

Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad (*)

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. Alcance del problema.—II. La doctrina alemana.—III. La doctrina italiana.—IV. La doctrina francesa.—V. La doctrina suiza.—VI. La doctrina de la *Guilt* anglo-sajona.—VII. La posición positivista integral y la abolición de la culpabilidad en la doctrina y *praxis* soviéticas.—VIII. La doctrina española.—IX. Nuestra posición: De la concepción unitaria de la culpabilidad, análisis, síntesis y situación estructural del concepto.

I. ALCANCE DEL PROBLEMA

En la semántica tradicional común y gramatical el vocablo «culpabilidad» ha venido respondiendo a su acepción latina de *culpabilitas*, a modo de calidad de «culpable» o responsable de un acto o conducta tenidos por pecaminosos o criminales. En esta acepción vastísima es claro que la culpabilidad es concepto de amplitud abismal, interesando más allá del Derecho a la Teología, la Metafísica, la Moral y, en general, a todas las disciplinas de tipo humano y culturalista. Como tal principio metajurídico (más no quiere decir extraño al Derecho, sino sito en él, pero más allá de él), preocupó siempre, mucho antes que a los juristas, a los más egregios espíritus filosóficos, desde Platón a Hegel, culminando en el siglo XIII con las armónicas e insuperadas soluciones que procuró Santo Tomás de Aquino al desarrollar la tesis liberoarbitrista y voluntarista agustiniana del *omne peccatum est in voluntate* (*Summa Theológica*, II a II æ, q. LIX, art. 1).

Aun reconociendo la inmersión de tan trascendental problema en el Derecho penal, a modo de presupuesto del que, como el nuestro, descansa o pretende descansar en *substrata* espiritualistas (no siempre felizmente perfilados por su técnica), no ha de ser éste el tema del actual trabajo. Bello y apasionante entre todos, rebasaría en mucho el carácter jurídico penal y, sobre todo, la posible competencia de su autor. Es su propósito circunscribirlo a

* Ese artículo está destinado al Libro-Homenaje en honor del Profesor don Nicolás Pérez Serrano, que ha de aparecer en el presente año.

la mera exposición, siquiera esquemática, del moderno despliegue de las doctrinas de la culpabilidad en la dogmática iuspenalista hoy dirigente y referida exclusivamente a cuestiones puramente técnicas. Si bien ellas tienen sus raíces harto visibles en lo filosófico y aun en lo teológico, presentan aspectos genuinamente penales y en absoluto modernos, puesto que nacen prácticamente con el siglo y no se plantearon siquiera, al menos de un modo consciente, en el tiempo de las grandes codificaciones. Entonces, y mucho después, la noción de la culpabilidad fué la ordinaria y, por decir así, ingenua implicada en el vocablo. Aun así, fué ya un notable triunfo de los puntos de vista de espiritualidad del Derecho y de la teoría general del delito, a influjos de la Iglesia, de los teólogos morales y de los canonistas, pues, como es bien sabido, la tradición germánica, y en gran parte la romana, abogaba por la intrascendencia de lo espiritual y subjetivo (predominio de la *Erfolgshaftung* o «responsabilidad por el resultado» sobre la *Culpshaftung* o «responsabilidad por la culpabilidad»).

En el mentado estadio cultural en que nuestros códigos penales surgen, confluyendo en lo que a este asunto atañe, la tradición católica vernácula con la iusnaturalista racionalista del Iluminismo, inspirador de los modelos franceses e itálicos, el léxico del Código penal español se acoge, como los demás de la época, a la acepción usual de la voz, en que el adjetivo «culpable» se asimila ordinariamente al de «responsable» y aun al sustantivo de «re»; como sucede, entre otros, en el art. 232, circunstancia primera, en que, al tratar del atentado, se prevé la circunstancia de que «el culpable pusiere manos en la autoridad». No otro sentido de generalidad, no exenta de vaguedad, tuvieron en las otras lenguas románicas la *culpabilité* francesa y la *colpevolezza* italiana.

En los idiomas germánicos, por el contrario, tanto el vocablo sajón *Guilt* como el germano de *Schuld*, éste sobre todo, encerraron acepciones algo más concretas, referidas a un débito referible a obligaciones exigibles. Tal es la doble significación, incluso técnico-jurídica, de la palabra alemana *Schuld*, aplicable a las obligaciones de Derecho civil (*Schuldrecht*, «derecho de obligaciones») y a la culpabilidad en el sentido penal y ordinario que ésta tuvo y sigue teniendo en las lenguas latinas (1). No es aventurado, quizá, el pensar que a estas divergencias lexicológicas respondan las diferencias de concepto y que, en consecuencia, la doctrina alemana haya sido la que, por imperativos de tradición lingüística, ha preferido constantemente las acepciones de tipo jurídico y normativo, en tanto que la latina, italiana y española se pronunciaron preferentemente por las ético-psicológicas, que respondían con mayor

(1) Según BINDING, la voz germánica de *Schuld* deriva de *Skulan*, significando originariamente el «deber» o *Sollen*, y lo debido en virtud de cualquier título (V. Die Normen, t. II, pág. 267).

fidelidad al eco milenario de la *culpabilitas* romana. Es ésta una mera sugerencia de interés más bien histórico, ya que, en la actualidad, los problemas cardinales se hallan planteados en otro terreno. En todos, empero, lo filológico trasciende siempre, pues, como dijo el gran Gierke, «las palabras son la carne y no los trajes de las instituciones jurídicas».

Conforme a la aludida significación tradicional, usual en los códigos y en la doctrina, el término culpabilidad no suscitó en sí cuestiones dogmáticas, aunque si copia de ellas en lo filosófico trasladado a lo jurídico, notablemente en torno al libre albedrío y el determinismo, que tanto apasionaron a las escuelas clásica y positivista en las postrimerías del pasado siglo. Fué la *magna questio* del tiempo, en la que pareció jugarse hasta la existencia misma del Derecho penal (2). En el alborar de la presente centuria, sin embargo, al apagarse en la paz o armisticio de las escuelas los fulgores de tales querellas que obviamente desbordaban el campo del Derecho y concentrarse todos los afanes en la construcción de una teoría del delito en puridad técnica y dogmática, prevaleciendo la primera en la ciencia italiana y la segunda en la alemana, la cuestión de la culpabilidad quedó definitivamente centrada en el terreno jurídico. Prescindiéndose, aunque no desentendiéndose en la mejor doctrina, de los factores metafísicos y metajurídicos en general, dicha noción pasó a ser, sobre todo desde el trascendental libro de Ernesto Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, de 1906, uno de los tres caracteres o elementos de la infracción criminal, al ser definida ésta jurídicamente como acto típico, antijurídico y *culpable*. Es entonces, empero, cuando la doctrina se esfuerza en precisar con inauditos alardes de sutileza y profundidad el alcance y naturaleza de tales conceptos, cuestión en torno a la cual viene girando gran parte de la ciencia jurídico-penal de lo que va de siglo. Entre ellos, el más discutido y aun el tenido generalmente por cardinal es el de la culpabilidad, cuyo sino parece ser el de suscitar querellas.

Aceptándose con escasas, aunque bien lamentables desviaciones, tales como la del positivismo integral y la del marxismo soviético (v. VII), los presupuestos ideales que la voz de culpabilidad secularmente evoca, llegó la hora de problematizar su naturaleza específica jurídico-penal en derredor al doble tópico de su psicologismo o normativismo. Cuestión nacida, como en seguida ha de verse, en la doctrina alemana, ha ido infiltrándose en las extranjeras, donde no siempre se conservan los puntos de vista de la discusión originaria, propugnándose en los espíritus más clarivi-

(2) En referencia concreta a la culpabilidad y en la bibliografía alemana del fin de siglo son de citar como culminantes las obras de KULENBECK: *Der Schuld begriff als Einheit von Wille und Vorstellung in ursächlicher Begehung zum Verantwortlichkeitserfolg* 1892, en sentido liberoarbitrista, y de LÖFFLER: *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleich, und dogmat. Darstellung*, 1895, confesadamente determinista.

dentes y clásicos—*in bonam partem*—una conciliación sincrética que se busca afanosamente en diversos caminos. Tras de exponer los seguidos por los maestros más prestigiosos o significativos, osaremos mostrar el nuestro, parvo e infecundo como tal, pero propio, como la casa de Lope y el huerto de Epicuro.

II. LA DOCTRINA ALEMANA

La caracterización metajurídica y, concretamente, en lo penal, psicológica de la culpabilidad, fué la *communis opinio* en Alemania como en el resto del mundo hasta que el a la sazón profesor de la Universidad de Tubinga, Reinhard Frank, la reclamó exclusivamente para la técnica jurídica en su famosa obra *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, aparecida en 1907, esto es, al año siguiente de la de Beling. En ella no se niega la participación de elementos extrajurídicos, notablemente psicológicos, en la noción de la culpabilidad, como tan a menudo se ha sostenido tendenciosamente o sin fundamento, pues lo que es verdad se hace es añadir a los mismos (3) la que ya desde entonces había de ser condición decisiva, es decir, la de lo normativo. Se erigió como esencia de lo culpable la denominada «reprochabilidad» o *Verwerfbarkeit*, que, como tal; es un juicio de valor, normativo y culturalista, no fenómeno metafísico o físico como los que hasta entonces habían preocupado exclusivamente a los penalistas, tanto a los de comunión clásica como a los de positivista.

La innovación de Frank, el normativismo en la culpabilidad que no apareció nominativamente hasta la 18 edición de su *Kommentar*, respondía en toda evidencia al movimiento contemporáneo renovador del idealismo filosófico germano que dirigieron Windelband y Rickert en el seno de la escuela de Baden. Reforzó, sin embargo, sus posiciones filosóficas merced al vigor prestado a poco por el axiologismo o Filosofía de los valores, encarnado en las próceres figuras de Max Scheler y Nicolai Hartmann. Ya con este bagaje axiológico James Goldschmidt pudo aportar nuevas armas dialécticas a la concepción normativa de la culpabilidad, lo que hizo primero esquemáticamente en una monografía sobre el estado de necesidad (*Der Notstand, ein Schuldproblem*, publicada en 1913 en el «Osterreichische Zeitschrift», IV) y luego, ya con pleno desarrollo, en el trabajo polémico *Normativer Schuld begriff*, de 1930, inserto en el Libro Homénaje a Frank (4). Entre ambos estudios

(3) Con la expresión literal de *mehr erfordert als diese psychische Beziehung* («más se requiere que estas relaciones psíquicas»), ob. cit. en el texto y *Kommentar*, ed. de 1931, pág. 136.

(4) En *Festgabe für Reinhard Frank*, 1930, tomo I; hay traducción española de MARGARITA GOLDSCHMIDT y R. C. NÚÑEZ, bajo el título de *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 1943, con un interesante «Bosquejo» de R. C. NÚÑEZ, al que más tarde se hará mención.

goldschmidtianos había visto la luz, en 1932, el de *Schuld und Vorwurf*, de FREUDENTIAL, insistiendo en la parificación de conceptos del binomio «Culpabilidad-Reproche». Serviales de enlace una noción puramente normativa, pero no extraña a la axiología eticista, la de la «exigibilidad» o *Zumutbarkeit*, que venía así a incrustarse un tanto teratológicamente en la estructura relativamente tradicional de lo culpable (5).

Es en J. Goldschmidt donde, en las obras citadas, notablemente en la segunda, aparece con todo vigor de construcción tectónicamente acabada la concepción normativa de la culpabilidad en sus perfiles, por decirlo así, clásicos. Lo es, por lo menos, en lo que se refiere a su pureza, ya que no a su aceptación mayoritaria, ni siquiera en el ámbito del normativismo alemán. Partía el decano de Berlín de la publicidad independiente de normas: la de derecho, definidora de la noción de lo injusto, y la de deber, que lo es de la culpabilidad. Tan original y seductor punto de vista en lo lógico acarrearba, sin embargo, la consecuencia demasiado extremada y plena de consecuencias, de contemplar la culpabilidad como una variante de la antijuricidad, referida no a normas puramente jurídicas, sino de deber, la por su autor denominada *Pflichtwidrigkeit* o «anti-deber», con los consiguientes trastornos en la construcción jurídica del delito. Lo importante, sin embargo—aparte de esta peculiaridad de la tesis goldschmidttiana—, era lo de presentar la noción de lo culpable como una situación de hecho valorizada normativamente.

Bien que sin excluir expresamente en ninguno de sus supuestos la posible presencia de elementos psíquicos o morales, Goldschmidt venía implícitamente a romper la tradición positivo-sociológica de su maestro Von Liszt, que definió la culpabilidad como «la relación subjetiva del autor con el resultado antijurídico, en la que se engarza la responsabilidad» (6), es decir, en un plano genuinamente naturalista. Y es que Goldschmidt, al menos en esta ocasión, se remonta por encima del positivismo de la generación anterior al idealismo kantiano más ortodoxo. Las afinidades indubitadas entre su «norma de deber» y el «imperativo categórico» han sido sagazmente reveladas por Ricardo C. Núñez en su Prefacio a la edición argentina de la obra del profesor berlinés y, en efecto, entre el carácter de juridicidad que lo culposo y su norma de reproche ostenta en lo goldschmidttiano y el absolutismo característico kantiano media tan sólo una diversidad de matiz, de *quantum* más bien que de esencia. Más radical que Frank, en quien no se había consu-

(5) Así, en *Schuld und Vorwurf*, 9, 21, FREUDENTIAL acusa la presencia de elementos éticos en la culpabilidad, a la par que psicológicos.

(6) VON LISZT: *Lehrbuch*, ed. 7, pág. 137. Era, en rigor, la misma definición del vienés MIRICKA en *Die Formen der Strafschuld*, 1903, pág. 107, es decir, «relación entre la psiquis del autor y el resultado efectivo definido positivamente como punible», y la de MITERMAIER en *Kritische Beiträge*, pág. 31, acentuando en el efecto físico la condición de querido y conocido.

mado la ruptura con lo psíquico y ético, el normativismo de Goldschmidt, y más pronunciadamente aún el de sus sucesores, no retrocede ante tan grave eventualidad; así, Werner Goldschmidt, deduciendo las últimas consecuencias de las premisas paternas, llega a afirmar de un modo rotundo, que James no había osado, que «la concepción normativa de la culpabilidad *se opone* a la concepción psicológica de la misma» (7).

A mi modo de ver, el cerrado absolutismo que la enunciada tesis acarrea, y que es otro resabio de su formación kantiana, fué el vicio, capital por lo demás, de la valiosa y sutil teoría pura del normativismo en la culpabilidad. Lo corrigió felizmente, manteniendo sus postulados esenciales, que son siempre los axiológicos, el profesor Mezger, que con ello adquirió uno de los más preciados laureos en la dogmática moderna. Más fiel a la versión originaria frankiana y con visión más moderna y libre en lo filosófico, no solamente respeta la presencia de elementos psicológicos en la culpabilidad, sino que les añade expresamente otros de sustancia óntica bien caracterizados, sobre todo los de las básicas nociones de lo justo y lo injusto. Ya en su *Lehrbuch* de 1931, 1933 y 1949 (que es el tan conocido en España en la versión de la edición segunda del profesor Rodríguez Muñoz) había formulado su personal teoría de la culpabilidad, todavía más claramente perfilada por su mayor concisión y puesta rigurosamente al día en el *Studienbuch* de 1952 (8). En ella es dicha noción atributo de la construcción del delito y manifestada por la (reprochabilidad del acto antijurídico perpetrado) (*Vorwerfbarkeit der begangenen Rechtswidrigkeit*). Ello no implica, como en la teoría de los Goldschmidt, una contraposición estructural frente y aun contra lo psicológico, sino meramente una adición (*Zusatz*). Con meridiana claridad lo pone de manifiesto Mezger diciendo que «la concepción normativa de lo culpable no agota su contenido en las relaciones psicológicas constatadas, sino que las *añade* un esencial juicio valorativo, el de la reprochabilidad» (9). Por si esto fuera poco, en su breve, pero precioso opúsculo *Moderne Wege*, que es a modo de complemento filosófico de los Tratados, el maestro de Munich aporta el elemento óntico ya mentado de lo injusto, sosteniendo categóricamente que «culpabilidad es lo injusto personalmente reprochable» (*Schuld ist persönlich vorwerfbares Unrecht*).

El desplazamiento de la noción de la culpabilidad al campo de

(7) W. GOLDSCHMIDT: «Normativismo y normologismo», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1951, III, pág. 510. Anteriormente, no con tanto radicalismo, en el artículo «La culpabilidad», de la *Revista de Derecho público*, julio-agosto 1935, traducido por DEL ROSAL.

(8) En cuarta edición, de la Beckische Verlag, Munich-Berlín, 1952; en otro sentido, la duplicidad de perspectivas del «deber ser» y el «poder» había sido ya enunciada y aplicada por KOHLRAUSCH, pero en referencia a la imputabilidad, en *Festgabe für Güterbock*, 1910.

(9) MEZGER: *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín-Munich, 1950, pág. 33.

lo subjetivo, fenómeno propio de la doctrina normativa, pero no privativo de ella, por serlo asimismo de la psicologista, sufre en la técnica mezgeriana un nuevo avance al transponerse del sujeto delincuente al de otros sujetos encargados de valorar el reproche. Es este punto de vista una aportación insigne a la teoría de la culpabilidad, y aun a la del delito en general, susceptible de ser desarrollada hasta quizá resolver la pugna en una perspectiva de sincretismo que hemos de intentar, con la vista puesta en nuestra dogmática, al final de este trabajo. Pese a su gran valor intrínseco y, sobre todo, de posibilidades, es en este extremo trascendental donde la opinión general, incluso dentro de la concepción normativa, dejó de seguir a Mezger, prefiriéndose la tesis, dudosamente normativista, de Von Hippel, para quien en todo caso el juicio valorativo habría de llevarse a cabo en la conciencia del propio infractor (10).

Así como, de un lado, la posición de Mezger restó en el extremo que queda dicho no pocos partidarios al normativismo, su expreso reconocimiento del psicologismo en plano de pacífica coexistencia le proporcionó nuevos adeptos, venidos incluso del campo del positivismo. Hizo posible, entre otras menos sensacionales, lo que se ha llamado «conversión» del *Lehrbuch* de Von Liszt-Schmidt al concepto normativo de la culpabilidad, observada a partir de su 25 edición, de 1925. En la nueva versión lisztiana, o, mejor dicho, schmidtiana, pues a Eberhard Schmidt se debe el cambio de rumbo como editor y adicionador del famoso Tratado, se introduce en la doctrina normativa de la culpabilidad una noción originariamente extraña a él y de evidente raigambre positivista, la de lo caracterológico. Según ella, la culpabilidad, lejos de ser una relación de autor y acto, consistiría en una total confusión con la conducta y carácter del culpable, la *Charakterschuld*. Con lo que dicho está que se proporciona fácil acceso al recinto normativista, inexpugnable hasta entonces para ellas, a las valoraciones naturalistas y sociológicas gratas a las mentes positivistas, tales como la de peligrosidad (11). Como así era de esperar, la lata interpretación schmidtiana del normativismo ha ganado al mismo amplias zonas de opinión que antes le fueron confesadamente adversas, sobre todo en el campo del neopositivismo y de la criminología (Radbruch, Kaddecka, Seelig, Lenz, entre los más conocidos «conversos»). No hay que perder de vista, sin embargo, que tan espectaculares victorias de la doctrina normativa pueden en fin de cuentas resultar pírricas para dicho sistema; obrando el caracterologismo como caballo de Troya del positivismo para penetrar y arrui-

(10) VON HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, 1930, t. II, pág. 279.

