

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL SIGNIFICADO DE LA CULPABILIDAD EN NUESTRO DERECHO PENAL

Lic. Fernando Cruz Castro.

SUMARIO:

Introducción	62
1. Algunas consideraciones sobre la culpabilidad en el Código de 1941	62
2. La culpabilidad en el Código Penal vigente	63
a) Antecedente en el Código Penal tipo	63
b) Código Penal vigente	63
c) Criterios aplicables en la individualización de la pena	65
3. Necesidad del principio de culpabilidad	68
4. La reincidencia y la profesionalidad con respecto al principio de culpabilidad	69
a) La reincidencia	69
b) La profesionalidad	71
c) Problema constitucional	71
5. Las medidas de seguridad y las penas	72
6. Crisis del principio de culpabilidad. Planteamientos alternativos	74
a) Teorías tradicionales sobre la culpabilidad	75
b) Supresión del principio de culpabilidad	76
c) La culpabilidad en relación a la función motivadora de la norma penal	76
ch) La culpabilidad según Claus Roxin	79
d) Imprecisión del concepto de culpabilidad y el problema de su determinación en la individualización de la pena	80
Conclusiones	81
Índice de abreviaturas	83

INTRODUCCION

Cuando se habla de la culpabilidad, de inmediato surge la idea de la libertad, del poder político y del alcance del "ius puniendi". Parece que existe una indisoluble relación entre PODER POLITICO—LIBERTAD—CULPABILIDAD. Encontramos que el tema de la culpabilidad siempre sugiere otros, como el de la LIBERTAD y el de los límites del PODER ESTATAL. Ernesto Sabato resume certeramente la problemática de los temas aludidos, cuando afirma que la primera condición para cualquier nación digna ha de ser el respeto de la persona, lo que supone en primer término su libertad. (Ver obra: "Apologías y rechazos"). Precisamente, la comprensión exacta del principio de culpabilidad, permitirá dos cosas: el respeto a la dignidad de la persona y la más alta valoración de la libertad. Estos dos aspectos tendrán, según mi punto de vista, una indiscutible preeminencia sobre cualquier otro objetivo o valoración.

Aparentemente nuestro Código Penal admite el principio de culpabilidad, sin embargo se trata de una admisión muy tímida, cuya significación es muy relativa. Existen varios aspectos sobre los que no puede afirmarse que el principio de culpabilidad que contiene nuestro Código Penal, sea un medio adecuado para el respeto a la libertad y a la dignidad de la persona. Mis argumentos y puntos de vista, como todos los que tienen que ver con el DERECHO y los valores, son discutibles y transitorios. Sólo espero que mi exposición sirva de estímulo para suscitar la crítica de mis errores, y que de alguna forma contribuya al análisis crítico de nuestro Derecho Penal.

Agradezco al profesor Enrique Bacigalupo los consejos y sugerencias que me hizo durante la elaboración de este pequeño ensayo.

UN RECUERDO PARA UN HOMBRE SINGULAR: Quisiera dedicar estas páginas a la memoria del Lic. Francisco Chaverri R., a quien cariñosa-

mente llamábamos: "don Chico". Siempre lo recuerdo con profundo respeto y admiración. Esos recuerdos, como todas las miradas que se dirigen hacia atrás, están llenos de tristeza y nostalgia. La vida transcurre en medio de pequeñas parcelas de LIBERTAD y grandes espacios que se definen sin el concurso de nuestro esfuerzo y de nuestra voluntad. Desgraciadamente, la muerte pertenece a uno de esos amplios espacios.

1. Algunas consideraciones sobre la culpabilidad en el Código de 1941.

Es importante referirse, aunque sea brevemente, al Código Penal de 1941, ya que algunos aspectos de la culpabilidad se mantendrán en el código vigente (1). En este código el principio de culpabilidad tenía una regulación muy confusa. Esa imprecisión se puede determinar a través de las siguientes características:

a) En el artículo diecinueve (2) se establecía que el dolo o la intención de delinquir se presume en todas las acciones u omisiones.

b) No se refiere al principio de culpabilidad, ya que sólo utilizaba el término responsabilidad. En el capítulo II, del Título II, dedicado a la "RESPONSABILIDAD", establecía que todo el que cometiera un hecho punible sería responsable, salvo los casos expresamente exceptuados por el código (3). La norma aludida, refleja un concepto muy devaluado e impreciso de lo que debe ser la culpabilidad, aún si se la conceptúa desde una perspectiva muy tradicional. De acuerdo con esa tesis, no era necesario analizar la reprochabilidad del acto, sino que sólo debía analizarse si tal acción estaba excluida expresamente por la ley, si no era así, siempre hubiese sido un acto culpable.

c) En el artículo ochenta y ocho se autorizaba al juez para que en la individualización de la pena tomara en cuenta la mayor o menor peligrosi-

(1) Código promulgado en el año 1970 y que entró en vigencia hasta el año 1972.

(2) El artículo diecinueve del Código Penal de 1941, establecía lo siguiente: La acción o la omisión constituyen el hecho punible; pero la responsabilidad y la pena se eliminan, agravan o atenúan en los casos de ley. El dolo o intención de delinquir se presume en todas las acciones u omisiones punibles.

(3) El artículo veintiuno del Código Penal de 1941, establecía lo siguiente: Todo el que cometa un hecho punible será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código.

dad del acusado (4). Resulta claro así, que el límite de la pena no era establecido por la culpabilidad, sino por la peligrosidad (5).

El Código Penal de 1941, refleja, por lo tanto, un concepto muy discutible y confuso sobre el principio de culpabilidad. Esa confusión puede explicarse por el hecho de que aquel Código Penal participa de un predominio defensivo en el sentido positivista, sin abandonar totalmente la tradición española neoclásica. En este sentido aparece como más acertada aquí la frase de Mattes, cuando afirma, refiriéndose al Código argentino, que su nota dominante es un turbio eclecticismo entre un defensismo de notas positivistas y la tradición española, así como la neoclásica. Aunque Mattes se refería al Código Penal argentino, es indudable que tal juicio es aplicable al Código Penal de 1941 (6).

2. LA CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL VIGENTE.

a. Antecedente en el CODIGO PENAL TIPO.

Cuando se analizan los preceptos que integran el Código Penal vigente, no debe perderse de vista que se trata de un cuerpo de normas con fuerte influencia del CODIGO PENAL TIPO. En lo referente a la culpabilidad, Jescheck considera que a pesar de que el CODIGO PENAL TIPO se fundamenta en el principio de culpabilidad, no lo realiza de un modo consecuente. El CODIGO PENAL TIPO contiene prescripciones de las que sólo puede de-

ducirse de manera indirecta el principio de culpabilidad (7). Tampoco se encuentra, en especial en su artículo 73, una regla según la cual, la medida de la pena no debe superar la gravedad de la culpabilidad (8). Esta imprecisión e indefinición en cuanto al principio de culpabilidad, llevará necesariamente a una escasa diferenciación entre penas y medidas de seguridad (9).

b) Código Penal vigente.

El Código Penal costarricense evidencia las notas características que se han señalado respecto al CODIGO PENAL TIPO. La escasa trascendencia del principio de culpabilidad es perceptible ya en la misma exposición de motivos. En tal exposición se acepta una tendencia defensiva, al declarar que: "...Vamos hacia la moderna concepción defensiva de la sociedad frente a quienes delinquen pero con una finalidad justa, dándoles oportunidad de reivindicarse, de reincorporarse al medio social, libre de taras y listos para colaborar en la tarea común que todos perseguimos en busca de nuestra felicidad. ¿Cómo?, sustituyendo la pena retributiva con el tratamiento del infractor y propiciando erradicar el delito por medio de su prevención. . ." (10). El párrafo citado demuestra que, a pesar de que no se acepta el planteamiento tradicional defensivo, íntimamente ligado a la escuela positiva, de todas formas se sigue dando énfasis a la idea de la DEFENSA SOCIAL. Dentro de este marco ya no interesa que la pena tenga como límite la culpabilidad, sino que se considera preponderante el tratamiento y la acción preventiva, según lo requiera

(4) El artículo 88 del anterior Código decía lo siguiente: "Los jueces al dictar sentencia determinarán a su arbitrio, dentro de los límites establecidos por este Código, la cantidad de pena aplicable tomando en cuenta la peligrosidad del delincuente; . . .". A pesar de que en el Código Penal vigente ya no se habla de peligrosidad, al mencionarse los criterios de individualización de la pena (art. 71 del Código Penal), en realidad subsiste tal criterio a través de la fórmula de la personalidad. La persistencia del criterio de la peligrosidad evidencia la profunda influencia que ha ejercido, en Hispanoamérica, el positivismo. "...Curioso fenómeno el de la Argentina y el de la mayor parte de estos países hispanoamericanos. Adviene el positivismo con tal fuerza, que César Lombroso se ufana, y Enrique Ferri lo hace constar, de que una de las primeras sociedades criminológicas que se crea es una asociación argentina, . . .". JIMENEZ DE ASUA, Luis, "El Criminalista", 2a. serie. Tomo VI. Editor Víctor de Zavallia, Buenos Aires, Argentina, 1964, p. 105.

(5) La peligrosidad puede definirse como "un complejo de condiciones, subjetivas y objetivas, bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso o peligroso". (B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, pág. 47), cita tomada del artículo de: RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Medidas de Seguridad y Estado de Derecho", volumen colectivo, *Peligrosidad social y Medidas de Seguridad*, Universidad de Valencia, España, 1974, p. 145. El mayor problema que presenta este concepto es el relativo a la probabilidad, ya que ésta sigue fundamentándose en criterios poco científicos, tales como la intuición o las inconscientes valoraciones. (Ver del mismo autor: Rodríguez Mourullo, en el artículo citado anteriormente, la página 351).

(6) BERISTAIN IPIÑA, Antonio, "Cuestiones Penales y Criminológicas", Ed. Reus, 1979, Madrid, España, p. 43-44.

(7) JESCHECK, Hans-Heinrich, "Las Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal tipo en América Latina comparadas con el Derecho alemán", N.P.P., No. 3, 1973, p. 292.

(8) *Ibidem*, p. 293.

(9) *Ibidem*, p. 295.

(10) Exposición de motivos del Código Penal. Edición del Colegio de Abogados (C.R.), del año 1972. Preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, Imp. Trejos, p. 10.

el autor. Se parte de un optimismo extraordinario sobre las posibilidades del tratamiento (11) y se acepta la idea de que el delito es algo anormal, patológico, que requiere un determinado tratamiento, al igual que sucede en las ciencias médicas (12). No creo que sea aconsejable declarar una fe ciega en la DEFENSA SOCIAL, ya que es indudable que su motivo inspirador, aún cuando se lo espiritualice, no puede estar más que en función de una indiscutida preeminencia del grupo estatalmente organizado sobre el individuo; la DEFENSA SOCIAL tiende a trasladar todo el acento hacia los intereses de la sociedad antes que hacia el autor (13). Por esa razón es que la idea de defensa social, que se apoya en argumentos naturalistas y que no se preocupa del fundamento ético, puede convertirse con facilidad en instrumento idóneo de concepciones totalitarias, donde los valores de la persona individual quedan íntegramente ahogados (14).

Respecto de la exposición de motivos, en tanto habla de la sustitución de la pena retributiva por el tratamiento, es necesario hacer dos consideraciones:

I) Si esa pena retributiva se refiere a la superación de una teoría absoluta de la pena, tal como lo entendían KANT Y HEGEL, es indiscutible de que desde tal punto de vista sólo se supera la simple pena retributiva (15). Pero la retribución carente de finalidad, con la que, ni para el autor, ni para

la sociedad, puede aspirarse a un bien, resulta en realidad lesiva de la dignidad humana, como con razón lo afirmaban los krausistas españoles.

Paralelamente tampoco puede aceptarse que en un Estado de derecho pueda utilizarse al hombre para un fin exterior a él mismo, lo que afecta básicamente a la prevención general. Por ello la pena deberá buscar, en la medida de lo posible, la mejora del hombre. La teoría de la pena absoluta, por lo tanto, debe ser abandonada (16).

