

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

Una Concepción de la Culpabilidad para el Perú

TESIS Para optar el grado académico de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

AUTOR

Robinson Octavio Gonzales Campos

LIMA – PERU 2006

A Teofila leonor, mujer
andina, laboriosa, amorosa,
recta y tierna; a quien debo
todo lo que soy, GRACIAS
MAMÁ.

A Olga, Esperanza, Aldina,
Robinson y Víctor, mis hijos; la
razón de mi vida.

INDICE

DEDICATORIA

INTRODUCCIÓN.....6

CAPITULO I

LA CULPABILIDAD EN LOS ORÍGENES DE LA DOGMÁTICA PENAL.....21

1.1. El campo semántico del concepto de culpabilidad.....21

1.2. Antecedentes históricos.....23

1.2.1. El primer atisbo de culpabilidad en la doctrina. La imputatio
en Puffendorf 24

1.2.2. Césare Bonesana (Beccaria).....25

1.2.3. La escuela clásica: (la Escuela Liberal).27

1.2.4. El Positivismo criminológico.29

1.2.5. El Positivismo legal.....32

1.2.6. Fuentes del retribucionismo.....35

1.2.7. El finalismo como corriente dogmática.42

CAPITULO II

EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD EN LAS ESCUELAS

PENALES.....44

2.1	La teoría psicológica de la culpabilidad.....	45
2.2.	Teoría normativa de la culpabilidad.....	49
2.3.	Teoría puramente normativa del finalismo sobre la culpabilidad.....	53
2.4.	Teoría funcionalista de la culpabilidad.....	60
2.4.1	El funcionalismo extremo de Günther Jakobs.....	61
2.4.2	Posición de Claus Roxín sobre la culpabilidad.....	73
A.	“La culpabilidad como “poder actuar de otro modo”.....	75
B.	La culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada.....	78
C.	La culpabilidad como deber responder por el carácter propio.....	82
D.	La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivo generales.	88
E.	La culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa.	92

CAPITULO III

LA CULPABILIDAD EN LA DOCTRINA NACIONAL Y EN LA JURISPRUDENCIA.....	104
3.1. Definiciones.....	104
3.1.1. Bramont Arias, Luis.....	104
3.1.2 Roy Freire, Luis.....	105
3.1.3. Villa Stein, Javier.....	105
3.1.4. García Caverro, Percy.....	106
3.1.5. Urquizo Olaechea, José.....	106

3.1.6. Hurtado Pozo, José.	107
3.2 Culpabilidad y el hombre en concreto en la doctrina nacional.....	108
3.3 Deslindes de la doctrina nacional con el funcionalismo de Jakobs y otros supresores de la culpabilidad en la doctrina penal.....	112
3.4 Posiciones en la doctrina nacional sobre los elementos de la culpabilidad..	115
3.4.1 La Imputabilidad. Concepto General.....	115
3.4.2. Conocimiento de la antijuridicidad.....	122
3.4.3. La no exigibilidad de otra conducta.....	129
3.4.4 Una posición que merece particular comentario es la de Percy García Caveró sobre Culpabilidad que él denomina “Imputación Personal”	130
3.4.5 La Configuración Dogmática de la imputación personal.....	135
3.5. El concepto genérico de culpabilidad en el código penal peruano.....	136
3.6 Nuestra propuesta sobre culpabilidad.....	141
3.6.1 Definición de culpabilidad del autor.....	141
3.6.2 Los elementos de la culpabilidad.....	141
a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad.....	142
b) Conocimiento de la antijuridicidad del hecho.....	143
c) La no exigibilidad de otra conducta.....	145
3.6.3 Proceso penal garantista y culpabilidad del hombre concreto.....	147

CAPÍTULO IV

LA CULPABILIDAD EN LA OPINIÓN DE LOS JUECES.....	155
4.1 La culpabilidad en la opinión de los jueces.....	155

4.1.1. Universo y muestra.....	155
A. Universo.....	155
B. Muestra.....	155
C. Técnica.....	155
4.2 Resultados de la encuesta sobre la culpabilidad y su uso por los jueces en el Perú.	156
4.2.1 Presentación de resultados.....	156
A. Criterio de culpabilidad usado por los jueces penales en el Perú.....	156
B. Instrumentos para determinar la pena en relación a la culpabilidad del procesado.....	159
C. La culpabilidad como prevención general.....	162
D. La culpabilidad y el razonamiento lógico del juez.....	164
E. La determinación de la pena.....	165
F. Evaluación de las políticas de prevención general en el Perú.....	168
G. Efectos de la política criminal en relación con la culpabilidad.....	170
H. Obstáculo jurídico para la correcta administración de justicia penal en el estado peruano.....	172
I. Uso de las circunstancias concomitantes.....	174
4.2.2 Contrastación de la hipótesis en función de la muestra.....	175

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. PROYECTO DE LEY.....	177
--	-----

5.1. Conclusiones.....	178
5.2. Recomendación.....	179
5.3. Propuesta alternativa.....	180
5.3.1. Propuesta de proyecto de ley: “modificación del título preliminar y del artículo 45 del código penal peruano”.....	180
ANEXOS.....	184
BIBLIOGRAFÍA.....	234

INTRODUCCIÓN

ASPECTOS METODOLÓGICOS

LA DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué es la culpabilidad?

¿Cuál es su estructura?

¿Cuál es la posición de la legislación peruana respecto la responsabilidad y la culpabilidad?

¿Cuál es la relación de la culpabilidad con la pena?

¿Qué función cumple en la determinación de la pena?

¿Qué relación hay entre la culpabilidad y el ius puniendi?

¿Qué relación hay de la culpabilidad con la prevención general?

¿Qué relación hay de la culpabilidad con la prevención especial?

¿Cuál es el rol de la culpabilidad en un estado de derecho?

¿Puede haber un estado de derecho sin culpabilidad?

¿Por qué razón cierto sector de la doctrina alemán la considera prescindible la culpabilidad dentro del derecho penal?

FUNDAMENTACIÓN DE LA TESIS

Para nosotros no está en cuestión la existencia de la culpabilidad como categoría jurídico penal sino la fundamentación de la misma. ¿La culpabilidad se fundamenta

en el libre albedrío o en el determinismo? He aquí la clave de bóveda de la presente tesis.

En este sentido es importante el cambio de posición del autor alemán Claus Roxín quien inicialmente consideraba que la culpabilidad era un asunto de naturaleza abstracta, dado que no se podía determinar empíricamente, por estar basada en el “libre albedrío” y por tanto sería mejor eliminar la culpabilidad como categoría jurídica sustituyéndola por la de **Responsabilidad**¹. De este modo se dejaba de lado este elemento del delito esencial para los fines de la determinación judicial de la pena.²

La posición actual de Roxín³ es que la culpabilidad es fundamento y límite de la pena y garantía para el individuo frente a la punición del Estado.

La culpabilidad (schuldprinzip) es un elemento de la responsabilidad. El otro elemento de la responsabilidad sería la prevención general y especial que

¹ Debido a que, para Roxín, la discusión giraba en torno al libre albedrío sobre la exigibilidad de otra conducta acorde con la norma, lo cual no podía ser demostrado empíricamente por la amplitud del campo que comprende la conducta aceptable que deviene en abstracta. Actualmente, dentro de la categoría de Responsabilidad Roxín incluye el concepto de culpabilidad, pero, como juicio de reproche ligado a la Prevención General y especial. (confer. Roxín, Klaus; “Derecho Penal. Parte General”). Mientras que, ante esta misma problemática, Muñoz Conde, desechando también el concepto tradicional de culpabilidad propone el concepto de la culpabilidad material que presenta los siguientes elementos: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento del hecho antijurídico y la no exigibilidad de otra conducta.

² ROXIN Klaus. *“Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”*. Tomo I. Primera Edición 1997, primera reimpresión. Editorial Civitas S. A. Madrid; España; 2000. Título Original: Strafrech. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlängen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2, Auflage Beck, Munchen, 1994. Traducción de la 2º edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá. Prólogo a la versión española: Diego- Manuel Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente. Pág. 793. “Según la opinión aquí defendida, la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad”.

³ ROXÍN Klaus, Mary Belof, otros. *Determinación judicial de la pena*. Editores del Puerto. Buenos Aires, Julio 1993. Pág. 38

constituiría una garantía más para el individuo en el sentido de que aún pudiendo ser culpable puede no ser punido.

Zaffaroni también advierte este debate cuando nos dice que “Roxín traduce sistemáticamente la presencia de ambos criterios o principios, distinguiendo entre culpabilidad y necesidad de prevención: en base a ambos construye el concepto más amplio de responsabilidad. Así, afirma que en el estado de necesidad exculpante el sujeto esta disponible a la llamada de la norma según su estado mental y anímico, por lo que hay culpabilidad, pero por razones político criminales el legislador renuncia a la pena (no media la necesidad preventiva) y, por ende, no existe responsabilidad, pese a existir culpabilidad⁴”.

Como se ve el debate ya no está centrado en la culpabilidad como elemento rígido sino en la fundamentación de la misma orientada a un estado de derecho. Según este nuevo enfoque considero posible integrar estas dos teorías: una, la teoría material y otra, la teoría político-criminal de la culpabilidad que está centrada no en una imagen ideal y arquetípica de hombre promedio al servicio de una dogmática penal, sino, una imagen real del hombre concreto en sus esferas biopsicosocial que sirva de garantía a la persona contra ese gran poder del Estado que es el ejercicio del “ius puniendi” .

⁴ ZAFFARONI, Raúl E. *Derecho Penal Parte general*. Volumen II. Ediar. Buenos Aires. 2000

Sin embargo, la doctrina en la misma Alemania no es pacífica en este punto. Así tenemos autores como Gunther Jacobs, cuyas doctrinas de imputación objetiva se reflejan en un sector de la jurisprudencia peruana, quienes sostienen que la culpabilidad debe ser sustituida por la prevención general. Con esta doctrina que se centra en la fidelidad de la norma nuestra, postura que no tendría razón de ser.

He ahí el debate y el tema de la presente tesis. La legislación y la jurisprudencia en el Perú se mueven en los extremos de este debate sin llegar a definición alguna a pesar que por interpretación sistemática de nuestra constitución excluirían las posiciones doctrinales funcionalistas por estar más ligada a la organización y preservación del estado y no a la defensa de la persona.

En este sentido, cuando trato de concretar en la jurisprudencia y en la cátedra; advierto que estamos ante una concepción de culpabilidad; (desde la visión de Muñoz Conde) primero material, que obliga a individualizar, determinar a la persona a la que se le hace un juicio de reproche, y segundo, tenemos que determinar cuál es el entorno de esa persona, su idiosincrasia, sus valores axiológicos culturales, es decir, cuáles son las influencias sociales que ha tenido tal individuo para poder hacer sobre él, un juicio de reproche que corresponda a su realidad en un alto grado de atingencia.

Esta tesis puede ser complementada con el pensamiento de Roxín sobre culpabilidad cuando nos dice que entiende por culpabilidad “la actuación injusta pese

a la existencia de asequibilidad normativa”⁵. Con ello se quiere decir que es necesario afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequible “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”, cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano⁶ en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto. No se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico⁷. Pues la psicología y la psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento “con los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad”.

Sack y otros proclaman críticamente que “los planteamientos modernos de la criminología tenderían a una explicación de la criminalidad que no permitiría “imputar al individuo el comportamiento desviado”, sino que el comportamiento desviado debería considerarse parte integrante del sistema social e imputarse a éste; entonces ello debería desembocar consecuentemente en la abolición de toda sanción frente a las infracciones jurídicas; sin embargo eso sería una petición irreal, por no ser compatible con las condiciones de existencia de la sociedad.

⁵ Conocer la norma y comportarse de acuerdo a esa comprensión.

⁶ Aquí se hace referencia a un hombre sano como ideal, como modelo, como hombre promedio, como arquetipo, concepto al cual nosotros nos oponemos porque no resulta viable pensar así en un país multicultural y multiétnico como el nuestro.

⁷ Aquí coincidimos, El acto de juzgar, en lo posible, debe estar basado en la ciencia sin llegar a los extremos del positivismo.

El tipo penal generalmente está basado en la idea de un “hombre promedio” desconociendo las desigualdades sociales que condicionan algunas conductas de los individuos.

Por otro lado se objeta que bajo la consideración de los factores condicionantes se tiende a exculpar, o negar la responsabilidad de los sujetos, bajo una evidente concepción antropológica errónea que lleva, en este extremo, a considerar a los sujetos como entes pasivos de una estructura social.

Personalmente sostengo que sí se puede determinar la culpabilidad del sujeto; porque, aún a pesar de las poderosas influencias del entorno social, éstas no anulan su libertad (lo que difiere de lo que es una libertad pura)⁸, pues el sujeto mantiene la capacidad de autodeterminarse⁹, en el caso concreto, pudiendo optar libremente por un acto o por otro contrario. Con esto sentamos posición distinta de aquellos quienes consideran que la culpabilidad es una categoría que debe ser expulsada de la teoría del delito.

La antropología, la psicología y la sociología moderna confluyen en señalar que todos conformamos una entidad bio-psico-social¹⁰. Somos seres sociales con

⁸ VON LISTZ, Franz. *Tratado de derecho penal*. Traducción de la 20ª edición alemana, por Luís Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña. Editorial REUS S.A. Madrid – España 1973. Pág. 8. “(...) La observación nos enseña que cada delito particular resulta de la cooperación de dos grupos de condiciones; de una parte, de la propia naturaleza individual del delincuente; de otra parte, de las condiciones exteriores físicas y sociales, sobre todo económicas que lo rodean.”

⁹ No confundamos la autodeterminación con el libre albedrío.

¹⁰ Siguiendo la teoría de Ludvig Von Bertalanffy (1901-1972) entendemos por unidad Biopsicosocial El “Ser Humano” que es una unidad en donde los factores biológicos, psicológicos y sociales constituyen un Sistema, la Teoría General de Sistemas que desarrolló sostiene que todos los niveles de organización están

influencia de los demás, pero tenemos también el margen de autodeterminación que nos permite decidir estudiar Derecho, decidir ser heterosexual u homosexual, decidir dedicarse a los negocios o a otra cosa, como por ejemplo dedicarse a actividades ilícitas e incurrir en delito. Al conocimiento de este hombre concreto ha contribuido mucho la psiquiatría, la psicología y la antropología forense (ver bases sociológicas del proyecto de ley in fine).

Tomando todo lo expuesto hasta el momento considero que es posible determinar la culpabilidad desde un punto de vista material y político criminal; mas, para graduar la fuerza de la punibilidad se debe determinar el grado de culpabilidad, tal como dice Eugenio Raúl Zaffaroni¹¹, el grado de mayor o menor vulnerabilidad que tenga el agente, la capacidad que tenga el agente de motivarse en la norma y esta falta de capacidad no sólo es porque el sujeto sea inimputable, sino también por falta de información, por razones culturales, sociales, económicas, etc.

Finalmente, postulo que en nuestra sociedad concreta, heterogénea y contradictoria, donde las diferencias no son meramente cuantitativas sino especialmente cualitativas, hablar de un hombre o una mujer promedio¹², sería un error, un

unidos de tal forma que el cambio en uno necesariamente afecta a los otros. No descuidamos recordar que en esta unidad se encuentra el Espíritu que hace a este sistema trascendente. Los factores biológicos, psicológicos y sociales conforman un sistema único en cada ser humano formando una individualidad a manera de "huella digital" llamada "Personalidad"; que es la peculiar manera de pensar, sentir, actuar y comunicarse que tiene cada persona. Cfr. Bertalanffy Von, L. Teoría General de los Sistemas. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1976 / Concepto aplicado también por MERANI ALBERTO L, en Psicología Genética.- Ed. Grijalbo- México DF. 1976

¹¹ ZAFFARONI. Raúl "Derecho penal Parte General Volumen II" Ediar. Buenos Aires. 2000. Ver de la Pág. 620 en adelante.

¹² BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel; *"Manual de Derecho Penal. Parte General"*; pp. 260: "Para analizar si una persona pudo actuar de una forma diferente, no debemos centrarnos en el analizar al sujeto -valorización que ya se hizo a nivel de la imputabilidad-, sino en la anormalidad que se presenta en la

gravísimo error; ¿cuál sería en efecto el promedio de un entendimiento basado en una lógica ancestral explicada en quechua con una lógica occidental expresada en español con raíces griegas y latinas?, ¿cómo hallar el promedio entre la confianza y seguridad en las convicciones que tiene un ciudadano acaudalado de la ciudad con un poblador indigente de las serranías? y así en muchos otros ejemplos, veríamos que definitivamente, para determinar la culpabilidad no hay otro camino que conocer al hombre al que se le deba aplicar el juicio de reproche llamado culpabilidad, éste es el contenido básico de esta tesis, que apunta a sustentar por qué y de qué modo, en cada proceso penal, se debe hacer un estudio del hombre en su situación real (urbana o rural), no sólo desde el punto de vista de un diagnóstico que nos confirme si cometió o no cometió el hecho punible, sino desde la perspectiva existencial, verificando la historia de esa persona de quien se acredita que cometió el hecho delictivo; examinando cuáles son sus influencias o Inter-influencias sociales, biológicas o psicológicas concretas, para poder por lo menos dar cumplimiento al artículo 45 del CP que toma en cuenta estos aspectos (los condicionamientos sociales), los mismos que nos llevan a tener la medida en que se va a responsabilizar a la sociedad por las deficiencias o por la mayor vulnerabilidad que tiene el agente, como también la co-culpabilidad del Estado¹³.

Sostengo la necesidad de no concebir la culpabilidad en abstracto, a fin de no declarar culpabilidades teóricas (basadas en un hombre sano, promedio) sino

situación, dado que ella es lo que lo determina a actuar de una forma u otra. Si actuó conforme a lo que hubiera hecho un ciudadano medio, entonces el derecho no debe intervenir, pues el derecho no puede sancionar conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio (el derecho no exige comportamientos heroicos ni santos)." Comparto la distinción de los momentos del reproche, más no su concepto de determinación.

¹³ Entiéndase la responsabilidad del Estado por no haberle dado todas las oportunidades a la persona.

concretas y específicas para personas de carne y hueso, condicionadas por las presiones, influencias, deficiencias y limitaciones de un determinado entorno social¹⁴.

OBJETIVOS DE LA TESIS

▪ **OBJETIVO CENTRAL**

Aportar una reflexión teórica sobre la “Culpabilidad” adecuada a nuestra realidad.

▪ **OBJETIVOS SECUNDARIOS**

A- Precisar los fundamentos teóricos y las razones de orden sociopolítico, para la imposición de una sanción o pena según el grado de culpabilidad del reo, en oposición con la tradición de una culpabilidad abstracta, supuestamente probada sólo desde la comisión u omisión de un hecho típico.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; *“Teoría General del Delito”* Editorial Themis, 1990; pág. 101 y 102: “La culpabilidad no es un fenómeno individual sino social. No es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es pues, la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad. De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico y que no es una categoría abstracta o ahistórica al margen, o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del derecho penal...”

B- Fundamentar un modelo de razonamiento lógico jurídico consistente, basado en el análisis concreto de los casos penales, que permitan advertir el error de comprensión en todos los niveles de la evaluación o determinación de la culpabilidad, impulsando así una conducta garantista en el administrador de la justicia, que motive al Juez al conocimiento del perfil biopsicosocial del procesado.

C- Delinear el perfil de la responsabilidad del Estado, como medio para reclamar de éste una real adecuación de su Política Social General y de lo que en ella significa una real disminución de la tasa delincencial.

D- Plantear alternativas de solución de orden sustantivo y adjetivo para los problemas examinados, con una propuesta legislativa.



PROBLEMÁTICA DE LA TESIS

▪ PROBLEMA CENTRAL

¿Podemos establecer criterios adecuados a la realidad peruana para que el Juez pueda determinar la culpabilidad del procesado partiendo de la culpabilidad material y el conocimiento del perfil biopsicosocial?

▪ PROBLEMAS SECUNDARIOS

- ❖ ¿Son suficientes y adecuadamente sistematizados los principios que debe utilizar el juzgador peruano para determinar la culpabilidad de los procesados en nuestro Código Penal?

- ❖ ¿Qué instrumentos utiliza el juzgador peruano para determinar la pena en relación a la culpabilidad del procesado?



HIPÓTESIS y variables

▪ HIPÓTESIS CENTRAL

El establecimiento de criterios, adecuados a la realidad peruana, para la determinación de la culpabilidad; requiere resolver: primero, la culpabilidad material del procesado; segundo, conocer al procesado en su esfera biopsicosocial y tercero, si es necesario atender los fines de la pena para tal objetivo.

▪ HIPÓTESIS SECUNDARIAS

- En el título preliminar del código penal no se determina ni se promueve el conocimiento biopsicosocial del procesado como un principio fundamental para la determinación de la culpabilidad.

- En los artículos 45 y 46 del CP, para determinar la pena, no se atienden criterios de carácter material, ni se establece suficientemente la esfera de circunstancias biopsicosociales de los procesados.
- En la diversidad de fallos judiciales es recurrente la dispersión de los criterios tanto para determinar la culpabilidad como la imposición de la pena.

DISEÑO METODOLÓGICO

Dado el carácter de tesis doctoral, la tesis tendrá un carácter predominantemente **Teórico - Descriptivo**, pero referido a la realidad concreta, lo cual implica una corroboración que permita cumplir con nuestros objetivos y llegar a una propuesta **alternativa**.

Por tanto, en forma sintética, el tipo de investigación a realizar es:

Teórico-descriptivo.

FASES DE LA INVESTIGACIÓN

- **FASE PRIMERA:**
 - Exploración **bibliográfica** de la temática sobre Culpabilidad y responsabilidad.

- Investigación jurídico-penal **comparativa**.

- **FASE SEGUNDA:**
 - **Análisis** de casos de jurisprudencia nacional.
 - **Corroboración empírica** con datos contextuales con información social multidisciplinaria.

- **FASE CONCLUSIVA:**
 - Síntesis **crítica**
 - Formulación **sistemática** de alternativas generales
 - Formulación **técnica** de iniciativas legislativas.

ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA TESIS

- La tesis se ubica sistemáticamente en un problema de Derecho penal en la parte general: referida a la culpabilidad.
- Dentro del proceso penal se ubica en la fase del juzgamiento
- La referencia central se da respecto a los *Art.: VII, 45 y 46 del Código Penal*

CAPITULO I

LA CULPABILIDAD EN LOS ORÍGENES DE LA DOGMÁTICA PENAL

Iniciemos nuestro marco teórico con el campo semántico y los primeros antecedentes en la formación de la dogmática penal europea.

1.1. EL CAMPO SEMÁNTICO DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

En la lengua de origen, que es el latín, lo que hemos de ver es si el significado sigue siendo el mismo.

El campo léxico completo lo forman:

- Culpa, ae (como sustantivo),- **La culpa**
- Culpo culpare, culpatum (formas verbales)- **Culpar**
- Culpábilis (adjetivo), que en realidad significa "**el que merece ser culpado**";
- Culpábilitas, (sustantivo generalizado) – Culpabilidad que significa por tanto la **condición por la que uno puede ser culpado**;
- Culpatio, (no tiene el equivalente en español que podría ser culpación) que es la **acción de culpar**;

- Culpator, (que tampoco tiene equivalente en español, que podría ser : culpador) que es el que se cuida de ejercer esta acción;
- Culpatus, (Adjetivo) – **Culpado**, que es en quien recae la acción del culpator; culpándus (part. pas. de fut.), que es aquel contra quien tiene que ir el culpator.

Este sería el territorio semántico de la culpabilidad; sin embargo observamos que en el latín falta la forma deponente del verbo¹⁵, que es la que hoy más se usa, es decir aquella en que el sujeto se implica en la acción.

Es evidente que para los romanos dentro de una sociedad preindustrial que pone como referencia motora del mundo a fuerzas trascendentes y conceptúa al hombre y su acción ligada a tales fuerzas, a diferencia de las sociedades industriales en la que ha surgido la idea de libertad y se ha puesto énfasis en el libre albedrío, la culpa no era un sentimiento, por lo que no se podía atribuir al sujeto, sino una condición impuesta desde fuera de él; esto es, que el núcleo semántico de la culpa está en el verbo *culpare*, y por tanto en su agente el *culpator*, de manera que sin éste no es posible la existencia ni del *culpábilis* ni del *culpatus*.

¹⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: **verbo deponente**: m. Gram. verbo latino que, con significación de activo, se conjuga con la voz pasiva// 2. en español, u. a veces para referirse a verbos intransitivos cuyo participio se usa como el de los transitivos. **verbo intransitivo**: m. Gram. el que se construye sin complemento directo.

1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El derecho penal es más antiguo que la dogmática penal que es la ciencia que lo estudia.

Este cuerpo de conocimientos científicos ha sido construido a través del tiempo y en diferentes países tales como Alemania (recuérdese a Binding y la teoría del tipo y las escuelas alemanas); Italia (con Beccaria, Carrara y Lombroso con su positivismo criminológico¹⁶, que si bien superado logró llamar la atención sobre muchos problemas); América Latina (con Jiménez de Asúa, Soler, Cuello Calón); España (con Muñoz Conde, Mir Puig, Cerezo Mir) y en el Perú (Bramont Arias, Peña Cabrera, Roy Freire y Hurtado Pozo)¹⁷

Los temas de culpabilidad como parte de una teoría del delito aparecen en el siglo XIX en donde obtiene un lugar expectante en la discusión jurídico penal.

La historia del Derecho Penal, en el campo de la culpabilidad, está dada por la importancia que, en cada etapa, se ha dado al castigo y a la víctima. Es decir, desde que la culpabilidad deviene en la justificación de la sanción, hasta que la solución del conflicto fue administrada por el Estado.

¹⁶ Ver el Quinto Estudio. ASÚA, Jiménez de. *"El criminalista"* 2da serie Tomo III. Víctor P. de Zavalía. Editor. Buenos Aires 1960

¹⁷ No debemos dejar de notar la gran cantidad de profesores de derecho penal que fueron o están estudiando en Alemania desde los 80 tal como Víctor Prado Saldarriaga, Jhon Caro, Manuel Abanto Vásquez. Y los profesores que actualmente desarrollan el derecho penal como Javier Villa Stein, Luís Alberto Bramont Arias, etc.

1.2.1. El primer atisbo de culpabilidad en la doctrina. La imputatio en Puffendorf. El Derecho Natural, a través de Samuel Pufendorf (1634 – 1694), influyó mucho en su posterior desarrollo¹⁸. De acuerdo con Jeschek, fue él quien “...creó el primer enfoque susceptible de ser desarrollado por medio del concepto de imputación (*imputatio*). Capacidad de imputación significa que una acción libre pertenece a su autor (“*ad ipsum proprie pertinens*”) y, por este motivo, es considerada como base (“*causa moralis*”) de su responsabilidad.”¹⁹

Javier Villa Stein nos comenta sobre Puffendorf que: “desde los remotos tiempos de un sistema punitivo basado exclusivamente en el resultado dañoso (sin culpa) pasando por su tratamiento inicial como categoría del delito por el autor en el siglo XVII, inspirador de Feuerbach.

Al respecto, Urquizo Olaechea remarca el hallazgo de los planteamientos iniciales sobre la culpabilidad en el concepto de imputación “Imputatio” hechos por el autor en mención. Señala que “la imputabilidad significa que la acción libre se reputa perteneciente al autor y por consiguiente fundamento de su responsabilidad”. Para Urquizo el acierto de este planteamiento se encontraba en la libertad de voluntad²⁰.

¹⁸ La teoría de la Culpabilidad encuentra sus raíces en el desarrollo del Derecho Penal Italiano de fines de la Edad Media y gracias al aporte de la jurisprudencia común que se construyó sobre aquella en los siglos XVI y XVII.

¹⁹ JESCHEK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND; “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”; Editorial Comares; 5ta ED.; Granada; España; 2002; pp. 450.

²⁰ URQUIZO OLAECHEA, José. “*Culpabilidad penal*” en: “*Una visión moderna de la teoría del delito*” Ministerio de Justicia. Lima. 1998

1.2.2. Césare Bonesana (Beccaria) en su libro “De los delitos y las penas”²¹, el mismo que consideró sería la consumación del pensamiento del iluminismo en el campo penal (1764), no pretende hacer ciencia del derecho penal, sino simplemente marcar los lineamientos de la política criminal de un Estado progresista y garantista. Beccaria sienta las bases que servirán posteriormente para construir una ciencia penal guiada por la idea de establecer un sistema de garantías al sujeto, y que al mismo tiempo dé el marco legitimante a la intervención represiva del Estado, es decir que éste en el uso de su poder político contemple un trato humanista -por tanto respetuoso de los derechos individuales- contra el supuesto infractor.

Beccaria pone las bases para el establecimiento del Derecho Penal en un Estado de Derecho. Beccaria es el menos penalista (en lo que a técnica jurídica o a elaboración de sistema se refiere) del momento fundacional del derecho penal liberal, quizá por esta razón el más crítico -póstumamente hablando- del cientificismo anético de los dogmáticos adocotrados que no reconocen lo ventajoso de un sistema penal garantista y eficiente, no solo en términos sociales y humanistas, sino también en términos económicos y políticos.

Beccaria no ofrecía a los jueces ningún sistema jurídico penal, sino que criticaba, desde una perspectiva iluminista, el sistema penal de su tiempo. Si

²¹ BECCARIA, *De los delitos y las penas*, ED. Orbis, SA, Buenos aires 1984. Tit. Or. *Dei delitti e delle pene* – 1764 Traducción: Francisco Tomas y Valiente.

este pensamiento se hubiese limitado a la crítica solamente, no se hubiese modificado en nada las decisiones judiciales, es decir, la práctica del Derecho Penal. La generación que siguió a Beccaria fue la que integró en el discurso jurídico penal la técnica de los prácticos con las ideas del racionalismo liberal. Para ello tuvieron que apelar al derecho natural contractualista²² porque carecían de constituciones o normas de jerarquía superior a la ley penal ordinaria en las que basar, sobre criterios liberales, su construcción técnica.

Sobre todo, Beccaria es el primero que se atreve a hacer política criminal, es decir, una crítica de la ley, a través de planteamientos deontológico estructurales, en función de ir tras la dignidad del hombre como prioridad para mantener las relaciones de convivencia en equidad.

La crítica contenida en la obra de Beccaria conduce a la formulación de una serie de reformas penales que son la base de lo que conocemos como Derecho Penal liberal, resumido en términos de humanización general de los criterios para la imputación y aplicación de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la Ley, Principio de Legalidad, proporcionalidad entre delito y pena, etc. Podemos decir que su obra ha corroborado por escrito las

²² FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1997 (2a.ed.),. Como *filosofía política* el garantismo se basa en la doctrina hetero-poyética del Estado-medio (Hobbes, Locke), a la que se contrapone la auto-poyética del Estado-fin (Hegel, Luhmann). Mientras que aquella ve al poder como “malo” (por su tendencial falta de límites) y la sociedad como “buena”, la cultura autoritaria ve al poder como “bueno” y la sociedad como “mala”. Por ello se asume un *punto de vista externo*, es decir, desde abajo: es el punto de vista de las personas. La primacía de la persona y la tolerancia caracterizan la igualdad jurídica (formal o política y sustancial o social). Se postula la necesidad de desarrollar la distinción entre derechos fundamentales y situaciones jurídicas y de abandonar la “ambigua figura” del derecho subjetivo, que ha servido para equiparar los derechos de libertad con los de propiedad, constitutivamente heterogéneos. Pág. 991.

exigencias jurídico-penales de su tiempo, lo que explica el éxito de su libro y su rápida trascendencia legislativa, porque en muy poco tiempo sus propuestas se formalizaron en la legislación de la época

1.2.3. La escuela clásica: (la Escuela Liberal). El positivismo impone arbitrariamente a todos los heterogéneos pensadores que los antecedieron el nombre de Escuela Clásica. Sólo de esa circunstancia epistemológica surge este rótulo. Esta aclaración pretende establecer que no propiamente los que conforman ésta son todos partidarios de una misma estructura, lo que sí es cierto es que todos parten con un referente común (Beccaria y el iluminismo del renacimiento).

