

Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea

ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ

Fiscal

SUMARIO: I. *Generalidades*. A) La culpabilidad en la estructura del delito. B) Responsabilidad objetiva. C) Noción de la culpabilidad. D) Culpabilidad de carácter. E) Culpabilidad normativa. F) Previa imputabilidad.—II. *Examen técnico jurídico de la culpabilidad*. A) Esquema de la culpabilidad. B) Formas de culpabilidad. C) Faz positiva de la culpabilidad. Contenido. D) Faz negativa. Inculpabilidad. E) Modificación de la culpabilidad. F) Examen especial de la inexigibilidad.—III. *La culpabilidad en el ordenamiento jurídico español*. A) Faz positiva. B) Faz negativa. C) Modificación de la culpabilidad. D) La inexigibilidad en el Derecho español.

Representa el estudio que sobre un concepto en franca crisis me atrevo a ofrecer al *Anuario de Derecho y Ciencias Penales* una intrascendente contemplación de conjunto del tema clave del Derecho punitivo—tan agitado, al menos en su superficie, durante los últimos quince años—especialmente proyectada, en la medida posible, sobre nuestra legalidad vigente. Desprovistos, por tanto, estos apuntes de todo propósito de investigación monográfica o de construcción dogmática personal y rigurosa, su justificación dependerá, exclusivamente, dada la generalidad de su área, de la claridad conceptual y orden expositivo, que me he esforzado por lograr, así como de la congruencia entre las categorías doctrinales acogidas y nuestras posibilidades legales, muy especialmente en materia de *inexigibilidad*, tan difícilmente traducible a nuestro lenguaje jurídico positivo.

I.—GENERALIDADES

A) *La culpabilidad en la estructura del delito*.

Para que un hecho resulte delictivo no basta con que sea un comportamiento—positivo u omisivo—típicamente antijurídico ;

deberá, además, ser *culpable*, por constituir la culpabilidad uno de los caracteres esenciales del delito. Se trata, según Maggiore, de un concepto ético antes que jurídico, verdadero cordón umbilical entre la Moral y el Derecho; sin culpa moral, no hay culpa jurídica. En contraposición a la antijuridicidad—tipificada por la ley penal—que representa lo objetivo, la culpabilidad representa lo subjetivo.

Sobre tal esquema lógico, bidimensional, sutilmente afinado por la dogmática alemana y por la italiana a partir de Rocco, se organiza la teoría jurídica del delito, en su tono imperante, cristalizado ya durante la primera treintena del presente siglo y revisado, más que combatido a fondo, a partir de entonces, por una corriente crítica que, respetando las paredes maestras de la concepción técnico jurídica, da suma fluidez a los límites anteriormente marcados entre los diversos caracteres del delito, rígidamente compartimentados, en un principio, sobre todo en la obra de Beling, con exageración calificada de «malsano particionismo» por la Escuela nacionalsocialista de Kiel. Esta revisión fusionista iniciada por Dohna y Mezger, se extrema en la postguerra última por Welzel—paladín del llamado «finalismo»—, Maurach, Weber y Busch, con aportaciones cuya firme consolidación es bastante problemática, pero que, en todo caso, inciden profundamente en el campo de la culpabilidad. El positivo hallazgo de la nebulosa doctrina finalista—de recortado vuelo dogmático en su general significación y victoriosamente combatida por Grisigni en puntos fundamentales—se reduce, en esencia, al relieve por ella dado a la evitabilidad del hecho penal, cifrado en la cierta fórmula de Weber: «Es culpable quien obra antijurídicamente, pudiendo haber obrado jurídicamente».

Suele corresponderse con un *sentimiento de culpabilidad*, experimentado en su propia intimidad por el sujeto. Por otra parte, la culpabilidad, por ser una nota característica del delito, *acompaña* siempre a la acción u omisión; *no la precede* (como la imputabilidad) *ni la sigue* (como la responsabilidad).

Como dice Maurach, coincidiendo con Welzel, *la antijuridicidad de la medida de valor del hecho*, en tanto que *la culpabilidad da la medida de valor del sujeto*.

B) Responsabilidad objetiva.

Sin culpabilidad no hay delito. O, más estrictamente aún, según el conocido tríptico, no existe delito en su aspecto subjetivo; esto es, *no hay delincuente*. No obstante, y, acaso por influencias provenientes del campo jurídico privado, vuelve a hablarse actualmente de lo que fué una realidad en el régimen penal primitivo, antes de imponerse el principio voluntarista de la culpabilidad. Me refiero a la «Causalhaftung» o *responsabilidad sin culpabilidad*, correspondiente a un criterio de rigurosa y automática

reacción defensiva, que no pregunta al sujeto si ha causado voluntariamente el mal del delito, sino, tan sólo, si efectiva y materialmente lo ha realizado; bastando el simple nexo de causalidad, que permitía, incluso, considerar como sujetos de Derecho penal a los animales y a los seres inanimados.

