

LA REPROCHABILIDAD COMO ESENCIA DE LA CULPABILIDAD

Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto de culpabilidad*. III. *La culpabilidad como categoría de la ciencia jurídico-penal*. IV. *El fundamento material de la exigencia de culpabilidad*. V. *La función de la pena*. VI. *La capacidad de culpabilidad (imputabilidad)*. VII. *Conducta peligrosa y riesgo permitido*. VIII. *Las emociones*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo en homenaje a mi maestra, la doctora Olga Islas Magallanes de González Mariscal, me da la oportunidad de recordar las clases que en 1988 recibí al iniciar los estudios de especialidad en ciencias penales, el estudio de los elementos y presupuestos típicos del delito, a propósito de un modelo de estudio denominado “lógico matemático”, pero además de reconocer la fundamental labor y el impacto que en apoyo a mi formación académica recibí de mi muy querida Maestra.

En esa época se planteaba una estéril discusión entre la teoría causalista y finalista, que en otros países ya había sido rebasada desde hacía varias décadas, pero que el sistema de pensamiento tradicional propiciaba que en nuestro país más por tradición y con pasión que con argumentos, continuaran enseñándose y defendiéndose postulados teóricos rebasados. Ese no era el caso de la maestra Olga Islas Magallanes de González Mariscal, quien a partir de postulados finalistas, los de mayor actualidad en el momento y a la fecha enseñaba y continúa enseñando a partir de las más modernas tendencias del derecho penal.

* Primer visitador general de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

La concepción del tipo penal, sus elementos, así como la culpabilidad, se descubren dentro del modelo lógico matemático con una gran facilidad bajo esquemas que sistematizan la información y hacen posible evitar omisiones e incluso lograr un mayor acierto al momento de la tipicidad.

El análisis de la culpabilidad, desde la perspectiva del modelo lógico¹ postulado por Olga Islas de González Mariscal,² se estructura³ como el “reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar el bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva”, asimismo, ha de implicar “la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y de una violación del deber jurídico; esto último en virtud de que no se va a salvar ningún bien jurídico o se tiene otra alternativa de actuación”.⁴ Estas condiciones en las que se presenta la culpabilidad en derecho penal requiere de un exhaustivo conocimiento de la dogmática jurídico-penal y además nociones de lógica jurídica, para comprender en su totalidad los planteamientos de la violación del deber jurídico penal, elemento esencial del modelo lógico,⁵ que está dividido en varios niveles de lenguaje:

¹ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, México, UNAM, 1997, p. 42. Esta posición teórica se basa en postulados finalistas, a través de los cuales propone la introducción de un modelo de análisis de los tipos penales. En tal virtud, se redimensionan los presupuestos y elementos fundamentales del tipo penal, precisando su contenido y ordenándolos de una mejor manera para facilitar su comprensión.

² Existe también un trabajo postulado por Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez, Elpidio, sobre el tipo penal con este modelo, *La lógica del tipo en el derecho penal*, México, Jurídica Mexicana, 1970.

³ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal. Parte general*, México, Trillas, p. 249; Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, pp. 165-169; Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, México, Porrúa, 2003, pp. 148 y ss.

⁴ *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4a. ed., México, Trillas, 1998, p. 78. La primera edición data de 1982; asimismo, véase, entre otros, “Análisis lógico del homicidio ascendiente consanguíneo en línea recta”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIX, núm. 86, mayo-agosto de 1986, pp. 589-609; “Nueva teoría general del derecho penal”, *Criminalia*, México, año XLIV, núms. 1-3, enero-marzo de 1978, pp. 43-59; “Homicidios calificados consumados”, *Criminalia*, México, año XL, núms. 5-12, mayo-diciembre de 1974, pp. 398-413.

⁵ El método que se utiliza en *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, pp. 17 y ss. es el siguiente: “La teoría general de los delitos se apoya en las teorías particulares de los delitos. Esto significa que, para elaborar la teoría general, primero han de construirse las teorías particulares. El procedimiento para la construcción de estas teorías particulares, y en relación no con cada delito, sino con cada clase de delitos, es igual al procedi-

En primer lugar, un nivel fáctico, en el que se sitúan las acciones y omisiones antisociales relevantes para el legislador. Es un nivel prejurídico, que en algún aspecto corresponde a la concepción ontológica de los finalistas. En segundo, un nivel normativo, en el que se ubican las normas penales generales abstractas emanadas del legislador, cada una de las cuales incluye un tipo y una punibilidad, en relación con los sujetos imputables. En tercer lugar, un nivel fáctico, en el que se localizan los delitos, los cuales, por supuesto, siguen siendo acciones antisociales, pero ya relevantes para el juez, en razón de que están descritos y conminados penalmente en una norma penal general y abstracta. En cuarto lugar, un nivel normativo, destinado a las puniciones, ubicadas dentro de las normas penales individuales y concretas emanadas del juez a través de la sentencia penal. En quinto y último lugar, un nivel fáctico en el que se instalan las penas, entendidas como ejecución de las normas penales individuales y concretas.⁶

miento prescrito en atención a las normas penales; es decir: *a)* primero, se efectúa una serie de observaciones; *b)* segundo, se formula un cuerpo de hipótesis; *c)* tercero, se someten las hipótesis a un exhaustivo análisis sintáctico y semántico, para su validación o refutación; *d)* cuarto, se formulan los conceptos específicos explicativos de esa clase de delitos; *e)* quinto, se estructuran lógicamente los conceptos específicos para obtener la teoría particular. El procedimiento metódico indicado se repetirá tantas veces cuantas sean las clases de delitos contenidas en el contexto objeto de la investigación. Posteriormente, todas las teorías particulares de los delitos se someten a un proceso de abstracción semántica, para obtener la teoría general. También aquí, y por las mismas razones que en la teoría de las normas, es válido afirmar que la teoría general no tiene objeto de conocimiento, ya que los delitos, en su totalidad, son objetos de conocimiento para generar teorías particulares. El objeto de conocimiento para la teoría general tendría que ser el delito general, el cual no existe. Sólo existen los delitos de homicidio, los de estupro, los de robo, los de lesiones, etcétera: pero estos delitos, ya se dijo, sólo pueden generar teorías particulares. La teoría general se obtiene a través de un proceso de abstracción semántica de todas las teorías particulares.

En las teorías particulares de los delitos han de explicarse: *a)* la semántica específica de todos los presupuestos y elementos de la clase de delitos de que se trate; *b)* la estructura sintáctica y semántica formada con esos presupuestos y elementos; *c)* la función que cada presupuesto y cada elemento cumple en la estructura. En consecuencia, la teoría general de los delitos explicará: *a)* la semántica general de los presupuestos y elementos de todas las clases de delitos; *b)* la estructura general, sintáctica y semántica, de esos presupuestos y elementos; *c)* la función de cada presupuesto y cada elemento en la estructura.

⁶ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, cit., nota 5, p. 19; de la misma autora véase “Contenido de las normas penales”, *Jus Semper*, México, núm. 17, julio-octubre de 1997, pp. 41-47.

II. EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

El análisis de las categorías objeto de la teoría del delito, denominadas por infinidad de autores como elementos del delito, nos remiten al concepto de “la culpabilidad”, el cual sólo resulta plausible estudiar una vez agotado la tipicidad y la antijuridicidad. Cuestión por la cual es indiscutible que uno de los presupuestos de la culpabilidad sea precisamente la existencia de una acción, típica y antijurídica.

La culpabilidad encuentra su fundamento

...en la idea de la libertad humana, sin la cual resulta imposible construir el concepto mismo del delito, puesto que donde no hay libertad falta no solamente la culpabilidad, sino la acción: si el hombre está sometido de modo inexorable a férreas leyes físico-naturales desaparece toda posibilidad de diferenciar el comportamiento humano de cualquier acontecimiento del mundo inanimado.⁷

El primer problema que se presenta consiste en tratar de definir el concepto de culpabilidad respecto del cual no existe una opinión unánime, sobre todo en materia de los elementos que la integran, propiciado precisamente por la evolución de la teoría de la culpabilidad a la luz de conceptos causales, psicologistas, normativistas, finalistas y funcionalistas.

En lo que sí resulta coincidente la doctrina es respecto de que “mientras la antijuridicidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere, además, la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor”.⁸

También debemos recordar que la culpabilidad relevante para el derecho penal es la que reúne la perspectiva jurídica, mas no desde el punto de vista moral, es decir, no interesará la circunstancia de que una persona cuente con la posibilidad de desarrollar un sentimiento de culpabilidad, sino del reproche que deba dirigirse en su contra por el comportamiento desplegado.⁹

⁷ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1981, p. 416.

⁸ Mir Puig, Santiago, recuerda las ideas inicialmente planteadas por Liszt, respecto de la desaprobación del acto, al cual se le añade la que recae sobre el autor, *Derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, PPU, 1990, p. 575.

⁹ Tal es el caso de los delincuentes por convicción, los cuales por motivos de diversa índole, como pueden ser los religiosos, políticos o sociales, delinquen sin experimentar sentimiento de culpabilidad; por el contrario, sienten satisfacción por su conducta.

Por otra parte, resulta cierto que los mandatos y prohibiciones que ampara el derecho penal coinciden ampliamente con las normas morales y sociales, sin dejar de lado las del ámbito religioso, pues sin la vinculación del derecho con dichas normas éste se empobrecería sustancialmente, no obstante la independencia de dichos órdenes resulta el derecho complementado por el contenido de éstas.

La construcción del concepto de culpabilidad demanda identificar los elementos que la componen, a efecto de estar en condiciones para fundamentar el reproche en contra del sujeto que incumplió con el deber impuesto por la norma jurídico-penal. Para lo cual, resulta indispensable estudiar tres conceptos fundamentales: persona,¹⁰ libertad y dignidad humana.

1. *Persona*

El presupuesto lógico de la culpabilidad lo constituye la libertad de decisión de la persona, esto es, para su surgimiento es imprescindible que el individuo actúe al margen de cualquier influencia externa, orientando su voluntad a la realización de un fin.

En términos generales, se afirma que hay dos clases de personas en derecho: las personas físicas o individuales, y las personas jurídicas o (corporaciones, asociaciones y fundaciones), que suelen ser denominadas personas morales o personas jurídicas.¹¹

Los ordenamientos jurídicos, así como las instancias políticas encargadas de regular las relaciones externas entre los ciudadanos, han tratado de entender el concepto de persona desde una perspectiva eminentemente normativa, esto es, el de “persona de derecho”,¹² desde el cual se establece el ámbito de

¹⁰ La idea de persona proviene del vocablo latín *persōna*; a su vez, éste procede del etrusco *phersu*, y éste del griego *πρῶονα*. Su significado es máscara de actor, personaje teatral, por lo que pretende referir el comportamiento que asume en cumplimiento a los deberes que tiene a su cargo y que está en posibilidades de observar, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 2005.

¹¹ Al respecto, la idea de persona jurídica la hemos desarrollado ampliamente en *Delitos contra el orden económico. La responsabilidad penal de la persona jurídica*, México, Porrúa, 2000.

¹² Lesch, Hieko Hartmut, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, trad. Ramón Ragués i Vallès, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 8 y ss. “En lo que respecta, por lo menos, a los delitos de comisión se entiende que el contenido mínimo de imputación es la relación causal entre el suceso perturbador y un acto libre del autor. A

derechos y obligaciones de los individuos, así como los límites de la responsabilidad de los mismos, en caso de vulnerar los deberes a su cargo.¹³

En otro orden de ideas, un sector de la doctrina, a partir de los planteamientos de Hegel, considera que lo relevante es el autor en tanto que persona, de ahí que interesa *per se* no sólo el aspecto psíquico, sino la relación normativa de la voluntad con el hecho, es decir, no una imputación subjetiva, sino una imputación objetiva.¹⁴ En este sentido, uno de los principales promotores de la filosofía de Hegel en el derecho penal es Jakobs, quien entiende a la persona “no como la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible”¹⁵. El inacabado concepto enfatiza la adopción social, así como derivado del proceso de socialización, para lo cual Jakobs limita su concepto de persona al de persona en derecho: “...a quien no es persona se le denomina individuo”.¹⁶ Este binomio individuo-persona no responde a lo previsto por nuestro ordenamiento jurídico mexicano, ya que aun cuando se establecen en las legislaciones estatales la edad, en que un individuo adquiere plena capacidad de autodeterminación, no es dable admitir que antes ello carecería de tal atributo, toda vez que, por el contrario, la protección y derechos que se reconocen a favor del ser humano inician desde el momento de la concepción y permanecen incluso después de que la vida termina.