La lista de expositores de esta supuesta “escuela” se abre con Francesco Carmignani, su libro “Elementos de Derecho Criminal” propone un sistema de derecho penal derivado de la razón, a causa de la anarquía legislativa de la península itálica. Entre pensadores como Pagano y Feuerbach, Carmignani es el más afortunado de los primeros que trazaron un sistema científico del derecho penal en lengua no germana. El derecho penal liberal requiere un marco jurídico liberal, o sea, una constitución; ante la ausencia, primitivismo o rudimentariedad de este instrumento, la intencionalidad política liberal de Carmignani en la construcción del sistema lo llevaba a procurarlos en la razón y a pretender deducirlos de ella.

Siguiendo el sistema de Carmignani, pero superándolo ampliamente, aparece en el escenario de la escuela liberal Francesco Carrara, conocido como “el Maestro de Pisa”, en su “Programma del Corso di Diritto Criminale²³” (1859) la construcción del sistema de derecho penal alcanza los niveles más altos de depuración técnica, tanto que cuando muere Carrara se empieza a visualizar el proceso de demolición del derecho penal liberal, y deja "una de las obras más difíciles de superar que puedan leer los penalistas, en el decir de Jiménez de Asúa". Con el derecho penal liberal construido por unos hombres que lo creen definitivo nace la convicción, técnicamente hablando, del desbrozamiento del delito y por ende del estudio de la culpabilidad como mecanismo para determinar las razones, condiciones y consecuencias de la sanción. Conviene recordar que Carrara les confía a sus discípulos la construcción del derecho penal adjetivo, es decir el derecho formal y rituario o ritual, dado que consideró su tratamiento material en Derecho Penal asentado para siempre.

Después de estos años de consolidación del pensamiento penal liberal vienen los años del decaimiento, o si se quiere de su negación para garantizar la dignidad humana como prioridad de una sociedad en sus relaciones de convivencia.

Se creía que la libertad estaba asegurada para siempre, pero siempre hay que estar velando las armas, como Don Quijote, presto a defender el ideal libertario,

²³ CARRARA, Francesco; *“Programa de Derecho Criminal. Parte Especial”*, Vol. VI; ED. Temis; Bogota, Colombia; 1973.

o por lo menos manteniendo el rigor de investigación, dado que es éste el único medio capaz de proveer de instrumentos para la defensa de las posiciones políticas en el momento en que la tiranía pretende recuperar el poder político del Estado.

Luego se consideró adecuado y necesario contar con un marco normativo de carácter general (Constitución) para ejercer el sostenimiento de la conducta garantista de los jueces, la misma que sería ineficaz y por supuesto ineficiente si es que el poder político del Estado no es limitado con las banderas políticas de la Equidad y la Responsabilidad.

1.2.4. El Positivismo criminológico. Se considera a Césare Lombroso²⁴ como fundador de esta escuela, dado que fue él quien incluyó dentro de la teoría del delito criterios anatómicos para la caracterización del delincuente. En su obra “l'uomo delinquente” pone en el centro de la escena penal al delincuente como fenómeno patológico, bajo una teoría determinista según la cual la predisposición al delito surge de características anatómicas. Sus estudios lo llevan a admitir la existencia de un delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo. Este descubrimiento identificó, en un extremo del método positivo, al criminal a partir de sus condiciones antropomórficas.

²⁴ A las obras de Lombroso, César. La medicina legale dell'alienazione (1873); L'uomo criminale (1875); L'uomo delinquente (1876); L'antisemitismo e le scienze moderne (1894); Il crimine, causa e rimedi (1899), debe incluirse las de Enrico Ferri y Rafeale Garófalo, influenciados por las teorías fisiológicas de Galton.

Para Lombroso el que delinque es un ser atávico, un europeo que no ha terminado su desarrollo embriofetal, y por ello el resultado era un ser parecido al salvaje colonizado: no tenía moral, se parecía físicamente al indio o al negro, tenía menor sensibilidad al dolor, y evidentemente era proclive a las aberraciones más extremas.

Con ello se había llegado a una “biologización del delito” y por supuesto a la positivización extrema de la culpabilidad en tanto y en cuanto estos criterios se hicieren materia objetiva y adjetiva del derecho, así la criminología nacía académicamente como un saber ordenado a señalar signos y síntomas de una especie humana inferior.

Pero como bien explica Zaffaroni, Lombroso no era un jurista, por lo que Enrico Ferri será quien le dé trascendencia jurídica al concepto de locura esbozado por Lombroso. Ferri rotula como “delincuente nato” al “uomo delinquente” de Lombroso, y ávido de protagonismo también crea esa cosa amorfa e inexistente que llama “escuela clásica”, supuestamente fundada por Beccaria y capitaneada por Carrara, donde agrupa a todos los que lo antecedieron y piensan distinto que él.

El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un “mecanismo descompuesto”. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito (aquí el problema es el acto y no la

culpabilidad) El delito es un síntoma, pero no el único. Con este razonamiento, corroborado al método lombrosiano, el “estado peligroso sin delito” se quiso limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquel que demostrara peligrosidad predelictual.

Con Rafael Garófalo completamos el trío positivista italiano, y con él queda demarcada la tesis de “guerra al delincuente” y la ciencia penal alcanza su más ínfimo nivel de contenido pensante, con el consiguiente factor obsecuente de los que se prestaron para que este tipo de mitos prosperase en gran parte del mundo occidental. Con él surge la idea de un “delito natural”, ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural sería el que lesione los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización occidental. Así, en los argumentos de Rafael Garófalo se encuentran prefigurados todos los argumentos que luego esgrimirían los totalitarismos, un derecho penal protector de un modelo de sociedad auto considerado superior.

De lo dicho, este trío logró construir un mito en materia penal, el mismo que muy bien fue utilizado para los esquemas de opresión social-antropológica de muchas culturas a esas épocas aún colonizadas; así, el mito en nuestro país subsiste, porque, de alguna manera, no se ha logrado desarraigar (entre otras razones que no son materia de esta tesis), en tanto y en cuanto no creamos

ciencia penal nacional capaz de adecuarse a nuestros requerimientos político criminales como Estado en vía de desarrollo.

1.2.5. El Positismo legal (Versiones positivistas con tendencia evidentemente progresista). Puede afirmarse la existencia de otras ramas del positivismo que no cayeron tan bajo en su nivel científico: como el de la escuela alemana (Von Liszt con su positivismo criminológico, y Binding con su positivismo jurídico).

Franz Von Liszt ocupó todas las áreas académicas que consideraba lindantes con el delito y formuló lo que él llamó “gesante Strafrechtswissenschaft” (ciencia total del derecho penal), en lo que incluiríamos al derecho penal de fondo, de forma, a la criminología, a la criminalística, política criminal y sus derivados. Von Liszt aporta una sistemática moderna al derecho penal, hasta antes de él no se tuvo una correspondencia con lo que hoy se plantea en un tratado o manual de derecho penal²⁵. Es, desde el punto de vista científico, uno de los primeros, sino el primero, en alcanzar y proponer una racionalidad moderna y progresista para el sistema penal, es decir, sienta las bases técnico-jurídicas de un Sistema de Derecho Penal garantista.

²⁵ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Obr. Cit. Pág. 13. “... es errónea toda concepción puramente biológica del crimen; es decir, su derivación exclusiva de la personalidad material y espiritual del delincuente. Y de aquí se deduce, como también de otros fundamentos convincentes, con una imperiosa necesidad, la imposibilidad de un tipo criminal antropológico uniforme. La investigación científica ha encontrado, efectivamente, hasta ahora, en el criminal por naturaleza, numerosas utopías (desviaciones de tipo normal), especialmente entre los estigmatizados por herencia, pero no resulta de ellas ningún tipo de criminal por naturaleza. Por eso se desmorona la teoría de Lombroso y de sus secuaces.”

Para Von Liszt el derecho penal es “la carta magna del delincuente”. Es decir, no protege al orden jurídico ni a la comunidad, sino al sujeto que ha obrado contra ella. Dispone para él el derecho a ser castigado sólo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley²⁶.

En su célebre Programa de Marburgo (1882) habla de que "el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal"²⁷, es decir, que la dogmática penal es la que debe acotar el poder punitivo, ponerle límite al pensamiento policial que encarnaba la política criminal.

Von Liszt adjudica a la pena, y como parte de un Estado intervencionista, un fin preventivo especial²⁸, rechazando el retribucionismo. Tal prevención tiene, a su juicio, un triple contenido: corrección de los delincuentes corregibles y

²⁶ *Ibíd.*, págs. 1 y 2. “El Derecho es la ordenación de la sociedad organizada en Estado; se manifiesta en un sistema de normas coercitivas que ligan a los particulares como a la comunidad y que garantizan la consecución de los fines comunes. Todo derecho existe para el Hombre. Tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana (Lebensinteressen). El derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses; la idea de fin da fuerza generadora al Derecho.”

²⁷ *Ibíd.*, pág. 15. “Mientras que la Política Social tiene por objeto la supresión, al menos la restricción de las condiciones sociales del crimen, la Política Criminal se ocupa del delincuente en particular. Es, en primer lugar, lucha contra el crimen, obrando de un modo individual sobre el delincuente. Exige en general, que la defensa social sobre todo, que la pena como pena de fin en particular se adopte, en su especie y medida, a la naturaleza propia del delincuente, procurando impedir, por la privación de su libertad, la comisión de otros crímenes en el futuro. En esta exigencia reside, por una parte, el medio seguro para la apreciación crítica del Derecho vigente y, por otra parte, el punto de partida para el desarrollo del programa de una legislación del porvenir.”

²⁸ *Ibíd.*, págs. 377 y 378. “El libre albedrío. Este concepto no exige más que el supuesto, incontrovertible e incontrovertido, de que toda conducta humana es determinada o determinable por las representaciones generales, y, por consiguiente, también, por las representaciones de la religión, de la moral, del derecho, etc. Ahora bien, el determinismo está enteramente facultado para formular la reprobación jurídico-social que recae sobre el acto o el autor, contenido, en último término, en el juicio de culpabilidad, mientras que el indeterminismo está incapacitado para hacerlo. Pues aquél es el único que puede poner el acto aislado en relación con toda la personalidad psicológica del autor; sólo el consigue establecer una medida para la culpabilidad, que crece o disminuye, según el acto sea, más o menos, la expresión de la naturaleza propia y estable del autor; por eso sólo él puede conducir una distinción apropiada dentro de los delincuentes, según la intensidad de su tendencia criminal (asocial), y por consiguiente, sólo él puede proporcionar un fundamento sólido a la política criminal.”

necesitados de mejora²⁹, no intervención en caso de delincuentes no necesitados de mejora y la inocuización de los delincuentes no susceptibles de mejora o incorregibles³⁰. Defiende así la pena indeterminada, esto último, en función de lo que llama la inocuización de los delincuentes incorregibles. En todo caso, ya admite la doble vía penal: penas, y medidas de seguridad.

“El positivismo normativista introdujo con precisión la categoría de la culpabilidad en la sistemática jurídico penal. (...) y finalmente, Binding sería el primer expositor en utilizar el concepto de culpabilidad dentro de un sistema penal cerrado.³¹” El exclusivo objeto de análisis del jurista, en la concepción de Binding, es el Derecho Positivo. Se excluye toda valoración meta jurídica. Cualquier problema que no quede dentro del Derecho Positivo no tiene importancia para el penalista.

El Positivismo entra en crisis desde finales del XIX, surgiendo nuevos movimientos doctrinales. Entre ellos el Neokantismo y el Finalismo.

²⁹ *Ibíd.*, Pág. 8. “El empleo conciente de la Pena, como un arma del orden jurídico en la lucha contra el crimen, es imposible sin el examen científico del crimen en su aspecto real y exterior y en sus causas interiores que se deducirán de los hechos. Esta *Teoría del Crimen*, causal y explicativa, puede ser llamada criminología (etiología de la criminalidad). (.....) La observación nos enseña que cada delito particular resulta de la cooperación de dos grupos de condiciones; de una parte, de la propia naturaleza individual del delincuente; de otra parte, de las condiciones exteriores, físicas y sociales, sobre todo económicas que lo rodean.”

³⁰ *Ibíd.*, Págs. 376 y 377. “La Imputación contenida en el juicio de culpabilidad supone dos elementos: a). La Imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*) del autor; esta se da con aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente; es decir, con la facultad que tiene el agente de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social (.....) b). La Imputación (*Zurechenbarkeit*) del acto; esta se da cuando el autor conocía la significación antisocial de su conducta, o cuando hubiese podido o debido conocerla; es decir, cuando el agente, en el caso concreto, no ha sido determinado por las normas de la conducta social. De este modo quedan fijados los fundamentos de las dos especies de culpabilidad; el dolo y la culpa.”

³¹ Vázquez Velásquez citado por VILLA STEIN, Javier. “*Derecho Penal. Parte General*”. Editorial San Marcos. Lima – Perú 1998. Pág. 24

1.2.6 Fuentes del retribucionismo:

Kantismo: Las escuelas penalistas, que derivan del pensamiento Kant, siguen el postulado idealista de la uniformidad de la conciencia humana a partir de los principios *a priori*; es decir, la convicción de que, objetivamente considerado, “sólo puede haber una razón humana”, y que “sólo es posible un verdadero sistema de la misma según principios”³², así mismo que “la libertad debe ser supuesta como propiedad de todos los seres racionales”, lo cual “no basta con mostrarla desde ciertas supuestas experiencias de la naturaleza humana (esto, por lo demás es imposible y sólo puede mostrarse a priori), sino que debe demostrársela como perteneciente a la actividad de los seres racionales y dotados de una voluntad”³³.

Con tales premisas, la culpabilidad coincide con las razones únicas y absolutas del Estado, y no es posible distinguir la no exigibilidad de la conducta reclamada al sujeto infractor.

Por esta razón a las corrientes Kantianas y Neokantianas se les caracteriza como “Teorías Retributivas Absolutas”.

³² KANT Emmanuel. *“La Metafísica de las Costumbres”*. Editorial Rei Andes Ltada. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1995. Título original: *Metaphysik der sitten* (1797). Traducido por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho.

³³ KANT Emmanuel. *“Cimentación para la Metafísica de las Costumbres”*. Editorial Aguilar. Buenos Aires – Argentina 1964. Título Original: *Grundlegung Zur Methaphysik Der Sitten*. Editado por primera vez en Riga 1785. Traducido por Carlos Martín Ramírez. Págs. 154 y 155

El problema de la proporcionalidad de la pena no viene de su relación histórica y concreta con la sociedad, sino de una jerarquización metafísica que procede de la naturaleza de la ofensa con criterio de equivalencia; haciendo una analogía con el *ius talionis*, así nos dice: “sólo la ley del talión (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y la cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen en otras consideraciones”³⁴.

Conocida es la parábola de la isla: “Aún cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla) antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de la violación pública de la justicia”³⁵.

Para el objeto de nuestro análisis destaco, cómo se expresa el retribucionismo en sus formas más extremas y en una de sus fuentes y por tanto en quienes ven la culpabilidad de manera retributiva; de otro lado, se ve claramente que la única razón para responsabilizar al infractor son los criterios de necesidad del

³⁴ KANT Emmanuel. “*La Metafísica de las Costumbres*”. Obr. cit. Pág. 167.

³⁵ *Ibíd.*, Págs. 168 y 169.

ius puniendi, lo cual además no tienen en cuenta, ni por asomo, los criterios de prevención general ni especial.

La vertiente Hegeliana. Otro representante de las teorías retributivas absolutas es G.W.F. Hegel, quien en 1817, en el apartado de su enciclopedia titulada “Filosofía del Espíritu” concibe el delito como voluntad violentamente mala que se opone al Derecho, que es una expresión del ser como idea absoluta.

Así expresa en el § 499 “... Por último, en cuanto la voluntad particular se contrapone al derecho en sí es la negación tanto del derecho mismo cuanto de su reconocimiento y de su apariencia –juicio negativamente infinito (§ 153), en que es negado, tanto el género como la determinación particular, y aquí el reconocimiento aparente-, es voluntad violentamente mala que comete un delito”³⁶.

Luego, en 1821, 36 años después de que Kant publicara *Metafísica de las costumbres*, Hegel da una versión más acabada de sus conceptos sobre las razones del castigo, superando el *ius talionis* en lo referente a la venganza que considera una “voluntad particular y subjetiva”³⁷, pues él así postula:

³⁶ G.W.F. Hegel. “*Enciclopedia de las ciencias Filosóficas*” Editorial PORRUA S.A. segunda edición. México 1963. Título Original *Encyclopädie der Philosophischen Wissenschaften*. 1817. Traducido por Francisco Larroyo. Pág. 259.

³⁷ G.W.F. Hegel. “*Filosofía del derecho*”. Editorial Universidad Autónoma de México 1975. § 103 Pág. 114.

“El derecho, en presencia del delito en la forma de la venganza (§ 102), sólo es derecho en sí –no en la forma de lo que es jurídico, es decir, no es justo en su existencia. En lugar de ser vulnerada la parte, es lesionado lo universal, que en el juicio tiene realidad propia, que se encarga de la persecución y castigo del delito; que, en consecuencia, cesa de ser sólo el cambio subjetivo y contingente por medio de una venganza y se transforma en la verdadera conciliación del derecho consigo mismo, es la pena; esto es en la consideración objetiva, como conciliación de la ley que se restablece a sí misma mediante la negación del delito y, por tanto, que realizándose como válida; y, en la consideración subjetiva del delincuente, como conciliación de su ley por él conocida y válida para él, y a su protección en cuya efectucción en él, encuentra por esa razón, también, la satisfacción de la justicia y sólo el hecho de su yo (des seinigen)³⁸.

Aquí también es evidente que la justificación del castigo es el *ius puniendi* con una contundencia mayor, por cuanto el infractor es considerado ofendido por su propia acción, que coincide con la ofensa a la idea absoluta (ontológicamente considerada), constituyéndose en una negación de la misma. De este modo, la pena, que es a su vez negación del delito, restablece el orden.

Desde esta perspectiva, la autoconciencia del que infringe la norma penal, que es de por sí negativa, debe ser superada por la autoconciencia universal y

³⁸ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 223.

objetiva del Estado, materializada en lo que la norma dictamina (consideración objetiva); y por tanto, toda culpabilidad exige una pena sin limitación alguna, quedando solamente la responsabilización que realiza el Estado, como el único tema a tratar en la persecución y punición del delito.

Actualmente, de manera abierta o encubierta, modernas teorías que derivan de esta matriz ideológica, como el pragmatismo y algunas vertientes funcionalistas, no podrán evitar las consecuencias correspondientes como son el ultranormativismo, la defensa del orden a ultranza sobre el individuo, el in dubio pro statu, la sobre estimación de la utilidad de la pena opuesta a toda consideración del hombre concreto de carne y hueso y vulnerable en sociedades desiguales, sometidos a sobre penalización por la sobre criminalización del delito, y en general opuestos a los derechos humanos y a toda consideración de corresponsabilidad de la sociedad y el Estado.

1.2.7 El finalismo como corriente dogmática. La más modesta de todas las repatentaciones de la doctrina del derecho natural fue la de Hans Welzel con su teoría de las estructuras lógico reales. Se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía decir cómo debería ser el derecho, sino sólo lo que no era derecho³⁹. A diferencia del neokantismo, para él autor el valor era lo

³⁹ WELZEL Hans. *“Derecho Penal Alemán. Parte General”*. Editorial Jurídica de Chile. 1987. Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. “Misión de la ciencia penal es desarrollar y explicar el contenido de estas reglas en su conexión interna, es decir, “sistemáticamente”. Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad. Pero la ciencia penal es una ciencia “práctica” no sólo porque ella sirve a la administración de la justicia, sino también, en un

que ponía orden en el caos del mundo y lo hacía disponible; para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas de la realidad⁴⁰.

Según Welzel, cuando se las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona, en cuyo caso deja de ser derecho.

Para Hans Welzel, el punto de partida es muy distinto a los anteriores; pone el acento nuevamente en la dignidad de la persona y en la idea de legalidad, pero sin dejar partir de la existencia de un Derecho Natural como algo dado a priori. Los resultados de las Ciencias Culturales no dependen exclusivamente de las valoraciones que el científico introduzca en su consideración del objeto, sino que el objeto que se quiere analizar condiciona los resultados del razonamiento científico.

Sigue distinguiendo entre Ciencias de la Naturaleza y del Derecho como los neokantistas. Las primeras buscan el conocimiento de la realidad causal y las del Derecho estudian la realidad de las acciones humanas en su finalidad.

sentido más profundo, en cuanto es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan los conceptos fundamentales de la filosofía práctica". Pág. 11.

⁴⁰ *Ibid.*, Obr. cit. Pág. 11 "La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares".

Así floreció el finalismo welzeliano como respuesta al neokantismo. Su originalidad no fue de cambiar de lugar el dolo (eso ya lo habían hecho Von Weber y Graf Zu Dohna) sino darle forma a su teoría dentro del marco histórico que le tocó vivir. Teoría de las estructuras lógico objetivas o lógico reales de Welzel.

El objeto desvalorado no es creado por la desvaloración sino que es anterior a ella o bien existe con independencia de la misma; el derecho, cuando desvalora una acción no la crea, pues existe independientemente del disvalor jurídico. La desvaloración debe respetar la estructura del ente que desvalora, puesto que su desconocimiento la hará recaer sobre un objeto distinto o en el vacío.

Estructuras lógico objetivas son las que vinculan al legislador con el ser de lo que desvalora. Cuando desconoce una estructura de esta naturaleza la legislación es imperfecta, fragmentaria, pero no por ello inválida, porque la valoración sigue siendo tal aunque recaiga sobre un objeto diferente. No obstante, habría un límite en que ese desconocimiento invalidaría directamente la norma: cuando lo que desconoce es la estructura del ser humano como persona.

Para Aníbal Torres Vásquez, hasta antes de la post- guerra se decía que toda ley era derecho, y ello llevó a resultados atroces por todos conocidos. Después de la debacle se hacía urgente ponerle límites al legislador, y como el derecho

supranacional y supralegal estaba todavía en gestación habría que recurrir al derecho natural⁴¹.

Las tesis de Welsel sobre el disvalor del acto y del resultado sirvieron para tener un acercamiento al tema de la culpabilidad sin entrar directamente en él.

Hasta aquí nuestro recorrido sobre los antecedentes. En el siguiente capítulo trataremos sobre las escuelas que incorporaron el tema de la culpabilidad a su desarrollo teórico penal.

⁴¹ TORRES VÁSQUEZ Aníbal. *Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho*. Palestra editores, Lima Perú 1999. Pág. 138

CAPITULO II

EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD EN

LAS ESCUELAS PENALES

Dentro de la conformación histórica de la dogmática penal la culpabilidad ha tenido un lugar importante en dicho desarrollo. Basta recordar las palabras de Luís Jiménez de Asúa cuando nos dice que: "(...) piensan muchos – y yo también – que la culpabilidad es la piedra de toque de todo derecho penal que blasone de libertad y democracia. Hace años que el profesor de la Universidad de Zurich Ernesto Haster, dijo, con una frase extremadamente elocuente y exacta, que el destino del Derecho penal se había sellado con la culpabilidad. Es la culpabilidad, tal vez, uno de los últimos caracteres que se desarrollan y perfeccionan, porque nadie ignora que en la alta edad media, la que se denomino entonces *kausal Haftung* responsabilidad por la causa y por el resultado -, era la norma general para imponer las penas. Bastaba con que se hubiese producido un hecho dañoso y que se pudieran conectar sus resultados al movimiento corporal de un hombre, para que se le declarara a este responsable. Por eso la responsabilidad era sin culpabilidad, meramente objetiva y puramente causal.

En cambio, en el derecho de Roma llega a perfeccionarse el concepto de intención, incluso el de ánimo y de dolo, que aparece con muy distintas acepciones: como artificio, como engaño bueno, como engaño malo, etcétera., y llega al fin a ser elemento esencial del delito, ya que la existencia de la culpa estuvo en el derecho de Roma muy discutida - me refiero claro esta, al derecho penal. A mi modo de ver la culpabilidad es de todos los elementos del delito, de todos sus caracteres el que mejor determina, resguarda y

garantiza el derecho democrático, porque podríamos afirmar, de una manera terminante que no puede haber delito ni responsabilidad sin que haya un hombre culpable”.

Aquí ya se puede avizorar la importancia de la culpabilidad como un elemento necesario que caracteriza el derecho penal de un estado de derecho. La culpabilidad como garantía, como filtro de justicia, no como expresión de un derecho penal autoritario sino democrático. Aquí aplicamos el aforismo de Montesquieu cuando nos dice que se puede saber si un Estado es democrático o no por su derecho penal.

2.1 LA TEORÍA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD

La teoría psicológica de la culpabilidad estaba basada en un causalismo naturalista. El aspecto psíquico paso, por primera vez, a ser un elemento relevante para el derecho penal. El derecho penal dejo de ser predominantemente objetivo para recalar en los aspectos subjetivos. El dolo y la culpa eran considerados como especie de la culpabilidad. La relación de estas especies con el hecho determinaba si el individuo era culpable o no. Fue un avance importante para asumir los aspectos subjetivos del delito. Aunque luego demostró su carencia porque la teoría psicológica de la culpabilidad reduce su conceptualización al nexo psicológico, esto a la relación psicológica del individuo con el hecho como una relación de causa a efecto. A partir de esto no sabía explicar como pueden haber conductas típicas y antijurídicas pero no culpable a pesar de ser dolosos o culposos ya sea por ser un enfermo mental o por emoción violenta o necesidad exculpante; ni tampoco en los casos de imprudencia inconsciente.

Sobre este tema Roxín opina que “el pensamiento naturalista de finales del siglo XIX, que intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos explicables por las ciencias naturales, desarrolló el “concepto psicológico de culpabilidad”, predominante hasta comienzos de este siglo; según el mismo la culpabilidad, se concebía como la relación subjetiva del sujeto con el resultado. Se consideraba “formas de culpabilidad” el dolo y la imprudencia, mientras que la mayoría de las veces la imputabilidad se caracterizaba como “presupuesto de la culpabilidad” o “presupuesto de la pena o de la punibilidad”. Representante famoso de tal concepto psicológico de culpabilidad fueron - con numerosas discrepancias entre sí - V. Buri, y v. Lozt, Loffler, Kohl Rausch en sus primeras publicaciones y Radbruch⁴²”

Según Berdugo: “A finales del siglo XIX y durante el primer tercio del siglo XX predominaba una concepción de la culpabilidad que seguía fielmente los designios del causalismo naturalista, entendiendo que su atribución a un sujeto requería la comprobación de un nexo psíquico con el hecho cometido, es decir una relación de causa a efecto que permitiera hacerle penalmente responsable del mismo. Se trataba así de trasladar el esquema explicativo de la teoría de la equivalencia de condiciones al ámbito de la culpabilidad.”⁴³

⁴² ROXÍN Klaus *“Culpabilidad y responsabilidad penal, en el derecho penal (parte general)”* Tomo I, 1ra edición. Editorial Civitas S. A. Madrid; España; 2000

⁴³ BERDUGO GÓMEZ, de la Torre, Ignacio y otros; *“Lecciones de Derecho Penal. Parte General”*; Editorial Praxis; Barcelona; España; 1999; Pág. 242.

Para Urquiza Olaechea la teoría psicológica de la culpabilidad, basada en el pensamiento naturalista de Von Listz y Beling⁴⁴, se establece como una relación psicológica del autor con su hecho, la culpabilidad se concibe como un nexo que explica el resultado; tanto así que Liszt recalco que la “culpabilidad debe ser equiparada a la responsabilidad por el resultado “. El “dolo” y la “culpa” son formas de la conexión psíquica entre el autor y su hecho. Dolo y culpa constituían la culpabilidad y cada una de ellas era reconocida como especie de la culpabilidad y variaban una de otra solo por la modalidad de la acción y el resultado típico. La relación del autor natural con el resultado era una relación psicológica: la volición en el dolo, no volición en la culpa. O como lo plantea Radbruch reduciendo dolo e imprudencia a hechos psíquicos (conocimiento o imprevisión). Base de la culpabilidad es la imputabilidad entendida como capacidad de acción. La dificultad de la teoría psicológica apareció al no poder englobar la culpa inconsciente “pues en esta no existe ninguna conexión psíquica entre el autor y la lesión.

La culpa inconsciente se caracteriza por falta de representación de su posibilidad: desconocimiento del peligro, el signo del naturalismo y la asunción de sus consecuencias tendría que llevarlos en los supuestos de culpa inconsciente de admitir el carácter psicológico bajo la suposición que en ella no se quiere la lesión, pero se prevé su posibilidad. Lo cierto es que tal como lo admitió Radbruch, en la culpa inconsciente el autor ni siquiera conoce la posibilidad del resultado y estasolo

⁴⁴ BELING, Ernesto. *“Esquema de derecho Penal”*. Traducción de Sebastián Soler. Editorial Depalma. Buenos Aires – Argentina 1944.

puede serle atribuida si aquella disposición del sujeto en un actitud antisocial, esto es si es posible que el sujeto hubiera podido actuar de otro modo.

La consecuencia del planteo de Radbruch es el abandono del la “relación psíquica” del hecho con el resultado perdiendo así su característica esencial la teoría psicológica de la culpabilidad.

La teoría psicológica tenía otros problemas: no indicaba que hechos psíquicos debían considerarse jurídico – penalmente relevantes y por que su presencia fundamenta la culpabilidad y su ausencia la excluye o como enseña Jescheck “no podía explicarse porque aún cuando el actor actúe dolosamente y, por tanto haya producido una relación psíquica con el resultado, debe negarse su culpabilidad si es un enfermo mental o se halla en estado de necesidad⁴⁵”.

Uno de los auspiciadores de esta teoría fue Von Liszt (1851 – 1919) quien afirmo que la “culpabilidad es aquella relación subjetiva entre el autor y el resultado antijurídico acaecido, al que está anudada la responsabilidad jurídica”⁴⁶; entendiéndose a la culpabilidad como el conjunto de relaciones psíquicas del autor con el suceso externo⁴⁷.

⁴⁵ URQUIZO OLAECHEA, José *“Culpabilidad Penal” en Una visión moderna de la teoría del delito.* Ministerio de Justicia. Lima 1998 Págs. 75, 76 y 77

⁴⁶ JESCHECK citando a Von Liszt (“Lehrbuch”, 8va ed.) en *“Tratado de Derecho Penal. Parte General”* Obr. cit. Pág. 450.

⁴⁷ Cabe afirmar aquí que el mismo Von Liszt en la 18ª ED. de su “Lehrbuch” concibe materialmente la culpabilidad como “la actitud interna antisocial del autor”, abandonando, de esta manera, su concepción psicológica.

Aquí se resalta claramente la influencia del positivismo con orientación hacia lo fáctico. Como se puede apreciar, esta teoría funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo y no se da cabida a algún tipo de valoración o subsunción a norma jurídica alguna.

2.2. TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

Esta teoría considera que la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche. Aquí se analiza la relación entre el autor y el hecho, el sujeto activo debe saber que está actuando contra una norma prohibitiva o de mandato.

Es mediante una decisión valorativa, y no por medio de criterios psicológicos, la forma en la que el legislador establece cuáles son los factores que pertenecen a la culpabilidad y cómo tienen que enjuiciarse la ausencia de determinados requisitos de la misma.

Según Roxín “el concepto psicológico de culpabilidad fue reemplazado en las primeras décadas de nuestro siglo por el concepto normativo de culpabilidad todavía hoy dominante. Se considera “pionero en el sentido de esta nueva concepción” el trabajo de Frank “sobre la estructura del concepto de culpabilidad” del año 1907. Frank partió de la observación de que el estado de necesidad disculpante que hallaba paulatino reconocimiento , no era explicable mediante el concepto de

culpabilidad: pues “ si el concepto de culpabilidad no abarca más que la suma de dolo e imprudencia y éstos consisten en la producción consciente o descuidada del resultado, sigue siendo del todo incomprensible cómo podría se excluida la culpabilidad por estado de necesidad., pues también el sujeto que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace. Negarle... el dolo significa simplemente carecer de lógica”.

Subrayó también la insuficiencia de la concepción de que la imputabilidad sea “presupuesto de la culpabilidad” (es decir, presupuesto para el dolo o la imprudencia): ““pues también un enfermo mental puede querer la acción y representarse los elementos que la convierten en delito; puede incluso saber que es un delito”; la imputabilidad no sería “presupuesto de la culpabilidad, sino que pertenece a la culpabilidad. Otro argumento no aducido por Frank, pero muy discutido, contra el concepto psicológico de culpabilidad consiste en que la imprudencia inconsciente no es constatable una relación psíquica del sujeto con el resultado; si se quiere mantener su carácter de culpabilidad, se ha de acudir a otro concepto de culpabilidad.