II) Pero desde otra perspectiva, el criterio retribucionista puede representar una garantía política, al señalar que la culpabilidad del autor viene a establecer la medida máxima de la pena aplicable (17). Tanto desde un punto de vista ético, como de prevención general y especial, es necesario que la pena no supere la culpabilidad del responsable del acto delictivo. La pena que traspasa el criterio retributivo podría desencadenar el terror penal (18). Tampoco existe ninguna incompatibilidad entre la retribución de la pena y los efectos de prevención a los que, en la medida de lo posible, debe ajustarse la concreta aplicación de la pena, por lo demás, el criterio retribucionista postula la aplicación irremisible de la pena, como si se tratara de realizar, en el mundo de los hombres, la justicia absoluta. Sin embargo, se sostiene actualmente que si las necesidades sociales no lo requieren, podría incluso dejar de aplicarse la pena. En lo único en que insiste hoy el retribucionismo es en que el fundamento

(11) Este optimismo poco a poco se ha ido convirtiendo en un profundo escepticismo sobre las posibilidades del tratamiento penitenciario. ¿Será, realmente, el crimen un fenómeno anormal, al que se le debe aplicar el modelo médico de curación? Pareciera que gran cantidad de la delincuencia no puede atribuirse a la existencia de alguna patología; tal es el caso de la delincuencia económica, la delincuencia derivada del poder político (que atenta contra los derechos humanos, impone regímenes de fuerza, etc.), o los delitos que se producen en la conducción de vehículos, etc. Por otra parte "... Resulta altamente incierto el saber cuál es el modelo de sociedad a la que la finalidad de readaptación (finalidad de tratamiento) debe entenderse referida. No parece que éste pueda venir dado por la sociedad concreta hoy existente en atención al censurable orden axiológico vigente en la misma". CORDOBA RODA, Juan, "La cuestión de la necesidad de readaptación social como presupuesto de la pena", se encuentra en: "La reforma penal de los países en desarrollo". Unam, México, 1978, pág. 307. Como consulta puede analizarse el trabajo de GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo". A.D.P.C.P., Madrid, 1979. También MUÑOZ CONDE, Francisco, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito". C.P.C., 1979, No. 7.

(12) "... Clasificar el delito entre los fenómenos de sociología normal no es sólo decir que es un fenómeno inevitable, aunque lamentable debido a la incorregible maldad de los hombres, es afirmar que es un factor de la salud pública, una parte integrante de toda sociedad sana. Este resultado es, en primer lugar, bastante sorprendente e incluso nos ha desconcertado durante largo tiempo. Sin embargo, no es difícil encontrar las razones que explican esta normalidad y que, al mismo tiempo, la confirman. En primer lugar, el delito es normal porque una sociedad exenta del mismo es del todo imposible. ...". DURKHEIM, E., "Las reglas del método sociológico". Ediciones Morata, Madrid, España, 1978, p. 85.

(13) RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Significado político y fundamento ético de la pena y medida de seguridad". R.L.J., 1965, p. 780-781.

(14) *Ibidem*, p. 786.

(15) BAUMANN, Jürgen, "Culpabilidad y expiación, ¿son el mayor problema del Derecho Penal actual?". N.F.F., 1972, p. 31-32.

(16) KLUG, Ulrich, "Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel". Publicado en: "Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho". Libro en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa. Ed. Pannedille, Argentina, 1970, p. 40.

(17) RODRIGUEZ MOURULLO, *supra* nota 13, p. 768-769.

(18) *Ibidem*, p. 766.

de la pena así como el criterio para determinar su gravedad, no puede ser otro que el de la proporcionalidad con la culpabilidad del autor. Si se abandonara este límite, se carecería de un punto más o menos seguro, que ponga fronteras a la intervención estatal al imponer la pena (19).

Con el abandono del enfoque retribucionista, en lo que se refiere a la culpabilidad como límite de la pena, no se logra, en principio, un gran progreso, sino que se propicia una ampliación excesiva de los poderes del ESTADO, en función de un discutible afán rehabilitador y de DEFENSA SOCIAL. En el Código Penal costarricense, en realidad, se ha adoptado una tesis que puede encerrar graves peligros, fundamentalmente por la falta de límites precisos a los que reduce la actividad judicial en la individualización de la pena.

En el artículo treinta del Código Penal, se declara que nadie puede ser sancionado por un hecho tipificado en la ley si no lo ha hecho con dolo, culpa o preterintención. Pero esta norma no puede fundamentar la idea de que el principio de culpabilidad se admite plenamente en nuestra legislación. En realidad lo admitimos como presupuesto de la pena, mientras que la individualización se lleva a cabo desde puntos de vista puramente preventivos (20). La norma del artículo treinta sirve, básicamente, para excluir la pura responsabilidad por el resultado (21); aunque es cierto que en la redacción de algunos tipos delictivos de la parte especial

se puede encontrar, aparentemente, una responsabilidad objetiva (22), es indudable que el principio general que se deriva del artículo treinta tendrá preeminencia sobre la interpretación gramatical de una norma aislada de la parte especial.

Para poder determinar la existencia o inexistencia plena del principio de culpabilidad en nuestro Código Penal, es necesario examinar los criterios que se siguen en la fijación de las penas (art. 71), el enfoque que se le da a la reincidencia y algunos aspectos relativos a la medida de seguridad.

c. Criterios aplicables en la individualización de la pena.

Como idea predominante se puede afirmar que nuestro Derecho Penal se ha mantenido orientado solamente hacia la peligrosidad del autor en la individualización de la pena, "...ya que no se encontró otro elemento cuantificable en la teoría del hecho punible, porque la antijuricidad sólo sería formal, y la culpabilidad una relación psicológica..." (23). El artículo 71 establece como único límite para la fijación de la pena, el ámbito que permita la escala de la pena, lo cual tampoco es cierto en algunas ocasiones, tal como lo analizaremos; pero ese límite que se impone no viene dado por la culpabilidad, sino por el principio de legalidad (24). Luego admite que la cuantía de la pena puede depender tanto de la gravedad del hecho, como de la personalidad del acusado. La fórmula

(19) *Ibidem*, p. 767.

(20) BACIGALUPO, Enrique, "La individualización de la pena en la reforma penal". R.F.D.U.C., 1980, No. 3 (Monográfico), p. 67.

(21) BACIGALUPO, Enrique, "Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena". N.P.P., No. 3, 1973, p. 308.

(22) El artículo 118 del Código Penal (relativo al aborto), después de los dos incisos que tipifican distintos supuestos delictivos, agrega lo siguiente: "...En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer...". Si nos atenemos a una interpretación mecánica, en la que no se tiene en cuenta la prioridad que tienen los principios de la parte general del Código Penal (art. 30), se podría decir que la elevación de la pena se produce por el mero hecho de que se produzca el resultado previsto. Hay en esta disposición, así como en otras, un fuerte resabio de la responsabilidad objetiva. "...Según ésta, correspondía la imposición de una pena a quien sólo había sido la causa material de un resultado, y también en aquellos casos en que el agente quería o producía un resultado y ocurría otro más grave que no había previsto y respecto del cual no era posible la menor previsibilidad. Aquel nombre, como es sabido, fue acuñado en Alemania, y fueron varias las teorías que se formularon al respecto, unas partidarias de la pura relación causal, otras que para atenuar las graves consecuencias de tales casos exigieron por lo menos la previsibilidad". RAMOS MEJIA, Enrique, "La responsabilidad penal por otro resultado más grave". Publicado en: "Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho", (supra nota 16). En algunas figuras delictivas de nuestro Código Penal, pareciera que existe una responsabilidad objetiva (o por el resultado), pero es indudable que esa deficiencia debe subsanarse mediante una interpretación sistemática del Código Penal, en la que deben tomarse en cuenta los principios fundamentales que contempla la PARTE GENERAL (en este caso el art. 30 del Código Penal). Tal interpretación sistemática, en la que se evidencia la prioridad de los principios de la PARTE GENERAL, eliminaría la posibilidad de admitir una responsabilidad penal por el resultado, a pesar de que el texto aislado de una figura, así lo establezca.

(23) BACIGALUPO, Enrique, "Reflexiones sobre la reforma del sistema de reacciones penales ejemplificadas en el D.P. Argentino". N.P.P., 1977, p. 12.

(24) El principio de legalidad tiene cuatro consecuencias prácticas: 1. Prohibición de analogía; 2. Prohibición de retroactividad; 3. Prohibición de fundamentar la responsabilidad penal a través del derecho consuetudinario; 4. Mandato de certeza. La sanción sólo es lícita cuando la penalidad y la gravedad de la pena a imponer está determinada legalmente antes de la comisión del delito. ROXIN, Claus, "Iniciación al Derecho Penal de hoy". Univ. de Sevilla, Trad. de Luzón Peña y Muñoz Conde, 1981, España, p. 96-112.

de la personalidad da cabida, de esta manera, al concepto de personalidad peligrosa del autor, como fundamento en la medición de la pena. Con ella quiere expresarse que en tanto la personalidad del autor permite concluir que es dable esperar de él futuros hechos punibles, tal circunstancia debe tomarse como base de la medida de la pena. Parece que esta fórmula, sin embargo, no pretende someter exclusivamente a la peligrosidad del autor la medida de la pena, pues esto permitiría que fuera más punible un autor que evidencia una mayor tendencia a hurtos relativamente pequeños que un homicida ocasional que seguramente no reincidirá. Por eso la fórmula se completa tomando en cuenta la "importancia de la lesión o del peligro" (art. 73, inciso segundo del PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO, e inciso b del artículo 71 del Código Penal costarricense) (25). "...En cambio, la fórmula no impediría, en principio, que un autor culposo fuera más punible que otro doloso mientras las escalas penales de la ley lo permitan, pues la tendencia de la personalidad al delito no es directamente proporcional al dolo o a la culpa, y en este caso, tratándose de delitos contra un mismo bien jurídico y con el mismo resultado de lesión (por ej. autor de lesiones dolosas y autor de lesiones culposas...) el correctivo no podría funcionar" (26). Uno de los mayores problemas que surgen con la fórmula de la personalidad, es que no proporciona un límite compatible con el principio de culpabilidad, además de que resulta difícil encontrar un

concepto preciso sobre lo que se quiere decir con personalidad (27). Un derecho en el que sólo se excluye la responsabilidad por el resultado (llamada responsabilidad objetiva) pero en el que hay que responder por lo que se es, y no sólo por lo que se hizo, no es un auténtico Derecho Penal de culpabilidad (28). En la mayoría de los casos la consideración de la personalidad, puede convertirse fácilmente en un juicio moral sobre el autor, en el que los fines de la PREVENCIÓN GENERAL actuarán oculta y tal vez inconscientemente, pero de todos modos en forma tal que permitirán utilizar al hombre concreto con miras a la intimidación de la generalidad, lesionándose de esta forma la especial consideración que merece la persona humana. Al vincular el monto de la pena con aspectos psicológicos, se permite que el autor sea penado por lo que es. La relación de la pena con la personalidad implicará siempre penar a alguien por lo que es y no por lo que hizo, aun cuando la personalidad se pudiera reflejar en un solo hecho (29). En la individualización de la pena nuestro Derecho Penal se caracteriza por ser un puro Derecho Penal de autor, sin que se establezca, tal como lo expresamos anteriormente, el principio sobre la función limitadora en la medida de la pena que debe cumplir la culpabilidad (30). Es importante tomar en cuenta esta característica relativa al Derecho Penal de autor, ya que define unos alcances diferentes, en cuanto a la sanción del hecho, de lo que se deduciría de un Derecho Penal por el hecho (31). El castigo, en

(25) BACIGALUPO, supra nota 21, p. 311-312.

(26) *Ibidem*.

(27) *Ibidem*, p. 316.

(28) *Ibidem*, p. 313.

(29) *Ibidem*, p. 314. En un sistema regido por el principio de legalidad, la culpabilidad sólo debe serlo por el hecho. Ser culpable por lo que se es, y no por lo que se ha hecho, sería contrario al principio de legalidad. La vida anterior al delito cometido por el autor, no debe servir de fundamento para establecer una mayor o menor culpabilidad. La peligrosidad del autor no es elemento de la culpabilidad. BACIGALUPO, supra nota 23, p. 12.

(30) "...El derecho penal, es o debe ser sobre el hecho. Un derecho penal de autor solamente puede cumplir una tarea complementaria. La relación que guarda con el derecho penal del hecho es como la excepción. ...". DEL ROSAL, Juan, *"La personalidad del delincuente en la técnica penal"*. Universidad de Valladolid. Publicaciones de la Facultad de Derecho de Valladolid, 1953, p. 53. "...Dentro de la influencia de la nueva o moderna tendencia de las reformas penales de Latinoamérica, se mantiene en ellas la tendencia, ya existente, a una prevención especial ilimitada. Es decir la pena continúa determinándose por la peligrosidad del autor. (Art. 71 del Código Penal). La mayoría se refieren en la regulación de la pena a la "personalidad del autor", pero es claro que bajo esta expresión se mantiene la "personalidad peligrosa del autor". En este punto, a pesar de la influencia de la escuela técnica jurídica no pudo eliminar que continuara plenamente vigente el positivismo, tan criticado. A pesar de eso, todas las legislaciones suelen hacer profesión de fe sobre el principio de culpabilidad. Este principio no es compatible con el mantenimiento de un sistema en que la gravedad de la pena proviene de la peligrosidad del autor y puede superar la medida del reproche individual que a éste le corresponda. (...). En el momento de la individualización de la pena, la culpabilidad desaparece y se cae en un puro derecho penal de autor. ...". BACIGALUPO, Enrique, *"El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latinoamericanos"*. C.P.C., No. 2, p. 7.