El concepto material de culpabilidad incluido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16, es una muestra de la

esta relación causal debe añadirse además una relación de culpabilidad, es decir, una relación entre el suceso perturbador y la voluntad del autor, pues desde Klein y Feuerbach la responsabilidad penal debe basarse sin excepción en la culpabilidad por la voluntad. Las características de esta relación o la decisión sobre si debe tomarse como base un concepto psicológico o jurídico de voluntad, dependen de la naturaleza del sujeto que delinque, es decir, de si éste es la “unidad zoológico-psicológica hombre”, entendida como un ser empírico que se mueve por instinto, un sistema psico-físico, o si es, en cambio, una persona, esto es, una “construcción concebida de forma específicamente normativa”.

¹³ Alcácer Guirao, Rafael, *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, pp. 227 y ss.

¹⁴ Lesch, Hieko Hartmut, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, cit., nota 12, p. 9.

¹⁵ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, pp. 50 y ss.

¹⁶ Jakobs, Günther, “Personalidad y exclusión en derecho penal”, en *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004, p. 54. Para Jakobs, los individuos se incluyen además de las personas, a los inimputables y menores de edad.

tendencia que debe asumirse en un Estado democrático de derecho, sustentándose, en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, como un ser capaz de autodeterminación conforme a criterios normativos, que en relación con el artículo 25 constitucional tiene derecho a que se le provean las condiciones para ejercer plenamente su dignidad.¹⁷

¹⁷ En este sentido se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo la tesis de jurisprudencia 31/99, en sesión de doce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos, que resolvió la contradicción de tesis 56/97, entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el ahora Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, publicada en la Novena Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: IX, mayo de 1999, página 285, en los términos siguientes: “ORDEN DE APREHENSIÓN, EN ELLA PUEDEN VIOLARSE GARANTÍAS TUTELADAS, EN ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. La circunstancia específica de que el artículo 16 constitucional sea el que regule los requisitos a satisfacer para el dictado de una orden de aprehensión, no se puede llevar al extremo de considerar que sólo este precepto rija a tal acto, ya que evidentemente también deberá vigilarse, en su caso, si dicha determinación judicial no infringe alguna garantía constitucional contenida en diverso precepto, dado que podría darse el caso que en la misma se aplicara una ley retroactivamente en perjuicio del quejoso, o fuera librada sin cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; también podría darse el caso que autoridades jurisdiccionales del fuero común, decidieran sobre el libramiento de una orden de aprehensión, respecto de un hecho en que estuviere involucrada una persona perteneciente al ejército y fuera menester examinar su conducta desde el punto de vista de la legislación del fuero castrense; o que no estuviere fundado y motivado dicho acto, así como diversas hipótesis que pudieren formularse respecto de la posible violación de garantías constitucionales contenidas en preceptos diversos al 16 constitucional; luego entonces, resulta limitativo y equívoco concluir que para el libramiento de una orden de aprehensión, sólo deba cumplirse lo establecido en el mencionado artículo 16 constitucional; y por ende, su emisión no puede ser violatoria de los artículos 14, 16 o cualquiera otro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que las garantías de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en la Constitución General de la República, son la base sobre las cuales descansa el sistema jurídico mexicano, por tal motivo, éstas no pueden ser limitadas porque en su texto no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan. Por el contrario, las garantías de seguridad jurídica valen por sí mismas, ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por lo tanto, en estado de indefensión. De acuerdo a lo anterior, cuando se libra una orden de aprehensión, deben de cumplirse no únicamente las formalidades establecidas por el artículo 16 constitucional, párrafo segundo, sino que para su aplicabilidad debe atenderse a lo preceptuado en los demás artículos que tutelan las garantías de seguridad jurídica, con la finalidad de

2. Libertad de voluntad

Por otra parte, el análisis del concepto de libertad demanda atender la polémica entre determinismo e indeterminismo que inicia con el pensamiento de Platón¹⁸ (*Leyes*), y Aristóteles¹⁹ (*Ética a Nicómaco*). Al respecto establecen los siguientes argumentos: *a)* lo intencional o lo voluntario puro y simple (*hekousion*) y su contrario, lo involuntario por coacción (*bía*), por ignorancia (*agnoia*); *b)* la elección preferencial (*proairesis*) referida a los medios y la deliberación (*boulé, boulesis*) que convierte la elección en un deseo deliberativo (*bouleutiké órexis*); *c)* el deseo (*boulesis*) referido a los fines. No obstante,

...el sorprendente éxito de la ciencia de los últimos siglos a la hora de descubrir las leyes naturales y aplicarlas a predecir y modificar la realidad no admite otra interpretación. La pregunta es si toda la realidad responde a este esquema o si ciertos aspectos de ella escapan al principio causal. El determinismo es la teoría que afirma lo primero y el indeterminismo lo segundo.²⁰

No será, sino con David Hume, que se desprenda por primera vez una discusión que hoy en día sigue en disputa, y para la vida del hombre en sociedad sólo puede tratarse de la llamada libertad de acción y no de la libertad de voluntad en sentido estricto.²¹ La diferencia de esta simple libertad

proteger de manera firme y eficaz a los derechos fundamentales de la persona tutelados en la Carta Magna”.

¹⁸ Véase “Leyes”, en *Diálogos*, trad. Francisco Lisi, Madrid, Gredos, 1999, particularmente libros VI, 762c, 777c; X, 854d, 867c; y, XII, 944d, 964b-c.

¹⁹ *Ética Nicomachea*, trad. y notas de J. Palli Bonet; introducción de E. Lledó; revisión: Q. Racionero Carmona, Madrid, Gredos, especialmente libro VII, pp. 378 y ss.

²⁰ Molina Fernández, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad. (Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 96. “El determinismo como única explicación de la realidad no es una propuesta siquiera imaginable porque nada capaz de imaginar puede surgir de un mundo estrictamente caótico (al menos con alguna probabilidad que no sea meramente fantástica). Por ello, el contraste más bien presenta ante determinismo parcial —que según deje más o menos campo a lo indeterminado será indeterminismo prevalente o cuasi-determinismo— por otro”.

²¹ Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, edición preparada por Félix Duque, Madrid, Tecnos, 1988, específicamente, pp. 353-383, el mismo, *Sobre el suicidio y otros ensayos*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pp. 121-134. Por su parte, Levinas, Emmanuel, *Finitud y culpabilidad*, trad. Cristina de Peretti, Julio Díaz Galán y Carolina

de acción con el concepto mucho más pretencioso de libertad de voluntad se puede explicar a través de los estudios de Schopenhauer, quien analiza el concepto empírico de libertad: “Yo soy libre si puedo hacer lo que quiero”, el hacer lo que quiero está aquí ya decidida la libertad,²² según Schopenhauer; pero él mismo se cuestiona por la libertad del querer mismo, y lo lleva a plantearse la siguiente pregunta: “¿Puedes también querer lo que quieres? Lo que viene a ser como si el querer dependiera aún de otro querer que radicara tras él. Y en el supuesto de que esa pregunta se respondiera afirmativamente, surgiría enseguida la segunda: ¿Puedes también querer lo que quieres querer?”.

En consecuencia, la voluntad es independiente de los “motivos”; un determinado acto de voluntad puede tener motivos, pero estos últimos no definen que en general quiero en general, y la voluntad es inmotivada (*grundlos*), sin fundamento. El estado primitivo y natural de toda cosa es así la ausencia de conciencia. Pero dicha voluntad, a decir de Schopenhauer, se objetiva gradualmente, y, a costa de un combate evocado como una espe-

Meloni, Madrid, Trotta, 2004, p. 269, comenta que la distinción puramente penal entre lo voluntario e involuntario “...lo voluntario abarcaba tan pronto la premeditación, tan pronto la simple voluntad; lo involuntario englobaba la ausencia de culpa, la negligencia, la imprudencia, a veces el arrebató, e incluso el mero accidente”.

²² Schopenhauer, Arthur, *Los dos problemas fundamentales de la ética*, 2a. ed., trad., introd., y notas Pilar López de Santa María, Madrid, Siglo XXI de España Editores 2002, p. 40. Al respecto, Schünemann, Bernd, “Libertad de voluntad y culpabilidad”, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, cit., nota 23, p. 27, quien a su vez propone una definición más precisa “aun cuando se tenga que partir de que las decisiones de acción de un individuo están causalmente determinadas por su carácter, esto es, por sus disposiciones psíquicas, en parte genéticamente fijadas y en parte originadas en el proceso de socialización transcurrido hasta ese momento, aún se puede hablar de acción libre, porque para una aplicación socialmente conveniente de este concepto tiene que bastar que la acción no se reduzca a coacciones externas incluyendo procesos enfermizos del individuo mismo y en este sentido que sea libre”.

Schopenhauer, Arthur, *El mundo como voluntad y representación. Complementos*, trad. Pilar Gómez, Madrid, Trotta, 2000, p. 127. Más aún, el libro segundo aborda la idea central de Schopenhauer, elaborada desde 1814: la voluntad (*der Wille*), ese otro lado del mundo que evocaba al comienzo del libro primero. Ninguna disciplina científica permite salir de una aplicación del principio de razón, por lo tanto de la representación, ni alcanzar la esencia íntima de cualquiera de los fenómenos; existe en efecto una fuerza natural que permanece eternamente secreta, extraña y misteriosa. Pero el filósofo no es puro sujeto cognoscente; en cuanto individuo, por la existencia de su cuerpo, forma parte de mundo, tiene sus raíces en él, la significación de sus movimientos y de sus acciones le es revelada como la solución de un enigma cuya palabra clave es voluntad.

cie de “psicomaquia”, reduce la resistencia de los fenómenos y de las ideas inferiores, aunque siguen subsistiendo el malestar, el sufrimiento, el peso de la vida y finalmente la muerte, que se manifiesta en el mismo momento en que la vida parecía haber conseguido la victoria. Por tanto, en el centro de la voluntad existe un elemento hostil, un peso, una muerte, un “algo desconocido” que se opone a la posibilidad de una vida en el conocimiento. La conciencia es el momento en que la voluntad se eclipsa, pero no hay entonces dialéctica ni ascensión del conocimiento de sí; hay una dualidad irreconciliable. A decir de Kant, es dable entender la libertad como un asador giratorio, y su proclamación como valor supremo de la comunidad humana debería valorarse como un error grotesco, comparado con el cual la primacía incondicional de los intereses de la especie sobre los intereses individuales.²³

Pero, en cambio, si se estudia junto con Hegel,²⁴ lo relevante será que el autor, en tanto que persona, lo que interesa ya no son los hechos psíquicos,

²³ Citado por Schünemann, Bernd, “Libertad de voluntad y culpabilidad en derecho penal”, trad. Mariana Sächer, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 30. Más adelante aclara Schünemann que “El error central de la escuela clásica consistió en que creyó poder hacer valer el concepto de Kant de la libertad del sujeto trascendental, mientras que en la imposición de la pena se trata de un sujeto empírico, cuya conducta, según Kant, sólo puede concebirse en la categoría de la causalidad. Considero necesario, por el contrario, superar la inadecuada oposición entre el sujeto empírico y el sujeto trascendente, mediante la idea de calificar la libertad de voluntad como una parte de la construcción de la realidad social”, pp. 35 y ss. Por ello, considera Schünemann que la opción será “A través de un concepto de la realidad social creada y dotada de sentido por el proceso social mismo parece resolverse ahora también la distinción kantiana entre el sujeto empírico causalmente determinado y el sujeto trascendente situado en el reino de la libertad. Entiendo que esto constituye un progreso, porque no es el concepto de sujeto trascendental tan frecuentemente caricaturizado quien carece de una realidad empíricamente verificable, sino, al contrario, el concepto tan simpático de los deterministas del sujeto empírico determinado causalmente en sus decisiones. Pues, la causalidad entendida por Kant como categoría del conocimiento, no se aplica en el proceso de construcción de la realidad social realmente a las acciones humanas, y el sujeto que actúa en la sociedad resulta por lo tanto idéntico al sujeto trascendente de Kant”, pp. 39 y 40.