(11) VON LISZT-EB. SCHMIDT: *Lehrbuch*, 25 edición, 1925, t. I, pág. 216. En la originaria versión lisztiana, antes de las ediciones de EBERHARD SCHMIDT, como en la 7.^a citada, pág. 137, se definía la culpabilidad como la «relación jurídica del autor al resultado antijurídico, en que se halla engarzada la responsabilidad».

nar la fortaleza tan laboriosa y limpiamente construída. Es algo que se hace constar a modo de advertencia y augurio, pues la consideración a fondo de la *Charakterschuld* no es de este lugar al afectar primordialmente a lo criminológico más que a la estructura jurídico-penal de la infracción.

Sumamente interesante y mucho menos conocida que las anteriores es la interpretación rigurosamente unitaria del normativismo en la culpabilidad debida al profesor Helmut von Weber en su libro de la anteguerra *Zum Aufbau des Strafrechtssystems* (12), donde tan finamente se anticipan las ulteriores doctrinas finalistas en sus más extremas e interesantes consecuencias. Después de afirmar la intangibilidad absoluta del dogma «no hay pena sin culpa», doblemente meritorio en un clima de tan cerrado utilitarismo como el nacionalsocialista, el profesor de Bonn estima que el reproche radica en la pena misma y que, por tanto, una y otra noción presuponen la presencia de la culpabilidad realizada o en vías de realizarse, no dice cuándo ni de qué forma. Dado que, a su vez, la idea de reprochabilidad subyace en la de antijuricidad de la acción delatándose en su dinámica, pues «reprochamos al autor que se haya comportado antijurídicamente» es menester buscar un factor más concreto que defina por sí mismo la culpabilidad. Von Weber lo halla no más en la relativamente tradicional noción del «deber» o *Sollen*, sino en la del «poder» o *Können*. Propone, en consecuencia, la caracterización del acto culpable como «el obrar antijurídicamente quien pudiera haberse comportado conforme a derecho» (*Schuldhaft handelt, wer rechtswidrig handelt, obwohl er rechtmässig handeln konnte*). Quien no *puddere* conducirse así—sigue diciendo—, estará libre de reproche y por tanto dejará de ser tenido por culpable.

La sistemática de von Weber tiene el profundo mérito de separar perfectamente la culpabilidad de la antijuricidad, asignando a ésta una nota de «deber» y a la primera la de «poder», con lo que los campos de ambos elementos quedan harto mejor deslindados que en el confuso y ambiguo binomio de lo subjetivo y lo objetivo, preferido en la terminología usual pese a su equivocidad, y quien sabe si por ello, con el fin de evitar críticas que resultan tanto más fáciles cuanto más claros son los conceptos. Al mismo tiempo, el normativismo en manos de von Weber vino a hacer peligrar uno de los postulados básicos de su clásico definidor James Goldschmidt: el del «anti-deber» o *Pflichtwidrigkeit*. Lo cual, sin embargo, afecta más a la terminología y al tecnicismo que a la esencia propia de la institución.

A] situar en la noción de poder, y, por tanto, en la evitabilidad del acto o conducta la doctrina normativa de lo culpable, von Weber obliga de rechazo a suscitar otra vez la temática del libre

(12) VON WEBER: «Zum Aufbau des Strafrechtssystems», *Fremmansche Buchhandlung*, Biedermann Jena, 1935, pág. 11.

albedrío y del determinismo, avivando así el resplandor de los mal apagados rescoldos de la lucha de escuelas entre clásicos y positivistas. Es evidente, en efecto, que sólo puede evitarse algo cuando se es libre, ya que la idea de poderío es inseparable de la de libertad, con la que nace y perece. No lo elude el autor en su *Grundriss* (13), aun a trueque de violar el armisticio entre las escuelas, haciendo de la libertad humana el presupuesto filosófico indeclinable no sólo de la culpabilidad, sino de todo el Derecho penal, por serlo precisamente de la pena. Claro es que pudiera concebirse, al modo positivista, como un Derecho defensivo o educativo en base a medidas de seguridad, pero en él no desempeñaría papel alguno relevante ni siquiera genuino el valor de la culpabilidad, no interesando, por tanto, a nuestro tema.

Otra novísima versión del normativismo podemos encontrar en Maurach, el reciente sucesor de Mezger en una cátedra de Munich. Conforme a su característica sistemática de absoluta separación de «derecho de acto» y «de autor», estima dicho profesor que la tipicidad y la antijuridicidad hacen referencia al primero de dichos aspectos de lo delictivo, en tanto que la culpabilidad, por ser juicio de valor (de «desvalor» más bien o *Unwerturteil*), se refiere más concretamente al «derecho de autor», al atribuirse a éste «su» acto (14). De este modo introduce, no para su claridad ciertamente, el concepto de la «atribuibilidad» o *Zurechenbarkeit*, propio de la responsabilidad por el hecho o *Tatverantwortlichkeit*, que veremos más tarde es inadecuado a nuestra dogmática.

De otra parte, Maurach desarrolla y completa el hallazgo de von Weber de poner el acento de lo culpable en el factor del «poder». Lo hace procurando su alianza con lo voluntarista en una fórmula ciertamente feliz: la de que «la culpabilidad no es tria tanto en el querer el acto como en el *mal uso* del poder querer» (*Missbrauch des Wollenkönnens*), cuya sutileza rivaliza con la fecundidad de sus consecuencias en toda la teoría del delito (15). Por lo que atañe a la ya mentada «responsabilidad del acto» (*Tatverantwortung*) su conciliación con la dogmática culpabilista no es tan sencilla; a mi modo de ver es hasta imposible, por resultar incongruentes ambas nociones. Maurach pretende paliar lo absurdo de su temeraria empresa gracias a una nueva sutileza, la de considerar la culpabilidad como un segundo y superior grado de la imputabilidad, partiendo de este concepto y aun del de responsabilidad (16) para admitir lo por él denominado un tanto paradójicamente «injusto no culpable» (*Schuldloses Unrecht*). No es ello otra cosa, en el fondo, que una especie de

(13) VON WEBER: *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2 ed., Dümmler Bonn, 1948, pág. 107.

(14) MAURACH: *Grundriss des Strafrechts. Allg. Teil* Wolfenbüttel, 1948, pág. 87.

(15) MAURACH: *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*. 1948.

(16) MAURACH: *Grundriss*, cit. pág. 97.

antijuridicidad objetiva o pretendidamente tal, consecuencia de la separación immoderada de la responsabilidad de acto y de autor, sustentáculo de toda la doctrina personal maurachiana (17). No es de extrañar que después de tan preciosistas lucubraciones, el profesor muniqueés hable de una crisis del concepto de culpabilidad.

El malogrado profesor Schönke adhirió a la doctrina normativa de la culpa sin renunciar por eso a ver en lo culpable, al modo psicologista, «la relación anímica del autor con el acto». Lo que hizo fué estimar dicha valoración de relación como un juicio normativo de valor y no como una simple fórmula naturalista o lógica (18). Añadió a esta postura, más bien ecléctica, una consideración sumamente interesante aunque no absolutamente original: la de contrastar la conciencia valorativa del culpable o presunto culpable con la de la comunidad mayoritaria, la de la *Allgemeinheit*, como dice para no restaurar expresiones de ecos más bien nefandos, como la famosa de «conciencia popular». Por lo demás, estimaba, como Maurach, que la culpabilidad se identifica prácticamente con la imputabilidad, proponiendo para superar los equívocos (?) el uso del neologismo de «capacidad de culposidad» (*Schuldfähigkeit*). Por lo que toca a la esencia originaria de dicho concepto un tanto monstruosamente unitario, Schönke la introduce contra Kantorowicz y Radbruch (19) en el acto mismo culpable y no en su autor, aunque luego derive a éste incluso en la formas de culpabilidad caracterológica y de conducta, que al no rechazarlas parece aceptar. En esta dirección, más que valiente temeraria, de objetivizar la culpabilidad, se había distinguido, ya en 1928, el profesor Erik Wolf, contra el subjetivismo de Mezger (20).

Queda, en fin, por examinar, dentro de la doctrina alemana afín al normativismo, pese a sus variedades a veces tan fundamentales, la posición de Hans Welzel, que también en este asunto proclama soluciones extremas tan propias de su originalísima personalidad. Lo es, antes que ninguna otra, la de la franca confusión conceptual de la culpabilidad y la responsabilidad cuando se trate de actos antijurídicos. «La responsabilidad por actos antijurídicos—dice terminantemente—, es la culpabilidad» (21).

Tras de la afirmación antedicha, que en cierto modo es un

(17) MAURACH: *Grundriss*, cit. pág. 73.

(18) SCHÖNKE: *Kommentar*, 4 ed., 1949, pág. 172.

(19) KANTOROWICZ: *Tat. und Schuld*, 1933; RADBRUCH, en *Festschrift für Frank*, t. I, pág. 171.

(20) ERICK WOLF: *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928, I, 128, la define textualmente así: *rechtlich Schuld ist die Vorwerfbarkeit der Nichterfüllung einer von der Rechtsordnung geforderte Pflicht* («jurídicamente la culpabilidad es la reprochabilidad dimanante del incumplimiento de un deber exigido por el ordenamiento jurídico»).

(21) WELZEL: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlín, De Gruyter, 1947, pág. 73.

retorno a la concepciones confusionistas originarias, en la semántica ordinaria y tradicional de la culpabilidad, da un paso más en tal dirección, al situar la esencia de lo culpable no en la idea de «poder», como von Weber, sino en la de la «voluntad», insertándose así en la sistemática welzeliana la denominada *Willensschuld* o «culpabilidad de voluntad». Lo cual sirve al maestro del finalismo para adscribir la noción de lo culpable a lo humano, físico y singular, excluyendo de ese modo de ella a las colectividades.

Poco significaría lo dicho a no coordinarse, como es inexcusable, con la doctrina general del finalismo ortodoxo sobre la contextura del delito. Dado que en ella el dolo y la culpa (*stricto sensu*) son considerados no tanto como elementos, grados o formas de la culpabilidad, sino *momentos constitutivos* de la acción criminal y de lo injusto personal, es claro que en el sistema finalista purista el tema de la culpabilidad resulta en una posición algo excéntrica. Lo es más si se tiene en cuenta la constante relación, que en esa doctrina se mantiene con la tipicidad, hasta el extremo de que en Welzel y Niese la finalidad misma se condiciona por lo típico en una perspectiva de voluntarismo, según la consagrada fórmula de la *finale Verwirklichungswille* o «voluntad final de realización» (del tipo). Es a lo que Radbruch y Lang-Hinrichsen denominan por su complejidad estructural «superconcepto del delito» (*Verbrechensoberbegriff*). No hay que hablar, por todo eso de una nueva tentativa de objetivización de lo culpable, puesto que en la ortodoxia finalista se admite en la noción de lo típico su faceta subjetiva o *subjektiver Tatbestand*. Sin tener esto en cuenta puede fácilmente incurrirse en error sobre la concepción welzeliana de la culpabilidad y adscribirla ligeramente a los sistemas tradicionales de objetivismo. Lo que, de otro lado, sería una grave incongruencia en el sistema que, en este aspecto tan capital, quedaría al margen del movimiento normativo. El despojo que sufre en Welzel la culpabilidad al privársela de sus tan obvias formas como son el dolo y la imprudencia, en beneficio de la acción, es ciertamente osado y con razón ha sido calificado por Rodríguez Muñoz como la más heterodoxa de las doctrinas welzelianas, por lo demás tan pródiga en originalidades de todo género. Las hipertrofias conceptuales, como la de la acción en el finalismo de Welzel trae consigo esta y otras consecuencias y que en aras de ello se sacrifican nociones tan esenciales en el delito como es la de la culpabilidad, ya que no negándola, pues Welzel jamás lo hace, sí privándola de contenido y sustantividad estructural.

Pese a lo dicho y a la precaria situación de lo culpable en la construcción de la teoría del delito welzeliana, su adscripción al normativismo queda fuera de dudas. La fidelidad del maestro a los postulados filosóficos de los valores, singularmente a los de Nicolai Hartmann, no puede por menos de reflejarse en el de-

cisivo tema de la culpabilidad y así es, en efecto, aunque sea de una manera desviada. Recuérdese que en una de sus primeras obras fundamentales, ya en 1935, al deslindar los campos de lo natural y normativo, Welzel considera filosóficamente la culpabilidad como un genuino juicio de valor, en el que «el culpable prefiere los valores inferiores a los superiores», el todo en una operación de carácter más bien emocional, sin que precise a quien corresponda concretamente tal labor valorativa, «desvalorativa» mejor dicho (22). En el *Deutsche Strafrecht in seinem Grundzügen*, de 1947, bien que caracterizada la culpabilidad, como queda dicho, con la responsabilidad, y en inmediata independencia de la acción, hace algunas concesiones a la facultad del poder, conforme al patrón de von Weber, puesto que habla de «haber conocido o podido conocer... o evitar la desaprobación (*Miszbilligung*) del acto» (pág. 30). No habla, empero, de valoración, que pocas líneas más arriba había situado en la de la Comunidad, pero referida no a lo culpable, sino a lo antijurídico.

A falta de otras precisiones y a pesar de lo enteco del papel asignado a la culpabilidad en la tesis welzeliana, sobre todo por desplazar de ella el dolo y la imprudencia, este despojo sirve, a su vez, para posibilitar la estructura más pura y quintaesenciada de tal concepto, que no precisaría la presencia de elemento psíquico alguno, ni en el dolo siquiera. Claro que para ello sería necesario sacrificar algo del riguroso exclusivismo de la acción, que es plomo en el ala de la teoría pura del maestro. Lo han intentado con singular fortuna dos de sus más insignes discípulos, Werner Niese y Karl Engisch, aun a trueque de sacrificar la ortodoxia en aras precisamente de los fueros de la culpabilidad. El primero comienza por colocar su complemento del finalismo, que es la «finalidad como valor», en el terreno de la culpabilidad y no ya en el absorbente y tiránico de la acción. En seguida refiere al dolo y a la imprudencia la noción unitaria de la culpabilidad y preocupado, ante todo, por la perfecta separación de aquellos elementos de la acción, ve en el dolo y la imprudencia conjuntamente objetos de la valoración de culpabilidad, el uno con conocimiento pleno de la ilicitud y el otro tan sólo potencial (23). En cuanto a K. Engisch, extremando las posibilidades normativistas del finalismo llega a afirmar que el autor del delito no es en sí y de por sí «culpable», siéndolo únicamente en fuerza del juicio de culpabilidad pronunciado por el juez (24). Con lo que visto queda que Engisch, utilizando la técnica finalista queda fuera de la or-

(22) WELZEL: *Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1935, pág. 80.

(23) NIESE: *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, pág. 64.

(24) ENGISCH: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, página 16. En este trabajo rompe con la ortodoxia del finalismo welzeliano, hacia el que tanta comprensión había mostrado en su estudio del *Kohlrausch-Festschrift*, de 1944, pág. 147.

todoxía wezeliana y aun deserta con armas y bagajes a la concepción puramente normativa y más bien mezgeriana de la culpabilidad. Justamente en el ulterior Libro Homenaje a Mezger vuelve a perfilar su punto de vista normativo (en *Die Normativen Tatbestandselemente in Strafrecht*, «Festschrift», cit. 1954, página 127) si bien en aspectos que no interesan a nuestro tema.

Que con el finalismo, ortodoxo o heterodoxo, se haya conseguido plenamente un concepto unitario de la culpabilidad, tanto tiempo anhelado por la dogmática moderna, es más bien un *desideratum* de programa (25) que una realidad cierta, como luego se verá en la estimativa crítica de los resultados doctrinales examinados. Con todo y con eso, el camino marcado por el profesor Engisch es, a mi modo de ver y puesta la vista en la dogmática española, el de más seguros resultados hacia tal meta, como me permito exponerla al fin de este trabajo.

* * *

Con lo dicho sobre la concepción normativa de la culpabilidad en la ciencia penal alemana, aunque no agote el tema ni se haga referencia bibliográfica completa, sino de antología más bien (26), parece haber materia suficiente para caracterizarla como mayoritaria, con las importantes divergencias ya señaladas. Desde la desaparición de Von Liszt y el cambio de rumbo mencionado del editor de su Tratado puede afirmarse, en términos generales, que el *puro* psicologismo ha desertado de la doctrina alemana de la culpabilidad jurídico-penal en tanto que elemento caracterizador de la misma. Quizá la única excepción insigne, aunque ya antigua, sea la de Radbruch, con su intento de psicologización—valga el vocablo—, del dolo y la culpa en un plano integral (27). De todos

(25) WELZEL: *Um die finale Handlungslehre*, 1949, pág. 27 (en la edición argentina, fragmentaria, *La teoría de la acción*, Buenos Aires, Depalma, 1951, pág. 34). Por su parte, en *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1940, dentro del clima ideológico nacionalsocialista, había relacionado la idea de culpabilidad con el tópico de la «comunidad popular», a modo de desacuerdo entre sus concepciones valorativas y las personales del presunto culpable idea plena de posibilidades no lo suficientemente desarrolladas por WELZEL en su doctrina ulterior, pero susceptibles y dignas de serlo.

(26) Complétese la directamente compulsada y citada en este trabajo con la abundantísima antigua de BINDING en *Die Normen*, 2 ed. Leipzig, t. II, 1914, pág. 259 (*Literarische Vorbemerkung*); la más moderna en la última edición del *Lehrbuch*, de MEZGER, y la todavía más actualizada, con referencias también a lo español, en DÍAZ PALOS: *Culpabilidad jurídico-penal*, Barcelona, Bosch, 1954, separata de la *Nueva Enciclopedia jurídica española*, de Seix, y en *Tratado*, de Asúa, T. V.

(27) RADBRUCH: *Über den Schuldbegriff*, 194, y *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XXIV, 333. Siguiéron a RADBRUCH y a VON LISZT, entre otr.s., BELING, MITTERMAIER, VON MERKEL, LIEPMANN y GRAF ZU DOHNA. Este último, sin embargo, barruntó posibles esencias normativas en la culpabilidad al caracterizar la «voluntad culpable» como una

modos, la aceptación por parte de la mejor doctrina normativa de la presencia de factores psíquicos en la gestación del juicio de valor ha venido a solventar prácticamente la vieja pugna entre normativistas y psicólogos, trasplantada más bien al problema de la caracterización discriminatoria de dolo y culpa, que aunque afín es distinto del que aquí se trata. Lo que sí parece definitivamente superado a este respecto es la enseñanza de Von Liszt de que dolo y culpa (imprudencia) sean la culpabilidad misma (*Schuld*), para degradarse estructuralmente al rango de meros elementos, formas o grados de ella. Lo que, como se comprende, apenas si afecta a sus esencias, aunque sea de suma trascendencia a los efectos del tecnicismo de la construcción del delito.

* * *

En direcciones afines al psicologismo, pero con matiz más bien ético o de otras estimaciones no estrictamente jurídicas, son muchas las opiniones a reseñar, antiguas sobre todo, que harían interminable este trabajo expositivo. Una cierta originalidad mereció en su día la definición de culpabilidad brindada por Van Calker, voluntarista y trascendentalista (de trascendencia la mutación del orden jurídico, se entiende). Dice así: «La culpabilidad (*Schuld*) es la relación entre la voluntad del agente y un hecho o acto capaz de alterar una situación jurídica dada» (28).

También gozó cierto predicamento en su época la desorbitada visión de la culpabilidad en el «sintomatismo» de Tésar, asignable al normativismo en cuanto que veía en el delito, culpable por ser tal, una «falta de consistencia o intensidad en las *normas del deber*» (29). Volviendo por los fueros de lo culpable, Tésar sacrificó, al contrario que Welzel, la acción y hasta la antijuridicidad, que, como más tarde se verá, constituye la falta capital de su ambicioso sistema.