(31) "...La doctrina tradicional ha hecho énfasis en el hecho, nublando bastante a la persona, con el fin de darle mayor resonancia posible a los derechos de la persona. Es posible que se extremara la medida (...). En el derecho penal de autor, se intenta cambiar el objeto sobre el que recae el juicio de reproche. (...) se busca como punto de referencia no la acción sino el modo de ser de la persona. El reproche de la culpabilidad va conectado al hombre en cuanto es, en cuanto se presenta dentro de una determinada manera de ser. (...). Tal como lo expuso Mezger, no es más que una culpabilidad por el carácter de la persona, ya que a grandes rasgos significa que la actitud de enemistad jurídica se refleja en el individuo a lo largo de su vida (...). De modo que la culpabilidad de vida vendría a ser, por consiguiente, causación culpable o no impedir tamaño formación en la personalidad. Se trata, en expresión

el Derecho Penal de autor estará de acuerdo con el grado de antisocialidad de la acción ejecutada, y sólo indirectamente de acuerdo con el daño causado. Se trata, en consecuencia, de una orientación claramente defensiva (32).

Como objeción general a la teoría del Derecho Penal de autor, puede alegarse que carece de concreción y fijeza. Se mueve en una turbia atmósfera de vaguedad, originada en un subjetivismo impreciso. Tampoco supera las objeciones que se le señalan al Derecho Penal del hecho, sino que más bien las agrava (33). A través de las consideraciones que se hacen sobre la personalidad del infractor, se concede mayor arbitrio al tribunal (34), siendo muy posible que en ciertas condiciones se pase por encima del principio de legalidad (35).

La idea de una culpabilidad del agente por poseer un modo determinado de ser peligroso, fue planteada por Mezger, que la ligaba a una culpabilidad por conducción de la vida (36). La culpabilidad por la conducción de la vida quiere significar no solamente, como es sabido, la disposición al delito, sino que probablemente la posibilidad de reprochar tal disposición; lo que se reprocha al autor es el haberse convertido en lo que es. La libre decisión que pretende encontrarse en el punto de partida de su conducta no es más que pura ficción. La figura de culpabilidad por conducción de la vida sólo sirve para ocultar, en verdad, puras consideraciones de prevención especial. Esto ha dado lugar a que también se utilice el concepto en la práctica, con fundamento en simples consideraciones de seguridad, sin detenerse a pensar si es legítimo res-

ponsabilizar al autor por su tendencia al delito (37).

También es criticable otra interpretación de la fórmula de la personalidad que justificara que la comisión del delito permite que el Estado pueda realizar un balance general sobre la vida del autor. La extensión de esta consideración sobre la personalidad, no ha sido, en principio, postulada en ningún caso; pero, tampoco existen impedimentos, dentro de la fórmula de la personalidad que obstaculicen la aplicación de tal interpretación; esto constituye uno de sus mayores peligros. De acuerdo con el inciso e) del artículo 71 del Código Penal (inciso quinto del artículo setenta y tres del CODIGO PENAL TIPO), parece que se establece una limitación a la posible aplicación de la interpretación aludida, porque al tomar en cuenta las condiciones personales del sujeto activo, le interesan "...las que hayan influido en la comisión del delito". Sin embargo, esta limitación es sólo aparente, pues en realidad vuelve al problema de la "culpabilidad por la conducción de la vida". ¿Cuál es el fundamento para que el autor tenga que responder por la influencia de su personalidad en el hecho? Si esta responsabilidad por la personalidad se funda en un acto de libre decisión en algún momento de su vida, sólo quedará posibilidad de afirmar su responsabilidad por el propio carácter. Pero toda concepción de esta última especie no justifica el deber de soportar la pena en razón de la personalidad o del carácter que se tiene. La responsabilidad social, tal como la postuló Ferri (38), es evidentemente una concepción de este tipo (39).

de Mezger y Bokerlmann de una culpabilidad por conducción o decisión defectuosa de la vida. . .". Se hace a la persona culpable por su formación moral. DEL ROSAL, J., supra nota 30, p. 74. Los primeros en preconizar y elaborar un derecho penal de autor son los positivistas. *Ibidem*, p. 38.

(32) *Ibidem*, p. 35.

(33) *Ibidem*, p. 56 y p. 95.

(34) *Ibidem*, p. 80.

(35) En el derecho penal de hoy la responsabilidad penal se debe determinar en relación a un hecho injusto cometido por el sujeto y ella se valora al momento mismo de su comisión. Si no se sigue éste principio, se propicia tal indeterminación, como en el caso de la reincidencia, que fácilmente puede superarse el límite de la legalidad. (NOVOA MONREAL, Eduardo, "La evolución del Derecho Penal en el presente siglo". Ed. Jurídica venezolana, Caracas, Venezuela, 1977, p. 28 a 36).

(36) DEL ROSAL, Juan, supra nota 30, p. 75.

(37) STRATENWERTH, Günter, "Culpabilidad por el hecho y medida de la pena", publicado en la obra: "El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad". Publicaciones del Inst. de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, España, p. 47.

(38) Para la escuela positiva el hombre es responsable socialmente por el hecho de vivir en sociedad. Si el hombre tiene alguna tendencia a delinquir, la sociedad debe defenderse. El crimen vendría a ser un hecho humano, reflejo de la personalidad del autor. El delito pondrá en peligro la sociedad. La defensa social será el arma de defensa de la sociedad. Lo importante no es el hecho, sino la peligrosidad del autor (temibilidad, en términos de Garófalo). PEREZ-LLANTADA y GUTIERREZ, Fernando, "Visión histórica de la responsabilidad penal". Colección cuadernos No. 2, Universidad Central de Venezuela, Fac. de Derecho, Venezuela, 1972, p. 33-34.

(39) BACIGALUPO, Enrique, supra nota 21, p. 313.

La teoría de la personalidad (peligrosidad) tiene una grave limitación: la personalidad no tiene un lugar sistemático en ninguno de los elementos del delito (40). La fórmula de la personalidad, antes que el producto reflexivo de una posición respecto al fin de la pena, la consecuencia de una criticable elaboración de la teoría del delito, sin que se tome en cuenta su funcionalidad respecto de todo el problema penal (41).

El artículo 71 del Código Penal emplea una fórmula en la que, sin duda, predomina el concepto de peligrosidad. No puede admitirse la posibilidad de unificación de los conceptos de culpabilidad y peligrosidad, pues se trata de nociones muy heterogéneas, que se fundamentan en planos distintos y responden a exigencias diferentes. Quien se refiere a la culpabilidad, se está refiriendo a un reproche por un hecho acaecido, en cambio el que habla de peligrosidad se refiere a hechos que deberán suceder y por los que se justificaría algún tipo de reacción social (42). Dentro de esa imposibilidad de unificación, es evidente que la norma comentada ha optado por la peligrosidad, concediéndose, al mismo tiempo, un alcance excesivo al poder punitivo del Estado. Este poder excesivo es el lógico resultado de una tendencia marcadamente defensiva, tal como lo hemos adelantado anteriormente.

3. NECESIDAD DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Es indudable que el concepto de culpabilidad, así como los demás criterios para individualizar la pena, sugiere muchas dudas e incertidumbres, por esa razón no existe acuerdo en muchos aspectos.

Se llega, incluso, a negar la necesidad del principio de culpabilidad; sin embargo, creo que pueden enumerarse algunos puntos sobre los que existe relativa unanimidad y en los que se evidencia la necesidad del principio de culpabilidad. Esos puntos son:

a) Es necesario desligar el concepto jurídico-penal de culpabilidad de representaciones morales y religiosas. Se debe desvincular la norma jurídica de la norma moral y en especial, su pretensión de absoluto. Por otra parte, la culpabilidad jurídico-penal debe fundamentarse sobre exigencias sociales, cuya validez tendrá estrecha relación con un contexto socio-histórico concreto (43).

b) La culpabilidad no debe justificar un fundamento puramente retributivo de la pena; no puede aceptarse una pena puramente retributiva y desprovista de fines.

c) La culpabilidad, en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, ya que el grado de culpabilidad viene a señalar el límite máximo de la pena. En este sentido la culpabilidad protege a la persona, impidiendo que se limite la libertad más de lo deseable y justificado. Esta función debe mantenerse (44).

d) Con respecto a la forma en que nuestro código regula la individualización de la pena, es necesario, si realmente queremos separar DERECHO Y MORAL, renunciar a toda valoración de la personalidad desde el punto de vista de la culpabilidad. Es necesario transformar la individualización de la pena, concebida ahora como un asunto de valoración emocional, en una cuestión propia de la razón práctica, procurando alcanzar un aceptable nivel de racionalidad, cuyo primer paso es la pura culpabilidad por el hecho. Por supuesto que falta mucho por hacer en cuanto a la teoría de la indivi-

(40) Excepcionalmente Jiménez de Asúa ha incluido el elemento caracterológico dentro de la culpabilidad (Tratado, t. V, p. 249) y en aquél a la peligrosidad del autor (p. 253). Citado por BACIGALUPO, *Ibidem*.

(41) *Ibidem*, p. 310. La confusión entre los conceptos de peligrosidad y culpabilidad dentro del de culpabilidad de carácter, parte del intento de hacer aceptable para un derecho penal retributivo, orientado por el principio de culpabilidad, el principio de prevención especial.

(42) No existe posibilidad de contacto, y menos de unificación, entre los conceptos de culpabilidad y de peligrosidad. Podrían coexistir, pero no confundirse, ya que se trata de nociones heterogéneas que se fundamentan en principios y exigencias diferentes. "... Quien dice culpabilidad dice reproche por un hecho acaecido y por el que un hombre es llamado a responder; quien dice peligrosidad enuncia un concepto ligado a un hecho que debe aún acontecer, y en vista del cual se aplica una medida de seguridad a un individuo. La primera es un juicio de valor que prácticamente expresa el ligamen, si no la identidad, entre derecho y moral; la otra es un juicio de probabilidad proyectado hacia el futuro, que enuncia el ligamen entre derecho penal y utilidad social. Y es por ello que es necesario elegir...". BETTIOL, Giuseppe, "Sobre las ideas de culpabilidad en un derecho penal moderno". Publicado en el libro en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, "Problemas actuales de las ciencias y la filosofía del derecho", Ed. Pannedille, Argentina, 1970, p. 647.

(43) BAUMANN, Jürgen, *supra* nota 15, p. 28.

(44) ROXIN, Claus, "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", publicado en la obra, "Culpabilidad y prevención en Derecho Penal". Ed. Reus, España, 1981. Trad. de F. Muñoz Conde, p. 42-43, y p. 46-47.

dualización de la pena. Es un camino por hacer, pero partiendo de una culpabilidad por el hecho (45). Debe quedar fuera de consideración, desde el punto de vista de la culpabilidad, la vida del autor anterior al hecho; las penas sufridas; la peligrosidad y la energía delictiva; el carácter y la actitud del agente; su comportamiento con posterioridad al hecho, especialmente el revelado durante el proceso penal, es decir, en definitiva, su arrepentimiento y la reparación del daño causado. Sólo debe interesar la forma de comisión del hecho, propósitos y motivos del autor y la existencia de una situación de coacción o necesidad (46).

Es necesario aligerar la culpabilidad por el hecho de elementos que se refieren propiamente a la personalidad, con este primer paso se podrá abordar una individualización de la pena realmente orientada por exigencias preventivas (47).

4. LA REINCIDENCIA Y LA PROFESIONALIDAD CON RESPECTO AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

a) La reincidencia.

La forma en que el Código Penal resuelve lo relativo a la pena aplicable a los reincidentes (art. 78) es la consecuencia de un Derecho Penal que no sigue el principio de la culpabilidad por el hecho, sino que más bien se orienta por el concepto de peligrosidad y el Derecho Penal de autor. El artículo setenta y ocho establece lo siguiente: "... Art. 78. Al reincidente se le aplicará la sanción correspondiente al último hecho punible cometido, aumentándola a juicio del JUEZ, sin que pueda pasar de veinticinco años. La misma agravación de la pena podrá imponerla el JUEZ al delincuente profesio-

nal". De acuerdo a esta norma, no interesa en absoluto el hecho, sino las condiciones personales del autor, ya sea porque es reincidente o porque se le declara delincuente profesional. La norma citada es totalmente consecuente con la debilidad que tiene el principio de culpabilidad en nuestro Código Penal.