²⁴ Hegel, George Wilhelm Friedrich, *Filosofía del derecho*, trad. Angélica Mendoza de Montero, México, Juan Pablo Editores, 1998, §155, p. 154; el mismo, *Lecciones sobre la historia de la filosofía II*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 311-315. Para profundizar sobre el particular, Amengual Coll, *La moralidad como derecho. Estudio sobre la moralidad en la filosofía del derecho de Hegel*, Madrid, Trotta, 2001, principalmente pp. 218-221; en la doctrina jurídico-penal (funcionalista), se retoma esta tesis de Hegel sobre la “igualdad” entre personas: reconocer a los otros como otro yo de forma vinculante. Principal continuador de Hegel, Jakobs, Günther, en toda su obra de *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*.

sino la relación normativa de la voluntad con el hecho, esto es, el incumplimiento de un deber y la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico: no una imputación subjetiva, sino una imputación objetiva; y por ello, en la voluntad (particular) del delincuente que afirma el injusto: todo delito consiste en imponer la voluntad particular frente a la general en forma de pretensión de vigencia de tal particularidad. Esta voluntad del delincuente contiene, por tanto, acorde a Hegel, una racionalidad formal, la voluntad del individuo, una voluntad determinada objetiva y normativamente, y por ello, una voluntad formalmente racional. En palabras de Hegel:

...la superación del delito es el castigo, pues según el concepto es vulneración de la vulneración y según su existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto su negación, como existencia, tiene otra existencia. Empero, esa identidad que se funda sobre el concepto no es la igualdad en la naturaleza específica, externa, de la vulneración, sino en la que es en sí de acuerdo al valor de la misma.²⁵

Por tanto, ¿son los seres humanos libres y moralmente responsables de sus acciones? El supuesto de esta pregunta ha prevalecido ampliamente en la discusión de la filosofía contemporánea. Sin embargo, las acciones u omisiones se atribuyen a la persona; así es como pone de relieve Moya Carlos J. al preguntarse:²⁶

¿Qué significa admitir que un sujeto es libre de llevar a cabo una acción y que, por lo tanto, si la lleva a cabo es moralmente responsable de ella? La reflexión sobre los casos en que excluimos la responsabilidad moral de un sujeto puede servir de ayuda para responder a esta pregunta. Así, por ejemplo, no consideramos a un sujeto responsable de una acción llevada a cabo en estado hipnótico. También excluimos o rebajamos la responsabilidad moral de un sujeto cuando éste actúa bajo coacción externa o debido a una compulsión patológica.

Lo que parece estar ausente en estos casos a decir de Moya, y ser por ello un aspecto constitutivo de la libertad, es la autodeterminación del agente: no era él, sino un estado o condición ajenos a su control voluntario, el determinante de lo que hizo.

²⁵ Hegel, George Wilhelm Friedrich, *Filosofía del derecho*, cit., nota 24, §101, p. 109.

²⁶ Moya, Carlos J., "Libertad y responsabilidad moral", *Ensayos sobre libertad y necesidad*, Valencia, Editorial Pre-textos, 1997, p. 114.

Evidentemente, esta excepción de responsabilidad moral, trasladada al ámbito del derecho penal, es lo que nos interesa analizar a partir de la siguiente pregunta: ¿quiénes pueden ser libres en su voluntad, pero responsables en su libertad de acción? La respuesta ha sido bastante discutida por autores como Schünemann, quien entiende que

...aun cuando se tenga que partir de que las decisiones de acción de un individuo están causalmente determinadas por su carácter, esto es, por sus disposiciones psíquicas, en parte genéticamente fijadas y en parte originadas en el proceso de socialización transcurrido hasta ese momento, aún se puede hablar de acción libre, porque para una aplicación socialmente conveniente de este concepto tiene que bastar que la acción no se reduzca a coacción externas incluyendo procesos enfermizos del individuo mismo y en este sentido libre.²⁷

Por otra parte, a partir de las ideas de Feuerbach, la responsabilidad penal se basó sin excepción en la culpabilidad por la voluntad. Para ello, explica Lesch

...las características de esta relación, o la decisión sobre si debe tomarse como base un concepto sociológico o jurídico de voluntad, dependen de la naturaleza del sujeto que delinque, es decir, de si éste es la unidad zoológico-psicológica hombre, entendida como un ser empírico que se mueve por instinto, un sistema psicofísico, o si es, en cambio, una persona, esto es, una “construcción concebida de forma específicamente normativa.”²⁸

Así, se ha de tratar sólo de una responsabilidad subjetiva, para cuya consecución, la dogmática jurídico-penal tuvo que mantener el estudio del dolo en la culpa. Por su parte, Mir Puig entiende que el proyecto tradicional de los fundamentos de la imputación personal, como él le llama,²⁹ se ha basado en la idea de la libertad de voluntad, que considera como presupuesto fundamental de la responsabilidad penal

...ante el poder actuar de otro modo, es indudable que la imposibilidad del autor de actuar de otro modo por razones físicas (*vis absoluta*) no ex-

²⁷ Schünemann, Bernd, *op. cit.*, nota 23, p. 27.

²⁸ Lesch, Heiko-Hartmut, *Injusto y culpabilidad*, *cit.*, nota 12, pp. 8 y 9.

²⁹ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996, pp. 527 y ss.

cluye la posibilidad de imputación personal del hecho, sino la misma acción. Se sigue de todo ello que el principio de culpabilidad no puede fundarse en la metafísica posibilidad de actuar de otro modo.³⁰

3. *Dignidad humana*

Sobre el concepto de la dignidad humana, o bien, como suele llamarle algún sector doctrinal, “dignidad de la persona”,³¹ constituye uno de los límites materiales de la potestad punitiva del Estado y protección de bienes jurídicos, y no como un concepto prejurídico u ontológico como característica o propiedad inherente del ser humano. Los antecedentes a este principio derivan del pensamiento iluminista, que se introdujo en la ley penal, al entender a la dignidad como valor absoluto, fundado, sobre todo, en las ideas del iusnaturalismo y del racionalismo. Por ello, se tiene un consenso generalizado, en que la dignidad es un rasgo inherente de toda persona humana que permite diferenciarlo de cualquier otro ser vivo.

Más aún, la libertad en sentido normativo ha de tener algunas limitantes de las que carece la libertad del estado natural, tal y como lo expresó en su momento Rousseau: “es preciso distinguir la libertad natural, que no tiene más límite que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general”,³² esto es, el reconocimiento de la igualdad se denomina el ordenamiento jurídico: dignidad.

Asimismo, este concepto de dignidad acorta el espacio de la concepción del respeto a los derechos fundamentales de la persona con base en valores absolutos, para traducirlos a su necesario entendimiento como valores relativos,³³ en palabras de Malo Camacho

...relacionados con su aplicación concreta y, por tanto, referidos a la realidad social en que se manifiestan. Así, no es suficiente la mera observación

³⁰ *Ibidem*, p. 543.

³¹ Véase esencialmente Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, p. 102.

³² Rousseau, Jean Jacobo, *El contrato social*, Madrid, Alianza Editorial, 1985 y sobre la libertad en Rousseau consúltese Recuerdo, José Ramón, *La libertad en Rousseau y Kant. De la teoría a la práctica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

³³ Desde el ámbito social, véanse los estudios realizados por Senté, Richard, *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, trad. Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Anagrama, 2003.

abstracta y general acerca de la vigencia y validez de los valores fundamentales de la condición humana, sino que, es necesario como ámbito fundamental de tal afirmación, que la aplicación de la pena, en concreto, responda, precisamente, a tales principios y que, por lo mismo, su concepción se traduzca en el respeto real a la dignidad de la persona en el momento en que se está aplicando una pena, lo que significa que es, precisamente, en el ámbito de la realidad social donde se debe manifestar la vigencia real del principio de no aplicar una pena si no es con respeto a los derechos humanos.³⁴

En este sentido, es válida la opinión de Larenz cuando afirma que “determinar en particular qué comportamientos lesionan la dignidad de otro es algo que sólo puede esclarecerse en un constante proceso de concreción y, por tanto, con una dimensión temporal”.³⁵ Pero más allá de la aportación de Larenz, la dignidad conlleva la protección de la autodeterminación de cada hombre que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas.

Ahora bien, la dignidad, desde el punto de vista jurídico, demanda necesariamente el principio de autonomía o autodeterminación de las personas, siempre y cuando (la persona) esté en posibilidades de decidir sobre sus decisiones (libertad de voluntad). Este principio presupone el respeto de las personas al derecho. En este sentido, es para Feijoo Sánchez que el ámbito de libertad sea el mismo a su ámbito de responsabilidad, pero siempre y cuando se entienda a la persona como imputable para contar con una libertad de organización y, con ello comportarse de acuerdo con las normas y asumiendo estas disposiciones como asunto particular.

La dignidad humana es el condicionante más importante de textos constitucionales, al igual que en instrumentos internacionales de derechos humanos. En consecuencia, la dignidad, en sentido normativo, conlleva el principio de autonomía o autorresponsabilidad de las personas. A decir de Polaino Navarrete,

...se intenta proteger a los ciudadanos reconociéndoles la libertad de crear un ámbito de actividades de riesgos propios, dentro de ciertos límites: ca-

³⁴ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, cit., nota 31, p. 103. El autor defiende la protección de los derechos humanos, como fundamento en la garantía de seguridad jurídica de todos los hombres.

³⁵ Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1993, p. 60.

da persona es responsable de su ámbito de organización (competencia por organización), en ejercicio de su reconocida libertad. En este sistema, el ciudadano es tratado como un mayor de edad, o sea, como un sujeto autorresponsable a quien se reconoce una amplia libertad de movimientos y de creación de riesgos propios, que serán lícitos siempre que no lesione bienes o intereses ajenos.³⁶

Por ello, la afirmación de Feijoo Sánchez de que “no es comprensible la libertad sin esa atribución de responsabilidad en virtud de un deber irrenunciable como ciudadano, como persona en Derecho”.³⁷

En consecuencia, al presentar una definición de culpabilidad existen autores que la refieren como el incumplimiento de un deber jurídico de actuar,³⁸ o bien, los que ponen de relieve la existencia de otra alternativa de actuación;³⁹ y los que, por otra parte, la entienden sistemáticamente como condición de la punibilidad.⁴⁰

La culpabilidad podemos definirla como el juicio de reproche que se dirige en contra del sujeto activo de un delito, en virtud de haber ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no obstante que tenía otras posibilidades de actuación menos lesivas o dañinas del bien jurídico.⁴¹

³⁶ Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México, Porrúa, 2001, p. 174.

³⁷ Feijoo Sánchez, Bernardo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Madrid, Colex, 1977, p. 42.

³⁸ Para Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, cit., nota 7, p. 415, “actúa culpablemente el que con arreglo el ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo, es decir, el que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente antijurídica”.

³⁹ Para Muñoz Conde, “actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho”, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 1990, p. 128.

⁴⁰ Claus Roxin la entiende como el conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito, *Culpabilidad y prevención*, trad. Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, p. 14.

⁴¹ En el mismo sentido, Islas de González Mariscal, Olga, para quien “la culpabilidad es el juicio de reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva”, *Análisis lógico*, cit., nota 4, p. 67; para Jescheck, Hans Heinrich, “es reprochabilidad de la formación de la voluntad”, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1978, trad. Santiago Mir Puig, p. 559; para Zaffaroni, a la culpabilidad se le puede entender como reprochabilidad, esto es, el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta,

En el sentido anterior, la culpabilidad deja de ser el continente de todo lo subjetivo del delito, concepción que durante años le fue atribuida y que en la actualidad resulta plenamente rebasada.⁴²

Con lo anterior se evita el nebuloso espectro construido durante décadas, a partir del cual se le daban tratamientos respecto a su significado y contenido, tales como:⁴³

- a) El dolo y la culpa como formas de la culpabilidad;
- b) El dolo y la culpa integrándola junto a la conciencia del injusto;
- c) La imputabilidad como su presupuesto;
- d) La imputabilidad como su elemento;
- e) La separación del dolo y la culpa y su ubicación como estructuras típicas;
- f) Su concepción general como relación psicológica;
- g) Como reprochabilidad;
- h) La diversa captación del concepto respecto de la responsabilidad penal;
- i) Su pretendido reemplazo por la peligrosidad.

III. LA CULPABILIDAD COMO CATEGORÍA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL

La culpabilidad es vista desde la perspectiva del modelo lógico,⁴⁴ como el “reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por

para que le sea reprochada jurídicamente a su autor de la conducta por el sujeto activo, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, pp. 505 y ss. Para Reyes Echandía, es la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente, *Culpabilidad*, Bogotá, Temis, 1991, p. 26.

⁴² La concepción clásica de la culpabilidad, hoy en pleno desuso, establecía al respecto que era “la relación subjetiva entre el acto y el autor”, Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1929, trad. Luis Jiménez de Asúa, pp. 25 ss.; en el mismo sentido, Jiménez de Asúa la define como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, *La ley y el delito*, Caracas, ed. Andrés Bello, 1945, p. 444.

