

El concepto normativo de la culpabilidad

JULIAN PEREDA, S. J.

Profesor de Derecho penal en Deusto

Quizás no haya materia penal dotada de bibliografía más amplia que la culpabilidad, y quizás, por eso mismo, no haya concepto más vidrioso y quebradizo ni ambiente más irrespirable que el que le rodea.

Para aumentar y agudizar ambos extremos, entra ya a handeraras desplegadas por el ámbito del Derecho penal el concepto normativo de la culpabilidad, que echa por tierra y quiere como arrinconar en el desván de los muebles usados y ya inútiles el concepto psicológico, que parecía ser lo único firme de materia tan oscura y, por otra parte, tan fundamental en el Derecho penal.

Vamos, pues, a romper una lanza en esta justa científica, ya que el argumento se lo merece, pues juegan en él los conceptos más básicos del Derecho penal, con cuyo cambio o mutación se tambalearía todo el edificio construido con afanes de siglos.

Precisemos antes algunos puntos de vista que los creo fundamentales.

Por de pronto, los conceptos de culpabilidad, imputabilidad, causalidad y responsabilidad es claro que han de tener un mismo significado en todo el mundo jurídico y en el moral. No es posible que se piense en construir un concepto de culpabilidad exclusivo para el Derecho penal. La culpabilidad llena el mundo moral y le trasvasa, y se infiltra por todo el Penal y le trasvasa también, y se extiende por otras ramas del Derecho: pero siempre es la misma culpabilidad en su íntima constitución, en su ontismo psicológico, en su razón de ser.

¿Queremos decir con esto que la culpabilidad jurídica y la ética se confunden? De ningún modo. Bien comprendemos que no siempre la culpabilidad jurídica lleva consigo la moral, ni la moral la jurídica. La moral es muchísimo más amplia que la jurídica y ésta tiene su propísima manera de ser. “Si bien la culpabilidad—dice SEBAS-

TIÁN SOLER (1)—, como hecho, es algo psíquico, el concepto de culpabilidad no es puramente psicológico; pues sólo puede hablarse de culpas cuando las acciones son referibles a una esfera de normas... Por eso la culpabilidad jurídica no se identifica con la moral, ni con la social, ni con la religiosa. Cada una de estas clases de responsabilidad tiene una forma específica y distinta de culpabilidad.”

La jurídica dice relación, sin duda, a un elemento normativo, que viene a ser lo específico y por lo que se distingue de la moral; la jurídica tiene, en el lenguaje de la filosofía perenne, un connotado intrínseco, una referencia a un precepto jurídico que le es completamente esencial y sin lo que no puede darse de modo alguno. Antes de la culpa jurídica se ha de presuponer un orden jurídico, una valoración o desvaloración de determinadas acciones que se consideran esenciales para la convivencia y que se imponen con plena autoridad para que sean observadas por todos. Hay, pues, un como juicio previo (usemos la palabra juicio porque llena hoy esta materia en la nueva teoría), un juicio legal, una como decisión previa que establece con anterioridad al obrar lo que se debe hacer y lo que se debe omitir. El particular que se enfrenta con esta ordenación jurídica conscientemente y la desobedece cae en culpabilidad jurídico-moral.

Claro es, por tanto, que en muchas ocasiones podrá darse todo el elemento psíquico necesario para que pueda surgir la culpabilidad moral, sin que se dé con todo la jurídica; porque el ordenamiento jurídico, sea por una razón o por otra, no conceptúa digno de pena aquel obrar y no le eleva, por tanto, a la categoría de acción punible. En este caso podrá haber culpabilidad moral, pero no la hay jurídica.

El Código penal, v. gr., castiga el encubrimiento; sin embargo, exime en el artículo 18 de las penas impuestas a los encubridores, a los que no lo sean de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos o afines en los mismos grados; lo cual quiere decir que, en este caso, aunque se den todos los elementos psicológicos necesarios para que pueda surgir la culpabilidad, sin embargo no la reconoce como tal el ordenamiento jurídico, y no hay, por tanto, culpabilidad jurídica. Falta la previa valoración o desvaloración de la ley acerca de esta acción concreta.

Todo esto es muy cierto; pero no lo es menos que la entidad del acto es la misma por parte del sujeto en el que viola la norma jurídica que en el que viola una meramente moral; que la única diferencia estriba en esa connotación extrínseca, o, en términos más modernos,

(1) S. SOLER: *Derecho Penal Argentino*, T. II, Buenos Aires, 1945, pág. 72.

Escrito este artículo hemos conocido la obra magnífica de PETROCELLI y hemos visto con sumo agrado cómo es casi absoluta nuestra coincidencia en los puntos principales. Relativamente al que consideramos ahora dice: “Si la norma prohibitiva es una norma moral tendremos la culpabilidad moral; si es una norma jurídica tendremos la jurídica. Por diferentes que sean la naturaleza de la prohibición y los límites de una y otra especie de culpabilidad, único es el íntimo fundamento de los dos.”

en la valoración o desvaloración que establece el ordenamiento jurídico; que el concepto de culpabilidad es, por tanto, el mismísimo en su constitución íntima y en su manera de ser (2).

La consecuencia que se podría sacar ya es que la culpabilidad jurídica está constituida y terminada en cuanto se ponga por el agente el acto contra el ordenamiento jurídico con las condiciones que se requieren para la culpabilidad moral; pero no vayamos tan aprisa en las consecuencias.

Es quizás mayor la confusión y diversidad de criterios que oscurecen el concepto de la imputabilidad.