El amplio poder de agravación que el artículo setenta y ocho concede al juez, constituye una solución en la que se consideran absolutamente preponderantes los intereses del ESTADO, sin que el individuo pueda tener una garantía que limite el poder estatal. En un Estado de Derecho debe admitirse, como garantía, que la culpabilidad por el hecho señale el límite máximo de la pena (48)(49).

A la agravación por la reincidencia, cabe plantearle el siguiente interrogante: ¿Cómo puede decirse, que el delito cometido por el reincidente sea más grave que el cometido por el delincuente primario?, ¿es que acaso tiene, objetiva o subjetivamente, una estructura distinta, o produce un daño mayor, para el sujeto pasivo o para la sociedad? (50). "... Ni siquiera puede decirse —como se ha sostenido recientemente— que la reincidencia hace al delito subjetivamente más grave, en cuanto demuestra una culpabilidad más intensa, que ha sido llamada "culpabilidad de inclinación" (51). Aunque esta construcción puede ser aguda e ingeniosa, no llega a convencer, ya que el juicio de valor en que consiste la culpabilidad, no es graduable y, por consiguiente, no puede incidir sobre la gravedad del delito; por otra parte, si se considera la culpabilidad como un elemento del delito, no se puede explicar la razón por la que pueda agravarlo un hecho que le es extraño (52).

Podría considerarse justificado el aumento de la pena por el hecho de que el delincuente, habien-

(45) STRATENWERTH, Günter, *supra* nota 37, p. 83-84.

"... Indudablemente es cierto que no es posible una cuantificación exacta de la culpabilidad de manera que a un hecho determinado pueda corresponder una pena calculada con rigor matemático...". Pero tampoco esto es indispensable, ya que la función político-criminal del principio de culpabilidad consiste, sobre todo en impedir que por razones preventivas (especial o general) se abuse de la pena, y los abusos de este tipo son reconocibles con relativa facilidad. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que la teoría de la determinación de la pena, que en los últimos años ha experimentado un desarrollo notable, puede llegar a sistematizar y determinar perfectamente con criterios racionales las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho. ROXIN, Claus, *supra* nota 44, p. 50-51.

(46) STRATENWERTH, Günter, *supra* nota 37, p. 74.

(47) *Ibidem*, p. 75-76.

(48) BACIGALUPO, *supra* nota 21, p. 309.

(49) BACIGALUPO, Enrique, "Evolución de los métodos y medios del Derecho Penal". N.P.P., No. 2, 1973, p. 163.

(50) PISAPIA, Gian Domenico, "Reflexiones sobre la reincidencia". Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1964, p. 336.

(51) *Ibidem*.

(52) *Ibidem*.

do expiado la pena, se ha mostrado refractario a su función correctora. Pero esta justificación suscita dos objeciones:

I) Se fundamenta en una idea exageradamente retribucionista de la pena y además supera los propios límites que normalmente se impone a sí misma la noción tradicional retribucionista.

II) Si la pena impuesta por el primer delito no ha cumplido su fin y si, a pesar de la expiación, el delincuente no se ha enmendado, ¿será correcto culparle y responsabilizarlo por ello?, ¿no será, más bien, que esta ineficacia se debe a la naturaleza de la misma pena, o que se origina en las modalidades ejecutivas que la acompañan? Frente al efecto reeducativo y preventivo de la sanción aplicada, no sólo se insiste en aplicarla de nuevo, sino que, además, se aumenta la dosis. Este criterio, aparte de ser rudimentario, se encuentra muy cercano a lo absurdo (53).

Se puede afirmar que se impone una sanción mayor con el fin de sancionar la corrupción moral de la persona. La persona no habría empleado todos sus medios para evitar la recaída en el delito, ni impedido esa defectuosa formación de su personalidad (54). Pero aquí ya no se trata de culpabilidad por el hecho, sino que sería una punibilidad fundamentada estrictamente en apreciaciones y valoraciones relativas a la condición de la persona. Se anula totalmente la importancia o relevancia del hecho. Desde este punto de vista, no resulta admisible que pueda vincularse la reincidencia con la culpabilidad, ni siquiera como agravante. Es indudable que gran parte del fundamento de la agravación de la pena por la reincidencia, descansa sobre la teoría de la culpabilidad por conducción de vi-

da. Tal como lo mencionamos anteriormente, la teoría aludida no es compatible con la teoría de la culpabilidad por el hecho entendida con todas sus consecuencias, y si se trata de hacerla compatible con el principio de culpabilidad, fácilmente se apreciará que se violenta demasiado este último principio (55).

Se considera, a modo de advertencia, también, en ocasiones, que es necesario agravar la pena del reincidente por el hecho de que las condenas anteriores no surtieron ningún efecto. Pero realmente se ignora la condición del reincidente típico, que predominantemente se caracteriza por la debilidad de su voluntad o por defectos de su personalidad que lo hacen poco receptivo respecto a la función de advertencia que contiene la condena. La reincidencia tiene como causa la incapacidad de elaborar adecuadamente las experiencias y transformarlas en decisiones razonadas y ponderadas. Si esto es así, no puede afirmarse, que el reincidente se burla de la conciencia de punibilidad de su comportamiento adquirida a través de su propia experiencia (condena y ejecución). Atendiendo al razonamiento aludido, no es lógico hablar de una mayor intensidad criminal que merezca una pena mayor (56).

Asimismo se pretende a toda costa fundamentar la elevación de la pena para la plurirreincidencia en base a una mayor culpabilidad del acto aislado, considerando que el hecho resultaría más culpable cuando se le pueda reprochar al autor el haber desatendido la advertencia contenida en las condenas precedentes. Se podría decir, desde el punto de vista de este planteamiento, que frente al autor primario, existe una especie de "complemento de desobediencia". No encuentro un argumento

(53) *Ibidem*, p. 334.

(54) DEL ROSAL, Juan, *supra* nota 30, p. 84.

(55) A la teoría de la culpabilidad por conducción vital (de culpabilidad del autor y culpabilidad de carácter hablan otros sectores doctrinales) recurre expresamente Bettiol, con el fin de explicar la regulación del Código Penal italiano, referente a la reincidencia. "... El sujeto —escribe este autor— habría podido evitar, con un mayor esfuerzo personal, recaer en el delito y, consiguientemente, que se formase en él la misma inclinación al delito. De suerte que él, la misma inclinación al delito. De suerte que él, a través siempre de la repetición de acciones, asumió un determinado modo de ser que postula una retribución mediante un aumento de pena por el ulterior delito cometido...". (Ver G. BETTIOL, *Diritto penale*. Parte Generale, 7a. ed. Padova, 1969, p. 598). "... La teoría de la culpabilidad por conducción de vida suscita graves reparos que han hecho que no lograrse imponerse ni en la práctica ni en la doctrina de su propio país de origen, Alemania. Tal teoría se desarrolló en tiempos del nacional-socialismo como un intento para incorporar las figuras jurídicas que se mostraban dentro del Código como elementos espúreos, al genuino Derecho penal de culpabilidad. Se trataba de limitar de este modo, el Derecho penal del terror propio de la época. La teoría que estamos considerando fue uno de aquellos rodeos que bajo el nacional-socialismo urdieron la ciencia y la práctica alemanas para salvar la concepción de la pena como retribución justa y para no permitir que el sistema penal se convirtiera, incluso oficialmente, en un Derecho general de prevención del ánimo. Fue un esfuerzo para mantener dentro de los límites de un Derecho penal de culpabilidad un ordenamiento punitivo que, en realidad, como indica MAURACH, (*Tratado de Derecho Penal*, trad. de Córdoba Roda, Barcelona, 1962. Tomo I, p. 77, y II, p. 81), se había apartado de la culpabilidad y se había entregado a la peligrosidad...". RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia". A.D.P.C.P., 1972, p. 299.

(56) STRATENWERTH, Günter, *supra* nota 37, p. 59.

jurídico adecuado que pueda explicar esa especie de "complemento de desobediencia", ya que no es posible imponer mayores obligaciones a unos ciudadanos que a otros, especialmente si nos atenemos al principio de igualdad ante la ley. No puede demostrarse que al reincidente le incumba un deber jurídico-penal más intenso de omitir el hecho (57).

Otro aspecto criticable de la agravación de la pena por la reincidencia, es que se trata de una cualificación que afecta a la persona del autor en forma aleatoria, porque no se deriva sólo del propio modo de ser del sujeto. La agravación no dependerá ni siquiera de la conducta del culpable, sino de acontecimientos ajenos al mismo, como es una actuación judicial previa. La habilidad o torpeza, la diligencia de la policía, la actividad o retardo burocrático de los TRIBUNALES, vendrían a determinar de facto tal agravación (58).

Desde un punto de vista criminológico, López-Rey considera que la reincidencia penal a priori, basada en condenas previas, debe desaparecer y dar paso a una de índole socio-política en la que la expectación asignada a cada persona, y que difiere en cada una, llegue a jugar un papel determinante. Tal criterio histórico de expectación muestra que la conducta del pobre ratero sería socio-políticamente casi inofensiva comparada con la del empresario, hombre de negocios, exportador, etc., que se apropie de fondos pertenecientes al ESTADO (o de ganancias originadas en exportaciones), o de particulares que vulneran la salud pública o destruyen el equilibrio del medio ambiente. El Código Penal tipo para América Latina, en la construcción jurídico-formal de la reincidencia, sigue un criterio que evidentemente no se compagina con una consideración criminológica como ésta (59).

b. La profesionalidad.

El artículo cuarenta y uno del Código Penal declara delincuente profesional a quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir. El artículo 78 permite que al delincuente profesional se le pueda imponer una pena que no debe sobrepasar los veinticinco años de prisión. Al concepto de

profesionalidad, considerado éste como requisito para imponer una pena hasta veinticinco años, se le pueden aplicar los mismos razonamientos que hemos expuesto con respecto a la reincidencia, agregando que la definición de profesionalidad sigue criterios que no se ajustan a consideraciones criminológicas (60).

c. Problema constitucional.

El artículo setenta y ocho del Código Penal sugiere interrogantes sobre su fundamento constitucional. El artículo treinta y tres de la Constitución Política declara que: *"Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"*. Esta norma suscita el interrogante de si no será contrario a la dignidad humana, tratar con mayor rigor a los reincidentes y delincuentes profesionales, que a los que delinquen por primera vez. La respuesta a este interrogante tiene dos soluciones: Si se le da absoluta preponderancia a los intereses del grupo (Estado, desde un punto de vista de organización política), puede considerarse que los reincidentes "merecen" esa mayor rigurosidad. El individuo que se presenta ante los tribunales tiene una eminente dignidad que debe respetarse: tal respeto viene a constituir un límite a los intereses del grupo. La otra solución se inclinaría por el absoluto respeto al individuo, frente al poder del ESTADO; desde este ángulo no se vería justificada la norma que permite un trato más riguroso a un individuo que sea reincidente o profesional. Estas breves consideraciones sobre un tema tan delicado y profundo, se complican un poco más si se analiza el artículo treinta y nueve de la Constitución Política; en esta norma se lee lo siguiente: *A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la NECESARIA DEMOSTRACION DE CULPABILIDAD*. La norma citada determina una relación de complementaridad entre la demostración de culpabilidad y la imposición de una pena. Esa relación entre pena y culpa se refiere al establecimiento de un límite al poder de imponer la

(57) RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *supra* nota 55, p. 301.

(58) *Ibidem*, p. 294.

(59) LOPEZ REY y ARROJO, Manuel, *"Criminología"*. Ed. Aguilar, 1975, España, p. 507 y 565.

(60) *Ibidem*.

pena. Ese límite viene a ser la culpabilidad: si ella no se demuestra no puede imponerse la pena. Pero, por otra parte, esa pena no puede superar la culpabilidad, ya que el límite de la pena viene a establecerse a través del alcance que tenga la demostración de culpabilidad. Una pena que supere la culpabilidad demostrada, sería inconstitucional. Los argumentos expuestos suscitan serias dudas sobre el fundamento constitucional del artículo setenta y ocho del Código Penal.

5. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS PENAS.

La diferenciación entre la pena y la medida de seguridad en nuestro Código resulta, también como consecuencia de lo expuesto, poco clara (61). La escasa posibilidad de una distinción adecuada obedece al hecho, mencionado anteriormente, de que no teniendo la culpabilidad el carácter de fundamento de la pena, sino sólo el de presupuesto de la misma, la pena vendría a justificarse sólo por necesidades preventivo-especiales, teniendo entonces la misma fundamentación que la medida de seguridad. El sistema de doble vía vendría a ser sólo un aspecto exterior, además de superfluo, del sistema de consecuencias jurídicas. Por esta razón el sistema de doble vía se ha reducido en nuestro Código, a un doble etiquetamiento de las consecuencias penales, sin mayor significación (62). Es difícil poder distinguir en él las diferencias que pueden existir entre la pena privativa de libertad y las medidas de internación. (Art. 101 y 51 del Código Penal) (63). La escasa diferencia entre pena y medida de seguridad es también consecuencia de la debilidad que tiene en nuestro Derecho Penal el principio de culpabilidad.

