

Fecha de recepción: 23/03/2014

Fecha de aceptación: 18/02/2017

**Criminología Penal. Reflexiones a propósito de la crisis en el concepto de culpabilidad**

**Penal Crimniology. Opinions to the regard to the crisis in the concept of guilt**

**Dr. Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda**

Universidad de la Habana

[gabriel@lex.uh.cu](mailto:gabriel@lex.uh.cu)

Cuba

## Resumen

La crisis del concepto de culpabilidad, o más bien, la crisis de su fundamento material, no es más que un problema *virtual, falso, ficticio* que, fue solucionado adecuadamente en el terreno conceptual que le corresponde: *la Filosofía*, que ha acarreado muchos más problemas que posibles soluciones al conocimiento científico y a la práctica del Derecho.

**Palabras clave:** Derecho comparado, Historia, Reforma penal.

## Abstract

The crisis of the concept of guilt, or rather, the crisis of its material foundation, is nothing more than a virtual, false, fictitious problem that, was adequately solved in the conceptual field that corresponds to it: philosophy, which has carried many more problems than possible solutions to scientific knowledge and practice of law.

**Keywords:** Comparative law, History, Penal reform.

La culpabilidad o imputación subjetiva, como fenómeno jurídico en sí, la podemos encontrar ya en el Derecho Romano, sin embargo, en la medida que la Formación Económico Social feudal se implantó fue cediendo su espacio a la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpabilidad, reapareciendo con la llegada del iluminismo. En esa primera etapa (finales del Siglo XVIII primera mitad del Siglo XIX), dado el poco desarrollo de la ciencia jurídica y las ciencias sociales en general, resultaba prácticamente imposible llegar a la esencia de ese complejo fenómeno, lo cual no significa que no existieran atisbos geniales a sus rasgos esenciales, como el de Francisco Carrara quien alcanzo ver en esa temprana fecha elementos de lo que años mas tarde sería la *concepción normativa* de la culpabilidad, pero la época le ponía

rejas, muros infranqueables que le impedían llegar a un concepto, a una categoría que le comprendiera como tal. Por tales razones, en esa primera etapa, funcionó, únicamente, como límite o presupuesto a la imposición de la pena (modo de actuar que, luego de ser definida o determinada en un concepto denominado *culpabilidad*, fue clasificado como: *principio de culpabilidad*); con el decursar del Derecho como fenómeno social y la experiencia “práctica” acumulada en ese devenir, por una parte y, por otro, el necesario desarrollo del conocimiento de las ciencias sociales en general y el Derecho penal como ciencia en particular, hacen que, a finales del Siglo XIX, fruto intelectual, entre otros, de Von Buri, Franz Von Liszt, Merkel y Radbruch, aparezca el primer concepto de Culpabilidad bajo la denominada *Teoría Psicológica de la Culpabilidad*, con este paso de avance en el conocimiento se reveló una nueva cualidad de la imputación subjetiva denominada ahora culpabilidad: ser, además de límite, *medida de la pena*.

Según esta primera concepción, la culpabilidad es *un vínculo psicológico* (de allí la denominación de *teoría psicológica*) entre el *acto* del autor y el *resultado* del mismo; supraconcepto que engloba dos formas *distintas* de culpabilidad: la intencional y la imprudente y tiene como presupuesto la *imputabilidad* del transgresor.

Por errores propios del momento del desarrollo, tal concepto presentó determinadas imperfecciones que no le permitieron vencer su comprobación en la práctica, dando lugar a una nueva teoría o concepción sobre la culpabilidad: *La teoría normativa de la Culpabilidad*.