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, cit., nota 41, p. 507.

⁴⁴ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, cit., nota 1, p. 42, “Esta posición teórica se basa en postulados finalistas, a través de los cuales propone la introducción de un modelo de análisis de los tipos penales, en tal virtud se redimensionan los presupuestos y elementos fundamentales del tipo penal, precisando su contenido y ordenándolos de una mejor manera para facilitar su análisis”.

el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar el bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva”, asimismo, implica “la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y de una violación del deber jurídico; esto último en virtud de que no se va a salvar ningún bien jurídico o se tiene otra alternativa de actuación”.⁴⁵

Atento a lo anterior, la culpabilidad se configura como consecuencia de la continuidad en el análisis de un comportamiento desplegado por una persona que produjo un resultado (formal o material) típico y antijurídico (injusto), a la que sumaremos la ausencia de eximentes de culpabilidad.

Atento a lo anterior, si pretendemos referirnos a los elementos de la culpabilidad del Código Penal Federal, debemos dejar en claro que existen una serie de conceptos como consecuencia de los cuales resulta la culpabilidad; así, los elementos que integran a la misma en el estado actual de la evolución de la teoría del delito son fundamentalmente:

1. La imputabilidad, no a nivel de presupuesto, sino como condición central de la culpabilidad (artículo 15, fracción VII);
2. La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho (artículo 15, fracción VIII, inciso b), y
3. La ausencia de causas de exculpación (artículo 15, fracciones IX y X).

Esto sólo es posible, tal y como se verá, si esa persona en la situación particular en que se encontraba tenía la posibilidad en conducirse de otra manera, atendiendo las exigencias del ordenamiento jurídico vigente,⁴⁶ es decir, de una menos lesión o peligro para un bien jurídico.

⁴⁵ Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez, Elpidio, sobre el tipo penal con este modelo, *La lógica del tipo en el derecho penal*, México, Jurídica Mexicana, 1970. Asimismo, Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, cit., nota 5, 1998, p. 78. La primera edición data de 1982; asimismo, véase, entre otros, “Análisis lógico del homicidio ascendiente consanguíneo en línea recta”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIX, núm. 86, mayo-agosto de 1986, pp. 589-609; “Nueva teoría general del derecho penal”, *Criminalia*, México, año XLIV, núms. 1-3, enero-marzo de 1978, pp. 43-59; “Homicidios calificados consumados”, *Criminalia*, México, año XL, núms. 5-12, mayo-diciembre de 1974, pp. 398-413.

⁴⁶ Sobre este aspecto medular en la materia, véase la obra de Melendo Pardo, Mariano, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada, Comares, 2002.

IV. EL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA EXIGENCIA DE CULPABILIDAD

1. *El principio de culpabilidad y la libertad de voluntad*

La culpabilidad se rige fundamentalmente por el principio de que nadie puede ser responsable por las acciones de terceros que no ha podido impedir.⁴⁷ Desde este punto de vista, resulta un aspecto de importancia determinar si la responsabilidad deriva de una cuestión personal o bien de un hecho, es decir, establecer si la culpabilidad surge del hecho realizado (acto) o si bien, su realización permite determinar la culpabilidad (autor). Para Donna, esta situación resulta discutible, por la confusión de los elementos que vinculan el reproche que se realiza a una persona

...con elementos que hacen a una imputación del hecho al autor, no teniendo en cuenta la capacidad individual (reproche al autor en su motivación), sino, y tal como se ha hecho observar desde la teoría de la prevención general positiva, una especie de capacidad media, que apunta más a como se habría comportado cualquier otra persona en el lugar, de la concreta actitud de éste.⁴⁸

En este contexto, si la voluntad es plenamente relevante para obtener el resultado prohibido o transgredir lo mandado en el tipo penal, ¿cómo se le puede definir a la voluntad en tanto es causación voluntaria del tipo penal objetivo?, ¿al desplegarse una acción puede quererse sólo lo que se ha imaginado o también se puede querer lo que no se ha imaginado?

Para responder estas preguntas será necesario retomar los planteamientos que han permeado para establecer si la fundamentación de la culpabilidad penal puede ser entendida como “la reprochabilidad del hecho por la posibilidad que tiene el autor de comportarse de otro modo y, con ello, el libre albedrío, puesto que no tendría sentido formular un reproche jurídico o moral contra un suceso determinado por la ley de la causalidad y que se produce, por eso, de forma necesaria”.⁴⁹ Esto es lo que nos llevará a confir-

⁴⁷ Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 80.

⁴⁸ Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, 2, *Imputación delictiva*, Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 186 y ss.

⁴⁹ Schünemann, Bernd, “Libertad de voluntad y culpabilidad en derecho penal”, traducción de Lourdes Baza, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después*

mar la tesis de que el problema del determinismo y el de la atribución de responsabilidad se mueven en planos diversos; en palabras de Sanz Morán:

...la crítica determinista, aunque estuviera plenamente fundada (lo cual no es así) no afecta a la formulación de un juicio como el que está en la base del concepto jurídico-penal de culpabilidad. No sólo el Derecho penal, sino todo el ordenamiento jurídico están contruidos sobre la idea de libertad humana.

Por otra parte, la doctrina tradicional ha mantenido la idea de una libertad de voluntad⁵⁰ que incide y juega un papel importante a nivel de responsabilidad, acorde con la cual se excluye la posibilidad de una culpabilidad si el autor tenía la posibilidad de actuar de modo distinto. Empero, resulta criticable suponer que el fundamento de la culpabilidad radique básicamente en la posibilidad de actuar de modo distinto, sobre todo a partir de críticas que señalan lo difícil de hablar de una libertad de voluntad en caso como el del sujeto que toma una decisión, en un momento determinado irreplicable; lo lógico es pensar que no pudo ser precisamente otra, por los factores que incidían en esa ocasión con el carácter de irrepetibles, pues por más que pueda haber otra alternativa de actuación el comportamiento desplegado no puede correr la misma suerte. En palabras de Melendo Pardo

...mantener la idea de culpabilidad tiene que reconocer la exigibilidad, esto es, que sólo se puede hacer un reproche de culpabilidad al autor cuando podíamos exigirle, tanto en general como en concreto, que cumpliera su deber, que rechazar la exigibilidad supone rechazar el concepto material de culpabilidad del que la misma sólo es un momento parcial.⁵¹

del milenio, Madrid, Tecnos, 2002, p. 24; el mismo, "La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización", *XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 219-225.

⁵⁰ Para conocer más en detalle esta idea de libertad de voluntad desde las estructuras del lenguaje, en la construcción social de la realidad y en las modernas ciencias naturales, véase particularmente, Schünemann, Bernd, "Libertad de voluntad y culpabilidad en derecho penal", *cit.*, nota 22, pp. 37-46.

⁵¹ Melendo Pardo, Mariano, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada, Comares, 2002, p. 233.

Aunado a que las ciencias del comportamiento no permiten demostrar si al sujeto en un momento determinado le fue posible evitar la comisión del delito ante otra alternativa de actuación.⁵²

Tampoco podría exigirse que los textos legales establecieran como presupuesto de la culpabilidad el poder actuar de modo distinto, pues en tal sentido sería algo extremadamente difícil de acreditar, precisamente por los factores irrepetibles que se presentan.⁵³ Según Jescheck, “si la conducta estuviera determinada definitivamente por la virtualidad causal de fuerzas objetivas sustraídas al influjo de la voluntad, al modo de los procesos naturalísticos, reprochar al hombre sus acciones tendría tan poco sentido como hacerle responsable de sus enfermedades”.⁵⁴ Cerezo Mir mantiene la procedencia de un análisis psicológico-individual, ontológico y no normativo, de la culpabilidad y de sus diversos elementos en la medida en que aquélla se funda en la posibilidad concreta de obrar de otro modo, en coherencia con un derecho penal basado en la concepción del ser humano como persona, como ser responsable.⁵⁵

⁵² Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977, p. 24.

⁵³ En estos casos refiere Melendo Pardo, Mariano, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, cit., nota 51, p. 234, “Se considera que hay muchos preceptos donde se pone de manifiesto que la ley utiliza la concepción normativa, al requerir más que el mero conocer y querer, siendo los supuestos lealmente regulados meramente ejemplificativos, al no haber señalado el legislador *expressis verbis* qué es la culpabilidad”. No así Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal. Parte general*, cit., nota 41, pp. 562 y ss., quien defiende un principio de culpabilidad que presuponga la libertad de decisión del hombre, “pues sólo si existe básicamente la capacidad de actuar de otra forma podrá hacerse responsable al autor de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales”.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 561 y ss.

⁵⁵ Cerezo Mir, José, *Temas fundamentales de derecho penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, tomo I, p. 236 “La capacidad de decisión o la fuerza de voluntad media no es susceptible tampoco de comprobación empírica. Se trataría necesariamente de un criterio normativo en cuya concreción influirían, sin duda, las exigencias de la prevención general y la prevención especial. Por otra parte, el criterio es sumamente insatisfactorio, pues lo decisivo es saber si el delincuente pudo obrar de otro modo en la situación en que se hallaba. Cuando se puede demostrar que no pudo obrar de otro modo (por ser su error de prohibición invencible, por ejemplo), sería injusto afirmar la existencia de culpabilidad porque otra persona en su lugar hubiera podido hacerlo. Es preciso atenerse, por tanto, a la capacidad de autodeterminación individual en la medida en que es susceptible de comprobación. El derecho parte de la concepción del hombre como persona, como ser responsable, como ser capaz de autodeterminación conforme al senti-

Por lo que considera Cerezo Mir

...la concepción de la culpabilidad como capacidad de motivación normal por las normas jurídicas, con base en la hipótesis determinista, no presenta menores dificultades. La determinación del concepto de motivación normal implica un juicio de valor y en él pueden influir, sin duda, las consideraciones de la prevención general y prevención especial. La comprobación de si un delincuente, en la situación concreta en que se hallaba, era susceptible de motivación normal por la norma no presenta menores dificultades que la comprobación de si podía o no actuar de otro modo.⁵⁶

V. LA FUNCIÓN DE LA PENA

La pena, vista como una de las consecuencias derivadas de la comisión de un delito, implica la necesidad de plantear el reproche y así sustentar a la pena; por ello, “los sistemas de derecho penal representan un compromiso compartido de absolver al inocente y castigar al culpable”, éstas son las palabras con las que Fletcher⁵⁷ utiliza para aclarar que sin una institución encargada de aplicar las penas y medias de seguridad no existiría el derecho penal. La justificación en nuestro sistema penal está prevista en el artículo 14, párrafo tercero, constitucional, al señalar: “En los juicios del orden criminal queda prohibida imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, con ello, resulta evidente que la imposición de una pena deba ser con algún fundamento legal⁵⁸ (en relación con el artículo 16, párrafo primero) y previamente un juez tendrá por acreditada la culpabilidad del sujeto que lesionó o puso en peligro el bien jurídico protegido por el Estado.⁵⁹

Ahora bien, si efectivamente, la culpabilidad se establece en la ley penal como el límite de la pena (artículos 51 y 72 del CPF y CPPDF, respectiva-

do, y siempre que pueda comprobarse la imposibilidad concreta de obrar de otro modo debe quedar excluida, en principio, la culpabilidad”.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 237.

⁵⁷ Fletcher, George P., *Conceptos básicos de derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 49.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 50 y ss.

⁵⁹ En este mismo sentido, Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, cit., nota 31, p. 542.

mente), entonces, la pena será graduada con base en la culpabilidad; por lo que solamente resulta válido, para el caso de los sujetos,⁶⁰ en los cuales existe la ausencia de una causa de inculpabilidad, o bien, alguna causa de inculpabilidad que en palabras de Malo Camacho

...para los efectos de la imposición de las penas, no sólo es necesario que se observe que todo delito es merecedor de una pena, sino que asimismo, se hace necesario observar que, en ese caso concreto, a la persona que ha cometido un delito se le deberá aplicar la pena, toda vez que existen casos en los cuales aún frente a la presencia de un injusto o delito en sentido estricto (acción típica y antijurídica) de un sujeto agente responsable (culpabilidad), que conforman juntos los presupuestos de la punibilidad, sin embargo, no se aplica la pena por razones de utilidad social o, lo que es lo mismo, por razones de política criminal.⁶¹

De ahí que si la pena resulta justificable por un fin de prevención penal general o especial,⁶² para personas que han delinquido,⁶³ pero que tienen a su favor una causa de inculpabilidad que afecta el reproche, entonces se

⁶⁰ El concepto que utilizan los códigos penales aludidos es “agente”, que en latín significa *agens-entis* (hacer). Se aplica a lo que obra o tiene capacidad de obrar. Véase Moliner, María, *Diccionario de Uso del Español*, 2a. ed., Madrid, Gredos, 2001, p. 83, para efectos de fijar los límites de la pena, el artículo 70 del CPPDF se refiere al “delincuente”, y para los criterios de la individualización de la pena, con base en la culpabilidad, es que se ocupa del “agente”, y no del delincuente, porque en este sentido, el delincuente puede ser también un inimputable, pero no culpable, es decir, no resultan ser un agente los inimputables.