Para ASÚA (3), y en esto sigue a MAYER, la imputabilidad es "la facultad de conocer y valorar el deber y de determinarse espontáneamente". Con mucha mayor exactitud, aunque con la misma tendencia subjetiva, dice el docto profesor de la Central CUELLO CALÓN (4): "El agente, antes de ser culpable, debe ser imputable... La imputabilidad se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo"; y el profesor de Salamanca ANTÓN ONECA (5): "La imputabilidad es un estado, actitud o capacidad del sujeto base de la responsabilidad criminal"; haciendo suya la definición del Profesor MONTES el también Profesor de la Central SÁNCHEZ TEJERINA (6) y el ilustre jurista PUIG PEÑA (7) dicen algo muy semejante; pero este último pone una, a mi ver, muy acertada acotación al añadir: "Estas propiedades o esos *presupuestos de imputabilidad*..." Para BETTIOL (8), imputabilidad es sinónimo de libertad, y para la mayor parte de los penalistas modernos, en general, la imputabilidad, como lo hemos visto en los autores citados, es atributo del hombre, y así hablan de la imputabilidad del hombre y afirman como algo indiscutible que el hombre es imputable. "Ninguno—dice nada menos que el Código penal italiano en su artículo 85—puede ser castigado por hecho previsto por la ley como delito si al tiempo de cometerlo no era imputable. *E imputabile chi a la capacità di intendere e di volere.*" Claro que con esta manera de hablar del Código es natural que le sigan los comentaristas y los escritores penalistas en general.

Quizás parezca audacia no pequeña el querer desviar un poco concepto tan fundamental y pretender explicarle en forma algo diversa de la seguida por tan preclaros autores.

Sin embargo, no faltan razones ni nos vemos solos en la demanda. El asunto puede tener su importancia.

(2) B. PETROCELLI: *La Colpevolezza*, Napoli, 1948. pág. 6.

(3) L. ASÚA: *La Ley y el Delito*, Caracas, 1945. pág. 421.

(4) E. CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, novena ed., Barcelona, 1928, pág. 358.

(5) A. ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal* Madrid 1949, pág. 189.

(6) Y. SÁNCHEZ TEJERINA: *Derecho penal español*, T. I. cuarta ed., Madrid, 1945. pág. 20.

(7) F. PUIG PEÑA: *Derecho penal*, Barcelona 1944. pág. 265.

(8) G. BETTIOL: *Diritto Penale*, Palermo 1945. pág. 265.

Por de pronto creemos que ese corte subjetivo que se da al concepto de la imputabilidad no nos acarrea más que confusiones. ¿Cómo distinguir entonces la imputabilidad de la culpabilidad? ¿No es lógico BERTIOL (8) al decir que imputabilidad es sinónimo de libertad? ¿No lo viene a confirmar el mismo Código italiano al decir que imputabilidad es la *capacità di intendere e di volere*? ¿Qué ventaja atrae la confusión de estos conceptos?

Para nuestro modo de pensar, no es exacta la afirmación de que el hombre es imputable. La imputabilidad no es para nosotros atributo ni cualidad del hombre, sino de los actos que el hombre consciente y voluntariamente produce. Se puede y se debe decir que tal acción y sus efectos son imputables al hombre, pero decir que el hombre es imputable carece de sentido. Cierto que el hombre tiene cualidades propísimas para que a él solo se le imputen los hechos, y en este sentido puede y debe decirse que la imputabilidad radica exclusivamente en algo peculiar del hombre; pero una cosa es que sólo al hombre se le puedan imputar los hechos y otra cosa que él sea el imputable.

Y para que se vea que no es una manera peculiar nuestra de hablar ni exageraciones alambicadas, expongamos algunas razones. Hablemos primero del argumento lingüístico. Sin duda que las palabras tienen su propia significación y que es como violentarlas el querer hacerlas significar algo distinto. Creo que ése es nuestro caso.

Imputar, del *imputo* latino, siempre ha significado atribuir algo a alguien, y esta misma significación ha de quedar, por tanto, a la forma abstracta derivada de ese verbo, es decir, a la imputabilidad. No hay diccionario latino más acreditado que el famoso de Forcellini (9), y en él se lee: "*Imputo significat inferre in rationes, adscribere, expensum ferre...*", y el magífico de SEBASTIÁN COVARRUBIAS (10), de tan veneranda antigüedad, nos dice: "Imputar es achacar, ponérselo a cuenta de alguno..."; el de la Real Academia Española: "Imputar es atribuir a otro una culpa, delito o acción...", y añade, precisando más lo que buscamos, que imputabilidad es cualidad de imputable, o sea, de la culpa, delito o acción que se puede atribuir a uno; y con muchísima mayor precisión, y ya con entera claridad y exactitud, nos dice la *Enciclopedia Espasa*: "Imputabilidad es una relación del acto con el agente; es la propiedad que tiene una acción de ser atribuida al agente; imputar equivale a poner en nuestra cuenta una acción; la imputabilidad es propiedad de la acción."

Muy bien dicho, y entrando ya en nuestro campo del Derecho: "*Imputare*—dice la *Enciclopedia Giuridica Italiana* (11)—*significa porre qualque cosa al conto di alcuno; significa attribuire...*", y la es-

(9) AEGIDIUS FORCELLINI: *Totius latinitatis lexicon*, Lipsia 1839.

(10) S. COVARRUBIAS: *Tesoro de lengua castellana*, Madrid, 1611.

(11) *Enciclopedia Giuridica Italiana*, V. VIII, P. I, Milano, 1902 pág. 538.

pañola (12) afirma a su vez: "Imputabilidad es la actitud o capacidad de imputación, y a ésta la define como la atribución de un hecho a aquellos de quienes depende..."

