

REFLEXIONES PENALES:

IMPUTABILIDAD - CULPABILIDAD - RESPONSABILIDAD

Por: Dr. Jorge Zavala Baquerizo

1. Vamos a tratar en estas "Reflexiones", principalmente, dos aspectos que nos preocupan y que han sido motivo de serios y profundos análisis de muchos estudiosos del Derecho Penal. Nos referimos a la Imputabilidad y a la Culpabilidad. Tanto el delito como la pena los analizamos antes en estudios independientes (La Nueva Estructura del Delito y la Pena).
2. El delito es un acto típico y antijurídico. La culpabilidad no es característica del acto, sino del autor. Para que una persona sea penada por la comisión de un acto previsto por la ley como infracción penal debe ser imputable y culpable. Pero si el inimputable comete un delito, no por tal razón su acto deja de ser delito. Consecuentemente, la culpabilidad queda fuera del acto, esto es, fuera del delito, para refugiarse únicamente en el autor.
3. Uno de los problemas mas arduos para su tratamiento dogmático y para su correcta interpretación en la práctica, es el problema que comprende tanto a la imputabilidad como a la culpabilidad. Para tratar de solucionar ese problema se han emitido fundamentalmente dos teorías que se disputan la posesión de la verdad en esta área penal. Nos referimos a la escuela "psicologista" y a la escuela "normativa".
4. Pero antes de entrar al análisis de una y otra escuela es necesario que recordemos algo fundamental, esto es, lo que debe entenderse por delito.

El delito es un acto típico y antijurídico. Ni la culpabilidad, ni la pena integran el delito. El acto es una manifestación de voluntad; es la voluntad materializada, objetivada. La voluntad es la fase final de todo un proceso interno del hombre que surge con **motivo de su inteligencia** y

de la capacidad que tiene para conocer el mundo exterior y su mundo interno. La voluntad se integra por los móviles, los motivos y las representaciones. Si la voluntad está contenida en el acto y aquella está integrada por móviles, motivos y representaciones es obvio que el contenido del acto está dado por dichos móviles, motivos y representaciones. No existe un "acto" especial para uso del Derecho Penal. El acto es el mismo en su estructura para lo que pueda tener incidencia jurídica, como para lo que no tenga tal incidencia. Y ese acto, como queda demostrado, no es acromático, vacío, hueco: en el acto existe un contenido rico en aspectos subjetivos, que no pueden ser desconocidos, ni siquiera con "fines didácticos", como algunos autores tratan de justificar el traslado de dichos aspectos a la culpabilidad.

5. El tipo es la descripción de una conducta antijurídica. Ningún tipo describe conductas jurídicas. En consecuencia, todo acto antijurídico es típico, pero no todo acto típico es antijurídico. Si un acto se adecúa a un tipo (que describe conductas contrarias a Derecho), es antijurídico; lo es generalmente, pero en ocasiones, por mandato expreso de la ley penal, el acto típico deja de ser antijurídico cuando se presenta una causa de justificación.

6. Si el tipo describe actos antijurídicos, y el acto es la manifestación de la voluntad y en ella viven tanto la intención, como la imprudencia, es lógico y jurídico que junto con los elementos objetivos del tipo, se encuentren los elementos subjetivos que son, precisamente, el dolo y la culpa, en su caso. El acto es el doloso, o el culposo; el autor es el imputable y el culpable. No es el autor el doloso, o el culposo; o el acto el imputable, o el culpable. No se pueden invertir los términos, pues eso, además de torturar al tipo, desfigura la realidad.

7. Finalmente, la antijuricidad, como bien lo dice Soler, es la contradicción entre el hecho y el Derecho, esto es, entre el acto típico y la norma jurídica. Ya hemos dicho que todo acto típico es antijurídico, por lo que, si el acto típico se encuentra justificado, no existe el delito. Como no lo existe si es que falta el acto (movimientos reflejos, v.gr.), o si es que el acto no se adecúa a un tipo concreto (atipicidad, genérica o específica).

8. Con las precisiones teóricas que hemos planteado en los numerales anteriores, entraremos al estudio de la imputabilidad y de la cul-

pabilidad en relación, especialmente con nuestra realidad positiva penal.

9. El CP no define la imputabilidad. Se refiere a ella exigiendo que la persona actúe con "conciencia y voluntad" (art. 32), o estando en capacidad de entender o de querer" (art. 34). A base de esta regla general excluye como personas imputables a los menores de edad (art. 40); a los "alienados mentales" (art. 34, inciso segundo); a los sordomudos que actúan "sin conciencia y voluntad" (art. 39). De lo expuesto se concluye que nuestra ley penal hace depender la imputabilidad fundamentalmente en la capacidad intelectual o mental que tenga el agente en el momento de la comisión del delito. Por tal razón es que nosotros conceptuamos la imputabilidad como la capacidad personal que tienen los individuos para entender la naturaleza de sus actos y para prever las consecuencias de los mismos. Esta es la regla general en todas las personas mayores de edad. La excepción queda dicha, esto es, que cuando se trata de la minoridad, o de la incapacidad mental, el Estado, por considerar incapaces a esas personas, las declara inimputables, es decir, que no pueden ser pasibles de pena, sin perjuicio de las medidas de seguridad que, pre o post delictuales se les imponga en beneficio de ellos mismos y de la sociedad en general.

10. Ahora bien, nosotros pensamos que la imputabilidad, siendo independiente de la culpabilidad, es presupuesto necesario de ésta. El estado o situación psicológica de una persona imputable frente a la comisión de un acto penalmente antijurídico no es igual al estado o situación psicológica del inimputable que ejecuta el mismo acto injusto. En el primer caso, el agente "siente" su culpabilidad y, precisamente porque la "siente" hace todo lo posible para evitar que el delito se descubra, o para eludir la prisión, etc. Esto es, se "siente" culpable y tiene conciencia que el Estado, a través del proceso penal, le hará el juicio de reproche, previo a la imposición de la pena.

11. No sucede lo mismo con la situación psicológica del inimputable que, por lo general, no "siente" la culpabilidad, es decir, no se reconoce culpable y en no pocas ocasiones, considera que lo ejecutado lo ha realizado conforme a lo que el considera que estaba obligado a hacer. En una palabra, el inimputable no llega a comprender en su verdadera dimensión moral, o social, el delito cometido; y en otras ocasiones, lo dimensiona exageradamente; o, en su defecto, lo **minimiza, o no lo reconoce**

como un daño, y no pocas veces, exige reconocimiento social por su conducta.

12. Existen diversos sistemas para tratar el problema de la imputabilidad. El sistema seguido por nuestra ley penal es el conocido dentro de la doctrina como el bio-psicológico, esto es, que toma en consideración tanto el aspecto biológico, como el psicológico para declarar la imputabilidad de una persona. Esta imputabilidad, como queda dicho, está fundamentada en la capacidad de "entender y de querer", por lo que, cuando se presentan ciertas anomalías biológicas que alteran psicológicamente al sujeto, entonces, la ley penal lo considera inimputable. Así, el que "por enfermedad" no se encuentra en capacidad de entender o de querer, es inimputable. Así lo dice el primer inciso del art. 34 CP; y si el que comete el delito se encontraba "por enfermedad" con su capacidad de entender y de querer "disminuida", pero que no le privaba totalmente de dicha capacidad, es declarado culpable, pero se le impone una pena sensiblemente disminuida en relación con la que hubiera sido aplicada si hubiera sido imputable.

13. En legislaciones extranjeras se pueden observar diversos sistemas, pues o adoptan únicamente el biológico, o el exclusivamente psicológico. El primero se limita a la condición biológica de la persona, como la minoridad, la salud mental, etc; el segundo, en cambio, se limita a la alteración de la capacidad de entender, o a la libertad para tomar decisiones, etc. Indudablemente que el sistema mixto, como bien dice Ricardo C. Núñez (La culpabilidad en el Código penal), siguiendo a Mezger (Tratado de Derecho Penal, II), trata de "remediar lo unilateral de los dos anteriores, y que indica para caracterizar la imputabilidad, tanto las llamadas bases biológicas (inconsciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu), como así mismo las consecuencias de ellas (exclusión de la libre determinación de la voluntad").

14. No siempre la imputabilidad ha sido considerada como lo hemos explicado en numerales anteriores sino que, doctrinalmente, se han dividido las opiniones respecto a lo que debe entenderse por tal imputabilidad.

15. Partiendo de la base que todo hombre es libre y capaz intelectualmente y, por ende, sujeto que puede responder por sus actos, se ha

dicho que aquel que no es libre, o no es normalmente inteligente, es un inimputable. Esta es la posición de los clásicos.

16. Frente a la predicha posición se presenta la escuela positivista, para cuyos defensores sólo existe la peligrosidad del sujeto, a base de la cual debe actuar la sociedad y, en consecuencia, no deben existir penas, sino meras sanciones que, en términos de actualidad, serían las medidas de seguridad.

17. Finalmente, se ha planteado una posición ecléctica o intermedia, que trata de unificar las dos anteriores puntos de vista, afirmando que cuando el sujeto demuestra una capacidad disminuida se deben aplicar las penas, en tanto que si no es así, se debe medir la peligrosidad del sujeto y a base de ello, imponer las respectivas medidas de seguridad post-delictuales.

