad personal del autor (imputabilidad), sino también que hubiera conocido —o al menos, podido conocer— que realizaba algo prohibido. En los sistemas penales avanzados excluye la culpabilidad el error invencible de derecho. Incluso se ha pretendido incorporar a la culpabilidad, como momento negativo que origina su ausencia, la inexigibilidad de otra conducta. Este repertorio de elementos incrementa de forma muy intensiva la realización del principio «no debe haber pena sin culpabilidad», garantizando al autor que únicamente será penado cuando haya realizado la acción de forma culpable.

(16) En *Tratado de Derecho penal* (traducción de MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F.), 1981, págs. 562 y sts.

Este proceso cultural no es intensificado, sino empobrecido manifiestamente, por la llamada concepción general de la culpabilidad. El sujeto no es penado por su propia culpabilidad, sino atendiendo al poder impersonal de otro, es decir, de un sujeto hipotético, imaginario, que en esa situación hubiera procedido de modo diverso a como lo hizo el hombre real.

Es cierto que tal concepto general no deja de experimentar *a posteriori* reducciones individualizadoras. Estas son, sin embargo, más aparentes que reales, al menos en lo que concierne a la literatura actual alemana, y poseen marcado acento naturalístico. Establecido que otro sujeto hipotético hubiera procedido de forma diversa, la teoría considerada toma en cuenta «numerosos factores propiamente causales, como la edad, sexo, lugar de procedencia, experiencias vividas, enfermedad, temperamento, estado de ánimo, cansancio, excitación, o pasiones hasta llegar a la mentalidad nacional y el influjo de la geografía y el clima», como datos que pueden restringir el margen de posibilidades del sujeto (17). Esta delimitación evidencia un intento elogiabile de concretar en cierta medida las abstracciones inherentes a tal noción general. Es posible observar, sin embargo, que la culpabilidad se orienta en un sentido idealista metafísico o apriorístico, para posteriormente someterla al contraste empírico de datos naturalísticos como los mencionados. Las referencias al «temperamento», «edad», «sexo»..., «geografía» o «clima» destacan con vivo colorido que entre estos factores se desdibujan, por ej., las deficiencias educativas, las carencias y dificultades familiares, las relaciones sociales o la escasez de medios alternativos de la decisión personal de acción.

#### IV

Entre otras direcciones críticas que participan del pensamiento de la imposibilidad de demostrar que el sujeto hubiera podido proceder de otro modo en la situación concreta se halla la representada en la literatura penal española por Gimbernat Ordeig, que caracteriza a la culpabilidad como magnitud fundamentalmente negativa. La culpabilidad es entendida como un elemento del delito que nada nuevo añade a la antijuricidad. En realidad es únicamente un filtro que retiene aquellas acciones antijurídicas en que es innecesario, por motivos de prevención general o especial, imponer la pena criminal (18). En primer lugar, retiene la acción anti-

(17) JESCHECK, H. H., *cit.*, págs. 566 y sts.

(18) GIMBERNAT ORDEIG, E., *El Sistema...*, págs. 146 y sts.; críticamente, CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y Pena*, *cit.*, págs. 33 y sts.; CEREZO MIR, J., *Culpabilidad y Pena*, en *Problemas fundamentales de Derecho penal*, 1982, páginas 179 y sts. Respecto a la literatura de habla hispana, es importante el estudio de BACIGALUPO, E., *Culpabilidad y Prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano*, en la introducción a STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, 1980.

jurídica cometida por el enfermo mental. Según Gimbernat carece de sentido la pena frente a él porque no constituye *ex ante* un factor inhibitorio que posea seriedad. Desde la óptica de la prevención especial ha de acudir en este supuesto, pues, no a la pena, sino a las medidas de seguridad. En orden a la prevención general, dice, la impunidad del loco en nada relaja la eficacia de la pena frente a los imputables, dado que éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y conocen que a ellos sí les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente (19). El otro campo en que la culpabilidad opera selectivamente, sustrayendo a la pena la acción típica, antijurídica, es el del error de prohibición. En él, se afirma, no existen tampoco razones de prevención general favorables a la aplicación de la pena, dado que los que conocen la prohibición no van a cometer incesto, o a hurtar las cosas ajenas, porque se deje de imponer la pena a quienes están incurridos en error, ya que saben que ese caso de absolución no es el suyo (20). Y por otra parte, aunque el error de prohibición fuese accidental o irrelevante no por ello aumentaría la eficacia inhibitoria de la pena, pues al ignorar la prohibición ignorarían también que la pena iba a serles impuesta (21).