Entrando en los filósofos que siguen este recto criterio, citaremos solamente a CATHREIN (13), v. gr., para quien imputabilidad es "propiedad de la acción en virtud de la cual se la atribuimos a alguien como a su autor". Casi con las mismas palabras nos la expone también el P. GONZÁLEZ IRENEO (14) en su *Filosofía Moral*. Podríamos multiplicar indefinidamente el número de estas citas, pues todos se apoyan y toman como base a SANTO TOMÁS cuando dice en su 1 2 q. 21 a. 2: "entonces se imputa un acto al agente cuando de tal modo está en su potestad que tenga al dominio del acto".

¿Qué sentido puede tener, por tanto, el decir que el hombre es imputable? ¿A quién es atribuible el hombre?

Se nos dirá que se puede hablar de la imputabilidad considerándola objetiva y subjetivamente, y que el concepto que nosotros describimos es solamente el objetivo. Así lo dicen algunos autores; pero no creemos que haya precisión ni exactitud en esa manera de expresarse. Una cosa es que la imputabilidad requiera tales condiciones subjetivas que sólo en el hombre pueden darse y que, por tanto, en ellas se encuentre su único fundamento, y otra que se pueda decir del hombre que es imputable. "Hablando con precisión—dice SALSMANS (15)—, la imputabilidad se refiere a las acciones o a sus efectos, tratando del hombre que quiere o hace una cosa se debe hablar de responsabilidad."

Para nosotros, por tanto, la imputabilidad es cualidad del acto, no del hombre; es algo objetivo del acto, que no afecta precisamente a su entidad, en sí misma considerada, sino a su modo de proceder del agente; pero ese modo es algo completamente objetivo, es algo real y lo que fundamenta su atribución al hombre, o sea, lo que fundamenta la imputabilidad. La imputación concreta de tal acto a tal hombre presupone, claro está, un juicio por el que, apreciando el tal modo de proceder del acto, se le atribuye al agente, se reprocha por tanto al agente, para emplear el término consagrado; pero más claro es aún que ese juicio y ese reproche no crea la culpabilidad ni la imputabilidad, sino que las descubre y las manifiesta.

Consiguiente a la imputabilidad del acto será la responsabilidad del sujeto, o sea, la necesidad de responder ante Dios, ante la Historia o ante el Juez de lo que se le ha atribuido por haber sido su causa consciente y voluntaria. Por tanto, el proceso lógico de los actos pa-

(12) *Enciclopedia Jurídica Española*, T. 18, Barcelona pág. 897.

(13) V. CATHREIN: *Moralphilosophie*, Freiburg, 1904, pág. 136, y en su *Philosophia Moralis*, Barcelona 1945, pág. 73.

(14) I. GONZÁLEZ: *Philosophia Moralis*, pág. 91, dice: "Imputabilitas est proprietates actus humani vi cuius hic potest et debet tribuo agenti tanquam suo auctorio".

(15) I. SALSMANS: *Dcontologia Jurídica*, Bilbao, 1947, pág. 21.

rece ser éste: la culpabilidad presupone necesariamente la antijuricidad, causalidad e imputabilidad: soy culpable porque con razón se me puede imputar como a su causa un hecho antijurídico, y, por tanto, debo responder de él.

Así, el proceso parece lógico y natural; pero si a la imputabilidad se la confunde con la *capacità de volere* y se hace de ella una cualidad subjetiva, no hay manera de poner orden en estos conceptos ni tiene realmente razón de ser, ni trae más que oscuridad y confusiónismo.

Con esto podemos ya entrar en el examen directo del concepto normativo de la culpabilidad.

Ante todo no es único el concepto que se encierra en estas palabras, como la expone ampliamente MEZGER (16) en erudita nota. V. HIPPEL entiende lo normativo como valoración hecha por el agente, ya termine esta valoración en la antijuricidad del hecho, como quiere Binding, ya en el conocimiento por parte del autor del tipo objetivo del delito, como piensa Von Liszt. Para GOLDSCHMIDT, la concepción normativa de la culpa descansa en que, junto a toda norma jurídica que imponga una determinada conducta externa, existe una norma interna que corresponde a las exigencias impuestas por las reglas jurídicas a su conducta externa, en cuya violación descansaría el andamiaje de la culpa.

Vamos a prescindir de todos estos modos de concebir el concepto normativo de la culpabilidad para fijarnos en el de FRANK (17), que es el seguido por MEZGER y el que va entrando en los libros de texto de Universidades españolas con aire de pleno dominio y como la moneda de mejor ley.

Oigamos primero a FRANK, citado en la misma nota, y nos formaremos ya clara idea de lo que entiende por culpabilidad: "La culpabilidad—dice—no es algo que exista objetivamente, ni tampoco en la psiquis del autor, sino más bien un juicio (18) por el que se afirma que una conducta antijurídica es reprochable a consecuencia de determinados hechos, objetivamente existentes."

Por tanto—aclaramos nosotros—. si se comete un delito con todas

(16) E. MEZGER: *Traado del Derecho penal*, Madrid 1949, segunda ed., tomo II, pág. 5.

(17) Véanse, v. gr. CUELLO CALÓN, ONECA y PUIG PEÑA en los textos y lugares citados.