18. Al leer el art. 35 observamos que nuestra legislación plantea la hipótesis que una persona se encuentre con capacidad de querer y de entender disminuida, por lo que señala la pena, pero rebajada de un cuarto a la mitad, según lo establece el art. 50, pero no señala medida de seguridad alguna.

19. Según la opinión de Fontán Balestra (El Elemento Subjetivo del Delito), la imputabilidad es "la facultad de obrar normalmente", por lo que, a contrario sensu, inimputable será el que carece de facultad de obrar normalmente. Por otra parte, la culpabilidad para el citado autor argentino, es la puesta en ejercicio de "la capacidad para delinquir" en el momento de ejecutar el delito. De lo que llega a la conclusión que para declarar a una persona "penalmente responsable", esto es, "cuando pueda cargarsele el delito y sus consecuencias", es necesario que sea imputable y culpable, en ese orden.

20. Clarificado lo que entendemos por imputabilidad, debemos establecer el momento en que el Estado exige la imputabilidad del agente, cuestión ésta que es suma importancia procesal para los efectos de la imposición de la pena.

21. El art. 32 CP, como sabemos, exige que "en el momento en que se realizó la acción u omisión" la persona debe haber estado "impo-

sibilitada de entender o de querer" por alguna anomalía mental surgida "por enfermedad", para que se excluya su "responsabilidad". **En la misma forma se pronuncia la ley penal en otras disposiciones como cuando expresa que "al momento de realizar el acto" (art. 35) el agente tenía disminuida su capacidad de entender y de querer.**

De lo expuesto se colige que la capacidad o incapacidad del agente debe ser coincidente con el momento en que se realiza el acto delictivo. Si el individuo había sido un inimputable temporal antes **de la ejecución** del delito; o se convierte es inimputable después de dicha ejecución, no afecta el que sea pasible de pena por haber ejecutado el delito siendo imputable, esto es, que era imputable cuando delinquiró.

22. El problema de la inimputabilidad anterior a la comisión del delito puede ser considerada por el Juez para atenuar la pena o para imponer una medida de seguridad, además de la pena. Y en relación con la inimputabilidad post-delictual el problema se resuelve con el internamiento del sujeto en una clínica especializada, sin que lo expuesto impida la prosecución del proceso hasta donde sea posible la investigación respectiva en relación con otros sindicados.

La excepción a la regla general que antes hemos expuesto, esto es, la exigencia que el agente debe ser imputable en el momento de la comisión del delito, es la aplicación del principio "actione liberae **in causa**" por la cual, pese a que al momento de la comisión del delito el sujeto no estaba en capacidad de entender y de querer, esto es, era inimputable temporal, de todas maneras se lo declara culpable, atendiendo a los fundamentos que se expondrán posteriormente, y se lo considera como **si hubiera** sido imputable al momento de ejecutar el injusto.

23. Estudiadas las generalidades de la imputabilidad es necesario establecer si ella es "elemento" o "presupuesto" de la **culpabilidad**. Autores como Mezger opinan que la imputabilidad es un "elemento" de la culpabilidad, es decir, que es parte integrante de la culpabilidad, opinión que se destruye pensando únicamente que la imputabilidad es general, y la culpabilidad es concreta, como se observará en su oportunidad.

24. Nosotros, como la mayoría de los pensadores contemporáneos, opinamos que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Si por imputabilidad entendemos, como en efecto lo entendemos, como la capacidad —facultad, según otros— para comprender la **naturaleza de los**

actos, previendo las consecuencias de los mismos, es evidente que no puede ser un "elemento" o "característica" de la culpabilidad, entendida ésta, como la entendemos nosotros: primero, como la situación psicológica del hombre frente a su acto contrario a la norma jurídica; y, segundo, como un juicio de reproche judicialmente elaborado. De lo dicho se observa claramente que la capacidad o facultad del hombre es general, sin relación específica a un acto concreto, es decir, el hombre es generalmente capaz; en tanto que cuando una persona comete conscientemente un acto injusto, con motivo de tal acto y en relación concreta con el mismo es que asume una situación psicológica especial, situación que no la asumiría si no fuera imputable; situación que es lo que se denomina culpabilidad. La culpabilidad está en el autor; el reproche de culpabilidad está fuera del **autor**.

25. Jiménez de Asúa dice que "la evolución semántica en la esfera de las ciencias penales, ha dado a ese término (imputabilidad) el sentido de facultad o capacidad de un sujeto para que puedan serle atribuido sus actos como a su causa moral". Y para esclarecer aún más su pensamiento nos dice mas adelante: "Hay, en suma, dos acepciones de la expresión imputabilidad que no podemos desconocer. La primera, como calidad de los objetos o actos de ser atribuidos; la segunda, como capacidad del agente para que se la puedan cargar en su cuenta las acciones u omisiones por él causadas. Lo primero aparece claramente demostrado cuando decimos: 'Ese hecho —por ejemplo el daño causado por caso fortuito o fuerza mayor— no me es imputable'. El segundo significado surge nítidamente, cuando decimos: 'Al lanzar yo aquellas injurias contra el médico tenía cuarenta grados de fiebre y no era imputable'".

26. Lo importante es que la imputabilidad significa la capacidad que tiene el agente, en la forma que dejamos indicada anteriormente, esto es, para conocer la naturaleza de sus actos y prever las consecuencias de los mismos. Sin embargo, si bien la mayoría de los autores de hoy consideran a la imputabilidad como "capacidad del agente", discrepan en cuanto al contenido de dicha capacidad. Así, algunos autores expresan que se trata de la "capacidad de acción o delito"; otros, "capacidad jurídica del deber"; unos terceros, "capacidad de culpabilidad"; y, finalmente, los que mantienen el criterio que se trata de "capacidad de pena". Examinaremos rápidamente dichas opiniones.

27. Entre los que sostienen la imputabilidad *como capacidad de acción*, se encuentra Binding, para quien la acción está supeditada a

la capacidad que puede tener el individuo en el momento de cometer el delito y, por lo tanto, el inimputable está incapacitado para actuar. No se necesita mucho esfuerzo para comprender el error de quienes mantienen este criterio, pues nada más lejos de la realidad que pensar que un inimputable (menor de edad, demente) no actúa, cuando es evidente que sí lo hace.

28. En otro plano de contenido, pero mantenido casi la misma línea de pensamiento, se encuentran aquellos autores que consideran la imputabilidad como "capacidad jurídica del deber, pues con esa manera de pensar se identifica el injusto (lo antijurídico) con la culpabilidad y, en consecuencia, se debe pensar que el inimputable no comete un acto antijurídico cuando delinque. En alguna ocasión dijimos que no existe un Código Penal para los inimputables, sino que cuando éstos ejecutan un acto que se adecúa a un tipo penal cometen un delito, esto es, que su conducta es antijurídica por ser típica. Lo que sucede es que, por no ser imputables, no son culpables.

29. Otros autores como Beling y Mezger aprecian la imputabilidad como "capacidad de culpabilidad", tesis que rechaza Jiménez de Asúa "no porque sea falsa, sino por su flagrante vicio metódico y su evidente tautología", pues si la imputabilidad "es un presupuesto psicológico de la culpabilidad normativa, asume autonomía y tiene propias características, siendo difícil salir del paso diciendo que aquella es la capacidad de ésta".

30. Aquellos que, como Feuerbach, piensan que la imputabilidad es la "capacidad de pena", argumentan que, como ésta tiene efectos intimidantes de carácter general (es prevención general) sólo será imputable la persona sobre la que la puede ejercer su poder disuasivo, pero no para las que, como los inimputables, la pena no ejerce poder disuasivo alguno. Nosotros pensamos que tal manera de concebir la imputabilidad es negar que existen quienes como miembros de ciertos sectores sociales, siendo personas normales, no asumen la amenaza de la pena por diversas razones (Jorge Zavala Baquerizo. "La Pena". Tomo I).

31. Para Jiménez de Asúa la imputabilidad "como presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente". De esa manera pretende el insigne maestro español hacer notar que en la **impu-**

tabilidad deben estar presentes "la madurez y salud mentales", al referirse a la "capacidad de conocer" y a "la libre determinación"; o sea, la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos. Y con ese antecedente, Jiménez remata su discurso entregándonos su definición sobre la culpabilidad la que, según él, "es la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídicas, fundada en el nexo espiritual que liga al sujeto con su acto".

32. Nosotros diferimos de la opinión de Jiménez de Asúa sobre la imputabilidad en cuando expresa que ella implica "el valorar el deber de respetar la norma", pues no creemos que el juicio de valor lo haga la persona que ejecuta el acto, sino que tal juicio lo hace el Juez a posteriori del acto, en tanto examina si es que el autor fue capaz de comprender y de prever y si lo fue, debió haber cumplido con la norma jurídica. Opinamos que la persona tiene la obligación de cumplir con el deber que le impone la norma jurídica, pero no valora ésta: simplemente la cumple o la desobedece. Si lo primero, será un acto socialmente aceptado; si lo segundo, será un acto reprochable, reproche que se hace al agente luego de haber establecido su capacidad general.