Según esta nueva tesis, la culpabilidad es un *juicio de atribución, una valoración* (por ello es *normativa*) que se le hace al sujeto comisor por haber actuado contrario a una norma *de deber* (actuación intencional) o una norma *de cuidado* (actuación imprudente), con ello desaparecen la *dos culpabilidades* y se reducen o resumen en una, habida cuenta, tanto el actuar imprudente como el intencional se reprochan *por haber actuado contrario a una norma*. Este juicio de imputación se conforma por tres elementos a saber: a) la capacidad de culpabilidad o imputabilidad (pasa de presupuesto a ser parte de la culpabilidad) b) la formas de la culpabilidad (intención o imprudencia) y, c) condiciones normales de exigibilidad.

Tal juicio de imputación personal tenía como presupuesto o fundamento para poder hacerse que al momento del hecho: que el sujeto comisor *podía haber actuado de modo distinto a como lo hizo*, es decir que, *al momento del hecho el trasgresor podía elegir actuar con arreglo a Derecho sin embargo no lo hizo*. Ese poder actuar de modo distinto partía de la libertad del sujeto entendida esta como *libre albedrío*. Toda esta argumentación es lo que se ha dado en llamar: *el fundamento material de la culpabilidad*.

La concepción normativa de la culpabilidad con sus imperfecciones, seguidores y detractores fue imponiéndose en la realidad práctica hasta que, en la década del 40, Karl Engisch plantea que *el poder actuar de modo distinto era indemostrable empíricamente*, en consecuencia, indemostrable que el trasgresor en el momento del hecho podía haber actuado de manera distinta a como lo hizo, al exponer tal imposibilidad surge la duda razonable que impide así sancionar sin culpabilidad y con esto se derrumbaba el edificio del Derecho penal: el concepto de culpabilidad entraba en **crisis**.

Ante tal crisis epistemológica la dogmática penal se dividió en, al menos, tres grandes tendencias que en la actualidad generan diversas y encontradas soluciones:

- 1) La primera: desde posiciones intraculpabilísticas, abogan por *mantener* la culpabilidad como fundamento de la imputación subjetiva del hecho a su autor; posición dentro de la cual se encuentran a su vez dos teorías: la teoría del *poder medio* y la teoría de la *motivabilidad normal*.
- 2) La segunda: desde posiciones extraculpabilísticas, abogan por *sustituir* o *vaciar* el concepto de culpabilidad y en su lugar colocar a: la necesidad de prevención:
- 3) La Tercera: desde posiciones intermedias que abogan por *complementar* la culpabilidad en la imputación subjetiva con la necesidad de prevención.

Dos errores básicos llevaron a esta crisis absolutamente “virtual, falsa, aparente”: primero: (un problema gnoseológico) una errónea concepción del determinismo y la libertad en la conducta humana y, segundo: (un problema metodológico) la reducción metafísica y totalmente equivocada -algo muy propio del Positivismo- de *buscar un referente empírico* que demostrara la libertad del hombre.

Primero: (el problema gnoseológico) se deben partir que la conducta humana - como absolutamente todos los fenómenos- está sometida a la causalidad, esto es: *la conducta humana está determinada*, pero esa determinación o causalidad no es en el modo o la forma en que la explican algunos autores como algo que *gravita fatalmente* sobre el hombre, como algo fuera de él que lo *empuja* o lo *obliga* a actuar de una forma y no de otra; esa idea es errónea. El determinismo en la conducta humana es magistralmente explicado por Federico Engels cuando afirma: “La teoría materialista de que los hombres son producto de las circunstancias y de la educación, y de que, por tanto los hombres modificados son producto de circunstancias distintas y de una educación modificada, olvida que son los hombres, precisamente, los que hacen que cambien las circunstancias y que el propio educador necesita ser educado.”

La conducta humana está determinada, pero no por causas ajena al hombre mismo, sino, por sus propias necesidades materiales y espirituales que se conforman en, y a través, de su actividad práctica; es decir, ellas son *la causa* del actuar humano, *determinan* el actuar humano, como sentencia Carlos Marx: “Nadie puede hacer algo sin hacerlo, al mismo tiempo, en aras de una de sus necesidades y del órgano de esta necesidad”.