La teoría examinada destaca, por tanto, la función preventiva de la categoría culpabilidad. La culpabilidad se halla ausente donde los motivos preventivo generales o individuales se encuentran también ausentes, como sucede en las hipótesis consideradas. En tanto la antijuricidad es concebida por Gimbernat como factor general para que los ciudadanos se abstengan de realizar determinadas conductas, la culpabilidad se refiere a un factor de impunidad que posee fundamento diverso, es decir, a que, según se admite psicológicamente, determinadas personas son inaccesibles a la motivación de la pena, bien por su inimputabilidad..., bien porque no han tenido ocasión de dejarse influir por ella (22).

La culpabilidad es así concebida de modo esencialmente negativo, pues su *quantum* no tiene peso propio en la evaluación de la medida de la pena ni añade nada nuevo que no estuviera ahí procedente de lo injusto (23), de modo que tal elemento del delito puede ser concebido como un filtro, por el que tiene que pasar, en su camino a la medida de la culpabilidad, la acción típica, injusta (24).

Estas afirmaciones muestran el carácter negativo de esta dirección. La teoría de la culpabilidad se transforma, de no proporcionarse explicaciones ulteriores, en una consideración de las causas de su exclusión. El autor de la acción injusta aparecerá, pues, también como autor culpable de ella, de no acreditarse que apare-

(19) *El Sistema...*, cit., pág. 148.

(20) *El Sistema...*, cit., págs. 149 y sts.

(21) *El Sistema...*, cit., pág. 150.

(22) *El Sistema...*, cit., pág. 151.

(23) *El Sistema...*, cit., págs. 147 (nota 44) y sts.

(24) *El Sistema...*, cit., pág. 148 (nota 44).

ce protegido, dentro de la categoría culpabilidad, por la mediación de un estado de inimputabilidad (enajenación, edad...) o por la presencia del error de prohibición.

## V

La presente exposición pretende reconsiderar la posibilidad de concebir la culpabilidad como juicio personal, individual, es decir, no sólo como magnitud general, impersonal, o en su caso selectiva, negativa, de acciones antijurídicas en que se encuentra ausente la necesidad de pena. Por otra parte, cuanto se indica a continuación pretende tan sólo incidir, cabría decir que dialécticamente, en la discusión actual sobre este elemento del delito. Con esta limitación sería impropio replantear el problema de si cabe verificar que el hombre, en una situación concreta, pudo proceder de modo diverso a como lo hizo. Por supuesto, debería entenderse científicamente inadecuada la solución del interrogante acudiendo a argumentos apriorísticos o metafísicos (25). Únicamente cabría, a lo sumo, tomar en cuenta datos procedentes de una descripción rigurosa de hechos antropológicos observables. Estos hechos sugieren la existencia de una línea diferencial de demarcación entre acaecer de la naturaleza, conducta de otros seres vivos y comportamiento humano. Respecto a la existencia de tal línea, indicativa de que el hombre no está vinculado inexorablemente al instinto o a un esquema prefijado de acción, no es posible ofrecer prueba en sentido científico natural. El método científico natural, sin embargo, no es el medio único ni exclusivo para el conocimiento de la realidad. En particular no pueden explicarse en términos científico naturales la innovación artística o cultural o la creación científica. Es difícil conceder que proposiciones teóricas como la teoría preventiva de la culpabilidad o la culpabilidad por el carácter sean puras consecuencias causales explicables en función de factores preexistentes. Más bien hay que comprenderlas como productos críticos, sin duda afinados, que surgen de una acción intelectual espontánea, aplicada al conocimiento de la realidad (26).