33. Para Jiménez de Asúa la imputabilidad está dada por una capacidad general que significa conocimiento y libre determinación, además de juicio de valor respecto al deber de cumplir con la norma jurídica. Pensamos que la imputabilidad es la capacidad de entender la naturaleza de los actos, prever las consecuencias de los mismos y quererlos, pese a las consecuencias previstas o normalmente previsibles. Está ínsita, en la anterior concepción la libre determinación del agente, pues si no es así no sería capaz y, por ende, no procedería el juicio de reproche.

34. Uno de los autores que mas ha influido en el pensamiento penal de este siglo ha sido Edmund Mezger. No pocos pensadores hispanos y latino-americanos han recibido la influencia del mencionado penalista germano. Inclusive, Jiménez de Asúa, cuya cultura penal es genuinamente teutona, con influencia primera de Von Lizst, no deja de mostrar de manera expresa o tácita el pensamiento de Mezger. De allí es que nos interesa auscultar el pensamiento del citado autor alemán sobre el problema de la imputabilidad y de la culpabilidad.

35. Mezger, en el Tratado de Derecho Penal, comienza por hacer una saludable advertencia. Nos dice que "el concepto de imputabili-

dad jurídico-penal en ésta, su estructura causal-normativa, constituye una parte integrante, en constante cambio, del sistema jurídico-penal. Podrá la valoración jurídica haber llegado en la ley a un cierto término en su evolución; pero la investigación de nuestro ser corporal anímico no conoce tales pausas en ningún instante de su proceso evolutivo. Siempre aparece cambiando y debe siempre aparecer así. Y el derecho se expondría al reproche de volver la espalda a la realidad si no siguiera a este fluir constante de la investigación científica". En efecto, si la imputabilidad se refiere, como hemos dicho, a la capacidad bio-psicológica del sujeto (y así la ha considerado nuestra legislación penal), y éste es un ser cuyo estudio científico no ha terminado, ni terminará por estar en constante evolución, es indiscutible que el Derecho penal, principalmente en el tema de la imputabilidad, debe guardar el ritmo que la ciencia impone.

35. En líneas anteriores a las transcritas, Mezger no había dado su concepto sobre la imputabilidad, diciendo: "Es imputable el que posee al tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputación a título de culpabilidad". De lo transcrito se colige que el maestro germano considera a la imputabilidad como un "elemento" necesario de la culpabilidad, pues si el agente no tiene "las propiedades personales exigibles", entonces no puede ser culpable y, por lo tanto, no puede ser pasible de pena.

36. Ahora bien, ¿cuáles son esas "propiedades personales exigibles"? Para Mezger son dos, a saber: mayoría de edad y que el sujeto "se encuentre al tiempo de ejecutar la acción en estado de conciencia y de salud de espíritu que garantice su libre determinación de voluntad". En definitiva, que el agente sea una persona que, por su edad y por su salud mental, se encuentre capacitada para comprender la naturaleza de sus actos y las consecuencias de los mismos.

37. Según el profesor alemán "la inimputabilidad no es incapacidad de acción, o incapacidad del injusto o incapacidad de pena, sino incapacidad de culpabilidad. Al inimputable le falta una característica de la culpabilidad penal, a saber: su acto puede ser acción y puede ser acción injusta, pero nunca es una acción injusta 'culpable' ". (Subraya el original).

38. Como se puede observar, las opiniones de Jiménez de Asúa y de Mezger son diferentes. El último de los nombrados considera a la imputabilidad como "incapacidad de culpabilidad", en tanto que Jiménez piensa que la imputabilidad es "capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente" El profesor español considera que la imputabilidad, pese a que es un presupuesto necesario de la culpabilidad, debe mantener su autonomía frente a ésta, lo que no hace si es que, como piensa Mezger, la imputabilidad es concebida como "capacidad de culpabilidad", lo que, según Jiménez, constituye una tautología, pues, si es elemento de la culpabilidad no puede ser, a la vez, capacidad de culpabilidad.

39. El insigne profesor argentino Sebastián Soler en su Tratado de Derecho Penal Argentino, luego de referirse a la teoría general de la culpabilidad, entra al estudio de la imputabilidad, a la cual considera un presupuesto de la culpabilidad, independiente de ésta, por lo que afirma que las causas que excluyen a la una, no excluyen a la otra. Soler define la imputabilidad en relación con la legislación penal argentina, la que, en el art. 34, inciso primero, se refiere a ella, exigiendo que el sujeto, en el momento de la ejecución del delito "no haya podido... comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones" De esta manera de tratar la imputabilidad es que Soler fundamenta la definición sobre la misma, diciendo: "Imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud y la madurez espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y obrar conforme a ese conocimiento".

40. Hace presente Soler que no se deben confundir las causas de inimputabilidad con las causas de inculpabilidad, pues las primeras se refieren "en general, al sujeto, sea cual sea el hecho cometido, mientras que las causas de inculpabilidad versan sobre la relación del sujeto con determinado hecho". Ratificándose así nuestra afirmación de que la imputabilidad es general, en tanto que la culpabilidad es concreta, es decir, que la primera dice relación con la persona, sin relación a hecho alguno; en tanto que la segunda, necesariamente, debe estar referida a un hecho concreto.

41. Giuseppe Maggiore plantea una interesante tesis científica en relación con la imputabilidad y la culpabilidad. En efecto, comienza el autor italiano asimilando la imputabilidad a la culpabilidad, negando, por ende, pese a la opinión general, que la imputabilidad sea un

presupuesto de la culpabilidad. Aún más, opina que entre ésta y aquella no existe "intrínsecamente diferencia" alguna. Para Maggiore la imputabilidad es "capacidad penal". En páginas precedentes, en su Derecho Penal, había afirmado que la imputabilidad es la "capacidad de imputación". Tampoco admite el profesor italiano la diferencia entre imputabilidad y responsabilidad, pues afirma, "si imputabilidad significa capacidad para el delito, responsabilidad equivale a capacidad para la pena, no veo como las dos nociones puedan considerarse distintas, ya que el delito es precisamente un hecho punible. Cuando se dice delito, se dice pena; cuando se dice pena, se dice delito. para opinar de otro modo habría que pensar en un delito no punible, lo cual es absurdo. El delito no punible, por falta de antijuricidad, es, ni mas ni menos, un no delito" (subraya el autor).

42. En este punto es de observar que Maggiore no tiene presente: a) que el delito es sólo un acto típico y antijurídico; b) que el autor es imputable y culpable; c) que la responsabilidad (simple) es sólo la atribución de "su" acto al autor; y, d) que la pena es una consecuencia enlazada con el delito para imponerla al autor. Por ende, muchas veces, existiendo el acto típico y antijurídico (delito) no existe jurídicamente el autor, por no ser este imputable; o porque, siéndolo, no le fue exigible otra conducta por alguna causa de inculpabilidad (error, coacción, etc.). En otros casos, habiendo delito (acto típico y antijurídico) y autor (imputable y culpable) no hay pena, por mediar alguna excusa absolutoria. Por lo tanto, no siempre cuando "se dice delito, se dice pena", pues, repetimos, puede haber delito y no haber autor jurídicamente considerado, o no habrá pena, pese a que existió el delito y el autor.

43. Luego de lo explicado el profesor italiano remata su concepto de imputabilidad diciendo que "es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a libertad", entendiéndola como una "síntesis de libertad y de necesidad, de indeterminismo y de determinismo. Pierde esta conciliación toda apariencia de absurdo y se hace inteligible, al considerar la libertad como un proceso". En resumen, para Maggiore, la imputabilidad, la culpabilidad y la responsabilidad son una y misma cosa: capacidad para el delito, capacidad penal y capacidad de imputación.

44. Hans Welzel opina que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, pues "el reproche de culpabilidad presupone, por lo tanto, que el autor hubiera podido formar su decisión antijurídica de acción en forma mas correcta, adecuada a la norma, y esto no en el sentido abstracto de lo que hubiera podido hacer un hombre cualquiera, en lugar del autor, sino, y muy concretamente, de que **ese** hombre, en **esa** situación, hubiera podido formar su decisión de voluntad en forma adecuada a la norma" (subraya el autor). Concluyendo que "la capacidad de culpa (capacidad de imputación) es, por lo tanto, la capacidad del autor: a) de comprender lo injusto del hecho, y, b) de determinar su voluntad de acuerdo con esa comprensión..." De esta concepción, Welzel extrae como necesaria consecuencia cuales son las personas que no se encuentran en capacidad de culpa, esto es, que no son imputables (menores, sordomudos, adultos con problemas mentales, etc.).

45. Examinada a grandes rasgos la problemática de la imputabilidad, nos corresponde iniciar el examen de la culpabilidad, para lo cual debemos comenzar por recordar que cuando una persona ejecuta un delito y se inicia el proceso penal, el juez está obligado a hacer dos juicios de valor: uno referido al acto, y otro, referido al autor. Tal es la razón por la que el CPP divide al proceso en dos grandes etapas en su desarrollo: por un lado, la etapa del sumario, dentro del cual se elabora un juicio de valor sobre el acto, con una doble finalidad: comprobar jurídicamente la existencia del delito y, además, individualizar e identificar a los agentes del mismo.