Sin embargo, el Derecho penal sigue manteniéndose esencialmente fiel al criterio espiritualista, según el cual, como dice Pacheco, «sólo por la voluntad, la desgracia se eleva a delito», sin que la responsabilidad objetiva sea admitida más que en algunos supuestos excepcionales y únicamente para fundamentar una penalidad suplementaria, como en los delitos agravados por razón del resultado y, en cierta medida, en la misma preterintencionalidad («*versari in re illicita*»). Castejón, en sus agudos «Comentarios» al Código penal de 1870, y en trabajos posteriores, destaca la importancia de la responsabilidad penal objetiva, cuya extensión preconiza, y señala manifestaciones de la misma en ciertos preceptos del Código patrio y en el Derecho positivo comparado.

C) *Noción de la culpabilidad.*

Provisionalmente, podemos definir la culpabilidad, ateniéndonos al tradicional criterio subjetivo, de base psicológica, como *nexo de causalidad moral que, a título de dolo o de culpa, une al sujeto imputable con su acto típicamente antijurídico*; tal culpabilidad sirve de fundamento inmediato e imprescindible al juicio social de reproche que constituye al sujeto en responsabilidad penal.

En España, el profesor Cuello Calón, influido ya en cierto grado por la corriente normativa, estima que una acción es culpable cuando, a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor, puede ser puesta a cargo de ésta y, además, serle reprochada, por no haber obrado conforme a su deber.

D) *Culpabilidad de carácter.*

Desde otro punto de vista, se ha hablado por Liszt, con fórmula expresiva pero impropia, de *culpabilidad de carácter*, de sentido eminentemente subjetivo e independiente de la relación del sujeto con un supuesto delictivo determinado; lo que no es sino una versión terminológica, de alcance hiperbólico, de la «temibilidad» o peligrosidad criminal, construída por el Positivismo, que carece de valor autónomo para fundamentar una pena; sin embargo, servirá para aumentarla (agravante de reincidencia) o para basar una medida de seguridad. En análogo sentido se habla de «predisposición», de «culpabilidad de disposición» (Seeling), de «culpabilidad potencial» (Lenz) y de «culpabilidad por tendencia» (Sauer).

Sabido es cómo para el Positivismo, que niega la imputabilidad moral del hombre, desaparece la clásica culpabilidad de las conductas, suplantada por la material temibilidad de los sujetos determinante por sí de medidas de prevención especial.

E) *Culpabilidad normativa.*

Las modernas concepciones «normativas» o «valorativas» de la culpabilidad, propuestas por Frank en 1907, tratan de desplazarla de su sólida base psicológica, para identificarla con su eco, reflejo o consecuencia, de reprobación social; lo que llevó a Ronsefeld a decir, gráficamente, que la culpabilidad de un hombre debe radicar «en su propia cabeza» y «no en la cabeza de los demás».

Punto de vista normativo ya esbozado, en cierto modo, por nuestro Silvela que—más bien por imprecisión de nomenclatura que por definida convicción dogmática—escribía en 1903 que «la palabra *culpabilidad* representa lo que en una acción libremente ejecutada hay de opuesto, de contrario, a la ley que debe regirla».

Es evidente la vaguedad de la tesis valorativa germana, que desdibuja y oscurece las diferencias dogmáticas entre las diversas notas del delito y, muy especialmente, entre la culpabilidad y la antijuridicidad y entre la propia culpabilidad y la responsabilidad. A pesar de todo, la aportación de la teoría normativa de la culpabilidad es sumamente valiosa y en ella encuentra su base de partida la novísima dirección «finalista».

Penalistas tan autorizados como Maggiore y Petrocelli, en Italia, y el P. Pereda, en España, han impugnado resueltamente esta concepción normativa que, según el mismo P. Pereda, confunde el previo juicio legal, definidor de la antijuridicidad de un abstracto supuesto delictivo, con el juicio concreto pronunciado «a posteriori» por el Juez, que no crea la culpabilidad, sino que la reconoce y declara como consecuencia de una subjetiva indagación psicológica. La culpabilidad *preexiste*, pues, al juicio ulterior que la descubre y reprueba, con valor declarativo y no constitutivo.

Sin embargo, no puede desconocerse que el propio Derecho tradicional viene dando, hasta cierto punto, la razón a la tesis normativa de la culpabilidad, en cuanto asienta la misma, en determinado aspecto, sobre base objetiva, mediante la ficción de conocimiento de la ley penal y consiguiente intrascendencia del error jurídico, y organiza también objetivamente el régimen de la culpa sin previsión, cuya calificación implica, más bien que una inquisición subjetiva, un juicio comparativo, da referencia a un patrón fijo o tipo medio de diligencia. Lo cierto es que la tesis normativa marca el punto de arranque de una impetuosa corriente crítica, susceptible de conducir a la corrosión o disolución de la tradicional categoría de la culpabilidad.

F) *Previa imputabilidad.*

Antes de penetrar más a fondo en el examen de la culpabilidad—como categoría subjetiva de alcance general y comprensivo, que engloba, como posibles formas o grados de específica manifestación, al dolo y a la culpa—se hace preciso aludir, como presupuesto obligado de aquélla, a la *imputabilidad*. En principio, de acuerdo con el criterio clásico, sólo podrá *resultar* culpable quien, previamente, *sea imputable* (1).