La carencia de una distinción plausible entre medidas de seguridad y pena privativa de libertad se evidencia claramente en el artículo 98, inciso cuarto, que autoriza al JUEZ a imponer una medi-

da de seguridad (que consistirá en una medida de internación, apenas diferenciable de la pena privativa de libertad —art. 101 y 102, inciso b— del Código Penal), a quien ha cumplido una pena que el Juez estime que ha sido ineficaz para su readaptación. La autorización que la ley concede al Juez tiene un fundamento legal incompatible con la idea del Estado de Derecho. Después que la persona ha cumplido con la pena impuesta, se la vuelve a someter a un "juicio" en el que no se juzgan hechos, sino que se valora la acción de la pena sobre el sujeto. En ese "juicio sui-géneris", no existen ni siquiera garantías a favor del que es sometido a tal apreciación. Todos los fundamentos del principio de legalidad resultan totalmente ignorados: Toda pena se convierte en una pena indeterminada.

El inciso cuarto del artículo noventa y ocho es contrario al artículo treinta y nueve de la Constitución Política, ya que ésta exige que para ser sometido a una pena, es necesario que se haya cometido un delito sancionado por ley previa, que se siga un juicio en el que se cumplan las debidas garantías (tribunal competente, oportunidad de defensa, etc.) y con la necesaria e indispensable demostración de culpabilidad. Todas estas exigencias son ignoradas por la norma penal mencionada. Muchas veces se recurre a un argumento extremadamente formal, que se resume en la simple afirmación de que las medidas de seguridad no son penas. Pero para interpretar la norma constitucional en su verdadero y profundo sentido, buscando un alto y sensible concepto sobre lo que significa la libertad, es necesario que veamos la medida de seguridad en su aplicación real, y desde este punto de vista, "... Las medidas de seguridad comportan la imposición de verdaderas penas, sumamente afflictivas por su indeterminación, por delitos que no se han cometido e incluso por la mera probabilidad, mayor o menor, de que se cometa un delito en el futuro. Es una grosera burla al principio de legalidad (...), en cualquier caso, sean medidas predelictuales o posdelictuales, con o sin índices de peligrosi-

(61) JESCHECK, Hans, *supra* nota 7, p. 294.

(62) BACIGALUPO, *supra* nota 30, p. 11.

(63) Las medidas de internación (art. 101 del Código Penal en relación al 102 inciso b del mismo cuerpo de normas; antecedente: art. 43 del Código Penal Tipo) deben cumplirse en establecimientos especiales en régimen de trabajo y educación. Tanto las medidas de seguridad como las de prisión deben ejercer una acción rehabilitadora sobre el interno (art. 51 del Código Penal). Si se tiene en cuenta que la prisión también debe cumplirse en establecimientos especiales donde se impone el trabajo y la educación; todos los elementos de coincidencia mencionados hacen pensar que entre la pena de prisión y la medida de internación no existe diferencia. Ver BERGALLI, Roberto, "La caída en el delito: modos de reaccionar contra ella". Ed. Sertesa, España, 1980, p. 101. En igual sentido BACIGALUPO, Enrique, "Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano", en la obra: "El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad". Inst. de Criminología de la Universidad Complutense, España, 1980, p. 37.

dad recogidos en la ley, la razón determinante de que se imponga una medida es siempre la "futura" posibilidad de comisión de un delito, no un delito real y efectivamente cometido. . ." (64). En la práctica no existen diferencias profundas entre las limitaciones que impone una medida de seguridad y la pena privativa de libertad. La medida de seguridad, en sus efectos reales, implica una serie de limitaciones que en mayor o menor medida constituyen una pena. Si se admite la tesis de que en sus efectos reales la medida de seguridad constituye una verdadera pena, es indudable que el artículo 98, inciso cuarto, es contrario al artículo 39 de la Constitución Política. Pero además, la medida de seguridad sólo puede aplicarse por la comisión de un delito y este presupuesto esencial falta en el caso que analizamos.

La posibilidad de imponer una medida de seguridad, una vez que ha finalizado el cumplimiento de la pena privativa de libertad, constituye la imposición de una medida predelictiva, porque en lo que se refiere al delito que dio lugar al cumplimiento de la pena, al finalizar ésta, ha desaparecido toda legitimidad del "ius puniendi". Es evidente que la imposición de la medida de seguridad se impondría sobre el criterio de peligrosidad y no podría hacerse referencia al delito, cuya pena ya ha sido cumplida, ya que se encuentra dentro de las garantías de la cosa juzgada (art. 42 de la C. Política). La admisión de medidas predelictivas, por otra parte, conculca indeclinables postulados de certeza y seguridad jurídicas (65). La intervención represiva (es indudable que se trata de una intervención represiva, aunque sea con finalidades preventivas), ajena a la comisión de hechos delictivos es incompatible con los conceptos elementales de

la libertad individual y la dignidad de la persona humana (66). En realidad se trata de una medida predelictual consecuente con la influencia que la DEFENSA SOCIAL ha tenido en nuestro Código Penal (67).

Cuando el inciso cuarto del artículo noventa y ocho dice que se aplicará una medida de seguridad, cuando el juez estime que la pena impuesta ha sido ineficaz para la readaptación del reo, no se sabe qué criterios empleará el juez para poder definir cuándo una persona se ha rehabilitado. Suponemos que empleará el criterio de peligrosidad, lo cual aunque constituye una respuesta, no proporciona una solución satisfactoria. La peligrosidad es un concepto muy impreciso, ya que, entre otras cosas sugiere las siguientes preguntas: ¿es peligro de delito o peligro de reincidencia?, ¿es un estado o una acción?, ¿es una cualidad personal del sujeto o un conjunto de condiciones subjetivas y objetivas? (68). Siendo un concepto impreciso, no parece afortunado que ese sea el único fundamento sobre el que descansará la justificación de una medida de seguridad que limita ostensiblemente la libertad. Fácilmente, dadas las condiciones que impone la práctica, ese diagnóstico o pronóstico de futuro se puede convertir en pura intuición. Aún en el caso de que se pudiera realizar un pronóstico que cumpla con todos los requisitos de rigurosidad científica, se tropieza con una limitación muy grave, porque no sólo puede afirmarse que la investigación criminológica no ha desarrollado una teoría de los efectos de las penas y medidas (69), sino también, que la teoría del "labelling approach" (70) ha evidenciado la imposibilidad de establecer una prognosis de la criminalidad, aunque sea parcial, si previamente no se ha elaborado una teoría de los

(64) RODRIGUEZ DEVESA, José María, "Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto". A.D.P.C.P., 1978, p. 8-9.

(65) BERISTAIN IPIÑA, Antonio, "Crisis del Derecho represivo". Ed. Cuadernos para el diálogo, S.A. (Edicusa), España, 1977; citando conclusiones de las reuniones de profesores numerarios, concretamente la de Barcelona (28 y 29 de mayo de 1974) p. 110.

(66) TERRADILLOS, Juan, "Peligrosidad social y Estado de Derecho". Ed. Akal, España, 1981, p. 197.

(67) *Ibidem*, p. 198.

(68) BARBERO SANTOS, Marino, "Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán", artículo publicado en la obra del mismo autor titulada: "Marginalización social y derecho represivo". Ed. Bosch, España, 1980, p. 15.

(69) MIDDENDORF, Wolf, "Teoría y práctica de la prognosis criminal". Espasa Calpe, España, 1970. (Trad. de J. M. Rodríguez Devesa) p. 113.

(70) El punto de vista de "labelling approach" (o teoría del etiquetamiento) hace posible convertir en objeto de descripción, estudio y crítica empíricas todo el sistema del control social penal, incluida la psicología de la sociedad punitiva y los procesos de formación volitiva político-jurídica, sin necesidad de que tenga que identificarse con ese sistema. El "labelling approach" ofrece una nueva serie de conceptos y promueve el estudio de un campo objetivo hasta entonces poco considerado. Es importante, sobre todo, como principio de investigación, por aguzar la mirada sobre las consecuencias sociales de la selección y reacción. Le interesa las consecuencias sociales de una determinada acción, después de que ésta se produce. Todo sería o constituiría un proceso de criminalización, con independencia de la gravedad de la sanción. KAISER, Günter, "Criminología", (una introducción a sus fundamentos científicos). Espasa Calpe, Madrid, España, 1978, p. 85-86.

efectos (71). Los intentos de sustituir la pura intuición por sistemas de predicción más objetivos han sido numerosos, siendo los más conocidos los de Mannheim, Wilkins-Hartmann, Burgess, Frey, Exner, Glueck, etc. (72), pero no se ha podido pasar de la estadística de masas (siempre condicionada por la subjetividad de quien observa y por las dificultades en el manejo de magnitudes suficientes) y elaborar otro sistema que permita formular pronósticos fiables. Si el pronóstico no es fiable en sus resultados, a pesar de emplearse los mayores avances científicos, ¿cómo puede privarse a un hombre de su libertad, en nombre de un criterio que es, científicamente tan dudoso? Sobre esa base científica tan inestable se puede justificar fácilmente un abuso de poder, ya que ese discutible saber, proporciona un indiscutible poder. Bajo la etiqueta de "ayudar y curar", típica del Estado social benéfico, los sociólogos, psicólogos, pedagogos, y los jueces penetran en la vida privada y la intimidad del ser humano, y con todo ese aparato legitimador, "seudocientífico", se pretende justificar una medida que priva de la libertad (73). No creo que todo se resuelva con la simple afirmación de que la medida de seguridad no es una pena, porque bien sabemos que las realidades no se justifican, ni se eliminan, con la simple aplicación de un "fraude de etiquetas". En el caso de que no se aplique un procedimiento más o menos científico, y aún aplicándolo, la decisión sobre la imposición de una medida de seguridad, tal como lo autoriza el artículo 98, inciso cuarto, dependerá en última instancia de un acto de fe, es decir en la confianza y la esperanza de que el juez sea bueno (74).

En cuanto al diagnóstico que debe emitir el juez, surge el interrogante relativo al hecho de que si una persona ha estado en prisión, ¿sobre qué base se puede realizar el diagnóstico?, ¿se trata del comportamiento en prisión?, ¿o se trata de hacer una difícil hipótesis sobre el futuro comportamiento en un medio del que ha estado aislado varios años? No parece lógico pensar que el simple buen comportamiento en prisión, pueda constituir un indicio fiable sobre la actitud que la persona asumirá en un medio libre (75). Estas interrogantes añaden mayores dudas a la conveniencia de que se autorice la aplicación de una medida de seguridad a quien ya ha cumplido la pena privativa de libertad impuesta. Tampoco existiría un argumento ético aceptable que la justifique, ya que es necesario que la medida de seguridad responda a una justificación ética; no puede resolverse todo con un simple criterio utilitarista o de DEFENSA SOCIAL (76). Es injustificable, desde un punto de vista ético, que se prolongue una medida represiva sobre la persona que ya ha cumplido la pena impuesta por un tribunal competente. Por otra parte, la superposición de pena y medida de seguridad produce consecuencias funestas (77).

6. CRISIS DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS.

Me he referido con insistencia al principio de culpabilidad, pero realmente no puede pensarse que exista total unanimidad sobre su significado y

El "labelling approach" parte del supuesto de que ningún comportamiento contiene en sí mismo la calidad de desviado. El atribuirle la calidad de desviado a un acto será algo relativo y determinado por quien tiene el poder. Es el poder el que viene a definir lo que constituye acto desviado o normal. La aplicación o imposición de normas será una forma de etiquetar, y siempre será una labor selectiva; esto quiere decir que a modos iguales de comportamiento pueden ser definidos de manera diferente según las personas y situaciones específicas. El etiquetamiento de la persona como desviada pone en movimiento, bajo determinadas condiciones, los mecanismos de la "profecía auto-realizable", con lo que deben esperarse modos ulteriores de comportamiento que son o serán definidos, a su vez, como desviados. Ver BERGALLI, supra nota 63, p. 231-232. Es importante consultar el libro del Dr. J. Enrique CASTILLO B., titulado: "Becker y Chapman, criminólogos interaccionistas". ILANUD, Costa Rica, 1980. La obra permite una visión sobre los principales puntos que desarrollaron los más importantes criminólogos interaccionistas.

(71) TERRADILLOS, Juan, supra nota 66, p. 220.

(72) *Ibidem*.

(73) MIDDENDORF, Wolf, supra nota 69, p. 101.