46. El Juez sólo podrá dictar el auto de apertura del plenario cuando dentro del proceso se hubiere comprobado, conforme a Derecho, que el acto se adecuó estrictamente a un tipo penal, esto es, que en el predicho acto se dieron todos y cada uno de los elementos objetivos, subjetivos y normativos que estructuran el respectivo delito. Cuando el Juez concluye, luego del juicio valorativo de nuestra referencia, que el acto se adecuó a un tipo penal, entonces, y sólo entonces, puede dictar el auto de apertura del plenario y, si se hubiere identificado a las personas que intervinieron en la comisión del injusto, entrará, el Juez del plenario, a sustanciar esta etapa en donde deberá desarrollarse el juicio de desvalor sobre el autor, esto es, el juicio de atribuibilidad.

47. Una vez que el Juez ha declarado la existencia del delito y ha individualizado e identificado a los agentes, entonces establece la

relación causal entre el acto y el autor, relación que nosotros denominamos "responsabilidad simple", esto es, la mera conexión causal entre acto y autor.

48. En el juicio de atribuibilidad -que, según nuestra ley de procedimiento penal se desarrolla en la etapa plenaria- el Juez elabora dos sub-juicios: uno de imputabilidad; y otro, de culpabilidad. Por el primero indaga si es que el autor del delito, cuya existencia se declaró anteriormente, es imputable, es decir, si es que, al momento de ejecutar el delito, estuvo en capacidad de entender la naturaleza de sus actos y de prever las consecuencias de los mismos. Si la respuesta es afirmativa, el Estado, a través del Juez, hace un juicio de desaprobación, pues, pudiendo el individuo cumplir con la norma jurídica, no lo hizo. Pero la desaprobación no es suficiente. Para que el autor del delito cuya existencia se comprobó anteriormente, pueda ser declarado responsable penal, el Juez debe hacer un segundo sub-juicio: el de culpabilidad, por el cual se establece si es que el autor, que pudo cumplir con la norma jurídica debió haberlo, por no existir causas suficientes que lo hubieren obligado a incumplir con el deber de respetar la norma. Si no existieron tales causas, entonces el Estado, a través del Juez, le hace el juicio de reproche, pues, debiendo el autor cumplir con la norma jurídica, no lo hizo.

49. La reprochabilidad, pues, que el Estado hace al agente, significa que el autor actuó culpablemente de manera real, objetiva, en contra de la norma jurídica, pudiendo y debiendo haber actuado conforme a ella. Si actuó dolosa o culposamente no es problema de culpabilidad, pues en el juicio de desvalor sobre el acto es que se estableció si ese acto fue doloso o culposo. La culpabilidad queda así despojada de todo contenido subjetivo, al cual se lo traslada a su lugar correcto, esto es, al acto el que, como presupuesto del tipo, es el que determina si aquel fue doloso o culposo.

50. Dijimos anteriormente que el juicio de atribuibilidad para establecer la culpabilidad del autor debe tener como antecedente necesario la investigación sobre la tipicidad y antijuricidad del acto atribuido a un autor concreto. Sería ocioso entrar al análisis de la culpabilidad de una persona sin que, previamente: a) se hubiere comprobado conforme a derecho que el acto fue típicamente antijurídico; y, b) que entre ese acto y el autor existe una elación o nexo causal, esto es, la responsabilidad simple. Cuando se ha concluido que el acto típicamente antijurídico

co existió y que el autor del mismo es imputable y culpable, entonces, podrá ser declarado "responsable" y, por ende, pasible de pena.

51. Partiendo de nuestra concepción sobre la culpabilidad, esto es, que entendemos por culpabilidad la situación psicológica en que **se encuentra** la persona desde el momento en que transgrede la norma jurídica penal, situación que se hace objetiva por el juicio de reproche, al que antes nos hemos referido, debemos analizar las principales posiciones dogmáticas referidas a la culpabilidad, y los argumentos que, en pro y en contra de dichas posiciones, se han dado.

52. El concepto que ha primado desde hace mucho tiempo, y que aún domina el pensamiento de la mayoría de los estudiosos, es el que se conoce como concepción psicológica, o psicologista, o naturalista, prefiriendo nosotros el primer nombre por ser mas significativo y porque, además, evita que se confunda la teoría que analizamos con la escogida y mantenida por los positivistas, como se verá en su oportunidad.

53. La concepción psicológica de la culpabilidad considera que es necesario advertir que existe un nexo subjetivo entre el acto y el autor dentro del marco del dolo y de la culpa. Se observó que en algunos casos el resultado injusto pudo ser previsto y querido por el agente; o, en otros casos, pudo haber sido previsto, aunque no querido por él. Lo importante es destacar que el resultado antijurídico, aunque algunas veces puede ser previsto, o puede ser previsible, aunque no querido, siempre existe voluntad para ejecutar el acto que provoca el resultado intolerable para el Estado. De esa manera se arriba a la conclusión que el nexo del acto con el resultado puede ser doloso o culposo, según que actúe el querer en la voluntad, y la previsión o previsibilidad en la inteligencia. Bettioli (Derecho Penal) cita a Bellavista como exponente actual del psicologismo en la culpabilidad, quien dice que "la culpabilidad es la relación psicológica entre el agente y la acción que ocasiona un evento querido, o no querido, y aunque no previsto, previsible".

54. No es totalmente satisfactoria la posición de los psicologistas, pues dada la generalidad del enunciado evita asumir el objeto de la culpabilidad. Nadie discute que el menor de dieciseis años puede querer y prever un resultado cualquiera que sea injusto, sin que, por ello, sea culpable. También el que actúa en legítima defensa de su persona puede prever y querer el resultado generalmente injusto, pero, sin embargo, no es

culpable. En el primer caso, existe delito, pero no autor; **en el** segundo, no existe ni delito ni autor.

55. Pero es que a la culpabilidad no le basta que haya una relación psicológica entre acto y autor, que sea la fuente de un resultado que se quiso, o no se quiso; que se previó, o que pudo preverse. Y no le basta porque, necesariamente, ese nexo debe ponerse en relación con una norma, la norma que impone el deber de actuar en tal o cual sentido. De esa manera surge la contrariedad entre la voluntad que emana de la norma jurídica y la voluntad del agente que la incumple. Si se declara culpable al que mata intencionalmente es porque contrario un mandato jurídico que le imponía como obligación actuar de distinta manera a la que actuó.

56. En lo expuesto es que radica el verdadero mérito de Reinhardt Frank, cuando en su monografía editada en 1907 (Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad), y el de James Goldschmidt (La Concepción Normativa de la Culpabilidad, 1908) llamaron la atención al hecho de que la voluntad del que transgrede la norma jurídica es una voluntad que no debía ser, o como bien dice Bettiol, "no es tanto voluntariedad del ilícito, como voluntad ilícita".

57. Goldschmidt afirma que "al lado de cada norma de derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior"; y mas adelante prosigue diciendo: "La norma de deber es una norma de lucha. Así como sólo se puede calificar de eficaz la actividad de un superintendente de diques, si mantiene los diques a pesar de la alta marea, y de ineficaz si ellos se rompen; de la misma manera, la norma de deber sólo es observada si el motivo del deber se ha mantenido contra los motivos que se le han opuesto, y sólo se ha violado si ha sucumbido. Pero él sucumbre solamente cuando se ha realizado una actuación de voluntad contraria al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico". Por lo tanto, sólo las personas imputables pueden ser objeto de reproche, pues si bien es verdad que el inimputable, al adecuar su conducta a un tipo penal ha ejecutado un delito, no se puede reprochar al autor como culpable por lo que ha ejecutado. De allí es que se mantenga el criterio que la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad.

58. Dice Mezger que "la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto la reprocha-

bilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente". Y mas adelante, para completar su pensamiento, nos dice: "En tal sentido, la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser castigado, no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochable".

59. Para Mezger —partidario de la concepción normativa de la culpabilidad— la esencia de esta radica en el "juicio valorativo sobre la situación fáctica". Como se observa, el autor germano no considera a la culpabilidad con sede en la psiquis del "culpable", es decir, en la del autor o agente, sino fuera de ella. Y para refutar a aquellos autores que le critican esta posición, Mezger dice: "Puede parecer extraño a simple vista la idea de que la 'culpabilidad' de un hombre no deba radicar en su propia cabeza, sino 'en la cabeza de otros. Pero fijémonos en esto: el juicio por el que se afirma que el autor de una acción antijurídica y típica la ha cometido también 'culpablemente' se enlaza, en verdad, en una determinada situación fáctica de la culpabilidad que yace en el sujeto, pero valoriza a la vez esta situación considerándola como un proceso reprochable al agente" (subraya el autor).

60. Obsérvese que el maestro alemán no excluye que el agente se encuentre en situación o estado de culpabilidad ("la cual yace **en el** sujeto"), sino que hace presente que para que esa culpabilidad fundamente la pena, es necesario, que sobre ella recaiga un juicio valorativo que no puede ser hecho ni por el propio agente, ni por un tercero cualquiera, sino únicamente por el Juez. Y este pensamiento lo ratifica cuando posteriormente afirma: "La culpabilidad no es, por tanto, sólo la situación fáctica de la culpabilidad, sino esta situación fáctica como objeto de reproche de culpabilidad. En una palabra: culpabilidad es reprochabilidad". Mezger mantiene la misma opinión en otra de sus obras (Derecho Penal. Libro de Estudio), en donde dice: "La 'culpabilidad' es una situación de hecho psicológica (situación de hecho de la culpabilidad), que la valoración decisiva jurídico-penal determina como contraria al deber y reprochable (juicio valorativo de la culpabilidad)".