II.—EXAMEN TECNICO JURIDICO DE LA CULPABILIDAD

A) *Esquema de la culpabilidad.*

Dentro del más común y consolidado criterio, puede establecerse que, lo mismo la imputabilidad que la culpabilidad, contienen como *elementos* integrantes e indispensables, uno de orden *intelectual* y otro de orden *volitivo*: *Conciencia* y *voluntad*. Pero, así como en la *imputabilidad* esta inteligencia y esta voluntad radican «*in potentia*» como calidad o aptitud del sujeto, estáticamente considerado, en la *culpabilidad*, aquella aptitud o capacidad moral del sujeto se manifiesta, ya en concreto, en un orden dinámico, aplicada a una determinada conducta criminal; «*in actu*».

(1) No puede silenciarse que frente al criterio dominante en la materia se alzan últimamente opiniones que llevan a independizar las caracterizadas formas de culpabilidad (dolo y culpa) de una preexistente imputabilidad y a admitir—paradójicamente—hasta el dolo, inculpable, de un demente. Así, el «finalismo» extrae el dolo del recinto de la culpabilidad para llevarlo al de la «acción finalista», y en la misma línea que FRANK, MAURACH afirma que *también el incapaz puede obrar dolorosamente*, ya que el dolo no es sino la voluntad del resultado, que puede darse en el inimputable. Ahora bien, el profesor de Munich parte, para su desconcertante afirmación, de un peculiarísimo punto de vista constructivo, pero, sobre todo, denominativo: La fijación de un elemento básico común llamado «atribuibilidad» («Zurechenbarkeit»), que si bien implica un *juicio desvalorativo* (en cuanto el autor no se ha comportado conforme a las exigencias de la comunidad) no supone un auténtico *juicio reprobatorio* (reservado para la estricta culpabilidad); puesto que sólo sabe reproche frente a aquél de quien podía esperarse que obrara conforme a la norma. La *atribuibilidad* propuesta por MAURACH se justifica por las necesidades prácticas de la convivencia humana, y se diversifica en dos grados: a) La *responsabilidad fáctica* («Tatanwortung») que se extiende a los inimputables y da lugar a medidas preventivas, y b) La *culpabilidad* propiamente dicha, que requiere la previa imputabilidad y es susceptible de auténtica penalidad. El criterio acabado de exponer no sólo concibe la conducta dolosa del inimputable, sino que, al extraer al dolo del marco de la culpabilidad, admitiendo la extraordinaria posibilidad del *dolo inculpable* por parte de un incapaz. Claro es que, tanto en esta tesis como en tantas otras de la doctrina jurídica, la mutación revolucionaria afecta más a la dimensión terminológica que a la médula conceptual.

En resumen, para el finalismo principalmente representado por WELZEL, el *dolo*—expresión que llevaba incorporada una inequívoca carga peyorativa—se despoja de su inveterado tono reprobatorio, y al quedar absorbido en la acción y expulsado de la culpabilidad se traduce en pura y «aséptica» *voluntariedad* del hecho.

La capacidad de entender y querer constitutiva de la imputabilidad, al verse en un *saber* y en un *querer* concretos, referidos a determinada realidad delictiva, se traduce en *culpabilidad*, que será dolosa si lo sabido y querido es tanto el comportamiento del sujeto como su resultado; y culposo si el querer y el saber se limitan al mero comportamiento imprudente, pero no miran a su resultado típicamente antijurídico. En definitiva, la *imputabilidad es actualizada por la culpabilidad* (2).

B) Formas de culpabilidad.

Puede revelarse la culpabilidad en forma de *dolo* o de *culpa* sin que la llamada «culpa con previsión» tenga sustantividad suficiente para integrar una entidad autónoma o «*tertius genus*», sino que encajará dentro de la categoría del dolo o de la culpa, según se profese la teoría de la representación o de la voluntad.

No es del caso pronunciarse en este momento—ya que ello supondría invadir el tema específico de la culpa—por la teoría dualista de la culpabilidad, que sitúa sobre planos conceptuales diversos al dolo y a la culpa, ni por la unitaria que, sobre la base suministrada por Pablo Merkel, mantiene la comunidad genérica entre uno y otra; superación unitaria que, frente a Binding, fué defendida por Radbruch, entre otros, y es reafirmada recientemente por autores como Weber y Welzel, que centran la esencia de toda culpabilidad en el *poder* («*Können*»).

Es culpable, según la ya anticipada definición de Weber, quien *puediendo haber obrado con arreglo a Derecho, se comporta anti-jurídicamente*. El *poder* es aquí fundamento común de la culpabilidad, como el deber («*Sollen*») lo es de la antijuridicidad. Concepto posibilista que, al fin y al cabo, fué proclamado ya por el Código español de 1822 en su feliz definición de la culpa que, por afectar al escalón ínfimo de la culpabilidad, marca las mínimas exigencias de la misma y comprende, también por lógica extensión, al dolo, como grado superior (3).