(74) TERRADILLOS, Juan, supra nota 66, p. 199.

(75) Si por rehabilitación se entiende la aptitud que el detenido tiene que desarrollar para no incurrir en la reincidencia, no puede aceptarse, si se pretende enfrentar seriamente el problema, que la recaída en el delito se puede evitar mediante intervenciones dirigidas a corregir simplemente la conducta del interno en el establecimiento, a proporcionarle una ocupación de labor manual y a suplirle una insuficiente o ausente formación escolar. BERGALLI, Roberto, "Un panorama de la cuestión penitenciaria en la Argentina". Tribuna Penal, Universidad de Panamá, Fac. de Derecho y Ciencias Políticas, 1981, p. 18.

(76) RODRIGUEZ MOURULLO, supra nota 13, p. 783.

(77) ANTON ONECA, J., *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, p. 587.

alcance. Existen muy variadas posiciones sobre el contenido y las diferencias van desde quienes lo admiten totalmente (78), hasta quienes lo rechazan (79). Dentro de esos extremos encontramos tesis que aceptan con mayor o menor intensidad la culpabilidad.

a. Teorías tradicionales sobre la culpabilidad.

Las teorías tradicionales más conocidas son la teoría psicológica y la normativa. Para la primera, la culpabilidad es la relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva, es decir en el reflejo anímico de la realidad. La capacidad de culpabilidad (imputabilidad), sería el presupuesto de la culpabilidad (pues no es una relación del sujeto con el hecho) y el dolo y la culpa son especies de la culpabilidad (80). La teoría normativa la enunció Frank en 1907. No es la relación psicológica la decisiva para la culpabilidad, sino la REPROCHABILIDAD DEL AUTOR. La teoría psicológica no podía explicar la contradicción que surgía cuando en los casos de existir coacción, la relación psicológica (dolo), permanecía intacta, y, sin embargo, no se admitía la culpabilidad. Por otra parte, en los casos de culpa inconsciente, a pesar de faltar la relación psicológica, se reconocía la culpabilidad. La reprochabilidad, en la forma que lo planteó la teoría normativa, estaba vinculada a:

1. capacidad de culpabilidad; 2. existencia de dolo

o culpa; y 3. la exigibilidad (una conducta será exigible cuando no existan causas que excluyan la inculpabilidad) (81). En este sentido la culpabilidad estaría definida como el juicio de reproche que se dirige al sujeto por el hecho de que, a pesar de poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal; es decir, en atención a que realizó una conducta prevista como delito, pese a que estaba en situación de actuar de modo diferente (82).

Tradicionalmente ha predominado la teoría normativa; es la que mayor aceptación ha tenido en nuestro país. El aspecto que más se le ha criticado, y por lo que muchos la rechazan, es por el hecho de que resulta difícil demostrar si el acusado podía, en el caso concreto, obrar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico (83). "...No hace mucho ha demostrado Engisch, a mi juicio convincentemente, que, aunque el hombre poseyera esta capacidad, sería imposible precisar en el caso concreto si se hizo o no uso de ella; porque, aunque se pudiera repetir la misma situación en la que se actuó, habría circunstancias nuevas, otros datos, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo diverso a como se hizo es, por consiguiente, ontológicamente indemostrable..." (84). Dentro de estas objeciones es importante tomar en cuenta que la doctrina normativa no pretende condicionar la estimación de la culpabilidad a que el juez haya

(78) Para Arthur Kaufmann la culpabilidad tiene una indiscutible entidad. En la culpabilidad se cumplen tres funciones: primera: es un elemento material del concepto de delito, al igual que la tipicidad y la antijuricidad, según el cual toda pena presupone culpabilidad; segunda: la congruencia entre injusto y culpabilidad implica que ésta ha de captar todos los elementos del concreto injusto, pues ninguno es indiferente para ella; tercera: la culpabilidad proporcionala el criterio de medida de la pena. Citado por: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Determinación de la pena y política criminal". C.P.C., No. 4, 1978, p. 61.

(79) GIMBERNAT-ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, libro en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, "Problemas actuales de las Ciencias penales y la filosofía del derecho". Pannedille, Argentina, 1970, p. 495 y ss. También del mismo autor puede consultarse: *Estudios de Derecho penal*. Ed. Civitas, España, 1976.

(80) BACIGALUPO, Enrique, "Lineamientos de la teoría del delito". Ed. Astrea, Argentina, 1978, p. 84.

(81) *Ibidem*, p. 85.

(82) CORDOBA RODA, Juan, "Culpabilidad y pena". Ed. Bosch, España, 1977, p. 16.

(83) ROXIN, Claus, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", en la obra: *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Trad. de F. Muñoz Conde, Ed. Reus, España, 1981, p. 59-63.

(84) MUNOZ CONDE, Francisco, "El principio de culpabilidad". Terceras Jornadas de profesores de Derecho Penal. Univ. de Santiago de Compostela, 1976, p. 223. Es indudable que en el ser humano existe una capacidad de elección entre varias opciones. Esa capacidad se puede constatar en cualquier momento. Tal capacidad es un presupuesto del actuar humano, y por eso se excluyen de la acción jurídicamente relevante las acciones estrictamente instintivas, inconscientes o producto de la fuerza irresistible. Aparte de esas circunstancias, al hombre no le queda más remedio que elegir. En el desarrollo de su vida tiene que ir ejerciendo cierta capacidad de elección. Todas las decisiones se adoptan sin el conocimiento preciso de las razones esenciales que le impulsan a elegir una u otra opción. Sin embargo, esa capacidad de elección no puede servir en ningún caso de fundamento a la culpabilidad. La vida está llena de situaciones en las que la persona debe elegir realizar algo perjudicial para él o para los demás, sin que ello le proporcione ningún juicio negativo por su conducta. Se puede optar por robar o por falsificar un documento, sin que ello implique forzosamente la formulación de un reproche al autor de tales hechos. La culpabilidad es mucho más que la mera posibilidad de haber podido actuar de un modo distinto, a como era posible no podría explicarse que se declare exento de responsabilidad criminal a quien, impulsado por un estado de necesidad, lesiona un bien jurídico de una persona para evitar la lesión de otro bien de mayor valor. En todo caso no es posible afirmar, que falte en este supuesto la posibilidad de actuar de un modo distinto. *Ibidem*, p. 224.

efectivamente indagado que al acusado le era posible en el caso particular, actuar de manera diferente a como realmente lo hizo (85). A raíz de esta objeción, y de otras íntimamente vinculadas con la misma, han surgido distintas elaboraciones que tratan de darle un enfoque diferente a la culpabilidad. Algunas de estas tesis pueden resumirse de la siguiente manera:

b. Supresión del principio de culpabilidad.

La posición extrema puede estar representada por el planteamiento que sugiere el profesor Gimbernat. Parte de la idea o concepto de que, tanto desde el punto de vista del psicoanálisis, como de la psicología, es imposible demostrar la existencia del libre albedrío. Es imposible demostrar que, en un caso concreto, la persona ha cometido libremente o no un determinado delito (86). No puede fundamentarse un Derecho Penal sobre un indemostrable libre albedrío (87). Si éste concepto se rechaza, resulta insostenible el concepto tradicional de culpabilidad. Tal rechazo, según la interesante exposición de Gimbernat, no implica la supresión del Derecho Penal y de la pena. Precisamente será el psicoanálisis el que vendrá a suministrar la justificación y explicación del Derecho Penal (88). Toda esta variación implicará un cambio importante en muchos de los fundamentos que sirven de justificación a la imposición de la pena y a las causas de inculpabilidad.

Tampoco considera que la supresión de la culpabilidad implique forzosamente la eliminación de la dignidad de la persona ni tampoco la del Estado liberal de Derecho (89). Contra la tesis de Gimbernat se han hecho múltiples críticas, entre ellas las de Córdoba Roda (90), ya que pretende que la pena tenga su justificación y medida únicamente en función de exigencias de prevención general y especial, para lo cual sería preciso llegar a

consecuencias muy distintas en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de pena para los inimputables. Por ejemplo, desde el punto de vista de la prevención general, podría justificarse la existencia de los delitos cualificados por el resultado (91). De acuerdo con el desarrollo actual de la investigación criminológica, es bastante dudoso que se pueda alcanzar un grado mayor de racionalización del Derecho Penal, sustituyendo el principio de culpabilidad por criterios de prevención general y especial como fundamento y medida de la pena (92). La tesis del profesor Gimbernat es importante y es necesario tomarla en cuenta, pero no parece ser, hasta el momento, la solución deseable y adecuada para lograr la sustitución total del principio de culpabilidad.

c. La culpabilidad en relación a la función motivadora de la norma penal.

Esta teoría la sostiene el profesor Muñoz Conde (93). Admite la culpabilidad como elemento fundamental del Derecho Penal, pero rechaza su contenido tradicional por ser contrario a los actuales conocimientos científicos. El principio de culpabilidad debe transformarse en función de los nuevos conocimientos que brindan las ciencias, en especial la Psicología y la Sociología (94).

El Derecho aparece como una exigencia del mundo circundante que el individuo internaliza desde su niñez, formando en su conciencia un órgano de control que vigila sus propias emociones y su conducta (95). Es necesario que el Derecho motive al individuo, que éste, desde su infancia, internalice la norma. Dentro de este proceso de motivación, es indudable que el principal medio de coacción jurídica es la pena, la cual desempeña un papel importante en la motivación de comportamientos en los individuos y que es, además,

(85) CORDOBA RODA, Juan, *supra* nota 82, p. 36.

(86) GIMBERNAT-ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, *supra* nota 79, p. 500.

(87) *Ibidem*, p. 501.

(88) *Ibidem*, p. 503.

(89) *Ibidem*, p. 502.

(90) Ver CORDOBA RODA, Juan, *supra* nota 82, p. 33 a 32.

(91) CEREZO MIR, José, "Culpabilidad y pena". A.D.P.C.P., 1980, p. 348.

(92) *Ibidem*, p. 353-354.

(93) Se puede consultar del Prof. MUÑOZ CONDE: "El principio de culpabilidad", *supra* nota 84; "Función motivadora de la norma penal y marginalización". D.P., año 2, 1979.

(94) MUÑOZ CONDE, *supra* nota 84, p. 222.

(95) *Ibidem*, p. 231.

elemento integrante de la norma penal. De esta forma, la norma penal cumple una función motivadora, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos que se consideran indeseables (96). La función motivadora que cumple la norma social se manifiesta de dos formas: La primera se refiere a su dimensión social y la segunda se expresaría en la motivación individual. No se trata de un proceso en el que se pueda deslindar ambos aspectos, sino que actúan en íntima relación; sin embargo, puede ser que la motivación individual no coincida completamente con la general. La ausencia de coincidencia o desvinculación entre la motivación general y la individual se produce cuando las normas que rigen la sociedad no se fundamentan en estructuras sociales democráticas. La coincidencia entre la motivación general y la individual será cada vez más cercana, en la medida en que las normas que rigen la sociedad hayan sido el producto de una participación democrática de los ciudadanos, en un ambiente de libertad, o también se produce tal coincidencia cuando el contenido de las prohibiciones se refiere a bienes jurídicos de alto valor para la convivencia (que forman parte del patrimonio existencial de los individuos), como en el caso de la vida, la salud, la libertad, etc. (97). Por ejemplo, "...la elevación a la categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar, de determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría es una forma evidente de mantener el status, de reaccionar frente a todo lo que significa progreso y de conservar a toda costa la actual situación. . ." (98). De manera que la norma penal, como última *ratio* del ordenamiento jurídico, debe tutelar valores fundamentales de la convivencia, en especial aquellos sobre los que exista el más amplio consenso de que deben ser protegidos. La norma penal se puede convertir en un instrumento idóneo para la motivación del comportamiento de los ciudadanos y constituye un factor integrador de los distintos grupos sociales, al proteger valores o bienes jurídicos fundamentales en los que creen y par-

ticipan amplios sectores de la ciudadanía. Si no es así, más bien la norma penal se puede convertir en un factor desencadenante y favorecedor de marginalización, en especial cuando se la manipula para la protección de intereses minoritarios, o se priva a los ciudadanos, a través de ella, de sus derechos fundamentales (99).