61. De lo que se ha expresado se puede concluir, entonces, que así como Mezger, en la Nota 6 de la pág. 13 de su Tratado, Tomo II, afirma

que "un puro 'psicologismo' no ha existido propiamente nunca", también podemos afirmar que un puro normativismo no ha existido, ni existirá jamás, pues es imposible aislar la "culpabilidad" que se encuentra en el autor, para convertirla en un puro juicio de reproche, cuando, en verdad, éste no puede surgir si es que el autor no estuviere en situación psíquica de culpabilidad como consecuencia de su acto, al cual está, a la vez, ligado psicológicamente.

62. Sin embargo, con posterioridad Mezger varía su postura dogmática frente a la culpabilidad, particularmente al considerar a la "no exigibilidad" como una causa de exclusión de aquella, tanto "en el ámbito del dolo como en la de la culpa". Así se observa, en su antes citada obra (Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General) que dice: "No obstante, no se puede dejar de reconocer que una tal formulación general del concepto de la no exigibilidad encierra el peligro de una justificación excesivamente amplia de la acción típica y que, por lo tanto, así, él podrá ser evitado mejor". Se adhiere al pensamiento de Schomke, quien "niega a la exigibilidad la posibilidad de ser una causa de exclusión de la culpabilidad".

63. Entre los profesores latino-americanos más destacados se encuentra Sebastián Soler, quien en su principal obra "Derecho Penal Argentino", Tomo II, analiza con claridad tanto el problema de la imputabilidad, como el de la culpabilidad.

En efecto, comienza diciendo el maestro argentino que es imposible que se entre al estudio de la culpabilidad si antes no se han realizado dos exámenes previos, esto es, el de la antijuricidad y el de la "atribución física" del acto a una persona concretamente individualizada, "pues la culpabilidad **comprende** el estudio del contenido interno de un hecho que ya se ha declarado ilícito y del cual el sujeto es ya considerado autor". (subraya el autor).

64. De las frases antes transcritas se establece de manera precisa el análisis que debe seguirse en el estudio dogmático del problema de la culpabilidad, como el proceso jurisdiccional que el juez penal debe desarrollar para lograr la declaración de responsabilidad del procesado. Primero, saber si el delito existió jurídicamente, esto es, si es que hubo un acto adecuado a un tipo y que, por no existir causa alguna de justificación, es antijurídico. Luego, atribuir, es decir, relacionar ese acto típico con una persona a quien se le atribuye el acto como su autora, persona que debe ser capaz, o sea, física y psíquicamente capaz para comprender y querer, luego de lo cual, de no existir causas que excluyan la culpabilidad, será

reconocida culpable de la comisión del injusto que "ya" ha sido declarado tal con anterioridad, por lo que será responsable y merecedora de pena.

65. Soler declara enfáticamente que "la capacidad o imputabilidad del sujeto es un presupuesto subjetivo de la culpabilidad, así como la ilicitud vendría a ser su presupuesto objetivo". Soler refuta seria y razonadamente las críticas que se han hecha a la escuela psicológica en el estudio de la culpabilidad, pues considera que son injustas desde el momento que a nadie se le puede ocurrir "que el contenido de ese estado subjetivo sea explicable como mera referencia psíquica a un hecho externo considerado como un hecho natural cualquiera". Habiendo afirmado anteriormente que la denominación de la teoría como psicológica "puede considerarse adecuada solamente en cuanto con ella se quiere señalar que la culpabilidad viene a ser la actividad psíquica del sujeto en el momento de la acción, con respecto al hecho que produjo..."; por lo que propone que mas bien a la teoría se la llame "realista o subjetivista, pues no consiste en considerar la culpabilidad como una mera referencia psíquica a un hecho externo despojado de toda valoración, sino en una referencia que apunta a la criminalidad del acto, y esta calidad es siempre el resultado de una proyección valorativa que, como tal, presupone la existencia de normas, antes las cuales los hechos resultan ser lícitos o ilícitos".

66. Como se puede apreciar, la posición de Soler se nos muestra como una síntesis de las teorías psicologista y normativa de la culpabilidad, pues, aunque lo niegue el maestro argentino, su exposición sobre el problema que estudiamos no deja lugar a duda alguna. Así lo considera Jiménez de Asúa quien, luego de transcribir algunas frases del profesor argentino, expresa: "Parecería, en atención a uno de los párrafos subsiguientes, que Soler asume una postura sintética, como la que él mismo reconoce como modernamente impera en la doctrina, puesto que penetra 'en el concepto psicológico de la culpabilidad la exigencia de un elemento valorativo'; pero en verdad el penalista argentino Soler considera como 'incorrecta y artificiosa la distinción hecha sobre la base de psicologismo o normativismo, por cuanto considera que lo que caracteriza al psicologismo es el hecho de 'concebir la culpabilidad como algo real, subjetivamente existente en el individuo...pero consistiendo esa realidad en una referencia a la criminalidad del acto...', por lo que concluye afirmando que existe una valoración, "es decir, un dato que en ningún caso es de naturaleza psíquica". Así mismo, al referirse a la teoría normativa reco-

noce que si se concibe la culpabilidad como un juicio, es manifiesto que la reprochabilidad estará apoyada en situaciones y hechos del sujeto (su imputabilidad, su intención, su imprudencia, su negligencia, las circunstancias en que obró) pero está determinada por una exigencia, cuyos variables son fijados en concreto por el juez". No se puede discutir, pues, que pese a la oposición del maestro argentino, Jiménez de Asúa tiene razón cuando, como hemos dicho, ha calificado de "sintética" la posición de Soler.

67. Una teoría interesante, además de sugestiva, es la planteada por Reinhart Maurach (Derecho Penal) quien, partiendo de la base de que el dolo se encuentra en el acto y, por ende, no pertenece a la culpabilidad, considera que es necesario observar que una vez que se ha establecido el juicio de desvalor sobre el acto se debe establecer la "responsabilidad por el acto", que posteriormente explicaremos. Lo que importa por el momento es destacar que Maurach hace una seria crítica á los pensadores que tratan de unificar las teorías psicológica y normativa, pues piensa que tal mixtificación confunde el tratamiento del problema.

68. Luego de recordar cual es la posición dogmática de Mezger, a quien incluye entre los principales defensores del "concepto complejo de la culpabilidad", afirma: "El argumento decisivo y eficaz que cabe esgrimir en contra del criterio complejo, es el de su incapacidad para concebir a la culpabilidad como puro juicio de valor. Su vicio insoslayable estriba en el hecho de que mientras se aferra, por un lado, al elemento psicológico -en virtud de la admisión del dolo- pretende por otro -al configurar las restantes características de la culpabilidad- salvar el carácter de la misma como simple juicio de desvalor sobre el autor". Y luego advierte que a la culpabilidad no se la puede concebir mixtificada, pues, o es un proceso psicológico que vive en el autor, o es un reproche, por lo que sólo podrá constituir "un juicio objetivo sobre el autor".

69. Posteriormente, Maurach recordando que los inimputables, como los imputables, tienen un "determinado grado de responsabilidad, un determinado grado de tener que responder por el acto", expresa que no es suficiente que el autor haya ejecutado el acto típico para que se lo considere "culpable", pues aún falta que les sea "atribuido personalmente", lo cual no constituye la culpabilidad, pues el inimputable, por su excepcional condición, no podía actuar en forma distinta de la que actuó. Pero aquellos que, como los inimputables, no se los puede hacer sujeto de cul-

pabilidad, no por ello el Derecho Penal es indiferente frente a su conducta típica, pues les son aplicables "medidas de seguridad y corrección".

70. Considera, pues, Maurach que aquella persona que ejecuta un acto típico y antijurídico, sin tomar en cuenta su condición personal de imputable o inimputable, es responsable por el acto cometido por atribuirse su ejecución. Pero esta "responsabilidad por el acto" no es culpabilidad; es simplemente, como se ha dicho, el establecimiento del nexo causal entre el acto y el autor; es el echar en cuenta del autor el acto cometido, sin que en dicha relación exista aún un reproche de culpabilidad.

71. Lo anterior lo explica el profesor teutón diciendo que "esta general base de responsabilidad, designada aquí con el nombre de atribubilidad, debe contener un expreso juicio de desvalor sobre el autor; no precisa, sin embargo, gravar al sujeto con el reproche del personal poder actuar de modo distinto. De ahí resulta el segundo objetivo a cumplir: la atribubilidad -que, si bien se compone de las mismas características constitutivas del juicio valorativo designado por la teoría dominante con el nombre de 'culpabilidad', muestra una distinta distribución jerárquica de estas características- debe constituir un concepto vario y progresivo. La medida de atribubilidad puede ser diversa. La simple observación de que el autor no ha cumplido las exigencias cuya observancia puede ser reclamada con carácter general y absoluto al término medio, si bien da lugar a la responsabilidad del sujeto por esta inobservancia, no origina, sin embargo reproche, ni por lo tanto juicio de culpabilidad alguno". Y a renglón seguido concluye diciendo: "El juicio de culpabilidad se formulará hasta que conste que el autor podía personalmente actuar de modo distinto".