Tampoco faltaron en Alemania, como es de suponer, sobre todo en la vecindad del positivismo lisztiano, las posiciones sociológicas más o menos conectadas con lo jurídico estricto. Baste señalar entre ellas, por su relativo respeto a la noción de culpabilidad, la de Baumgarten, que la definía «como el acto de libre voluntad con contenido antisocial» (30). Innúmeras, pero de discutible interés actual, son las posiciones de este matiz de *telos* extrajurídico.

violación de la máxima kantiana de «obrar conforme a la conducta que se quisiera ver erigida en norma universal (en artículo del *Gerichts-saal*, LXV, pág. 316). Zu Dohna, en su póstumo trabajo insertado en el *Zeitschrift f. d. ges. St. W.* (1954, IV) se mostró de acuerdo con el normativismo de Mezger, reduciendo los malentendidos entre ambos puntos de vista a equívocos de terminología (v. mi recensión de dicho artículo en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1955, I).

(28) VAN CALKER: *Ethische Werte in Strafrecht*, 1904, pág. 20.

(29) TÉSAR: *Symptomatische Bedeutung*, pág. 205.

(30) BAUMGARTEN: *Aufbau der Verbrechenslehre*, 1911, pág. 110.

Una posición muy digna de tenerse en cuenta, por el contrario, es la del gran penalista y filósofo del Derecho Max Ernesto Mayer, en cuyo arsenal de la doble normatividad cultural y jurídica halló materiales para su original construcción ya citada el normativista J. Goldschmidt. A él se debe, como a Beling, el haber defendido con generosa exaltación espiritualista los fueros de la culpabilidad en abstracto, calificada como «dignidad» del Derecho penal. Sin embargo, a la hora de hacer referencia a su naturaleza y esencia, M. E. Mayer la define sin gran originalidad (la acción culpable o *schuldhafte Handlung*) como «la de una voluntad quebrantadora del deber (*Pflichtwidrig*), que tiene como consecuencia un resultado antijurídico» (31). Fácilmente se comprende la gravedad del error, por lo menos metodológico, dimante de la situación de lo antijurídico tras de lo culpable, ya que, como Beling observara, la acción culpable sin previo obrar antijurídico es una quimera, doctrina desde entonces prevalente y seguramente cierta, que entre nosotros adopta con singular energía el maestro Cuello Cañón. Es de estimar en M. E. Mayer, sin embargo, aparte de su genérico postulado culturalista de la culpabilidad, el modo y forma de su estimativa, que no ha de ser absoluta y *a priorística*, sino relativa e inmersa en la realidad espiritual de cada tiempo, que presta a la noción su variable y peculiar contenido (32). Sugestión muy digna como hipótesis de trabajo, bien que tomada como *granum salis* para no caer en los riesgos inherentes a todo integral relativismo.

El desarrollo técnico jurídico más perfecto de la noción de la culpabilidad llevado a cabo en la ciencia alemana no confesadamente normativista, ni psicologista tampoco, por supuesto, es, a mi modo de ver, el realizado por Carlos Binding. Lo hace materia del copioso tercer libro del tomo II de su monumental obra *Dien Normen und Ihre Übertretung*, que es, con el *Programm*, de Carrara, la más perfecta y armónica de toda la ciencia del Derecho penal. Me parece difícil catalogar exactamente la posición del sumo maestro alemán en el problema que nos ocupa si se le sitúa, como es hoy de rigor, en su doble luz del naturalismo y el normativismo. Por lo pronto, no hay que perder de vista que el autor de *Die Normen* es, por su genialidad misma, rebelde a toda disciplina cerrada de escuela y grupo, distinguiendo frecuentemente con su acerada crítica a los corifeos dogmáticos de una u otra dirección. Al no aceptar el normativismo ya formulado por Frank en la segunda edición de su obra famosa, lógico parece, sin embargo, situar a Binding entre los no normativistas en materia de culpabilidad. Hay que hacerlo, empero, con las necesarias reservas, pues a la vista está cómo en su libro dirige las censuras y burlas más acerbas precisamente contra los psicologizantes, mo-

(31) MAX ERNEST MAYER: *Die schuldhafte Handlung*, 1901, pág. 106.

(32) M. E. MAYER: Ob. cit., pág. 13.

ralizantes y sociologizantes de su tiempo. Trataré de exponer en pocas líneas su doctrina, en la que es dable entresacar argumentos para la realidad de una teoría unitaria de lo culpable, bien que expresamente no se persiga por el autor, enemigo nato de todo lo programático en materia de conceptos.

Por firme y cerrada que sea la crítica de Binding contra los juristas psicólogos al uso, a quienes no regatea aceradas y donosas burlas, no deja por ello de rendir pleitesía a las esencias anímicas del hombre, incluso en el acotado campo del Derecho, lo que, al fin y al cabo, es fundamental para el tema de la culpabilidad, que privado de ese sustrato carece hasta de razón de ser. Por lo mismo hay que poner de relieve las palabras elevadas y contundentes del maestro al comienzo del volumen citado, esto es, que «el alma humana resulta la suprema fuente de todas las acciones»; añadiendo que, quien eso niegue, priva al Derecho de su *ratio essendi* (33). A pesar de lo dicho, tiene por filológicamente probado que el término de «culpabilidad» es de progeñe jurídica y no filosófica o moral. Lo que podrá ser verdad (dicho sea entre paréntesis) respecto a la *Schuld* germánica, y los eruditos datos aportados por Binding así parecen hacerlo presumir, pero en modo alguno para la *culpabilitas* latina, de que nuestra palabra y con ella la noción de «culpabilidad» deriva; pero ya se han hecho al comienzo de este trabajo suficientes referencias a lo filológico, que en tiempos de Binding, como todo el siglo, gozó de categoría científica poco menos que sacrosanta. Concepto de *genos* exclusivamente jurídico, si se quiere, que excede, sin embargo, por lo menos lo penal, permite la existencia de lo que él denomina «culpabilidades no penales» (*unsträfliche Schulden*), de tan difícil, por no decir imposible, trasplante a nuestro Derecho positivo, o no ser en un sentido puramente metafórico. Le sirve a Binding, eso sí, para echar por tierra la pretensión de Exner de fundamentar objetivamente la culpabilidad penal en la ley y en la pena misma (34).

Es sumamente característico de la sistemática bindingiana, tan impregnada de esencias culpabilistas, la de que toda acción, por el hecho de serlo, es culpable, aunque no al contrario (35). Lo cual permite una caracterización de la culpabilidad en estricto sentido penal, que se formula en la lapidaria descripción del «delito como la propia realización de la culpabilidad» (*Das Delikt ist Selbstverwirklichung der Schuld*) (36), en la que son percibibles lejanos, pero claros ecos del moderno finalismo.

La culpabilidad tiene en Binding una raíz extrajurídica precisamente en la voluntad, la de un hombre capaz como causa de una acción antijurídica, de donde se infiere, aunque el autor tampoco lo diga clara y expresamente, que la culpabilidad es fuente

(33) BINDING: *Die Normen*, cit., t. II, pág. 5.

(34) EXNER: *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910.

(35) BINDING: *Die Normen*, cit., pág. 276.

(36) BINDING: ob. y loc. cit., pág. 293.

de la antijuridicidad, contra lo generalmente afirmado (salvo la citada opinión de M. E. Mayer), que es justamente lo contrario (37). Ciertamente es, y esto conviene tenerlo muy en cuenta para prevenir conclusiones precipitadas y erróneas, siempre posibles en selvas tan tupidas y oscuras como la sistemática bindingiana, que al hablar así el autor hace mérito principalmente a una preeminencia, por decirlo así, cronológica, causal más bien que psíquico-moral y aunque estructural técnica. Pues, a renglón seguido, Binding reconoce que «la culpabilidad falta si la resolución antijurídica no se acredita causal», lo que le lleva a afirmar que «la culpabilidad es simplemente el acto antijurídico visto desde la vertiente de la voluntariedad (38)». Lo que no se compagina, ciertamente, con la conclusión apuntada de la tesis anterior, siendo preferible esta opinión a aquélla.

Con la exposición de la doctrina bindingiana de la culpabilidad ponemos punto final a la de la ciencia alemana, haciéndolo así, a pesar de su relativamente remota fecha, precisamente por su equidistancia de las posiciones en pugna dentro de la más moderna dogmática. Se deja de hacer referencia a la voluntarista o *Willensstrafrecht*, que tanto ruido hizo como postura oficial de la doctrina penal del nacional-socialismo no sólo por su crisis actual, sino, sobre todo, por entender que en tal movimiento se halla ausente la esencia de la culpabilidad, ni más ni menos que en el más integral positivismo. Se volverá sobre el tema al tratar de este último, que hoy vierte sus más perniciosas consecuencias en la doctrina y *praxis* del marxismo soviético (v. infra VII).

III. LA DOCTRINA ITALIANA

En tanto que en la ciencia alemana moderna, como acaba de verse, predomina terminantemente en torno a la construcción jurídico-penal de la culpabilidad el concepto normativo sobre el psicológico y, en general, el naturalista, en la italiana se observa el fenómeno contrario, prevaleciendo los postulados éticos, sociológicos y, sobre todo, los psicológicos, que en ocasiones dejan al margen los factores de normatividad. Se debe posiblemente esta situación al arraigo que conservan en la ciencia del Derecho penal italiano—aun cuando no se confiese explícitamente—sus dos gloriosas escuelas ochocentistas del clasicismo y del positivismo. Ninguna de ellas, en efecto, aunque por razones bien diversas, sintieron la precisión o conveniencia de profundizar en la esencia propiamente jurídica de la culpabilidad, limitándose al estudio de sus formas o grados de expresión, el dolo o la culpa (*stricto*

(37) Así para BELING era una quimera el pensar la culpabilidad sin un actuar antijurídico previo (*Die Lehre von Verbrechen*, pág. 78).

(38) BINDING: *Die Normen*, cit., pág. 295.

sensu) y planteando la cuestión de principios generales de lo culpable fuera del terreno del Derecho. Para los clásicos, como es sobradamente sabido, la culpabilidad era pura y simplemente la causalidad moral, motor que es la esencia de la moralidad de la acción proyectada en lo subjetivo, según la tradicional enseñanza de Carrara (39). Orgulloso con toda justicia el clasicismo de haber traspuesto la etapa del Derecho penal objetivo o de mero resultado mediante la utilización del dogma teológico moral del libre albedrío, hizo de él arma consciente que le prestó no poco de su prestigio y aun caracteres de perennidad. La voluntad libre, sin embargo, se presentó en Carrara con unos raros perfiles de automatismo casi mecanicista, que desempeñó su mejor papel en lo causal. Por ello, no es de extrañar que el propio maestro de Pisa considerase como progreso y etapa final del Derecho penal la que, sin la menor intención peyorativa, por supuesto, denominó su «fase mecanicista». Con tan preciosos y elevados aditamentos de fondo y de carácter genérico la teoría específica y formalmente jurídica de la culpabilidad quedó sin hacer en el original clasicismo italiano.

Por lo que toca a la gran escuela rival, la positiva fué mucho más allá en su desinterés, a veces rayano en el menosprecio, por todo lo que afectaba a lo culpable. Por lo pronto, privó a la culpabilidad de los fundamentos filosóficos y aun metafísicos que la sustentaban, con lo que, como era de esperar, toda la construcción del clasicismo se vino abajo en su sistemática de confesado radicalismo revolucionario. Para apuntalarla no se acudió, como en Alemania, a remedios de técnica jurídica, casi tan abominados por los secuaces del primer positivismo cual las famosas «nieblas» metafísicas, como solía denominar Ferri a todo postulado espiritual en pugna con su nueva doctrina. Era ésta, como es bien sabido, una escuela penal (criminológica más bien, pues en ella la Criminología estaba llamada a suplantar al Derecho) del determinismo darwinista, que Spencer se esforzó en aplicar *volens nolens* a lo cultural, contra todo respeto a la metodología de las ciencias y aun al buen sentido. Por lo que a la culpabilidad atañe, vaciada de todas sus resonancias metafísicas tradicionales, se rellenó su hueco con tópicos psicológicos y sociológicos no siempre de la mejor ley. Dado, sin embargo, que en la tradición no existía una teoría jurídico-penal genuina de lo culpable, no hubo menester de luchar en tal terreno; se habló por Ferri y sus adeptos de «responsabilidad social», en vez de la moral, y esto fué todo. Mucho, sin duda, en lo filosófico y en lo penal general, pues con ello estuvo a pique de arruinarse todo el Derecho penal, pero poco o nada en lo estrictamente jurídico,

(39) CARRARA: *Programma*, I, parág. 39. Sus requisitos eran: 1, conocimiento de la ley; 2, previsión de los efectos; 3, libertad de elección, y 4, voluntad de obrar.

pues todas las querellas, tan apasionadas entonces, tuvieron por teatro campos distintos a los del puro Derecho. Por lo demás, Ferri no se mostró menos orgulloso que Carrara por la gran conquista de la civilización que implicaba el abandono del ciego objetivismo barbarizante, dando entrada en la ortodoxia positivista al elemento de la «intención ofensiva» del agente en la caracterización de la responsabilidad subjetiva (40) El subjetivismo fué constantemente uno de los banderines de enganche de la nueva escuela, y sin duda el más legítimo y perdurable de sus triunfos, que constantemente acusó a sus contrarios de desconocer al hombre delincuente y de trabajar sobre abstracciones y entelequias. En consecuencia, si de culpabilidad puede hablarse en el positivismo de la primera generación, menester es situarlo en la dirección psicologista, jamás de la normativa. Por lo cual en este punto concreto llegóse a una cierta coincidencia entre las dos grandes escuelas rivales, pudiendo justificar la confesión de paz que tardíamente hiciera el propio Ferri de que lo esencial de sus disidencias con los clásicos estribaba en lo metodológico.

Por si la doble herencia que a grandes rasgos queda esbozada fuese aún poco para justificar la desgana de la mayor parte de la dogmática italiana contemporánea hacia las teorías normativas, singularmente en la materia de culpabilidad, su Código penal la presta nuevo punto de apoyo al afiliarse implícitamente al eticismo y al psicologismo. En su artículo 85, y aunque en referencia a la imputabilidad, se dice que «es imputable quien posea la capacidad de comprender y querer» (*intendere e di volere*); y en el 42, en referencia al delito, que «nadie puede ser castigado por acción u omisión prevista por la ley como infracción si no la ha cometido con conciencia y voluntad» (*coscienza e volontà*). Ambos artículos, en cuya concordancia tanto ha trabajado la ciencia penal italiana con alardes de sutileza que posibilitan las más dispares soluciones, significan, a no dudar, una toma de posición en la cuestión filosófica de la culpabilidad, pero no es tan seguro que pueda afirmarse lo mismo en la del tecnicismo de la misma. Como en seguida se verá, juristas de tan alto rango y tal celosos de la dogmática estricta como Bettiol lo niegan en absoluto al formar, aunque minoritariamente, en las filas de lo normativo. Sea de ello lo que quiera y al margen de toda sutileza de exégesis, hay que reconocer que, por lo menos, los textos legales incitan al comentarista, ya que no le obliguen; a interpretaciones de base psicológica. Así se explica que la gran mayoría de los tratadistas modernos se pronuncien en el país por los presupuestos de este tipo. Cuéntese, por añadidura, que en lo filosófico goza de escasa predicamento en el pensamiento nacional la doctrina de los valores, que en Alemania ha sido el más for-

(40) FERRI: *Principi di Diritto penale*, Turín, 1928, pág. 215.

midable instrumento de la pujanza adquirida en el Derecho penal por la normativa en sus distintos matices.

Por si lo dicho fuere poco, lo gramatical y el nacionalismo literario y científico desempeñan también su papel en la materia. El que la palabra «culpabilidad» o *colpevolezza* sea, al parecer, un neologismo que no figura en el Código ni en los grandes clásicos, ha influido también bastante en el menosprecio hacia el concepto de no pocos doctrinarios modernos, singularmente en los más sensibles al purismo de signo más o menos nacionalista, Carnelutti (41) y Antolisei (42) estigmatizan como extranjerizante el vocablo, prefiriendo el uso de la locución *volontá colpevole*, que por su parte induce con mayor facilidad en lo técnico a soluciones psicologistas, dado que el sustantivo se carga sobre la «voluntad» y lo de «culpable» pasar a ser un mero adjetivo. En todo caso obliga a caracterizarla como un elemento subjetivo y de comportamiento psíquico y moral del agente, es decir en la perspectiva doctrinal antedicha. Para Carnelutti la tal «voluntad culpable» se subsume en la desobediencia, aunque siempre en un plano de conducta personal libre y voluntaria. Para Antolisei radica en el comportamiento voluntario y consciente, que es el que da origen al acto material delictivo.

A pesar de las salvedades antedichas, es de señalar que Antolisei no debe ser alineado en el campo de los inconciliables adversarios de la doctrina normativa de la culpabilidad. Es cierto que no es normativista, puesto que rechaza la afirmación básica de dicho movimiento, es decir, la estimativa extraña al agente en un juicio de valor. No lo es menos, empero, que acepta sin inconveniente su tesis media de ver en lo culpable la violación de una norma de deber, la denominada *antideverosità*, que traduce textual y conceptualmente la idea goldschmidtiana de la *Pflichtwidrigkeit* (43).

Más ambigua o, por mejor decir, más inconsecuente, es la postura de Giuseppe Maggiore, que en su obra fundamental, los *Principi*, de 1943, mostró no ya simpatía, sino adhesión a los fundamentos normativos de la culpabilidad (44), como por lo demás a todo lo germano (hallándose dicho libro casi en un tercio escrito en alemán a fuerza de notas y referencias). En cambio, en un combativo artículo del «Archivio Penale», en 1949, sin nada que justificase el cambio de rumbo—a no ser la derrota de Alemania (siempre el *Vae victis*, aun en lo científico), arremete con saña demasiado póstuma contra sus ídolos de un ayer tan cercano (45).

(41) CARLENUTTI: *Teoria generale del reato*, párr. 68.

(42) ANTOLISEI: *Manuale di Diritto penale*, Milán, 1947. Parte Generale, pág. 166.

(43) ANTOLISEI: Ob. y loc. cit., pág. 168.

(44) MAGGIORE: *Principi di Diritto penale*, Bolonia, 1943, pág. 310.

(45) MAGGIORE: «Normativismo e antinormativismo nel Diritto penale», en *Archivio di Diritto penale*, Roma 1949, I, pág. 3.

Dejando para las conclusiones el aprecio de las furibundas críticas de Maggiore, veamos, por el momento, cuál fué su actitud ante la teoría normativa de lo culpable en los *Principi* (lug. cit. en la nota). Tan entusiasta se muestra allí de la nueva doctrina tedesca que, para glorificarla más, trata de buscarla ascendencia itálica para liberarla así de la mácula de extranjería que las nacionalistas locales pudieran alegar. A este efecto cita a clásicos propios tan prestigiosos y venerables como Romagnosi, Rossi, Carmignani y el mismo Carrara, forzando sin duda la nota, ya que el normativismo, por lo menos en materia de culpabilidad, es ciertamente tan extraño al puro clasicismo como el positivismo. No por eso regatea a los penalistas alemanes modernos, de Frank a Mezger, el mérito incuestionable de su formulación dogmática. Refuta, con considerable acierto, que seis años más tarde no le acompaña al sentar la tesis contraria—las críticas por entonces prodigadas al normativismo en la ciencia italiana, singularmente las de Francisco Alimena (46)—, y no duda en aceptar la noción fundamental de dicho movimiento, que ve la culpabilidad como el producto de un juicio de reprochabilidad (*rimproverabilità*). Doblemente osado tal extremo dentro de la dogmática italiana a la vista de los textos vigentes, aunque el talento y sutileza de un Bettiol haya conseguido luego, como en seguida ha de verse, una conciliación no por precaria menos valiosa, al menos desde el punto de vista científico y dialéctico.