⁶¹ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano, cit.*, nota 31, p. 577.

⁶² El propio artículo 70, párrafo segundo, del CPPDF, lo prevé: “Cuando se trate de punibilidad alternativa, en la que se contemple pena de prisión, el juez podrá imponer motivando su resolución la sanción privativa de libertad sólo cuando ello sea ineludible para los fines de la justicia, *prevención general y prevención especial*”, y no así el CPF.

⁶³ Para Kindhäuser, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 12, establece la tesis “de que el derecho penal preventivo orientado a la defensa del peligro ha liberado al clásico derecho penal de la retrógrada venganza de la lesión de los bienes jurídicos. El derecho penal moderno no responde más a la expiación de un perjuicio o daño social realizado, sino que quiere evitar preventivamente que se produzca un daño. Entonces, también se puede decir que el derecho penal moderno alemán es un derecho penal de seguridad. El quiere proporcionar la seguridad social respecto a que uno también pueda disponer tranquilamente de sus bienes, aun en la vida llena de riesgos de la actual sociedad industrializada”.

les podrá imponer, si así es el caso, una medida de seguridad⁶⁴ de manera adicional, como de hecho es ampliamente reconocido en los más de los libros, tratados y manuales de derecho penal.⁶⁵ Diferente es la postura de Cerezo Mir:⁶⁶

Si la medida de la pena se determinara exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general, aunque no se la conciba como mera intimidación, sino que se incluya en ella la función de ejemplaridad de la pena, o se hable de una prevención general positiva o integradora, se podría llegar fácilmente a la aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad del delito, a la medida de lo injusto culpable. Esto implicaría un grave atentado a la dignidad de la persona humana, pues se utilizaría al delincuente como un mero instrumento para tratar de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro. Si la medida de la pena estuviera exclusivamente en función de las exigencias de la prevención especial, habría que aplicar a los delincuentes peligrosos penas muy elevadas, aunque hubieran cometidos delitos de escasa gravedad.

Pero no toda la argumentación de Cerezo Mir es correcta; según Silva Sánchez:

La adopción de la prevención general como base de la construcción político-criminal nos devuelve a la realidad de la pena como mal, invitándonos a reflexionar sobre los términos de la necesidad de ese mal. La consecuencia, extraída por vía empírica, es que la eficacia intimidatoria no requiere penas graves, por lo que nada se opone a la progresiva humanización del sistema de sanciones... Como señala el informe de Comité Nacional Sueco: Es probable que la tesis del tratamiento haya establecido las condiciones previas para una considerable humanización del sistema penal. Un re-

⁶⁴ En este sentido, Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, cit., nota 40, pp. 14 y ss., entiende a estos dos puntos de conexión (culpabilidad y peligrosidad) del actual sistema de reacción estatal frente a la comisión de un hecho típico y antijurídico, en el caso de un autor culpable, dará lugar a la imposición de una pena; por otro lado, el hecho típico y antijurídico de un autor culpable o inculpable, pero peligroso, dará lugar a la imposición de una medida de seguridad.

⁶⁵ La excepción a la postura tradicional de la medición de la pena desde el ámbito político-jurídico o en su caso hermenéutico, sino desde el aspecto analítico y metodológico es Haffke, Bernhard, "Reincidencia y medición de la pena", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 179-195.

⁶⁶ Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general, III*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 31 y ss.

chazo de tal teoría no ha de llevar necesariamente a un aumento de la severidad, en el sistema penal. Se trata, en suma, de recuperar las garantías formales, sin olvidar la progresión humanizadora que pasa por la disminución de la severidad de la intervención penal y de su propio ámbito de incidencia, así como por el mantenimiento de los aspectos positivos del tratamiento.⁶⁷

Sin embargo, el principal inconveniente que le atañen a la teoría de la prevención general es la falta de límites, debido a que mientras unos hallan en su propia concepción teórica,⁶⁸ otros los encuentran fuera de la prevención general misma. Esto es, en los demás fines que le son atribuibles a la pena.⁶⁹

En este orden de ideas, la pena en un Estado democrático de derecho⁷⁰ que reconoce a la persona

en su dimensión individual y social, como un ámbito medular del contenido de su decisión política fundamental, en la que se recogen también las garantías individuales y sociales como contenido mismo de su afirmación de respeto a los derechos humanos, establece las características fundamentales de su sistema punitivo y, consecuentemente, del contenido y el alcance de la pena. Esto enuncia el sentido y contenido político de la pena, a través de la cual el Estado también se define y se afirma.⁷¹

⁶⁷ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 39 y 40. Al respecto, Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Madrid, Colex, 2000, p. 52, puntualiza que la teoría de la prevención general a través de “la norma penal en su fase conminativa, como amenaza abstracta de pena, cumple una función de motivación que persigue el que los ciudadanos se abstengan de cometer delitos. Si no lo consigue, y alguien transgrede la norma, las posteriores imposición y ejecución de la pena sobre el sujeto infractor infundirán el temor necesario a los posibles delinquentes, para que en un futuro se abstengan de seguir su ejemplo”.

⁶⁸ Mir Puig, Santiago, “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, en *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 120 y 121.

⁶⁹ En el mismo sentido, Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, cit., p. 128.

⁷⁰ Para conocer algunos de los aspectos fundamentales de los antecedentes del derecho penal en un Estado democrático de derecho, véase Maurach/Zifp, *Derecho penal. Parte general*, 1, 7a. ed., trad. Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 91-94.

⁷¹ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, cit., nota 31, p. 603.

Sin embargo, las relaciones sociales que el Estado de derecho, a través del derecho penal, se pretenden controlar derivado de los múltiples ámbitos de libertad (competencias), ha de exigirse, primeramente, a quien conozca los mandatos normativos que establecen los parámetros de conducta a cada persona, sólo puede serle exigible aquello que atañe a su respectivo ámbito de libertad, porque no forma parte del rol de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que se pueden originar en la conducta de terceros; por lo que se entiende la postura de Ferrajoli: “...en el Estado democrático de derecho no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegales más graves y vejatorias”.⁷²

Al respecto, es importante recordar que Lesch, partidario de la escuela de Jakobs, propone un concepto de culpabilidad,⁷³ analizada (como fundamento de su teoría de imputación) desde los fines de la pena, al considerar que el fin de la prevención general es el que determina la culpabilidad, entendiendo como ejercicio del derecho del Estado para garantizar las expectativas punitivas y que el ordenamiento exige para su conservación, o, lo que es lo mismo, el entendimiento de que la culpabilidad acredita la infidelidad o falta de cumplimiento, fidelidad y respeto al derecho se convierta en la conciencia y fin del individuo

...la prevención general positiva si es que quiere hacerse uso de ese término no debe denominarse prevención general porque tuviera efectos en gran números de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porqué ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma.⁷⁴

Ahora bien, la culpabilidad resulta fundamental para graduar la pena, de ahí que el propio artículo 15 del Código Penal Federal prevea que cada

⁷² Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 92.

⁷³ Especialmente, “Culpabilidad y prevención”, *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM, Ediciones Civitas, 1997, pp. 73-99; el mismo, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2a. ed., trad. Joaquín Cuello Contreras-José Luis Serrano González Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 566 y ss. y 579 y ss.

⁷⁴ Jakobs, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 32 y 33.

autor debe responder en la medida de su propia culpabilidad, por lo que puede ser como termómetro de la pena: a mayor reproche, mayor pena, y viceversa.

VI. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (IMPUTABILIDAD)

A la capacidad de culpabilidad también se le suele denominar “capacidad de actuar”, que no es idéntica a la capacidad de derecho o a la capacidad de obligación.

Por lo que respecta a la capacidad de actuar, se refiere siempre a un hecho bien determinado, es capacidad de actuar *ad hoc*. La capacidad de delinquir y la capacidad de actuar son idénticas desde el punto de vista de su esencia y sus elementos constitutivos.

Por eso se le denomina comúnmente “capacidad de delinquir”, o bien “capacidad de culpabilidad”, y erróneamente “capacidad de imputación”. Esta capacidad de actuar presupone: *a*) capacidad de autodeterminación; *b*) tener conocimiento de la norma; *c*) posibilidad del conocimiento del deber en el momento del hecho; *d*) capacidad de guiarse por la norma, y *e*) capacidad para el cumplimiento del deber.

La capacidad de culpabilidad se ha dirigido básicamente en el aspecto psicológico del regular proceso intelectual de la persona, al cual se incorpora el componente valorativo del injusto que es indispensable para precisar su contenido;⁷⁵ por ello, el marco normativo hace referencia al trastorno mental permanente, transitorio o desarrollo intelectual retardado,⁷⁶ entendido el trastorno mental como perturbación de la conciencia, en tanto constituye una alteración o anomalía psíquica; en opinión de Terradillos Basoco, en el “ámbito de la imputabilidad en que nos movemos, no puede basarse en meras consideraciones psicológicas, sino que dependerá de una decisión normativa”.⁷⁷

Para Islas de González Mariscal

...la consecuencia de la perturbación permanente de la conciencia (por trastorno mental permanente, sordomudez en sujeto no habilitado u oligo-

⁷⁵ Véase, en este sentido, Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, cit., nota 31, p. 552.

⁷⁶ Carmona Castillo, Gerardo, *La imputabilidad penal*, México, Porrúa, 1999, p. 101.

⁷⁷ Terradillos Basoco, Juan, *La culpabilidad*, México, INDEPAC, 2002, p. 50.

frenia grave o profunda) no es la exclusión del delito, sino la exclusión del sujeto imputable y, por ende, el cambio de su ámbito normativo, que ahora será el correspondiente a los inimputables.⁷⁸

Toda vez que será precisamente la condición mental que presente la persona el indicar del universo normativo en que debemos analizarlo, la propuesta de Islas de González Mariscal resulta precisa e incuestionable, al referir que las normas jurídicas en general van dirigidas a adultos imputables; por ello, ante la presencia de la inimputabilidad debemos orientarnos hacia la excepción, que sería el marco jurídico especial que resulta aplicable a los menores o adultos inimputables.

Al respecto, la doctrina ha aportado diversos estados o diagnósticos psicopatológicos: el trastorno psíquico patológico, la oligofrenia, la alteración de la conciencia, y la anomalía psíquica. Una vez constatado alguno de estos estados o diagnósticos, se deberá examinar si el sujeto (imputable) debido a ello, “es incapaz de comprender el injusto” del hecho o de actuar conforme a esa comprensión.

La incapacidad de comprender la ilicitud del hecho

Trastorno psicopatológico

El diagnóstico de un trastorno psicopatológico de la actividad mental se debe a causas corporales-orgánicas. También pertenecen a este trastorno las psicosis exógenas. Cabe señalar que exógeno se entiende como “aqueello que se produce en el exterior de un organismo o sistema o que es debido a causas externas”.⁷⁹ Con ello se hace referencia, dice Roxin, a enfermedades que se deben a trastornos orgánicos cerebrales demostrables.⁸⁰ Ade-

⁷⁸ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, cit., nota 6, p. 69.

⁷⁹ Moliner, María, *Diccionario de Uso del Español*, cit., nota 60, t. I, p. 1253.