72. En resumen, Maurach hace una clara diferenciación entre "responsabilidad por el acto" (por haber cometido el acto típico y antijurídico) y la atribubilidad y la culpabilidad. En efecto, el acto típico y antijurídico puede ser cometido por cualquier persona, sin referencia alguna a su imputabilidad; a su vez, ese acto le es atribuido a su autor porque entre éste y aquel existe un nexo causal, sin que todavía importe si el autor es o no es imputable; finalmente, ese acto típico y antijurídico, atribuido a un autor concreto, se hará a éste el reproche respectivo, si del predicho autor se podía esperar "una conducta adecuada a la norma". Y, como se sabe, no de todos los hombres se puede "esperar" que ajusten su conducta a la norma jurídica, sino sólo de los imputables, por lo que el Es-

tado únicamente puede hacer el juicio de reproche a éstos, **pero no a** aquellos. "La atribuidibilidad únicamente pone de relieve que el acto 'debe ser atribuido (al autor) como suyo'. El modo como debe ser atribuido es cuestión distinta".

73. De lo que se ha examinado hasta aquí resalta que el profesor germano considera que para llegar a la culpabilidad es necesario que, además de la ejecución del acto típico y antijurídico y que exista el nexo entre el acto y el autor, a quien se la atribuye aquel, es necesario -repetimos- que el autor sea imputable, esto es, en palabras de Maurach, "exige del sujeto la capacidad de poder actuar conforme a Derecho. Tan sólo podrá formularse un juicio de culpabilidad frente al autor que podía conocer el injusto y orientar su conducta conforme a ese conocimiento". Maurach remata su exposición en una magnífica síntesis al decir: "Con **ello quedan** definidas los dos componentes de la culpabilidad: actúa culpablemente todo sujeto responsable (por su hecho) que comete su acto imputable con la posibilidad de conocer el injusto; en último término, la culpabilidad es el reproche que se hace al autor por haber abusado de su imputabilidad en relación a un determinado hecho punible".

74. Giuseppe Maggiore, en relación al problema de la culpabilidad, comienza afirmando que "culpabilidad es la desobediencia consciente y voluntaria -y de la cual uno está obligado a responder- a alguna ley". Y entiende por "culpable" al que, "hallándose en las condiciones requeridas para obedecer a una ley, la quebranta consciente y voluntariamente". Concluye diciendo que la culpabilidad tiene los "elementos" siguientes: "1) una ley; 2) una acción; 3) un contraste entre la acción y la ley; 4) el conocimiento de este contraste". De lo que se colige que para el profesor cuyas ideas comentamos, la antijuricidad es elemento de la culpabilidad, lo cual no nos parece acertado desde el punto de vista científico. Razona Maggiore diciendo: "Queda, pues claro, desde ahora **que la** culpabilidad comprende en sí misma la acción y la antijuricidad, mas un agregado, que es el conocimiento o conciencia de estas dos cosas. **En otros** términos: uno no es culpable si no ha obrado, aún más, sino por **haber** obrado (la culpabilidad no es un estado, status); uno no es culpable sino por haberse puesto en oposición a la ley. Pero esta doble situación objetiva debe integrarse, para que haya culpabilidad. con una nueva situación subjetiva: la conciencia o conocimiento de la acción y **de la antijuricidad**" (subraya el autor).

75. Maggiore no es un defensor de la posición exclusivamente psicologista en relación con la culpabilidad. En efecto, luego de afirmar que "sin culpabilidad no hay delito", expresa que "para que pueda hablarse de delito es preciso que la simple imputabilidad se transforme en culpabilidad. Y esto acaece en virtud de un juicio de reprobación". Y al preguntarse que quien es la persona que debe hacer ese juicio expresa que, en ciertas ocasiones la hace "el reo mismo", pero que no es suficiente el juicio elaborado por el "reo" para declararlo culpable, sino que "sólo cuenta el juicio de la sociedad, del Estado, que es la organización jurídica de aquella y, por último, el juez a quien se le ha delegado la facultad punitiva. Al juez pertenece, en última instancia, el juicio de culpabilidad. El, al evaluar el hecho, lo reprueba, es decir, lo declara un disvalor, y lo pone a cargo del reo, al pronunciar la condena de éste" (subraya el autor).

76. Sustenta, pues, el autor italiano la tesis mixta la culpabilidad, en el sentido de que admite tanto el aspecto psicológico como el normativo. En efecto, expresa que "el reproche mira precisamente los hechos psíquicos y no los materiales (como el puro y simple resultado); y porque jamás se juzga, por otra parte, el aspecto espiritual del delito como un momento aparte, independiente, arrancado del todo, sino en relación con el delito como ente unitario". Y al referirse a la legislación penal italiana Maggiore expresa que "el sistema de nuestro Código no excluye el concepto normativo de la culpa, antes se inspira en él, implícitamente, si no de modo explícito... Pero, al mismo tiempo, no puede nunca de vista el concepto psicológico de ella".

77. Pensamos que el profesor italiano exagera la nota cuando en forma terminante expresa que "sin culpabilidad no hay delito", pues opinamos —como antes dijimos— que la culpabilidad no es elemento del delito y, por ende, sólo deja de existir éste cuando, o no hay acto, o no hay tipicidad, o no hay antijuricidad; es decir, cuando se manifiesta alguno de los aspectos negativos del acto, del tipo o de la antijuricidad. Pero si no existe culpabilidad, ésta no excluye al delito: excluye al autor. Aún más, inclusive el acto injusto del inimputable subsiste, pese a que no se lo puede considerar culpable de aquel injusto.

78. Hans Welzel (Derecho Penal. Parte General) defiende la posición normativa considerada desde el especial punto de vista de la con-

cepción finalista. Afirma el autor germano que "la culpabilidad no se conforma" con la relación de contradicción entre el hecho ejecutado y la norma jurídica, esto es, que no es suficiente el establecimiento de la anti-juridicidad para la imposición de la pena, sino que, además, la culpabilidad debe hacer "al autor el reproche personal por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haberla podido omitir". Pensamos que este primer planteamiento de Welzel no es correcto cuando se expresa que la culpabilidad es la que le hace el reproche al autor por no haber ajustado su conducta a la norma jurídica, pues la culpabilidad "es" el reproche, desde el punto de vista objetivo.

79. Opina el que fuera profesor de Bonn que "la culpabilidad contiene en este sentido una doble relación: la acción de voluntad del autor no es como la requiere el Derecho, a pesar que el autor la hubiera podido realizar conforme a la norma". De lo dicho se extrae como conclusión que Welzel considera como una cuestión previa el problema de la capacidad de acción ajustada a derecho por parte del agente, es decir, lo que se conoce generalmente como imputabilidad, pues el reproche (esto es, la culpabilidad, según Welzel) se concentra en que el autor no actuó conforme a la norma "pudiendo" haberlo hecho.

80. Welzel, siguiendo al profesor Graf Zu Dohna, considera que es necesario hacer una diferencia entre "valoración" (reprochabilidad) y objeto de ésta, o sea, el dolo, por lo que limita el concepto de culpabilidad a solo "la valoración del objeto", esto es, del dolo. De esa manera el injusto presenta sus caracteres psicológicos; en tanto que la culpabilidad sólo mantiene la reprochabilidad, es decir, el elemento normativo. Piensa Welzel que de esa manera, sin perder ninguno de los elementos del delito, que pasan a ocupar "su lugar mas adecuado", se plantea una mas fácil solución para una serie de problemas relacionados con la participación, la culpabilidad, etc.... "Por lo tanto, afirma Welzel, las objeciones repetidas contra la teoría de la acción finalista de la 'subjetivación de lo injusto' o del 'vaciamiento del concepto de culpabilidad' son completamente infundadas. Como se observa, Welzel asume la culpabilidad como reproche y como tal, la misma presupone la imputabilidad o "capacidad de culpabilidad", y la posibilidad de que el agente comprenda el injusto.

81. Luego del extenso recorrido que hemos hecho sobre la imputabilidad y la culpabilidad, es hora que entreguemos nuestro pensa-

miento en relación con dichos problemas, no sin advertir que ya, a lo largo de lo expuesto, hemos delineado nuestra posición digmática respecto a los temas que tratamos en estas Reflexiones. A continuación ampliaremos los conceptos, en relación, particularmente con nuestra legislación.

82. El CP ecuatoriano, en el art. 32, declara que "nadie puede ser reprimido con un acto previsto por la ley como infracción si no lo hubiera cometido con voluntad y conciencia"; y a renglón seguido, en el art. 33, deja claro el panorama cuando afirma que se reputan "conscientes y voluntarias todas las infracciones mientras no se pruebe lo contrario, excepto cuando, de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto pueda deducirse que no hubo intención dañada en cometerlo". Esto quiere decir que el agente debe ser imputable; pero no es suficiente que el agente tenga capacidad de entender y de querer, sino que es necesario que cometa el delito con voluntad y conciencia, salvo que de las circunstancias que rodearon la infracción se concluya que no hubo "intención dañada" en cometerlo; es decir, que no actuó dolosamente, sino que pudo haber actuado culposamente, o como consecuencia de un caso fortuito.