Ya se dijo cómo el clasicismo y el positivismo originarios, aunque desentendidos de la polémica sobre el concepto jurídico de la culpabilidad, como se planteara en Alemania, quizá por hallarse demasiado ocupados en otras entonces más apasionantes, coincidieron tácitamente en sus preferencias por su caracterización psicológica. En sus sucesores de las últimas generaciones, sea en el neopositivismo o en el movimiento técnico-jurídico a que el clasicismo ha abocado, tampoco se muestra demasiado entusiasmo por el tema, si bien la repugnancia hacia lo normativo es la tónica general en ambas direcciones. Si alguna excepción hay que contar hay que hacerla en los dos campos, por ejemplo, en los ilustres casos de Florián por el neopositivismo y de Bettiol por el del neoclasicismo. En términos generales, sin embargo, y ateniéndose más bien a la extensión y acritud de los ataques, quizá puede observarse una mayor comprensión y estima en el seno del neopositivismo que en el neoclasicismo, por extraño que ello pudiera parecer a primera vista. No lo es tanto si se tiene en cuenta la actitud conciliadora que, siguiendo el testamento ferriano se observa en los mejores sectores de moderno positivismo itálico que ya hace tiempo rompió las amarras que le esclavizaban a los postulados materialistas y deterministas volviendo los ojos a la estricta dogmática y aun a concepciones puramente jurídicas que

(46) F. ALIMENA: *Apunti di teoria general del reato*, 1938, pág. 83.

posiblemente hubieran escandalizado a los «santones» de la primera generación. Circunscribiéndonos a lo que es materia de este trabajo, es cierto que en Grisogni la culpabilidad sigue considerándose como un mero «defecto psíquico» o *difettosità psichica*; pero frente a esta actitud demasiado fiel a las antiguas tradiciones positivistas, De Marsico se adhiere sin dificultad a estimar la *coscienza* como «valor» del acto, en neta posición axiológica. Eugenio Florián, por su parte, asume en el asunto una posición de curiosidad no exenta de simpatía hacia lo normativo. Aunque se declara «perplejo» ante las concepciones puramente formales a lo Frank, Goldschmidt y Mezger, aplaude la dirección de entronque social que el movimiento puede tomar y que parece justificar el sentido que le presta Eberhard Schmidt en sus adiciones al Tratado de von Liszt ya citadas. «En todo caso—dice el maestro neopositivista de Turín—, nos parece que esta teoría puede tener un significado apreciable en el sentido de traer a ella el concepto de peligrosidad, bien que reducido en la extensión, esto es, de frente a los sólo imputables y logrado por una vía ardua y tortuosa» (47).

Contrastando con esta relativa comprensión y aun simpatía de las nuevas generaciones del positivismo hacia la doctrina normativa de la culpabilidad, es en la dirección opuesta donde se hallan las opiniones más terminantes, a la vez que las mejor fundadas en la dogmática local. Battaglini se limita a prescindir de la necesidad de erigir una sistemática aparte de la culpabilidad por pensar, con los grandes clásicos y con los textos vigentes de su país, que la de imputabilidad es bastante para llenar todas las exigencias de la subjetivación de lo ilícito. No sólo hace de la imputabilidad un presupuesto de la culpabilidad, lo cual es absolutamente normal, sino que en su Tratado habla indistintamente de «circunstancias que excluyen la *colpavolezza* o la *imputabilità*, en plano de perfecta sinonimia» (48).

Enemigos inconciliables y atacantes del normativismo, aparte del de última hora, Maggiore, son: Pannain, Vannini y Petrocchi, entre los más caracterizados. Remo Pannain separa en su construcción tan laboriosa y sutil de *Gli elementi essenziali e accidentali del reato* (pág. 168), el elemento de culpabilidad del de voluntad, ya que ésta, como la conciencia, pertenecen, según él, a un estadio diverso: el de atributos de la conducta. Ottorino Vannini, por su parte, que siempre pensó que entre dolo e imprudencia no hay más que diferencias de grado y no esenciales de cualidad, acusa sin argumentos convincentes al normativismo de propugnar una pseudo-culpabilidad sin culpa (49). En cuanto a la actitud antinormativa adoptada en el tema de lo culpable por Pe-

(47) FLORIAN: *Trattato di Diritto penale*, Parte Generale, 1934, pág. 438.

(48) BATTAGLINI: *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna, 1940, pág. 187.

(49) O. VANNINI: «Responsabilità senza colpa», en *Rivista penale*, 1921, pág. 401; luego en *Archivio penale*, 1949, I, pág. 32.

trocelli, merece por su importancia y profundidad renglón aparte. En su Tratado fundamental (50) se limita a contemplar en la culpabilidad una simple forma de manifestarse la capacidad jurídico-penal del sujeto de la infracción, por él definida como capacidad de voluntad culpable». A semejanza de Antolisei hasta parece acogerse a una posible concordia al aceptar del normativismo el elemento de la *antidoverosità*, a modo de «quebrantamiento del deber en la voluntad culpable». En sus estudios monográficos, sin embargo, asume una inusitada combatividad contra la teoría normativa, que es inconsideradamente calificada de *arzigogolo teutónicamente paradossale*, esto es, de «argucia paradójicamente tudesca», en la que el sumo mal radica en el pretendido juicio de reproche, carente en absoluto de contenido dogmático. Cabe, según la sugestión de Petrocelli, una función rectora de las normas en relación con el tipo legal que aproxime en un nexo de sujeto a objeto los elementos de culpabilidad y tipicidad. Ello se deduce de la definición que propone de la culpabilidad: «el coeficiente de elementos requeridos por la Ley en la persona y en el comportamiento del agente con el fin de que el acto se presente como una manifestación madura y normal, desobedeciendo la obligación impuesta por una norma jurídica» (51).

Para concluir con la exposición de la doctrina italiana sobre el tema de la culpabilidad normativa, hemos de examinar, tras de la más aguda crítica, que es la de Petrocelli, la más valiosa y ortodoxa posición dentro de la misma, quizá la única importante en lo que a ortodoxia toca: la de Bettiol. Pues aunque no fuese él, sino Musotto, el paladín de la teoría germánica en Italia por vez primera, ya en 1945 (52), apenas si se limitó a difundir las versiones transalpinas, singularmente la de Mezger. El maestro de Padua, en cambio, no se conforma con esta labor de transposición, sino que introduce en la teoría normativa de lo culpable valiosas y personales sugerencias que refuerzan notablemente las tesis alemanas.

Aun antes de llevar a cabo la promesa hecha en la última edición de su Tratado de reformar toda su sistemática en una dirección finalista, su postura en la materia que nos interesa es ya lo suficiente firme y explícita en su primera versión (53). Para el profesor Bettiol es la culpabilidad uno de los elementos del delito, pero no uno de tantos, sino «el que más que ningún otro expresa la base humana y moral sobre la que radica toda noción

(50) PETROCELLI: *Principi di Diritto penale*, Corso I, 2 ed. Nápoles, 1949, pág. 169.

(51) La exposición crítica del normativismo la lleva a cabo PETROCELLI, primero en el artículo «La concezione normativa della colpevolezza», en *Revista di Diritto penale*, 1948, I, pág. 16, y luego en la monografía *La colpevolezza*, Nápoles ed. Arman, 1948, pág. 28 v passim.

(52) MUSOTTO: *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1945.

(53) BETTIOL: *Diritto penale*, Parte Generale, Palermo, 1945, tomo I, pág. 219. Promesa incumplida en las siguientes ediciones (1958).

del delito. Hasta aquí nada se ofrece de extraordinario ni de chocante con la dogmática clásica italiana, puesto que tal confesión es obligada en autor de tan depurada espiritualidad como es el de Padua. La exigencia del «tercer» dogma, el del *nullum crimen sine culpa*, es, de otra parte, una consecuencia inexcusable del orden jurídico establecido, si bien el sumo valor de la culpabilidad en lo ideal no impide que en lo jurídico penal formal se halle subordinada al elemento de la antijuricidad.

No hemos de entrar, por ser cuestión de interés predominantemente local, en la hercúlea lucha emprendida por el profesor Bettiol para incrustar la doctrina normativa en la sistemática legal vigente en su patria, y en la que el *exequatur* que él la confiere es quizá aún más discutible que en la española. Hay que insistir, en cambio, en sus esfuerzos para defender como esencia inexcusable de la doctrina su cualidad de «juicio de valor», que es precisamente lo que con tanta tenacidad o parsimonia se venía regateándola en la dogmática italiana. Para él, en cambio, además de ser lo esencial de la teoría normativa es su mérito principal, puesto que lo meramente psicológico—dice—es requisito necesario para la existencia de la voluntad culpable, pero no la caracteriza, siendo más bien un elemento del acto en que se apoya el juicio axiológico. Negar a la culpabilidad su condición de juicio equivale, en palabras del profesor de Padua, a degradarla a un plano de naturalismo. Sería interesante a este respecto conocer su opinión, después de su integral conversión al finalismo, sobre la osada maniobra de Welzel y Niese arrojando al dolo y la culpa (*stricto sensu*) del trono ideal de la culpabilidad para enquistarles en la acción. ¿No sería esto asimismo degradarles a un plano naturalista?

IV. LA DOCTRINA FRANCESA

Es notorio que la ciencia penal francesa, al contrario que las de Alemania e Italia, mostró, tradicionalmente y sigue mostrando un marcado desinterés por la temática de pura especulación doctrinal, prefiriendo siempre las cuestiones prácticas planteadas a la luz de la exégesis, la jurisprudencia y, en última instancia, el sentido común. Puede parecer, pues, superflua la mención por separado de su doctrina en un extremo tan específicamente técnico y en muchos aspectos tan sutil como el que aquí se plantea. Sin embargo, y aunque, en efecto, la doctrina francesa no sea casi nunca mencionada por los monografistas del tema, hay en ella matices no desdeñables que, paradójicamente, son más interesantes en los tratadistas antiguos que en los modernos, a pesar de la modernidad del asunto que aquí se debate. No hay que buscar, por tanto, una concreta referencia a cuestiones del tipo de refinada dogmática que acaban de estudiarse en los párrafos anteriores, sino meramente sugerencias y anticipos que de una mane-

ra indirecta pueden servir a la construcción de un esquema de la teoría de la culpabilidad. En todo caso el punto de vista de la ciencia francesa es de valor, siquiera sea por la influencia que sus cultivadores, y más aún sus legisladores, ejercieron sobre el pensamiento y la legalidad positiva de España y de todo el mundo hispánico a lo largo de la pasada centuria.

En uno de los más viejos y prestigiosos maestros del clasicismo francés, Ortolan, encontramos un propósito firme de diferenciar el trinomio legal y usualmente sinónimo de «imputabilidad», «responsabilidad» y «culpabilidad». Lo hace de esta forma: «*imputar* un hecho delictivo a alguien es atribuirle su ejecución, hacerle *responsable*, es declarar que ha de dar cuenta del mismo ante el poder social; declararle *culpable*, en fin, equivale a constatar la punibilidad de su acto y su variable gravedad» (54). A través de este escalonamiento de conceptos no es difícil comprobar un claro carácter de juicio de valor a la tercera y suprema operación, a la vez que en el verbo «declararle» se expresa que tal juicio se transfiere de la persona del culpable a la del llamado a formular la culpabilidad. He aquí, pues, cómo en la sencilla explicación de un profesor de París de hace más de un siglo se sientan tesis que tanto preocupan y dividen actualmente a la dogmática más orgullosa de su fineza y modernismo.

Claro es que para expresarse como queda dicho, Ortolan tuvo muy en cuenta, como siempre, las disposiciones y lenguaje legales. El artículo 337 del *Code d'instruction criminelle*, en efecto, enunciaba como cuestión única a proponer al juicio de los jurados la de: *l'accusé est-il coupable de tel crime?*, con lo cual, si bien se entremezclan algo confusamente, como hacen ver Vidal-Magnol (55), los dos elementos constitutivos de la culpabilidad, esto es, el material y el moral, se estipula indudablemente como función judicial genuina la estimativa de dicho elemento.

En lo que concierne a la esencia de la culpabilidad, la cuestión se planteó en Francia sobre el terreno metajurídico del libe-roarbitrismo y el determinismo, como en toda la Europa del fin de siglo, siendo de notar que aun en el actual, los penalistas más modernos, como Donnedieu de Vabres, Bouzat o Vouin no se esfuerzan demasiado por traerla al específico jurídico-penal esquivando mediar en la gran querella que en torno a la situación de la culpabilidad agita a las escuelas de los países vecinos. Así Donnedieu de Vabres, por ejemplo, habla de las «circunstancias excluyentes de la culpabilidad» haciendo indistinta referencia a las de «irresponsabilidad» e incluyendo los por él denominados «hechos justificativos y causas de imputabilidad» (56). No puede decirse, en verdad, que la precisión terminológica y menos la tan decan-

(54) ORTOLAN: *Elements de droit pénal*, t. I, párr. núm. 219.

(55) VIDAL-MAGNOL: *Cours de droit criminel*, París, 1928, párr. 107.

(56) DONNEDIEU DE VABRES: *Traité élémentaire de Droit criminel...* París, s. d., párr. 327.

tada *clarte* francesa queden demasiado bien paradas. En cuanto a Pierre Bouzat, se limita a ver en la culpabilidad un «elemento moral» que sitúa en la base de la infracción, «social e incluso moralmente répresible», si bien se apresura a añadir cautamente entre paréntesis, «al menos en la concepción clásica» (57).

No hallando, pues, nada interesante para nuestro tema en los maestros franceses modernos, hay que retornar nuevamente a sus clásicos, donde al lado del citado atisbo de Ortolan hallamos una más completa, y en muchos aspectos preciosa, exposición en el gran Garraud. Dedicada en su Tratado (58) todo un capítulo copiosísimo a la *culpabilité*, que considera fundamento inexcusable de la responsabilidad criminal, bien que el Código fuere mudo en la cuestión y se limite a sentar supuestos en que la ausencia de una acarrea indefectiblemente la de la otra. Su puesto está en un factor psicológico de voluntad (*condition préalable de la responsabilité*), pero lejos de conformarse con tal constatación que le situaría en el campo ordinario de los psicólogos de su tiempo, desarrolla la idea de Ortolan hasta formular una verdadera teoría normativa de la culpabilidad que para merecer plenamente este nombre bastaría con verterse su contenido al complicado y a veces abstruso léxico hoy predominante. Como en el caso del profesor de París, ello era una consecuencia de la interpretación dogmática del sistema legal y procesal vigente en Francia, hermano en lo esencial del de España, por lo que merece la pena insistir sobre su tesis, que luego aprovecharemos para la propia construcción con los materiales dialécticos que proporciona la técnica alemana más moderna.

«El hombre—dice Garraud—(párr. 267 del *Traité* cit., *ut supra*), no es responsable, desde el punto de vista penal, por el resultado de lo que cause hasta el preciso momento de que dicho resultado le sea imputable, es decir, hasta que se le carga en su cuenta.» La imputabilidad es, pues, ya en el léxico actual el presupuesto de la culpabilidad, su primer escalón en el camino de la gestación estructural del delito. «Pero para que la justicia social—sigue diciendo—llene sus fines y exija la responsabilidad, es menester que, *además*, el imputable sea culpable.» Son, en consecuencia, tres ideas que se completan y entrelazan en la teoría garraudiana del delito: imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad, estas últimas finamente diferenciadas por el maestro de Lyon contra la tendencia, aun imperante en Francia, como acaba de verse, hacia la equivalencia y aun sinonimia. La imputabilidad, dice a este respecto (párr. 268), nace de la relación de causalidad

(57) P. BOUZAT: *Traité théorique et pratique de Droit pénal*. París, Dalloz, 1951, t. I, cap. II. En el tomo I, pág. 187, había considerado como «causes de non culpabilité» las de inimputabilidad más caracterizadas, como la de demencia.

(58) GARRAUD: *Traité théorique et pratique*, 3 ed., París, 1913, tomo I, párr. 49 y sigs.

entre el acto y la persona que lo realiza. La responsabilidad, a su vez, resulta de la imputabilidad, consistiendo en «la obligación de sufrir las consecuencias de lo actuado», donde se anticipan los conceptos de lo *Pflichtwidrigkeit* y de la *antidoverositá* de los dogmáticos alemanes e italianos. «En cuanto a la culpabilidad—concluye—es simplemente la *faute* (falta o culpa de atribución), *élément caractéristique de la responsabilité pénale*. Es el juicio criminal, y aquí radica claramente la prematura adhesión de Garraud al normativismo el que resuelve la solución de las dos cuestiones de la culpabilidad y de la aplicación de la pena, de la cual la primera es calificada por él como básica y la segunda como subsidiaria (párr. 271).

V. DOCTRINA SUIZA

Distínguese la doctrina suiza, singularmente desde Hafter, por su insobornable fidelidad al principio de la culpabilidad como exigencia primordial de la punible, y, ya en el terreno de lo técnico, como elemento constitutivo del delito. Lecciónicamente define a éste el profesor de Zurich: «El delito, una conducta culpable» (*das Verbrechen, ein schuldhaftes Verhalten*) (59). Es ello una declaración de principios y una garantía de espiritualidad en la infracción más bien que una toma de posición en la dogmática combativa. Por eso estima, repitiendo las ideas de Beling y Max Ernest Mayer, que la cuestión de la culpabilidad es la decisiva (*Schicksalfrege*) de todo el derecho penal, dado—dice—«que la pena sin culpa sería a la vez absurdo y barbarie» (60). Por esta misma razón y por la propia grandeza de la idea, es ésta de naturaleza metajurídica, siendo tal el motivo de que los textos positivos no la consignent pero la presupongan en sus formas de expresión el dolo y la imprudencia.

Siguen fielmente las enseñanzas del maestro el profesor de Ginebra, Paul Legoz, que afirma expresamente la metajuridicidad del concepto (61) y los de Berna y Friburgo, Thormann y von Overbeck, que en sus monumentales Comentarios, al tratar del artículo 18 del Código penal federal, definidor del dolo, se muestran escasamente convencidos por las explicaciones del puro psicologismo (62). Simpatizan abiertamente con la teoría normativa de la culpa al decir que la fórmula de Frank «puede ser satisfac-

(59) E. HAFTER: *Lehrbuch des schweiz, Strafrechts*, Berlín, 1926, t. I, cap. III.

(60) HAFTER: Ob. y loc. cit., pág. 92. Más doctrina sobre la culpabilidad en su discurso rectoral de Zurich: *Strafrecht und Schuld*, 1923, que no conozco.

(61) LEGOZ: *Commentaire du Code pénal suisse*, Neuchatel-París, 1949, art. 18.

(62) THORMANN-VON OVERBECK: *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, Zurich Schulthess, 1940, t. I, pág. 99.

toria», reserva que hacen por entender que el juicio del juez no es hipotético sino operando sobre anímicas realidades.

VI. LA DOCTRINA DE LA «GUILT» ANGLOSAJONA

En ésta como en tantas otras materias jurídicas, la doctrina y la práctica anglosajonas hacen gala de una originalidad de soluciones que las colocan al margen de las tenidas en el resto del mundo como generalmente válidas. Sólo por esto merecerían un capítulo aparte, sin cortar con la importancia, siquiera sea cuantitativa, de sus concepciones de derecho en el acervo de la civilización. Por descontado que, dado su practicismo y espíritu conservador no hay que buscar en ellas el más remoto eco de las cuestiones que hoy preocupan a la doctrina europea continental, no obstante lo cual presentan en el tema de la culpabilidad tesis y realizaciones que pueden adaptarse a aquélla y aclarar ciertos extremos que generalmente no son tocados por los tratadistas continentales.