Frank extrajo de su hallazgo la conclusión de que la culpabilidad no estaba integrado sólo por la relación psíquica del sujeto con el resultado, sino por tres “elementos” de igual rango 1) por la normalidad mental del sujeto, 2) por una concreta relación psíquica del sujeto con el hecho o al menos de la posibilidad del mismo (dolo o imprudencia); 3) por la normalidad de la circunstancia en las que actúa el sujeto. Como lazo de unión, como breve “síntesis de los elementos

concretos de la culpabilidad, dio el concepto de reprochabilidad: la culpabilidad es reprochabilidad.... se ha de imputar una conducta prohibida a la culpabilidad de una persona cuando se le puede hacer un reproche por haber incurrido en ella.

De acuerdo con Peña Cabrera “es precisamente en 1907 que Frank, postula la culpabilidad como “reprochabilidad” (...) ensambla un concepto complejo de culpabilidad en el que “el estado normal de las circunstancias en las cuáles actúa el autor” es un elemento de la culpabilidad y que además tienen cabida otros, como la imputabilidad, el dolo o la culpa, la motivación normal, las causas de exclusión de la culpabilidad y la normalidad de las circunstancias concomitantes.

Para Frank, la culpabilidad es un juicio de valor apoyado en el mandato de la norma sobre una situación psíquica.”⁴⁸.

La estructura de la culpabilidad para el normativismo estaba compuesta por: a) Imputabilidad y b) Conocimiento de la antijuridicidad (el dolo o la culpa). A esto se le suma un nuevo elemento que aporta Freudenthal: c) No exigibilidad de otra conducta, es decir, si al sujeto, en el momento del hecho, de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancias que lo rodean, el derecho le puede exigir una conducta distinta a la que realizó. Los exponentes de esta visión fueron Goldschmidt, Freudenthal, Mezger, y en Argentina: Jiménez de Asúa y Frías Caballero entre otros.

⁴⁸ PEÑA CABRERA, Raúl; *“Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General”*; Editorial Grijley; 3ra ED.; Lima; Perú; 1999; Pág. 439.

Goldschmidt distingue entre norma jurídica (objetivo) y norma de deber (subjetivo). La primera tiene carácter obligatorio y general, su vulneración dota de contenido al injusto. La segunda expresa una actitud contraria por parte del autor frente al ordenamiento jurídico general y que, según él, constituye la culpabilidad. Para Goldschmidt “la culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es su posibilidad de reconducirlo a motivación reprobable (valorativamente objetable) (...) pues ésta consiste en el no dejarse motivar, objetable valorativamente, de la voluntad por la representación del deber.”⁴⁹ Aquí podemos observar a la reprochabilidad como criterio para determinar la culpabilidad, en tanto podemos valorar como reprobable una conducta que no se adecua las normas.

Berthold Freudenthal, según señala Peña Cabrera⁵⁰, plantea la dificultad de la concepción “culpabilidad e inculpabilidad”, es ahí donde indica que hay que recurrir al principio general de la exigibilidad como criterio limitador o excluyente de culpabilidad. Dicho autor afirma que la culpabilidad es la desaprobación de que el autor se haya comportado así cuando hubiera podido y debido comportarse de manera diferente.

⁴⁹ GOLDSCHMIDT, James; *“La concepción normativa de la culpabilidad”*; Editorial Depalma; Buenos Aires; Argentina; 1943; Págs. 253-254.

⁵⁰ PEÑA CABRERA, Raúl. *“Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General”*; Obr. cit.; Pág. 440.

Es Mezger quién lleva a esta teoría a un mayor progreso y quién pretende proporcionar una síntesis de dicha construcción teórica. Para Mezger⁵¹ la culpabilidad es un conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan la reprochabilidad personal del injusto.

En su momento Peña Cabrera afirmó, “Entre nosotros, dicha orientación constituye opinión dominante. Incluso nosotros mismos llegamos a sostener este parecer”⁵². Aunque, más adelante, reconoce haber superado dicha concepción; afirma, además, que los causalistas conservan fuertes cargas psicologistas, por lo que no pueden ser clasificados como “Mezgerianos”. Estas afirmaciones no toman en cuenta la realidad específica en la cual los jueces de nuestro país, dada la legislación peruana, tienen que volver a tratar el dolo y la culpa al momento de establecer la culpabilidad como presupuesto de la determinación de la pena⁵³; puesto que de no hacerlo caerían en un normativismo puro e incluso en sancionar por responsabilidad objetiva.

2.3 TEORÍA PURAMENTE NORMATIVA DEL FINALISMO SOBRE LA CULPABILIDAD

La teoría finalista de la culpabilidad se reduce a una reprochabilidad formal del acto cometido por el sujeto activo esto es a un juicio de valor; termina por desterrar el

⁵¹ MEZGER, Edmund; *“Tratado de Derecho Penal”, tomo II*; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; España; 1957; Págs.119-120.

⁵² PEÑA CABRERA; Raúl. *“Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General”*; Obr. cit. Pág. 441

⁵³ MIR PUIG, Santiago; *“Derecho Penal. Parte General”*; 3ra ED.; ED. PPU; Barcelona; España; 1990. Más allá de estos supuestos, excepcionales, la punibilidad afecta a todas las categorías del delito, que es ante todo un hecho punible. Pág. 133

dolo y la culpa de la culpabilidad en cuanto a la culpabilidad cae en un puro normativismo.

Con la introducción de la teoría de la acción finalista el concepto normativo de culpabilidad sufrió una profundización adicional; “sobre la base de la teoría de la culpabilidad de Eric Wolf, fue ya Graf Zu Dohna quien distinguió claramente entre la voluntad de acción como “objeto de valoración”, que fue remitida al tipo subjetivo, y la “valoración del objeto” que consiste en el enjuiciamiento de la motivación del autor. No obstante, fue Welzel quien por primera vez suministra una fundamentación por sí misma concluyente de la concepción normativa de la culpabilidad, pues se valió del dolo como parte integrante de la acción y, con ello, simultáneamente, como componente del tipo de injusto, haciendo así comprensible el resultado que alcanzó Graf Zu Dohna sobre la teoría del injusto.”⁵⁴

Es decir, a la luz de la actual Teoría del delito, ya teníamos al dolo como “objeto de valoración” dentro de la tipicidad y a la reprochabilidad como “valoración” dentro de la culpabilidad.

Para esta teoría la culpabilidad queda reducida a la reprochabilidad del acto cometido por el sujeto activo, es decir a un juicio de valoración. Porque para el normativismo, todo ya está contenido en la norma y al darse la tipicidad y encajar

⁵⁴ JESCHEK; *“Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Obr. cit. Pág. 452.

en el tipo y por tanto siendo típico y antijurídico (no habiendo causa de justificación o exculpación) entonces queda la reprochabilidad ¿Súbdito de la norma?

“El concepto normativo de culpabilidad – según Roxín – experimento una ulterior modificación a través de la doctrina finalista de la acción, al ubicar sistemáticamente en ésta, en el tipo, el dolo y la infracción objetiva del deber de cuidado en los delitos imprudentes; y eliminar así de la culpabilidad, en lo esencial, los elementos que habían constituido su único contenido para el concepto psicológico de culpabilidad. Como los tres elementos de la reprochabilidad aparecían entonces ya solo la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de un conducta conforme a la norma.

Hans Welzel afirma: "La culpabilidad no se agota en la relación de disconformidad sustancial entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este "poder en lugar de ello" del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de la culpabilidad al autor por su conducta antijurídica"⁵⁵.

⁵⁵ WELZEL, Hans; *"Derecho Penal Alemán. Parte General"*; 11ª edición, 4ª edición castellana, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; Chile; 1993; Pág. 166.

¿En que radica ese poder de la persona de cumplir la norma o no? Radica en el poder de observar las exigencias del deber ser del derecho. ¿Del positivo o del natural? Lo que diferencia a esta escuela de las anteriores es el abandono de cualquier explicación desde el derecho natural por tanto este deber ser es el que pertenece a un ordenamiento jurídico concreto. Este poder tiene un presupuesto en el libre albedrío lo cual nos lleva nuevamente a una discusión sobre la libertad del hombre.

El punto de vista de Roxín estaría tratando “la culpabilidad como ***poder actuar de otro modo***” para lo cual nos dice “siguiendo una larga tradición jurídica y filosófica el contenido de la culpabilidad se define tradicionalmente “como el poder evitar y consiguiente responsabilidad de la persona por haber formado antijurídicamente su voluntad”. “ La culpabilidad... fundamenta el reproche personal contra el sujeto que no omitió la acción antijurídica aunque pudo omitirla”. “(...) La base interna del reproche de culpabilidad radica en que el ser humano esta revestido de autodeterminación moral, libre, responsable y es capaz de decidirse por el derecho y contra lo injusto”. “(...) pero no se puede mantener esta concepción a pesar de su plausibilidad teórica – cotidiana. Aún se podría aceptar que se basa en la premisa indemostrable del libre albedrío⁵⁶, pues esta es, en los límites relativamente estrechos en que sus partidarios todavía la defienden, una hipótesis de la que de todos modos se podría partir, porque tampoco un determinismo estricto es empíricamente verificable y es además prácticamente inviable. Sin embargo, esta

⁵⁶ Para muchos podrá sorprender la radicalidad de la posición de Roxín de llamar premisas indemostrables tanto al libre albedrío como al determinismo. Pero justamente ese es el aporte de este autor.

concepción fracasa porque, ni siquiera bajo el presupuesto de una libertad de decisión teóricamente concebible un poder actuar de otro modo del sujeto individual en el momento del hecho es susceptible de constatación científica⁵⁷”.

De todo esto Roxín obtiene unas consecuencias muy interesantes. Nos las explica del siguiente modo: “(...) Esto pueda que sea exagerado, pero en todo caso rige lo siguiente: si para la apreciación de culpabilidad se presupone un fenómeno empírico que por principio no puede constatarse, entonces ello debería conducir siempre a la absolución en virtud del principio *in dubio pro reo*. *En tal caso sería imposible un derecho penal de la culpabilidad*.”

Para Jeschek⁵⁸, generando críticas en Roxín y Jakobs -tal como lo sostiene-, el desarrollo de la teoría de la culpabilidad dio un paso más allá de esta etapa y según afirma se ha alcanzado un fundamento sólido. Mientras que en Welzel el objeto de juicio de antijuridicidad y el de culpabilidad es el mismo, esto es, la valoración de la voluntad de acción de un lado como no debida y de otro como reprochable, la doctrina reciente ha logrado asegurar al juicio de culpabilidad un objeto de referencia propia, a saber, el hecho en atención a la actitud interna jurídicamente deficiente del autor (actitud jurídica interna digna de reprobación) a partir de la cual se originó la resolución de cometer aquél. La actitud interna no la entiende, dicho jurista, como una disposición permanente del autor sino como “Inclinación Actual” en la formación de la resolución delictiva. Es decir, que la culpabilidad se la entiende como la

⁵⁷ ROXÍN Klaus. “Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”.Obr. Cit. Pág. 799

⁵⁸ JESCHEK; “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Obr. cit. Págs. 452 y 453.

“reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna desaprobada que activa su comisión”. Naturalmente, lo que se reprocha es siempre el hecho y no sólo la actitud interna, sino caeríamos en la discusión de penalizar meramente actos morales.

De esta manera, el reproche tan sólo está justificado en la medida en que la actitud interna del autor se manifiesta en contra del Derecho o, más exactamente, en contra de la pretensión de respeto u observación del correspondiente bien jurídico al que se dirige. De ahí que la actitud interna, en su relación con la pretensión de validez del bien jurídico protegido, es el motivo por el que, en mayor o menor medida, se le reprocha al autor la comisión del hecho.

Esta posición de Jescheck recibe duras críticas por parte de Roxín en los siguientes términos “según fundada por Gallas, la culpabilidad es *reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta en él.*

La diferencia entre injusto y culpabilidad es según ella la diferencia entre *desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna del hecho. En el ámbito de la culpabilidad, se emite en una contemplación generalizadora, orientada por parámetros valorativos éticos sociales, un juicio de desvalor sobre la actitud global del sujeto frente a las exigencias del derecho actualizada en el hecho concreto. Esta posición la siguen sobre todo Jescheck (...) y Wesel (...).*

Contra esta concepción hay que objetar que no supera sustancialmente el carácter formal de la reprochabilidad, pues no indica ningún criterio en virtud del cual se desapruebe la actitud interna del sujeto. Se aprecia una actitud interna jurídicamente desaprobada en cuanto el legislador formula un reproche y afirma la punibilidad. Es verdad que cuando en un lugar gallas señala que el desvalor de la actitud interna se da normalmente con el desvalor de la acción y falta *solo cuando el sujeto pese a la comisión dolosa, carecía de poder*, indica así en efecto una característica material pero la misma es idéntica a poder actuar de otro modo y esta expuesta a la misma objeciones que contra esta se formula.

Además Roxín deslinda tajantemente con las concepciones filosóficas de base determinista de Schopenhauer según la cual cada quien sería responsable sin mas de las características o propiedades que le han inducido del hecho de su ser así lo cual llevaría a que a él naturalmente no le era posible ninguna otra acción porque él es este y no otro. Porque él tiene un carácter así y así⁵⁹.

La “culpabilidad” como atribución según las necesidades preventivo generales que se expresan en la concepción de jakobs en conexión con la teoría sistémica de Luhmann la trataremos en el siguiente punto porque corresponde al debate actual sobre culpabilidad.

⁵⁹ Ver Roxín; *“Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”*.Obr. Cit Pág. 802. Estas posiciones son sostenidas en el derecho penal por Heineitz Dohna, Engisch y Fuiguereido Díaz.

Antes de cerrar el proceso evolutivo y en la comprensión de que es ingente el número de exponentes sobre el tema veamos por ejemplo que dicen Baumann: “La culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo opera como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre este”⁶⁰.

Y también sobre el tema Berdugo Gómez señala: “En efecto se partiría de una idea central: la culpabilidad es requisito para la imposición de una pena pero esta no tiene nada de metafísico, sino que se trata exclusivamente (como dijera también Roxín) de una institución humana creada con el fin de proteger a la sociedad. Por lo tanto, la culpabilidad –presupuesto de la pena- habrá de estar ligada a esas necesidades de carácter social que se sintetizan en la idea de prevención, fin por excelencia de la sanción penal”.

2.4. TEORÍA FUNCIONALISTA DE LA CULPABILIDAD

Al seguir viendo las teorías jurídicas – penales que excluyen, incluyen o justifican la culpabilidad, nos corresponde analizar a los actuales autores que han contribuido al desarrollo de la teoría de la culpabilidad en sus dos extremos; no sin tener en cuenta, lo dicho por Luís Alberto Bramont Arias⁶¹ (citando a Berdugo Gómez de la Torre) sobre la década de los 70: “el mundo científico asistió a un extraordinario

⁶⁰ ZAFFARONI, Raúl. “*Derecho penal Parte General*” Obr. Cit. Pág. 620

⁶¹ BRAMONT- ARIAS, Luís Alberto. *Derecho Penal Peruano (Visión Histórica) Parte General*. Ediciones Jurídicas UNIFE. 2004. Pág. 362

debate doctrinal en Alemania, a propósito de la reforma de la parte general del C.P. Al proyecto del gobierno, un grupo de profesores presentó un proyecto alternativo, negando la construcción de la culpabilidad sobre la base del libre albedrío. Berdugo anota: La crisis del viejo fundamento de la culpabilidad coincidía con la penetración de una mera orientación científica, que propugnaba la vinculación de las ciencias jurídicas a las ciencias sociales lo que chocaba frontalmente con una concepción de la culpabilidad basada en una idea metafísica: la libertad intrínseca del hombre. Muy ilustrativa resulta al respecto la frase de Roxín- uno de los adalides de la nueva concepción: la justicia penal no es ejecutora suplente de la magistratura divina”. Vemos entonces que continúan los esfuerzos para ir perfeccionando dicha categoría (en la que nos encontramos nosotros).

2.4.1 El funcionalismo extremo de Günther Jakobs

En los últimos años, los postulados funcionalistas se encuentran en boga. Dentro de ellos Günther Jakobs es quién ha generado mayor polémica en nuestro medio. Hemos ubicado a la teoría funcionalista de Günther Jakobs luego de la teoría finalista por un criterio cronológico, puesto que si revisamos sus postulados principales podemos afirmar que su teoría de la culpabilidad puede clasificarse como una teoría puramente normativa.

Para Jakobs “el principio de culpabilidad” significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal... la culpabilidad es

el resultado de una imputación reprobatoria... motivada por la voluntad defectuosa de una persona⁶².

El autor centra la culpabilidad en la imputación reprobatoria que tiene la finalidad de encontrar ¿quien fue infiel a la norma? El autor seguidamente se pregunta ¿para qué clase de organización social el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia?

Este tema es comentado por Urquiza cuando nos dice “la culpabilidad, como función, tiene ciertos fines que el profesor Jakobs señala: La misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo del conflicto. Cuando hay un déficit de motivación jurídica, ha de castigarse al autor. (...) Se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma (...) el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funcione, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento”.⁶³

Esta es la clave del funcionalismo extremo, el derecho penal contribuye a estabilizar el ordenamiento, Lo importante es no serle infiel a la norma y por

⁶² JAKOBS, Gunther. *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Editorial Marcial Pons, Madrid 1997 Págs. 133 y 566

⁶³ *Ibid.* Obr. Cit. Págs. 579 y 581.

tanto al Estado que dio esa norma. Esta fidelidad de la norma lleva a Jakobs a planear los aspectos volitivos y cognitivos que: “Al valorar la inaplicación de una norma, tanto en el Derecho penal, como también, en los sistemas moral-teológicos, se diferencia en que como razón de la mencionada inaplicación de la norma se constate que un defecto volitivo... agrava más la responsabilidad mientras el defecto cognitivo exonera. “No podía saberlo” es una excusa válida, pero se considera que “no tenía ganas” no lo es. “La norma me daba igual” es un argumento que agravará la situación del sujeto, mientras que “a pesar de esforzarme al máximo no pude darme cuenta”, es exonerante. No sólo la valoración de si hay culpabilidad, sino también su medida, se determina en el ámbito de los conocimientos de manera inversa a como sucede en el ámbito de la voluntad; en cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es, en cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma de la actitud que su comportamiento denota, más grave será su culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso en falso atípico.

Sin embargo, en cuanto mayor sea la distancia que separa a un sujeto de los conocimientos necesarios, menor será su culpabilidad, y en cuanto mayor sea la posibilidad de superar el desconocimiento, mayor será su culpabilidad. Si se consideran las condiciones psíquicas que deben estar cumplidas para que una norma sea respetada, se obtiene, el siguiente resultado: para cumplir la norma

se necesita, por un lado, un motivo para respetarla, y la capacidad psíquica de encontrar y acatar la norma en cuestión, por otro.⁶⁴

Jakobs mide la infidelidad a la norma en relación al aspecto cognitivo y volitivo; es decir, mientras más conocimiento se tenga de la norma, mayor responsabilidad de acatarla, mientras mayor desconocimiento mayor excusa; en tanto que mientras menos voluntad se tenga de aplicar la norma es mayor la infidelidad y mientras mayor voluntad se ponga será menor o no habrá infidelidad a la norma. Como vemos para el autor el problema radica en el conocimiento o actitud frente a la norma, esto es, si se le es fiel o no.

No es la causación del resultado *per se*, sino la vulneración de la norma la que constituye la perturbación social... la responsabilidad culpabilística, se determina por un procedimiento normativo⁶⁵. Incide Jakobs que el problema es la vulneración de la norma, no es el ocasionar un resultado sino la fidelidad a la norma lo que lo ubica en una responsabilidad culpabilística.

El principio de culpabilidad que requiere que queden impunes aquellas personas que yerran de manera inevitable acerca de las consecuencias de su comportamiento, y que esto también ocurra en el caso de quienes yerran de manera evitable, o que éstos en todo caso reciban una pena inferior a la de los autores que obran con dolo..., no existe un elemento de la culpabilidad previo a la sociedad..., al contrario, la percepción social de la realidad es la que

⁶⁴ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 135

⁶⁵ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 139

determina bajo qué condiciones debe imputarse, y si la presencia de un error resulta ser un obstáculo para ello, puede denominarse la imputación de consecuencias de un comportamiento culpable “principio de culpabilidad”. Como vemos para Jakobs el principio de culpabilidad le resulta demasiado limitante al poder punitivo del Estado, para él la existencia del principio de culpabilidad le resulta una existencia a priori, por eso insiste en su fidelidad a la norma.

Todo error inevitable acerca de la norma excluye la culpabilidad. Esta disposición ha sido alabada como triunfo del principio de culpabilidad y también el Tribunal Supremo Federal la ha fundamentado en ese sentido: “la pena presupone culpabilidad. La culpabilidad presupone reprobabilidad. A través del juicio del valor negativo, esto es, de la culpabilidad, se le reprocha al autor que se haya decidido a favor de lo injusto, aunque... La razón interna del reproche de culpabilidad está en que el ser humano es capaz de desarrollar una autodeterminación libre, responsable, moral, y por ello tiene la capacidad de decidirse a favor del derecho y en contra de lo injusto”...Estos principios son aplicados al supuesto del desconocimiento de la norma: “para que el ser humano se decida a favor del derecho....., debe desconocer aquello que es conforme a derecho y aquello que es antijurídico”...no se considera que todo error excluye la culpabilidad, sino sólo los que son inevitables⁶⁶

⁶⁶ *Ibíd.* Obr. Cit. Págs. 144 y 145

Como era de esperar, su concepción funcionalista extrema lo lleva a negar a los errores evitables como causa de exculpación o causa eximente de culpabilidad.

La proposición "*error iuris nocet*" puede significar dos cosas distintas; en primer lugar: el conocimiento del derecho, y, por tanto, la decisión en contra del derecho no es presupuesto de la pena; en segundo lugar (y de manera predominante en el siglo XIX): el conocimiento es presupuesto de la pena, pero se presume *iuris et de iure*. Sin embargo, una argumentación de esas características no resulta adecuada para resolver el problema: si el conocimiento o la posibilidad de conocer concurren de todos modos como hechos psíquicos, sobre la presunción jurídica. ¿Por qué en una época en la que nadie comete errores inevitables se iba a crear una norma según la cual el error inevitable, que nunca concurre, es irrelevante?

La fundamentación debe ser otra: la obligación de cada uno de procurarse él mismo conocimiento del Derecho era el precio que había que pagar por la libertad de movimientos en la sociedad burguesa naciente⁶⁷,

Talvez aquí Jakobs esté reflejando la realidad alemana pero para cualquiera que vive en un país como el nuestro sabe muy bien, no sólo de la multiculturalidad sino también del analfabetismo que condiciona el desconocimiento de las normas que llevan precisamente a errores.

⁶⁷ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 145

“Lo novedoso... quien soporta el riesgo de la imposibilidad de conocer: ya no es el autor, sino la generalidad. Parece por tanto que queda resuelta la pugna entre la razón de Estado y los intereses individuales, a favor de la preferencia de éstos últimos; y desde luego cuadra con el momento histórico de la sentencia, relativamente poco después del fin del nacionalsocialismo, en 1952”⁶⁸

A pesar de que pueda llevarlo a muchas lamentaciones, la verdad es esa, la culpabilidad es una garantía del individuo contra el Estado.

“A través de la relación existente entre una norma débil, por un lado, y culpabilidad y pena, por otro, resulta más fácil garantizar la configuración de la sociedad de lo que es posible... 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..., la dirección de la voluntad es idónea para compensar la debilidad de la norma... Por consiguiente, se trata de prevención general a través de la práctica de la fidelidad a la norma. Sin embargo esta finalidad de la pena de *establecer*, o... restablecer la fidelidad de la norma...descansa en aquella finalidad de la pena”⁶⁹.

⁶⁸ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 155

⁶⁹ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 158

Después de tantas disquisiciones queda claro que la concepción de Jakobs, la fidelidad a la norma, sustituto de la culpabilidad, en su teoría obedece a la prevención general. Así diremos que Jakobs abandona la culpabilidad sustituyéndola por la prevención general. Tal como lo reafirma en las frases que transcribimos textualmente: “El fin de la pena que acabo de esbozar se denomina actualmente prevención general positiva; prevención porque pretende producir un efecto *en todos los ciudadanos*, positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena⁷⁰”

También Jakobs ve a la persona como sujeto o como ciudadano es decir, lo ve genéricamente, en forma abstracta en su propio medio. Como queda claro al afirmar que: “por consiguiente, en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general normativa. Ni siquiera es que frente a ella se formule la expectativa de que se autodetermine a favor del derecho en un sentido psicologizante... sino que se la trata... como un sujeto que se autodefine como ciudadano”⁷¹

En el marco de una perspectiva funcional-social, el Derecho Penal sólo garantiza una cosa: que se garantice la vigencia de la norma.

⁷⁰ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 161

⁷¹ “La teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación” JAKOBS, Günther y Manuel Cancio MELIÁ; *“El Sistema funcionalista de derecho Penal”*; ED. Grijley; Lima; Perú; 2000; Pág. 60.

Los críticos a Jakobs inciden mucho en el formalismo de su posición que no se condice con los fundamentos garantistas basados en la defensa irrestricta de los derechos humanos.

Tomemos como ejemplo el siguiente comentario de Hurtado Pozo. “El inconveniente más serio de esta concepción reside en el hecho de que la determinación de la culpabilidad depende de lo que se considera como indispensable para adiestrar a las personas en la lealtad al ordenamiento jurídico. Las circunstancias personales dejan de ser decisivas y, en consecuencia, se abandona la base que hace de la culpabilidad un límite del poder punitivo estatal. Todo esto implica un retroceso ya que la persona es convertida en un simple medio para satisfacer intereses sociales de consolidación de la fidelidad del derecho⁷²”.

En nuestra opinión esta crítica es acertada porque esta concepción de culpabilidad no determina la culpabilidad como medida y límite de la pena. Todo esto determina una gran inseguridad para el procesado porque - y aquí coincido con Hurtado – el juez tendría un poder absoluto “para precisar lo que es necesario para restablecer la confianza y fidelidad en el derecho”⁷³.

⁷² HURTADO POZO, José *Manual de derecho Penal. Parte General I*. Grijley. Lima 2005. Pág. 608

⁷³ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 608

Dentro de su funcionalismo extremo Jakobs advierte enfáticamente que “la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social” .Es un mal útil. Esta utilidad de la pena se llama “fines de la pena⁷⁴”.

Para el autor se presenta el siguiente dilema con respecto al principio de culpabilidad: “sin respetar el principio de culpabilidad, la pena es ilegítima; pero si el principio de culpabilidad limita considerablemente la utilización de los medios sociales funcionales, se tiene un significado y no un concepto vacío, entonces existe el peligro de que la pena sea inadecuada para la consecución de sus fines y sea ilegítima por esta otra razón... La pena que es útil para la consecución de sus fines sociales, si no está limitada al principio de culpabilidad, trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella, pero la pena que se ve limitada por la culpabilidad de una manera más que marginal pierde su funcionalidad”

Aquí la pena no tiene nada que ver con la justicia sino más bien con su función dentro del accionar del estado dentro de una concepción retribucionista. Aquí se ofrece garantía al estado pero no a la persona porque se considera que la culpabilidad deviene en un obstáculo removible o soslayable para el ejercicio de la pena y su función social que no sería otra que el mantenimiento del orden social. Además pretender extrapolar esta posición lleva a oponerse al Art. 1 de la constitución peruana que obliga a sostener la

⁷⁴ JAKOBS, Günther. *“Bases para una teoría funcional del derecho Penal”* Palestra Lima. 2000 Pág. 135

primacía de la dignidad de la persona sobre el ordenamiento jurídico o cualquier actuar de las autoridades.

Dentro del modelo orden social planteado por Jakobs el delito no es más que “un comportamiento realizado con un defecto de fidelidad al ordenamiento jurídico”⁷⁵, cada uno de los elementos del lado subjetivo del hecho – imputabilidad, conocimiento (cognoscibilidad) o exigibilidad – Es un indicio de un defecto de fidelidad al ordenamiento , y todos estos elementos en conjunto constituyen un indicio necesario de ese déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico; esta indicación es la función del lado subjetivo del hecho”. Por otro lado, la pena sirve para el mantenimiento de la vigencia de la norma: el hecho no se entiende como mero suceso fáctico, sino como acontecimiento portador de un sentido, de un significado en la comunicación, y este entendimiento es igualmente aplicable a la pena⁷⁶.

No compartimos esta concepción de delito en donde la única relevancia jurídica del mismo reside en la fidelidad o no a la norma que lo regula, lo cual nos parece un formalismo intolerable con las posiciones defendidas en esta tesis.

Claramente entendemos, que dicha postura se enmarca dentro del *status quo* (Europa década del 70 en adelante) en el que se desenvuelve y sobre el que

⁷⁵ JAKOBS, Gunther. “*El lado subjetivo del hecho*” en II Congreso Nacional de derecho penal y criminología Universidad Nacional Hermilio Valdizan. Huanuco 2005.

⁷⁶ Dicha postura fue sostenida por el renombrado jurista en el “VI Curso Internacional de Derecho Penal. Derecho Penal Funcionalista y Política Criminal de Bienes Jurídicos”.

construye su teoría. Una revisión científica de esta teoría no puede dejar de lado esta realidad, puesto que sería iluso pensar que sus postulados podrían aplicarse, sin restricciones, en nuestra realidad aún cuando el mismo autor reconoce no conocer la realidad latinoamericana y si su teoría podría aplicarse tal como él lo plantea. Es más, Jakobs⁷⁷ sostiene que “Lo que es la culpabilidad depende de la respectiva estructura de la sociedad en la misma medida en que la existencia del injusto depende de ella. Qué es la culpabilidad en un sentido general cabe, a lo sumo, señalarlo esquemáticamente; las concreciones sólo son posibles con referencia a un sistema social perfilado con cierta exactitud. Pero incluso dentro de un sistema definido, el contenido de la culpabilidad sólo está tan determinado como lo esté el fin de la pena”.

Para finalizar con la postura de Jakobs, veamos a continuación su concepto funcional de la culpabilidad: “El concepto de culpabilidad (...) ha de configurarse *funcionalmente*, es decir, como *concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada*. El fin de la pena es (...) de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento).”

Dentro del debate entre Roxín y Jakobs sobre culpabilidad nos sentimos más cercanos las posiciones del primero que las del segundo; y diremos junto a

⁷⁷ JAKOBS, Günther; “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación” 1997; Pág. 584.

Joachim Hirsch que para Jakobs “culpable sería una acción que se manifiesta como un defecto por parte del autor, en la fidelidad del derecho, por el cual él es competente para la infracción de la norma.”, por otro lado nos dirá que “se muestra claramente que culpabilidad y prevención sólo se complementan verdaderamente cuando ellas son fundamentadas con absoluta independencia, cuando, en definitiva son concebidas como conceptos opuestos. A esto corresponde que sus puntos de contacto muestren una perspectiva diametralmente distinta: en la culpabilidad se mira al pasado, en la prevención el futuro⁷⁸”; lo que veremos seguidamente en el sub-capítulo dedicado a Roxín.

2.4.2 Posición de Claus Roxín sobre la culpabilidad

A diferencia de Jakobs, Roxín no fundamenta la culpabilidad como fidelidad a la norma sino como una garantía del individuo y límite al poder punitivo del Estado.

Es así que Roxín nos dice sobre la culpabilidad lo siguiente: “También según la concepción que aquí se defiende, la culpabilidad sigue siendo el presupuesto decisivo (aunque no el único) de la responsabilidad jurídico penal. El hacer depender la punibilidad de la culpabilidad del sujeto tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado (en particular: a las necesidades públicas

⁷⁸ JOACHIM HIRSCH, Hans. “*El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal*”; En: Revista Peruana de Ciencias. N° 5 Lima 1995. Págs. 187 - 194

de prevención).”⁷⁹

Cabe notar que Roxín es opuesto, pese a asumir una posición funcionalista, a los principios de culpabilidad basados en premisas sociológicas y psicológicas⁸⁰.