(18) Véase el fino análisis que hace sobre este punto fundamental PETROCELLI, en su citada obra págs. 126 y ss. "Ma l'errore fondamentale... è di voler fare consistere la colpevolezza in un giudizio... la necessita di un tale rapporto non riguarda in modo speciale la colpevolezza bensì il fatto giuridico nella sua totalità". V. HIPPEL ha dicho también con mucho acierto en su *Deutsches Strafrechts*. II página 276: "La culpa no es ningún juicio sino un estado psíquico determinado y presente en el autor en el momento del hecho y del cual próximo. Juicio es la afirmación de que ese estado en concreto existía y juicio valorativo es la consecuencia de que entonces la reprobación es fundada y por ello merecida la pena", obra citada, pág. 448.

las características objetivo-subjetivas necesarias para la responsabilidad, todavía no se da la culpabilidad jurídica; no hay más que uno de los elementos necesarios: se requiere que otro, distinto de mí, emita un juicio por el que se me reproche la acción, y en este juicio está la esencia de la culpabilidad; ese juicio constituye la culpabilidad de mi acción. "Sólo cuando el juicio de reprobación se hace es cuando surge el concepto de culpabilidad", repite ASÚA. "La culpabilidad es un juicio—nos dice BETTIOL (19)—que supone la presencia de varios elementos entre los que se encuentra el nexo psicológico." "Sólo mediante un juicio valorativo del que juzga se eleva la realidad del hecho psicológico al concepto de culpabilidad. Sólo en virtud de una valoración se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad", afirma MEZGER.

Queda, por tanto, afirmado con toda claridad que la culpabilidad mía está constituida por el juicio de quien me juzga y reprocha mi conducta; mientras tanto, no hay culpabilidad jurídica.

Para concretarlo algo más, vamos a fijarnos en la definición que da MEZGER de la culpabilidad, ya que es la más conocida en España, por la brillante traducción que hizo de su *Tratado de Derecho penal* RODRÍGUEZ MUÑOZ, y al mismo tiempo iremos criticándola con el más sincero deseo de dar con la verdad sin prejuicios de ninguna clase. Admiramos como pocos al gran MEZGER, le estudiamos con verdadera ilusión; pero esto no puede impedirnos que critiquemos lo que nos parezca desacertado y expongamos las razones que nos asisten. Juzgue el lector y aténgase a lo que mejor le parezca.

Para MEZGER: "La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece por ello como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente."

Seguramente que el lector no quedará con el concepto tan claro como el que se ha formado antes, y creará ver como una cortina de humo extendida sobre el contenido sustancial de la definición.

Siempre se ha dicho y sostenido que la definición debe ser precisa, concreta y propia, para que dé una idea clara de lo definido y pueda servir de base para ulteriores estudios o discusiones. Esta brilla, sin duda ninguna, por todo lo contrario. Difícilmente vemos que se pueda decir nada más impreciso, ni incorrecto, que identificar a la culpabilidad con el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan la reprochabilidad; o sea: identificar a la culpabilidad con todo aquello que se requiere para que se pueda decir a uno que ha obrado mal. ¿Quién puede dudar que se requiere antijuricidad, causalidad, exclusión de circunstancias justificantes, etc., etc.? ¿La culpabilidad es, por tanto, todo ese conjunto de elementos tan dispares y de naturaleza tan diversa? ¿En qué se diferencia, entonces,

(19) BETTIOL, ob. cit., pág. 241.

la culpabilidad, sola ella, del delito completo, ya que, según el mismo Mezger, "delito, en sentido amplio, es la acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena?"

Pero ¿es lo mismo para Mezger presupuesto que constitutivo? Así se comprende que llegue a la consecuencia de considerar como constitutivo de la culpabilidad, no sólo a la imputabilidad, pero aun a la misma ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad. Lo extraño es, como dice con mucho acierto SOLER (20), que no considere también explícitamente como constitutivo de la culpabilidad a la antijuricidad objetiva de la acción, pues ésta es precisamente la que da base al juicio de reproche, ya que solamente los hechos antijurídicos son los que pueden ser reprochados.

Pero no nos entretengamos demasiado con esta primera frase de la definición, aunque tan vulnerable; sigamos examinándola.

Continúa el docto profesor diciendo que ese conjunto de presupuestos "fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". Que a la culpabilidad se la llame reprochabilidad, pase, aunque más bien diríamos que es reprobable por ser culpable; pero es origen de confusiones y más confusiones el que en materia tan básica tengamos ya tres términos que en Mezger se identifican realmente: reprochabilidad, culpabilidad e imputabilidad.

Termina su definición MEZGER con esta frase: "La acción aparece como expresión jurídicamente desaprobada."

Esto sí que lo considero digno de estudio, pues es muy de notar el salto que se da de lo abstracto a lo concreto. Se hablaba hasta ahora de reprochabilidad, y ahora se habla de reprochada, desaprobada. Y no es un *quid pro quo*, es decir, un descuido de momento, sino que en la nota correspondiente nos dice: "De hecho reprochabilidad significa lo mismo que reproche...: el reparo es puramente gramatical."

Estamos muy lejos de creer que el reparo sea puramente gramatical; para nosotros es trascendental, es fundamentalísimo, tanto más cuanto que en esta confusión nos parece que se apoya y descansa la esencia misma de la concepción normativa de la culpabilidad que Mezger nos expone.

Que la diferencia es trascendental salta a la vista. Si la culpabilidad consiste en la reprochabilidad, en el momento en que ésta se dé se dará la culpabilidad: pero si se requiere que la acción aparezca como jurídicamente desaprobada, es claro que se necesita el reproche completo y no bastará la reprochabilidad. Ahora bien: como el reproche concreto no se concibe sin juicio previo, es decir, sin que se presuponga un juicio valorativo, extraño al agente, que reprocha al autor por su acción; podría así llegarse a la consecuencia de que en ese juicio descansa o que por él queda constituida la culpabilidad jurídica del delincuente. Y éste es realmente el camino seguido por los defensores de la teoría.