(2) La apuntada dicotomía, sumamente clara cuando relacionamos la imputabilidad con la culpabilidad culposa, no lo es tanto ni tan completo el paralelismo cuando la previa imputabilidad del sujeto se actualiza en culpabilidad culposa, puesto que en esta última bastará con que el saber y el querer vayan referidos al comportamiento o manifestación de voluntad del agente sin inclusión del resultado. Notable diferencia ésta, debida al carácter peculiar de la culpa, de esencia penal tan discutible y discutida, hasta el punto de haber merecido el nombre de «hija bastarda» del Derecho punitivo; en tanto que la culpabilidad dolosa es la culpabilidad penal por antonomasia, que encuentra en el marco penal su propia sede, sin violencia racional ni teórica de ninguna clase. En este orden, KOHLRAUSCH—frente a intentos de construcción unitaria, representados por PABLO MERKEL y otros autores—negó ya a la culpa todo carácter de culpabilidad.

(3) Cierta sector de la doctrina, en el que figura VANNINI, afirma la unidad esencial de ambas formas de culpabilidad negando la existencia de verdaderos delitos culposos. Con arreglo a esta atrevida posición, sólo existirían delitos dolosos, quedando reducido el mal llamado delito culposo a un simple delito doloso en que el mal resultante funcionaría, no como evento en sentido técnico, sino

C) *Faz positiva de la culpabilidad. Contenido.*

Según el criterio clásico—que la concibe como culpabilidad del acto aislado y no como culpabilidad de carácter—se integra por un *saber* (elemento intelectual) y un *querer* (elemento emocional o volitivo) que, en la culpabilidad dolosa, abarcan tanto el comportamiento como el resultado típico, quedando en la culposa excluída la contemplación del último; con la salvedad de la llamada «culpa con previsión» en que el resultado típico, si bien no es querido, sí es *representado* como posible (4).

Estima Mezger que el juicio de culpabilidad y su valoración jurídica se refieren, en cada caso concreto, a los siguientes elementos:

a) Acto de voluntad del autor (*partes integrantes psicológicas* de la culpabilidad). b) Motivos del autor (*partes integrantes motivadoras* de la culpabilidad); y c) Referencias de la acción a la total personalidad del autor (*partes integrantes caracterológicas* de la culpabilidad).

En cuanto al *primer elemento*, como dice el mismo Mezger, se ocupó de ello, con carácter preferente, la doctrina históricamente más antigua de la teoría de la culpabilidad, es decir, la teoría del dolo y de la culpa.

Los *motivos* del autor—si se descarta la tesis positivista de Ferri, que ve en ellos la esencia del dolo—juegan en un doble aspecto, *positivo* y *negativo*: *Positivamente*, desempeñan, más bien, un papel matizador de la responsabilidad, aunque a veces obten-

como mera condición de punibilidad, innecesaria para la integración del delito, aunque precisa para su castigo. La ley española de 1950 (ley penal del Automóvil), viene a suministrar un valioso argumento a la mencionada teoría: En efecto, no resulta fácil apreciar disparidad sustancial—sino simple accidente de configuración legislativa—entre los delitos dolosos de peligro descritos por la referida ley y la imprudencia, del art. 565, con resultado truncao.

(4) Sin entrar en este lugar en el análisis de la específica culpabilidad dolosa, para limitarnos a la consideración de conjunto de la culpabilidad como categoría genérica y todavía indiferenciada, no puede dejar de reconocerse la existencia de fundamentales discrepancias en la materia, incluso entre modernos penalistas tan afines como DOHNA y WELZEL. Para el primero, son *elementos* de la culpabilidad: a) La imputabilidad; b) La *conciencia de la antijuridicidad*, y c) La *ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad*, en sentido estricto, o sea, empleando una locución positiva, la «normalidad legal» de la acción que impida al agente acogerse a la coacción física o moral, al mandato del superior, a la coacción moral; en resumen, la *exigibilidad* del comportamiento frente a la ley. WELZEL, por su parte, excluye de su sistema el concepto de exigibilidad. Y MAURACH disiente de ambos y sitúa la inexigibilidad, no entre las causas de inculpabilidad, sino en un terreno intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad, denominado por MAURACH, conforme ya vimos, «*responsabilidad del hecho*» («*Tatverantwortung*»), que suministra un juicio sobre el agente basado en la exigencia normal, determinando si el sujeto se ha apartado del patrón social comportándose diversamente—peor—de lo que constituye la conducta media. Sin que proceda insistir ahora sobre esta cuestión, más propia del examen concreto de la inexigibilidad, como aspecto del mayor interés dentro de la faz negativa de la culpabilidad penal.

gan valor constitutivo, a título de elementos subjetivos del tipo penal, en zona fronteriza entre la tipicidad y la culpabilidad. *Negativamente*, su propio campo de acción está en la parte más moderna de la teoría de la culpabilidad, relativa a las causas de exclusión de la misma.