83. De lo explicado se comprende que nuestra legislación considera que el reproche, en cada caso particular, debe ser referido al dolo, o a la culpa, y siempre que se llegue a la conclusión que el motivo particular del agente fue normal, esto es, que si el agente no actuó por error invencible, o por coacción -que son motivaciones esencialmente anormales- entonces se le puede reprochar su conducta.

84. Para tener claro el pensamiento que inspira nuestra legislación penal sustancial, es necesario recordar lo que nuestro CP dice respecto al dolo y a la culpa en el art. 14. En relación con el primero expresa que "la infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño es": intencional o preterintencional. En relación con la culpa, dice que "la infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de ley, reglamento u órdenes". Por tal razón, cuando el art. 33 expresa que se reputan conscientes y voluntarias todas las infracciones está sentando la presunción juris tantum de que todo delito es doloso, salvo el caso que se pruebe que "no hubo **intención dañada** en cometerlo" (dolo), es decir, que pudo existir culpa o mediar "casus". Pero si la motivación del agente para su conducta, no fue **la normal (causas de exclusión de la culpabilidad), aunque hubiera co-**

metido el acto con conciencia y voluntad, no le será reprochable, pues si bien el agente cometió un delito, no es culpable por no haber podido actuar de otra manera, es decir, no se le pudo exigir conducta diferente. De allí es que Jiménez de Asúa, a nuestro entender con alguna razón expresa (Tratado. Tomo V) que la concepción normativa de la culpabilidad "establece, como esencia de la culpabilidad, el reproche, válido tan sólo cuando era 'exigible' otra conducta. En vez de estar la reprochabilidad fuera del proceder, está dentro, y así la exigibilidad se convierte en la esencia de lo culpable" (subraya el autor).

85. En efecto, si una persona que podía actuar conforme a la norma, no lo hizo, violando el mandato de deber, entonces, es culpable porque se le reprocha haber escogido otra conducta que no era la exigida por la norma. A la inversa, cuando el individuo no podía actuar en forma diferente a la que actuó, aunque no le era la conducta exigible por el Estado a través de la norma jurídica, no es culpable porque no le era posible otra conducta.

86. De allí es que la culpabilidad resulte sólo una situación psicológica por la que el agente está consciente de haber actuado en forma diferente a la exigida por la norma jurídica penal; y esta situación (culpabilidad) sólo es objetiva cuando se hace el juicio de atribuibilidad por el cual se concluye que siendo el agente imputable, escogió una conducta diferente a la exigida por dicha norma, pese a que no existía motivación anormal alguna que le hubiera impuesto ejecutar esa conducta, por ser la única que podía ejecutar.

87. En apartados anteriores dejamos establecido que la voluntad tenía como antecedente los móviles y los motivos, y que ellos entraban en la formación de la voluntad llevando en sí las circunstancias de espacio y tiempo en que vivía la persona al momento de formar su voluntad. Cuando esos motivos y móviles están inspirados en las normas establecidas por el Estado y, en consecuencia, la persona forma libremente su voluntad a base de esas motivaciones y móviles, decimos que ese acto es un acto lícito o justo. Pero —es necesario recordarlo— lo que en un espacio dado puede constituir una motivación normal, dentro de otro espacio, y a pesar de ser contemporáneo con el anterior, esa misma motivación puede ser anormal, y entonces, decimos que la persona en su actuar violó la norma jurídica y, por ende, su conducta es reprochable. Lo que demuestra de manera evidente —y sin lugar a discusión alguna— que la culpabilidad es una situa-

ción psicológica que, necesariamente, debe relacionarse con la norma jurídica imperante en un lugar y tiempos dados. En efecto, en el primer caso la persona no se "sentirá" culpable por haber actuado conforme a la norma jurídica que le imponía como deber ese actuar. Pero, en el segundo caso, la persona "sentirá" su culpabilidad, pues está consciente de haber actuado en contra de la norma jurídica que le exigía el deber de actuar de manera diferente.

88. De lo expuesto también se colige fácilmente que se es culpable sólo de actos concretos, perpetrados por el agente. No se es culpable de generalidades, sino de actos particulares atribuibles a una persona plenamente identificada. Esto es diferente del criterio mantenido hasta principios de este siglo por el cual se afirmaba que la culpabilidad debía estar en relación con la peligrosidad del agente, es decir, que en este caso la culpabilidad se diluía en forma general, amplia, y con fines de penalidad, se hacía mas relación a los tipos de delinquentes que a los tipos de delitos. Nuestra ley penal sólo considera la peligrosidad del agente como una cuestión secundaria, accesoria. Primero observa el delito cometido y luego establece quien es el autor de ese delito. Esa es la forma como impone el principio de legalidad proclamado tanto en nuestro CP, como en el CPP y en la CPE. Puede ser el agente una persona antisocial, o asocial, a la cual se considera peligrosa, pero si no adecúa su conducta a uno de los tipos penales no puede ser sujeto pasivo de ningún proceso penal y, por ende, no puede ser pasible de pena. A lo mas podrá ser sujeto de medidas de seguridad pre-delictuales, pero en ningún caso sujeto de pena. No es la personalidad de un hombre lo que lo hace "culpable"; es el acto ejecutado por ese hombre despreciando la exigencia que la norma jurídica le impone como deber, lo que lo ubica en la situación psicológica de culpabilidad y por tal es que el Estado le reprocha ese actuar desafiante frente a la norma, y le impone por ello una pena, luego del juicio de atribuidad.

89. Ahora bien, anteriormente dijimos que ni la teoría psicológica ni la normativa sobre la culpabilidad, son puras, esto es, que la primera no contenga elementos normativos, ni la segunda desprecie los subjetivos. Hacemos presente que los psicólogos mantienen el criterio que la culpabilidad es la simple relación psicológica del autor con su acto. De lo dicho concluyen que la relación predicha se establece a través del dolo y de la culpa, que son las formas como **se manifiesta la culpabilidad. Por ende, afirman, la imputabilidad es absolutamente indepen-**

diente de la culpabilidad, pues la primera es de carácter general, es decir, que toda persona es generalmente imputable y, en consecuencia, la imputabilidad no debe estar necesariamente relacionada con la culpabilidad; en tanto que ésta es concreta, esto es, que surge por la relación del autor con el acto intolerable para el Estado. La imputabilidad, al decir de los psicólogos, no está en relación con algún acto en concreto, jurídico o antijurídico, sino que es un estado del hombre que le permite entender y querer. Es decir, que el hombre es imputable aunque no actúe; y no deja de ser imputable porque no haya actuado. En cambio, el culpable sólo puede ser tal en relación con el acto concreto. Si no actúa, no es culpable. De allí que tanto la imputabilidad como la culpabilidad son independientes entre sí.

90. Los normativistas mantienen un planteamiento que se aleje en mucho de la posición de los psicólogos. En efecto, el normativismo parte del principio de que la culpabilidad no es sólo la relación subjetiva que existe entre el acto y el autor, sino que hay algo más, un "plus", consistente en el juicio de reproche que se hace tomando en consideración la motivación del acto. El defecto de esta posición inicial consiste en que tratan de identificar el juicio de reproche con la culpabilidad, lo que, indudablemente, no es correcto. Por tal razón es que nosotros opinamos que la culpabilidad es una situación psicológica de la persona desde el momento en que transgrede la norma jurídica, situación que se hace objetiva, esto es, objetivamente relevante a través del juicio de reproche. Como se observa, no es que pensemos que la culpabilidad es el indicado juicio, sino que la culpabilidad se hace jurídicamente trascendente en el momento en que se valoriza el acto por cuya valoración se concluye que el agente es culpable. La culpabilidad es una situación, un estado subjetivo que vive el individuo que ejecuta un acto contrario a la norma jurídica, pero no es que la culpabilidad está dada por el reproche. El reproche es un juicio extraño a la persona del agente, pues sólo existe cuando una persona distinta elabora dicho juicio.

91. Nos parece conveniente hacer una distinción entre la situación psicológica del hombre que ejecuta un acto lícito, con la situación psicológica del que ejecuta un acto injusto. Pensamos que no pueden ser iguales ambas posiciones, pues si bien es verdad que el hombre siempre está en una situación psicológica cada vez que ejecuta un acto —lícito o ilícito— el contenido de la situación es lo que varía, pues cuando el hombre tiene conciencia que ha ejecutado un acto lícito se encuentra en una si-

tuación psicológica de satisfacción, de conformidad, esto es, que no se "siente" culpable, sino responsable de haber ejecutado un acto conforme a la obligación que tenía, es decir, de haber cumplido con el deber impuesto por la norma. No sucede lo mismo cuando se trata de la situación psicológica del que ejecuta un acto contrario a ese deber y está consciente de que así lo ha hecho, pues en este caso se "siente" culpable de haber violado aquel mandato normativo.