(20) SOLER. ob cit. pág 16.

CRITICA DE LA TEORIA

Ordenemos un poco el enjuiciamiento de estas expresiones y de conceptos tan singulares y extraños, que chocan con todo el sentir tradicional, en materia tan estudiada por nuestros grandes pensadores y en la que no han podido influir datos ni hallazgos nuevos que pudieran justificar el cambio.

Ante todo hubiera sido muy de desear, y aun absolutamente necesario, un serio razonamiento para justificar el cambio; una seria exposición de lo que se entiende por culpabilidad jurídica y, como consecuencia de todo, una clara prueba de que no basta el concepto clásico de culpabilidad, ni aun con la expresa referencia a la violación de lo prohibido por la ley.

Abrase el tratado de MEZGER, v. gr., y se verá que no hay en él nada de esto; todas son afirmaciones y más afirmaciones sin una sola prueba; afirmaciones categóricas y aun las respuestas a dificultades lógicas y naturales se reducen a lo mismo, a meras afirmaciones.

“Puede parecer extraño a simple vista—dice, recogiendo la clarísima e irrefutable objeción de ROSENFELD—la idea de que la culpabilidad de un hombre no debe radicar en su propia cabeza, sino “en las cabezas 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 con una determinada situación de hecho de la culpabilidad que yace en el sujeto, pero valoriza a la vez esta situación considerándola como un proceso reprochable al agente. Sólo mediante este juicio valorativo del que juzga se eleva la realidad del hecho psicológico al concepto de culpabilidad... La culpabilidad no es, por tanto, sólo la situación de hecho de la culpabilidad, sino esta situación de hecho como objeto del reproche de culpabilidad. En una palabra: culpabilidad es reprochabilidad..., etc., etc.”, y así sigue constantemente con solas afirmaciones, sin una sola prueba, un solo argumento; pero con la clarísima confusión de la culpabilidad con la imputación concreta, cosas esencialmente distintas.

BETTIOL parece intentar alguna prueba; vamos a ver cómo se fundamenta, por tanto, este sentir y qué fuerza tienen las razones.

“Cuando se afirma—dice (pág. 241)—que debe eliminarse la concepción normativa de la culpabilidad, porque en ella se reduce la culpabilidad a un mero juicio, se olvida entonces que toda la ciencia jurídica, en cuanto normativa, es un mero complejo de valoraciones y de juicios. Lo que existe en la realidad es un dato de hecho, que en tanto asume valor y relieve en cuanto se le ponga en relación con una norma jurídica, es decir, en cuanto sea valorizado. Objetivamente, en la culpabilidad existe, sí, el enlace psíquico; pero en tanto tiene significado en cuanto puede ser considerado como de relevancia jurídica.” Y más adelante: “La culpabilidad es un juicio objetivo por-

que en las exigencias de la noción normativa de la culpabilidad, lo que cuenta no es tanto la conciencia que el agente tiene de la antijuricidad e ilicitud de su obrar contra el deber (pues con esto no saldríamos aún de la conciencia psicológica), sino de la conciencia que el juez se forma y manifiesta en su valoración."

Considerémoslo con un poco de atención. Que los meros datos de hecho en tanto asuman valor y relieve en cuanto se les ponga en relación con una norma jurídica, es decir, en cuanto sean valorizados, nos parece acertadísimo al referirse a la culpabilidad jurídica; pero nos parece desacertadísimo el que esa valoración haya de ser hecha por el juez; de modo que hasta que el juez dictamine no hay posible valoración jurídica, ni se puede hablar, por tanto, de la culpabilidad.

Dos valoraciones o juicios, si queremos así llamarlo, podríamos considerar: el juicio de la ley y el juicio del que hace el reproche. El Código penal puede considerarse como un juicio expreso en constante ejercicio, en cuanto que a él han sido llevados todos los actos delictivos, todo aquello que se condena como contrario a la convivencia, todo lo que se cree necesario reprochar para que la vida se desenvuelva conforme al Derecho; y claro está que al llevarlo al articulado del Código y sancionarlo con determinadas penas se lo valora o desvalora de la manera más pública y eficaz, e implícitamente, por lo menos, se impone a todos su absoluto cumplimiento. ¿Se podrá decir que no basta esta valoración para convertir los meros datos de hecho en algo de plena relevancia jurídica, en algo amplísimamente valorado?

Vendrá después la segunda valoración o segundo juicio: aquella primera, la de la ley, es en cierto sentido abstracta o, mejor dicho, general; esta segunda es concreta; este juicio segundo consiste en la aseveración de que se han cumplido todos los requisitos completamente, los objetivos y los subjetivos para que la acción sea reprochable y venga el reproche a la persona concreta. Si bien nos fijamos, en este segundo juicio no hay propiamente valoración ninguna, sino constatación, afirmación de que se dan realmente los requisitos para la imputación del hecho y, por tanto, se le imputa: aquí no se crea, no se produce nada; sencillamente se constata la realidad, se indaga en la psicología del presunto delincuente, se observan las circunstancias en que ha obrado, se afirma la antijuricidad del hecho, y viene, claro está, la condena.