En el término mismo de *Guilt* (*Guiltiness*), equivalente a la culpabilidad, con sus variantes adjetiva de *guilty* o culpable, hay excepciones que la emparentan con la teoría normativa y precisamente con su solución más heterodoxa, la de Welzel y Niese, que la sitúa en el campo de la acción, mejor dicho, que a él refiere sus formas tradicionales de dolo e imprudencia que en credo finalista son desahuciadas de la noción de culpabilidad. Veamos cómo, paradójicamente, la más rancia tradición británica resulta propinqua a la más osada construcción jurídico-penal de la moderna dogmática.

La voz inglesa *Guilt* proviene etimológicamente de un ancestral prefijo sajón, *wile* o *guile*, que indicó en su origen formas de artificio o insidia semejantes a la traición o alevosía conservadas aún en ciertas formas de expresión corriente. En otras, *Gwylt* significó genéricamente al crimen o infracción punible, acepción que hace a otros etimologistas remontarse al verbo también sajón, *guildan* o *guildun*, «pagar», que evoca inmediatamente ideas de retribución y aun de efectivo pago y de instituciones germánicas primitivas, como el *guidriluid* del Derecho penal bárbaro. En todo caso y en su semántica gramatical actual más correcta (así en el Webster), se define como «el estado moral de un agente resultante de haber perpetrado voluntariamente o de modo intencional una infracción que se sabe contraria a la ley». Su conexión con la antigua *guile* y por tanto con el dolo, y más concretamente con el «dolo malo», parece pues evidente.

A pesar de lo que queda dicho en la acepción técnico-jurídica, la culpabilidad o *Guilt* se halla lejos de acomodarse a una tal contrario, comprendiendo unitariamente el dolo y la imprudencia, culpa *stricto sensu*, en la forma tan amplia y hasta insensata a que

en seguida se hará mérito. Es más, en el uso procesal británico, la *Guilt* abarca situaciones de irresponsabilidad por presencia de causas de inimputabilidad. Por eso en la conocida fórmula sacramental de la estimativa de la eximente de enfermedad mental, los jueces y jurados ingleses dicen en sus sentencias y veredictos: *guilty but insane*, esto es, «culpable, pero demente». Lo que equivale, en definitiva, a la afirmación del normativismo alemán cuando afirma extremosamente que cabe el dolo en el enfermo mental o en el niño, y que tanto choca y escandaliza a las mentes y hasta a los oídos latinos. Más allá de lo criminal, el adjetivo *guilty* vale igualmente en Derecho anglosajón para el responsable de una ilicitud meramente civil o *Tort* (63). Para discriminar dentro de tan genérica visión de la culpabilidad al dolo penal estricto se usa el término latino *mens rea* (64).

Con la fórmula judicial antedicha se estructura la culpabilidad en una inmediata relación al acto y al tipo, con independencia absoluta de las condiciones del sujeto, que influyen luego tan sólo a los efectos del pronunciamiento de la pena o de la impunidad.

Una consecuencia, lógica en cierto modo, aunque aberrante de lo que queda dicho, es la conocida posición de rígida estimativa de la culpabilidad, aun de su forma extrema de *mens rea*, en la jurisprudencia criminal inglesa, que condenó en el clásico y célebrísimo caso de antropofagia en estado de necesidad perpetrado por los naufragos de la *Mignonette*. Llega a los extremos más abusivos el principio del *versari in re illicita*, sancionando lo que donosamente se denomina «asesinato del pavo» al calificar de asesino al cazador furtivo que, errando la puntería, mata a un hombre (65).

Aparte de las censuras que casos como los mencionados merecen en otros terrenos, en el de la culpabilidad son explicables no por un menosprecio de ésta ni por una concesión de hipótesis de responsabilidad objetiva o sin culpa, como a veces se ha afirmado gratuitamente por quienes no conocen lo bastante la mentalidad jurídica inglesa. Repugna la misma, con perfecto acuerdo, tan bárbara hipótesis y lo que explica técnicamente los desvíos apuntados y el abusivo uso del *versari* es por un exceso de respeto al vínculo causal en busca incesante del primado de la culpabilidad inicial e indestructible. Los obvios perniciosos efectos se deben al mal mecanismo de la causalidad y no al desprecio del dogma de la culpabilidad, de modo semejante a como sucedió en el Derecho ca-

(63) Así WEBSTER en su *Encyclopedic Dictionary*, Chicago, 1941, voz *Guilt*.

(64) WHARTON'S: *Law Lexicon*, 14 ed., Londres, 1949, voz *guilty (having committed a crime or tort)*.

(65) Conviene tener muy en cuenta la escasa precisión de estos conceptos en la doctrina y praxis anglosajonas, como lo confiesan, entre otros, MAY, en *Law of crimes*, 1938, pág. 19, y SAYRE, en «Mens rea», de la *Harvard Law Review*, t. XLV, pág. 976, quien dice existe sobre la materia un *hopeless disagreement*.

nónico y aun como puede suceder en el penal nuestro, donde sobradamente se ofrecen ocasiones al juego injusto del *versari* y donde hasta la hipótesis absurda del «asesinato del pavo» pudieran tener realidad merced a la incorrectísima exigencia de la licitud del acto inicial en el caso fortuito y aun en la imprudencia, en ésta precisamente por norma jurisprudencial y no positiva.

Si a lo dicho se añade la bien conocida escasa virtualidad que en el Derecho inglés se concede a las tipologías legales y a la supremacía del judicialismo sobre la normatividad positiva escrita, no es de extrañar que penalistas europeos como Adolfo Schönke, en su penetrante estudio sobre la jurisprudencia anglo-norteamericana, haya podido hablar con absoluta propiedad terminológica de su doctrina de «tipicidad subjetiva» (66). La cual no es, en definitiva, más que un ejercicio continuado, feliz unas veces y desventurado otras, de la estimativa judicial de la culpabilidad aun por encima de los presupuestos legales objetivos que condicionan los tipos. Es de suma importancia a este respecto el valor que se otorga al uso y hasta al abuso de las presunciones, algunas de ellas tan rigurosas que abocan fatalmente también al *versari*. Sirva de ejemplo la tan empleada de que «cada adulto sano se presume que quiere las consecuencias naturales de su conducta» (*every sane adult is presumed to intend the natural consequences of his conduct*) (67), tan curiosamente afín al texto del párrafo tercero del artículo primero de nuestro Código penal. Una influencia del Derecho canónico medieval no es de desechar en ambas presunciones, pues tanto o más que en el penal español codificado es visible y eficiente en el *Common Law*.

La prevalencia del derecho judicial sobre el legalista, característica tan notoria del sistema jurídico angloamericano clásico, que no se detiene siquiera ante los cauces de la tipicidad aun a trueque de violar el dogma del *nullum crimen sine lege*, tal como le comprendemos en el Continente europeo (68), es prácticamente omnimoda en lo que toca a la culpabilidad, noción cien por cien judicialista. La veta de lo axiológico corre soterrada pero inagotable bajo la estructura del *Common Law* y aun de todo el Derecho anglosajón, que se nutre de estimativas y sustancias ónticas, tales como la equidad y la justicia, más bien que de conceptos abstractos y fórmulas lógicas (69). Con razón pudo decir uno de sus

(66) RADBRUCH reprocha al Derecho penal anglosajón el haber recogido en su integridad y peores consecuencias el principio canónico del *versari in re ilícita*, v. *Der Geist des englischen Rechts*, II ed., 1947, pág. 84.

(67) SCHÖNKE: «Materiale zum englisch-amerikanischen Strafrecht, en *Deutsch Juristen Zeitung*, 1948, pág. 43, Beiheft IV; también Tidow *Der Schuldbegriff im englisch-nordamerikanischen Strafrecht*, Bonn, 1952.

(68) KENNY: *Outlines of Criminal Law*, 15 ed., 1936, pág. 43.

(69) Aunque en los últimos tiempos se señala en el Derecho inglés, y más aún en el americano, existe una creciente tendencia a aumentar los textos legales del *Statute Law* a expensas del *Common Law*, ello es referible casi siempre, por lo que a lo penal afecta, a lo que pudiéramos llamar

más escuchados oráculos, el gran juez americano Oliver W. Holmes, que «la vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia», profesión de fe axiológica que concuerda precisamente con la concepción normativa de la culpabilidad que aquí nos ocupa, en que su esencia es el primado de los valores sobre los conceptos. Incluso en sus corrientes confesadamente positivistas, como la de Austin, por lo demás dirigida al campo del Derecho privado, la teoría y la práctica angloamericanas se esfuerzan por encima de todo en aunar los factores de legalidad formal con los culturales, sean éticos, psicológicos o sociológicos. Así uno de los más destacados positivistas americanos, el profesor Gray, no tiene inconveniente en proclamar que «una verdadera teoría de la moral entra con propiedad en el haber de la ciencia del Derecho (70); confesión ciertamente inaudita para el positivismo europeo, tan cerrado y exclusivista en esta materia. El legalismo ciego, llamado burlescamente *holism* o «sacratismo» en la jerga filosófico-jurídica norteamericana, es lo más extraño no ya a la mentalidad, sino incluso a la sensibilidad de aquel país como a la de Inglaterra, y más todavía a su *praxis*. Y es claro que al devaluarse aquel postulado de la legalidad-fetiché, a la francesa, se revalorizan los de calidad, cultural y vitalista, como es, antes que ningún otro en lo penal, el de la culpabilidad. Valorada por el juez es la suprema realización viva del Derecho que, según otra famosa sentencia de O. W. Holmes, no es otra cosa que «profecía de lo que el Tribunal ha de decidir ante el caso».

VII. LA POSICIÓN POSITIVISTA INTEGRAL: ABOLICIÓN DE LA IDEA DE CULPABILIDAD EN LA DOCTRINA Y PRAXIS SOVIÉTICAS

Un famoso filósofo francés finisecular, Alfred Fouillée, el creador de la doctrina de las «ideas-fuerza», previó con singular clarividencia el gran peligro que a los postulados fundamentales acarrearía en un futuro no lejano los a la sazón predominantes credos científicos del utilitarismo y el positivismo materialista. En su augural opúsculo *L'idée moderne du Droit* anticipa un estado de cosas que, apenas transcurrido medio siglo de su publicación, se han acreditado realísimas y aun superadas prácticamente al triunfar en toda línea los más nefandos de dichos principios de integral materialismo en los regímenes totalitarios derrocados y en los permanentes del mundo soviético. Por lo que afecta a nuestro tema, quizá la más terrible de las consecuencias había de ser la teórica o práctica abolición del concepto de culpabilidad, que era la más obvia de las propugnadas por el pragmatismo a ultranza predicado

su parte especial, de tipificación de delitos, pues la general sigue dominada por las normas y espíritus tradicionales; v. a este respecto el estudio de WEIDENBAUM: «Liberal Thought and undefined crimes», en *Journal of comparative Legislation and International Law*, 1937, I, pág. 90.

(70) GRAY: *Nature and sources of the Law*, e. ed. 1921, pág. 144.

por las primeras generaciones de los positivistas italianos. Al vaciar estos revolucionarios de la técnica del Derecho penal su sustrato moral inexcusable, la culpabilidad, veníanse abajo todas y cada una de las instituciones del mismo, incluso las más elementales del delito y de la pena, que pasaron a ser considerados «actos peligrosos» y «medidas de aseguramiento», respondiendo no a conductas culpables, sino a criterios de lucha, selección y utilidad. En tales condiciones un Derecho penal sin culpabilidad dejaba de ser hasta un derecho, transmutándose su naturaleza en puro método policiaco, médico y pedagógico, una Estrategia y Táctica de lucha contra el crimen o, por mejor decir, contra el «peligro social». Ya se ha visto al estudiar los avatares de la noción jurídica de culpabilidad en la doctrina italiana el fracaso de un tan radical punto de vista, incluso en el seno del positivismo al que, por lo demás, tantos progresos se deben en disciplinas auxiliares como la Criminología y Medicina Legal. Su confusión metodológica al utilizar los procedimientos científicos propios de las disciplinas naturales en las normativas y humanísticas fué la primera razón de su ruina en lo doctrinal. Esto, sin embargo, hubiera sido lo de menos, ya que donde radicaban los mayores peligros del utilitarismo y el materialismo no era en la técnica, sino en la vida misma y en las inmensas consecuencias prácticas que habrían de acarrear, previstas por Fouillée al decir que el utilitarismo estaba fatalmente llamado a abocar al comunismo.

Como era de esperar, la doctrina positivista pura tropezó con la repulsa más unánime de los juristas, ya que aún los ganados a su metodología doctrinal rehuyeron prescindir de lo que era alma del sistema, esto es, la negación de la culpabilidad y su prostitución por módulos combativos meramente utilitarios y naturalistas, desprovistos de contenido óntico y moral estimativo. Se adoptó, eso sí, en la ciencia y en algunos cuerpos legales, hispanoamericanos sobre todo, la fraseología y dialéctica del positivismo mientras éste estuvo de moda, cambiándose el nombre de «delito» por el de «acto peligroso», el de «pena» por «medida» u otros semejantes, pero la revolución no pasó del léxico. En el proyecto del propio Ferri (1921) apenas si hay otra cosa, y la presencia de los tan vilipendiados principios, notablemente el de la culpabilidad, incluido entre los de las «nieblas metafísicas», se delataba a cada paso. Imprescindible, en efecto, en la teoría, lo era aún más en la práctica judicial, constituyendo un, al parecer, inmovible postulado de la cultura cristiano-occidental. Estaba reservado a los totalitarismos paganizantes de nuestro tiempo la realización última más o menos integral de las consecuencias implicadas en el positivismo ochocentista, que, lógicamente, conducían a la negación de la personalidad humana, a subordinarlo todo al criterio de utilidad del régimen, raza o clase y a la defensa despiadada del Estado Moloch (71). No

(71) Sobre la correlación entre el positivismo materialista y el totalita-

debe inducirnos a error movimientos como el del «Derecho penal voluntarista» o *Willensstrafrech*, tan florecientes en la ciencia nacionalsocialista, ya que, tras del aparato doctrinal más o menos discutible, lo que se perseguía no era «purificar la teoría de la culpabilidad de sus escorias naturalistas», como pretendían hacer creer los maestros de Kiel (Larenz, Dahm y Schaffsstein, principalmente), sino simplemente reforzar a fuerza de sutilezas dialécticas el sentido de la represión penal y retrotraer el Derecho a los bárbaros tiempos anteriores al *cogitationes poenam nemo patitur*. Y en el Proyecto de Gürtner, en el que se recogía como fruto de tales doctrinas la modalidad atípica de lo que se llamó «culpabilidad indeterminada», el resultado no era otro que la ruina del legalismo y la introducción plena de la arbitrariedad judicial como en los peores tiempos del *ancien regime*. Recuérdese, al efecto, la franca confesión de utilitarismo y consiguiente destierro de los criterios espirituales de culpabilidad en la paladina y oficial definición de Justicia: «es justo lo que aprovecha al pueblo alemán e injusto lo que le perjudica», con la cual están definitivamente juzgados los pretendidos propósitos de «espiritualización» del Derecho y clara la intención de servir a un programa pragmático centrado en la pureza de raza.

En la actualidad es el régimen soviético, totalitario de clase en vez de sangre, el que osa abiertamente sostener y practicar en toda su amplitud, aun la más inhumana, los postulados del materialismo y utilitarismo integrales, herencia falta de la vieja escuela positiva. Uno de los creadores del Código penal ruso soviético de 1926, aún vigente, el profesor Grodsinsky, así lo confiesa con modestia en la revista baluarte de dicha escuela, la *Scuola Positiva*, donde proclama que «la ley penal contenida en los Principios de Derecho criminal ruso es la primera vigente que se libera del concepto tradicional de culpabilidad y pena, la primera que pone en práctica la idea del peligro social del delito y del delincuente (72)». Es verdad que, como tantas veces se ha hecho notar, la originalidad del Código soviético, aun en este terreno, es muy relativa, no hallándose exenta su técnica de las tradiciones que se pretendían desterrar. La sustitución del término de «delito» por el de «acción peligrosa», o del de «pena» por «medida de defensa», de que no se librara la «suprema medida», esto es, la pena de muerte, no deja de ser, en la URSS, como en el Proyecto de Ferri o

rismo v. DONNEDIEU DE VABRES: *La politique criminelle des états autoritaires*, París, 1938. En referencia concreta a lo soviético: CUELLO CALÓN: *El Derecho penal de la Rusia soviética*, Barcelona, 1931; MORA-ZWIERNAK: *La giustizia sovietica*, Roma, 1945; QUINTANO RIPOLLÉS: *Filosofía y ciencia del Derecho soviéticas*, Madrid, Reus, 1950, y J. GRAVEN: «La conception fondamentale du droit penal des soviets et des démocraties populaires», en *Les cahiers du Droit*, París, 1953, diciembre, 30, entre la inmensa bibliografía sobre el tema.

(72) GRODSINSKY: «Modificazioni alla legislazione penale russa, en *Scuola positiva*, v. núms. 6 y 7.

luego en los Códigos de Defensa social de Cuba y algunos Estados mejicanos, un mero juego lingüístico. Desgraciadamente, sin embargo, la ciencia, la legislación y la práctica soviéticas no se conformaron con tal pueril desahogo de escamoteo lexicológico. Lo que se llevó a cabo con implacable rigor lógico y hasta sus últimas consecuencias fué la extirpación del concepto y sentido de la culpabilidad, en lo que su revolucionarismo, a la vez que su barbarie y divorcio con la civilización, quedaron patentes.

En el léxico científico y legal ruso ha quedado proscrita la voz de la culpabilidad (*vinovnost*), tan pletórica de sentido moral en eslavo como en las lenguas latinas, sustituyéndose por el tópico la *sozialmo opsnost* o peligrosidad, cuya calificación no entraña para nada valoraciones de índole espiritual, sino meramente de utilidad en la lucha clasista. Siendo la ley un confesado instrumento de la política, según la ya clásica definición de Vichinsky (73) y la esencia de lo político la realización práctica de una voluntad de poderío, es claro que las nociones de delito y pena no se condicionan por una valoración ideal como la de culpabilidad, sino por consideraciones de utilidad táctica, como corresponde al sentido de lucha que informa todo el marxismo leninista, estrictamente encaminado al triunfo de la dictadura de clase (74).

La tan decantada reciente vuelta a los principios tradicionales que subsiguió a la proclamación de la Constitución staliniana y a la instauración de la «Democracia popular» en la postguerra parece que pretende restaurar, entre otras cosas, las nociones de delito (*prestuplenie*) y pena (*nakazanie*), según informaciones de última hora (75). No es probable que ello tenga otro sentido que el de propaganda política en vistas a captar las mentalidades más occidentalizadas de los territorios recién incorporados al sistema soviético. La verdad es que, por encima de las consignas científicas de momento, la ley, y, lo que es peor, la práctica penal en la URSS, desconocen en absoluto la verdadera noción de lo culpable.

La idea de culpabilidad, habiendo sido desterrada en lo criminal, donde su imperio es más inexcusable que en ningún otro, lo fué en seguida de lo civil, donde la tesis de la responsabilidad objetiva campea sin límites a tenor del artículo 403 de su Código. Comentando al cual no deja de ser lógico Goichbarg razonando que «siendo la idea de culpabilidad moral y metafísica y como tal rechazada en lo penal, sería absurdo mantenerla en lo civil, por ser en uno y otro campo una abstracción *idealista* incompatible con el *determinismo materialista marxista*» (76). Pocas veces son de

(73) VISCHINSKI: *Sovietskoe Gosudarstvo i Pravo*, en ruso, I, pág. 199.