Finalmente, las *referencias caracterológicas* a la personalidad del autor—difíciles de deslindar de la imputabilidad—influyen, sobre todo, en la calidad y medida de la pena, si bien no faltan casos en que la propia existencia del delito depende de la personalidad del agente. Sirvan de ejemplo la *reincidencia*, en los artículos 10, núm. 14 y 15; 515, núm. 4.º, y 516, núm. 3.º de nuestro Código; la *habitualidad* en el art. 542, relativo a la usura, y la *profesionalidad*, en el 431, núm. 2.º, alusivo al rufianismo, sin que pueda afirmarse con verdad que en tales hipótesis se trata más bien de elementos integrantes del tipo, si se tiene en cuenta que, para su virtualidad, no parecen necesitar tales antecedentes hallarse presentes en el ánimo del sujeto en el momento de realizarse la conducta principal enjuiciada.

Para las más recientes direcciones, la sustancia de la culpabilidad de un acto típicamente antijurídico estriba en la «*posibilidad de haber obrado de diversa manera*» en el caso cuestionado.

D) *Faz negativa. Inculpabilidad.*

Podrá responder la exculpación de la conducta típicamente antijurídica a cualquiera de las causas siguientes:

a) *Falta de previa imputabilidad*: Considerada la imputabilidad como «capacidad de culpabilidad», decaída la primera, carecerá de base la segunda. No obstante—según se anticipó en la oportuna nota—, algunos autores, a partir de Frank, como por ejemplo Maurach, extrayendo al dolo de la esfera de la culpabilidad, sostienen que también los inimputables son susceptibles de actuación dolosa; si bien ello sólo acarree para tales sujetos una medida de seguridad, más no una pena propiamente dicha, en atención a no resultar culpables, por defecto de imputabilidad.

b) Integrada la culpabilidad por dos esenciales elementos componentes (*saber y querer*), la ausencia de cualquiera de ellos será determinante de inculpabilidad: el desconocimiento de la actividad o del resultado, en los delitos dolosos, y de la mera actividad en los culposos, exculpa al autor, por virtud de *error* (exclusión del elemento intelectual). Menos madurez que el anterior ha logrado hasta ahora el estudio—descuidado durante largo tiempo—del problema de la inculpabilidad por causas influyentes sobre el elemento volitivo y atinentes a la *espontaneidad* y a la *motivación* del comportamiento; pudiendo ser debido tal silencio doctrinal a rozar el examen de la espontaneidad zonas que, como las de la reacción y ofuscación, venían siendo corrientemente atribuidas a la inimputabilidad, y a relacionarse, por su parte, la

motivación con figuras desconocidas hasta hace muy poco, como la moderna construcción de la inexigibilidad, con resonancias ferrianas y con ambiciosas pretensiones de autonomía conceptual y de potencialidad amplia y difusa.

c) Todavía en estado de plena elaboración doctrinal y jurisprudencial y con demarcación técnica muy provisionalmente acotada, surge como causa excluyente de la culpabilidad («in genere») la llamada *inexigibilidad* que, por su interés y susceptibilidad de rendimiento para el porvenir, merece consideración especial, si quiera sea escueta.

Puesto que la inculpabilidad *no legitima* el acto, sino que se reduce a *disculpar* al sujeto, dejando intacta la antijuridicidad de su conducta, puede afirmarse que «*no hay delinquentes*», pero sí *delito*, con las siguientes consecuencias características: 1.º Responsabilidad de los demás partícipes. 2.º Posibilidad de reacción mediante legítima defensa. 3.º Posibilidad de prohibición o evitación del acto por parte de la autoridad o de un tercero; y 4.º Responsabilidad civil del inculpaado, en los supuestos de inimputabilidad y «*vis compulsiva*».

E) *Modificación de la culpabilidad.*

La culpabilidad concurrente en un hecho delictivo puede resultar cuantitativamente afectada por determinadas circunstancias que, sin excluirla, la agraven o la debiliten, determinando una exacerbación o un debilitamiento de la normal responsabilidad penal. Juego modificativo que puede influir sobre el elemento intelectual (por ejemplo, error no esencial), o sobre el volitivo (v. gr.: motivación altruísta). Y manifestarse, en el orden técnico jurídico, en forma de agravantes o atenuantes comunes, o bien como circunstancias específicas, cualificativas o características de concreción, dando vida a especiales figuras atenuadas o agravadas.

F) *Examen especial de la inexigibilidad.*

En principio, la institución de la inexigibilidad viene a coronar un dilatado proceso de individualización penal.

Siendo, en su último extremo, el pensamiento jurídicopenal—según observa Mezger, insuperablemente comentado en España por Rodríguez Muñoz—eminente individualizador, demandada fórmulas correctoras de la rigidez del ordenamiento jurídico, apoyado, por definición, en criterios legales firmes, garantizados de la seguridad propia del Derecho, pero incapaces, muchas veces, de adaptarse a las más complicadas ramificaciones de la vida real. Tal papel individualizador corresponde, dentro de la doctrina de la culpabilidad, a la moderna figura de la *inexigibilidad* que, derivando de la concepción normativa de Frank, y sus-

citada primeramente en el ámbito de la culpa, es extendida al del dolo por Freudenthal (1922): No merece reproche social—no es culpable—aquella persona a quien, en el caso concreto, no hubiere podido serle exigida otra conducta diversa a la realizada (5).