No dudo, ni creo que haya dudado nunca jamás penalista alguno, de la trascendental e importantísima misión del juez en la administración de la justicia. El se nos presenta con la ley en la mano y en presencia del delincuente; ha de conocer perfectamente la una y estudiar el obrar concreto del otro, para sacar la consecuencia y aplicar la pena. No ciertamente en aquel modo matemático abstracto que venía a inculcar BECCARÍA de modo que el juez no deba hacer más que sacar automáticamente la consecuencia de dos premisas bien precisas y delimitadas: la primera dada por la ley y la segunda por el hecho,

sino de modo más humano: examinando y valorando el hecho; apreciando las condiciones subjetivas del delincuente; y aplicando racionamente la pena que le parece más indicada.

Podrá muy bien suceder que el delincuente se crea solamente cómplice y que en ese supuesto haya obrado, y que, sin embargo, lo que sucede con frecuencia, el juez le declare autor y reconozca, por tanto, tal culpabilidad específica desconocida para el mismo delincuente; sucederá que el delincuente confíe en haber obrado bajo la presión del miedo y que, no obstante, al juez no le parezca lo suficiente para eximirle de la pena, ni aun tal vez para atenuarla, etc., etc. Todo esto puede darse y se da constantemente en la administración de la justicia; pero el juez, lo repetimos, no crea la culpabilidad desde ningún punto de vista; valora, sí, los hechos; ve la ley y no hace más que aplicarla según su humano y racional sentir. Descubre la culpabilidad; ve que el caso está incluido en la ley y lo manifiesta: al dar, pues, su juicio no es que surja entonces la culpabilidad, sino que dice lo que ve y lo juzga como lo ve.

¿En qué lógica cabe que a este segundo juicio se le puede llamar culpabilidad jurídica del delincuente? Aquí no hay más que la imputación del hecho, la cual no puede menos de suponer la culpabilidad, por tanto imposible que la pueda constituir; aquí hay mera declaración de que se ha dado el caso previsto por la ley y con las condiciones subjetivas precisas. La culpabilidad jurídica existe, por tanto, anteriormente al juicio de reproche plenamente constituida; lo único que falta es declarar su existencia como condición precisa para que pueda imponerse la pena. ¿A quién se le puede ocurrir afirmar, supuesto lo dicho, que sea el juez el que crea la culpabilidad del delincuente? ¿No viene a ser lo mismo que afirmar el absurdo de que el juez, con su juicio de reproche, crea el delito?

El mismo MEZGER parece estar a ratos con nuestra manera de pensar, ¡ tanta es la antinaturalidad de este lenguaje y la dificultad de guardar la lógica en afirmaciones tan singulares!; y así nos dice (página 9) que “la afirmación de la exigida referencia de la acción a dicha personalidad le basta al Derecho *para reconocer* la culpabilidad del sujeto”.

Muy bien dicho para reconocer, lo cual quiere claramente decir que preexiste la tal culpabilidad, y que no la crea, por tanto, el que afirma la referencia de la acción a la personalidad; es decir: el que reprocha la acción; y pocas páginas antes: “La culpabilidad significa un conjunto de presupuestos de hecho de la pena... 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 reprochada.” También estamos completamente de acuerdo y ha sido el parecer universal desde que hay administración de justicia en el mundo; claro está que para que se pueda castigar, es decir, para que se pueda aplicar la pena, no basta que se haya cometido el delito, es preciso, además, que se le pueda probar, que se le pueda

imputar, que se le pueda reprochar y aún que se dé el reproche; pero no es menos evidente que al formular el juicio de reproche nada se crea, sino que meramente se afirma la existencia de las condiciones objetivas y subjetivas necesarias para la imposición de las penas (21); se constata su existencia, como lo hemos repetido ya demasiadas veces, se da, por tanto, como plenamente existente la culpabilidad.

Así todo procede con plena lógica; de otra suerte no son pocos los absurdos a que parece llevarnos tal teoría. Si admitimos con Frank que la culpabilidad no es algo que exista objetivamente, ni tampoco en la psiquis del autor, sino más bien el juicio por el que se afirma la reprochabilidad de la conducta; habrá que deducir lógicamente que mientras no haya el tal juicio de reproche no hay culpabilidad ni puede dejar de haberla si tal juicio existe. Supongamos, por tanto, un supuesto delincuente, a quien los datos concretos de tal modo comprometen que, a pesar de su inocencia, sale condenado. Según esta teoría se da plenamente en el delincuente la culpabilidad jurídica, pues existe el juicio de reproche y en eso consiste la culpabilidad, y si la culpabilidad justifica la condena, resultaría muy justamente condenado. Por el contrario, el delincuente que por suerte o por sus malas artes o por dinero e influencias logra salir indemne del Tribunal de justicia, estará libre de toda culpabilidad jurídica, pues no ha habido juicio de reproche; de manera que, aunque haya procedido con la actuación dolosa más refinada, con el más pleno conocimiento de la ilegalidad de su conducta, se debe afirmar de él que no tiene culpabilidad, y como ésta es el elemento fundamental del delito, se deberá decir que no ha existido realmente delito, aunque conociéramos todos su manera de actuar. Quizás se me diga: cierto es que en ese caso no se le puede castigar, pues no ha habido condena y, por tanto, no hay, para los efectos legales, delito, y él podrá perseguir criminalmente a quien le llame delincuente. Esto es muy cierto; pero no lo es menos que no hace falta más sino que la justicia abra los ojos o quiera o pueda abrirlos para que vea delante de sí a un completísimo delincuente a quien sin más podrá y deberá aplicar la pena.