(74) En la definición de Stalin (en *Questions du leninisme*, ed. francesa, pág. 126) la dictadura del proletariado no está limitada por ninguna ley ni norma, apoyándose tan sólo en la violencia.

(75) Así GOLYAKOV: *Ugolovnoe Pravo*, Moscú, 1949. La reforma es ya inminente y teóricamente de signo tradicionalista.

(76) Citado por Gsovski en *Soviet Civil Law*, Michigan University, 1948, cap. 14.

constatar tan profundas verdades en un jurista soviético. La idea de culpabilidad ha venido siendo, por lo demás, lógicamente, la *bete noire* de los tratadistas rusos comunistas. Staroselisky llega a censurar la «legalidad socialista» por haber mantenido en el Derecho penal distinciones como las de dolo e imprudencia, «secuela de la ideología burguesa de la culpabilidad moral» (77). Krylenko así lo reconoció humildemente en la defensa de su famoso Proyecto de Código penal (78), y en Mankowsky y Vischinsky se registran abundantes diatribas en idéntico sentido (79). Fielmente han acatado la doctrina los autores y legisladores de los países recientemente soviéticos (80).

No pareciendo necesario insistir más en la materia, baste consignar que el desprecio soviético hacia la culpabilidad ha llegado a cristalizar en la más odiosa de la hipótesis de responsabilidad sin culpa y de objetivismo total: la de la pena familiar y extrapersonal, ancestral instrumento punitivo que se creía relegado para siempre a los anales de la historia y de la etnografía. La sección primera del Código General de Crímenes Políticos, promulgado en 8 de junio de 1934 y todavía vigente después de la «liberalizada» Constitución staliniana, establece en su artículo 58 que si alguien desertaba en tiempo de guerra o de paz de la patria soviética, los miembros adultos de su familia que lo supieren sufrirán la pena de cinco a diez años de prisión, más la confiscación de sus bienes, y *los que no lo supieren* la de destierro a Siberia por cinco años. Disposición cuya bárbara crudeza excusa toda exégesis y que se reproduce en el Código búlgaro (art. 72).

VIII. LA DOCTRINA ESPAÑOLA E HISPANOAMERICANA

No problematizada siquiera en nuestra doctrina clásica la cuestión fundamental de la exigencia de la culpabilidad como elemento o *substratum* espiritual de la responsabilidad criminal, ya que las dudas en torno a la extensión del principio del *versari in re illicita* han sido disipadas con profundidad y elocuencia singulares en el conocido libro del P. Pereda (81), la polémica se suscitó, como en Italia, al advenimiento de las teorías naturalistas del determinismo darwiniano y del sociologismo spenceriano. Adoptadas en lo penal por el positivismo, su irrupción en España primero y en la América española poco después pusieron en duro trance los cimientos idea-

(77) STAROSELESZKY: *Revolutsia Zakone*, núm. II, 1927.

(78) KRYLENKO: en *Soviet Gosudarstvo*, I, 2.

(79) V. J. HAZARD: «Reforming Soviet Criminal Law», en *Journal of Criminal Law*, 1938, núm. 157.

(80) Sobre el Derecho penal de las Democracias populares v. el artículo cit. de GRAVEN, en nota 67, y el libro de ANDREJEW-LERNELL-SAWICKI: *Das Strafrecht der Volksrepublik Polen*, Berlín, 1950.

(81) Sobre la doctrina y alcance del *versari in re illicita* en nuestros clásicos v. la eruditísima monografía de ese título, debida al P. PEREDA, Madrid, Reus, 1948.

les de la escuela clásica del delito y de la pena, sobre todo por socavar su sustentáculo fundamental: el de la culpabilidad. Pero aun en este terreno es de advertir, para gloria de la ciencia española, que la faz más genuinamente nacional que las direcciones positivistas adoptaron entre nosotros no fueron las crudamente materialistas del defensismo objetivo, sino más bien las ya espiritualizadas del correccionalismo, al socaire de la filosofía krausista. Así se hizo posible aquella feliz y «romántica alianza» del clasicismo de Aramburo de que nos habla Silva Melero (82), así como la genial, generosa, pero arriesgada utopía de Dorado Montero, tan sagazmente estudiada por los profesores Cuello Calón y Antón Oneca (83). En su brillante estudio *¿Pena o medida?*, inserto en el segundo tomo de su *Derecho protector de los criminales*, el maestro salmantino, lejos de abundar en las diatribas de los positivistas italianos contra la culpabilidad, procura hermanar su concepto (al modo psicológico de intención) el de peligrosidad como dato o guía para descubrir las propensiones del agente.

Referida la cuestión a lo puramente jurídico, y al margen de las querellas filosóficas en que clásicos y positivistas la plantearon, en España como en el resto de Europa en los días de álgida lucha de ambas escuelas, la opinión mayoritaria, por no decir única, entre nuestros autores, fué la del concepto psicológico de la culpabilidad. Dificilmente podía ser otro, ya que el mismo, aunque por diversos caminos satisfacía las exigencias de ambas tendencias a la vez que parecía acordarse con los imperativos textuales del Código penal desde la redacción del concepto de delito en el artículo primero en su prístina modalidad de 1848. El naturalismo, de relación psicológica de autor a acto, fué el modo obvio de entender lo culpable, como una consecuencia de la semancia de lo voluntario consignado en dicha definición. Es uno de los más ciertos méritos del profesor de Valencia J. A. Rodríguez Muñoz el de haber suscitado a fondo la discusión en torno a la verdadera naturaleza jurídica de la culpabilidad, natural o normativa, según se planteaba en la ciencia alemana más moderna. Primero en un precioso artículo de información (84), y luego en sus valiosas notas a su traducción del famoso Tratado de Mezger (85), muestra con textos del Código penal español la posibilidad y conveniencia de no limitar a una caracterización naturalista la noción de la culpa-

(82) SILVA MELERO: *Un penalista asturiano: D. Félix de Aramburo*, Oviedo, 1946.

(83) CUELLO CALÓN: «La teoría jurídica de P. Dorado Montero», en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 1921, II (que desconozco), y J. ANTÓN ONECA: *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951.

(84) RODRÍGUEZ MUÑOZ: «La culpabilidad en el Tratado de Mezger», en *Revista de Derecho público*, Madrid, 1933, II.

(85) Singularmente en la nota sin numerar al folio 6, t. II, de la segunda edición de la traducción del Mezger.

bilidad y de indagar la normativa mediante el uso del tecnicismo germánico adaptado a nuestra propia dogmática, en la que, naturalmente, no todo es lícito producto de importación. Lo busca el profesor de Valencia por el camino negativo que forzosamente impone la sistemática del Código, notablemente en la excusa absoluta de los encubridores de parientes de su artículo 18 y en la «eximente» de miedo insuperable, cuyo carácter de inimputabilidad había sido puesta ya en tela de juicio por la sagacidad de Silvela, fundamentándola más bien en la no exigibilidad del heroísmo, es decir, en una consideración de clara estirpe normativa y valorativa, de «no reprochabilidad», en suma.

La posición normativista de Rodríguez Muñoz se completa con su actitud de simpatía, no exenta de reservas, frente al movimiento del finalismo, expuesta en su magistral discurso de apertura de Curso de 1953-54 en la Universidad valenciana. Reconoce, sobre todo, lo correcto de la culpabilidad normativa y acepta incluso la tesis tan atrevida de Welzel y de Niese que «su consecuencia lógica indeclinable ha de ser la salida del dolo del concepto de la culpabilidad. Sólo así—sigue diciendo—es posible configurar el concepto de culpabilidad, el juicio de reproche personal, en sus propios y verdaderos límites, diferenciando con toda precisión el propio juicio (la culpabilidad) del objeto sobre el que el juicio recae, que en consecuencia y por definición tiene que estar fuera del juicio mismo». Con ello se logra, por añadidura, establecer el paralelo armónico con el otro juicio valorativo precedente, el de antijuricidad (Ob. cit., pág. 152).

Con no menor decisión, aunque sin pronunciarse en lo referente al finalismo en esta materia, adoptó la tesis de la teoría normativa de la culpabilidad Jiménez de Asúa, quien en cambio hace suya la construcción negativa de la no exigibilidad de otra conducta (86). Asimismo la acoge Antón Oneca, que contrapone la doctrina clásica del lazo psicológico entre el agente y el acto a la «teoría moderna» que ve en la culpabilidad un juicio de desaprobación sobre este hecho, teoría normativa que la califica de opinión dominante (87). Es, posteriormente, en su magno *Tratado* (tomo V, pág. 227) cuando Asúa insiste con máxima videncia en la significación judicial, la culpabilidad hasta denominar al juez «actor de la valoración», sin osar empero desgajar la culpabilidad de la concepción morfológica del delito.

Frente a la toma de posición partidista unilateral de los tres

(86) JIMÉNEZ DE ASÚA: *La ley y el delito*, Caracas 1945, pág. 537, y más recientemente en la 2.^a ed., México-Buenos Aires, 1954, pág. 382, donde se dice: «Es preciso reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico, pero éste no constituye de por sí la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor. Sólo cuando este juicio de reprobación se hace es cuando surge el concepto de culpabilidad.» No expresa, sin embargo, cuándo y quién hace tal juicio.

(87) ANTÓN ONECA (RODRÍGUEZ MUÑOZ): *Derecho penal*, Madrid, 1949, t. I, pág. 189.

profesores citados, Cuello Calón, más respetuoso con las tradiciones vernáculas y con la realidad de los textos, aunque no menos celoso de los hallazgos de la técnica moderna, mantiene al modo de Mezger en Alemania y de Bettiol en Italia, una posición sincretista que no ecléctica. Acepta el autor citado, en la teoría normativa de la culpabilidad, su esencia de juicio de valor y hasta sus consecuencias en la tripartición de las eximentes, pero no por ello rompe las amarras que sustentan el concepto de lo culpable a la dinámica psicológica, con lo que logra una definición de la culpabilidad sumamente feliz. «Una acción es culpable—dice—cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada.» En ese adverbio *además* radica, al parecer, la esencia de lo culpable en la construcción del profesor Cuello, constituyendo el juicio de reprobación de la conducta, que en su versión de la culpabilidad se define por él acto seguido como «el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo vedado por la ley» (88). Le interesa, no obstante, guardar el indispensable enlace con los demás elementos del delito, inmediatamente con la antijuridicidad y la acción, por lo que combate con singular acierto la actitud de los sistematistas y voluntaristas que, como Tésar antes y los penalistas de Kiel más tarde, menosprecian los resultados del hecho, en abierta pugna con el derecho vigente y más aún con el de España, tan deudor de la *Erfolgshaftung*.

Abundando en el sincretismo del profesor Cuello Calón, que no se resigna a sacrificar ninguno de los elementos del delito para no deformar con hipertrofias fuera de lugar su armónica tectónica estructural, el fiscal Fernando Díaz Palos, en notable y reciente monografía sobre la culpabilidad jurídico-penal, reclama la superación de la contradicción entre psicologismo y normativismo, dado que lo fáctico y lo normativo—dice—deben estar presentes en el momento de establecer la culpabilidad, así como el enlace entre ésta y los demás caracteres del delito (89).

Al contrario que los normativistas puros y que los sincretistas, el profesor Sánchez Tejerina permanece fiel a las concepciones del psicologismo. Hasta tal punto parece esto cierto que incluso en la hipótesis más cara a los normativistas, que es la del exceso en la legítima defensa, ve dicho autor una situación excusable por la alteración psíquica producida en el ánimo del agente por la agresión injusta (90). No combate, sin embargo, las tesis del

(88) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, Barcelona, Bosch II ed., 1953, t. I, pág. 394.

(89) Publicado primero en el tomo V de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, de Seix, y luego en separata aumentada, Barcelona, Bosch, 1954, pág. 94.

(90) T. S. TEJERINA: *Derecho penal español*, Madrid, 3.ª ed., 1942, tomo I, pág. 209. Al hacer suya, de otra parte (pág. 20), la definición del delito del P. MONTES, es claro que se adhirió a su concepción psico-ética de la culpabilidad-imputabilidad.

normativismo, labor polémica a la que dedican en defensa de la tradición psicologista el profesor de Deusto, Padre Pereda, y el fiscal Adolfo de Migue. Circunscribe este último sus objeciones a denunciar la para él imposible adecuación de la teoría normativa al ordenamiento penal vigente en España (91). El Padre Pereda, en cambio, extiende su criticismo a lo conceptual, sobre todo a sus versiones frankiana y mezgeriana. Repitiendo, con argumentos reforzados por su fina dialéctica, las censuras de los antinormativistas extranjeros, desde Rosenfeld a Maggiore, considera la falla mayor del sistema la de la trasposición de la idea de lo culpable del acto y aun de la persona del reo a la de jugador, situándola así en «cabeza ajena». «La culpabilidad —dice el maestro jesuíta— existe antes que el juicio de reproche, que no hace más que declarar su existencia en la función judicial» (92).

Sendas posiciones, *sui generis*, aparte de las tres reseñadas, toman en la materia que nos ocupa los profesores Del Rosal y Castejón. El primero, en su monografía sobre la personalidad del delincuente, estima que la teoría de autor encaja y aun refuerza la de la culpabilidad adoptando su forma personalista en la llamada «culpabilidad por la formación de la personalidad, que para el precitado profesor significa un claro exponente de las exigencias éticas (93). En cuanto al profesor Castejón, si bien no parece tomar partido en la pugna de psicologistas y normativistas, se distingue por una original postura de minimización de la culpabilidad misma al trasladar a lo penal—claro es que tan sólo en ciertas hipótesis culposas o imprudentes—doctrinas civilistas como las de la responsabilidad objetiva y el riesgo profesional (94).

En fin, otro monografista del tema de culpabilidad, el profesor Serrano Rodríguez, se ha ocupado en dos ocasiones de la alta problemática metafísico-teológica del tema sin descender tampoco a las cuestiones polémicas en torno al asunto y sin tomar posición en el de la preferencia del psicologismo o el normativismo (95).

* * *

En el mundo hispánico, la teoría normativa de la culpabilidad y las pugnas que suscita ha hallado eco, sobre todo, en la recién

(91) DE MIGUEL: «Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea», en *Anuario de Derecho penal*, 1952, II.

(92) P. PEREDA: «El concepto normativo de la culpabilidad», en *Anuario de Derecho penal*, 1949, I.

(93) DEL ROSAL: *La persona del delincuente en la técnica penal*, Valladolid, 1949, pág. 71.

(94) CASTEJÓN: «La responsabilidad sin culpa en los derechos civil y penal», en *Anuario...*, 1949, I. Hace observar ingeniosamente cómo en la historia vuelven a encontrarse, aunque con postulados diversos, la noción de la responsabilidad objetiva en los tiempos más arcaicos y en los novísimos.

(95) SERRANO RODRÍGUEZ: *Culpabilidad en Derecho penal*, Madrid, 1942, y *Culpabilidad y pena*, Santiago de Compostela, 1945.

te doctrina argentina, introducida por Ricardo C. Núñez, con su presentación en el *Bosquejo de la culpabilidad*, de la traducción del libro de James Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad* (Buenos Aires, Depalma, 1943). En dicho estudio preliminar rectifica la doctrina positivista de lo culpable social, viendo en la culpabilidad un matiz puramente jurídico que tiene su fundamento en un hecho social, esto es, en el reconocimiento de una determinada concepción de la responsabilidad en el Derecho penal, no sujeta a cánones inmutables, sino obedeciendo a los postulados del sistema de cultura de cada época y lugar (pág. 20 de *Bosquejo*).

En Fontán Balestra la culpabilidad, aun implicando el análisis de determinada situación subjetiva ante el hecho, fundamentalmente psicológica, requiere un elemento valorativo, porque su concepto se constituye sustancialmente sobre un acto delictuoso (v. *Derecho penal*, 2.^a ed. Buenos Aires, 1953, páginas 289-90). Con esta armonización, que no concibe una culpabilidad referida a un obrar que no sea típicamente antijurídico, el profesor bonaerense se sitúa en una actitud sincrética que recuerda la de Cuello Calón.

El puro psicologismo está representado en la ciencia penal argentina, aparte de por los viejos maestros del positivismo y con nuevas razones dogmáticas, por Sebastián Soler. Ve. éste en la culpabilidad un mero problema de índole psicológica, limitado al consabido vínculo de autor y acto. Su presupuesto es la imputabilidad, sus formas el dolo y la culpa (*stricto sensu*) y sus causas de exclusión la ignorancia, el error y la coacción (*Derecho penal argentino*, párr. 35, I, IV).

La posición más original y, a mi modo de ver, más adecuada a la verdadera naturaleza del problema, se halla en el egologismo argentino, aplicado sutilmente a la materia por el profesor Enrique R. Aftalión. Según él, en la culpabilidad hay algo propio del delincuente, pero otro «algo» lo pone el juez. En última instancia—dice afirmar la culpabilidad de una persona no es más que afirmar que es de justicia aplicarle ciertas normas que configuran el hecho como un ilícito penal. Para lo cual no es sólo posible la verificación naturalista de que se hallan reunidos los extremos psicologistas del dolo y de la culpa, tal como son postulados por la mayoría de los penalistas... Buscando nuevos campos a la conciliación, Aftalión pretende luego una concepción realista del delito en que se conecten definitivamente las nociones rivales de la culpabilidad y la peligrosidad, lo que ya no interesa de modo directo a nuestro tema (96).

(96) AFTALIÓN: *La escuela penal técnico jurídica*, Buenos Aires, 1952, pág. 94.

IX. NUESTRA POSICIÓN: DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DE LA CULPABILIDAD, ANÁLISIS, SÍNTESIS Y SITUACIÓN ESTRUCTURAL DEL CONCEPTO

El analismo iniciado por Beling en su trascendental obra *Die Lehre von Verbrechen*, de 1906, que tantos y prodigiosos progresos ha provocado en la dogmática penal de todos los países, singularmente en el desarrollo de la teoría del delito, ha dado origen, a su vez, a derivaciones doctrinales y prácticas reprobables, siéndolo más que ninguna otra, la de la creciente atomización del concepto. A fuerza de investigar incansablemente la naturaleza de los cimientos y de todas y cada una de las piezas de la construcción jurídica básica del Derecho penal—el delito—, se ha llegado a poner en inminente peligro su estabilidad, amenazando en ocasiones con arruinar el concepto a fuerza de cuidados, como a un enfermo de Molière. El fanatismo de escuela y el prurito de originalidad personal, han determinado en no pocos penalistas, alemanes, sobre todo, un verdadero pugilato de sutilezas, muchas veces del más subido interés, sin duda, pero que no han añadido fortaleza, sino todo lo contrario, a la noción jurídica de lo delictivo. Por añadidura, esos mismos defectos y cualidades han desequilibrado la armonía de la construcción, ya que cada cual ha pretendido, dentro de los elementos o caracteres del delito por él descubiertos o explorados preferentemente, erigir una supremacía casi siempre a costa de los demás. Se llegó a olvidar que el analismo—como hace observar juiciosamente Hafter—, es, como todo lo metodológico, un instrumento de trabajo y no un fin en sí mismo, pues tomarlo por tal supondría algo más que una incorrección en el método, una verdadera transmutación de valores en el orden ya que no en la jerarquía de los elementos constitutivos de la infracción. Entendiéndolo así, los penalistas alemanes, de los que el mal partió, han ido rectificando últimamente (sobre todo a partir de 1930) sus posiciones de intolerancia y de disgregación analítica, retornando a una concepción unitaria que, aunque no siempre por los mismos caminos, puede decirse que es hoy la prevalente, al menos en Italia, España y Argentina, pues en Alemania ambas sistemáticas guardan cierta paridad de fuerzas. Lo dicho no supone que la posición de sintetismo no sea susceptible, a su vez, de errores y exageraciones, como se demostró suficientemente en los excesos de los teorizantes totalitarios de la escuela de Kiel, siendo la fórmula más exacta y correcta, seguramente, la del uso del análisis para por él llegar a la síntesis.