Frente al dilema planteado por Jakobs en el sub-capítulo anterior Roxín enfrenta cinco concepciones sobre culpabilidad que rivalizan entre sí. Estas cinco posiciones son:

a) La culpabilidad como “poder actuar de otro modo”; b) la culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada; c) La culpabilidad como responder por el carácter propio; d) La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivo generales y e) la culpabilidad como actuación injusta a la existencia de asequibilidad normativa.

El trabajo, por un sentido de coherencia, exige hacer una extensa cita de Roxín sobre este punto.

⁷⁹ ROXÍN Klaus *“Culpabilidad y responsabilidad penal en derecho Penal (parte general)”* Tomo I, 1ra edición Madrid 1997. Pág. 798

⁸⁰ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 798. “Si y hasta qué punto es capaz el principio de culpabilidad de cumplir esta misión depende sin embargo de cómo se defina el contenido del concepto de culpabilidad. El concepto normativo de culpabilidad sólo afirma que una conducta culpable ha de ser “reprochable”. Pero el mismo es de naturaleza completamente formal y no responde la cuestión relativa a de qué presupuestos materiales depende la reprochabilidad. Se trata de la cuestión del concepto material de culpabilidad. La misma se contesta de manera diversa incluso por los defensores de un concepto normativo de culpabilidad”.

A- “La culpabilidad como “poder actuar de otro modo”

“Siguiendo una larga tradición jurídica y filosófica”⁸¹, el contenido de la culpabilidad se define tradicionalmente “como el poder evitar y consiguiente responsabilidad de la persona por haber formado antijurídicamente su voluntad”. “La culpabilidad... fundamenta el reproche personal contra el sujeto que no omitió la acción antijurídica aunque pudo omitirla”. El BGH⁸² ha hecho suya también esta concepción: “La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al sujeto que no se haya comportado conforme a Derecho, que se haya decidido por el injusto aunque habría podido comportarse conforme a Derecho, decidirse por el Derecho. La base interna del reproche de culpabilidad radica en que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable, y es capaz por ello de decidirse por el Derecho y contra el injusto...”

Pero no se puede mantener esta concepción, a pesar de su plausibilidad teórico – cotidiana. Aún se podría aceptar que se base en la premisa indemostrable del libre albedrío⁸³, pues ésta es, en los límites relativamente estrechos en que sus partidarios todavía la defienden⁸⁴, una

⁸¹ *Ibid.* Obr. Cit. Roxín Klaus citando a Welzel, Straf. Pág. 799

⁸² *Ibid.* Obr. Cit. Roxín Klaus Ob. Cit. Pág. 799

⁸³ Al respecto Roxín señala que English tiene la exposición jurídico penal más representativa. 1965. Estrictamente determinista: Danner, 1977. Una exposición completa de la posición contraria indeterminista se encuentra en Dreher, 1987 (específicamente acerca de Danner pp. 337 ss). En general. Pothast, 1978; ídem 1980; ídem JA 1993, 104 Acerca del siglo XIX: Holzhauser, 1970

⁸⁴ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 799.

hipótesis de la que todos modos se podría partir, porque tampoco un determinismo estricto es empíricamente verificable y es además prácticamente inviable⁸⁵.

Sin embargo, esta concepción fracasa porque, ni siquiera actuar de otro modo del sujeto individual en el momento del hecho es susceptible de constatación científica. Bockelmann califica incluso de “puro sinsentido”⁸⁶ la apreciación de “que la persona mentalmente sana puede actuar libremente y que la esencia de la enfermedad mental consiste precisamente en la supresión de la libertad de elegir”. Esto puede que sea exagerado, peor en todo caso rige lo siguiente: si para la apreciación de culpabilidad se presupone un fenómeno empírico que por principio no puede constatarse, entonces ello debería conducir siempre a la absolución en virtud del principio “*in dubio pro reo*”. En tal caso sería imposible un Derecho penal de la culpabilidad.

Los defensores de la concepción del poder actuar de otro modo intentan salir al paso de esta consecuencia, fijándose no en el poder del sujeto individual, sino en el “poder de la persona media que existe conforme a experiencia”, en la capacidad de la “mayoría de las personas”. El “reproche de culpabilidad contra el individuo” se reformulo entonces así. “El sujeto habría podido actuar de otro modo en la situación en la que se

⁸⁵ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 799.

⁸⁶ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 799

encontraba, en el sentido de que, conforme a nuestra experiencia en casos análogos, otro en su lugar habría actuado posiblemente de otro modo en las circunstancias concretas, empleando la fuerza de voluntad que le faltó al sujeto. Pero desde una perspectiva indeterminista es imposible basar un reproche moral contra una persona individual en capacidades que quizá otras personas tengan, pero que precisamente le faltan al sujeto! Ello no sólo carece de lógica, sino que supone un abandono del punto de partida de que al propio sujeto le ha de ser posible una decisión libre.

Roxín con argumentos de peso critica la posición clásica del libre albedrío en el sentido que para fines judiciales dicho libre albedrío es de muy difícil probanza por ser indemostrables si un sujeto pudo actuar de otro modo o no.

Los que sostienen esta posición recurrieron a la presunción jurídica de un hombre medio o arquetipo de persona la cual nos puede dar certezas sobre el comportamiento probable de las personas. Ej. Ricardo, prototipo de hombre medio, en los casos de apuro financiero extremo ¿Tendera a robar o prestarse el dinero que le falta? Planteado así es evidente que no podemos tener ninguna certeza al respecto. ¿Por que suponer que un juez deba tenerla? De la entrevista que sostuvimos con el renombrado psiquiatra y especialista en psiquiatria forense, del Instituto de Medicina Legal del Perú, Delforth Laguerre realizar un diagnostico de este tipo

requiere utilizar los parámetros del CIE, que es un protocolo de diagnóstico de personalidad internacional que se usa a falta de uno similar hecho en el país. Si los especialistas no tiene un perfil del hombre medio peruano como hemos de suponer que un juez deba tenerlo.

Aquí nuestra contribución a la discusión. Revisemos el siguiente argumento.

B- La culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada.

Según una concepción fundada por Gallas⁸⁷, la culpabilidad es “reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta en él”. La diferencia entre injusto y culpabilidad es según ella la diferencia “entre desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna del hecho”. En el ámbito de la culpabilidad se emite, “en una contemplación generalizadora, orientada por parámetros valorativos ético sociales”, un juicio de desvalor sobre la “actitud global del sujeto frente a las exigencias del Derecho” actualizada en el hecho concreto. Esta posición la siguen sobre todo Jescheck (actitud interna jurídicamente defectuosa) y Wessels⁸⁸ (actitud interna jurídicamente censurable, actitud defectuosa del sujeto).

⁸⁷ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 800

⁸⁸ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 800

Contra esta concepción hay que objetar que no supera sustancialmente el carácter formal de la reprochabilidad, pues no indica ningún criterio en virtud del cual se desapruebe jurídicamente la actitud interna del sujeto. Se aprecia una actitud interna jurídicamente desaprobada en cuanto el legislador formula un reproche y afirma la punibilidad. Es verdad que cuando en un lugar Gallas⁸⁹ señala que el desvalor de la actitud interna se da normalmente con el desvalor de la acción y falta “sólo cuando el Sujeto, pese a la comisión dolosa, carecía de poder”, indica así en efecto una característica material, pero la misma es idéntica al poder actuar de otro modo y está expuesta a las mismas objeciones que contra éste se formulan.

Aparte de esto, la afirmación o negación de la culpabilidad en algunos casos apenas se pueden explicar tan poco con la incorrección o corrección de la actitud interna. Pues en la imprudencia inconsciente la actitud interna del sujeto, que desde luego presupone una actitud o disposición consciente, no está dirigida a nada que sea contrario a valor: y a la inversa un asesino sexual puede mostrar una actitud interna extremadamente abyecta, aun cuando deba ser absuelto conforme al § 20 por falta de capacidad de inhibición.

La doctrina de la culpabilidad por la actitud interna ha adquirido una

⁸⁹ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 800

expresión autónoma en Schmidhauser⁹⁰ Para él la culpabilidad es “actitud interna antijurídica del hecho concreto”. Pero, al contrario que Gallas y sus partidarios, sí ofrece una definición material de este criterio: “La culpabilidad jurídico penal es el comportamiento espiritual lesivo de bienes jurídicos,..; con ella se quiere decir que el sujeto también ha lesionado en su comportamiento espiritual el bien jurídico lesionado por el comportamiento de su voluntad, es decir... que no lo ha tomado en serio”⁹¹ pese a que “estaba espiritualmente en contacto valorativo”⁹², Deja expresamente sin responder la cuestión del libre albedrío. “Con esta constatación no se toma en modo alguno postura respecto de la cuestión del libre albedrío en sentido filosófico, En especial con ello ni se afirma ni se niega la cuestión de si ese sujeto, tal como es, estaba siquiera en condiciones de tomar en serio el valor lesionado en esa situación de hecho. Debemos conformarnos con retener el contacto espiritual del sujeto con el valor lesionado en el momento del hecho y en este sentido precisamente también el desacierto valorativo.”

A la objeción de que en la imprudencia inconsciente culpable faltaría el contacto espiritual con el valor lesionado”, Schmidhauser⁹³ responde que basta con que el sujeto pueda “disponer como persona en el momento del hecho del valor lesionado en cada caso, aunque sea inconscientemente”.

⁹⁰ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 801

⁹¹ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 801

⁹² *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 801

⁹³ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 801

Se trata de un principio útil en cuanto que dicha disponibilidad se aproxima a la idea de la “asequibilidad normativa”, que se considera aquí decisiva para la culpabilidad. Pero con los conceptos del “contacto espiritual” y del “no tomarse en serio en el comportamiento espiritual” no se caracteriza de modo afortunado lo que quizá se quiere decir. Pues ¿cómo se puede no haber tomado algo en serio inconscientemente “en el comportamiento espiritual”? El tomarse o no tomarse en serio espiritual presupone una toma de postura interna y también el conocimiento de aquello sobre lo que se toma postura.

Por otro lado, al enfermo mental que comprende el injusto de su hecho, pero que no tiene capacidad de “actuar conforme a esa comprensión” no le falta “contacto espiritual “valorativo”, aunque sea inculpable. Contra esto, Schmidhauser⁹⁴ sostiene que en tal caso no podríamos “entender” al sujeto “en el sentido de que su hecho injusto se deba al no tomarse en serio el bien jurídico lesionado”. Ciertamente: el hecho injusto se debió, pese al “tomarse en serio el bien jurídico lesionado”, a que el sujeto no podía actuar de otro modo. Pero entonces estamos otra vez en el poder actuar de otro modo y no en la falta de tomarse en serio el bien jurídico en el comportamiento espiritual como fundamento del reproche de culpabilidad. Por tanto, la concepción de Schmidhauser no desvirtúa tampoco las objeciones que se pueden formular con carácter general contra el criterio de la actitud interna”.

⁹⁴ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 801

Roxín con muy buen humor da los argumentos críticos a esta posición que nosotros no la consideramos importante para esta investigación. Son importantes para nosotros indicadores de la personalidad del individuo que puedan ser medidos en un diagnóstico psiquiátrico tal como estresores o condicionantes de conducta, así como enfermedades mentales que condicionen el comportamiento de las personas.

C- La culpabilidad como deber responder por el carácter propio

Esta concepción parte, sobre una base determinista, de la idea de que cada cual es responsable sin más de las características o propiedades que le han inducido al hecho, de su “ser así”. Su más importante predecesor en el terreno de la Filosofía es Schopenhauer⁹⁵, según el cual todo sujeto sabe que “una acción totalmente distinta... era perfectamente posible y podría haber sucedido, con tal que él hubiera sido otro: eso es lo único que ha sido decisivo. A él naturalmente no le era posible ninguna otra acción, porque él es éste y no otro, porque él tiene un carácter así y así; pero en si misma... era posible. La responsabilidad, de la que es consciente, alcanza en primer lugar meramente... al hecho, pero en el fondo a su carácter por éste se siente responsable y por éste le hacen también responsable los demás...”.

⁹⁵ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 802

Esta doctrina tiene también muchos partidarios en el Derecho penal. Heinitz dice⁹⁶: “En la vida se responde por lo que se es, sin tener en cuenta por qué múltiples razones se ha llegado a ello.” Dohna⁹⁷ considera “una ley fundamental de la existencia el que cada cual ha de responder por lo que hace en cuanto que es emanación de su personalidad, el que al ser humano se le paga lo que es, en lo bueno y en lo malo”. También Engisch⁹⁸ deduce de la “responsabilidad por la culpabilidad por el carácter” el deber de soportar la pena: La culpabilidad por el carácter se compensa mediante la imposición y aceptación de una actuación específicamente configurada sobre el carácter.”

Figueiredo Días⁹⁹ caracteriza la culpabilidad como el “deber responder por la personalidad en la que tiene su fundamento la comisión de un tipo de injusto”; el sujeto es culpable “cuando manifiesta en el hecho sus características personales contrarias a los valores jurídico penales y en este sentido una personalidad censurable”.

La primera objeción contra tal concepción es que resultaría paradójico atribuir a alguien la culpabilidad por un dato — su disposición caracterológica — del que no es responsable, respecto del cual nada

⁹⁶ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 802

⁹⁷ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 802

⁹⁸ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 802

⁹⁹ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 802

puede hacer¹⁰⁰. Los defensores de esta doctrina salvan en parte la dificultad con construcciones metafísicas. Así, Schopenhauer distingue, tras un carácter empírico completamente determinado, un carácter inteligible que se determina a sí mismo con libertad de elección, y aún Figueiredo Días¹⁰¹ recurre de forma similar, modificada en sentido existencialista, a una “elección fundamental”, “mediante la cual el ser humano se decide a sí mismo y con ello crea su propio ser o establece su propia manera de ser”. Pero tales hipótesis son tan poco demostrables como el poder actuar de otro modo en el momento del hecho y pueden por ello ser materia de la creencia filosófica, pero no servir de base a una concepción empírico-racional del Derecho penal.

El mejor camino para sostener una concepción de la culpabilidad que proclama el deber responder por la propia condición del ser es desde luego el de renunciar totalmente a la retribución y al reproche moral contra el sujeto, reducir el Derecho penal a finalidades preventivas y entender la culpabilidad más en el sentido de una responsabilidad social. El que se pudiera seguir calificando a sus presupuestos de “culpabilidad” y a tal consecuencia jurídica de “pena” sería más una cuestión terminológica.

Pero surgen reparos radicales contra tal concepción del hecho de que socava el principio de culpabilidad también en su sustancia de política

¹⁰⁰ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 803.

¹⁰¹ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 803

jurídica, en cuanto que ya no puede hacer plausible por qué el enfermo mental u otro inimputable no actúan culpablemente, dado que el mismo también actúa sólo conforme a su modo de ser existente. Engisch¹⁰² opina que en el niño, en el enfermo mental o en el embriagado o bien el hecho no sería expresión de su personalidad o bien sería sólo “expresión de una personalidad tal que no resulta susceptible de ser influenciada por la pena”; el segundo caso correspondería especialmente “al supuesto de niños y adolescentes no responsables en los que el nexo entre hecho y personalidad no sería discutible”.

Pero en el primer caso, en el supuesto de determinación estricta de todas las manifestaciones empíricas, difícilmente se puede representar una “personalidad” que no se exprese en la conducta real del sujeto. Y en el segundo caso, en el que el hecho del inimputable es expresión de su personalidad, la pena según esta concepción, ya no depende en absoluto de la culpabilidad (que habría de ser afirmada), sino de la pura oportunidad o conveniencia para el fin perseguido.

Así Engisch propugna que se prevea también la impunidad, cuando sea oportuno “en aquellos psicópatas en que la conducta criminal está arraigada en el carácter”; pero tampoco pone en tela de juicio la idea de “que se debe y se puede también proceder contra ellos con una pena no

¹⁰² *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 803

atenuada, cuando ello se demuestre provechoso”. Pero eso significa abandonar a la pura prevención especial el efecto protector del principio de culpabilidad precisamente allí donde se debería confirmar. Tampoco está muy claro cómo se podrían establecer límites a las necesidades preventivo generales con ayuda del principio de la culpabilidad por el carácter.

Figueiredo Días subraya¹⁰³, aún más claramente que Engisch, que habría que “admitir también para la existencia psíquicamente anormal del enfermo el principio de autorrealización modificado a su modo. La anomalía psíquica no destruye el principio de personalidad...”. Sin embargo pretende llegar a la absolución, porque una culpabilidad éticamente fundamentada requiere un acto de “comunicación personal” entre el juez y el acusado, que faltaría cuando la personalidad del sujeto sea inaccesible “a la observación comprensiva del juez”¹⁰⁴, En el caso de la inimputabilidad no se trataría “tanto de una causa de exclusión de la culpabilidad como de un efectivo obstáculo a la constatación de la culpabilidad”. Pero con la exigencia de comunicación personal entre el juez y el acusado se introduce un criterio adicional que no se contiene en el principio de esta concepción de la culpabilidad y que tampoco convence¹⁰⁵ Pues la culpabilidad y la pena no pueden depender de las

¹⁰³ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 803

¹⁰⁴ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 803

¹⁰⁵ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 804

necesariamente distintas posibilidades de comprensión del respectivo juez, sino que deben ser objetivamente constatables.

Tampoco se podrá decir en todos los casos de inimputabilidad que la personalidad del sujeto es completamente inaccesible a la comprensión del juez. En el supuesto de jóvenes todavía no imputables es perfectamente posible una comunicación personal, y también puede tener lugar en el supuesto de los adultos inimputables, cuando el defecto no conduce a la falta de sentido o a la imposibilidad de comprensión objetivas del hecho, sino que tiene su fundamento en la falta de capacidad de inhibición. Así fracasa aquí también el principio de la culpabilidad por el carácter en el problema de la inimputabilidad (o incapacidad de culpabilidad).

Esta teoría basada en el determinismo ya fue criticada pero tiene ciertos aspectos que merecen especial comentario. Para el determinismo la libertad del hombre no existe, esta posición de ninguna manera podemos aceptarla, cosa distinta es la existencia de condicionantes de esa libertad tal como los aceptados por nuestro ordenamiento jurídico bajo la denominación de “condicionamientos sociales” artículo 15 del Código penal. La jurisprudencia también ha desarrollado este concepto. Típico ejemplo el del nativo amazónico, mayor de edad, que convive con una menor de edad o quien tiene hijos con una menor de 14 años.

La idea que más nos llama la atención de estos comentarios de Roxín, sobre la culpabilidad como deber de responder por el carácter propio, lo hallamos en el siguiente texto:

“Pues la culpabilidad y la pena no pueden depender de las necesariamente distintas posibilidades de comprensión del respectivo juez, sino que deben ser objetivamente constatables”.

Es por ello que propongo en esta investigación que para conocer al “hombre concreto” que se está juzgando el juez debe contar con peritajes tanto psiquiátrico, psicológicos y de ser el caso antropológicos, que son brindados por el Instituto Nacional de Medicina legal.

D- La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivo generales

En conexión con las concepciones de la teoría sistémica (Luhmann), Jakobs ha desarrollado un “concepto funcional de culpabilidad”, que entiende la culpabilidad como una atribución preventivo general. Para Jakobs la “culpabilidad es funcional”: “Sólo el fin dota de contenido al concepto de culpabilidad.” Ve este fin en la prevención general, y concretamente entiende la “prevención general no en el sentido de intimidación, sino de ejercicio en la fidelidad al Derecho. El “fin rector y

determinante de la culpabilidad” es “la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva”; mediante la atribución de culpabilidad y la punición ligada a ella se confirmaría la “corrección de la confianza en la corrección de una norma”, El delito frustra las expectativas de la comunidad jurídica, y esa “Frustración se compensa interpretando como fallo no la misma, sino la conducta frustrante”, es decir, considerándola culpable y castigándola.

“Sólo cuando exista la oportunidad de asimilar el conflicto de otra manera puede entrar a discutirse la exculpación.” Como ejemplo cita: “Así v.gr. se podría entrar a discutir la exculpación de los delincuentes por instinto sólo desde el momento en que la medicina hubiera conseguido ofrecer recetas para su tratamiento.” La capacidad de culpabilidad o imputabilidad no es por tanto algo que existe o no existe y que en consecuencia haya que constatar empíricamente, sino que rige lo siguiente: La autonomía se atribuye como capacidad en el caso de que resulte funcional, y sólo puede faltar cuando exista la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera.

Esta concepción abandona la función restrictiva de la punibilidad del principio de culpabilidad en atención a la prevención general¹⁰⁶; por ello también es acertada la crítica de Hassemer de que “si el juicio sobre la

¹⁰⁶ *Ibid.* Obr. Cit. Pág. 804

culpabilidad y exculpación del autor de un delito se hace depender de si puede ser objeto de tratamiento o de si con su ejemplo se puede demostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico penal, apenas queda algo del efecto saludable del principio de culpabilidad¹⁰⁷”.

”La punibilidad del particular no depende ya de circunstancias que radican en su persona, sino de lo que presuntamente sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento. Ello se hace plenamente patente cuando Jakobs propugna declarar culpable y castigar también al delincuente por instinto completamente incapaz de autocontrol, mientras no se conozcan métodos con perspectivas de éxito para la curación de su enfermedad. Jakobs argumenta de forma similar respecto del reincidente, cuya inferior capacidad para la observancia del Derecho admite sin más, pero ignora simplemente por razones sociales. Jakobs opina¹⁰⁸ “dado que no puede tolerarse que la alta intensidad de delincuencia sea remunerada con la indulgencia, las dificultades de observancia del Derecho que puedan comportar los delitos previos quedan como asunto del sujeto, y no disminuyen por tanto la culpabilidad.”

Una instrumentalización tal del individuo, que sólo sirve ya como instru-

¹⁰⁷ HASSEMER Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en el Derecho Penal*. Primera Edición 1999. Editorial Tiarand Lo Blanch; Valencia, España. 1999. Pág. 102

¹⁰⁸ ROXÍN Klaus. “*Culpabilidad y responsabilidad penal en derecho Penal (parte general)* Ob. Cit. Pág. 806

mento de los intereses sociales de estabilización, fue criticada por Kant, como violación de la dignidad humana: “El ser humano no puede ser nunca utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo cual le protege su personalidad innata.” Dado que la dignidad humana (también y precisamente en el sentido kantiano) es declarada “intangible” una concepción como la que defiende Jakobs tropieza con reparos de orden constitucional.

A ello se añade que no poseemos un parámetro para establecer lo que es necesario para la “estabilización de la confianza en el ordenamiento” y cuándo una perturbación del orden puede ser “asimilada de otra manera” sin punición. Así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad. Finalmente se plantea la cuestión de si una concepción del Derecho penal que intenta ser puramente preventivo general no destruye o aminora desde un principio, precisamente por esa intención, su efecto preventivo.

Pues el que se divulgue entre la población que el sí y el cómo de la pena no depende de lo que uno ha hecho con la actitud que sea, sino de lo que la juez le parezca necesario para el restablecimiento de la confianza en el ordenamiento, y la culpabilidad se puede p.ej. negar cuando existan instituciones terapéuticas adecuadas, pero afirmarse cuando falten, provocará intranquilidad y difícilmente podrá estabilizar el sistema. Porque

no puede ser útil para la “confianza en el ordenamiento” del ciudadano el que éste debe decirse que, dado el caso, la afirmación o negación de su culpabilidad no depende de su persona, sino de factores que no tienen nada que ver con él, de modo que se le convierte en un juguete de las respectivas circunstancias”.

Coincidimos con la crítica que le hace Roxín a Jakobs porque consideramos que la culpabilidad no depende de circunstancias que no tengan que ver con él y en el caso por necesidad de restablecer la confianza en el ordenamiento jurídico. Planteamientos de este tipo no podrían ser aplicados en países pluriculturales como el Perú. En donde la mayoría de la población no conoce las leyes y por tanto su grado de fidelidad a la norma necesariamente sería nulo. Además y esto que deja discrecionalidad al legislador o el juez, la culpabilidad es un principio constitucional de garantía del individuo frente al ius puniendi.

E- La culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa.

Desde la posición aquí defendida hay que entender la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa¹⁰⁹ Con ello se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto

¹⁰⁹ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 807

cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma” posibilidad (va sea libre, va sea determinada) 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. Pues la Psicología y la Psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento “con los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad”¹¹⁰

Cuando existe dicha asequibilidad normativa, partimos, sin poder ni pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él. El indeterminista interpretará esta suposición de libertad como empíricamente acertada. Pero así mismo podrán aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no de libre albedrío (como tal se confiesa el autor de este libro en este punto) y el determinista.

Pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo —lo que precisamente no podemos saber—, sino sólo que, cuando

¹¹⁰ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 807

exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le trata como libre¹¹¹. La suposición de libertad es una “aserción normativa”, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad. 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.

La concepción aquí defendida de que el Derecho penal puede mantenerse al margen en la disputa filosófica y de las ciencias naturales sobre el libre albedrío puede considerarse hoy la dominante. Lackner¹¹² resume la inabarcable literatura científica con la constatación de “que conforme al presente estado del conocimiento no hay ningún método y probablemente nunca lo habrá que permita un pronunciamiento científicamente comprobable sobre la capacidad de una determinada persona para evitar una determinada acción en una determinada situación”. Ello “ya no se pone hoy seriamente en duda”.

A pesar de todo, mi tesis de que la suposición de libertad es una aserción

¹¹¹ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 808

¹¹² *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 808

normativa independiente de los datos empíricos y admisibles por igual para deterministas e indeterministas ha hallado una enérgica oposición del lado indeterminista. Dreher¹¹³ opina que para el Derecho penal el problema de la libertad no es “una cuestión que se pueda bordear, sino que es la cuestión decisiva por excelencia”. La libertad y la responsabilidad serían “un elemento irrenunciable de la convivencia humana... Puesto que no poseemos otra realidad que la vivida por nosotros, el principio no necesita una prueba ni ideológica ni empírica, sino que está fuera de un ámbito susceptible de prueba”.

Griffel¹¹⁴ supone que la libertad y la culpabilidad no serían sólo un principio regulativo jurídico, sino que estarían basadas en afirmaciones o enunciados ontológicos. Habrían de “justificarse ante la propia conciencia y ante la comunidad como decisión razonable del conocimiento, reconocible intersubjetivamente y fundamentalmente racionalmente”. No existiría “ninguna objeción fundada en contra de... aceptar... el libre albedrío, como efectivamente existente en el caso concreto, mientras no concurren circunstancias especiales”.

La libertad sería una “experiencia interior, irrefutable... El que sin embargo esta vivencia sea tal vez errónea no es constatable empíricamente”. La libertad no sería “tan poco susceptible de prueba en el sentido de un

¹¹³ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 808

¹¹⁴ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 808.

carácter científico exacto como v.gr. la “dignidad” del ser humano. Para Schunemann el libre albedrío no es un “simple hecho o dato bio-físico, sino una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y pertenece... a un estrato especialmente elemental, al menos de la cultura occidental. Estaría “asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y ya por eso sería socialmente real...”. Arthur Kaufmann¹¹⁵ parte de “que en efecto no se puede probar exactamente si una persona en una situación concreta podía decidirse libremente y actuar libremente”. Sin embargo la libertad no podría “ponerse por principio en absoluto en cuestión. Pues la libertad existencial del ser humano... es... en último extremo idéntica a su aptitud para la autodeterminación espiritual...”.

Me parece que todas estas manifestaciones, contra la propia opinión de sus autores, más bien confirman que refutan la posición que aquí se sostiene. Pues ninguno de mis oponentes considera el libre albedrío demostrable empíricamente. Sin embargo, lo que con diversa acentuación aducen en favor de la suposición de libertad lo he dicho yo también hace mucho tiempo¹¹⁶: “Nos sentimos autorizados a la ‘aserción normativa’ de que una persona cuya capacidad psíquica de control en una determinada situación (aún) está en orden también puede actuar libremente, porque la auto comprensión natural del ser humano normal se basa en esta

¹¹⁵ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 809

¹¹⁶ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 809

conciencia de libertad y porque una ordenación razonable de la vida humana en sociedad no es posible sin la concesión recíproca de libertad” Existe por tanto acuerdo en que el Derecho penal debe partir del libre albedrío, aunque el mismo no se pueda demostrar exactamente. El único punto diferencial podría consistir en que los adversarios estimen que un determinista o un agnóstico no podrían ni deberían adoptar esa posición, sino que habría que creer en el libre albedrío, “declararse partidario” de él, para poder basar en él regulaciones jurídicas. Sin embargo, tal pretensión no es científicamente posible ni necesaria¹¹⁷.

En la concepción aquí defendida, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo. Es empíricamente constatable la capacidad general de auto-control y la asequibilidad normativa que con ella se produce¹¹⁸ (con ello no se niega que en la zona límite de dicha asequibilidad normativa confluyen valoraciones, pero eso sucede en todos los conceptos jurídicos). En cambio, se atribuye normativamente —en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición indeterminista— la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho.

Si se parte de la base de que la cuestión del efectivo poder actuar de otro modo sigue sin poder responderse, entonces tal concepto de culpabilidad

¹¹⁷ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 810

¹¹⁸ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 810

resulta sin duda inadecuado para legitimar el que se cargue al sujeto con una retribución y reproches morales.¹¹⁹ El mismo sólo fundamenta el deber jurídico penal de responder por la conducta social incorrecta y previene de ingerencias más intensas, que serían posibles en virtud de un puro Derecho preventivo. Pero sin embargo toma del concepto tradicional del “poder actuar de otro modo”. Todo lo que es apreciable en el ámbito forense. En esta medida puede ser también aceptado desde una posición indeterminista. Esta no ha de estar necesariamente ligada a la retribución y los reproches morales, que resultan de todos modos político criminalmente cuestionables.

Por lo demás, ese concepto de culpabilidad tiene la ventaja de que se corresponde con la concepción que restringe el Derecho penal a lo absolutamente indispensable socialmente. La paz y la seguridad jurídicas en una sociedad resultan de la expectativa de que a los seres humanos se les induce por regla general a la conducta fiel al Derecho mediante prohibiciones y mandatos. Por ello, cuando alguien infringe las leyes penales se produce una conmoción de la conciencia jurídica general (y con ella descontento e inseguridad) que se solventa de nuevo cuando las normas se afirman en su vigencia mediante la punición del sujeto. Si los delitos quedaran por regla general impunes, las normas perderían ampliamente su poder de motivación, y la sociedad se hundiría más y

¹¹⁹ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 810.

más en la anarquía. De lo anterior se deriva que la aplicación del Derecho penal es innecesaria e inadecuada cuando la suposición de que una persona era motivable por el Derecho resulta infundada por su estado mental o anímico o por las circunstancias de la situación.

Así sucede con las personas mental o psíquicamente enfermas y gravemente perturbadas en su capacidad de motivación, así como con las inmaduras o con aquellas que no podían alcanzar a conocer las normas. De ellas no se espera en general que observen las normas. Si infringen la ley, no se defrauda ninguna expectativa social y la conciencia social no se conmueve. Nadie resulta estimulado a imitarlos, porque la vigencia de la norma a los ojos de la opinión pública no resulta disminuida por tales hechos.

El concepto de culpabilidad aquí defendido se apoya por tanto en una justificación social de la pena y se asemeja en ello a la concepción de algunos defensores de la culpabilidad por el carácter y al concepto funcional de culpabilidad de Jakobs. Pero salvaguarda mejor que éstos la función de protección liberal propia de un Estado de Derecho del principio de culpabilidad. Pues para el mismo, la culpabilidad no depende de necesidades preventivo especiales o preventivo generales vagas y cambiantes, reales o presuntas, sino de la capacidad de control del sujeto y con ello de un criterio susceptible en principio de constatación empírica, que pone un límite a la potestad punitiva del Estado. Cuando un

delincuente por instinto o pasional o un psicópata ya no era susceptible de llamada por la norma en el momento del hecho, debe ser absuelto.

Las necesidades estatales en sí legítimas de reaccionar con pena sobre el sujeto y ejercitar así a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho hallan aquí su final por mor de la libertad del individuo, sin que esto resulte socialmente intolerable. Cuando la protección frente a sujetos peligrosos pero inculpables haga realmente indispensables las reacciones estatales, ello exige una fundamentación adicional y la imposición de una medida de seguridad; pero no debe repercutir en el concepto de culpabilidad¹²⁰.