⁸⁰ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, I. trad. de la 2a. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, cit., p. 827, “...se habla por ello también de psicosis física o corporalmente fundadas”. Encajan aquí vgr. las psicosis traumáticas (por lesiones cerebrales), las psicosis por intoxicación, a las que pertenecen, según la concepción más reciente, también los estados de embriaguez producidos por alcohol u otros medios; las

más, se cuentan entre las psicosis aquellos estados psicopatológicos que en virtud de su analogía con las psicosis exógenas, por su cuadro nosológico⁸¹ y por su origen sugieren la suposición de un correlativo proceso orgánico-cerebral (psicosis endógenas; se postula el proceso orgánico-cerebral); se trata de las patologías que se incluyen en las manifestaciones de la esquizofrenia y de la ciclotimia (esta última llamada simplemente locura maniaco-depresiva; pero la situación anímica está adecuadamente descrita con el término “locura”).

a. La oligofrenia

En el caso de la oligofrenia,⁸² ha sido clasificada según la deficiencia que revelan en cuanto a las facultades intelectuales, en profunda, media y superficial,⁸³ lo que dependerá (a semejanza de la situación de niños y adolescentes) de su grado de inobservancia al mandato de la norma jurídico-penal y en la medida de su socialización alcanzada a pesar del defecto que presente.

Por su parte, Islas de González Mariscal considera en términos generales a la oligofrenia como “...falta de desarrollo cerebral, que incluye cuatro grados: leve, moderada, grave y profunda. La oligofrenia leve y moderada son irrelevantes, y el sujeto es capaz. Los dos grados restantes deben ser estudiados en cada caso particular para determinar si existe o no la capacidad psicobiológica de delito”.⁸⁴

psicosis por infección (como la parálisis progresiva), las dolencias convulsivas organico-cerebrales (epilpsia) y los casos de desintegración de la personalidad con base organico-cerebral (arterioesclerosis cerebral o las afecciones metabólicas del cerebro pueden conducir a trastornos psíquicos patológicos”).

⁸¹ Moliner, María, *Diccionario de Uso del Español*, cit., nota 60, t. II, p. 460. Nosología: parte de la medicina que se ocupa en clasificar las enfermedades.

⁸² Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, I. cit., nota 80, p. 833. “La oligofrenia tiene su origen en lesiones cerebrales en el claustro materno, o en lesiones traumáticas durante el parto o en la primera infancia”.

⁸³ En el mismo sentido, García-Pablos de Molina, Antonio, “Relevancia criminológica de algunos trastornos mentales”, *La ciencia de derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 1590, “...Se distingue al efecto entre un retraso mental leve, un retraso mental moderado, grave y profundo”.

⁸⁴ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, cit., nota 6, p. 69.

b. La esquizofrenia, trastorno del estado de ánimo

La esquizofrenia incapacita al sujeto para valorar la realidad y para gobernar rectamente su propia conducta, ya que implica un abanico de disfunciones cognitivas y emocionales que pueden afectar a la percepción, el pensamiento inferencial, el lenguaje y la comunicación, la organización comportamental, la afectividad, la fluidez y productividad del pensamiento y el habla, la capacidad hedónica, la voluntad, la motivación y la atención, con el inexorable deterioro de su actividad laboral y social.⁸⁵ Cuando la esquizofrenia está en actividad, cualquiera que sea su forma clínica, dice Cerezo Mir, “debería dar lugar a una exclusión completa de la imputabilidad, a la aplicación de la eximente completa de anomalía o alteración psíquica, ya que aunque los enfermos conserven en alguna medida la capacidad para conocer el carácter ilícito de su conducta, presentan un fallo total en la esfera volitiva”.⁸⁶

A juicio de algunos autores,⁸⁷ el esquizofrénico no delinque lo que se supone, porque la escisión de su personalidad hace que el enfermo no subordine su conducta ni a las alucinaciones ni al delirio. Sin embargo, es conocido que los esquizofrénicos son los que cometen delitos con mayor violencia. Por otra parte, el trastorno delirante es menos frecuente que la esquizofrenia, aunado a que el delito cometido por un sujeto paranoico es frío y premeditado (reflexivo). Por lo que se refiere a la psicosis maniaco-depresiva, es una enfermedad física, puede darse un único cuadro maniaco, o bien depresivo, o la alternancia de éstos, existiendo la posibilidad de fases de menor intensidad psicopatológica. También los trastornos de ansiedad pueden generar delitos contra el patrimonio y conductas sexualmente desviadas, como el exhibicionismo. Y por último, los trastornos sexuales,⁸⁸ que son con mayor

⁸⁵ García-Pablos de Molina, Antonio, “Relevancia criminológica de algunos trastornos mentales”, en *La ciencia de derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, cit., nota 83, p. 1595.

⁸⁶ Cerezo Mir, José, *Derecho penal. Parte general (Lecciones 26-40)*, Madrid, Universidad de Educación a Distancia, 1998, p. 40.

⁸⁷ Para mayor referencia véase García-Pablos de Molina, Antonio, “Relevancia criminológica de algunos trastornos mentales”, en *La ciencia de derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, cit., nota 83, pp. 1596 y ss.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 1607. “Desde un punto de vista biológico, la conducta sexual se regula desde distintos niveles. Existe, primero, un control hormonal. Después, un segundo control a partir del sistema nervioso, a través de dos circuitos: uno, largo y ascendente desde la médula hasta la corteza, y otro más reducido, lumbosacro. En el ámbito cortical se si-

frecuencia en los hombres son las parafilias, las cuales constituyen fantasías sexuales, repetidas e intensas, de tipo excitatorio, de impulsos o de comportamientos sexuales, que por lo general engloban objetos no humanos, sufrimiento o humillación de uno mismo o de la pareja o participación de terceros (incluidos infantes) que no consienten. Dicho comportamiento —el impulso, o las fantasías— provoca malestar clínico significativo o deterioro del enfermo en los ámbitos social, laboral, por ejemplo.⁸⁹

c. La alteración de la conciencia

El problema de la alteración de la conciencia, que presentan los debidos agotamientos, exceso de fatiga, adormecimiento, acciones bajo hipnosis⁹⁰ o en estados poshipnóticos y determinadas formas de estado pasional, para lo cual deberán ser profundos, está en la importancia práctica que adquieren los diagnósticos, cuando también se pueden entender (con independencia de la pérdida plena de la subjetividad, es decir, con independencia de la imputabilidad)⁹¹ como regulación de la exigibilidad en casos en que aún está presente la imputabilidad.

Islas de González Mariscal advierte que “La imputabilidad se sustenta en el juicio crítico que rige a la conciencia. Esto quiere decir que o sin él de todos modos hay conciencia, y la presencia del juicio crítico sustenta únicamente a la imputabilidad en tanto que su ausencia elimina esta última”,⁹² motivo por el cual llega a las siguientes inferencias:⁹³

túan los dispositivos de regulación rinencefálico e hipotalámico. Pero la sexualidad se halla, también muy mediatizada por controles sociales y culturales capaces de influir decisivamente en los roles masculinos y femeninos, e incluso de determinar el nivel de satisfacción orgásmica. Por último, se compartan o no las concepciones psicoanalíticas, nadie cuestiona la relevancia de los factores psicológicos en el ámbito sexual”.

⁸⁹ Para mayores detalles véase García-Pablos de Molina, Antonio, *op. cit.*, nota 83, pp. 1600-1613.

⁹⁰ En este sentido, Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, *cit.*, nota 6, p. 69, “La hipnosis es un estado psicofisiológico, inducido por estímulos específicos, que aumenta la sugestibilidad, disminuye casi en términos totales el razonamiento y el juicio crítico y, por tanto, elimina la imputabilidad, mas no la voluntabilidad, del sujeto”.

⁹¹ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 637.

⁹² Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, *cit.*, nota 6, p. 39.

⁹³ *Ibidem*, p. 40.

- a. En los casos de conciencia regida por el juicio crítico el sujeto tiene voluntabilidad e imputabilidad (capacidad psicobiológica).
- b. En los casos de conciencia no regida por el juicio crítico (conciencia perturbada), el sujeto tiene voluntabilidad, pero no imputabilidad.
- c. En los casos de inconsciencia el sujeto carece tanto de la voluntad como de la imputabilidad (incapacidad psíquica).

Aunado a lo anterior, habrá que depender por lo establecido que la ley dispone en los preceptos sobre la exigibilidad, concebidos de modo más preciso. Pero se puede correr el riesgo de no contar con técnicas de diagnóstico plenamente verificable que conduzcan a resultados puntuales; también los estados pasionales, psicopatías, neurosis de naturaleza general, deban entrañar la exculpación. Esto sucederá siempre y cuando en la solución de la exigibilidad sólo exista una relación corregida normativamente entre estado psíquico y culpabilidad, y, por tanto. —refiere Jakobs—, no se produce el automatismo de exculpación. Así, se

...deberán eliminar todos los trastornos de conciencia que se mantienen aún dentro de los márgenes de lo normal. También la persona normal sufre una y otra vez mermas más o menos fuertes de la conciencia, se deban a la falta de sueño, a agotamiento, excitación, pánico o a cualesquiera otras causas corporales o psíquicas. Tales estados por regla general no pueden ser tenidos en cuenta en el ámbito de la imputabilidad, sino en todo caso en la valoración de la medida de la culpabilidad.⁹⁴

d. La anomalía psíquica

Por último, la anomalía psíquica consiste en condicionamientos de la obediencia a la norma por trastornos de la vida afectiva y de la percepción de los impulsos que hacen que el autor aparezca no tanto como retrasado (como en la oligofrenia), sino como distinto, aun cuando, en el caso concreto, las fallas sólo permitan al autor una existencia restringida; además, las principales manifestaciones son las psicopatías, neurosis⁹⁵ e impulsos.

⁹⁴ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, I. cit., nota 80, p. 829.

⁹⁵ Se ha entender por psicopatías, a decir de Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, I. cit., p. 834, a las “peculiaridades del carácter debidas a la propia disposición natural que merman notablemente la capacidad de vida social en común. Frente a ello, las

En el caso de las psicopatías, se trataría de variaciones de la personalidad en sentido negativo, en las que el afectado padece la anormalidad, o la sociedad al afectado. Como característica de la variación cita como ejemplos Jakobs “la pobreza de espíritu, la falta de energía, el afán de imponerse o de notoriedad, la explosividad, la labilidad psíquica, etcétera”.⁹⁶ A esto se agrega, que el grado de variación puede ser muy distinto. Las neurosis son reacciones vivenciales anormales o trastornos en la asimilación de la experiencia. Por último, los trastornos de los impulsos o instintos, la jurisprudencia alemana⁹⁷ distingue entre el impulso orientado normalmente a su carácter irresistible, y en el orientado antinaturalmente así “como consecuencia de su antinaturalidad altera de tal modo al autor en su total actitud básica interna y consiguientemente en la esencia de su personalidad que... es incapaz de desplegar las inhibiciones necesarias para vencer el impulso, aun cuando el impulso antinatural sólo sea de intensidad normal”.⁹⁸ Esta distinción sólo puede convencer en la medida en que la posibilidad de arreglárselas de un modo socialmente apropiado con un impulso orientado normalmente esté dado por lo general antes que en las perversiones. En el caso concreto, puede ocurrir también de modo distinto, dice Jakobs

...por ejemplo, un impulso orientado normalmente, de intensidad normal, por falta de posibilidad de satisfacerlo, alterar al autor en la esencia de su personalidad, etcétera, o por ejemplo, una orientación homosexual se puede desplegar pasando inadvertida socialmente. En definitiva, serán seguras únicamente la caracterización y la medida del cuadro psíquico, pero no la dirección del impulso.

Ahora bien, es importante recordar que el juez tendrá la obligación de verificar la conducta desplegada por el sujeto en el momento de haber cometido el hecho delictivo, recurriendo al peritaje, por ser éste el idóneo pa-

neurosis son anomalías de conducta adquiridas y a menudo susceptibles de tratamiento que se presentan como reacciones episódicas anormales”.

⁹⁶ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., nota 74, p. 641.

⁹⁷ Los ejemplos que son señalados por la jurisprudencia alemana remítase, fundamentalmente, a las obras de Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general, I. cit.*, nota 80, pp. 828-833; y Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., nota 91, pp. 642 y 643

⁹⁸ Véase Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., nota 91, pp. 642 y ss.

ra demostrar si el sujeto padece de alguna especie de psicosis o de oligofrenia, por ejemplo, dentro de las necesidades del proceso penal y no será entonces el perito quien determine un juicio sobre la culpabilidad, al ser ésta una facultad exclusiva de la función jurisdiccional.⁹⁹

VII. CONDUCTA PELIGROSA Y RIESGO PERMITIDO

El tema de riesgo en derecho penal¹⁰⁰ se ha derivado de los avances tecnológicos que han¹⁰¹ repercutido en la vida social, pero con ello también han aumentado en similar proporción los riesgos a los cuales diariamente se expone la sociedad (sociedad del riesgo);¹⁰² es innegable que el invento de los

⁹⁹ En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en la tesis 253, Séptima Epoca, tomo II, parte SCJN, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación en el Apéndice de 1995*, visible en la página 143.