En virtud de la desconexión, al menos relativa, del hombre respecto a la causalidad, suceder humano e historia no pueden explicarse unilateralmente como producto de factores causales. El hombre no responde, al contrario que el animal, a un esquema rígido de acción. Dispone de fluidez para la orientación del comportamiento. En esta base descansa la posibilidad del derecho, es decir, de un sistema de prohibiciones y mandatos cuya infracción no es

(25) WELZEL, H., *Reflexiones sobre el «libre albedrío»*, en ADPCP, 1973, páginas 221 y sts., profundamente sobre las perspectivas filosóficas (gnoseológicas) del problema.

(26) Sobre la indicación, vid. WELZEL, H., *loc. cit.*, págs. 224 y sts.

causalmente calculable con seguridad. La cuestión de la culpabilidad hallaría en descripciones metódicas más detalladas una base que no incurre en apriorismo ni puede ser acusada de elegir una vía no racional para la discusión.

## VI

La admisión de la espontaneidad como dato antropológico general no equivale, sin embargo, a una justificación del carácter personal, individual, de la culpabilidad. Este propósito exige recordar de nuevo que la antijuricidad es un elemento objetivo, impersonal, que considera la incompatibilidad de la acción con el orden jurídico de la sociedad. La culpabilidad, por el contrario, no se nutre de puntos de vista generales, sino de la determinación de las relaciones eminentemente personales entre autor y acción. Este juicio individualizador debe, pues, penetrar cada uno de los elementos que integran, según la doctrina dominante, esta característica del delito, teniendo presentes los factores que posibilitan la individualización.

a) En primer lugar tal individualización ha de ser realizada en el seno de la imputabilidad, es decir de la determinación de la capacidad del autor para comprender y querer el hecho delictivo. Apenas hace falta señalar que el examen de la imputabilidad se desenvuelve de forma generalizadora, afirmándose que esta cualidad la posee toda persona mayor de edad penal y psíquicamente sana. De este modo no son tomadas en cuenta todas las características de la personalidad relevantes para la ponderación jurídica de este elemento del delito. Esta ponderación no puede referirse solamente a factores biológicos, psicopatológicos, o en sentido más amplio, naturalísticos. Por el contrario, para la capacidad de culpabilidad poseen alta significación los factores sociales y culturales. La capacidad para responder al mandato o prohibición jurídica no le es dada de forma general al hombre. Esta capacidad depende fundamentalmente de sus relaciones sociales. Defectos culturales, analfabetismo o pertenencia a culturas marginales, influyen relevantemente sobre la imputabilidad. Este elemento se estudia hoy ante todo en la línea de una criminología orientada biológicamente, en la que pesan puntos de vista psicopatológicos. No se destaca en la medida procedente que las relaciones sociales del autor son relevantes —por tanto no pueden ser suprimidas— en el ámbito de la imputabilidad.

b) En segundo lugar la individualización ha de jugar un papel primordial en el campo de la conciencia de la antijuricidad, o inversamente, del error de prohibición. En este contexto se opera con criterios generalizadores, cuando no con ficciones. Los primeros son visibles cuando se afirma que el conocimiento del hecho descrito como legalmente punible puede ser suficiente para afir-

mar, en los *delicta iuris criminalis*, el conocimiento de que se hace algo prohibido, o cuando se sostiene, en lo que concierne a los delitos pertenecientes al núcleo del derecho penal, que no es precisa la prueba de la conciencia de la antijuricidad. Se introducen de este modo, en un campo renovado por la moderna teoría del delito, puntos de vista que actúan en contra de la exigencia efectiva, probada, de la conciencia de la antijuricidad, contaminando la culpabilidad con presunciones incompatibles con su exigencia real y efectiva. Esto es observable en la tendencia a elaborar *topoi*, criterios directivos del tratamiento de la evitabilidad del error. Así cuando se advierte que el hecho de haber consultado a un letrado no es por sí mismo decisivo; que la tolerancia oficial de infracciones normativas no excluye por sí sola la culpabilidad; que puede no ser inexcusable el error por razón de la elección de la persona que ha de informar; que en situaciones jurídicas dudosas, no existente sentencia firme, no debe el sujeto confiar en la legitimidad del punto de vista que le favorece... O cuando se indica que al esfuerzo de conciencia se le exige en el campo del error de prohibición tensión mayor que en el ámbito de la culpa (27). La jurisprudencia alemana —y en medida mayor aún la española, antes del nuevo art. 6 bis a), párrafo último, introducido en el código penal mediante L. O. de 25 de junio de 1983— consideran el error como algo excepcional, actitud criticable, ya que como destacan diversos autores, en la pleamar legislativa de la época, el error de prohibición debe operar como válvula jurídica inapreciable (28).