Por otra parte la libertad del hombre -aspecto al cual le brindó brillante respuesta Hegel-, no es sinónimo de libre albedrío, de una absoluta y total independencia de todo lo externo, es, primero que todo, reconocimiento de la realidad; en otra palabras, somos libres en la misma medida que conozcamos la **esencia o necesidad** de los fenómenos que nos rodean y la hagamos funcionar de acuerdo con nuestros intereses; quien no conoce la “necesidad” está sometido a ella, en consecuencia, no puede ser libre. La libertad no es hacer todo lo que se **quiera**, sino, esencialmente, todo lo que se **pueda** hacer con arreglo a la **necesidad** dada **a** y dominada **por** nuestros conocimientos.

El hombre actúa, primero que todo, *conscientemente*, es decir con *conocimiento de causa*, con excepción de los anormales, por ello, actuar libremente es tener representadas en nuestra conciencia las consecuencias de nuestro actuar, de nuestra conducta en el mundo objetivo y valorarla con arreglo a las normas morales y jurídicas también conocidas; otra cosa bien distinta es: ¿por qué actuamos así?, ¿qué nos lleva a actuar de esa manera? Ese *algo* no es ajeno a nosotros mismos pues son: nuestras propias necesidades, materiales y espirituales, que se conforman, cambian, desaparecen en dependencia de la **actividad** que desarrollemos en condiciones históricas concretas y de las cuales podemos tener conciencia o no.

Segundo: (el problema metodológico) la libertad del hombre es, primero, *un problema de concepción general del pensar*, no definible por ciencias sociales particulares como el Derecho, la Psicología, la Sociología entre otras, sino, únicamente, a la Filosofía que tiene como objeto de estudio: *las leyes más generales y universales que rigen el desarrollo de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento*, en consecuencia esa libertad como concepto general del pensar no es, ni puede ser, objeto de simple *demostración por un experimento* (como equivocadamente propuso Karl Engisch), su explicación y demostración es la consecuencia del análisis de la *experiencia* en una *concepción general* de ese pensar. Algo bien distinto es el caso del *hombre singular*, del individuo que concretamente comete un delito, su libertad, en específico, sí puede analizarse, valorarse y demostrarse perfectamente a través de la experimentación; esa sí puede tener un *referente empírico* en razón a que ella estará determinada, como antes explicamos, por su *capacidad concreta de conocer y por su conocimiento singular adquirido*, como afirma Hans Welzel: “Con el conocimiento de que el hombre, como ser determinado a la propia responsabilidad, es capaz de autodeterminarse conforme a sentido (...) se ha dado ciertamente una determinación general de la naturaleza del hombre y de su libertad; pero no se ha comprobado con ello que este hombre posee realmente, en la situación concreta, capacidad de autodeterminación conforme a sentido (...) si algo es efectivo no se puede deducir de conceptos generales, sino sólo averiguar de un modo empírico-práctico”.

La crisis del concepto de culpabilidad, o más bien, la crisis de su fundamento material, no es más que un problema *virtual, falso, ficticio* que, como antes referimos, fue solucionado adecuadamente en el terreno conceptual que le corresponde: *la Filosofía*, que ha acarreado muchos más problemas que posibles soluciones al conocimiento científico y a la práctica del Derecho.

La primera dificultad que acarreeó fue desvirtuar a la ciencia penal del objetivo esencial de su análisis iniciado con la aparición del concepto de culpabilidad: *la función de la culpabilidad como medida de la pena*, pues, al resultar un concepto dudoso, obviamente lleva a conclusiones como las que expresa Mercedes García Arán: “La insuficiencia de este concepto para establecer respecto a él la proporcionalidad de la pena debe establecerse desde distintas perspectivas (...) En la medida que se rechaza tal concepto, se rechaza también la aptitud del mismo para ser medida de la pena”.