“PERITOS, NO DEBEN EMITIR JUICIOS SOBRE LA CULPABILIDAD. No son los peritos quienes deben dictar los juicios de culpabilidad, sino de manera exclusiva la autoridad judicial, única capacitada para hacerlo de acuerdo con la ley”.

¹⁰⁰ Por lo que respecta al ámbito jurídico-penal, es tan extensa la bibliografía en nuestro idioma, por lo que se recomienda básicamente Maiwald, *De la capacidad de rendimiento del riesgo permitido para la sistemática del derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18; Maraver Gómez, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en *Libro homenaje a Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, t. II, p. 223; Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en el derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 86; Pérez Daza, Abraham, “El derecho penal ante la globalización”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 2004; desde una perspectiva sociológica fundamentalmente Luhmann, Niklas, *Sociología del riesgo*, Universidad Iberoamericana-Universidad de Guadalajara, 1992, pp. 43-76, 127-145; Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 25 y ss.; en el campo de la filosofía del derecho, Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, particularmente el capítulo vigésimo/IV, pp. 302 y ss.

¹⁰¹ Por ello, un sector de la doctrina considera que el riesgo permitido tiene su legitimidad por el aspecto histórico de una determinada sociedad (mexicana, española, portuguesa, etcétera); en cambio, hay quienes la consideran como una ponderación de intereses (causas de justificación); y otros, como una causa de exclusión de la tipicidad (exclusión de la imputación objetiva).

¹⁰² Entre otros, véase la monografía de Mendoza Buergo, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001; Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001.

medios de transporte masivo (tales son los casos del avión, trenes o los automóviles) ha facilitado en gran medida la interrelación y el desarrollo social, pero tampoco puede desconocerse que con su aparición se elevaron notablemente algunos riesgos (permitidos) que por lo demás ya existían desde el surgimiento de los más primitivos medios de transporte, pero aun descubrimientos tan antiguos, como el de la posibilidad de emplear en el orden doméstico y controlado el fuego han significado no solamente beneficios para la sociedad, sino también la creación de riesgos adicionales; de esta manera, la construcción de viviendas u oficinas en edificios, el empleo de la luz eléctrica o aun de veladoras o chimeneas, la construcción de carreteras, la instalación de fábricas e industrias, o el desarrollo de actividades tan elementales como las reparaciones domésticas mediante el empleo de martillos, taladros, puntillas, o cualquier otra herramienta similar, son el reflejo de los beneficios propios de la tecnología, y llegan a afectar directa e indirectamente al hombre, como sucede con el medio ambiente,¹⁰³ para los consumidores¹⁰⁴ o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos de la energía nuclear,¹⁰⁵ la informática,¹⁰⁶ biología, la genética,¹⁰⁷ las comu-

¹⁰³ En torno a la problemática del delito ambiental, Besares Escobar *et al.*, *Derecho penal ambiental. Análisis de los delitos contra el medio ambiente*, México, Porrúa, 2001; López Monroy, *El derecho penal de las aguas*, México, Porrúa, 2003.

¹⁰⁴ Paredes Castañón, José Manuel, “La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*”, en Merentxu Corcoy Bidasolo (directora), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002; pp. 403-432; Pérez Álvarez, Fernando, *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Salamanca, Praxis, 1991, pp. 55 y 63; Cuadrado Ruiz, María de los Ángeles, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del artículo 363 del Código penal*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 56 y 57; Íñigo Corroza, Laura, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 287 y ss.; Núñez Castaño, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 48-56.

¹⁰⁵ Cuesta Aguado, María de la Paz de la, “Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes”, *Estudios jurídicos*, Madrid, Ministerio Fiscal, 1998, pp. 469-493; Schünemann, Bernd, “Las reglas de las técnicas en derecho penal”, trad. Manuel Cancio Meliá y Mercedes Pérez Manzano, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal*, cit., nota 49, pp. 153 y ss.

¹⁰⁶ Orts Berenguer/Roig Torres, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; Palazzi, *Delitos informáticos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

¹⁰⁷ Véase, entre otros, Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal*, I, Barcelona, Bosch, 1981; el mismo, “Protección de bienes jurídicos e intervención en el genoma humano”, en *Genes en el estrado*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones

nificaciones,¹⁰⁸ entre otras, pero que han sido aceptados por ser adecuados con los pormenores de la propia sociedad.¹⁰⁹

En este orden de ideas, una posible eliminación de todos los riesgos de la sociedad supondría un retroceso de la misma, hasta sus más primitivas etapas de desarrollo. Por ello, como una vida social sin riesgos es impensable, y el legislador debe procurar tan sólo mantenerlos dentro de ciertos límites, bien sea mediante la renuncia definitiva a aquellos adelantos tecnológicos que supongan para la sociedad más inconvenientes que beneficios, o reglamentando el desarrollo de las actividades peligrosas (tránsito vehicular, deportes extremos, entre otros), de manera tal que los riesgos inherentes sean reducidos a límites que puedan ser socialmente permitidos,¹¹⁰ y con ello evitar seguir con el estudio de la conducta desplegada por el sujeto agente y tener que llegar al estudio de la culpabilidad.

Por ejemplo, el Estado ha establecido límites en las actividades de riesgo, al colocar avenidas, semáforos, puentes, límites de velocidad, patrullas de policías, etcétera. Sin embargo, persisten de cualquier forma. Asimismo, en los hospitales, aunque se encuentran normas de calidad, trabajadores idóneos, equipo de alta sofisticación y demás, la infección ronda en los lechos de los pabellones quirúrgicos; la probabilidad de muerte siempre está presente en las salas de cirugía; el error en los datos nunca podrá evitarse en su totalidad.

Científicas, 1996, pp. 131-166; el mismo, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, Comares, 2002; el mismo, “El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina: sus características y sus repercusiones en el derecho español”, *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Bilbao-Granada, Comares, 2002, pp. 1-18; Higuera Guimera, Felipe, *El derecho penal y la genética*, Madrid, Estudios Trivium Penal, 1998.

¹⁰⁸ Gómez Tomillo, José Manuel, *Libertad de información y teoría de la codelinquencia. La autoría y participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*, Granada, Comares, 1998.

¹⁰⁹ Sobre el particular, véanse Cancio Melia, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría de la acción e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994; Roldán Barbero, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Córdoba, 1992.

¹¹⁰ Sobre el particular, Ontiveros Alonso, Miguel, *Legítima defensa e imputación objetiva*, México, INACIPE, 2004.

VIII. LAS EMOCIONES

La palabra “emoción” se deriva del latín *emotio*, *-onis*, y significa “afectación afectiva intensa que acompaña o sigue inmediatamente a la experiencia de un suceso feliz o desgraciado o que significa un cambio profundo en la vida sentimental”;¹¹¹ por su parte, Oakley y Jenkins¹¹² la definen como aquello que

a) Normalmente es producido por una persona que evalúa un evento, conscientemente o inconscientemente, en tanto que resulta relevante para un objetivo o meta que es importante; la emoción se siente como positiva cuando un objetivo es alcanzable o negativa cuando ese objetivo resulta impedido.

b) El núcleo de una emoción es la facilidad para actuar y para modificar planes; una emoción da prioridad para una o unas pocas líneas de actuación a las que da una sensación de urgencia, de forma que pueda interrumpir —o competir con— procesos mentales o acciones alternativas. Diferentes tipos de inmediatez generan diferentes tipos de relaciones de planificación.

c) Normalmente la emoción se experimenta como un tipo característico de estado mental, a veces acompañado o seguida por cambios corporales, expresiones, acciones.

Es en este punto donde resulta evidente que las motivaciones de las personas para cumplir con lo dispuesto por la norma jurídica están respaldadas por emociones que permiten respetar y atender cabalmente o no, según sea el caso, del mandato normativo; pero ¿en qué grado afecta a las decisiones judiciales y en especial al derecho penal, tomar en cuenta la emoción de la persona que la motivó a delinquir?¹¹³ Sobre todo, cuando en algunas

¹¹¹ Moliner, María, *Diccionario de Uso del Español*, Madrid, Gredos, 2001, vol. I, p. 1079.

¹¹² Jenkins, *Understanding Emotions*, Cambridge, Blackwell, 1996. Citados por Casacubierta, David, *Qué es una emoción*, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 127 y ss.

¹¹³ Véanse los atractivos ensayos de Dan M. Kahan y Martha C. Nussbaum, “Two Conceptions of Emotion in Criminal Law”, *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 96, núm. 2, march, 1996, pp. 270 y ss.; por su parte, Posner, Eric A., “El derecho y las emociones”, trad. Miguel Viale Leo, en *Advocatus*, Lima, nueva época, núm. 9, 2003, especialmente pp. 36-41. En este ensayo, Posner expresa un contundente reclamo de que “el rol de

ocasiones una persona comete un homicidio por una emoción (amor, enojo, rabia, miedo, coraje, desesperanza, depresión, odio, envidia, ambición, avidez).¹¹⁴ En estos supuestos la doctrina mantiene la discusión sobre la emoción violenta. Islas de González Mariscal cuestiona sobre si "...es válido o justificable únicamente cuando obedece a motivos éticos o si también es justificable cuando surge por cualquier otra motivación"¹¹⁵ el privar de la vida a otra persona, y en consecuencia poder distinguir entre "las emociones de las pasiones de la ira".

Por lo que convincentemente afirma Islas de González Mariscal "que el estado de emoción violenta debe estar presente en el momento de ejecutarse la conducta homicida y debe sobrevenir como una reacción psíquica a una situación desencadenante que ofende gravemente al sujeto activo", salvo los casos en los que "éste no ha provocado o propiciado y que, por lo mismo, no tiene el deber de aceptar".¹¹⁶ No obstante, "la razón se opone a la fugacidad del sentir, a la emotividad efímera de las impresiones y al centelleo de la sensación, pero no elimina el sentimiento y tampoco lo desvía de la morada interior en que vive",¹¹⁷ ya que esta discusión se ha centrado en distinguir las emociones de las pasiones y de la ira, así como "apuntar índices para detectar la presencia de una auténtica emoción violenta",¹¹⁸ entonces, ¿qué significa que una emoción sea razonable? Gurméndez afirma: "...el sentimiento se piensa y el pensamiento no se siente";¹¹⁹ con lo cual se acepta generalmente el argumento de que "el comportamiento de las personas es adecuado a los diversos órdenes normativos existentes motivados por la necesidad de aprobación social, la que puede objetivarse en intereses muy concretos, económicos, religiosos, políticos, deportivos, mi-

las emociones ha sido muy ignorado por la teoría legal, por lo que le parece desconcertante, ya que las emociones juegan un rol importante en muchas áreas del derecho".

¹¹⁴ Consúltese los planteamientos sobre el particular de Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, cit., nota 6, pp. 248 y ss.

¹¹⁵ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, cit. nota 6, p. 253, sobre el aspecto ético véase de la misma autora "Valores éticos tutelados por el derecho penal", *Jus Semper*, Oaxaca, México, núm. 23, enero-marzo de 1999, pp. 6-18.

¹¹⁶ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, cit., nota 6, p. 253.

¹¹⁷ Gurméndez, Carlos, "La razón de las pasiones y las pasiones de la razón", *Crítica de la pasión pura*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1989, vol. I, p. 239.

¹¹⁸ Islas de González Mariscal, Olga, *idem*.

¹¹⁹ Gurméndez, Carlos, *op. cit.*, nota 117, p. 239.

litares, artísticos, afectivos, etcétera”.¹²⁰ Pero si bien es cierto, “...no debe olvidarse que lo exigido por la ley es que el sujeto activo se encuentre afectado psicológicamente por el estado de emoción violenta en el momento de realizar la conducta, para la atenuación de la punibilidad”.¹²¹

A pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina y la jurisprudencia, no se ha logrado un consenso para definir claramente a la emoción, lo que demuestra el grado de complejidad que representan los elementos que la componen, aunado a la falta de una teoría general de las emociones; por el contrario, han sido elaboradas más de una, debido a que las personas manifiestan diversos tipos de emociones en cada momento, generándose así las siguientes teorías:

1. *Teoría de la sensación*

Básicamente, se refiere a que las emociones son algo que sentimos internamente (las punzadas del remordimiento, la excitación del amor, el frío del temor), las cuales encuentran sentido mediante la acción. En este sentido, Hume¹²² ejemplifica claramente una teoría pura de la sensación, al pasar por alto los acompañantes fisiológicos de la emoción. De hecho, en su opinión, las emociones difieren de los dolores y placeres físicos precisamente en que las emociones no necesitan ir acompañadas de sensaciones físicas definibles y localizables.¹²³ Por su parte, Aristóteles señalaba que

¹²⁰ Sánchez Azcona, Jorge, *Normatividad social. Ensayo de sociología jurídica*, México, UNAM, 1989, p. 23.