En Italia, Petrocelli se muestra enemigo de la «inexigibilidad» cuya construcción—dice—, si bien puede resultar justificada frente a la insuficiencia del parágrafo 54 del Código penal alemán, no lo está frente a la taxativa previsión de los arts. 54 y 384 del Código penal italiano, ya que todo se reduciría a la aplicación analógica del estado de necesidad. En resumen, para el mencionado autor, la *inexigibilidad* se traduce en el fondo en un criterio del *caso por caso*, que es la negación, no ya de la fijeza del Derecho, sino del Derecho mismo (6).

Dentro del hospitalario marco de la inexigibilidad, serían encuadrables eximentes de imprecisa naturaleza jurídica, tales como el miedo insuperable («voluntas etiam coacta, tamen voluntas est»), la obediencia jerárquica y también el estado de necesidad, en la hipótesis de conflicto entre bienes jurídicos equivalentes.

(5) Esta fórmula choca con grandes reparos, siendo los más graves: En el aspecto político criminal, su peligrosa vaguedad, que podría minar la seguridad jurídica abriendo ancho portillo al arbitrio judicial, siquiera sea *in bonam partem*. Y en el técnico-jurídico, su naturaleza ambigua, equidistante de la culpabilidad (subjettiva) y de la antijuridicidad material (objetiva); objeción ya opuesta a la general concepción normativa de la culpabilidad por razones bien análogas, si se considera que la exigibilidad, presidida por un designio individualizador, se ve obligada, contradictoriamente y a pesar de todo, a servirse de patrones o términos comparativos sumamente abstractos y convencionales, como el del *tipo humano medio*, trasunto del patriarcal *bonus pater familias*, reinante en la «culpa leve in abstracto» civil y trasplantado al campo penal. En este sentido, dice HIPPEL que «de nadie puede exigirse más de lo que podría exigirse del hombre normal».

La jurisprudencia alemana tiene resueltos casos de inexigibilidad, entre los que destaca el del «Leinenfänger» (caballo indómito) cuyo cochero, amenazado con el despido si persistía en su negativa a engancharlo al carruaje, acabó por acceder, produciéndose, ya en la calle, el atropello previsto; el Reichsgericht absolvió al procesado, por no poderle ser exigido, en el caso concreto, que perdiera «su colocación y su pan», negándose a realizar el hecho peligroso.

(6) Verdaderamente, la inexigibilidad responde a una sana aspiración de justicia y, mejor aún, de equidad (justicia del caso concreto). Piénsese en el supuesto—culpable ante la ley, sin perjuicio de la atenuación correspondiente—de retorsión lesiva, sin notorio exceso, por parte de un sujeto atrozmente insultado y retado en público: *humanamente* no podría exigírsele una pasividad que sólo sería posible observar a título—sobrehumano—de mansedumbre evangélica.

La radical admisión de *inexigibilidad* como causa *supralegal* de inculpatibilidad podría, en todo caso, ser eludida, sin renuncia de sus prácticos beneficios, merced a diversos expedientes marginales o defectivos: 1) Configuración técnica como estado de necesidad o miedo insuperable (no siempre aplicables). 2) Indulto. 3) Jurado popular (recusable en nuestra práctica). 4) Renuncia de la sociedad a su acción penal, por falta de interés, en aquellos ordenamientos en que el Ministerio público se rige por el principio de oportunidad y no por el de legalidad.

III.—LA CULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

A) *Faz positiva.*

La definición del delito formulada por el art. 1.º del Código penal («acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley») incluye como elemento espiritual esencial de la infracción, no sólo la culpabilidad, con sus dos subelementos, intelectual y volitivo («nihil volitum quin proecognitum»), sino también por modo implícito, la previa imputabilidad del agente, derivada, además, del juego negativo de las causas de inimputabilidad previstas en el artículo 8.º (7).

(7) La amplitud del tema veda analizar el problema, tan debatido, de si nuestro ordenamiento positivo se adscribe al criterio unitario, englobando dentro de la *voluntariedad* del art. 1.º del Código, tanto al dolo (voluntad del resultado) como a la culpa (voluntad de mero comportamiento), o bien se inclina por el dualista, definiendo al dolo como estricta malicia, en el art. 1.º y relegando la culpa al art. 565. Cuestión que, aparte de su escasa trascendencia práctica, no siempre tué inequívocamente resuelta por nuestra jurisprudencia, que muestra vacilaciones en bastantes de sus fallos, si bien puede considerarse como criterio jurisprudencial dominante y definitivo el que pudiéramos llamar unitario bifurcado, que identificando al término doctrinal *culpabilidad* con la expresión legal *voluntariedad*, atribuye a esta última carácter genérico, comprensivo, en principio, del dolo (art. 1.º, párrafo segundo) y de la culpa (art. 565), estimadas ambas como sus manifestaciones específicas; y proclama que la *nota común* a los delitos dolosos y culposos consiste en la *voluntariedad de la acción u omisión*, y la *diferencia* la constituye la *malicia*, característica de los primeros y ausente de los segundos (sentencias de 13 de diciembre de 1928, 25 de marzo de 1929, 20 de febrero de 1934, 26 de febrero de 1934, 17 de marzo de 1934, 23 de marzo de 1936, 22 de octubre de 1940, etc.).