La cuestión de la evitabilidad del error no tiene por qué ser sometida a pautas directivas generales. No hay motivo para que surjan en este campo singular reglas que se distancien del principio de la libertad judicial en la valoración de la prueba. Desde esta perspectiva procesal lo decisivo es si el Tribunal llega a la conclusión de que el sujeto realizó la acción incurriendo en error de derecho. En las hipótesis de duda, ha de acudir también en este área al criterio *in dubio pro reo*.

c) Especialmente problemática es en la actualidad la posibilidad de una revisión de la doctrina de la inexigibilidad de otra conducta distinta de la realizada. La teoría de la culpabilidad inspirada en la filosofía de los valores concibió la inexigibilidad de otro comportamiento como causa general, supralegal, de exclusión de la culpabilidad. El sentido de la concepción era destacar que cuando el autor no procedió de forma diversa a como lo hubiese hecho la generalidad de los hombres debía estimarse ausente la culpabilidad. Contra la teoría de la inexigibilidad se pronunció abiertamente el derecho penal del nacionalsocialismo, que la consideró reflejo de una visión jurídica liberal o de un humanitarismo desfalleciente.

(27) CRAMER, en SCHÖNKE-SCHÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 Aufl., párrafo 17, 11 y sts., respecto a las indicaciones jurisprudenciales del texto.

(28) CRAMER, cit., párrafo 17, núm. 21, advierte sobre el carácter estricto de la jurisprudencia.

En la actualidad está extendida la opinión de que la fórmula de la inexigibilidad no proporciona un criterio normativo, valorativo, sino solamente un principio regulativo, en sí mismo neutro, vacío, para la decisión judicial de hipótesis dudosas. Por otra parte, en la literatura se destaca que la admisión del criterio llevaría a una pérdida de vigencia del orden jurídico, a que se debilitara la prevención general o a una desigualdad en la aplicación del derecho (29).

Estos argumentos son, sin embargo, controvertibles. En el ámbito de la culpabilidad se trata precisamente, de captar los elementos diferenciales presentes en el caso, elementos que exigen que el autor no sea tratado sin considerar sus relaciones efectivas con el acto. El derecho, por otro lado, no pierde vigencia, ni la prevención resulta debilitada porque se declare la ausencia de culpabilidad de quien experimentó la presión de circunstancias concomitantes a las que cualquiera hubiese sucumbido. La realidad es particularmente aciaga en ocasiones para el individuo y la fuerza de resistencia personal insuficiente para cumplir la exigencia de la norma. No encontrar en estos casos un motivo para negar la culpabilidad es sacrificar un criterio axiológico superior a valores de inferior rango, como la seguridad jurídica o la vigencia utilitaria del ordenamiento jurídico. Ha de reconocerse, sin embargo, que el replanteamiento de la función de la inexigibilidad, es decir, del núcleo de verdad propio de esta doctrina, exige una crítica particularmente cuidadosa (30).

## VII

Las indicaciones precedentes reivindican, como ha sido señalado, el carácter eminentemente individualizador, positivo, concreto, del elemento culpabilidad. Esta individualización ha de realizarse atendiendo a las posibilidades y capacidades del autor concreto, tomando en cuenta su formación, profesión, educación, posibilidades económicas, situación familiar, para enjuiciar en tal sentido concreto la conexión personal real existente entre él y el hecho tipificado como delito. En consecuencia, ha de superarse la abstracción característica de la teoría actual de la culpabilidad, que ad-

---

(29) El criterio sobre la admisibilidad de la inexigibilidad como causa general de exclusión de la culpabilidad es predominantemente negativo. Excesivamente categórica la posición de MAURACH, R., *Strafrecht*, Allg. T. Tbd. 1, Aufl. (ed. de ZIPF, H.) de que desde tal punto de vista general la inexigibilidad posee solamente interés histórico.