Por lo dicho es que, por lo menos teóricamente, cuando un inimputable —que no tiene capacidad de entender— ejecuta un acto indebido, violatorio de la norma jurídico-penal, no se "siente" culpable, porque no está consciente de haber ejecutado un acto incorrecto. Por lo expuesto es que a los inimputables no se los puede declarar culpables porque, psicológicamente, no lo son. En la misma forma se debe razonar cuando se trata de alguna causa de justificación, como la defensa legítima de la vida, en cuyo caso el que se defiende repele la agresión ilegítima lesionando o matando al agresor, por lo que no se "siente" culpable, pues está consciente que su conducta ha sido correcta, es decir, que debía haber actuado en esa forma, y no en otra, para salvar su vida. No es la misma la situación psicológica del que mata defendiéndose de una agresión ilegítima, de la del que mata intencionalmente por venganza, o codicia, o por simple deseo de matar. En resumen, el contenido del estado psicológico de culpabilidad está dado por la reacción del hombre frente a la conducta realizada, reacción que, queda dicho, es muy diversa en el hombre que delinque que en el hombre que no lo hace.

92. De todo lo expuesto se concluye que nosotros pensamos que no es correcta la posición de los psicólogos en tanto cuanto consideran que la culpabilidad sólo está dada por la comprobación de la relación causal entre acto y autor; pero también opinamos que no es correcta la concepción normativa de la culpabilidad cuando sus defensores sostienen que la culpabilidad es sólo el juicio de reproche. Ni es sólo la relación causal, ni es sólo el juicio de reproche. Para nosotros la culpabilidad debe ser considerada desde dos puntos de vista: subjetivo, el uno; objetivo, el otro.

93. Desde el punto de vista subjetivo, la culpabilidad es el estado o situación psicológica en que se encuentra la persona al estar consciente de haber ejecutado un acto contrario a la norma, sea esta ética, social, o jurídica.

94. Desde el punto de vista objetivo, la culpabilidad es el juicio de reproche que la comunidad —a través del Juez— hace a aquel que ha

violado la norma jurídico-penal pudiendo y debiendo haber actuado conforme a ella.

95. Desde el primer punto de vista la culpabilidad es general y, por ende, puede ser referida a cualquier conducta que no se ajuste a las reglas del juego moral (religioso), social o sectorial. El dirigente obrero que, por dinero, traiciona a sus compañeros se "siente" culpable de una acción inmoral, deshonesta. Pero el juicio que sus compañeros hagan sobre la predicha conducta no es lo que va a tener como consecuencia la reacción estatal que impone la pena. Ese juicio de los sindicalizados servirá para que se imponga otra clase de sanciones, como la destitución, la expulsión, etc., pero esa reacción será mantenida dentro de los estrechos límites del gremio, pero no de la comunidad estatal.

96. Pero desde el segundo punto de vista, esto es, del objetivo -que es el único que interesa al Derecho Penal- la culpabilidad está referida al reproche que el Estado, a través del juez penal, hace a quien pudiendo entender y querer (imputabilidad) debió ejecutar su acto conforme a las exigencias de la norma jurídica, y no lo hizo. No se refiere la culpabilidad penal a la esfera psicológica del individuo; sólo tiene como antecedente un acto típicamente antijurídico ejecutado por una persona imputable y pasible de pena. Carece, pues, la culpabilidad jurídico-penal de elementos psicológicos. Es únicamente normativa.

97. Clarificados -como creemos- los conceptos de imputabilidad y culpabilidad, nos resta referirnos al concepto de "responsabilidad". Para llegar a que la ciencia penal asumiera un concepto preciso sobre la responsabilidad penal fue necesario una elaboración doctrinal ardua pues, por lo general se cometía el vicio de confundir los conceptos de imputabilidad con el de responsabilidad, o el de éste con el de culpabilidad. Finalmente se pudieron pulir los conceptos y, al independizarlos, se logró una clara definición de cada uno de ellos.

98. Jiménez de Asúa define la responsabilidad penal como "la consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto (noción valorativo-objetiva), del reproche de culpabilidad (noción normativa y subjetiva) y de la punibilidad de la acción u omisión

típicamente descrita en la ley". **Pensamos que se debe ensayar una definición sobre responsabilidad que sea mas concisa y orientadora.**

99. Opinamos que la responsabilidad es una declaración jurisdiccional que recae sobre una persona imputable, culpable y pasible **de pena**, como consecuencia de haber ejecutado una infracción penal. Explicaremos lo dicho.

100. Decimos que es una "declaración jurisdiccional", porque es el titular del órgano jurisdiccional penal el que debe declarar responsable al procesado, como presupuesto previo a la imposición de la pena. Estamos de acuerdo que quien comete el delito es el "responsable", esto es, el llamado a "responder" por las consecuencias de sus actos; pero esa "responsabilidad" debe ser declarada por el juez en la sentencia, luego del análisis procesal respectivo.

101. No se debe entrar en mayor explicación sobre la imputabilidad y la culpabilidad del sujeto de la declaración de responsabilidad, pues ya hemos delineado sus respectivas nociones. Nos resta explicar la razón por la cual incluimos en nuestra definición de responsabilidad la característica que el sujeto debe ser "pasible de pena". Hay casos previstos por la ley penal en que pese a que el acusado es imputable y culpable de haber cometido una infracción, no recibe pena, como el caso de la excusa absolutoria prevista en el art. 588 CP, por el cual el agente no recibe pena, pese a haber cometido un delito siendo imputable y culpable. De allí la necesidad de incluir en el concepto de responsabilidad la característica de que, para que el agente sea responsable y, por ende, merecedor de pena, debe ser pasible de ella, esto es, que la ley no lo exceptúe en algún caso particular.

102. La responsabilidad es una consecuencia, no un elemento del delito. Sólo cuando el Juez ha llegado a la conclusión que el delito ha existido, que ese delito fue cometido por el procesado; que éste es imputable y culpable y, además, sujeto de pena, entonces, y sólo entonces, puede declarar "responsable" al procesado. Por ende, desde el punto de vista psicológico la responsabilidad es la capacidad que tiene el individuo para recibir la pena; y desde el punto de vista objetivo, es la declaración jurisdiccional que hace el titular del órgano penal al **momento de dictar sentencia condenatoria.**

103. En resumen, nosotros decimos lo mismo que dice Jiménez de Asúa, con la diferencia de que aquel se refiere exclusivamente a la responsabilidad objetiva, pero no a la subjetiva, esto es, a la capacidad merecedora de pena del agente.

104. De acuerdo con todo lo expuesto, podemos afirmar que el análisis dogmático del fenómeno criminal atraviesa por las fases siguientes:

- a) el acto, el tipo y la antijuricidad;
- b) la responsabilidad simple;
- c) la imputabilidad y la culpabilidad;
- d) la responsabilidad penal; y,
- e) la pena.

105. Dentro del acto, como lo hemos explicado, se incluye -como su contenido- tanto el dolo como la culpa, con todas las características de ellos.

106. Como consecuencia de lo expuesto en numerales anteriores, el tipo presupone al acto y, por ende, se desdobra en dos sub-tipos: el objetivo, que comprende todos los elementos materiales que integran la descripción legal; y el subjetivo, que contiene todos los elementos subjetivos exigidos en dicha descripción.

107. La antijuricidad queda así perfilada de manera muy precisa, pues se presenta como la oposición entre el acto típico y la norma jurídica, es decir, como la "contradicción del hecho con el Derecho", como dice con acierto Soler.

Con el acto adecuadamente típico y antijurídico ha quedado consumado el delito.

108. En la segunda fase se observa que, ante todo, debe existir una relación entre el acto y el autor. Ese acto típicamente antijurídico debe pertenecer a alguien, esto es, le debe ser atribuido a una persona perfectamente identificada. No interesa, en este momento, si la persona es imputable o si es pasible de pena. Lo único que interesa es atribuir el acto a su dueño, esto es, establecer la relación del acto con su autor (responsabilidad simple).

109. Una vez constituida la relación entre acto y autor, es necesario conocer si es que ese autor es capaz de comprender la naturaleza de sus actos y representarse las consecuencias de los mismos, es decir, si es que el autor es imputable. Si lo es, el Estado desaprueba su conducta, pues, pudiendo el autor actuar conforme a la norma jurídico-penal, no lo hizo.

110. Establecida la imputabilidad del autor, se entra a conocer si es que el autor debió cumplir con la exigencia que le imponía la norma penal, la que lo obligaba a actuar de una manera contraria a la que actuó. Si el autor no estuvo impedido de actuar conforme a la norma, entonces el Estado le reprocha tal comportamiento declarándolo culpable del acto típicamente antijurídico.

111. De lo expuesto se colige, pues, que la imputabilidad es un presupuesto general necesario para establecer la capacidad jurídica de una persona. La imputabilidad no sólo está referida al Derecho Penal, sino que comprende todas las esferas de la vida. En cambio que la culpabilidad es concreta, particularmente relacionada con una conducta concreta. **Se es** generalmente imputable, pero se es concretamente culpable. Sólo así se comprende que tanto la imputabilidad como la culpabilidad tengan causas excluyente independientes una de otra.

112. Finalmente, una vez establecidas la imputabilidad y la culpabilidad, es decir, una vez concuido el juicio de atribuibilidad, el Estado, a través del Juez, declara la responsabilidad penal del autor imputable y culpable que ejecutó el acto típicamente antijurídico, y le impone la pena respectiva, si no existió alguna causa de impunidad.