La presunción *juris tantum* de voluntariedad, sentada por el párrafo segundo del art. 1.º—que sin llegar a ficción muestra una rigurosa tendencia objetiva, en lo penal, ausente del régimen de la responsabilidad aquiliana gobernada por el art. 1.902 del Código civil—se refiere tan sólo a la culpabilidad dolosa; por lo que; una vez que resulte descartado el dolo por pruebas suficientes, cede toda presunción contraria al imputado, incumbiendo a la acusación la prueba de la concurrencia de culpa en el sujeto causante del mal producido ya con arreglo al mismo principio rector de la carga de la prueba en la culpa extracontractual, sancionada por el art. 1.902 del Código civil (sentencias de 3 de septiembre de 1934 y 2 de abril de 1935).

En materia de *intención*, nuestra jurisprudencia consagra dos interesantes principios, uno de orden sustantivo y otro de orden procesal:

a) En el aspecto jurídico material, el Tribunal Supremo ha declarado que la presunción de culpabilidad contenida en el art. 1.º se refiere al elemento general de voluntariedad, y no a aquellos elementos subjetivos de la infracción que son descritos en la ley como elementos especiales de una figura de delito (sentencia de 2 de abril de 1935); tales son los llamados «elementos subjetivos del tipo penal», como el ánimo de lucro en ciertos delitos contra la propiedad o las miras deshonestas en el rapto; si bien el mismo Tribunal Supremo viene a facilitar la tarea probatoria mediante rigurosas presunciones jurisprudenciales, sustitutivas de la ausente presunción legal.

b) Son los hechos objetivos declarados probados por el Tribunal de instancia los únicos que llevan consigo la nota de inatacable firmeza, pero no así las apreciaciones del mismo Tribunal sobre intención, que, por revestir alcance valorativo, vienen a ser equiparadas a las cuestiones jurídicas, a efectos de casa.

B) *Faz negativa.*

a) *El error*, al eliminar el conocimiento del hecho (su elemento *intelectual*) descarta la culpabilidad dolosa siempre; mas si el error no fuere excusable dejaría subsistente la forma culposa.

Carente nuestro Código de precepto taxativo, como el artículo 47 del Código Rocco o el 19 del suizo, configuradores del error como eximente, habrá que aprovechar a estos fines el propio art. 1.º de nuestro Código, aplicado «a sensu contrario»: No es delictivo, por razón de inculpabilidad, el hecho involuntario; y no podrá, a su vez, ser voluntario el hecho debido a error. Sobre esta exigua base legal—como dice Rodríguez Muñoz—habrá de construirse en nuestro Derecho la doctrina general de la culpabilidad.

b) Sobre el subelemento *emocional o volitivo* operará decisivamente la *motivación excusable*. También falta apoyo legal y jurisprudencial en nuestro ordenamiento positivo para una perfecta construcción de esta clase de eximentes dogmáticas dispersas: Así el miedo insuperable suele ser catalogado como causa de inimputabilidad y el estado de necesidad y la obediencia debida, como causas de justificación o excusas absolutorias. Sin que la inexigibilidad haya llegado todavía a trascender sensiblemente del campo doctrinal al positivo.

C) *Modificación de la culpabilidad.*

Afectan directamente a la culpabilidad, disminuyéndola y mitigando, en consecuencia, la responsabilidad penal, las siguientes *atenuantes comunes*: La preterintencionalidad y la motivación moral, altruista o patriótica; el arrebató u obcecación, más bien que a la culpabilidad «strictu sensu», suelen ser referidas a la previa imputabilidad; la provocación o amenaza adecuada y la vin-

ción; por lo que tales afirmaciones no tienen por qué prevalecer ni ser incondicionalmente respetadas por el Tribunal de Casación cuando no deriven lógicamente de los hechos probados y pugnen con la base verdaderamente fáctica establecida por el propio Tribunal *a quo*, ya que las intenciones se revelan por los actos cometidos; criterio de suma importancia para todos aquellos casos en que se debate la falta de correspondencia entre el mal causado y la intención animadora; por defecto, en las formas imperfectas, y por exceso, en las preterintencionales (sentencias de 28 de febrero de 1871, 5 de marzo de 1878, 29 de enero de 1884, 22 de noviembre de 1898, 28 de enero de 1914, 14 de marzo de 1917, 2 de marzo de 1934 y 12 de junio de 1948).

En materia de falsedad en documentos públicos, el Tribunal Supremo se ha aproximado peligrosamente, aunque con innegable sentido de equidad, a tesis positivistas, al identificar el dolo con el móvil perverso, excluyendo aquél de los casos en que no se diera el último (sentencias de 12 de noviembre de 1942 y 30 de enero de 1945).

En resumen, para que un sujeto sea culpable ante nuestro Derecho positivo tendrá que haber incurrido en dolo o en culpa, por agotarse necesariamente en uno o en otra la culpabilidad, que no podrá en ningún caso ser concebida como simple categoría genérica o flotante, sino traducida en la forma dolosa o en la culposa a que hacen específica referencia en nuestro Código los artículos 1.º, párrafo segundo, y 565.

dicación de ofensa grave—cuya autonomía legal sólo tendría razón de ser si fuesen estimadas como disminución de la antijuridicidad—son dotadas por la jurisprudencia del sentido subjetivo de supuestos de imputabilidad disminuída, sumamente afines al arrebatado.