En el plano unitario que queda dicho y en referencia tan sólo a la construcción del delito, pudiera utilizarse con ciertas posibilidades de éxito la sistematización general del Derecho que hace Kelsen con su conocido esquema de la pirámide jurídica, sin que ello implique una adhesión a las tesis filosóficas de su formalis-

mo. Colocando en su base, a los efectos de lo penal, la acción o hecho humano que constituye el sustrato naturalista de la infracción, sus sucesivos sillares serían la tipicidad y la antijuridicidad, ambos de carácter objetivo, así como la imputabilidad y la culpabilidad, que lo son predominantemente subjetivos. El que la culpabilidad se halle en la cúspide de la pirámide no quiere significar una supremacía absoluta de estructura, sino tan sólo una consecuencia lógica de la construcción, que ha de ser así para resultar perfecta, pero en la que cada elemento es de por sí absolutamente esencial para el conjunto. Esto sentado, parece ocioso y lo es, seguramente, el disputar acerca de si un valor es superior a otro, aunque no, en cambio, el orden de su situación, que si resulta capital en la lógica y estabilidad de la construcción. El que un elemento sea base del siguiente en jerarquía cronológica no implica subordinación conceptual, y así vemos que se suceden la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, factores que, al faltar cualquiera de ellos, derrumbaría toda la teoría del delito, no bastando todos los demás para con su aglutinación reemplazar al ausente. También en la construcción geométrica de la pirámide ésta se derruiría privada de sus cimientos o pilares inferiores, pero sin cúspide no sería jamás una pirámide.

En virtud de lo que queda apuntado, la culpabilidad se nos aparece como un elemento que, como los demás del delito, no puede reclamar para sí una específica supremacía jurídico-penal en la teoría de aquél. En esto acierta plenamente el Padre Pereda al censurar a algunos juristas la especificidad de lo culpable, noción—dice—que no pertenece exclusivamente a lo penal, sino a la Religión, a la Moral y al uso corriente en que seguramente se gestó y que le sirve de sustentáculo filosófico e histórico. De ahí, probablemente, la mal disimulada inquina que guardan contra el precioso concepto las escuelas y direcciones de matiz materialista, desde el positivismo ferriano al marxismo soviético, a que ya se hizo bastante referencia. Esta falta de especificidad no se limita, por supuesto, al elemento de lo culpable, ya que los de acción, tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad no pueden alegar mejores méritos de exclusivismo en lo penal, siendo hoy usuales en el civil sin que ello lesione la pureza metodológica de la enciclopedia jurídica, como Guarneri en Italia y Castejón y Silva Melero entre nosotros, han demostrado cumplidamente en sus valiosos estudios sobre continuidad y conexión entre lo civil y lo penal.

Lo que es peculiar y privativo de lo jurídico-penal, singularmente de la noción del delito, no es la culpabilidad como no lo es ninguno de los otros elementos por sí, sino la reunión y ensamblado perfecto de todos ellos, que sólo de tal manera resultan eficientes en la finalidad coordinadora y estructural que les está encomendada.

La primacía de la culpabilidad únicamente se ostenta, pues, a mi modo de ver, en la jerarquía de situación, no en la de rango, que ningún elemento puede lógicamente reclamar. Y al decir lógicamente hago referencia a una estructura de perfección ideal en lo formal, pues, culturalmente valorada, la culpabilidad sí que puede exigir un rango que históricamente parece haber ya conquistado, justificando sobradamente las sentencias ditirámicas ya citadas de los Beling, M. E. Mayer y Hafter. Cabeñ, ciertamente, situaciones positivas en que se erijan *quia Principe placuit*, delitos sin culpabilidad, como se conocieron en la historia remota del Derecho penal y en la vigente de la Unión soviética, donde, como quedó dicho, persisten las modalidades más características e indubitadas de responsabilidad extrapersonal, sin vislumbre de culpabilidad por tanto. Claro es que aun sin la base más elemental de cimentación del delito, la material del acto o conducta humana, son imaginables e históricamente conocidas figuras con tal nombre, como las *cogitaciones* punibles; el regicidio soñado lo fué en Roma, y las atribuidas a animales y aun a objetos inanimados en ciertos regímenes barbarizantes. Hay que tener en cuenta que el delito es, al fin y al cabo, una construcción humana y normativo-cultural, no de pura lógica o geometría, y que aquí es donde fracasa el símil de la pirámide kelseniana como otras lucubraciones del genial maestro vienés.

* * *

Por lo que atañe a la realidad jurídico-penal española, la situación de la culpabilidad como elemento de la teoría del delito es singularmente anómala. De un lado es incuestionable que toda la tradición cultural y espiritualista de nuestro Derecho penal aboga por su conocimiento y aun prevalencia, pero con los textos positivos en la mano creo, sin embargo, que, pese a los agotadores esfuerzos de nuestros normativistas, a partir de Asúa y Rodríguez Muñoz, no es factible situar la noción en el marco de nuestras instituciones penales materiales o sustantivas. Forzoso es confesar que la idea de culpabilidad es extraña a las necesidades conceptuales de la definición de la infracción en el artículo primero de nuestro Código penal. No lo era, en cambio, en la del primitivo de 1822, donde su artículo 2.º decía que «comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar». Condición de «poderío» y «deber», de *Können* y *Sollen*, según la terminología alemana, en que se incluiría la posición normativa sustantiva con harta mayor claridad que en las definiciones ulteriores. En éstas y, por ende, en la vigente, la única posibilidad de situar conceptualmente lo culpable es subsumiéndolo en lo antijurídico y lo imputable, esto es, dentro del ambiguo adjetivo de «voluntarias» aplicado a las acciones y omisiones. Con lo cual, en su extremada amplitud,

es forzoso atribuirle un carácter de generalidad y comprensión unitaria a todo lo delictivo, abarcando las infracciones dolosas (voluntarias maliciosas) y las culposas o imprudentes (voluntarias no maliciosas) del tan discutido y discutible artículo 565. Sin volver sobre tan *vexata questio* de concordancia entre ambos artículos del Código, desarrollada en otro lugar (97), y por lo que a la caracterización legal material de lo culpable afecta, parece claro que esa promiscua situación en lo «voluntario» obliga a una actitud de puro psicologismo, hallándose desterrada del texto toda mención valorativa, sea de deber o de reproche.

Queda por considerar ahora, es verdad, la vertiente negativa de lo culpable, que es la que suele perfilar el concepto en los sistemas positivos y permitir consecuencias para su práctica aplicación. En el caso de nuestras leyes penales habría que buscarlo, pues, en las normas que configuran las llamadas circunstancias eximentes del artículo 8.º del Código penal, en las innominadas excusas absolutorias de los artículos 18, 226, 428, párrafo segundo y 564 del mismo cuerpo legal, así como en el artículo 294 del Código de justicia militar, 8.º del Decreto-Ley sobre bandidaje y terrorismo y otras disposiciones de leyes especiales. Así lo han hecho, espigando en este campo, nuestros modernos tratadistas afectos a la técnica normativista o simplemente a la sustantividad de lo culpable, confeccionando elencos más o menos extensos y convincentes de causas de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad, a costa, claro está, de la clásica bipartición silveliana de las de inimputabilidad y justificación. La licitud de dicho tecnicismo es indiscutible y aun conveniente en un plano de pura exposición científica, sirviendo el tema para profundizar en los últimos entresijos de la teoría del delito, siquiera por la vía excluyente y negativa. No pudiendo entrar en detalles acerca de tan sugestivo asunto, que afecta más bien a las causas de exclusión de la culpabilidad que a su esencia total de elemento del delito, sí cabe dudar de la trascendencia dogmática que con arreglo a nuestro Derecho penal pueda ofrecer la discriminación. En efecto, si no es forzoso ni quizá posible, positivamente hablando, colocar en la definición legal de la infracción del artículo primero del Código con sustantividad estructural suficiente el signo de culpabilidad, a englobar promiscuamente con los de antijuridicidad e imputabilidad en la noción de lo «voluntario», la privación de tal elemento, genuinamente psicológico, conduciría indefectiblemente a conceptuar como causas de inculpabilidad todas las de inimputabilidad. Con lo cual dicho queda que sólo se operaría una mutación de léxico y no de naturaleza ni de estructura. Se comprende de este modo cómo Cuello Calón, al adoptar (ya en la octava

(97) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1946, tomo I, pág. 22, y *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958, págs. 204 y sigs.

edición de la Parte general, en 1947) la técnica de la separación de «causas que excluyen la culpabilidad», considerase como prácticamente sinónimas las de inimputabilidad, añadidas entre paréntesis (capítulos XXX a XXXIV). Ulteriormente el mencionado autor apura aún más la clasificación y deja como puramente excluyentes de la culpabilidad las violencias, física y moral, y el caso fortuito, pues para él las excusas absolutorias no son sino excluyentes de la punibilidad (en la 11 edición, de 1953, cap. XXXIV). Más ancha puerta abren al concepto de la inculpabilidad otros autores, y más que ningún otro Antón Oneca, que permiten pasar por ella el estado de necesidad, en el supuesto de intereses iguales (según la tesis de Rodríguez Muñoz), la obediencia debida, la fuerza, el miedo, la minoría de edad, enajenación mental, sordomudez y estados de inconsciencia (*Derecho penal*, T. I, capítulos XXVII a XXXI).

Sin discutir ni siquiera objetar en pura teoría estas y otras sistemáticas de clasificación y denominación, a la vista de los imperativos de la nuestra legal, la intrascendencia de ello es patente. De un lado, por el estricto carácter de *numerus clausus*, que, a diferencia de las atenuantes del artículo 9.º, ostentan las eximentes del 8.º, tan reiteradamente afirmado por la Jurisprudencia. Del otro, sobre todo, porque, no existiendo criterio legal de discriminación dentro de las doce eximentes del artículo 8.º, todas y cada una acarrear el mismo resultado penal, es decir, la absolución del reo, que vale tanto como del inculcado y que por lo mismo deja de serlo y es «exculpado». Ante tal igualdad el solo módulo dogmático de separación agrupada es el basado en las consecuencias últimas de esa exculpación, en sus resultados a los efectos de exigencia o inexigencia de responsabilidad civil *ex delicto*, conforme a las disposiciones del artículo 20 del propio Código. Este portillo abierto a las posibilidades de sistematización dentro de las eximentes por la misma ley, bien que angosto y en ocasiones abrupto e insatisfactorio en puros principios, es el que permitió a Luis Silvela y a los tratadistas posteriores la dual clasificación en circunstancias o causas de inimputabilidad y justificación, llevada a los textos legales en el Proyecto de 1884 y en el Código penal de 1928. La alusión a la inculpabilidad resulta, pues, privada de sustentáculo en lo positivo, es una adición de puro lujo dialéctico, intrascendente por cuanto que no produce consecuencia alguna ulterior en el «exculpado». Si acaso pudiera aplicarse la denominación con ciertas ventajas, aunque dudosas en lo positivo, sería en las excusas absolutorias mencionadas, a las que la mayoría de los autores prefieren, sin embargo, reservar tan clásico nombre o sustituirlo por el de excluyentes de la punibilidad. Entienden para ello que el exento de pena en las hipótesis de encubrimiento o hurto de parientes, que son las más típicas, persiste el delito y la culpabilidad, no imponiéndose la pena por consideraciones políticas,

morales o utilitarias que constituyen, en expresión de Cuello, un verdadero perdón legal. La afirmación de que en tales casos exista culpabilidad sería, cuando menos, discutible, puesto que procediendo como procede en ellos la absolución, el culpable deja inmediatamente de serlo, repugnando a nuestra sistemática positiva el concepto inglés ya examinado del *guilty* o culpable impute (también allí en los supuestos de inimputabilidad, como el *guilty but insane*). Y es que, entre nosotros, jurídicamente hablando, «culpabilidad» vale tanto, en lo penal, como «condenabilidad», siendo, a mi modo de ver, como en seguida se verá, un concepto más bien procesal que material. Se halla inmerso en el delito, pero operando fuera de su estructura formal, en el acto de soberanía ejercitado por el órgano llamado a estimar valorativamente esa totalidad conceptual tan compleja que es la infracción criminal.

La totalidad axiológica que es asignable a la culpabilidad, y por ende a la inculpabilidad en sentido estricto, que es la que expulsa de la sistemática de exenciones del artículo 8.º del Código penal español la estimativa formalmente perfecta de tal elemento, pudiera darse en la hipótesis del caso fortuito si éste no se hallare, incorrectamente sin duda, incorporado a dicho catálogo cerrado, del que fué con tan buen acuerdo segregado en el Código de 1928 y en el de la Zona de Marruecos. Al no consignarse expresamente el *casus* entre las eximentes, su configuración sería la más adecuada para una causa de exclusión de la culpabilidad a integrar en la vertiente negativa del artículo primero. Figurando como eximente ya, es claro que tal camino resultaría superfluo por el rodeo que supone. No puede decirse lo mismo del error, que tal cúmulo de problemas suscita y que sólo de pasada puede mencionarse aquí. Me refiero, claro está, al error recayendo sobre la configuración de lo delictivo, que engloba la tradicional distinción, hoy generalmente superada, entre el *error facti* y el *error juris* y que precisamente por su estimativa en plano de totalidad es la materia más propicia para ejercitar la exclusión de la culpabilidad. Al no existir en la ley una mención específica a ello y no pudiéndose encuadrar, en nuestro sistema legalista y cerrado de eximentes, en las «circunstancias» del artículo 8.º, ofrece sin duda posibilidades de operar en el aspecto total de estimativa, siempre judicial, que la visión del delito presupone y que afecta concretamente a lo culpable. Que eso es posible lo demuestra la jurisprudencia reciente del Tribunal Federal alemán rectificando tradicionales posiciones de su antecesor el *Reichsgericht*; notablemente en su tan discutida Sentencia de 18 de marzo de 1952, aceptando la relevancia del error de prohibición o *Verbotsirrtum*, versión modernizada, aunque no exacta del viejo *error juris* (98). Que nuestra jurisprudencia no

(98) V. su comentario en el artículo de VON WEBER: «Sobre el error iuris...», en *Anuario...*, 1953. I (traducción mía).

haya osado aún tan radical medida no es razón suficiente para que en cualquier momento, llegado el caso, pueda y aun deba hacerse. De ser así, el camino no ha de escogerse en una ampliación imposible de las circunstancias eximentes del artículo 8.º, sino en la exégesis de inversión del texto del artículo primero. Entonces sí que podrá hablarse en rigor de una causa de exculpación en sentido estricto, lo que sería precisamente por esa estimativa total de la culpabilidad a que queda hecha referencia. Y que tiene tanto más sentido en la hipótesis que nos ocupa, precisamente en nuestro sistema positivo, se deduce de la posibilidad de enmarcar el error en la doble perspectiva de exclusión absoluta del dolo y de la culpa (imprudencia) o solamente del primero, con permanencia de ésta.

* * *

Las angostas e incómodas puertas ofrecidas al uso de la teoría de la culpabilidad en nuestro Derecho penal sustantivo ábrense generosamente de par en par; en cambio, al pasar al procesal, esto es, en el momento de la vitalización de aquél ante el caso concreto y decisivo de la sentencia judicial penal. En éste un aspecto de la teoría de la culpabilidad generalmente descuidado por los tratadistas, aunque quizá se halle en él, en la doctrina normativa desde luego, la clave definitiva del abstruso problema. A lo largo de la exposición de doctrinas han podido verse atisbos de ella desde los puntos de vista sistemáticos y escolares más diversos, como el de Garraud y el de Engisch, pero ninguno ha desarrollado suficientemente las posibilidades que la solución procesal y judicialista encierra; lo que, por lo demás, es claro que únicamente puede intentarse en vistas a un ordenamiento positivo dado. Veamos ahora, a título final, las rutas que en este orden de cosas nos ofrece el nuestro.

A poco que se cale la estructura de la sentencia criminal es de observar una correlación inmediata entre su realidad existencial y viva y la conceptual formal del delito. Merced a la sentencia, lo flotante y formal de los conceptos se encarna definitivamente nutriéndose de sustancias ónticas, antes que ninguna otra, de la de Justicia. La cual ha de perseguir primordialmente el fin de estimar la culpabilidad o no culpabilidad del reo, es decir, del «inculpado». Así define como justa la decisión judicial, coordinada a lo culpable o inculpable un penalista y procesalista de la talla de Guillermo Gallas en un sugestivo artículo en que propugnaba tales fines espirituales en ocasión de la anunciada reforma procesal alemana de 1938 (99).

Claro es que al formalismo analista no conviene la tesis apun-

(99) GALLAS: «Zur Struktur des kommenden Strafverfahrens», en *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, 1938, IV y V, pág. 627.

tada, y así Beling acude a subterfugios y sutilezas no muy convincentes para separar la noción y la culpabilidad en lo procesal, sinónima de responsabilidad y aun de punibilidad, de la misma en el terreno de la teoría del delito, en tanto que elemento del acto punible (100). El distingo es artificioso, incluso en la técnica alemana, donde la *Schuldfrage* o cuestión de culpabilidad es la básica de la sentencia englobando el total de los elementos del delito en su orden de sucesión lógica. Circunscribiéndonos a nuestro sistema patrio, vemos que hay en ella, primero, una constatación de hechos probados, que representan la acción u omisión ya «judicializada», por decirlo así, la perspectiva puramente física y naturalista en la que se insertan asimismo, llegado el caso, supuestos de imputabilidad objetiva, como los de minoría de edad o estado mental patológico, elementos de la misma naturaleza material o física. Viene después la calificación jurídica o de derecho, en que se adecuan los postulados precedentes a la tipicidad con arreglo a normas concretas, inexcusables en una sistemática estrictamente legalista como es la nuestra. Y, en fin, coronando la construcción jurídica, surge el dispositivo o fallo, que encierra la quintaesencia de lo valorativo y con ello la creación judicial de la culpabilidad como un todo, o su destrucción, como un todo también.

¿Creación? ¿Mera declaración? En estas interrogantes es donde yace el verdadero carácter de tan debatido elemento y donde en verdad se enfrentan las doctrinas del psicologismo y el normativismo en una pugna tenida por muchos como irresoluble, pero que no debe serlo ni lo es en nuestra dogmática. Y aquí es donde se centran, como es fácilmente comprensible, las objeciones tenidas por más firmes por los enemigos irreconciliables de lo normativo, desde von Hippel en Alemania a Maggiore en Italia y el P. Pereda en España.

Para ellos, en efecto, el acto del juez, su decisión, es meramente declarativa, de algo *preexistente*, y en no ser creadora de culpabilidad estriba en su opinión el artificio de la teoría normativa. En el «debemos condenar y condenamos» ritual, sin embargo, me parece que hay bastante más que una comprobación de lo que, de otro modo, se reduciría a declarar un hecho más en el asunto. En tan decisivo y solemne momento de encarnación de la culpabilidad se crea ésta jurídicamente hablando. Creación no *ex nihilo*, cierto, sino en virtud de un complejo variadísimo de matices de ciencia y conciencia que genera derecho vivo en una realidad existencial y óptica a la vez que antes no existía.