Todos los argumentos que rodean la fundamentación teórica de la motivación de la norma penal, traen como consecuencia la transformación del principio de culpabilidad. Tales cambios se perciben en los siguientes aspectos:

i) La culpabilidad no será un problema exclusivo del individuo, sino que se tratará de una culpabilidad en referencia a los demás (100). La culpabilidad es una consecuencia irremisible de la convivencia, y por esa razón su desarrollo estará íntimamente vinculado a las regulaciones que rigen la vida de una comunidad.

ii) Al ubicarse la culpabilidad dentro del marco social descrito, debe admitirse la necesidad de que la convivencia se encuentre regulada por medio de normas vinculantes que deben respetar los miembros de la comunidad. La convivencia no es posible sin el respeto a tales normas. Mediante procesos de comunicación e interacción entre los miembros de la comunidad se crean las expectativas; las demás personas esperan que yo me comporte de acuerdo con una norma, y lo mismo puedo yo esperar de los demás. La convivencia llega a regularse mediante un sistema de expectativas que se derivan de la norma (101).

iii) Cuando las expectativas se incumplen, cuando se produce una frustración de tales expectativas, en algunos casos, se recurre a la sanción, la cual no viene a significar, ni más ni menos, que la declaración de que se ha frustrado una expectativa y que se produce la lógica reacción social basada en el incumplimiento de esa expectativa. La imposición de la sanción viene a consumir el proceso de interacción social (102).

De este modo se puede "definir formalmente la culpabilidad como la declaración de frustración

(96) MUNOZ CONDE, F., "Función motivadora de la norma penal y marginalización", *supra* nota 93, p. 35.

(97) *Ibidem*, p. 36.

(98) *Ibidem*, p. 36.

(99) *Ibidem*, p. 33-34.

(100) MUNOZ CONDE, *supra* nota 84, p. 225.

(101) *Ibidem*, p. 226.

(102) *Ibidem*.

de una expectativa de conducta determinada en la LEY PENAL, que recae sobre su autor y que posibilita la aplicación de una pena" (103).

El planteamiento de Muñoz Conde parte de una visión amplia (que se podría llamar macrosocial) al abordar la culpabilidad, considerando que para que exista culpabilidad, debe haber existido, previamente, un proceso motivacional, y que para que la declaración de culpabilidad sea realmente procedente, es necesaria la coincidencia, hasta donde sea posible, de la motivación social y la personal. En un régimen dictatorial en que se aplican normas penales que benefician a minorías privilegiadas, no podría hablarse de la existencia de un auténtico principio de culpabilidad. Es indudable que la culpabilidad, vista desde el planteamiento que se ha expuesto, tiene una importante y definida conexión con la estructura socio-política vigente. Esto no puede considerarse como una desventaja, ya que es importante que quienes analizan y aplican conceptos jurídicos, traten de ver algo más que las páginas del Código o las paredes del TRIBUNAL.

A la teoría de la motivación de la norma penal se le han formulado varias objeciones, entre las que pueden citarse las siguientes:

i) El criterio conforme al cual la culpabilidad únicamente se da cuando existe una relación entre la norma penal y el infractor en virtud de la cual ésta es interiorizada, motivando al individuo, pareciera que se refiere más a un presupuesto de la culpabilidad que a una noción definida de ésta, ya que la estricta aplicación de la doctrina expuesta, conduciría a entender que existe culpabilidad cuando se haya cometido una acción típica y anti-jurídica, respecto de un delito cuyo contenido prohibitivo ha sido aceptado por el agente, cuando en realidad, la culpabilidad requiere la adición de alguna otra exigencia concerniente a la atribución de la conducta realizada a la persona de su autor (104).

ii) El que se condicione la culpabilidad al hecho de que la norma infringida haya sido interiorizada en la conciencia del sujeto, implicaría atribuir a la exención de responsabilidad penal por causa de inculpabilidad, una extensión difícil de admitir. Cuando las infracciones a la ley son graves, como en el caso de la libertad y la vida, no parece lógico que se declarara inculpables del acto a los autores, por el hecho de que las normas prohibitivas no los hubiera motivado. Muñoz Conde trata de resolver el problema mediante el argumento de que quien por razones de conciencia vulnera bienes jurídicos imprescindibles para la convivencia, como en el caso de los mencionados, no será una persona capaz de vida comunitaria y consiguientemente de culpabilidad, siendo necesaria la aplicación de una medida de seguridad que permitiría proteger la convivencia social. Sin embargo, esta solución pone en grave peligro las garantías de la persona frente al Estado (105).

iii) Existe confusión para determinar si son las normas penales las que motivan o si son más bien las normas morales las que originan tal proceso. Por otra parte, en muchas ocasiones un individuo se abstiene de realizar actos delictivos, a pesar de que no ha interiorizado tal norma prohibitiva; tal abstención no se origina en un proceso motivacional, sino que se fundamentará en algo diferente, a saber, en el grado de realización de "...tales normas en la vida social, consiguientemente al grado de control desplegado por la administración de JUSTICIA sobre los referidos hechos, y de la creencia de los individuos sobre la eficacia alcanzada en dicho control. ..." (106).

Existen otros planteamientos sobre la culpabilidad, que se inspiran en la idea relativa a la función motivadora de la norma, pero le introducen algunas variaciones importantes, tal como en el caso de Mir Puig (107). Dados los propósitos de esta investigación, no creo que sea necesario referirse a tales modificaciones.

(103) *Ibidem*, p. 229.

(104) CORDOBA RODA, *supra* nota 82, p. 30.

(105) *Ibidem*, p. 31.

(106) *Ibidem*.

(107) Santiago Mir Puig fundamenta la culpabilidad sobre el concepto de la motivación, pero le introduce importantes variaciones y por esa razón se separa de la postura del Prof. Muñoz Conde. Mir Puig emplea el concepto de normalidad junto con el de motivación. No interesa todo tipo de motivación de la norma, sino aquella motivación que se considera y admite como normal. Esa motivación normal sería la exigible al hombre normal. "...El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal. ...", "...no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad), y no se castiga a los inimputables porque extender a ellos la conminación penal en su situación

ch. La culpabilidad según CLAUS ROXIN.

Desde un punto de vista sintético, las ideas de Claus Roxin se pueden resumir de la siguiente manera:

i) Tal como lo expuse anteriormente, Roxin rechaza el concepto tradicional de que la culpabilidad supone que el acusado hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo hizo. Una "libertad de voluntad" de esta clase no existe, o por lo menos no permite su demostración científica, y aunque existiera, en abstracto, tal posibilidad, al analizarse el caso concreto, no puede determinarse con exactitud si un delincuente podía actuar de modo distinto a como lo hizo en el preciso momento de cometer la infracción. Sin embargo, a pesar de tal limitación, no es conveniente rechazar totalmente la culpabilidad, ni tampoco admitir de manera acrítica la existencia de una indemostrada culpabilidad (108).

ii) Hasta el presente, el concepto de culpabilidad ha cumplido dos funciones prácticas diversas, siendo necesaria una definida separación. La primera función sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución. Una retribución que se entendía como la imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, lo cual suponía que ésta podía ser susceptible de compensación ("anulación", "expiación"). De esta manera, la culpabilidad tendría un efecto perjudicial para el acusado; legitimándose el mal que se le imponía. La segunda función cumple un carácter opuesto. La culpabilidad, en tanto que es límite de la pena, restringe también el poder estatal, ya que el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta segunda función viene a proteger al delincuente, pues de alguna forma le fija un límite al poder

punitivo del Estado. Dadas estas dos funciones, el concepto de "... culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse teóricamente en esta segunda función..." (109). Sobre la culpabilidad como límite del poder punitivo del Estado se fundamenta, de manera predominante, la teoría de Claus Roxin; busca separar el concepto de culpabilidad del principio retributivo, con el que siempre se le ha considerado indisolublemente unido, y emplearlo sólo en tanto sirva para limitar el poder de intervención estatal (110).

iii) La culpabilidad será un medio para limitar las sanciones jurídico-penales, pero no de fundamentarlas. La culpabilidad viene a ser una condición necesaria, pero no suficiente de la pena (111). El principio de culpabilidad, en su función limitadora de la pena, debe considerarse como algo útil desde un punto de vista político-criminal (112).

iiii) Los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena (prevención general y especial) vendrían a sustentar la categoría sistemática que comúnmente se denomina culpabilidad (113). Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Ya en este sentido, Roxin no quiere hablar de culpabilidad, sino de responsabilidad, ya que este término permite eliminar el contenido tradicional que se asigna a la culpabilidad. La fundamentación político-criminal de la categoría conceptual llamada responsabilidad, partiendo de la teoría de los fines de la pena (114), no sólo es adecuada para explicar sin contradicción las regula-

de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente para los inimputables por encima del que se impone al hombre normal...". MIR PUIG, Santiago, *"Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho"*. Ed. Bosch, España, 1979, p. 73. Analizar especialmente de las páginas 69 a 76.

(108) ROXIN, Claus, *supra* nota 44, p. 41-42.

(109) *Ibidem*, p. 42-43.

(110) *Ibidem*, p. 48.

(111) *Ibidem*, p. 50.

(112) *Ibidem*, p. 49.

(113) ROXIN, Claus, *supra* nota 83, p. 70.

(114) Para Roxin, los fines y el contenido de la pena se pueden resumir en los siguientes cuatro puntos: a) La pena sirve a la reinserción social del delincuente (resocialización) y a la protección de la comunidad (prevención general. Aplica una teoría de unión entre los dos propósitos de la pena). b) La pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente (función limitadora del principio de culpabilidad). c) La pena sí puede ser inferior a la que correspondería por el grado de culpabilidad. Basta que se aproxime a dicho grado lo que sea preciso para conseguir la reinserción social del delincuente y la protección de la comunidad. d) Dentro de los límites posibles, la pena no debe imponerse en virtud de la protección de la comunidad, en una extensión mayor de la que pueda exigir el propósito de reinserción o rehabilitación del delincuente. Cita tomada de ROXIN, Claus, *supra* nota 24, p. 49.

ciones de la ley positiva, sino que permite solucionar mejor los problemas teóricos fundamentales del Derecho Penal (115). La pena no se fundamentará en la culpabilidad, sino que ésta sólo servirá de límite, y será necesario emplear el término responsabilidad para poder explicar las funciones que tradicionalmente se le asignaron a la culpabilidad.

iiii) La pena puede imponerse por debajo del límite señalado por la culpabilidad. Considera que debe existir un amplio margen de discrecionalidad al imponer la pena. Tal amplitud discrecional vendrá dada por consideraciones preventivas, en especial las preventivo-especiales. Puede imponerse una pena inferior a la que corresponda a la culpabilidad, cuando, por razones de prevención especial, sea necesario, con el fin de evitar la desocialización del delincuente; siempre es posible la atenuación, con tal de que no sea contraria a la "defensa del ordenamiento jurídico" (116).

Esta breve exposición de la tesis de Roxin, no abarca, lógicamente, todos los elementos de su planteamiento, especialmente en lo que se refiere a la influencia que tiene su enfoque sobre otros aspectos de la parte general del Derecho Penal, tales como las causas de inculpabilidad o de justificación. Me ha interesado mencionar los aspectos fundamentales, ya que constituyen una muestra palpable del alcance que ha tenido la crisis del concepto tradicional de culpabilidad.

A la teoría de Roxin se le objeta el hecho de que si la culpabilidad no es el fundamento de la pena, tampoco podría establecer su límite; en otras palabras, para poder limitar la culpabilidad debería, previamente, fundamentarla (117). Esta obje-

ción no es aceptable, ya que las teorías de la unión (118) se mueven en un terreno en el que es metodológicamente posible que el límite no se deduzca del fundamento, ya que son teorías que asumen como punto de partida la búsqueda de un cierto equilibrio entre concepciones antinómicas: son contradictorias por definición y a conciencia. La objeción sólo sería válida en el marco teórico de las absolutas puras, en donde la pena se visualiza unidimensionalmente (119).

d. Imprecisión del concepto de culpabilidad y el problema de su determinación en la individualización de la pena.

Indudablemente es necesario imponer al poder punitivo un límite a través de la culpabilidad, pero subsiste el grave problema de los criterios que deben aplicarse a la hora de individualizar y medir la pena. Porque después de hablar tanto sobre la culpabilidad, de su función limitadora, o de su sustitución por otros criterios igualmente polémicos, nos preguntamos: ¿Qué criterios se siguen para medir el nivel de la pena merecida o el alcance de la culpabilidad?, la respuesta a esta pregunta mantiene todavía grandes interrogantes en la ciencia del Derecho Penal, ya que la teoría sobre la determinación de la pena es una ciencia que todavía está en sus comienzos (120). Lo que "es merecido" no es algo que se pueda determinar con precisión, ya que es el resultado de un proceso psicosociológico valorativo mudable; se trata de una valoración de la comunidad que desde un principio no puede establecerse con exactitud, se trata de algo que sólo posee realidad empírica en el ámbito de un cier-

(115) ROXIN, Claus, *supra* nota 83, p. 76.

(116) ROXIN, Claus, "Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal", publicado en la obra: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Ed. Reus. Trad. de F. Muñoz Conde, España, 1981, p. 186.