Entre los *casos específicos* atenuados por razón de menor culpabilidad, pueden ser mencionados el infanticidio y el aborto «honoris causa»; sin contar aquellos beneficios penales que, no obstante su apariencia técnicojurídica de semiexcusas absolutorias, son en rigor verdaderas manifestaciones de menor exigibilidad (por ejemplo, arts. 392, 472, pár. 2.º, etc.).

D) *La inexigibilidad en el Derecho español.*

Falta en el Libro I de nuestro Código, como soporte positivo, una fórmula general rectora de la inexigibilidad, como fuente de exculpación, presidida por un amplio criterio de «*numerus apertus*», confiado a la Autoridad judicial.

La inexigibilidad reviste diferentes objetivos y perspectivas, según se la considere como objeto de *tarea legislativa* o de *tarea judicial*.

El legislador, acaso intuitivamente, la tomó en cuenta, para recogerla y valorarla, en expresos preceptos penales, brindados al juzgador no como posibilidad genérica, sino como casuísticas previsiones excluyentes de responsabilidad, *disfrazadas*—valga la expresión—de excusas absolutorias, aunque su raíz éticojurídica profundice en el terreno de la inexigibilidad. Sirvan como ejemplo, el parentesco en el encubrimiento-favorecimiento (art. 18); así como el uxoricidio o lesiones «honoris causa» (art. 428) y los delitos contra la propiedad entre parientes próximos (art. 564) que, a diferencia de la impunidad de los rebeldes sometidos (artículo 226) y de otros supuestos análogos—verdaderas excusas absolutorias—no están inspirados por consideraciones de política criminal o conveniencia, sino de exculpación por razón de los motivos determinantes de la conducta.

El Juez, por su parte, habrá de conformarse con aplicar los preceptos puestos a su disposición con el carácter de causas de impunidad que para él asumen legalmente, sin posibilidades de generalización a título de principios de Derecho.

Tan sólo la suspendida *Ley del Jurado*—por virtud de la extraordinaria extensión dada por la jurisprudencia a su art. 72, con arreglo a la cual, y no obstante hablarse de «*participación*» del procesado, se entendió en sentido de «culpabilidad» del mismo—ofrece una curiosa muestra de reconocimiento de la inexigibilidad por vía procesal, ya que no sustantiva: Al responderse a la primera pregunta del veredicto que el acusado «*no es culpable*» del hecho que se le imputa, englobando así el elemento causal y el subjetivo, tanto puede significarse que na es autor del hecho

referido (negativa fáctica) como que lo ha cometido inculpablemente (negativa subjetiva); esto es, que la sociedad no se lo reprocha porque, en el caso enjuiciado, cualquier otro sujeto normal—el mismo jurado que responde, quizás—se hubiese comportado idénticamente. Fórmula flexible, no ligada a la forzada base *de hecho* de alguna eximente nominada—declarable, sobre la pauta del veredicto, por el Tribunal de Derecho—y a cuyo amparo bien podría construirse la eximente innominada de «*inculpabilidad*», equiparable a la *inexigibilidad* de la doctrina y de la jurisprudencia extranjeras.

RESUME

Le travail renferme un tableau expositif du régime juridique-pénal de la culpabilité, dont la rémission critique actuelle, qui a été conduite principalement dans la dernière époque para la conception «finaliste» que Welzel dirige en Allemagne et qu'on dérive des idées de Frank, altère les fondements classiques de cet élément moral du délit de même que sa delimitation technique vis à vis du reste des éléments de l'infraction. On détache l'importance de «l'exigibilité»—le vrai clou de la culpabilité et l'on considère aussi les difficultés de la construction dogmatique de «l'inexigibilité» comme la cause de l'excusabilité.

Les problèmes doctrinaux, dans tous leurs aspects, son transportés au terrain de la légalité espagnole et l'on examine avec un grand soin le problème de l'inexigibilité, identifiée en ce qui concerne sa raison légale ou sa racine étique-juridique—mais pas dans sa configuration technique-juridique—dans certaines excuses absolutoires et dans l'excusabilité qui résulte de l'article 72 de la Loi du Jury différée.

SUMMARY

This article contains an expositive picture of the penal juridical régime of culpability, the actual critical remissions of which, that has been lead during the last epoch chiefly by the «finalist» conception which Welzel leads in Germany and that is derived from Frank's ideas alters the classical foundations of this moral element of crime as well as its technical delimitation from the rest of the elements of infraction. The importance of «exigibility»—the real kernel of culpability—is detached and the difficulties of the dogmatic construction of «inexigibility», as the cause of exculpation, are examined too.

The problems of doctrine in every aspects, are transfered to the ground of Spanish legality and with great care the problem of inexigibility is examined, which can be identified in what concerns its legal reason or its etical-juridical roots—but not in its technical-juridical configuration—in certain absolutory excuses and in the exculpation which follows from 72nd. article of the differred Law of the Jury.

SECCION LEGISLATIVA