En resumen: para nosotros y con nosotros para la totalidad del mundo jurídico de ayer y quizás la mayor parte del latino de hoy, aunque van aumentando las bajas:

1.º La culpabilidad y la imputabilidad son conceptos distintos. Supuesto un acto consciente y libre, la imputabilidad es cualidad o propiedad del acto, por la que se le puede y debe atribuir al agente; supone determinadas cualidades en el agente, y así se debe afirmar que sólo el hombre, obrando consciente y voluntariamente, puede producir actos que se le deban imputar.

(21) PETROCELLI, ob. cit., pág. 129: "E tutto il giuridico si riduce per l'elemento soggettivo non meno che per quello oggettivo alla *constatazione* della conformità o meno al tipo normativo".

2.º La culpabilidad, a vista del mismo acto, es cualidad del agente por obrar de tal modo que se le pueda atribuir o imputar el acto.

3.º La imputación es la atribución al sujeto del hecho realizado; es el reproche, y claro está que como tal reproche debe presuponer la culpabilidad plenamente constituida; pues sería absurdo atribuirle el acto o reproche cuando no se da aún la culpabilidad.

Podríamos, por tanto, suscribir el párrafo final de MEZGER, aunque en realidad el sentido que le damos sería muy diverso. Dice MEZGER, resumiendo su parecer: "Este reconocimiento de que la culpabilidad jurídico-penal no es una situación de hecho psicológica sino una situación de hecho valorizada normativamente, se designa con el nombre de concepción normativa de la culpabilidad." (22).

Por de pronto, para nosotros, es también situación de hecho psicológica, aunque no sólo eso, pues requiere cierta valoración normativa. La diferencia fundamental está en que para nosotros esa valoración normativa la ha de hacer la ley y sólo la ley. La posterior valoración que consiste en el juicio concreto de reproche actual, no es ni puede ser constitutivo de la culpabilidad, sino meramente declarativo de que se ha dado el caso previsto por la ley y con las condiciones subjetivas precisas para que pueda imponerse la pena.

El profundo penalista RODRÍGUEZ MUÑOZ ha añadido en la segunda edición española a la obra de Mezger, por él traducida, una espléndida y amplísima nota sobre esta materia, en la que quiere considerar "si con arreglo a nuestro Derecho positivo la culpabilidad ha de entenderse de una o de otra manera". "No faltan en el Código preceptos—dice—que interpretados en una debida conexión pudieran arrojar alguna luz sobre el problema." Si se tiene en cuenta de qué indole han sido los apoyos legales que en el mismo derecho alemán han servido a los tratadistas para llegar a formular con viabilidad el concepto normativo de la culpabilidad, tendremos que reconocer que tampoco falta en nuestro derecho. Se fija muy particularmente en la circunstancia 10.ª del art. 8.º, que dice estar exento de responsabilidad "el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor".

Consideremos el raciocinio del profesor de Valencia, porque podrá aclararse mucho lo expuesto. Afirma, por de pronto, aunque le parece que "es un tanto o un mucho atrevido", que la tal circunstancia 10.ª no es causa de inimputabilidad, sino de exculpabilidad. Sí, que han creído lo contrario la inmensa mayoría de los penalistas (23);

(22) Obra citada, pág. 6. En el mismo sentido y con agudo examen FERRER SAMA en sus tan interesantes *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1926, pág. 229.

(23) Podría considerarse el problema en abstracto y en concreto; es decir, en sí mismo, prescindiendo de la legislación positiva y en el Código. Considerado desde este segundo punto de vista, quizás haya de decirse que en el Código español es causa de inimputabilidad. Todo depende del alcance que se dé a la palabra *insuperable*, y cierto que si le damos el que le asigna el Tribunal Supremo, no cabe esugio. "El miedo insuperable dice en sentencia del 15 de febrero 1945 y si-

pero tiene consigo, a su vez, a la casi totalidad de los moralistas, y los creo compañía muy sobrada para no pecar de atrevido. ARREGUI ZALBA, en la edición castellana de la *Teología Moral*, dicen, hablando del miedo (pág. 13): "Los actos ejecutados por miedo, siempre que no turben la razón por completo, son en definitiva voluntarios, aunque con salvedades; puesto que, para evitar el daño que amenaza, la voluntad los escoge libremente, aunque quizás con repugnancia." Admiten, por tanto, que fuera de los casos extremos en que se turbe la razón tan plenamente que no pueda haber imputación del hecho, hay voluntad; luego hay imputabilidad; por tanto, diversa ha de ser la causa que excluya la pena, y no puede ser otra que la falta de culpabilidad. Hay, sí, lo psicológico necesario para que surja la culpa; pero falta el connotado extrínseco, o sea, la referencia a la ley que lo reconozca como culpa punible.

Deduce, como consecuencia, el profesor Rodríguez Muñoz, que "no puede, de modo más claro, sacarse a la luz la índole normativa de esta causa de exclusión de la responsabilidad." "Hay—continúa—falta de culpabilidad en función a un concepto normativo de esta última."

Si esta frase la hubiéramos encontrado aislada de la teoría de MEZGER nada tendríamos que oponer a ella. Es claro que hay falta de culpabilidad, porque falta aquella relación al concepto normativo que es necesaria para la culpabilidad jurídica, como ya lo hemos indicado; pero sí quiere decir, como parece deducirse de lo que está exponiendo, que falta la culpabilidad por faltar la valoración concreta del juez; no vemos, entonces, cómo, en buena lógica, pueda sacarse tal consecuencia, ni en qué pueda fundamentarla. Repetimos por última vez que, en esa valoración concreta del juez, no hay más que la constatación de la realidad; por consiguiente, la culpa la encuentra plenamente constituida.