La muy citada expresión de Kohlrausch¹²¹ de que la culpabilidad como el poder individual sería una “ficción necesaria para el Estado” ha de ser corregida. Un Derecho penal de la culpabilidad no es en modo alguno “necesario para el Estado”. Pues los fines preventivos del Estado pueden perseguirse mucho más libremente mediante un puro Derecho de medidas de seguridad. La culpabilidad es por el contrario una “suposición garante de la libertad” dirigida contra los excesos punitivos del Estado. El principio de culpabilidad no grava al ciudadano (porque las necesidades preventivas se impondrían con total independencia de la vinculación a la culpabilidad), sino que lo protege¹²².

¹²⁰ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 810

¹²¹ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 810

¹²² *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 811

Al mantener la persecución de fines preventivos en los límites propios de un Estado de Derecho, sirve a la vez a una política criminal razonable”.

Si como dice Roxín la culpabilidad es una garantía de la persona entonces la posición de Jakobs de fidelidad de la norma es una garantía para el Estado. Esta proximidad de Roxin al individuo frente al estado es la que hace a mi propuesta de juzgar al procesado no solo con los elementos probatorios que obran en el proceso sino que se debe ir más allá y utilizar los conocimientos que están a nuestro alcance sobre psiquiatra, psicología y antropología. Ello no quiere decir que el juez además de ser un experto en derecho deba serlo en estas materias. Nuestra propuesta apunta al uso intensivo de peritajes dentro de los procesos penales en el espíritu del Art. 45 del código penal peruano. Y esto en razón de la realidad nuestra y atendiendo incluso al criterio de Roxín quien nos dice que sería un absurdo creer que todas las personas son iguales.

Otro tema de coincidencia con Roxín es en la visión de la culpabilidad en atención a la persona que se esta juzgando. “Hay que entender la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa Con ello se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho

para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma posibilidad (ya sea libre, va sea determinada) 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.

Con datos científicos empíricos la labor de juzgamiento será más justa y garantista. La culpabilidad en base a estos datos reflejará las reales condiciones de la persona que en realidad, y contra lo que comúnmente se cree, varía de persona a persona. De lo dicho en el presente comentario queda claro que no existe “un hombre medio o típico” mucho menos en un país como el nuestro con tantas etnias, tanto mestizaje y tantos condicionamientos sociales por parte de los migrantes del interior del país a las grandes ciudades de la costa

CAPITULO III

LA CULPABILIDAD EN LA DOCTRINA NACIONAL Y EN

LA JURISPRUDENCIA

En la doctrina nacional los autores que han tratado el tema de culpabilidad en la actualidad son Javier Villa Stein quien tiene un libro puntual sobre el tema; José Urquiza Olaechea, Percy García Caveró, Víctor Prado Saldarriaga, José Hurtado Pozo entre otros.

3.1. DEFINICIONES

Las definiciones sobre culpabilidad varían según las escuelas y según los autores:

3.1.1. Bramont Arias, Luís Alberto

“La culpabilidad consiste en un juicio de valor concreto. No analiza al hombre en abstracto, desligado de toda realidad, sino frente a un hombre concreto. De ahí la importancia de la tipicidad y a antijuridicidad que determinan objetiva, subjetiva y normativamente ese hecho del cual responden”¹²³

¹²³ BRAMONT ARIAS, Luís Alberto. *Derecho Penal Peruano. (Visión Histórica Parte General)*. Obr. Cit. Pág 359

3.1.2 Roy Freire

“Como elemento cuestionable del delito y en cuya sede ningún autor, según nuestra información, le denomina “responsabilidad penal”, tenemos que la culpabilidad según la teoría normativa que domina la doctrina, es el juicio de reproche que formula el juez contra el autor o participe de una acción típicamente antijurídica, por no haber ajustado su conducta a las exigencias del derecho pudiendo y queriendo hacerlo así. Es sobre la base de la posibilidad de hacer y también del deber de hacer, según las exigencias del derecho, que el juez formula el juicio de reproche que se traduce finalmente en la graduación y proporcionalidad de la pena; por lo cual no puede decirse, aunque se reconozca el ingenio traducido en la frase, que la culpabilidad radicaría, con tal definición, no en un acto de la gente sino en la cabeza del juzgador¹²⁴”

3.1.3 Villa Stein, Javier

“La culpabilidad es la cuarta categoría del delito. Con ella se trata de la censura social a que se hace merecedor el que realizó el tipo penal quebrantando la norma contenida en él, por tener capacidad suficiente de adecuarse en cambio a dicha norma respetándola y por conocer además, su carácter obligatorio, y

¹²⁴ Roy Freire, Luís. *“Una visión moderna de la teoría del delito”*. Ministerio de Justicia. Lima-Perú 1998. Pág. 95

finalmente no existir situación extrema que explique y comprenda su distanciamiento de la exigencia jurídica¹²⁵”

3.1.4 García Caveró, Percy.

“La culpabilidad no puede constituir una categoría desligada del injusto, pues toda imputación establece necesariamente una vinculación entre hecho y autor. (...) en la culpabilidad solo debe tenerse en cuenta los aspectos que permiten la imputación personal, es decir, la posibilidad de atribuir a una persona el rol sobre el que se ha realizado provisionalmente la imputación del hecho. Por esta razón para poder precisar los aspectos que se agrupan en la culpabilidad se requiere dejar en claro previamente que entendemos por imputación personal¹²⁶”.

3.1.5 Urquiza Olaechea, José

“La culpabilidad es un conjunto de condiciones que permite declarar a una persona como culpable o responsable de un delito, El sentido asignado por el derecho penal se logra en un marco sistemático, dogmático y que tiene relación con la perspectiva del derecho penal dentro de un estado de derecho social y democrático, La elaboración conceptual de “la culpabilidad” obedece a la necesidad de dar respuesta concreta para la aplicación de la pena. El derecho

¹²⁵ VILLA STEIN, Javier. *“La culpabilidad”* Ediciones jurídicas. Lima 1997

¹²⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *“Derecho económico. Parte general.* ED. Osbac. Lima, 2003, Pág. 652

penal considera insuficiente la existencia de un hecho típico y antijurídico; para la imposición de la pena es necesaria afirmar la culpabilidad. "El poder estatal interviene en la libertad de los ciudadanos a través de la pena. Para ello, requiere el sujeto realice una acción típica y antijurídica".¹²⁷

Para que esa acción típica y antijurídica quede expresada en una pena requiere de "la culpabilidad" o "responsabilidad penal" o "imputación personal" o "atribución penal". Sin el juicio de valor que comporta la culpabilidad penal no es posible fundamentar la pena. Si el sistema penal quiere ordenar la culpabilidad penal se declara así mismo como un sistema penal autoritario, abusivo y degradante. Entonces hay que cuestionarlo¹²⁸:

3.1.6 Hurtado Pozo, José.

"El principio: no hay pena sin culpabilidad, es una garantía propia del Derecho Penal... hay necesidad de mantener éste concepto sin el cual disminuirían las posibilidades de limitar el poder punitivo estatal"¹²⁹.

¹²⁷ URQUIZO OLAECHEA, José *"Una visión moderna de la teoría del delito"* Ministerio de Justicia. Obr. Cit. Pág. 75

¹²⁸ URQUIZO OLAECHEA, José, *"Culpabilidad. Búsqueda de nuevas soluciones"* Obr. Cit. Pág. 70

¹²⁹ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte General.* ARA editores, EIRL. Lima, Perú 1978, Pág. 15

3.2 Culpabilidad y el hombre en concreto en la doctrina nacional

La mayoría de autores de derecho penal nos hablan de “Un hombre medio”, el “adulto sano” de Roxín como un ser arquetípico que siempre responde al llamado de la norma cuando es conveniente. Esto sirve para pautar un patrón de conducta esperado por las personas en relación al derecho penal vigente. Sin embargo cuando se entra al terreno real, a las investigaciones encontramos precisamente que la realidad muestra un hombre concreto; al respecto veamos lo que el autor nacional Villa Stein opina sobre este tema: “El Estado actual del tema nos lleva a aceptar la libertad presunta con la que actúa normalmente el hombre medio y en tal virtud éste es el presunto operacional de la culpabilidad del que debemos partir para evadir el criterio ontológico que de momento no conduce a nada por ser empíricamente inmanejable”¹³⁰.

Este criterio operacional es el “normativo”¹³¹. La personalidad pues, es un modo de ver y comprender los aspectos cognitivos, afectivos, todos en orden a un ajuste y adaptación al medio ambiente. Cuando se habla entonces de emoción violenta como variable de atenuación a un tipo especial de homicidio, se esta necesariamente aludiendo a los aspectos propiamente emocionales (afectivos) como a los cognitivos y a los comportamentales o conativos, pues en todas éstas áreas de la personalidad

¹³⁰ *Ibíd.* Obr. Cit. Pág. 149

¹³¹ VILLA STEIN, Javier “La culpabilidad” Ediciones jurídicas. Obr. Cit. Pág. Pág. 17

que se padece la conmoción y es por ello que esta conmoción tiene, mientras se da, un correlativo psicofisiológico determinado y desde luego observable¹³².

De lo dicho hasta aquí queda claro que no todos los hombres reaccionan de la misma manera y también que los estados y respuestas son empíricamente demostrables.

Ricardo Núñez, el gran tratadista argentino nos dice a propósito que: “la atenuación de la pena no obedece al menor valor de la vida destruida, ni a circunstancias objetivas del hecho. La imputación disminuye en razón de que la criminalidad del autor es menor que en el caso ordinario, porque no es arrastrado al delito por su propia conducta de la víctima”¹³³

Plazo- relación estímulo respuesta. Levene al respecto nos dice que: “todo depende de cómo se reaccione, de qué emoción se ha recibido, porque naturalmente cuanto mayor sea ella más durará sus efectos. De modo que habrá más posibilidad de poder actuar emocionado. No se puede exigir de ningún modo la simultaneidad. No se puede exigir al marido agraviado que proceda en el mismo momento del adulterio. A veces puede obrarse durante, y otras veces después del acto provocador” (Levene ob. Cit. Pág. 312) y Levene pone el ya clásico ejemplo: “Se ha de admitir la atenuante en el caso de arriero que con un joven peón conducía el

¹³² Tesis doctoral: *Homicidio y control penal*. Por el Magíster Javier VILLA STEIN. Tesis para optar el grado académico de doctor en derecho y ciencias políticas, con mención en Ciencias Penales. Lima Perú. 1996. Pág. 72

¹³³ NÚÑEZ Ricardo. *Derecho Penal argentino. Parte Especial III* Editorial bibliográfica Ameba. Buenos Aires Argentina 1961 Pág. 72

ganado; por la noche, al disponerse a descansar, el mayor se aproximó al muchacho con un cuchillo en la mano, impidiéndole toda resistencia, y lo violó. La víctima guardo su afrenta, espero que el otro se durmiera, y entonces lo acribilló a puñaladas”¹³⁴

Queda claro que las circunstancias para responder frente a un agravio dependen no solo de factores externos sino sobre todo de factores internos, y aquí nuevamente encontramos a hombres concretos, así lo dicho por villa stein abona el presente trabajo

Antes de culminar el presente punto considero pertinente en la medida de la relación con el tema comentar precisamente una jurisprudencia que en este caso corresponde a un hecho importante en España en cuanto a la imputación de un delito de omisión impropia en relación al hombre en concreto.

Trata de que en un inicio el Tribunal Supremo español condenó, mediante sentencia del 27/ 06/97, por un delito de comisión por omisión a los padres de un menor, pertenecientes a los Testigos de Jehová. El niño de 13 años murió al no autorizarse la transfusión de sangre. Recoge la sentencia:

¹³⁴ Villa Stein, Javier. Tesis doctoral: *Homicidio y control penal*. Obr. Cit. Págs. 82- 83

“Empero, se impuso una pena inferior en dos grados a la señalada por la ley. Esto en razón al disturbio psicológico derivado del aludido orden de valores y principios religiosos que merman la capacidad de culpabilidad del sujeto”.

Es bueno remarcar que incluso este tribunal tuvo que considerar como causa de atenuación de la pena a lo que denominó “disturbio psicológico derivado de un orden de valores y principios religiosos”, pero el Tribunal Constitucional español anuló la sentencia emitida por el Tribunal Supremo, que condenaba a dichos padres por el delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión, fundamentándose en que la actuación de los recurrentes se encontraba amparada por un derecho fundamental como es el derecho a la libertad religiosa, consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución española, puesto que el respeto a sus principios y valores religiosos es un valor superior – en este caso para los Testigos de Jehová - a la propia vida, según el máximo interprete de la Constitución española. Señala el tribunal que a pesar de contar solo con 13 años de edad, no tenía por qué ser representado por sus padres, pudiendo él mismo oponerse a la intervención médica (transfusión de sangre), siendo relevante el interés del menor, a pesar de estar en juego el valor de la vida. En definitiva, tanto el menor como sus padres eran titulares de ese derecho fundamental, vulnerado con la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, pero que terminó por anularse por parte del Tribunal Constitucional¹³⁵.”

¹³⁵ Revista “ACTUALIDAD JURÍDICA” Gaceta Jurídica. Tomo 134 .2005 Págs. 85 – 86.

Es importantísimo las consideraciones del Tribunal Constitucional para anular la sentencia del Tribunal Supremo y en esencia nos dice que la actuación de los recurrentes se encontraba amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa, consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución española, considerando el respeto de sus principios y valores religiosos como un valor superior a la propia vida en el sentimiento de quienes profesan la fe religiosa de los Testigos de Jehová.

En la comprensión de esta realidad concreta de los recurrentes el Tribunal Constitucional decide absolverlos.

3.3 Deslindes de la doctrina nacional con el funcionalismo de Jakobs y otros supresores de la culpabilidad en la doctrina penal.

Para Villa Stein “El Criterio preventivo – general busca reemplazar la categoría de la culpabilidad por la de “fidelidad al derecho” con lo que se provoca a los conceptualizadores, que defendiendo la tesis del hombre como fin en sí mismo recusan su instrumentalización en aras de criterios pragmáticos”¹³⁶ Se agrega que “se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma. Con arreglo a este fin de la pena, el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente”¹³⁷

¹³⁶ Villa Stein, Javier. Tesis doctoral: *Homicidio y control penal*. Obr. Cit. Pág. 23

¹³⁷ Villa Stein, Javier. Tesis doctoral: *Homicidio y control penal*. Obr. Cit. Pág. 34

Aquí villa stein asume una posición pro individuo y no pro Estado y reafirma la necesidad de culpabilidad como categoría del delito, marcando clara distancia con el funcionalismo extremo de Jakobs. Esta posición asumida por Villa Stein cuenta además con el respaldo de nuestra jurisprudencia, donde se señala que:

“El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475 queda supeditada a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal, ello se haya realizado con intención del agente. A mayor abundamiento, la prohibición de que la pena sólo pueda basarse en un tipo de responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, según el cual "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Por ello, el Tribunal considera que es inconstitucional la norma implícita que se deriva de la frase "El que provoca, crea o mantiene", en la medida en que no prevé la responsabilidad subjetiva, esto es, la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente; por lo que tal frase, extendiendo los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal sobre el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, subsistirá con el mismo texto, con el sentido

interpretativo antes anotado: "El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...)"¹³⁸

Sobre los supresores de la culpabilidad, nos dice que: "En el extremo crítico de todas estas elaboraciones aparecen los abolicionistas planteando la supresión de la culpabilidad como categoría del delito y su reemplazo por instrumentos métricos que establezcan la proporcionalidad entre, los fines preventivos de la pena y el carácter que debe tener la misma en relación al autor (Ellscheid, Hassemer 1975)¹³⁹. Como vemos Villa Stein reafirma la culpabilidad como categoría jurídico penal también frente a los que partiendo de contraponer el principio, de culpabilidad, y categoría penal en la teoría del delito con otro principio para finalmente sustituirlo y suprimirlo de la dogmática penal. Nuevamente reafirma la utilidad de la culpabilidad como categoría jurídico penal.

Recordemos que Roxín ha considerado insuficiente el principio de proporcionalidad como sustituto válido del principio de culpabilidad y ha dicho que hoy día ningún derecho penal moderno puede prescindir de la frase "la pena no puede superar la medida de la culpabilidad."¹⁴⁰

¹³⁸ Exp. N° 010-2002-AI / TC LIMA. Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, sobre Acción de inconstitucionalidad, contra los Decretos Leyes Nos. 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

¹³⁹ VILLA STEIN, Javier. Tesis doctoral: *Homicidio y control penal*. Obr. Cit. Pág. 33

¹⁴⁰ CHOCLÁN MONTALVO, José A. *Individualización Judicial de la pena*. Editorial Colex. 1997. Pág. 62-63

3.4 Posiciones en la doctrina nacional sobre los elementos de la culpabilidad

Visto básicamente en las concepciones y visiones divergentes de dos exponentes de la doctrina nacional, como son el Dr. Javier Villa Stein y el Dr. Percy García Cavero.

3.4.1 La Imputabilidad. Concepto General

La Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, es el conjunto de cualidades psicológicas y fisiológicas por virtud de las cuales un sujeto conoce la trascendencia interpersonal y social de sus actos¹⁴¹. Así como Villa Stein la mayoría de los autores nacionales y extranjeros condicionan como causas de imputabilidad condiciones fisiológicas y psicológicas, esto es que tenga madurez suficiente y que no padezca de grave alteración psicológica¹⁴²; añadiendo que estas condiciones se requieren durante la comisión del hecho. Lo que a decir de Roxín, es que haya asequibilidad a la norma y que adecue su comportamiento a esa comprensión, para lo cual se requiere también las condiciones señaladas.

También el mismo autor nos señala que: “la capacidad de comprender o de entender que tiene un sujeto presupone suficientes facultades psíquicas como

¹⁴¹ VILLA STEIN, Javier. *La Culpabilidad*. Ediciones Jurídicas Lima – Perú 1997. Pág. 47

¹⁴² Añadiendo el factor de la concomitancia entre la capacidad y la comisión del hecho punible WESSELS, nos dice que “el presupuesto para que alguien pueda ser en general culpable, es su imputabilidad en el momento de la comisión del hecho”. Obr. Cit. Pág. 49

para aquilatar, medir o conocer lo que ocurre en su entorno con prescindencia de los actos propios o con ocasión de ellos, pero además de esta facultad cognitiva, que le permite al sujeto una aproximación fenomenológica de los hechos, la capacidad de entender se compone de cualidades valorativas elementales por virtud de las cuales el sujeto se percata del valor social de sus actos”¹⁴³.

Agrega que: “en cuanto a la capacidad de querer, esta comprende la idea de autodeterminación y comprende asimismo la idea de acto voluntario adaptativo lo que suprime una doble sujeción; a la del propio discernimiento y a la de las exigencias ambientales. Ambas facultades entonces, la de entender y la de querer; son necesarias al juicio de imputabilidad y la ausencia de una de ellas torna inimputable al autor de un acto punible”¹⁴⁴.

Coincidimos con el autor sobre como se expresaría la autodeterminación que consideramos a las condiciones intelectivas y volitivas del procesado. Lo que a decir de Villa Stein, en un sentido amplio se expresaría en: “las condiciones, intelectuales y volitivas, o más ampliamente las cognitivas, las afectivas y las conativas se dan, si y sólo si, su portador tiene madurez psíquica y salud mental. La primera condición derivada de la edad biológica, aunque la norma la

¹⁴³ Javier Villa Stein. *La Culpabilidad*. Obr. Cit. Pág. 52

¹⁴⁴ La grave alteración de la conciencia acarrea inimputabilidad cuando comprende una suerte de perturbación cognitiva que hace que el actor pierda su capacidad intelectual de percatarse del carácter delictuoso de sus actos. La grave alteración de la conciencia a que se refiere este tópico es una que naturalmente se deriva de un evento emocional importante en el sujeto cualesquiera. Villa Stein. Ob. Cit. Pág. 83

fije cronológica en el concepto de mayoría, la segunda, de la integridad y normalidad psicológica presunta”¹⁴⁵.

Estos criterios son respaldados además por la jurisprudencia donde se establece que: “La graduación de la pena debe ser el resultado del análisis y apreciación de la prueba actuada en función a la gravedad de los hechos cometidos, de la responsabilidad del agente y de sus condiciones personales, como lo establecen los artículos 45 y 46 del Código Penal; que, en el presente caso corresponde modificar la pena impuesta al procesado, la misma que debe ser ajustada a la realidad y participación en el injusto penal, acorde con los elementos determinantes de la misma, estando a la facultad conferida por el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales y teniendo en cuenta que el acusado es una persona joven, de escasa formación educativa, que carece de antecedentes penales y judiciales, corresponde judicialmente rebajar la pena impuesta”¹⁴⁶

En cuanto a la contraparte, es decir a las causas de inimputabilidad también el autor que comentamos señala que: “la enajenación o enfermedad mental permanente, comprende la psicosis en cualquiera de sus manifestaciones clínicas, como puede ser según veremos más adelante la esquizofrenia, el maníaco depresivo, la orgánica, etc.”. Agregando los trastornos mentales,

¹⁴⁵ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 54

¹⁴⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal Comentada*. Tomo II, Lima, Ideosa, 2005. Ejecutoria Suprema del 23/07/2003, Exp. N° 1219-2003 Huanuco. Pág. 177

deficiencias mentales, minoría de edad¹⁴⁷, grave alteración de la conciencia¹⁴⁸, como causas de inimputabilidad. Ello responde a la necesidad de seguridad jurídica; en tanto que en personas en estas circunstancias, no puede pensarse en una motivación en la norma o menos aún en una adecuación de la conducta a esta comprensión y que incluso en caso de profunda alteración de la conciencia, durante el hecho, no tendrían la capacidad de adecuar la conducta al derecho.

Veamos al respecto como lo ve la jurisprudencia:

Nos señala “Que la encausada al momento que sucedieron los hechos de connotación delictiva, los que son materia de juzgamiento, su conducta carece de imputabilidad, es decir, no pudiendo ser responsable penalmente, por lo tanto no es culpable, en razón de no haber comprendido en ese momento la naturaleza delictuosa de su obrar, tal como se evidencia en las pericias efectuadas, siendo de aplicación el inciso primero del artículo 20 del Código Penal”.¹⁴⁹

¹⁴⁷ VILLA STEIN. *La Culpabilidad* Obr. Cit. Págs. 57- 58. El juez Penalista *Pellegrino Rossi*, según cita *Cousiño*, dice: “Las facultades morales e intelectuales del hombre sólo se desarrollan a cierta edad y progresivamente. El hombre se encuentra sometido en su niñez al imperio de la vida animal, su contenido moral está todavía embotado, y su razón es endeble e incierta. Desconoce la naturaleza moral de las acciones humanas, o no hace mas que entreverlas en confuso a través de una niebla, ni siquiera sabe discernir todas sus consecuencias materiales”.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 83. La grave alteración de la conciencia acarrea inimputabilidad cuando comprende una suerte de perturbación cognitiva que hace que el actor pierda su capacidad intelectual de percatarse del carácter delictuoso de sus actos. La grave alteración de la conciencia a que se refiere este tópico es una que naturalmente se deriva de un evento emocional importante en el sujeto cualesquiera. Ob. Cit. Pág. 83

¹⁴⁹ Exp. N° 20-97-Cono Norte. En: *Código Penal. Código de Procedimiento Penales, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal. Concordado, Sumillado. Jurisprudencia*. Jurista Editores, Tercera Edición. Actualizada. 2003. Pág. 72.

También se incluye en estas circunstancias de inimputabilidad, la alteración sensorial que afecta los sentidos como en el caso de la ceguera o de la sordomudez¹⁵⁰.

Mención aparte comprende a la *actio libera in causa* que es llamada también trastorno mental pre- ordenado, es decir, cuando el sujeto por propia voluntad se pone en circunstancias con las intención de presentar su conducta como inimputable¹⁵¹.

Es importante a efectos del presente trabajo citar textualmente los dicho por Villa Stein comentando a Oré Guardia y Prado Saldarriaga: “en efecto, la norma procesal vincula u obliga al Juez cuando a tenor del Art. 71 del novísimo Código Procesal Penal, conforme señala Oré Guardia refiriéndose al medio de Prueba Especial, menciona que “es el que la ley establece con carácter obligatorio, para acreditar un determinado objeto de prueba. Por ejemplo, para declarar exento de responsabilidad a un inimputable que cometió delito, se requerirá dictamen pericial”¹⁵².

¹⁵⁰ VILLA STEIN, Javier. *La Culpabilidad* Obr. Cit. Pág. 45. “La alteración sensorial o de la percepción sensorial hablando, comprende no la que se origina en el cuadro psicótico (alucinaciones y delirios), sino aquella que afecta los sentidos, como pueden ser la ceguera o la sordomudez, bajo ciertas condiciones de manifestación”.

¹⁵¹ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 91”Llamada también trastorno mental pre- ordenado en atención a que el agente de modo premeditado se coloca en la situación de inimputabilidad para delinquir. En la *actio liberae in causa* o acción libre en la causa pues al inicio el autor conoce a plenitud su designio, el agente responde penalmente”.

¹⁵² *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 103

Es pertinente agregar lo dicho en relación al punto, por Bustos Ramírez: “El derecho es antes que nada proceso, antes que nada procedimiento, y por lo tanto la trascendencia garantista del derecho en cualquier país se mide por su proceso penal, por la forma de éste. Luego entonces, los principios garantizadores de la intervención punitiva del Estado han de tener implicación directa e inmediata dentro del proceso penal¹⁵³”.

Traslapa pues, Prado Saldarriaga, el estudio del instituto sustantivo procesal, cuando añade que: “Es de señalar, por tanto, que la noción legal de inimputabilidad opera en todo proceso penal como una presunción *juris tantum* y que sólo puede ser cuestionada en base a un diagnóstico psiquiátrico...”¹⁵⁴

Prado Saldarriaga, comentando estos institutos dice: “El código de 1924 y 1991, el legislador no ha precisado en qué casos cabe hablar de una inimputabilidad disminuida o restringida no obstante, ambos códigos han aludido a ella como un estado que amerita la atenuación de la pena e incluso, puede motivar la aplicación de medidas alternativas o conjuntas de la pena”

Agregamos lo añadido en comentario respectivo de Prado Saldarriaga: “La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran casos de inimputabilidad disminuida los siguientes: Ebriedad relativa, fármaco dependencia, cuadros

¹⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Principio garantista del derecho penal y proceso penal”. En: Derecho y Sociedad, Año 5, N° 8-9. Editada por PUCP. Lima Perú 1994. Pág. 112

¹⁵⁴ VILLA STEIN, Javier. *La Culpabilidad*. Obr. Cit. Pág. 103

preliminares de debilidad mental y algunas manifestaciones de personalidad psicopática, como los actos de necrofilia”. Veamos jurisprudencia correspondiente:

1.- “Es circunstancia atenuante haberse encontrado el acusado bajo la acción del alcohol en el momento de la perpetración del delito” (Ejecutoria Suprema del 03 de Abril de 1951)

“Los encausados, al momento de cometer los hechos materia de juzgamiento se encontraban en estado de ebriedad relativa, si bien no obra pericia alguna al respecto, se encuentra acreditado con la preventiva del agraviado y la propia declaración de los encausados desde la etapa preliminar hasta el juicio oral: que la ebriedad de los citados encausados si bien ni exime la responsabilidad penal, constituye una circunstancia atenuante por exención relativa, prevista en el inciso primero del artículo 20 del código penal”¹⁵⁵

2.- “Procede disminuir prudencialmente la pena del autor de homicidio perpetrado en forma ocasional, que actuó bajo los efectos de un estado anormal de tipo tóxico, embriaguez patológica, con trastornos de conciencia y excitabilidad del Código Penal Sud- Peruano de 1830; el Art. 8 inc. 2 del

¹⁵⁵ FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Jurisprudencia Penal, Procesal penal y Constitucional*. Lima, RAO Editora. 2004. Pág. 206

Código Penal de 1863; y el inciso 1 del Art. 85 del Código Penal Helvético de 1924”¹⁵⁶

Además Prado Saldarriaga nos dice que “a nivel legal nuestro derecho ha otorgado expresa o implícitamente varias funciones a la pena. No obstante, siempre se ha arrastrado una clara connotación retribucionista...” Considera con Mir Puig que la aplicación de la pena por el Estado no puede alejarse de sus fuentes de legitimación constitucional; esto es de las exigencias de necesidad, bien jurídico, humanidad, proporcionalidad y culpabilidad.”¹⁵⁷

3.4.2. Conocimiento de la antijuridicidad

La **antijuridicidad** es la categoría penal que enjuicia el hecho que lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido por la norma.

Por ello el desconocimiento de la antijuridicidad es causa de exculpación. En este sentido Villa Stein comenta que “No obra culpablemente el que desconoce que la conducta que protagoniza está prohibida o es constitutiva de un “injusto”¹⁵⁸”.

¹⁵⁶ VILLA STEIN, Javier. *La Culpabilidad*. Obr. Cit. Pág. 104 - 105

¹⁵⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho Penal. Parte General (Materiales de enseñanza)*. Lima- Perú. 1995. Págs. 671- 676

¹⁵⁸ VILLA STEIN, Javier. *La Culpabilidad*. Obr. Cit. Pág. 127

“Normalmente, quien realiza un tipo penal, lo hace en el estado psicológico de estar haciendo algo prohibido, salvo hipótesis específicas en que resulta natural desconocer la ilicitud de su hacer, por motivos culturales, o por referirse la infracción a normas que no son esenciales a la convivencia”¹⁵⁹.

Una de las novedades del Código penal de 1991 es la previsión que hace el legislador del error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado.

El autor peruano Felipe Villavicencio Terreros, citando a Raúl Eugenio Zaffaroni, dentro del planteo de la culpabilidad de acto al tratar el error de comprensión lo define como “la inexigibilidad de la internacionalización de la pauta cultural reconocida por el legislador en razón de un condicionamiento cultural diferente”. Nos dice además que debe entenderse por comprensión “al más apto nivel de captación humana que implica internalización o introyección, encierra y presupone el simple conocimiento”¹⁶⁰

El error de comprensión culturalmente condicionado se presenta cuando el infractor se desarrollo en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura, por ejemplo el miembro de una comunidad nativa de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años, pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso

¹⁵⁹ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 128

¹⁶⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. Gryjley, Tercera edición, junio 2002. Págs. 86- 87

con menores de 12 años. Sin embargo el criterio general sólo constituye una orientación pues la jurisprudencia se encarga de analizar casos concretos como el que señalamos: “Si bien el error de comprensión culturalmente condicionado extingue y atenúa la responsabilidad penal de las personas que violan la norma penal en virtud a su cultura o costumbre, la sola condición de una etnia amazónica, del inculpado del delito de actos contra el pudor, no exime la responsabilidad. Procedería la exención de la pena sólo en el caso de que el inculpado y víctima pertenecieran a la misma etnia y vivieran en la misma comunidad, teniendo las mismas costumbres. El hecho que el inculpado haya salido de su comunidad hacia un centro poblado no indígena y cometiera actos contra el pudor a un menor de dicho lugar, sustrayéndola de su casa y ocultando a las autoridades el hecho, no puede ser eximido de pena a pesar que señale que lo realizó según sus costumbres. En dicho caso sólo procede tomar en cuenta las condiciones personales del inculpado, su cultura y costumbre, que disminuye su comprensión del carácter delictuoso de su conducta, atenuando la pena”.¹⁶¹

“Se llama error de prohibición al que padece el autor de un injusto cuando cree actuar con arreglo a derecho, por desconocer la norma prohibitiva o conociéndola, cree que lo ampara una causa de justificación permisiva”.¹⁶² En este sentido una Ejecutoria Suprema en Junín señala que: “El error de prohibición contemplado en el artículo 14 segundo párrafo del Código Penal,

¹⁶¹ Exp. Nº 98- 0175- 191601 – SP Loreto, en SerJur 3, 185. *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 88

¹⁶² VILLA STEIN, Javier. *La Culpabilidad*. Obr. Cit. Pág. 129

constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de culpabilidad, que exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria al Derecho, o que actúe en la creencia de estar obrando ilícitamente”¹⁶³.

Dos son los tipos de error de prohibición admitido por el acotado art. 14 del CP: Error de prohibición invencible y el error de prohibición vencible.