(117) La objeción, según cita el profesor Bacigalupo, la ha formulado ARTHUR KAUFMANN, en "Juristenzeitung 67", p. 555 y también JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pág. 5. Cita tomada del artículo del profesor BACIGALUPO, *supra* nota 20, p. 69.

(118) Las teorías de la unión admiten la consideración de fines preventivos sólo dentro del marco que se deduce de la aplicación de las teorías absolutas. Estas teorías presuponen un determinado compromiso entre la retribución y la prevención. *Ibidem*, p. 67.

(119) *Ibidem*, p. 69-70.

El argumento de Kaufmann es también mencionado por QUINTERO OLIVARES, en el artículo citado en la nota 78, p. 60. En igual sentido CEREZO MIR, *supra* nota 91, p. 358-359.

El profesor José María Rodríguez Devesa ha manifestado su objeción al planteamiento del profesor Roxin, de la siguiente forma: "...Debiera ser innecesario insistir en que la gravedad del hecho está en función de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del delito, y no sólo de la culpabilidad". Frases como la de Roxin: "el principio de la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad (...), constituyen una simplificación inadmisibles porque provocan la idea de que la gravedad material de los elementos objetivos es una cantidad despreciable. Cuando se habla de que la pena ha de ser proporcionada a la gravedad de los hechos se entiende, insisto, que esta gravedad depende en primer lugar de lo realmente sucedido y, en segundo término, de la culpabilidad. Pues no es lo mismo un homicidio que un hurto de uso, ni la pena ha de ser igual para el homicidio doloso que para el culposo". RODRIGUEZ DEVESA, *supra* nota 64, p. 9.

(120) ROXIN, Claus, "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", publicado en la obra: *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Ed. Reus. Trad. de F. Muñoz Conde, España, 1981, p. 93.

to margen de libertad (121). La medición de la pena tiende en mayor o menor medida al irracionalismo, acompañándose siempre de un fuerte contenido ideológico y valorativo (122). La ley no dice cuando una culpabilidad es más grave que otra, o cuando una personalidad debe considerarse más peligrosa. Los criterios no están definidos legalmente y el tribunal no encuentra límites precisos (123). La imposibilidad de concretar límites fiables que sean congruentes con la gravedad de la culpabilidad, es lo que hace surgir serios interrogantes sobre la capacidad garantizadora de un límite, que por naturaleza es impreciso. Como elemento limitador, la culpabilidad es una referencia altamente insegura, por esa razón no puede atribuírsele una función decisiva y definitiva, especialmente en lo referente a la seguridad jurídica que debería tenerse al individualizarse la pena. La imprecisión no sólo se produce en la medida de la culpabilidad, sino en lo que respecta a su contenido (124). Todas las dudas mencionadas no deben justificar una actitud nihilista, sino que propician la adopción de una actitud crítica y cautelosa. El principio de culpabilidad es, aceptando todas sus limitaciones y debilidades, un concepto necesario, aunque no suficiente. Es cierto que son imprecisos los límites de la culpabilidad, pero tal imprecisión es preferible a la inexistencia de límites al poder

punitivo del Estado. Todavía faltan mejores herramientas conceptuales que permitan eliminar, progresivamente, las peligrosas imprecisiones del poder punitivo estatal.

CONCLUSIONES

1) El principio de culpabilidad ha tenido en nuestros códigos (el de 1941 y el vigente) escasa significación. En el Código de 1941 se refleja una definida influencia del positivismo (125), lo cual explica el insignificante sentido que tenía el principio de culpabilidad en la estructura normativa del Código. Es interesante observar, que al igual que el Proyecto preliminar del Código Penal italiano de 1921, no se habla de culpabilidad, sino de responsabilidad (126). Es decir, ni siquiera se utiliza el término culpabilidad. Por otra parte, el monto de la pena no se imponía de conformidad con la culpabilidad del autor, sino de acuerdo a su peligrosidad (127). En el Código Penal de 1941 domina totalmente la idea de la peligrosidad y la defensa social.

2) Aparentemente el Código Penal vigente se rige por el principio de culpabilidad. Pero realmente éste solo sirve para excluir la responsabilidad por el

(121) *Ibidem*, p. 97.

(122) QUINTERO OLIVARES, *supra* nota 78, p. 58.

(123) BACIGALUPO, *supra* nota 20, p. 64.

(124) *Ibidem*, p. 71.

(125) "...A partir de 1920 y como consecuencia de la renovación teórica impulsada en Europa por la filosofía positivista, comienza un período de transformación de las viejas legislaciones de origen español, cuya característica central es el traslado del centro de gravedad de la legislación penal desde la idea retribucionista hacia una fundamentación de la pena que la vincula con la obtención de ciertos fines sociales. Estos son los objetivos, no siempre consecuentemente perseguidos, que ha guiado la sanción de los Códigos Penales de Argentina, 1921; (...). El Código Penal de Costa Rica de 1941; ...". BACIGALUPO, *supra* nota 30, p. 4.

(126) El artículo 18 del proyecto de Código Penal italiano de 1921, en el que se puede decir que se expresan más claramente las ideas positivistas, se refiere a la responsabilidad y no a la culpabilidad, en los siguientes términos: "Los autores y copartícipes de un delito son siempre legalmente responsables, excepto los casos de justificación del hecho". Este texto es casi el mismo que tenía el artículo 21 del Código Penal de 1941, en el capítulo en que precisamente no se refiere a la culpabilidad, sino a la responsabilidad. La coincidencia es evidente. En las explicaciones que da la comisión encargada del Código Penal italiano (cuyo presidente era Enrique Ferri), al referirse al mencionado artículo dieciocho, entre otras cosas, se expone lo siguiente: "...Por ello nuestro Proyecto no hace sino dar el último paso lógico, ya que considerando extraña —porque irrealizable— a la justicia punitiva toda pretensión de medir "la culpa" del delincuente, no la atribuya más que a una función de defensa social en referencia a la peligrosidad del sujeto (...). De lo que deriva que, superada la primera impresión misoneísta que el hábito mental puede recibir de la norma concretada en el art. 18, estamos seguros de que de la misma manera que en los siglos pasados se transformaron, merced a la continua evolución, los conceptos abstractos y los criterios prácticos sobre la responsabilidad, así ahora el principio de la responsabilidad legal para todos los delincuentes —cualesquiera que sean sus condiciones fisio-psíquicas— que en los cuarenta años transcurridos ha conquistado progresivamente el ascenso de los estudiosos de la Sociología Criminal, continuará conquistando también la conciencia común, ya muy modificada por las constantes experiencias sobre los defectos deplorables de la tradicional justicia penal...". Cita tomada de la exposición de motivos del proyecto de Código Penal italiano (1921), que se publica en la obra de Enrique FERRI, *"Principios de Derecho Criminal"*. Ed. Reus. Trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, España, 1933, p. 609-610. Las explicaciones que se dan sobre los alcances del art. 18 citado (similar art. 21 del Código Penal de 1941), determinan claramente que el concepto de responsabilidad es totalmente diferente a lo que tradicionalmente se entendió como culpabilidad.

(127) BACIGALUPO, *supra* nota 30, p. 5. El artículo 88 del Código Penal de 1941, autorizaba al juez para que impusiera el monto de la pena de acuerdo a la peligrosidad del autor. En la misma forma lo hacía el artículo 20 del proyecto italiano de 1921.

resultado. En el momento en que debe individualizarse la pena, se aplica un puro derecho penal de autor. Se apreciará la personalidad peligrosa del autor. El cambio que parecía traer el Código vigente con respecto al anterior, fue de muy escasa significación, ya que en general, la teoría y la praxis habían reconocido en forma unánime que sin dolo o culpa no puede aplicarse la pena (128). En nuestro Derecho Penal la culpabilidad no cumple una función limitadora en la medida de la pena.

3) La excesiva facultad que se concede al Juez (hasta 25 años) en cuanto a la aplicación de la pena al delincuente profesional y reincidente, es el lógico resultado de un derecho penal de autor, en el que la peligrosidad se impone al principio de culpabilidad.

4) El sistema de doble vía (penas y medidas de seguridad) sólo existe como aspecto exterior del sistema de consecuencias jurídicas, ya que al analizarse detenidamente ambas consecuencias, se aprecia que no existen sustanciales diferencias. La doble vía se circunscribe a un doble etiquetamiento de las consecuencias penales, pero esa distinción no llega a tener una significación decisiva. En nuestro Código Penal el sistema de doble vía resulta muy desdibujado. Esta situación se origina en el hecho de que el fundamento de la pena no reside en la culpabilidad, sino que ésta sólo es un presupuesto de aquélla (129).

5) La posibilidad de imponer una medida de seguridad cuando, a juicio del juez, la pena privativa de libertad ha sido ineficaz para el delincuente (art. 98, inciso cuarto del Código Penal), constituye un atentado al principio de legalidad y a la dignidad humana. Se trata de la imposición de una medida de seguridad que tiene las mismas inconveniencias y peligros que las llamadas medidas predelictuales. La norma aludida es una prueba evidente sobre la débil significación del principio de culpabilidad en nuestro Derecho Penal. Por otra parte, demuestra que el sistema de doble vía sólo tiene una importancia formal. Se trata de una disposi-

ción inspirada en la idea de peligrosidad; llevándose la DEFENSA SOCIAL a una expresión extrema, totalmente incompatible con un Estado de Derecho.

Aún ignorando el hecho de que la medida de seguridad carece de fundamento constitucional, de todas maneras, el inciso cuarto del artículo 98, sería inconstitucional, ya que el artículo 39 de la C.P. establece que cuando se impone una pena, es necesario demostrar la culpabilidad del autor. No creo que sea posible salvar la inconstitucionalidad con el argumento de que la medida de seguridad no es una pena, porque si nos atenemos a la realidad, podremos comprobar que su aplicación siempre implicará algún sufrimiento y limitación a los derechos del presunto "beneficiado".

6) El principio de culpabilidad está en crisis. No es posible afirmar que tenga una clara definición. Sin embargo, sigue cumpliendo la importante función de servir como elemento limitador del poder punitivo.

La peligrosidad, concepto de indiscutible predominio en nuestro Código Penal, no permite señalar un límite al poder punitivo del Estado. La culpabilidad, a pesar de todas sus limitaciones, indudablemente se mantiene dentro del espíritu del Estado de derecho. Por el momento no existe un modelo alternativo a la culpabilidad como punto central de la imputación jurídico-penal (130). Este principio se irá transformando en su contenido, pero sigue siendo imprescindible. Dirigiendo la mirada hacia el futuro, nos damos cuenta que el concepto de culpabilidad sufrirá muchas transformaciones, pero no se puede precisar el rol que tendrá en el futuro (131). Sin embargo, no parece que las alternativas presentadas justifiquen su eliminación; sigue siendo un principio útil al Derecho Penal, con las lógicas limitaciones y puntualizaciones que se han hecho.

Como complemento de la imprecisión de la culpabilidad, hay que tomar en cuenta que sigue siendo labor difícil e imprecisa la individualización de la pena. Es necesario alcanzar un mayor nivel científico en este campo, ya que en el momento de

(128) *Ibíd.*, p. 7.

(129) *Ibíd.*, p. 11.

(130) STRANTENWERTH, Günter, "El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad", publicado en la obra del mismo nombre. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, España, 1980, p. 124.

(131) BACIGALUPO, *supra* nota 63, p. 39.

individualizarse la pena se le da contenido real al principio de culpabilidad. Este concepto es necesario, pero su adopción no da respuesta satisfactoria a todos los problemas, quedan muchos por resolver. Debe admitirse como el principio de una solución, pero sin olvidar que muchos puntos no están satisfactoriamente resueltos. Es necesario mantener un espíritu crítico y un saludable escepticismo.

7) A pesar de lo expresado sobre el Código Penal, al analizar la constitución se encuentra que el ar-

tículo 39 le da buen fundamento al principio de culpabilidad, ya que sólo autoriza la imposición de una pena cuando se haya demostrado la culpabilidad por el hecho. El espíritu y sentido de la norma constitucional refleja una clara definición hacia un derecho penal de culpabilidad por el hecho. En este sentido, un código penal orientado por un derecho penal de autor y en el que impera la idea de peligrosidad, tal como sucede en el vigente, sería contrario a la norma constitucional mencionada.

INDICE DE ABREVIATURAS

- A.D.P.C.P.:** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. España. Instituto Nacional de Est. Jurídicos.
C.P.C.: Cuadernos de Política Criminal. España. Instituto de Criminología de la U. Complutense de Madrid.
D.P.: Doctrina Penal. Argentina.
N.P.P.: Nuevo Pensamiento Penal. Argentina.
R.L.J.: Revista General de Legislación y Jurisprudencia. España. Ed. Reus.
R.F.D.U.C.: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. España.

* * *