(30) RODRÍGUEZ DEvesa, J. M., *Derecho penal español*, p. gen., 8 ed., 1981, páginas 610 y sts.; DÍAZ PALOS, F., *Culpabilidad jurídico-penal*, 1954, págs. 66 y sts. Respecto a la evolución histórico dogmática y el desarrollo del principio en la literatura española, sigue constituyendo el estudio de SAINZ CANTERO, J. A., *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, 1965, ante todo págs. 109 y sts., la contribución más informada.

mite la posibilidad *general* de obrar de otro modo y sólo posteriormente *resta* de esta magnitud afirmativa notas o hechos de carácter esencialmente natural (enfermedad, sexo, clima o geografía...). La posición aquí mantenida toma en cuenta frente a la doctrina dominante las relaciones sociales del autor. Estas relaciones sociales son significativas para la determinación y valoración en que la culpabilidad consiste. Carencia de medios, paro laboral, emigración, desconocimiento del idioma, falta de integración social, frustración familiar, abandono juvenil, deficiencias educativas, inadaptación, marginación, ausencia de medios alternativos al hecho, contribuyen en medida al menos tan significativa como los factores puramente biológicos o naturales a la deformación de la voluntad. La desigualdad entre los hombres ha de ser atendida por la categoría considerada, si se pretende que se incorpore al delito el pensamiento de que no sólo ha de tratarse lo igual como igual, sino también lo desigual como desigual.

Estas indicaciones han de ser completadas en otro sentido. La concepción general de la culpabilidad concibe ésta de forma dualista, trazando cortes en la realidad. En primer lugar destaca la capacidad general del hombre para el obrar espontáneo. Sólo en segundo término toma en cuenta *ex post* los datos que limitan esta posibilidad general de acción. El reconocimiento de tal capacidad general grava apriorísticamente al sujeto. La espontaneidad, desconectada de los factores sociales que presionan a la acción, constituye un indicio que se transforma en realidad definitiva si no existe prueba de un factor condicionador de la acción. Puede decirse que aquí se pone también de manifiesto el sistema lógico formal de la regla-excepción. Esta forma dualista de abordar las cuestiones informa la práctica jurídica. En ella es visible el dominio de la abstracción o la ausencia de individualización. En el campo de la imputabilidad la ponderación de la capacidad concreta del autor sólo tiene lugar en casos excepcionales, en que están presentes, por ejemplo, datos psiquiátricos ostensibles. El desenvolvimiento práctico del problema de la conciencia de la antijuricidad está también nutrido de ficciones. Puede considerarse un progreso que el nuevo artículo 6 bis a) del C. p. español obligue a tener presentes no sólo las circunstancias del hecho, sino las del autor, para determinar la evitabilidad del error.

El problema se orienta en diverso sentido si se tiene en cuenta que la culpabilidad es una magnitud individual, como ha quedado destacado y dialéctica. No puede, pues, concebirse como el balance de lo positivo sometido al descuento lógico formal de lo negativo, sino como una unidad de elementos antinómicos. Lo que se denomina culpabilidad es constitutivamente una unidad de elementos contrapuestos o antagónicos. Espontaneidad y causalidad se condicionan simultáneamente, de forma recíproca. Debe por ello considerarse como una magnitud dinámica —como un *proceso* previo a la acción— en que los datos sociales y caracterológicos poseen tanta significación como el dato de que la decisión humana no

responde al modelo causal utilizable para la hermenéutica de la naturaleza. *La pregunta sobre la culpabilidad es así, simultáneamente, una interrogación sobre los factores negativos de la culpabilidad.* Cabría decir con Bloch que el concepto tiene dos caras, que encierra una lucha, y desenvolver en este sentido el problema de la culpabilidad.

El empleo de la designación concepción individual, dialéctica, de la culpabilidad es portador de un doble llamamiento. Plantea la necesidad de retornar, frente a la concepción general dominante, al pensamiento de la individualización, de la personalización del problema de la imputación subjetiva. Pero en segundo lugar trata de señalar la necesidad de superar la consideración criminológica convencional, con su matiz naturalista, en beneficio de una criminología que entienda el delito como conflicto y, prioritariamente, como conflicto social.