Estamos a que el primero de ellos, el invencible o inevitable, elimina de manera absoluta la responsabilidad (culpabilidad)¹⁶⁴, pues ocurre cuando el agente actuando con la diligencia ordinaria le es imposible advertir la antijuridicidad de su injusto. La determinación de este estado psicológico corresponderá al juzgador quien apreciará las circunstancias personalísimas del autor, como su extracción socio- cultural, grado de instrucción, edad, nacionalidad, etc....Es concluyente al respecto *Maurach* cuando dice que “el error de prohibición inevitable conduce necesariamente a la absolución”¹⁶⁵.

Estamos en cambio frente al error de prohibición vencible o evitable cuando estando el agente en posibilidad real y objetiva- según criterio medio además- de salir de su ignorancia no hace algo al respecto y perpetra el injusto. Aquí se le reprocha al autor no haber aprovechado, con una conducta medianamente

¹⁶³ Ejecutoria Suprema del 4/10/99, Exp. N° 2721- 99. REVISTA PERUANA DE JURISPRUDENCIA. Trujillo, Editora Normas Legales, 2000. Año, II. 3. Pág. 278

¹⁶⁴ Hay que anotar que Villa Stein diferencia entre culpabilidad y responsabilidad pero es consciente que el legislador peruano, según lo plasmado en el código los presenta como sinónimos.

¹⁶⁵ VILLA STEIN, Javier. *La Culpabilidad*. Obr. Cit. Págs. 130- 131

prudente, cerciorarse de su error. Por ello se atenuará la pena en su caso, pero se le impondrá de todas formas¹⁶⁶.

“En vista de que el resultado típico se vio contribuido por el comportamiento negligente de la autoridad política, puesto de manifiesto al no haber tomado todas las previsiones y seguridad necesarias para evitar la fuga de los detenidos debe resolverse el hecho global como un error de tipo vencible que excluye el dolo en el obrar del autor, pero que deja abierta la posibilidad para poder imputarle una responsabilidad a título de culpa, en vista que el resultado en todo caso pudo haber sido evitado mediante un actuar diligente”¹⁶⁷.

El aforismo “*error iuris nocet*” (la ignorancia del derecho no excusa) que imprimió en los códigos y en la doctrina un desarrollo de imperturbabilidad en supuesta salvaguarda del orden social y público, devino en inaplicable con el transcurso del tiempo y el advenimiento de multiplicidad de normas penales en blanco necesarias a la nueva complejidad social y económica, que remitía sucesiva y dinámicamente a normas extra- penales administrativas del más variado sino, que al ser desconocidas por el agente se reputaba error de hecho antes de derecho¹⁶⁸.

Aquí el autor demuestra que el juicio de culpabilidad es complejo por la cantidad de variables que se hace necesario tomar en cuenta. De ningún

¹⁶⁶ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 131

¹⁶⁷ Sala Penal R.N. Nº 3753-97 Ayacucho, en *JurPenGaceta*, I, 129. En: Villavicencio Terreros, Felipe. *Código Penal comentado*. Obr. Cit. Pág. 84

¹⁶⁸ VILLA STEIN, Javier. *La Culpabilidad*. Obr. Cit. Pág. 133

modo se trata de un juicio mecánico de simple descarte; es un análisis complejo que debe generar convicción y que a su vez genere las garantías suficientes para el procesado. Tal es así que el Código Penal establece una serie de requisitos que se deben cumplir a fin de determinar judicialmente la pena a imponerse. Veamos lo que al respecto señala nuestra jurisprudencia:

“Para los efectos de la pena se debe tener presente: a) la pena tipo en su referencia mínima y máxima; b) atenuantes genéricas o especiales previstas en la ley, como responsabilidad restringida, confesión sincera, eximentes imperfectas y otros; que respecto al encausado abonan a su favor la circunstancia atenuante de carácter procesal; c) los referentes circunstanciales previstos en los artículos 45 y 46 del Código Penal, que en el caso de autos se expresa en la naturaleza dolosa del hecho, ponderación de bienes jurídicos, por la pluriofensividad de la conducta (libertad, integridad y patrimonio); los medios utilizados por el agente, lo constituye su propia fuerza con la que reduce a su víctima, la derriba al piso y le sustrae su cartera; d) juicio de culpabilidad o reproche del agente de un injusto jurídico penal que comprende la acción, la tipicidad y la antijuridicidad, porque realizó el hecho pese a que se encontraba en capacidad suficiente de autocontrol en la situación concreta, por lo que le era exigible una alternativa de conducta conforme a derecho; asimismo considerando las circunstancias del tiempo, a las once horas y cincuenta minutos, desafiando cualquier seguridad en plena vía pública; asimismo, por los antecedentes que confesa el citado encausado, debe prestarse especial atención penitenciaria para lograr los fines de la prevención

especial de la pena; finalmente, sustentar la proporcionalidad de la pena entendida como la proporcionalidad de la pena debida entre la gravedad del hecho y la pena que corresponde al autor o partícipe del delito”¹⁶⁹

Además otra jurisprudencia nos señala que, “Para los efectos de la determinación del quantum de la pena debe tenerse en cuenta los principios de lesividad y proporcionalidad previstas en los artículos cuarto y octavo respectivamente del Título Preliminar del Código Penal, de manera que la sanción penal esté acorde no sólo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito, entendida ésta en mayor o menor grado, contribuyendo para esta determinación además otros factores de punibilidad como la forma y circunstancias del delito así como las condiciones personales conforme el artículo 46 del Código Penal”¹⁷⁰

El autor bajo comentario adiciona algunos ejemplos : “No se pierda de vista en modo alguno, que lo que nos ocupa es el error normativo que pudiera presentarse más fácilmente en la omisión del deber de socorro (art. 126), sustracción de menor (art. 147), omisión de asistencia familiar (art.149), coacción (art. 151), etc.... donde la imprudencia es impune y no el de la

¹⁶⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, Lima, Idemsa, 2002. Ejecutoria Suprema del 20/11/2000, Consulta N° 347- 2000. Lima, Pág. 331

¹⁷⁰ FRISANCHO, APARICIO, Manuel. Obr. Cit. Pág. 45. Ejecutoria Suprema del 16/05/2002, Exp. N° 6-200 Lima.

comisión imprudente del hecho cuando se está ante el homicidio y lesiones culposas o imprudentes (art. 111 y 124 respectivamente)”¹⁷¹.

3.4.3. La no exigibilidad de otra conducta

Sobre la exigibilidad de otra conducta Villa Stein opina que “Hay situaciones en la vida de los hombres que introduce serias variaciones en los supuestos conforme a los cuales se les puede exigir la sujeción a la norma. Estas situaciones límite, acarrear la inexigibilidad de otra conducta”¹⁷².

La idea general de la inexigibilidad es la de entender que el derecho penal y su ámbito de tutela, responde a situaciones fácticas y psicológicas “medias” o “normales” no siendo posible pretender heroísmo o sacrificios dramáticos y finales en la salvaguarda de la norma¹⁷³.

La culpabilidad supone que se le puede exigir al agente un comportamiento conforme a derecho, que será, por tanto, la base del reproche. En consecuencia si no es exigible esa conducta la reprochabilidad no puede dirigirse contra quien, incluso voluntariamente, ha procedido antijurídicamente”¹⁷⁴.

¹⁷¹ VILLA STEIN, Javier. *La Culpabilidad*. Obr. Cit. Pág. 135

¹⁷² *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 141

¹⁷³ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 142

¹⁷⁴ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 143

Sobre las causas específicas de inexigibilidad nos dice: "Este estado es uno que, conforme al principio de "ponderación de bienes" nos coloca en la hipótesis de la colisión de bienes de igual valor y aunque no la justifica, disculpa la acción por la cual el titular de uno de esos bienes; y en salvaguarda del propio, sacrifica el del otro"¹⁷⁵.

El ejemplo típico planteado por el código es el estado de necesidad y la legítima defensa.

"La conducta del inculpaado no puede eximirse de pena alegando que actuó en legítima defensa, al no haberse demostrado que fue agredido por las víctimas. El disparar contra un grupo de personas que se acercaban y amenazaban de muerte, encontrándose en medio de una manifestación en donde se habían producido actos violentos, constituye un supuesto de estado de necesidad exculpante y miedo insuperable, por lo que el inculpaado ha de ser absuelto"¹⁷⁶.

3.4.4 Posición que merece particular comentario es la de Percy García Cavero sobre Culpabilidad que él denomina "Imputación Personal"

Decimos que es importante porque es en la doctrina nacional quien expresa una posición funcionalista extrema la cual le lleva a pretender suprimir

¹⁷⁵ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 143- 144

¹⁷⁶ Exp. N° 99-0025-191601-SP-02-Loreto.; *Serie de Jurisprudencia* 3, ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 1999, Pág. 264

veladamente la culpabilidad como categoría de la teoría del delito y como garantía del individuo frente al Estado, textualmente señala: “No compartimos la usual partición del delito en injusto y culpabilidad.... La culpabilidad no puede constituir una categoría desligada del injusto, pues toda imputación establece necesariamente una vinculación entre hecho y autor...La vinculación funcional entre injusto y culpabilidad no impide, sin embargo, una separación didáctica del proceso de imputación, aunque debemos señalar que la asunción de tal premisa nos lleva obligadamente a dotar a la culpabilidad de un contenido que no corresponde con el tradicional. En la culpabilidad sólo deben tenerse en cuenta los aspectos que permiten la imputación personal, es decir, la posibilidad de atribuir a una persona¹⁷⁷...”

Para garcía la culpabilidad no debiera ser una categoría de la teoría del delito lo que equivale a suprimirla como garantía frente al estado y que a lo más se podría separar por necesidad didáctica, puesto que lo único necesario para él es reconocer el hecho delictivo e imputárselo a la persona, en buen castellano bastaría que se viole la norma para declarar culpable en el puro sentido jackobiano.

¹⁷⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. *“Derecho penal económico. Parte General.* OSBAC SRL Ltda. Perú 2003 Pág. 652

“La categoría de la culpabilidad siempre ha estado vinculada con el concepto de persona, de manera que no puede renunciarse a una comprensión de la persona...”¹⁷⁸

Apunta garcía a la necesidad de conocer a la persona y es más va a señalar que se le debe ubicar en su respectivo contexto social

“Desde nuestra comprensión de la culpabilidad, cabe reconocer que la concepción de persona de Jakobs acierta al definirla en un contexto social,...Ser persona significa sin duda poseer un estatus que hace referencia a la situación social de un individuo,...Los atributos reconocidos a la persona, le corresponden a *alguien* por el hecho de formar parte del género humano. Lo natural posee, en este sentido, fuerza normativa...tal, reconocimiento tienen lugar en una sociedad concreta, su manifestación se encuentra claramente condicionada por el grado de desarrollo de la sociedad en cuestión... Estos aspectos de la persona son la individualidad y la socialidad, pues sin individualidad no sería posible diferenciar su actuación del conjunto de sucesos que acaecen en el mundo real, mientras que sin socialidad no podría dotarse de sentido al comportamiento individual frente a los demás. La configuración de la imputación personal debe hacerse a partir de estos aspectos de la persona,

¹⁷⁸ *Ibíd.*, Obr. Cit. Págs. 653- 655

pues, de lo contrario, se caería en arbitrariedad, cuando no en una instrumentalización¹⁷⁹.

García considera necesario reconocer que el aspecto individual de la persona no puede desligarse del aspecto social y que la imputación personal (culpabilidad) debe considerársele en ese contexto de lo contrario se caería en arbitrariedad o instrumentalización. Esta visión específica en cuanto a la persona es importante pues si tal como dice no ve al hombre en abstracto tendrá que verlo tal como es y en nuestro país la necesidad de protegerlo y por esto asumir la culpabilidad como categoría del delito.

A. La Individualidad: La individualidad de la persona significa atribuirle libertad y reconocer la capacidad de expresar esta libertad hacia el exterior mediante acciones... Nuestra comprensión de la imputación personal se inclina por resolver la eterna disputa filosófica entre determinismo e indeterminismo a favor del segundo, pero ciertamente no mediante una comprobación empírica de la existencia de la libertad, sino mediante su configuración como un concepto normativo vinculado al reconocimiento de la personal... Sólo mediante una comprensión realista de la persona, entendida como capaz de individualizarse mediante el

¹⁷⁹ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 656

ejercicio de libertad, es posible fundamentar la imputación de un hecho como suyo¹⁸⁰.

Queda claro que para el autor por un lado es necesario que se exprese normativamente el reconocimiento de la existencia del hombre concreto, que la abstracción, los arquetipos devienen arbitrarios, es más normativamente debe quedar como exigencia que antes de determinar la culpabilidad y la pena se debe tener conocimiento concreto de la persona. Por otro lado asume una posición indeterminista, la cual desdice al definir una individualidad en un contexto de sociabilidad, esto es en un sistema social que en nuestro caso no es otro que el Perú, multicultural y con grandes diferencias sociales.

B. La Socialidad: Toda actuación de una persona, por el hecho de ser tal, tiene un sentido social...Para poder hablar de culpabilidad se requiere que la actuación de la persona comunique algo necesitado de una respuesta social específica para el mantenimiento del orden social, esto es, que la persona sea considerada por el sistema social como sujeto responsable... La responsabilidad constituye, en este sentido, un concepto dependiente de las características de la sociedad en la que la persona se encuentra...¹⁸¹

¹⁸⁰ *Ibíd.*, Obr. Cit. Págs. 657- 658

¹⁸¹ *Ibíd.*, Obr. Cit. Págs. 659- 660

Una vez más reitera la necesidad de ver no solo al hombre en forma específica sino además en una sociedad específica, concreta, lo que no hace es definir en forma concreta este contexto general.

3.4.5 La configuración dogmática de la imputación personal

La imputación personal en el Derecho penal debe construirse sobre la base de la persona....individualidad como capacidad de ser autor de un suceso externo.... No obstante, la sola individualidad no basta para realizar una imputación personal, pues únicamente la sociedad permite un proceso de atribución de sentido conforme a las características del sistema social.... Culpabilidad jurídico- penal significa la capacidad individual del ciudadano de cuestionar la identidad normativa esencial de la sociedad por la infracción de roles¹⁸².

No definir las cosas en forma concreta lleva al autor a la siguiente afirmación: "Nuestra comprensión de la teoría del delito como una teoría de la imputación penal nos pone, por el contrario, en una tradición anterior a la causalidad y que actualmente está tomando de nuevo fuerza a raíz de los trabajos de Jakobs. Este autor, con base en una construcción teórica basada en la función del Derecho penal de mantener la vigencia de la identidad normativa de la sociedad, admite la posibilidad de insertar la culpabilidad en el concepto de acción... Puede decirse que son más razones de tradición las que nos

¹⁸² *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 661

impulsan a colocar en segundo lugar la imputación personal o tradicionalmente llamada culpabilidad”¹⁸³.

Hasta aquí las coincidencias con el autor que comento pues como se mostró al inicio debido a su posición funcionalista extrema y siguiendo a Jakobs pretende eliminar la culpabilidad como categoría del delito.,lo cual contradice sus aseveraciones anteriores pues queda claro que el culto a la norma en Jakobs tiene su base en la comprensión que el tiene del desarrollo de Alemania ,situación que por ningún lado puede ser comparado con nuestra realidad y menos pretender extrapolar su necesidad extremadamente normativista de eliminar la culpabilidad a nuestra concreta realidad.

3.5 El concepto genérico de culpabilidad en el código penal peruano.

Hemos de anotar junto con Villa Stein que “El Código Penal Peruano de 1991 omite, por la influencia de la dogmática alemana y española, así como su movimiento de reforma, el vocablo “culpabilidad” por suponerse más manejable y de mayor contenido concreto el término “responsabilidad”. Estamos en materia legislativa frente a un *by pas* en tanto se espera la reelaboración del concepto de “culpabilidad”, con lo que ello trae de desconcierto para usuarios y destinatarios de la norma¹⁸⁴.

¹⁸³ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 661- 662

¹⁸⁴ VILLA STEIN, Javier. Obr. Cit. Pág. 35

Por su parte Roy Freire nos dice que “ el Código Penal vigente ha preferido usar la expresión “responsabilidad penal“ o simplemente “responsabilidad”, haciéndola así en un número exacto de 10 dispositivos legales , que son los siguientes; Arts, VII y VIII del Título Preliminar; y, Arts : 14, 15, 20, 21, 26, 46, 68 y 69 del Libro Primero. Por el contrario, nunca ha empleado la expresión “culpabilidad”.

“En los proyectos del Código Penal Peruano de septiembre y octubre de 1984, así como de 1985 y 1986, se emplean el vocablo “culpabilidad”. Es a partir de los proyectos de 1990 y 1991, ese último convertido en el nuevo código, que se sustituye el vocablo “culpabilidad” por el de “responsabilidad” - causas que atenúan o eximen la responsabilidad penal- El art. 52 del Proyecto de 1990, reproducido luego en el Código vigente en su art. 46, se dice que “para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la RESPONSABILIDAD y la gravedad del hecho punible”,, fórmula diferente de la contenida en el Código Maurtua derogado, art. 51 y del citado proyecto 1984, art. 39, en los que se alude a la “culpabilidad” y peligrosidad del agente, para el mismo supuesto”¹⁸⁵.

Otro tanto ocurre con las formulaciones contenidas en el art. VII Y VIII del Título Preliminar del Código Penal en los que se menciona que “la pena requiere de la

¹⁸⁵ ROY FREYRE, Luís. *“Una visión moderna de la teoría del delito”* .Obr. Cit. Pág. 35

responsabilidad penal del autor” y “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad”¹⁸⁶.

Por lo tanto, no se asimila este significado “responsabilidad” al empleado en el art. 46 del código bajo comentario, de más restringido alcance. También al respecto nos dice Hurtado Pozo sobre el punto “en el sentido restringido se trataría sólo de una de los presupuestos de esa responsabilidad: presupuesto que, hasta ahora, había sido denominado “culpabilidad”. En un sentido amplio, se trataría de la declaración de responsabilidad del agente por haber realizado todos los elementos del delito”¹⁸⁷

Para comprender en nuestro caso peruano el sentido del concepto de culpabilidad metamorfoseado por el de “responsabilidad” es necesario recurrir a la legislación alemana en que se inspira, analizando el párrafo 46 I del Código Penal Alemán en el que se dice que “la culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación de la pena. Las consecuencias de la pena en la vida futura del autor en la sociedad también deben tenerse en cuenta”¹⁸⁸

Surge de todo esto que tres son las notas distintivas del concepto de culpabilidad contenido en el párrafo germano:

¹⁸⁶ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 36

¹⁸⁷ Hurtado Pozo, José. *Manual de derecho penal. Parte General*. Obr. Cit. Pág. 36

¹⁸⁸ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 38

1.- No se trata de una culpabilidad de disposición o de carácter sino de fundamento preventivo especial. No se trata más ampliamente, de una culpabilidad de autor.

2.- No se trata de una culpabilidad de “predisposición” o de una “culpabilidad por la conducción de la vida” ya que la “la culpabilidad por la conducción de la vida quiere significar no solamente, como es sabido, la disposición al delito sino probablemente también la posibilidad de reprochar esta disposición”.

3.- El concepto de culpabilidad entonces, contenido en el párrafo 46 I del Código Alemán, es el de “culpabilidad por el hecho” y conforme con ello “la circunstancia a la que en primer lugar se refiere la individualización de la pena es el hecho mismo y su contenido de injusto y de culpabilidad” lo que supone desde luego tomar en cuenta también y necesariamente la personalidad del autor¹⁸⁹.

Nos dice *Stratenwerth* analizando el párrafo bajo estudio que, “en la determinación de la culpabilidad por el hecho debe tomarse en cuenta la personalidad del autor de la manera más completa posible, aunque siempre sólo en la medida en que ella aparezca expresado en el hecho punible, es decir, en la medida en que la procedencia del autor, su carácter y su conducción de la vida permitan decidir consecuencias en lo que respecta a la medida de reprochabilidad del hecho mismo”¹⁹⁰

¹⁸⁹ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág 39

¹⁹⁰ *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág 39

Sobre el mismo problema Hurtado Pozo señala que: “Este carácter relacional que tiene el derecho penal con la realidad potencia la culpabilidad como uno de sus fundamentales tópicos pues ella da cuenta del comportamiento humano como cuando se está ante el error de tipo, error de prohibición o el culturalmente condicionado; porque la culpabilidad da cuenta del comportamiento frente a la hipótesis de inexigibilidad; y por que finalmente estamos frente a un comportamiento humano, clave para la culpabilidad como elemento del delito, cuando ilícito fue protagonizado por un enfermo mental”¹⁹¹.

La tesis de la culpabilidad “por el hecho concreto”, que adopta la dogmática y la legislación alemana y peruana no podrían explicarse al margen del entorno social en que se aprecia y valora el ilícito, ni al margen de la personalidad del autor expresada en dicho ilícito como ya se ha anotado¹⁹².

Siendo pues el ilícito una cuestión de realidad, el principio de culpabilidad no puede actuar con independencia de ella, sin darle contenido específico a fórmulas como “reprochabilidad”, “poner en vez de ello”, “exigibilidad”, o “co-culpabilidad”, se puede caer en el retribucionismo inútil o en el abolicionismo a ultranza.

¹⁹¹ *Ibíd.*, Obr. Cit. Págs. 40-41

¹⁹² *Ibíd.*, Obr. Cit. Pág. 43

3.7 NUESTRA PROPUESTA SOBRE LA CULPABILIDAD.

3.7.1 DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD DEL AUTOR

Es una categoría de la teoría del delito y a su vez una garantía del individuo frente al Estado en tanto que la pena no puede ir más allá de la medida de la culpabilidad del procesado.

La culpabilidad es un límite eficiente al uso del ius puniendi del Estado.

No puede concebirse la culpabilidad como una unidad de medida de la fidelidad a la norma tal como lo sostiene la teoría funcionalista de Jakobs.

No procede tampoco eliminar la categoría de culpabilidad confundiéndola en la categoría de acción, tal como lo plantea García Caveró, porque estaríamos eliminando una garantía fundamental del procesado.

3.7.2 LOS ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Habiendo asumido la necesidad de mantener la culpabilidad como categoría jurídico penal relevante y garantista es necesario señalar junto con la mayoría que los elementos de la culpabilidad son:

a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad no puede ser aplicado mecánicamente por el juez. En nuestra opinión requeriría de un peritaje especial que nos permita conocer las características del “hombre concreto” que se esta juzgando. Además de las típicas enfermedades mentales (materia de la psiquiatría forense), la minoría de edad debemos añadir los estresores sociales, la capacidad de reacción de la persona, su estructura de personalidad y sus condicionamientos sociales los que podrían conocerse a través de un diagnostico sociocultural hecho por un psicólogo o un antropólogo forense.

El juez necesita la interpretación técnica de determinados hechos y esta interpretación requiere de conocimientos especiales que el juez no posee, la no admisión del criterio de quien posee esos conocimientos y esa técnica, resulta contradictoria y difícilmente comprensible.

El juzgador puede aceptar un peritaje o apartarse de sus conclusiones, pero siempre mediante un adecuado razonamiento. La sana crítica en ocasiones, no es más que el sentido común y para poder criticar a veces no hacen falta unos conocimientos científicos completos.

b) Conocimiento de la antijuridicidad del hecho.

Las modernas teorías antropológicas y psicológicas no sostienen ya más la uniformidad del factor conciencia (como acaso sostuvo Kant o Hegel).

El factor conciencia es una resultante cultural, en este sentido todo sujeto está culturalmente condicionado, no existe el hombre ideal, u hombre medio o arquetipo.

Por tanto surge el problema de incompreensión culturalmente condicionado en el sujeto que no comprende la norma y el carácter delictivo de su acto en un marco cultural al que no pertenece. En nuestro país no hay uniformidad de comprensión entre las sociedades culturalmente diversas, respecto de sus usos, costumbres, reglas de trato social, y proyectos a futuro.

Dada la multiplicidad étnica y cultural no existe una conciencia social uniforme, lo que prima es la conciencia de una fracción nacional criolla predominante, la que impone una cultura hegemónica¹⁹³ de la que han surgido los intelectuales, administradores, gobernantes, maestros y comunicadores sociales que contrastan la conciencia de la civilización por

¹⁹³ CALMET LUNA, Armando. *Glosario de términos jurídicos*. Editorial Universitaria Lima- Perú 2004: "Proceso social por el cual las élites gobernantes imponen sus culturas en estado nación multiculturales, generando con ello exclusión y discriminación de los habitantes con otra cultura". Pág. 85

ellos asumida con la del resto de habitantes de menor identificación con la Cultura Occidental.

Las concepciones predominantes de orden occidental llevan a muchos de sus defensores a concebir, en la práctica, como inferiores las otras fracciones culturales.

En el caso concreto de discrepancias entre un Sistema Cultural y otro, dentro de un mismo territorio, como es el Perú, no se asume la conciencia de diversidad sino que se presume un Sistema perfecto y superior.

Este es el contenido real que se refleja en el artículo 15 del Código Penal, que asume el concepto de “Error de Comprensión Culturalmente Condicionado”, creación de la dogmática occidental sustentadas en la idea de Cultura Superior, defendida por Aristóteles (s. IV a. C.) y traducida a la modernidad de diversos modos, como Razón Universal (Kant), la imagen de la idea absoluta (Hegel), resultados de la civilización moderna como sucede en los supuestos epistémicos de las escuelas estructuralistas, pragmáticas y funcionalistas.

En efecto, no se habla de discrepancias de comprensión cultural, sino que se declara que una de las formas de conciencia social es superior a la otra. De modo, que una posee la verdad y la otra, necesariamente, está en error. Lo cual encubre una relación de dominio, que es demostrable en

los dos casos que a continuación proponemos: Si un ciudadano capitalino, al llegar a un poblado de una minoría nacional actúa de un modo acostumbrado por él y totalmente acorde con las normas que rigen en el Estado peruano, pero, no obstante, lesiona los valores de la comunidad hospitalaria, estos le reprocharán su conducta y, al comprender los hábitos normales del primero llegarán a la conclusión de que se trataba de una discrepancia y en tal caso, por vía de persuasión o tolerancia se llegará a restablecer las reglas de convivencia y en esto coincidirá con el criterio del ordenamiento del Estado y pasará el hecho como un incidente indiferente al Orden establecido. Pero si sucede lo contrario como es frecuente, la respuesta del sistema será diferente no se tratará de discrepancia sino de error. Porque así como una es la verdad, uno es el verdadero sistema de comportamiento y todo lo que no es acorde será error.

c) La no exigibilidad de otra conducta.

El derecho no exige conductas heroicas para el común de las personas salvo los casos de deber de garante. El Código Penal reconoce conductas típicas y antijurídicas que no son culpables, tal como la conducta del inimputable, la grave alteración de la conciencia; etc.

Además consideramos que todos los elementos del injusto (tipicidad y antijuridicidad) son también de manera mediata criterios de culpabilidad.

En este punto coincidimos con Roxin cuando expresa que “al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido estricto pertenecen todas las circunstancias que más allá del injusto son determinantes de la responsabilidad. Son elementos en parte subjetivos y en parte objetivos, como la constitución psíquica del sujeto, Su conocimiento real o potencial de la antijuridicidad y la ausencia de situaciones exculpatorias. Al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido amplio pertenece también el injusto típico, ya que al sujeto se le hace responsable por el conjunto del hecho. Todos los elementos del injusto son por tanto de manera mediata también criterios de la culpabilidad y de la responsabilidad”.

Si bien es cierto que la culpabilidad es un juicio de reproche final sobre la personalidad del individuo, sobre su contribución al hecho concreto, esto no se da solamente en la última fase del procesamiento sino que impregna todo el proceso penal y por tanto recorre la teoría del delito, dado que va a constituir la condición básica para que el imputado sea o no condenado.

Así, al hacer el juicio de reproche, no estamos haciendo un juicio abstracto, vacío de algo que no tenga que ver con la teoría del delito. En efecto se está haciendo un juicio de reproche sobre el injusto, si el injusto ha sido grave, si ha sido doloso, eso es lo que se valora; es como decirle al imputado: “tú contribuiste al injusto (dolosa o culposamente), entonces

se declarará tu grado de culpabilidad. Es preciso señalar que hay muchas conductas que pueden hacerse de manera dolosa o culposa y sin embargo no son culpables y en algún caso ni siquiera antijurídicas, como lo son la legítima defensa y la necesidad justificante.

3.7.3 PROCESO PENAL GARANTISTA Y CULPABILIDAD DEL HOMBRE CONCRETO.

En la doctrina penal, de una u otra manera, se hace referencia al ser humano como sujeto del derecho penal, del proceso penal y de la política criminal.

Se tiende a crear un arquetipo o idea del hombre que se va a juzgar penalmente. Son ideas preconcebidas que corresponden al momento histórico y a la cultura de quienes elaboran esa idea.

Así tenemos que la doctrina alemana nos habla del hombre adulto sano como lo menciona Roxin; para jakobs el hombre fiel a la norma, para Villa Stein “el hombre medio¹⁹⁴” y para Urquizo un concepto basado en dos realidades : el autor y el acto que no se excluyen entre si¹⁹⁵. Aquí es pertinente hacer mención a lo dicho por D. Fernández: “la vieja antinomia acto / autor, además de insoluble, ha empobrecido la dogmática de la culpabilidad, olvidado que el hecho punible traduce el acto de un individuo concreto, inscrito en

¹⁹⁴ VILLA STEIN, Javier. *Tesis doctoral: Homicidio y control penal*. Obr. Cit. Pág. 72

¹⁹⁵ URQUIZO OLAECHEA, José “Una visión moderna de la teoría del delito” Obr. Cit. Pág. 70

determinado contexto situacional.” Por otro lado nos dice que “cabe admitir también la culpabilidad de autor, mirada abstractamente en cuanto a categoría, puede funcionar así mismo en sentido reduccionista, orientada a una acción minimalista de la imputación, en dirección diametralmente opuesta de lo que fue su empleo conocido en la historia reciente del Derecho Penal- en alusión a la escuela de Kiel -¹⁹⁶”

Esto parte de la necesidad de generar una igualdad presunta o ficticia de los procesados ya que como dijera Jiménez de Asúa citando a Cousin “que la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los seres desiguales¹⁹⁷”

De otro lado para Roxin, citado anteriormente, nos habla 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. Y también más adelante nos habla de “la posibilidad psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones que existían en el caso concreto¹⁹⁸”. De estas dos citas vemos que por un lado dice que sería absurdo pensar que todas las personas sean realmente iguales, y por otro lado presupone un adulto sano alemán que puede ser un razonamiento correcto para su cultura

¹⁹⁶ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Buenos Aires- Argentina. 1995, Págs. 78-79

¹⁹⁷ ASÚA Jiménez de “*El criminalista*” 2da serie Tomo II. Víctor P. de Zavalia. Buenos Aires.1960. Pág. 179

¹⁹⁸ ROXIN, Klaus. “*Culpabilidad y responsabilidad penal en derecho Penal (parte general)* Tomo I Obr. Cit. Pág. 807

pero no para la nuestra. Alemania no tiene el problema de multiculturalidad que tenemos nosotros y su desarrollo sociocultural es muy distinto al nuestro. Allá su clase media es mayoritaria, fenómeno que no se da en el Perú.

Para Bustos Ramírez “determinar el contenido de la culpabilidad necesita partir no del individuo, así como en lo injusto, no de la acción, sino del individuo en sociedad. El hombre solo puede ser comprendido en cuanto vive en sociedad¹⁹⁹”.

Por su parte Muñoz Conde al tratar la capacidad de culpabilidad “que las facultades humanas se reducen a los planos intelectivos y volitivos, que no son los únicos, ni tan siquiera los más importantes. En todo caso, la facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad (factores psíquicos y socioculturales)”²⁰⁰

Por otro lado Antonio Obregón García, sostenía de que “para lograr una adecuada y justa medición de la pena, proporcionada a la responsabilidad contraída por el sujeto al cometer la infracción penal es preciso acudir a datos, relaciones o hechos que no pertenecen al delito; son en sentido etimológico, las circunstancias de ésta” y además agrega que “talvez el legislador, aunque

¹⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas. Tomo I Derecho penal Parte general*. Colección Justitia Ara editores EIRL. 2004 Pág. 1119.

²⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN Mercedes. *“Derecho Penal. Parte General”* Tirant Lo Blanch. Barcelona. 2000.

no haya tenido presente claramente el contenido de las teorías del injusto y de la culpabilidad y por ello no haya sabido instrumentar de manera adecuada la idea, sí ha acertado a captar que hay elementos que tienden a describir la conducta desvalorada y, por ello a configurar la responsabilidad contraída con su realización”. Como vemos hay quienes han visto la necesidad de ver la situación de la persona.²⁰¹

Por lo visto hasta aquí sostengo que, debido a que el Perú es una realidad histórica espacio temporal que tiene sus propias particularidades, las mismas deben expresarse en las concepciones del mundo y del hombre para asegurar la supervivencia y convivencia humana y por tanto cualquier regulación de un estado que se precie de democrático y de derecho no puede obviar esta realidad concreta.

Resalto que una característica fundamental del Perú es su carácter multiétnico, multilingüe y pluricultural que ha generado a lo largo de su historia diversos modos de concebir el Orden Social y ha construido a lo largo de los siglos variadas formas de regulación y Control Social, hasta hoy; obedeciendo a nuestro proceso y que el actual desarrollo social en la necesidad de una mejor convivencia en paz y democracia demanda soluciones claras.

²⁰¹ OBREGÓN GARCÍA Antonio. *La Atenuación de la pena*. Universidad pontificia Comillas de Madrid. Dicción 1998. Págs. 204- 206,

Por lo dicho considero que para determinar la culpabilidad el Juez tiene que hacer un balance como parte de su función “una auditoria de todo lo actuado”, la auditoria del delito constituye la prueba íntegra positiva o negativa de la culpabilidad del procesado. Se audita, por ejemplo, hasta qué punto ha sido dolosa o culposa una acción, de ese modo estamos haciendo un juicio de reproche de la conducta dolosa o de la conducta culposa, esto no significa que estamos considerando que el dolo y la culpa sean parte de la culpabilidad; sino, por el contrario, es la culpabilidad en la extensión de la aplicación de la teoría del delito.

Para conocer al hombre concreto, el juez debe basarse en las pruebas y, es nuestra propuesta, en peritajes socioculturales, realizados en el Instituto de Medicina legal del Perú a fin de conocer si esa persona era capaz de haber sido motivada por la norma o si era motivado por normas de derecho consuetudinario.

Al respecto, al preguntar al psiquiatra forense del Instituto de Medicina legal Dr. Delforth M. Laguerre Gallardo sobre las posibilidades de utilizar la pericia psiquiátrica para conocer los aspectos sociales del procesado refirió que eso era posible siempre y cuando el juez formule las preguntas adecuadas al momento de solicitar la pericia. Por ejemplo, en la pericia psiquiátrica se detectan los “estresores sociales” a los que estuvo sometida la persona durante la comisión del delito.

Esta información, que puede ser determinante para la culpabilidad del sujeto, figura en la historia clínica pero no en el informe pericial si es que el juez no solicitó dicha información.

El Instituto de Medicina legal está en posibilidades de realizar este tipo de pericias a fin de informar al juez sobre los datos sociales del proceso para los fines del juzgamiento. Cabe comentar que son cinco los especialistas en psiquiatría forense que actualmente laboran en la mencionada institución. Al ser obligatorio el conocimiento social del procesado, todos y cada uno de los procesos deberían tener una pericia psiquiátrica, situación que constatamos no es así al tenor de los resultados estadísticos de las atenciones del Instituto de Medicina legal.

Otro tipo de pericia subutilizada son las pericias antropológicas que también ofrece el Instituto de Medicina Legal en donde se puede conocer cuáles son las costumbres vigentes de una comunidad peruana determinada, que características tiene y hasta que punto la persona evaluada estuvo condicionado por dichas costumbres. Estas informaciones son determinantes para probar el error socialmente condicionado que puede ser extensivo a los llamados sectores marginales y que pueden servir para fundamentar la pena y/o graduarla.

Lo anterior nos configura la necesidad de sostener que se debe concebir al hombre en concreto, expresada en la persona que está siendo juzgada en ese

momento y de la cual no debo tener ninguna idea a priori y mucho menos
arquetipos que no se condicen con la realidad pluri y socio cultural.

CAPÍTULO IV

LA CULPABILIDAD EN LA OPINIÓN DE LOS JUECES

4.1 LA CULPABILIDAD EN LA OPINIÓN DE LOS JUECES

Para conocer las opiniones de los jueces peruanos tuvimos que realizar una encuesta:

4.1.1 Universo y muestra

A- Universo

El universo está constituido por los jueces penales que ejercen jurisdicción en el año judicial del 2005.

B- Muestra

La muestra está constituida por 40 jueces penales a nivel nacional 18 de Lima y 22 de provincias

C- Técnica:

Se hizo la selección por muestreo aleatorio simple, es decir al azar, a los cuales se les aplicó un cuestionario estandarizado, con preguntas cerradas y abiertas, las que permitirían evaluar la opinión de los mismos al momento de determinar la culpabilidad. Estos resultados fueron

trasladados a una base de datos, desde donde se les sometió a pruebas estadísticas básicas.

4.2 RESULTADOS DE LA ENCUESTA SOBRE LA CULPABILIDAD Y SU USO POR LOS JUECES EN EL PERÚ.

4.2.1 Presentación de resultados:

A- Criterio de culpabilidad usado por los jueces penales en el Perú

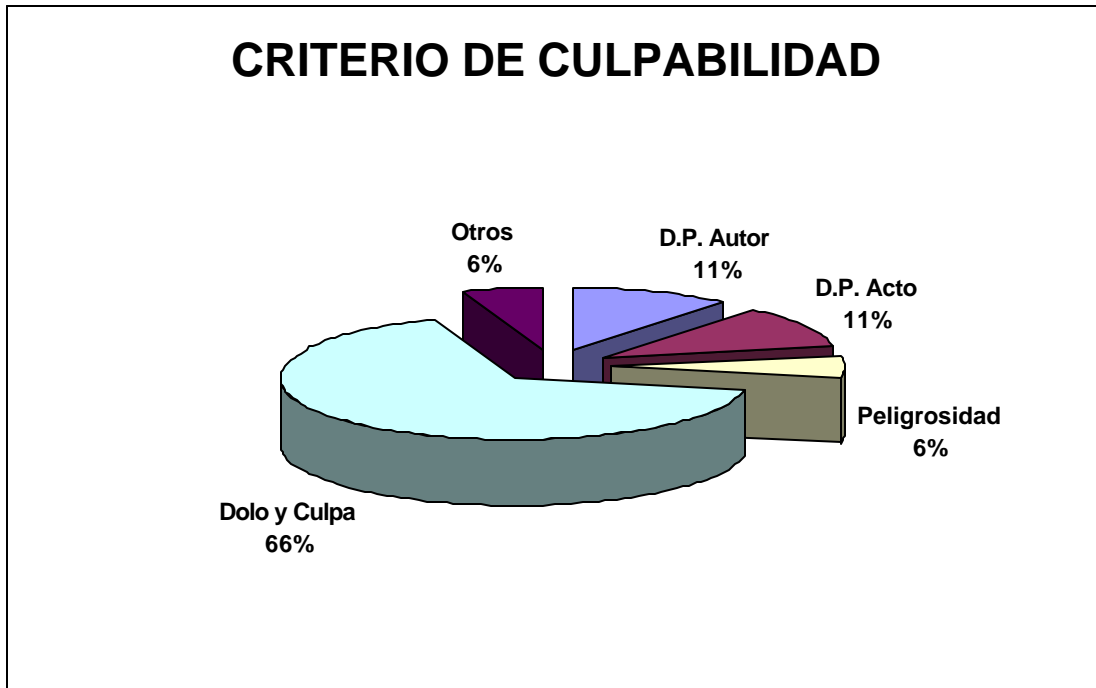
Se plantearon 4 criterios de culpabilidad en la encuesta:

- a) Derecho penal de autor
- b) Derecho penal de acto
- c) Principio de culpabilidad
- d) El dolo y la culpa (teoría psicologista)

Las respuestas fueron las siguientes:

CUADRO 01

Criterios de culpabilidad jueces en Lima



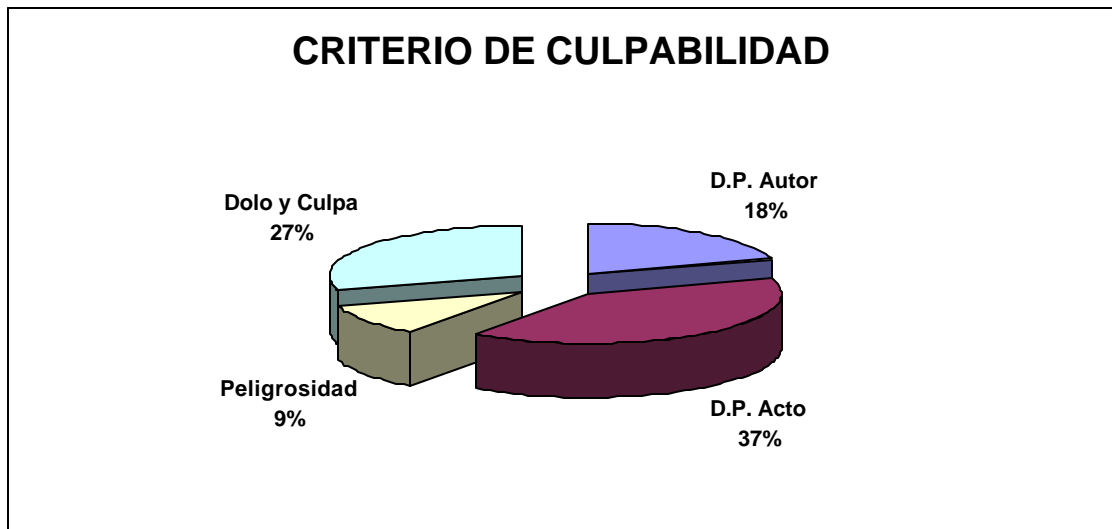
El 66 % (12/18) de los Jueces penales entrevistados, a la pregunta:

- **¿Cuál es el principal criterio que utiliza para proyectar sus sentencias?**

Afirmaron utilizar como principal criterio el Dolo y la Culpa, al momento de proyectar su sentencia. Resalto la ausencia del Criterio de la Culpabilidad Material en los entrevistados en su labor jurisdiccional.

CUADRO 02

Criterios de culpabilidad de jueces en provincias



En provincia el criterio que utilizan los magistrados para proyectar sus sentencias es el derecho penal de acto, representando el 37 % (8 / 22)

De las respuestas, queda demostrado que el criterio para determinar la culpabilidad por parte de los jueces a nivel nacional, se manifiesta en todas las etapas de la evolución del derecho penal en la categoría de la culpabilidad; particularmente la teoría psicologista, quedando excluido el conocimiento real de la persona que es sometido al juicio de reproche.

Sorprendente mixtura, que indica la variedad de conceptos que tiene los jueces penales sobre nuestro tema de investigación.

B- Instrumentos para determinar la pena en relación a la culpabilidad del procesado.

Al ser esta una pregunta abierta consignamos las respuestas vertidas por los encuestados.

1. Los instrumentos que se utilizan son el desvalor de la acción y el desvalor del resultado.
2. El sistema de la determinación legal de la pena de acuerdo a la unidad y pluralidad de delitos y circunstancias modificativas de responsabilidad y las condiciones del agente,
3. Valoración de los medios probatorios (procesal)
4. Edad, estado en que se encontraba el procesado. (Aspectos concomitante)
5. El aspecto volitivo y cognoscitivo (psicologista)
6. Prevención general y especial de la pena (funcionalista)
7. Determinación del **grado de peligrosidad** del reo la edad, grado de instrucción, forma de participación, rol desarrollado, grado de afectación de la víctima.

8. La valoración del grado de culpabilidad del sujeto en el hecho y las necesidades de prevención general y especial de la pena (funcionalista)
9. La tipicidad, evidencia existente, responsabilidad penal e individualización del infractor (respuesta confusa)
10. Ningún instrumento, porque una vez comprobado la antijurídica inmediatamente corresponde analizar la culpabilidad (respuesta confusa)
11. Leyes y doctrina (fuera de contexto) ²⁰²
12. El código sustantivo principalmente en su parte general, la jurisprudencia y la doctrina. (fuera de contexto)
13. Si se refiere a instrumentos legales, evidentemente la constitución política, el código penal el código de procedimientos penales.
14. Instructiva, preventiva, declaraciones, pericias, confrontaciones. (Actos procesales)

²⁰² La doctrina no es determinante para determinar la culpabilidad. Es a lo más parte de la formación intelectual y profesional del juez.

15. Evaluaciones de sus condiciones personales, educación y cultura. (De acuerdo al Art. 45 CPP)

16 Condiciones personales del inculpado (de acuerdo al Art. 45 del CPP)

17 Los medios de prueba, el grado de participación, (actos procesales)

18. Constitución y leyes (instrumentos legales).

19. La dosimetría de la pena exige establecer lo mínimo y máximo de la pena, tipo, condiciones personales del agente y factores concurrentes de hecho, circunstancias agravantes y atenuantes y observaciones de principios constitucionales, legalidad acusatoria y legalidad *proporcionalidad* (sic).

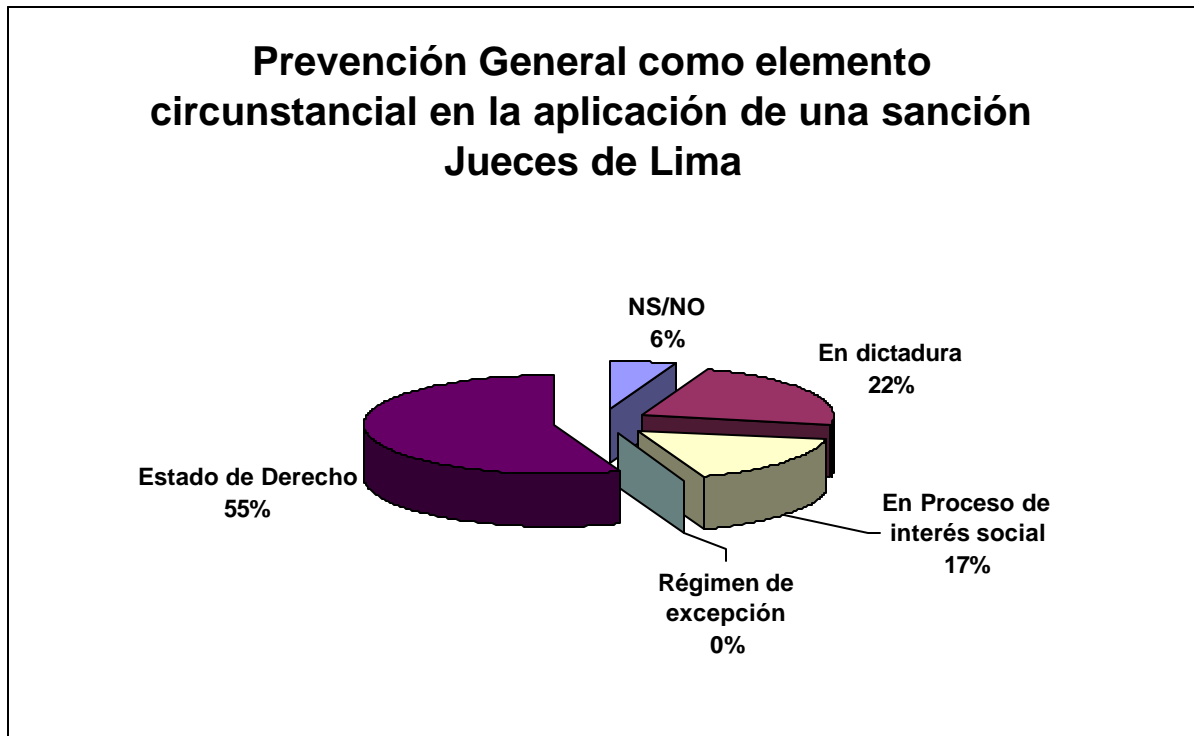
20. La institución de la valoración que consiste en valorar jurídicamente las características personales del titular del delito, salud síquica y madurez mental los elementos de la culpabilidad (culpabilidad normativa)

❖ **Comentario**

De las respuestas nuevamente comprobamos la gran variedad de criterios sobre los instrumentos utilizados para determinar la culpabilidad de un procesado. No deja de sorprender porque ningún criterio puede ser asumido como el mayoritario.

C- La culpabilidad como prevención general

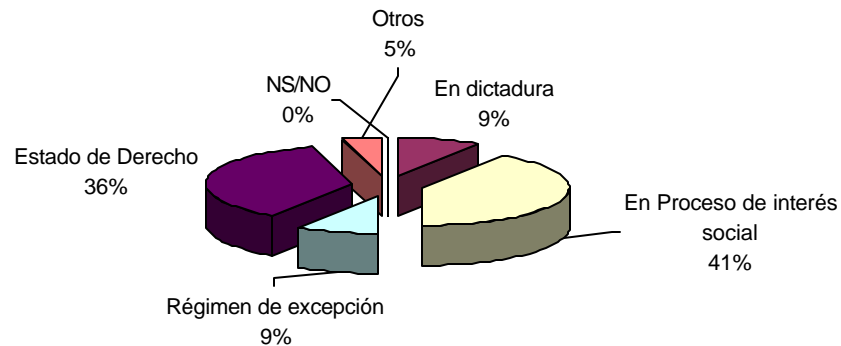
CUADRO 03



Este cuadro refleja, que de un total de 18 encuestados a nivel de jueces en la ciudad de Lima, el 55% (10 respuestas) asumen que el uso de prevención general se debe dar en un Estado de Derecho; esto implica la aceptación de las reglas en la predisposición de la judicatura para una recepción positiva del modelo de culpabilidad que estoy planteando.

CUADRO 04

Prevención General como elemento circunstancial en la aplicación de una sanción Jueces de Provincias

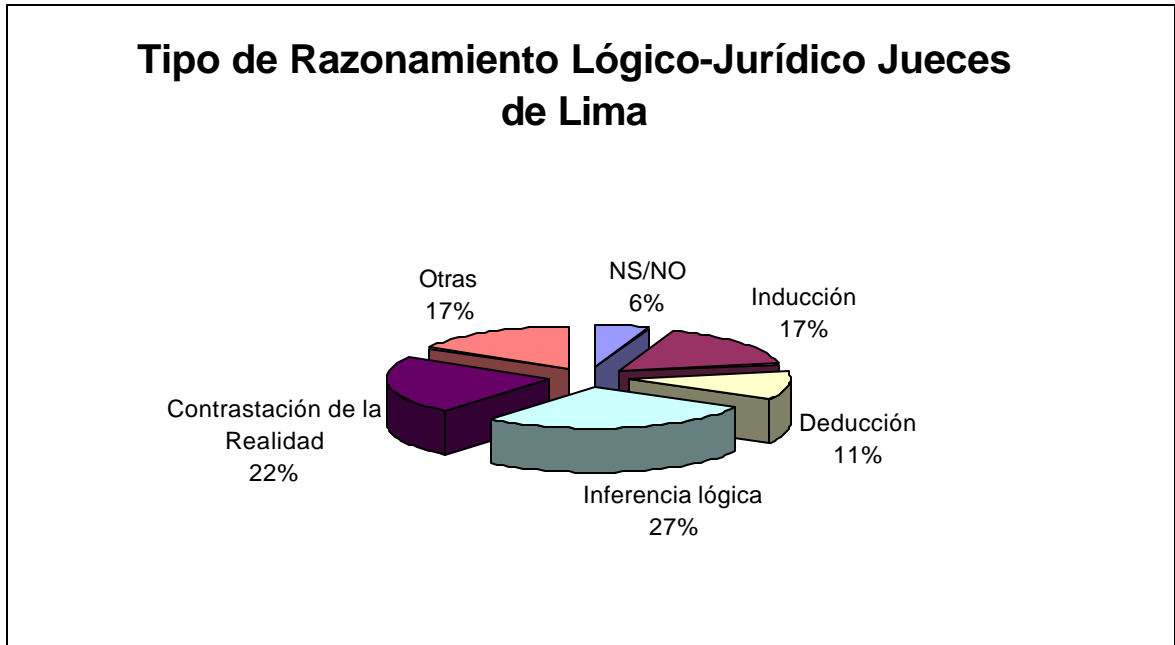


De un universo de 22 encuestados a nivel de jueces en provincias, refleja que el 41% aproximadamente (09 respuestas) asumen, que el uso de prevención general se debe dar en un proceso de Interés social y en segundo lugar en un Estado de Derecho con un 36%.

Cabe resaltar la vocación democrática de los jueces a nivel nacional. Sin embargo, en provincia un 09 % de jueces asocia la idea de prevención general a los regímenes de excepción como en dictadura, lo que de por si es preocupante tratándose de jueces penales.

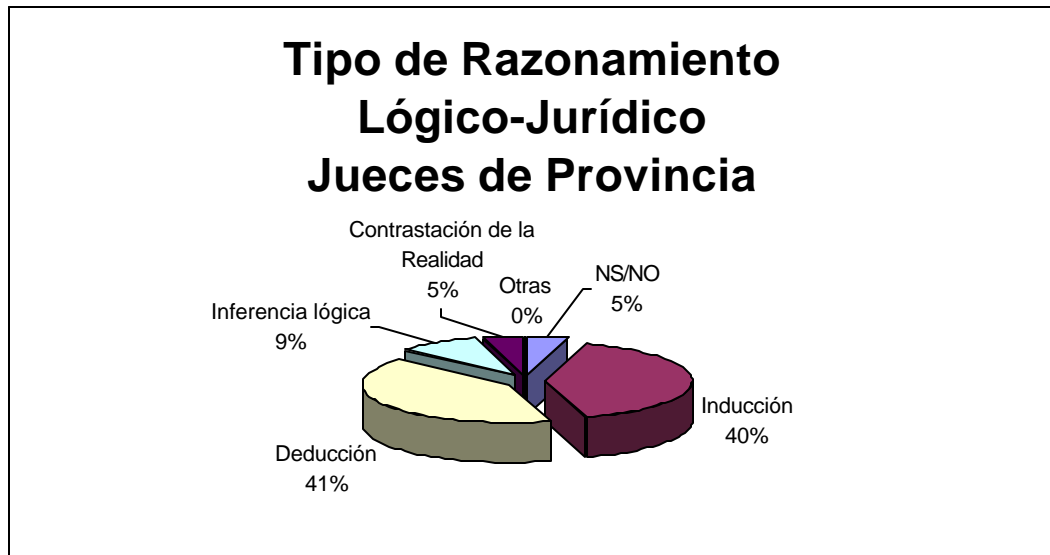
D- La culpabilidad y el razonamiento lógico del juez.

CUADRO 5



De una muestra de 18 entrevistas en la ciudad de Lima, 5 jueces que representa el 27%, tienen un razonamiento lógico jurídico de Inferencia lógica, la misma que es una consecuencia de la forma de interpretación que prima en la conducta procesal del magistrado; cabe resaltar el nuevo modelo instrumental de razonamiento jurídico de la Contratación de la Realidad en la opinión de cuatro entrevistados que representó el 22% de la muestra de estudio.

CUADRO 6

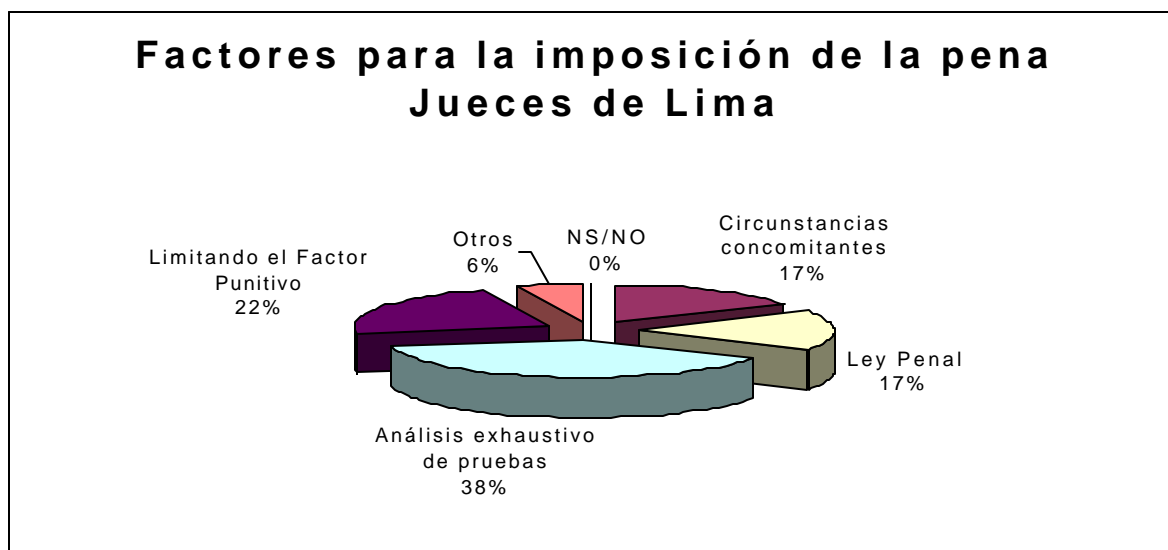


De un total de 22 entrevistas a jueces de provincias, da como resultado que el Tipo de razonamiento lógico jurídico que emplean son semejantes entre Inducción y Deducción, representando en su conjunto el 81 % de la muestra, contrastando abismalmente con el resultado de la capital que en estos conceptos en su conjunto representa sólo el 28%

E- La determinación de la pena.

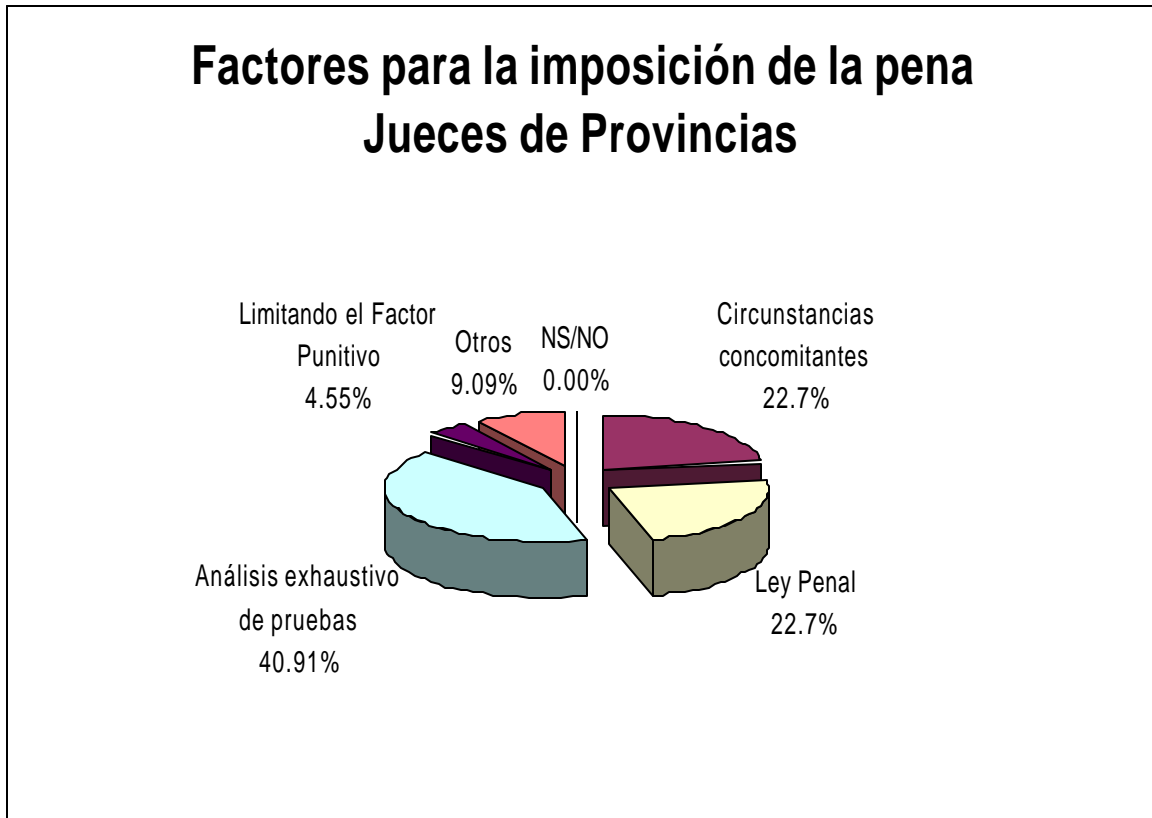
La culpabilidad también tiene una relación directa con la determinación de la pena. Por ello es importante conocer que opinan nuestros jueces sobre este capital asunto.

CUADRO 7



En este cuadro, se refleja que de un total de 18 jueces encuestados en la ciudad de Lima, el 38% valora el análisis exhaustivo de pruebas (7 entrevistas) como principal criterio para la imposición de la pena; lo que demuestra la necesidad de la aplicación de lo propuesto en la presente tesis.

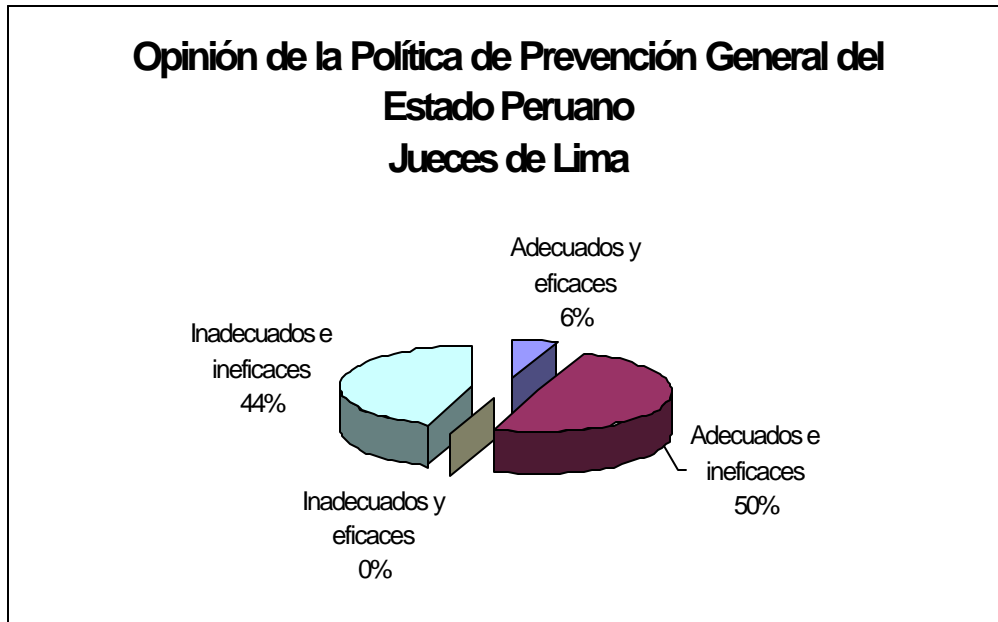
Cuadro 8



Cabe precisar, que entre los Factores de imposición de la pena tanto en Lima como Provincias, refleja que el análisis exhaustivo de prueba es el factor predominante entre los jueces, no tanto así la Limitación del Factor Punitivo que a nivel provincias solamente un juez lo aplica (4.54%) contrastando con Lima que representa un 22% del total de entrevistados.

F- Evaluación de las políticas de prevención general en el Perú.

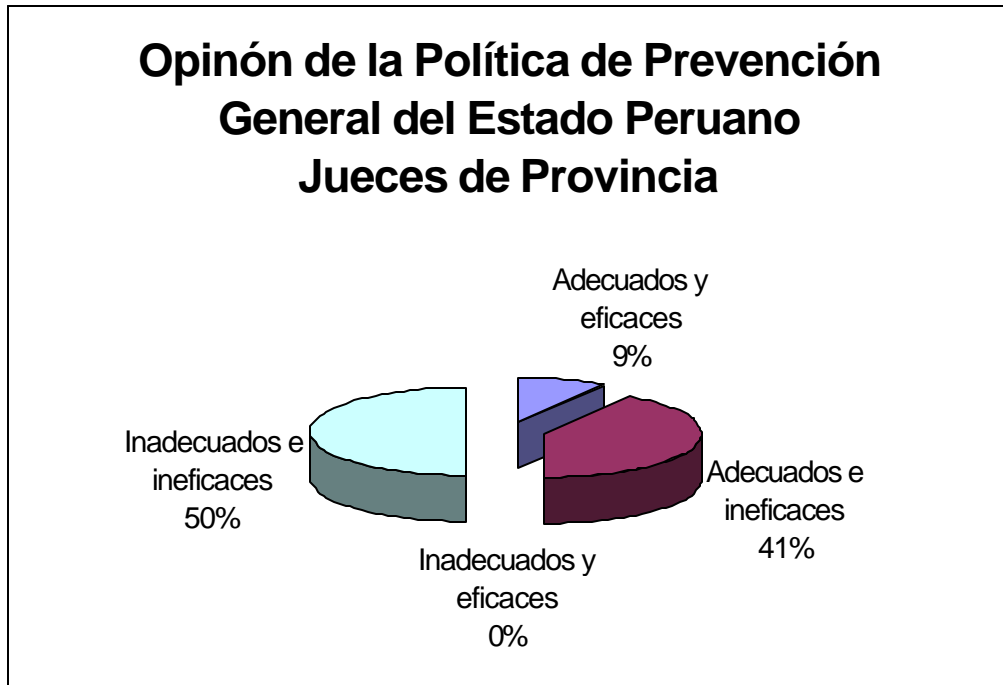
CUADRO 09



De 18 magistrados entrevistados en la ciudad de Lima en referencia a este rubro, el 50% de ellos manifiesta que la política de prevención General del Estado Peruano es adecuado pero ineficaz y el 44% considera que es inadecuado como a su vez ineficaz.