Alegan constantemente los antinormativistas lo pretendidamente absurdo de situar la noción de culpabilidad «en cabeza ajena», la del juez o comunidad, y no en la propia del agente cul-

(100) BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, párr. 2 y *Derecho procesal penal*, ed. española, Barcelona, 1942, pág. 82.

pable merced al combinado intelectual volitivo del saber y el querer. Maggiore, a este respecto, después de su conversión al campo del antinormativismo militante a que se hizo referencia, combate la para él insensata operación de transmutar la sede de la culpabilidad al «no-yo» que es la mente y conciencia del juzgador; lo argumenta con ejemplos que estima convincentes *ad absurdum*, como el del confesor que «crease» el pecado o el médico que «crease» la enfermedad (101). La fuerza del argumento del profesor panórrmitano es más aparente que real y puede ser calificado de especioso a poco que en él y en los citados ejemplos se profundice. La idea de culpabilidad, como juicio de valor que es, puede constituirse en el alma del propio culpable, ciertamente, pero esto es más bien excepcional y, en todo caso, irrelevante prácticamente para el mundo del Derecho. Ya Tito Livio observaba en sus Anales que *Ingenia humana sunt ad suam cuique levandam culpam nimio plus facunda* (102), y nada hay más cierto, en efecto, que la elocuencia e ingenio que cada cual derrocha en paliar o destruir las propias culpas. Sin desconocer los efectos catárticos de lo penal, tan elocuente como exageradamente pronunciados en la doctrina psicoanalítica (Alexander-Staub), el conocimiento y aún más, el reconocimiento de la propia culpabilidad, puede afectar y afecta hasta decisivamente en lo moral; lo teológico y en lo criminológico, pero sólo en contados supuestos trasciende a lo penal a título atenuatorio o exculpatorio, casi siempre unido a una actividad. Tal son los casos del desistimiento espontáneo en la tentativa o la reparación debida al arrepentimiento espontáneo de la atenuante novena del artículo 9.º de nuestro Código penal, nada de lo cual tiene directamente que ver con el asunto que ahora nos ocupa. Jurídicamente hablando, el desequilibrio de valoraciones entre la propia del reo y la ajena de la comunidad social, personificada en el juez, se resuelve constantemente en favor de ésta última, siendo su normal forma de exteriorización la sentencia.

La culpabilidad, bien que dimanando de hechos y conductas rigurosamente personales no es producto *natural* de ellos, sino de una estimativa ajena, como producto de la valoración social casi siempre en pugna con la subjetiva del propio culpable. Este es tal porque el juez así lo afirma en su sentencia, hasta tal punto que, mientras que no lo haga, la idea de culpabilidad puede flotar difusa en el ambiente, como el agua de futuras lluvias en las nubes lejanas, pero sin virtualidad ni vida propias en lo jurídico. Es más, en estricto sentido penal, el afirmar que alguien es culpable de un delito antes de pronunciarse sobre ello sentencia condenatoria, constituye en sí un delito: el de calumnia.

El juzgador que encuentra dados los hechos así como los ele

(101) MAGGIORE: *Normativismo e antinormativismo*, cit. en nota 43.

(102) TITO LIVIO: *Annales*, XXVIII, 25.

mentos personales del autor, la imputabilidad, la antijuridicidad y suministrada la norma en la figura de la tipificación, ha de poner, a su vez, *algo* que es estricta y privativamente suyo, de su mente y conciencia. Ese *algo* es lo que hace surgir un tanto misteriosa y místicamente la culpabilidad, que sin dicha operación no se gesta y que, por lo tanto, carece de vida. Es, como si dijéramos, el soplo o *quid* vital último y definitivo del delito, fuera de él en lo material sustantivo, pero encarnado dentro de su perfección absoluta, que sólo tiene lugar a través de lo procesal judicial. Que esto no sea «crear», sino «declarar», es ya disputa de puro léxico, en que lo caprichoso no puede ya lícitamente imputarse al normativista.

En la *operatio* antedicha, lo que el juez ciertamente no crea, al menos en nuestra dogmática legalista, es el delito, y ahí radica lo erróneo y tendencioso de los símiles usados por Maggiore en el trabajo citado, pues es claro que el sacerdote tampoco crea el pecado ni el médico la enfermedad. Todos, empero, realizan una labor valorativa intrínsecamente personal y en no pocos aspectos ajena al juicio del reo, pecador o paciente, bien sea en la sentencia, en la confesión o en el diagnóstico, según los distintos supuestos. Que sin la operación de que se trata seguirían existiendo el pecado y la enfermedad es cierto, pero hay que reconocer que sin trascendencia externa operativa alguna en lo esencial, que es precisamente lo que al Derecho interesa. El delito, en cambio, ni aun así puede no ya subsistir, sino ni existir siquiera, requiriendo como requiere el juicio de culpabilidad para su vida perfecta. Y en esto se delata lo caprichoso de los ejemplos y asimilaciones de Maggiore y el error de quienes le siguen, pues el pecado tiene vida propia con independencia de todo juicio humano y en virtud de postulados trascendentemente divinos, y la enfermedad es una realidad natural no normativa y humana como el delito.

Tornando al tema jurídico-penal integral, esto es, material y procesal, destaca netamente el sentido normativo de la culpabilidad si se considera en el juicio valorativo que lleva a cabo el juzgador sus caracteres de voluntad, imperio y poder, en comparación con la noción de antijuridicidad, que lo es de «deber» y con la de acción, que es de «ser». Lo cual es perceptible incluso en la postura de la tesis opuesta, la de mera «declaración» en la operación judicial. Observaremos, en consecuencia, que el «hecho probado» es mero dinamismo naturalista, que lo aprecia cualquiera y lo establece la policía y el proceso en su fase inicial de instrucción, aunque el juzgador lo compruebe y declare en la sentencia. Algo parecido acaece con la tipicidad, en que operan una serie de factores formales preexistentes al alcance de cualquier jurista. Y con la imputabilidad, que unos peritos psiquiatras, en hipótesis de enfermedad, o en una simple partida de nacimiento, en la minoría de edad, pueden inmediatamente estimar en un plano de objetividad perfecta. En la antijuridicidad ya las cosas se compli-

can, pues entra en dicho elemento un factor valorativo con posible pugna de valores propios del reo y ajenos a él, a decidir por el juez. En la antijuridicidad, empero, es todavía lo fáctico, la causalidad y las presunciones lo que prevalecen; éstas, sobre todo, en un sistema como el penal español, en que lo típico de por sí sirve de presunción *juris tantum* a la voluntariedad, en virtud del párrafo segundo del artículo primero del Código, siendo antijurídico *prima facie* lo que es típico y por el hecho sólo de serlo. Nada de lo dicho sucede con la culpabilidad, medida axiológica pura de una totalidad de elementos que únicamente al juez sentenciador compete soberanamente estructurar y dar vida jurídica.

Acaba de mentarse incidentalmente la imputabilidad, y en la observación aludida radica con suficiente rigor su diferencia de la culpabilidad, a la que sirve de sustentáculo y precedente, sin duda, pero con la que no guarda afinidad alguna en lo esencial. Sin insistir demasiado sobre el tema, por serlo de la imputabilidad y no de la culpabilidad, conviene, sin embargo, dejar sentada la diferenciación entre ambos elementos, ya que es de notar una cierta tendencia favorable a incluir el primero en el segundo y hacer de lo imputable un factor decisivo de lo culpable. Lo es, ciertamente, en una sistemática psicologista, pero no en la normativa, por cuanto que es imputable o no por condiciones de mero hecho—el ser o no persona mentalmente sana, mayor o menor de edad penal—, esto es, en virtud de estimativas naturalistas. En cambio, la culpabilidad, que es juicio normativo puro y de conjunto, en que la imputabilidad es condición previa necesaria, resulta en su esencia tan ajena a ella como a la acción o a la tipicidad.

Aun diferenciados los elementos de imputabilidad y culpabilidad en su ontología, la precedencia cronológica, por así decirlo, de la primera se impone por obvias consideraciones de lógica, de justicia y, por añadidura, de derecho positivo. Por eso yerra el normativismo finalista de Welzel cuando sienta las conocidas y fácilmente rebatibles tesis de «dolos no culpables», pura paradoja que es una secuela, la más lamentable de todas, de sus esfuerzos para desplazar la noción del dolo del elemento de la culpabilidad, al campo de la acción. El inimputable, enfermo mental o niño, es claro que posee voluntad y aun inteligencia propias, si bien deformadas por su singular *status* objetivo, pero, sobre todo y ante todo, por su desequilibrio y situación minoritaria frente a las concepciones sociales predominantes. La mala intención y aun la perversidad de niños y dementes es psicológicamente una realidad que ningún psiquiatra o pediatra desconocen. Ahora bien, lo que sucede es que sus actos y conductas no se valoran penalmente porque así lo decide una voluntad y un sentir sociales que encarnan hoy en las leyes excluyentes de su responsabilidad, no atribuyendo «desvalor» a lo que ellos hacen. De ahí resulta que en épocas bárbaras, cuando para ciertos delitos se admitió la imputabilidad de locos y niños, dicha culpabilidad nacía como un *plus*

de valor añadido por la ley y consecuentemente por la sentencia. Lo que demuestra, de una vez para siempre, que el concepto último, total y definitivo de lo culpable, es de raíz axiológica y de exteriorización judicial. Pues aun en el paralelismo con la inimputabilidad, vemos que es la Medicina legal, es decir, una ciencia fisiconatural, el instrumento adecuado para decidir sus extremos, mientras que en la culpabilidad la competencia decisoria incumbe de modo exclusivo al juzgador en un plano de pura valoración normativa. Eso sin considerar que la imputabilidad es de por sí concepto genérico, en tanto que la culpabilidad lo es específico y concreto, referido al caso y a normas, no a leyes naturales, cuya generalidad neutra es la característica de los temas que a la imputabilidad afectan. Toda la abismal diferencia entre las ciencias naturales y las cultural-normativas se pone de manifiesto con elocuencia singular en el binomio tan perfectamente caracterizado de imputabilidad-culpabilidad. Diferencia que no es solamente el método, sino de esencias, como la filosofía demostró suficientemente y de una vez para siempre. Tan cierto es esto que cuando, en nuestros días, los movimientos lógicos más audaces, como el del «racionalismo realista» del profesor neoyorkino Rafael Morris Cohen, pretende superar el dualismo en ciencias establecido por los maestros sudoccidentales alemanes de la generación anterior, lo hace reduciéndolo a una unidad no natural y física, sino normativa, en que cada paso del investigador supone una elección y un juicio (103). El triunfo para el normativismo no puede ser más completo, incluso desde el campo filosófico general y lógico.

En consecuencia de lo dicho, la tentativa de Welzel por llevar el dolo al ámbito de la acción y su consecuencia de admitir dicho elemento con independencia de lo imputable y culpable (dolo del enajenado y del niño), cae en absoluto por su base, no ya con arreglo a nuestra dogmática, sino también con la imperante en Alemania, por afectar no tanto a un sistema positivo dado como a la naturaleza formal y logística de los propios conceptos tan cruelmente destrozados con su osada transmutación de valores jurídicos. Por cierto que, al obrar así, Welzel se deja llevar en esta ocasión por los por él siempre vituperados postulados naturalistas, dado que únicamente en el plano de lo natural pudiera quizá sostenerse con ciertas apariencias de sentido la tesis de la dolosidad de lo no culpable, paradójica, repito, en dogmática como en lógica.

El tema de la culpabilidad normo-valorativa provoca dificultades teóricas y prácticas en orden al momento y forma de la punición, que es su inmediata consecuencia en el propio acto decisivo de la sentencia condenatoria, la sentencia de culpabilidad. La mayor de dichas dificultades es la que resulta no de la imposición de penas, sino de medidas de seguridad, en cierto modo al mar-

(103) MORRIS COHEN: *Introduzione alla Logica*, ed. ital., 1948, pág. 245.

gen de la noción común de lo culpable. Para salvarlas, la doctrina alemana ha creado la ingeniosa y sutil construcción de la «atribuibilidad» o *Zurechenbarkeit*, a modo de elemento intermedio entre la imputabilidad y la culpabilidad. En referencia precisamente a las medidas de seguridad lo utiliza Maurach con independencia de lo «culpable judicial» y como correspondiendo a una «responsabilidad por el hecho» o *Tatverantwortung*. En todo caso, judicial o no y aun en el primer supuesto, que es el de nuestro sistema de medidas de seguridad, el juicio si que es aquí netamente declarativo, y como *Feststellung* lo reconoce Maurach (104) diferenciándose en ello del valorativo y creador de la culpabilidad. En lo que a la esencia respecta y abstracción hecha de los sistemas positivos de judicialismo más o menos acusado, creo que hay bastante más que un simple grado (*Stufe*) entre la pretendida «responsabilidad por el hecho» y la culpabilidad genuina. Media entre ambas un verdadero abismo, el que separa lo natural de lo normativo, en lógica, y lo policíaco de lo judicial en Derecho.

¿*Quid* en cuanto a la responsabilidad, la íntegra acarreado penas propiamente dichas? La cuestión de diferenciación de tal concepto y el de culpabilidad no es fácil en nuestro sistema positivo, donde a cada paso se sinonimizan ambos términos. Es posible y conveniente, sin embargo, conseguir la discriminación, siendo para ello lo más factible desprender el concepto de responsabilidad del de culpabilidad, en cuanto que éste es elemento constitutivo de la estructura del delito y el primero no. Rebasa el de responsabilidad, en efecto, el marco estrico de la vida de la infracción y aun la del Derecho penal mismo, para ganar naturaleza de categoría general. Por eso Cuello Calón, aunque la estime con la imputabilidad presupuesto previo de la culpabilidad, acierta plenamente al caracterizarla, con la mejor doctrina clásica italiana, de Romagnosi a Manzini, como «deber jurídico que incumbe al individuo de responder del hecho realizado y de sufrir las consecuencias jurídicas» (105). Viene a ser así la responsabilidad, como agudamente observa Maggiore, una especie de *capacità alla pena*, al modo de cómo la imputabilidad es la *capacità al reato* (106). Con lo cual dicho queda que tal categoría aparece formalmente desplazada más allá de lo sustantivo y aun de lo procesal puro, al campo de la ejecución, como la punibilidad misma, igualmente ausente de las construcciones de la pura teoría del delito. Por lo que en el *Tratado* de Asúa se reserva su estudio al hacerse el del delincuente un tanto al margen del delito

(104) MAURACH: Gundriss, cit. en nota 14, párr. 31, III. Lo desarrolla con más profundidad en la monografía *Schuld und Verantwortung*, también citada.

(105) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, cit., pág. 396.

(106) MAGGIORE: *Principi*, cit., pág. 332.

y de la culpabilidad misma, pese a considerar, como Cuello, a la imputabilidad presupuesto suyo.

* * *

Nuevamente en referencia a la culpabilidad como elemento de la infracción, donde se coloca por el juicio valorativo del juez como pináculo que la corona en su realización perfecta, la doctrina legal y *praxis* españolas aducen un nuevo e importante dato que acentúa quizá mejor que ninguno otro su normativismo, a la vez que facilita enormemente su concepción unitaria. Me refiero a la posible estimativa de la culpabilidad a título de dolo o de culpa (imprudencia) en un rango de soberanía que sólo ofrece nuestra tan original e injustamente censurada sistemática de la imprudencia en *numerus apertus* y no en el *clausus* que es de rigor en las extranjeras, salvo las pocas que en América siguen la tradición hispánica (107). Considerando que la culpabilidad por sí sola es lo abstracto, su concreción ha de realizarse forzosamente en sus dos únicas especies concretas o formas de manifestación, que son el dolo y la culpa (*stricto sensu*). Y ello no impuesto, en la generalidad de los casos, por imperativo de la norma positiva ni por concesión expresa y excepcional de ésta, sino en función de pura axiología judicial ante cada infracción y cada caso, salvo, naturalmente, en aquellos cuya intrínseca naturaleza lo repugna. Tal posibilidad de elección (y nada tan valorativo como el acto de elegir), eleva el rango de la culpabilidad en su concepción normativa con las amplias perspectivas de decisión que se abren ante el juez en trance de perfilar su sentencia condenatoria. Presentes en ese momento trascendental entre todos, los factores de hecho y de derecho, de acción, antijuridicidad e imputabilidad, el juez sentenciador decide soberanamente si ha de esgrimir en el caso la modalidad culpable dolosa del artículo primero del Código o la asimismo culpable, pero imprudente del 565. Es ésta la postrera y no menos valiosa facultad de máxima agilidad de movimientos valorativos brindada al juzgador por nuestro tan práctico y peculiar sistema de culpa genérica, sólo objetable por un prurito de mimetismo extranjerizante. Mas, aparte de su practicismo, la situación del dolo y la imprudencia en un mismo plano valorativo, en el de la culpabilidad como superconcepto de ambas formas expresivas, es el más fácil medio de remediar su cardinal incoherencia en otros sistemas, tan visible, sobre todo, en el de la ortodoxia welzeliana de la acción finalista. Pues dentro del finalismo, si por tal aceptamos el punto de vista heterodoxo, pero conciliador de Bockelmann, de ver en la conducta culpable una actividad física dirigida por la voluntad, pero situada en la culpa-

(107) QUINTANO RIPOLLÉS: «Culpa e imprudencia en la doctrina y la práctica, en *Anuario...*, 1954, I, y *Derecho penal de la culpa, passim*.

bilidad y no meramente en la acción, al modo de Welzel (108), lo doloso y lo culposo superan sus íntimas contradicciones en la elección judicial que el juicio supone. Pues hay que tener muy en cuenta que en ambas posibilidades subyace una reprochabilidad basada en una dirección de voluntad del agente, que son las dos marcas o signos indefectibles de la culpabilidad, según el riguroso análisis mezgeriano de la misma (109).

La tan ponderada quiebra del sistema finalista de Welzel en presencia del «perturbador» elemento de la acción imprudente, deja de ofrecer tal carácter con sólo volver a situarlo en su propio terreno, el de la culpabilidad, y en la alternativa y genérica posibilidad de opción que nuestro sistema permite. El propio Welzel, acosado por las críticas de sus adversarios y aun de sus amigos, como Niese, se ve forzado a batirse parcialmente en retirada a la vista de la realidad positiva alemana. Reconoce que dentro de él, los delitos culposos no encajan en la teoría de la acción final por predominar en ellos lo causal, dado que no se trata de una finalidad de índole física y real, sino de la finalidad precisamente dirigida al resultado que la ley ha previsto (110).

Pero es el caso que en el sistema abierto de la imprudencia del artículo 565 de nuestro Código penal, la ley ha previsto el resultado a título no solamente doloso, sino también culposo o imprudente de cada delito, cuya intrínseca naturaleza lo permita, con lo que la autoobjeción que Welzel hace a su teoría no sería tal objeción en la unitaria configuración de la culpabilidad que contemplan las dos hipótesis de los artículos 1.º y 565 del Código español. Este último, con su generalidad, se acredita como el solo hilo de Ariadna capaz de orientar en el laberinto de la doctrina finalista pura, sin salida en la dogmática tan rigurosamente cerrada del Código alemán.

(108) BOCKELMANN: *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, pág. 30, nota.

(109) MEZGER: *Moderne Wege*, cit. págs. 37-38. Vale como primera característica la imputabilidad potencial (*potentielle Zurechnungsfähigkeit*) y como segunda la dirección de voluntad reprochable (*vorwerfbare Willensrichtung*). El tercer elemento es puramente negativo, de causa de exculpación².

(110) WELZEL: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, pág. 19.