Esta primera dificultad lleva a la segunda: para dar solución o para asumir esta específica tarea de la culpabilidad, aparecen o *se escudan* tras “la crisis” las tenebrosas teorías funcionalistas que abogan por su sustitución o vaciado colocando en su lugar: “la necesidad de pena”, a partir de la cual el hombre se transforma (a contrapelo de Kant) en un *instrumento* del Estado para la regulación de la estabilidad social. Según estas teorías, para determinar la pena y su medida, al ser indemostrable empíricamente la “libertad del individuo”, al ser tal libertad *algo dudoso científicamente*, no debe tomarse en cuenta, no debe apreciarse el aporte subjetivo al hecho aislado, sino, en su lugar, valorar la necesidad de respuesta que ese hecho tenga para la estabilidad social, algo que sí se puede evaluar y constatar *empíricamente*; en otras palabras, no importa lo que el hombre *aportó subjetivamente a su hecho* pues eso es *dudoso de saber*, sino, lo que su hecho significa para la *estabilidad* social que, por el contrario, *sí se puede palpar*; en consecuencia si es necesario para esa estabilidad social mayor severidad de la pena ésta se aumenta sin importar el transgresor. Por ejemplo frente a los problemas del tránsito rodado los funcionalista plantean que: es cierto, el que actúa imprudentemente “no quiere” el resultado pero en la realidad, los

homicidios imprudentes del tránsito, ocasionan más muerte que los delitos intencionales, en razón a ello, requieren o presentan ante la sociedad una mayor *necesidad de pena*. Un juicio como éste no puede ser más peligroso para las garantías alcanzadas por el Derecho penal; es la temible manifestación de un Derecho penal máximo.

La pena no puede medirse, únicamente, con relación al bien objeto del delito y al daño a éste ocasionado, pues, no comprende toda la peligrosidad del evento punible (error grave en que incurrieron los Códigos penales clásicos). El Derecho no regula eventos naturales sino conductas humanas, en razón a ello, ha de medirse, además de la calidad del bien jurídico protegido y dañado, el aporte personal y subjetivo del autor en el hecho; en otras palabras, la pena no puede ajustarse sólo al resultado del hecho sino además a su autor. Ahora, ¿cómo lograr ese acercamiento, esa individualización de la pena? ¿a partir de la prevención especial que fundamentalmente -como emerge en sus inicios- no observaba lo que el hombre hizo, sino lo que podría hacer en el futuro? es decir, individualizaba la pena a partir de la indeterminada y futura *peligrosidad* del individuo. Evaluado la posibilidad de sustituir la culpabilidad en la medida de la pena por la prevención especial refiere Mercedes García Arán: “Este concepto es lo suficientemente resbaladizo como para que no puedan restringirse los derechos de los individuos más allá de la pena proporcionada a su delito, con el pretexto de reeducarlos”

## Conclusiones

La culpabilidad es un concepto medular en la consecución de la pena, pues aporta el segundo y principal componente de su medida, *la participación subjetiva del autor en el hecho aislado*, en otras palabras, ajusta la pena a lo que el hombre *hizo* y no a lo que el hombre *es*, apartando así el peligroso Derecho penal de autor; por otra parte, al fundar la pena en lo que el hombre *hizo* y no en lo que *podrá hacer* (es decir su *peligrosidad* futura argumento esencial de la prevención especial) separa la pena de la medida de seguridad. El Derecho penal postula una igualdad *formal* que se hace *real*, precisamente, en, y a través, de la culpabilidad (un concepto graduable) que lo acerca, que lo hace proporcional e individual al transgresor, no por su peligrosidad criminal o modo de vida, sino, por el grado de participación subjetiva en el hecho. No existe una tal crisis del concepto de culpabilidad más bien una crisis en los teóricos de tal categoría. Sigue siendo la libertad el fundamento de la culpabilidad, pero no entendida como “libre albedrío” sino como reconocimiento de la necesidad.