Demuestra que desde el interior del Poder Judicial se tiene la convicción, casi unánime, que la Política de Prevención General implantada por el Estado Peruano es ineficaz; lo que de por sí demuestra la deficiencia legislativa en materia penal y los desaciertos de la Política Criminal.

Cuadro N 10

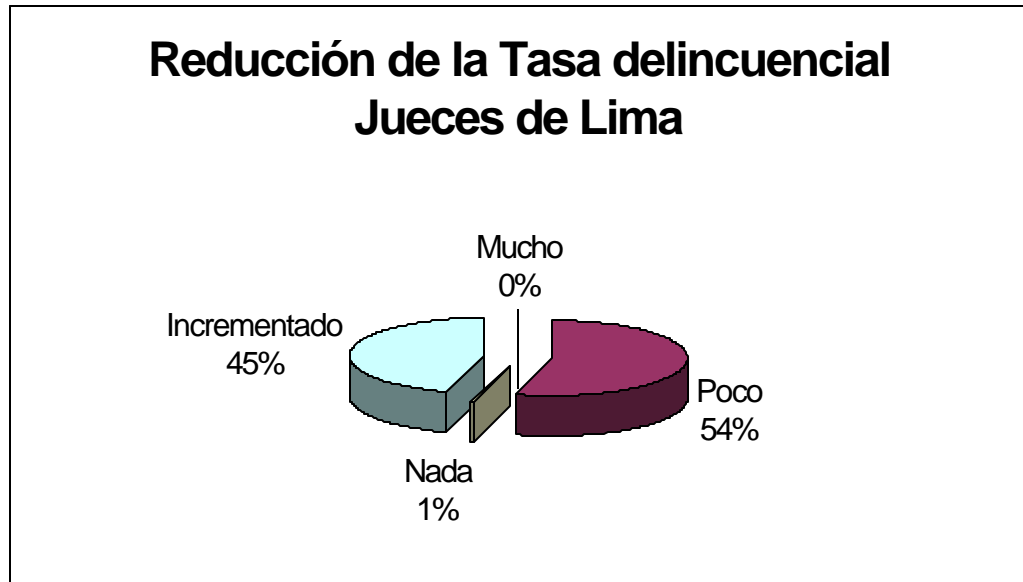


Las proporciones son similares a las de los jueces de Lima. Hay una generalizada desconfianza en el ordenamiento jurídico actual en materia penal, procesal y de ejecución penal.

En relación con la prevención general, los efectos sobre el aumento o la disminución de la delincuencia como aspecto de la prevención especial negativa, en la opinión de los jueces nos puede dar algunas luces sobre los posibles criterios de determinación de la pena.

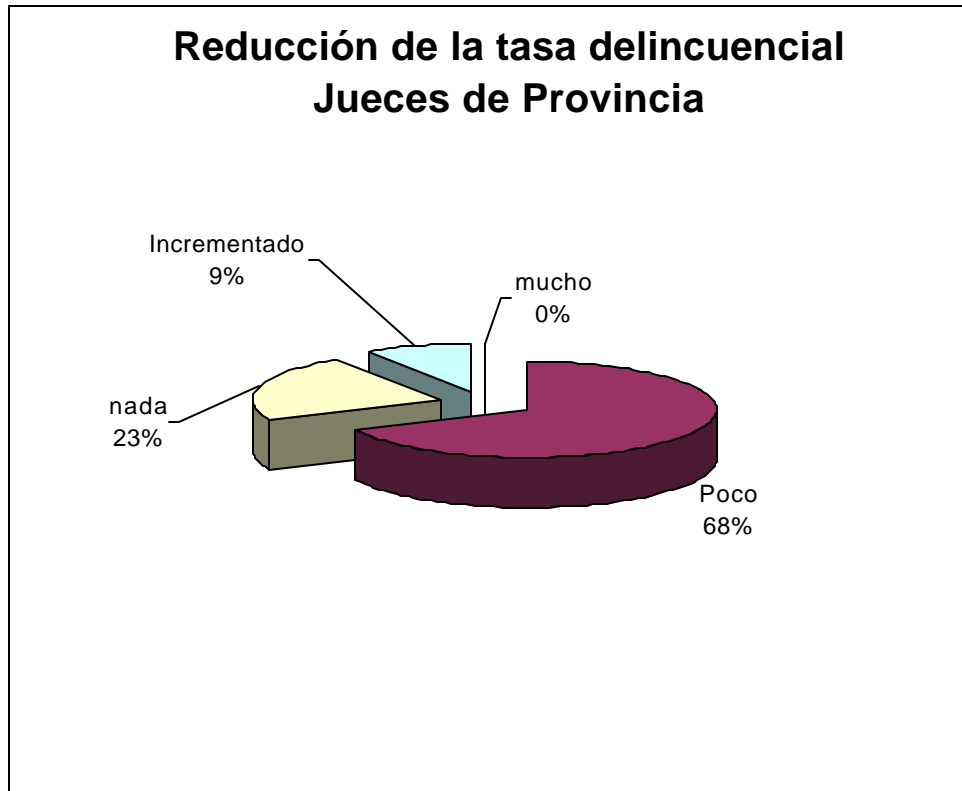
G- Efectos de la política criminal en relación con la culpabilidad.

CUADRO 11



En Lima se percibe un poco más el problema de aumento de la criminalidad e inseguridad ciudadana. Esto necesariamente se refleja en el momento de la determinación de las penas que de objetiva pasa a ser subjetiva en el sentido que el juez cree que debe imponer penas “ejemplificadoras” para así responder a una eventual presión social que siempre se da en determinadas coyunturas.

Cuadro 12

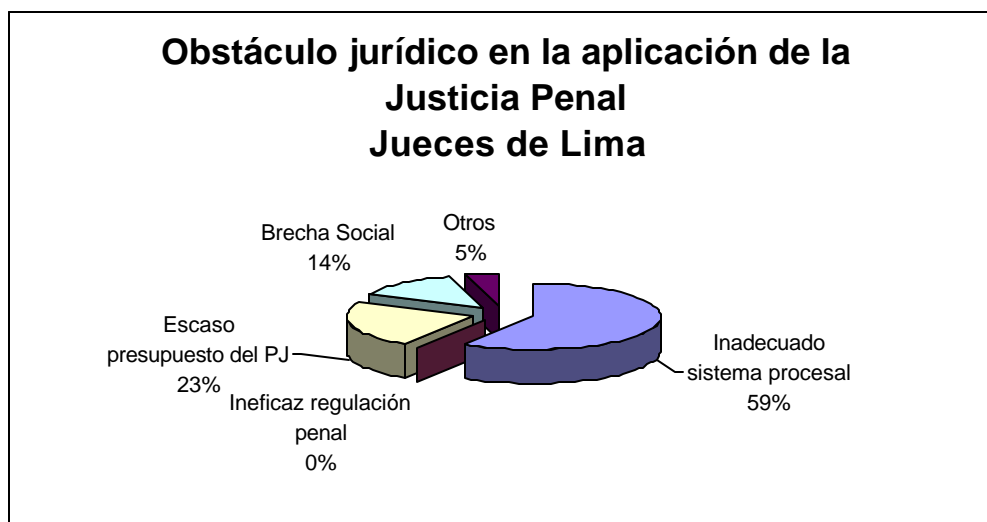


Aquí hay una percepción menos preocupante de la inseguridad ciudadana que de alguna manera coincide con percibir el desfase entre la norma penal y los objetivos de prevención general y especial que se supone debe corresponder con la realidad es decir, una disminución de la delincuencia.

H- Obstáculo jurídico para la correcta administración de justicia penal en el estado peruano.

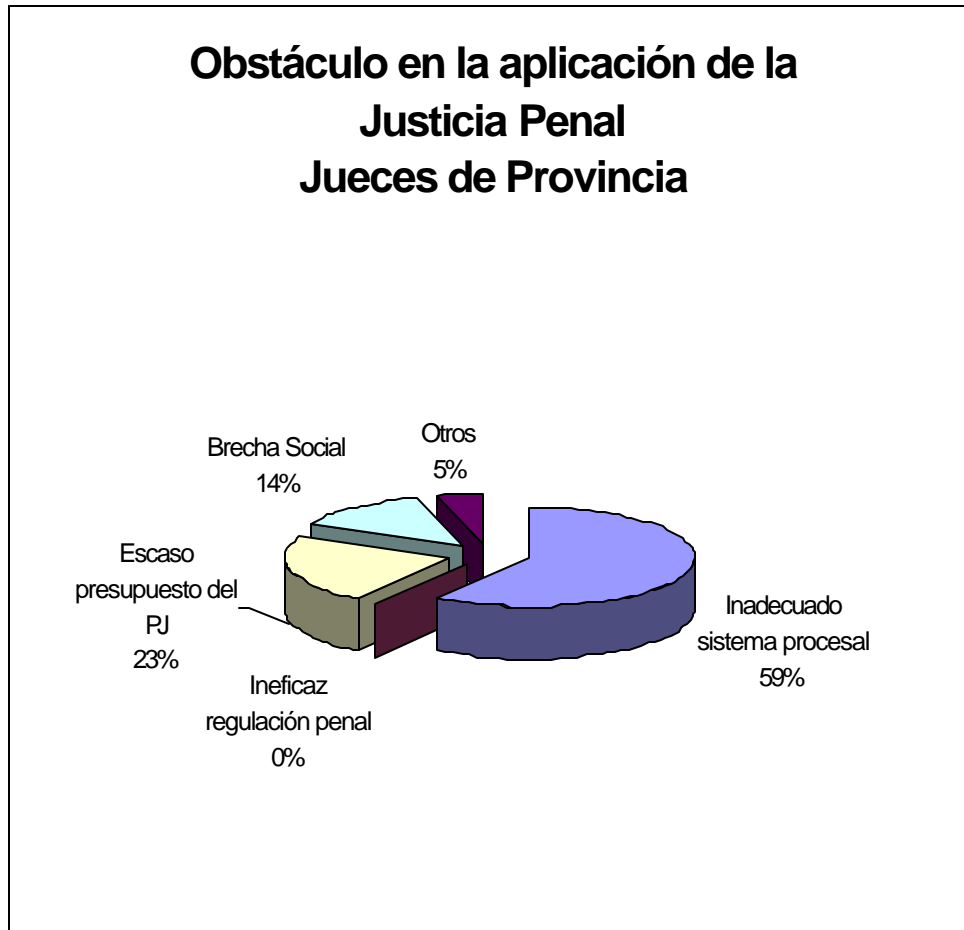
Los obstáculos jurídicos de la administración de justicia son todos aquellos factores externos que influyen en la labor jurisdiccional. La independencia del juez es la salida jurídica frente a estos obstáculos y presiones.

CUADRO 13



Como muestra el cuadro, el 59% de los encuestados considera que el principal obstáculo para la aplicación de la justicia penal es la falta de un adecuado sistema procesal penal; lo que nos demuestra, concordando con cuadros anteriores, que la ineficaz regulación penal se centra, principalmente, en la legislación procesal.

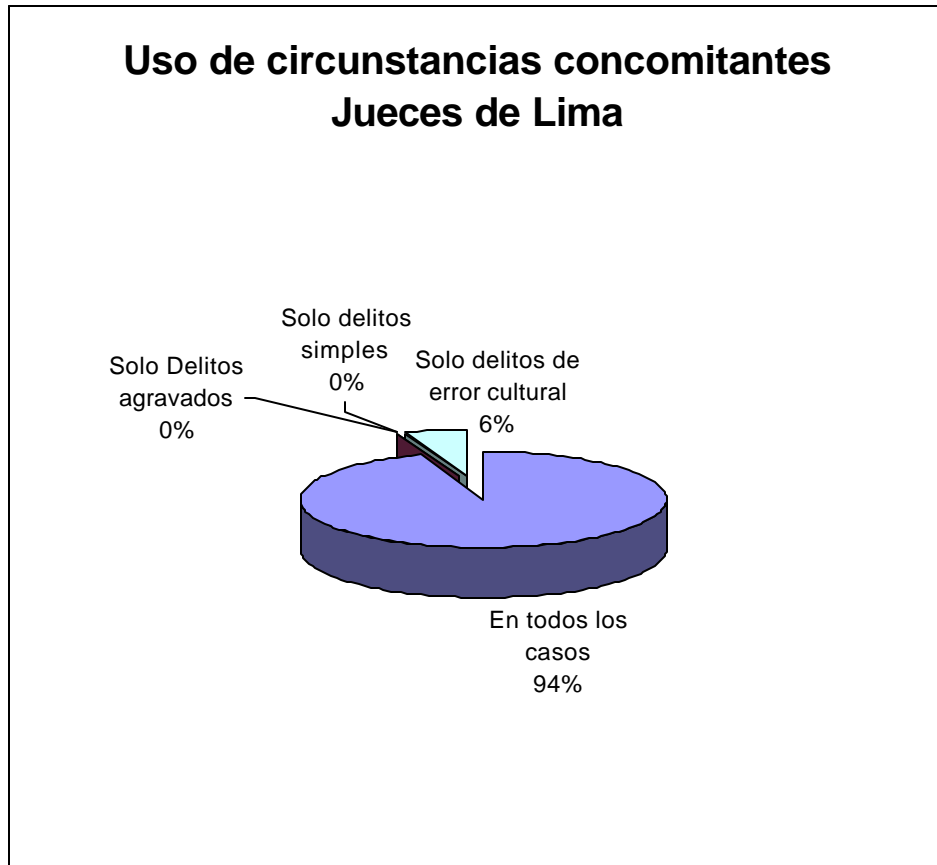
Cuadro 14



En provincia los jueces opinan de manera similar a los jueces de Lima. El inadecuado sistema procesal y la falta de presupuesto. La solución a estos problemas está en manos del legislativo por un lado y del ejecutivo por el otro.

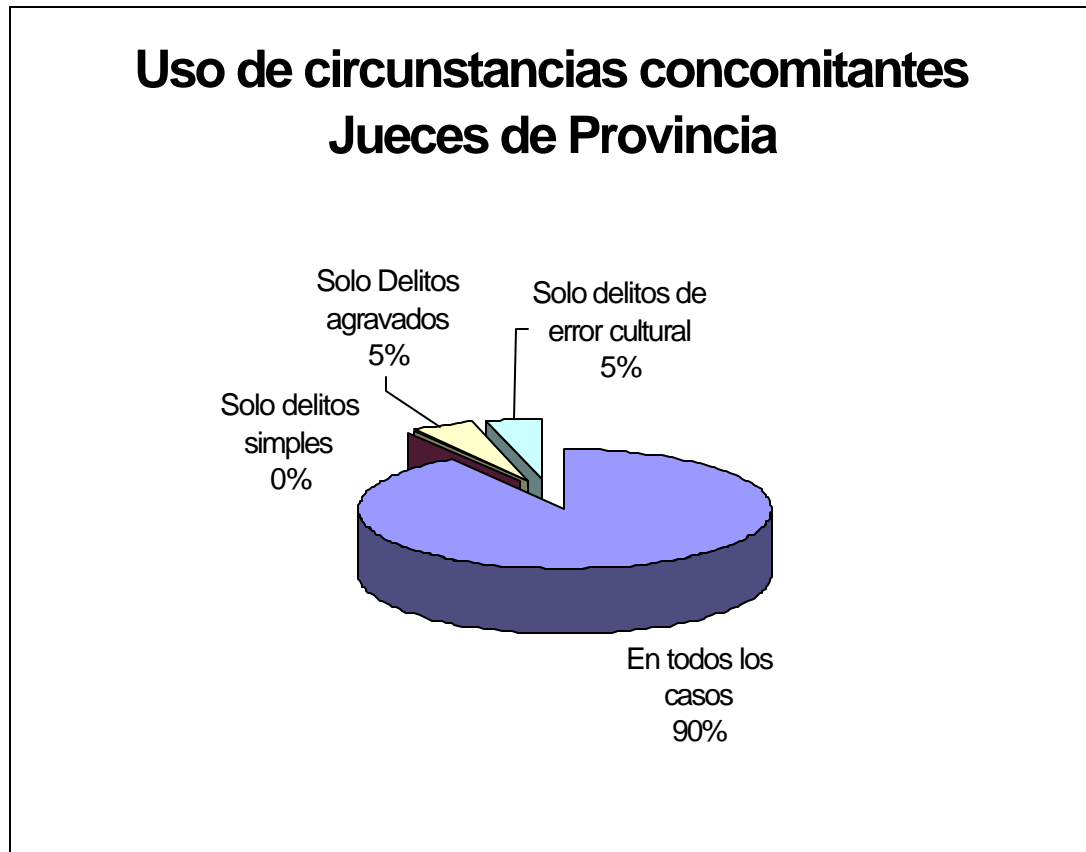
I- Uso de las circunstancias concomitantes

CUADRO 15



Dada la insuficiencia de los instrumentos legales que permitan una valoración íntegra del imputado considerando su esfera biopsicosocial y las circunstancias en las que desenvuelve su conducta delictiva hace necesario dotar a los jueces de mejores instrumentos para la Administración de Justicia.

Cuadro 16



Como se aprecia, los magistrados a nivel Lima (94%) como provincias (90%) lo aplican en todos los casos, resaltan que en caso de provincias solo un 5% es de parecer como delito de error cultural.

4.2.2 Contrastación de la hipótesis en función de la muestra

Demostrado el interés en las circunstancias concomitantes por los jueces a nivel nacional aunado a las insuficiencias encontradas en el Artículo 45 del

Código Penal, queda claro que dicho artículo no garantiza para el procesado un juicio de reproche íntegro, concreto e individualizado sobre el imputado.

Por tanto: contrastada la hipótesis queda como válida porque responde a la necesidad de cubrir un vacío en materia probatoria de lo estipulado en el Artículo 45 del Código Penal del Perú, tanto desde el punto de vista teórico como en la realidad judicial de nuestro país.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. PROYECTO

DE LEY

5.1 CONCLUSIONES

1. La evolución del concepto de culpabilidad desde la escuela psicológica a la actualidad ha representado un avance hacia un derecho penal garantista acorde con el estado social y democrático de derecho.
2. Los ataques que ha sufrido esta categoría jurídico penal en la doctrina funcionalista de Jakobs o el intento de García Caveró de sumirlo en la teoría de la acción no tienen justificación teórica. Aceptar estas críticas es involucrar a un retribucionismo extremo en derecho penal incompatible con nuestra constitución.
3. El tema de la libertad y el libre albedrío o del determinismo ha sido superado en la dogmática actual, en lo relativo a la culpabilidad, por no poder ser demostrables empíricamente. Ello no implica un desconocimiento del tema al abordar el derecho penal en general y sus bases filosóficas.
4. El derecho penal y los procesos penales están insertos en la época y cultura actual europea. Necesitamos una visión propia desde la realidad peruana y latinoamericana que nos permita afrontar el reto de la pluriculturalidad y tratar esa

“desigualdad” con toda la igualdad permitida en justicia y siguiendo el debido proceso y el respeto y promoción de los derechos humanos.

5. El conocimiento del hombre concreto tal como se plantea en esta tesis no parte de un conocimiento a priori del juez sino que es un conocimiento que debe ser construido durante el proceso y no solo con pruebas legales sino básicamente con diagnósticos socioculturales hechos en pericias forenses.

5.2 RECOMENDACIÓN

1. La culpabilidad es una categoría jurídico penal que no debe desecharse de la teoría del delito porque es independiente del tipo y la antijuridicidad.

2. Los peritajes socioculturales deben realizarse en el Instituto de Medicina Legal del Perú.

3, Debe modificarse el artículo 45 del Código penal a fin de incorporar la obligatoriedad de los peritajes socioculturales como un requisito del debido proceso.

4. Debe mejorarse los aspectos procesales por ser un reclamo de la comunidad judicial en lo penal tal como quedo demostrado en las encuestas realizadas, Una mejora del presupuesto es el complemento indispensable para esta recomendación.

5. Deben uniformizarse los criterios de los jueces en materia de juicio de culpabilidad por la amplitud de criterios expuesta en las encuestas sobre las características y naturaleza de la culpabilidad.

5.3 PROPUESTA ALTERNATIVA

5.3.1. PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY: “MODIFICACIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL ARTÍCULO 45 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO”.

Proyecto de Ley Nro : xxxxx

Fundamentos

1. La protección de la persona humana es el fin supremo de la Sociedad y del Estado (Artículo 1 de la constitución política del Perú)
2. El principio de presunción de inocencia del procesado.
3. El derecho al debido proceso y a una sentencia justa.
4. El carácter no estigmatizante de la pena

Propongo la modificación del Título Preliminar y del Artículo 45 del Código Penal peruano, a fin de posibilitar un método probatorio acorde al

cumplimiento de un debido proceso en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Efecto de la Vigencia de la Norma sobre la Legislación Nacional

Se procederá a la inclusión de un nuevo artículo en el Título Preliminar del Código Penal y la inclusión de un nuevo acápite en el Artículo 45 del mismo conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución peruana.

Análisis Costo Beneficio

Toda mejora en el debido proceso es considerada un beneficio para el ordenamiento jurídico.

Las nuevas medidas permitirán un mecanismo de prevención de los errores judiciales y por tanto una disminución del riesgo del pago de indemnizaciones por responsabilidad vicaria.

El costo se estimará en la medida en que el Instituto de Medicina Legal del Perú necesite incrementar la plana profesional de psicólogos especializados, sociólogos y asistentes sociales acreditados para la realización de las pericias propuestas; y en la medida en que los miembros

del Poder Judicial se integren a un programa de capacitación en análisis de lo que respecta a la determinación del perfil biopsicosocial del procesado de perfiles psicológicos y estudios socio culturales.

Formula Legal

Texto del Proyecto

PROYECTO LEY

Art. 1º Añádase al Título Preliminar el Artículo XI con el tenor siguiente:

Artículo XI. **Individualización de la culpabilidad.**

La valoración de la culpabilidad en todos los casos es individual.

El Juez deberá considerar las pericias psicológicas y socioculturales elaboradas por el Instituto de Medicina Legal del Perú al momento de fundamentar la sentencia e indicar el perfil biopsicosocial del imputado en la misma.

Art.2º Añádase el siguiente párrafo al Artículo 45 con el tenor siguiente:

“Para ello deberá contar con las pericias medicas, psicológicas y sociales elaborados por el Instituto de Medicina legal del Perú que permitan objetivizar y probar los tres aspectos arriba mencionados.

La falta de alguna de estas pruebas se considerará como una violación del debido proceso.

La valoración y ponderación de estas pruebas deben formar parte de la fundamentación de la imposición de la pena necesariamente.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Serie de Jurisprudencia 3, 1999.
2. ACTUALIDAD JURÍDICA. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 134. 2005.
3. BECCARIA Cesare. “De los Delitos y las Penas”. Ediciones ORBIS S.A. HYPAMERICA. Buenos Aires – Argentina 1984. Título Original: Dei Delitti e delle pene. (1764). Traducción de Francisco Tomás y Valente.
4. BELING, Ernesto. “Esquema de derecho Penal”. Traducción de Sebastián Soler. Editorial Depalma. Buenos Aires – Argentina 1944.
5. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros; “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”; Editorial Praxis; Barcelona; España; 1999.
6. BERTALANFFY VON, L. Teoría General de los Sistemas. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1976
7. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel; “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Segunda edición. Editora y distribuidora de libros. S .A. 2002

8. BRAMONT- ARIAS, Luís Alberto. Derecho Penal Peruano. Ediciones Jurídicas UNIFE. Lima- Perú. 2 004
9. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras completas. Tomo I Derecho penal Parte general. Colección Justitia Ara editores EIRL. 2004.
10. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Principio Garantista del Derecho Penal y Proceso Penal”. En: Derecho y Sociedad. Año 5, N° 8-9. Editada por la PUCP. Lima- Perú. 1994
11. CALMET LUNA, Armando. Glosario de términos jurídicos. Editorial Universitaria Lima- Perú 2004
12. CARRARA, Francesco; “Programa de Derecho Criminal. Parte Especial”, Vol. VI; ED. Temis; Bogota, Colombia; 1973.
13. CHOCLÁN MONTALVO, José A. Individualización Judicial de la pena. Editorial. Colex. 1997 Madrid, España.
14. CÓDIGO PENAL. Código de Procedimiento Penales, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal. Concordado, Sumillado. Jurisprudencia. Jurista Editores, Tercera Edición. Actualizada. 2003.

- 15.**D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. Culpabilidad y teoría del delito. Vol. I Julio César Faira Editor. Buenos Aires- Argentina. 1995.
- 16.**DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editorial Espasa Calpe. España 1978.
- 17.**FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trota, Segunda Edición, Madrid, 1997.
- 18.**FRISANCHO, APARICIO, Manuel. Jurisprudencia Penal, Procesal penal y Constitucional. Lima, RAO Editora. 2004
- 19.**GACETA JURÍ DICA; “Diálogo con la Jurisprudencia: Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial”; N° 23; Lima – Perú. Agosto de 2000.
- 20.**GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho penal económico. Parte General OSBAC SRL Ltda. Perú 2003
- 21.**GOLDSCHMIDT, James; “La concepción normativa de la culpabilidad”; Editorial Depalma; Buenos Aires; Argentina; 1943.
- 22.**HASSEMER, Winfried. Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en el Derecho Penal. Primera Edición 1999. Editorial Tiarand Lo Blanch; Valencia, España. 1999

- 23.**HEGEL, J.G.F. Enciclopedia de las ciencias filosóficas. Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición. México 1963. Título Original. Encyclopädie der Philosophischen Wissenschaften. 1817. Traducido por Francisco Larroyo.
- 24.**HEGEL, J.G.F. Filosofía del Derecho. Editorial. Editorial Universidad Autónoma de México, 1975
- 25.**HURTADO POZO, José; “Manual de Derecho Penal. Parte General.”; Ara Editores E. I. R. L.; Lima; Perú; 1978.
- 26.**HURTADO POZO, José “Manual de derecho Penal. Parte General I. Grijley. Lima 2005.
- 27.**JAKOBS, Günther “El lado subjetivo del hecho” en: II Congreso Nacional de derecho penal y criminología Universidad Nacional Hermilio Valdizan. Huanuco 2005.
- 28.**JAKOBS, Günther; “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”; 2ª ED. corregida; Marcial Pons, ediciones Jurídicas, S.A.; Madrid; España; 1997.
- 29.**JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. “El Sistema Funcionalista del Derecho Penal”. Editora y distribuidora Jurídica Grijley. Lima – Perú 2000.

- 30.**JAKOBS, Günter. “Bases para una teoría funcional del derecho Penal” Palestra Lima. 2000
- 31.**JESCHEK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND; “Tratado de Derecho Penal. Parte General”; Editorial Comares; 5ta ED.; Granada; España; 2002
- 32.**JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. “El Criminalista”. Segunda serie. Tomo III. Víctor P. De Zavalía Editor. Buenos Aires – Argentina 1960.
- 33.**JOACHIN HIRSCH, Hans. “El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 5, Lima- Perú 1995.
- 34.**KANT Immanuel. “Cimentación para la Metafísica de las Costumbres”. Editorial Aguilar. Buenos Aires – Argentina 1964. Título Original: Grundlegung Zur Methaphysik der Sitten. (1785). Traducción del alemán y prologo de Carlos Martín Ramírez.
- 35.**KANT Immanuel. “La Metafísica de las Costumbres”. Editorial REI Andes Ltda. Santa Fe de Bogotá – Colombia 1989. Título Original: Methaphysik der Sitten. (1797). Traducido por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho.
- 36.**MERANI ALBERTO L, Psicología Genética.- Ed. Grijalbo- México DF. 1976

- 37.**MEZGER, Edmund. "Tratado de Derecho Penal", tomo II; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; España; 1957.
- 38.**MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Tercera edición. PPU: Barcelona, España, 1990.
- 39.**MUÑOZ CONDE, Francisco; "Teoría General del delito"; Editorial Temis. Bogota; Colombia; 1990.
- 40.**MUÑOZ CONDE, Francisco y García Aran Mercedes. "Derecho Penal. Parte General Tirant Lo Blanch. Barcelona. 2000.
- 41.**NÚÑEZ Ricardo C. Tesis para optar el grado académico de doctor en derecho y ciencias políticas, con mención en Ciencias Penales. Derecho Penal argentino. Parte Especial III Editorial bibliográfica Omeba. Buenos Aires Argentina 1961.
- 42.**OBREGÓN GARCÍA, Antonio. La Atenuación de la pena. Universidad pontificia Comillas de Madrid. Dicción 1998
- 43.**PEÑA CABRERA, Raúl; "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General"; Editorial Grijley; 3ra ED.; Lima; Perú; 1999.
- 44.**PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Derecho Penal. Parte General (Materiales de enseñanza). Lima- Perú. 1995.

- 45.**REVISTA PERUANA DE JURISPRUDENCIA. Trujillo, Editora Normas Legales, 2000. Año, II. 3.
- 46.**ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, Lima, Idemsa. 2002.
- 47.**ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal Comentada. Tomo II, Lima, Idemsa, 2005
- 48.**ROY FREIRE, Luís. Una visión moderna de la teoría del delito” Ministerio de Justicia. Lima.1998
- 49.**ROXIN Claus, Mary Belof, Otros. Determinación judicial de la pena. Editores del Puerto. Buenos aires, Julio 1993.
- 50.**ROXIN Claus. “Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”. Tomo I. Primera Edición 1997, primera reimpresión. Editorial Civitas S. A. Madrid; España; 2000. Título Original: Strafrech. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlangen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2, Auflage Beck, Munchen, 1994.
- 51.**ROXIN Claus. “Culpabilidad y responsabilidad penal en derecho Penal” Parte General. Tomo I, 1ra edición Madrid 1997.

- 52.** TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho. Palestra editores, Lima Perú 1999.
- 53.** URQUIZO OLAECHEA, José. “Culpabilidad. Búsqueda de nuevas soluciones” - ponencia presentada en el II Congreso Nacional de Derecho penal y Criminología. Lima 2005. Huanuco
- 54.** URQUIZO OLAECHEA, José. “Culpabilidad penal” en “Una visión moderna de la teoría del delito” Ministerio de Justicia. Lima. 1998
- 55.** VILLA STEIN, Javier. “La culpabilidad” Ediciones jurídicas. Lima 1997
- 56.** VILLA STEIN, Javier. “Derecho Penal. Parte General”. Editorial San Marcos. Lima – Perú 1998.
- 57.** VILLA STEIN, Javier. Tesis doctoral: Homicidio y control penal. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, con mención en Ciencias Penales. Lima- Perú. 1996.
- 58.** VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código Penal comentado. Gryjley, Tercera edición, junio 2002.

- 59.**VON LISZT, Franz. "Tratado de Derecho Penal" T.2. Traducción de la 20ª Edición Alemana, por Luís Jiménez de Asúa; y adicionado con el Derecho Penal Español, por Quintiliano Saladaña. Editorial REUS S.A. Madrid – España 1973.
- 60.**WELZEL, Hans; "Derecho Penal Alemán. Parte General"; 11ª edición, 4ª edición castellana, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez; Editorial Jurídica de Chile; Santiago- 1993.
- 61.**ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte general Volumen II. Ediar. Buenos Aires. 2000

ANEXOS

Consultar el capítulo completo en formato impreso