Si a este último juicio se le quiere llamar culpabilidad jurídica, será cuestión meramente nominal y nada laudable, pues será querer formarse un concepto de culpabilidad exclusivo para el Derecho penal, sin ventaja ninguna y fecundo en confusiones y aun en falsedades en la materia más fundamental.

Con muchísima razón termina su estudio SEBASTIÁN SOLER que

milarmen se expresa en otras muchas (ha de ser) de tal intensidad que, colocándole en una situación de terror invencible, que implique la anulación de la voluntad, le obligue a recurrir a su actuación delictuosa".

Concebido así el miedo insuperable es claro que resulta causa de inimputabilidad; pero no es menos claro que resultará de aplicación casi nula en la práctica, pues estos casos serán rarísimos si se ha de establecer alguna diferencia entre esta eximente y otras del mismo artículo.

Lo ordinario será lo que indicamos arriba y entonces el miedo podrá actuar, según la voluntad del legislador, o como atenuante o aún como eximente si por la misma peligrosidad del delincuente no se le cree digno de pena y claro que, en todo caso por falta de culpa punible. El Código Canónico lo estudia ampliamente y con mucho acierto.

“la doctrina normativa se basa en un equívoco verbal, en el que se da a la consecuencia el valor de la causa, trayendo con ello una complicación inútil y engañosa dentro de la sistemática”. e

Podríamos continuar el estudio siguiendo los pasos de MEZGER en la investigación de los elementos constitutivos de la culpabilidad, pues supone que elementos constitutivos suyos son la imputabilidad, el dolo y la culpa (ya que no los concibe como especie de la culpabilidad, sino como elementos suyos) (24) y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

Ciertamente que estamos muy lejos de pensar del mismo modo. Creemos muy necesario precisar antes qué se entiende por supuesto y qué por constitutivo, y de ninguna manera podríamos admitir su afirmación de que “lo que es presupuesto, de la culpabilidad es por ello de modo necesario su característica”. Con principios como éste no hay definición filosófica, que contenga los elementos constitutivos de una entidad, que pueda quedar en pie.

Como estas afirmaciones encuentran oposición hasta en no pocos seguidores del concepto normativo de la culpabilidad, no creemos necesario detenernos por ahora en ello. Mucho nos alegraríamos si hubiéramos conseguido excitar un poco la curiosidad en una materia que, a nuestro modo de ver, no tiene más atractivo que el de la novedad y presenta, en cambio, peligro y confusión en los conceptos más fundamentales del Derecho penal.

RÉSUMÉ

L'auteur critique la doctrine si étendue du concept normatif de la culpabilité. Il établit premièrement la notion précise de la culpabilité juridique et la compare avec la culpabilité morale, pour déduire que la différence est seulement externe c'est à dire qu'elle ne consiste que dans la relation qui unit la culpabilité juridique à un élément normatif, à un précepte juridique, sans laquelle elle ne peut pas exister. Après il examine lentement le concept de l'imputabilité et après avoir exposé l'opinion de beaucoup de pénalistes qui la considèrent comme une qualité du sujet, il déduit la conséquence avec des arguments linguistiques et philosophiques que l'imputabilité est plutôt un concept objectif que subjectif; c'est à dire qu'elle affecte le fait plutôt que l'homme. Il considère cette délimitation du concept comme nécessaire pour la différencier d'autres qui se ressemblent, qui sont complètement subjectifs, et avec lesquels il conserve une relation intime.

Avec ces présuppositions il aborde le thème directement en étudiant et en critiquant la définition de Mezger, car elle est celle qui a la plus grande influence dans notre littérature juridique espagnole.

(24) CUELLO CALÓN, ob. cit., pág. 359, en la nota, y PUIG PEÑA, pág. 291.

L'auteur n'admet pas que la culpabilité consiste dans le jugement évaluatif du juge. Il considère deux valorisations ou jugements: celui de la loi, pas celui du juge. Pour l'auteur le jugement du juge ne peut être que déclaratif; il ne peut faire que constater la réalité, découvrir la signification de la loi et demander son application; il estime l'action sans doute, mais il trouve la culpabilité déjà pleinement constituée. Il croit qu'appeler culpabilité à cette valorisation est erroné et dangereux dans une matière si fondamentale, car cela ne fait que créer des confusions et une sorte de culpabilité qui n'aurait application que dans le Droit pénal.

SUMMARY

The author criticises the now so spread doctrine of the normal concept of culpability. He establishes first the exact notion of juridical culpability and compares it with moral culpability to deduct therefrom that the difference is only an external one, that is to say, that it consists only in the relation uniting the juridical culpability with a normal element, with a juridical precept, without which it cannot exist at all. He investigates afterwards the concept of imputability and after considering the opinion of several penalists who consider it as a quality of the subject he draws the conclusion with linguistic and philosophical arguments that imputability is rather an objective than a subjective concept; that is to say, that it affects the fact rather than the man. He considers that delimitation of the concept as necessary to distinguish it better from other akinones, that are principally subjective, and with whom it maintains a close relation.

With these presuppositions he enters the subject by studying and criticising the Mezger definition, because it is the one that has the greatest influence in our Spanish juridical literature. The author does not admit that culpability may consist in the valuating opinion of the judge. He considers two valuations or judgements: the one of the law and the one of the judge. The truly valuating one, and the one that is required to constitute the culpability, is undoubtedly the one of the law and not the one of the judge. For the author the opinion of the judge can only be a declarative one; it can only confirm the reality, discover the signification of the law and require its application; he considers the action, but he finds the culpability totally constituted. He thinks that calling culpability to this valuation is wrong and dangerous in such a fundamental matter, than it creates confusion and a kind of culpability that could only be applied in Penal Law.