¹²¹ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, cit., nota 6, p. 253, es importante recordar que “el estado de emoción violenta debe estar presente en el momento de ejecutarse la conducta homicida y debe sobrevenir como una reacción psíquica a una situación desencadenante que ofende gravemente al sujeto activo, situación que éste no ha provocado o propiciado y que, por lo mismo, no tiene el deber de aceptar”.

¹²² Hume, David, *El tratado de la naturaleza humana*, cit., nota 21, especialmente pp. 385-400.

¹²³ En este sentido, Cheshire, Calhoun y Solomon, Robert C. (comps.), *¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica*, trad. Mariluz Caso, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 15 y ss. “Esa atención al sentimiento psicológico o mental diferente de lo que se siente con el trastorno físico, permite a los teóricos de la sensación distinguir entre las emociones leves como el disfrute estético y las emociones violentas como la rabia. La distinción entre las emociones calmadas, que en general sólo se sienten mentalmente, y las violentas, que en general abarcan trastornos fisiológicos, es

las emociones se sienten: es decir, no son puro proceso de raciocinio, sino que tienen al mismo tiempo asociada alguna sensación.¹²⁴ Para Aristóteles, ese algo que se siente es placer o dolor que acompaña a los actos, los cuales permiten tener una emoción; especialmente en este punto, argumenta que la virtud es principalmente cuestión de sentir lo correcto; así, el individuo valiente no es temerario, y está sobrecogido por el temor en una situación peligrosa. También argumenta que podemos moldear nuestras emociones por medio de la educación y el hábito. A todo ello se ha de responder que en Aristóteles trató de evitar el dualismo de mente y cuerpo argumentando que las creencias, los movimientos corporales y los cambios fisiológicos son elementos inseparables de la emoción.¹²⁵

2. Teoría fisiológica

Se preocupa sobre cuál es la explicación fisiológica de las emociones, negando la teoría de la sensación. Aquí ha de destacarse la postura de William James, quien argumenta: “el hecho de sentir la emoción, que para él equivale a la emoción misma, no es sino la percepción de estos trastornos fisiológicos”, para lo cual será necesario imaginar “cuál sería la emoción si le quitamos todos los sentimientos de agitación, temblor, rubor, etcétera”, lo único que quedaría es una percepción intelectual, por ejemplo, la percepción del peligro sin el sentimiento real del temor.¹²⁶

Tanto la teoría de la sensación como la fisiológica necesitan de un análisis causal, ya que por ser sentimientos básicamente simples que no se pueden analizar, las emociones no pueden consistir en deseos, conductas, percepciones de objetos.

básica en la clasificación de Hume de las emociones. En contraste, en las teorías fisiológicas, en que la sensación de un trastorno físico es sumamente importante, el disfrute estético y las emociones leves similares no parecen ser emociones en absoluto. Sólo pueden contar como emociones estirando la teoría hasta su límite; por ejemplo, postulando trastornos fisiológicos muy leves, casi imposibles de discernir.

¹²⁴ Véase *Ética nicomaquea*, cit., 1125^b26-1126^b9; el mismo, *Retórica*, Madrid, Gredos, 1378^a20-1380^a4.

¹²⁵ Más en detalle sobre la postura de Aristóteles, Cheshire, Calhoun y Solomon, Robert C. (comps.), *¿Qué es una emoción?*, cit., nota 123, pp. 51 y ss.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 16.

3. Teoría conductual

En ella, hay ciertas conductas o expresiones fisionómicas, y no solamente fisiológicas. Ejemplo: el odio, el amor. Charles Darwin fue el primero en hacer un estudio extenso de la conducta emocional, y trató de explicar su origen en su utilidad para la supervivencia, aunque estrictamente no sea una teoría de la emoción; sin embargo, permitió establecer la necesidad de describir adecuadamente la conexión entre la emoción y la conducta.

4. Teoría evaluativa

Se atribuye cierto valor a algo (admirar, amar, odiar, etcétera), es como emitir un juicio de valor. En las teorías de Brentano,¹²⁷ Scheler,¹²⁸ Sartre¹²⁹ y Solomon,¹³⁰ por ejemplo, es básica la idea de que las emociones están dirigidas intencionalmente hacia los objetos del mundo; puesto que las emociones se sienten en relación con las cosas del mundo, no son simplemente sentimientos brutos, como una punzada o un dolor agudo; son una forma de estar conscientes del mundo.¹³¹

5. Teoría cognoscitivista

Estar en un estado emocional es conocer. A diferencia de lo que pensaba Aristóteles, Descartes¹³² planteó la idea del cognitivismo de las emociones: éstas son respuestas reflejas inmediatas a situaciones sin el interme-

¹²⁷ *Psychology from the Empirical Standpoint*, trad. por D. B. Terrell, Londres, 1971.

¹²⁸ *Diversas formas de la simpatía*, trad. José Gaos, Salamanca, Sigueme, 2004.

¹²⁹ *El ser y la nada*, Buenos Aires, Losada, 2000.

¹³⁰ "Paul Ricoeur on Passion and Emotion", en *Studies in the Philosophy of Paul Ricoeur*, comp. por Charles Reagan, Atenas, Ohio University Press, 1979; el mismo, *Not passion's slave: emotion and choice*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.

¹³¹ Para mayor detalle véase Cheshire, Calhoun y Solomon, Robert C. (comps.), *¿Qué es una emoción?*, pp. 22 y ss.

¹³² Sobre el particular Descartes, René, *Discurso del método*, trad. Frondizi Risieri, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pp. 39 y 40, escribía "cuando nos sorprende el encuentro de un objeto por vez primera, y juzgamos que es nuevo, o muy diferente de lo que antes conocíamos... esto hace que lo admiremos o quedemos extrañados ante él".

diario de una interpretación o conocimiento consciente del contexto emocional. En este sentido, la cognición puede ser simplemente una creencia o una interpretación de una cosa o una situación; por ejemplo, la presencia a pocos metros de una persona con aspecto violento. Por lo que por cognición debe entenderse cualquier acto mental que ofrece información sobre el mundo exterior, que se cataloga de determinada forma.¹³³ Estar en un estado emocional nos permitirá atribuir ciertos valores (estéticos, éticos, entre otros).

Naturalmente, no todas las teorías señaladas han de funcionar como parámetro del análisis de la capacidad motivacional de la culpabilidad en derecho penal.¹³⁴ A nuestro parecer, han de ser las teorías cognitivas y evaluativas. En su estudio de las *Emociones en el derecho*, Posner pone en evidencia dos consideraciones:

La primera consideración es la medida en la que un agente bajo un estado emocional es sensible a las sanciones. La segunda consideración es la medida en la que un agente puede ser disuadido de encontrarse bajo un estado emocional en situaciones en las que dicho estado pueda llevarlo a hacer daño.¹³⁵

En este sentido, lo que pretende Jakobs es establecer que al fundamentar una acción (típica y antijurídica) se ha de formar un “sistema psicofísico; el *output* de este sistema (autor) constituye acción cuando aquél no se habría producido si se supone un motivo dominante de evitarlo. La existencia de acción se vincula al poder de la motivación, ya que entonces se la puede definir, a causa de la responsabilidad del autor por su motivación, como su

¹³³ Sobre el particular consúltese Cheshire, Calhoun y Solomon, Robert C. (comps.), *Qué es una emoción*, cit., nota 123, p. 36.

¹³⁴ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 353; en la misma postura, Mir Puig, Santiago, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 57.

¹³⁵ Posner, Eric A., “El derecho y las emociones”, trad. Miguel Viale Leo, en *Advocatus*, Lima, nueva época, núm. 9, 2003, p. 36. “La capacidad de disuasión depende tanto de (1) la clase de emoción y (2) la intensidad. En el estado emocional la persona experimenta una preferencia elevada, relativa al estado de calma, de consumir el bien relevante para la emoción”; por lo que respecta a la “capacidad disuasoria bajo el estado pre-emocional (calma). Imaginemos que una persona bajo un estado emocional no puede ser disuadida. La sanción no puede ser suficientemente alta para evitar que actúe. No procede que esa persona deba ser justificada por un crimen consecuencia de la tendencia de la acción”.

propia expresión de sentido, con el contenido de que el mundo debe ser así y no de otro modo”.¹³⁶ Evidentemente que lo planteado por Jakobs nos envía al campo de la imputabilidad, a fin de averiguar el sistema psicofísico que ha de configurarse de modo distinto a como en el concepto de acción: “el cómo se pudo motivar a evitar se trata como asunto del autor, en la culpabilidad importa la determinación de qué factores relevantes para la motivación pertenecen al ámbito de tareas del autor y qué factores puede invocar como no disponibles para él”.¹³⁷

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
- AMENGUAL, Coll, *La moralidad como derecho. Estudio sobre la moralidad en la filosofía del derecho de Hegel*, Madrid, Trotta, 2001.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Madrid, Gredos.
- BRENTANO, Franz, *Psychology from the Empirical Standpoint*, trad. por D. B. Terrell, Londres, 1971.
- CARMONA CASTILLO, Gerardo, *La imputabilidad penal*, México, Porrúa, 1999.
- CASACUBIERTA, David, *Qué es una emoción*, Barcelona, Crítica, 2000.
- CEREZO MIR, José, *Temas fundamentales de derecho penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. I.
- CHESHIRE, Calhoun y SOLOMON, Robert C. (comps.), *¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica*, trad. Mariluz Caso, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977.
- CUADRADO RUIZ, María de los Ángeles, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del artículo 363 del Código Penal*, Barcelona, Bosch, 1998.
- DAN M. Kahan y NUSSBAUM, Martha C., “Two Conceptions of Emotion in Criminal Law”, *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 96, núm. 2, marzo de 1996.

¹³⁶ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., nota 91, p. 581.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 582.

- DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, 2, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, Madrid, Colex, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FLETCHER, George P., *Conceptos básicos de derecho penal*, traducción Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Relevancia criminológica de algunos trastornos mentales”, en *La ciencia de derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.
- GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, “Análisis de la situación actual de los problemas del derecho penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. L, núms. 229-234, enero-diciembre de 2000.
- GURMÉNDEZ, Carlos, “La razón de las pasiones y las pasiones de la razón”, en *Crítica de la pasión pura*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1989, volumen I.
- HEGEL, George y WILHELM Friedrich, *Filosofía del derecho*, trad. Angélica Mendoza de Montero, México, Juan Pablo Editores, 1998.
- , *Lecciones sobre la historia de la filosofía II*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1985
- HAFFKE, Bernhard, “Reincidencia y medición de la pena”, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.
- HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, edición preparada por Félix Duque, Madrid, Tecnos, 1988,
- , *Sobre el suicidio y otros ensayos*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- LESCH, Hieko Hartmut, *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, trad. Ramón Raguès i Vallès, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ÍÑIGO CORROZA, Laura, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, Bosch, 2001.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4a. ed., México, Trillas, 1998.

- , “Análisis lógico del homicidio ascendiente consanguíneo en línea recta”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIX, núm. 86, mayo-agosto de 1986.
- , “Nueva teoría general del derecho penal”, *Criminalia*, México, año XLIV, núms. 1-3, enero-marzo de 1978.
- , “Homicidios calificados consumados”, *Criminalia*, México, año XL, núms. 5-12, mayo-diciembre de 1974.
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996.
- , “Personalidad y exclusión en derecho penal”, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004.
- , “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- , “Culpabilidad y prevención”, *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM Ediciones-Civitas, 1997.
- , *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2a. ed., trad. Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- , *Sobre la teoría de la pena*, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- y RAMÍREZ, Elpidio, *La lógica del tipo en el derecho penal*, México, Jurídica Mexicana, 1970.
- KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1993.
- LEVINAS, Emmanuel, *Finitud y culpabilidad*, trad. Cristina de Peretti, Julio Díaz Galán y Carolina Meloni, Madrid, Trotta, 2004.
- LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 2a. ed., trad. Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1929.
- MAIWALD, *De la capacidad de rendimiento del riesgo permitido para la sistemática del derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

- MARAVÉ GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, *Libro homenaje a Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, t. II.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal. Parte general*, México, Trillas, 1999.
- MAURACH-ZIFP, *Derecho penal. Parte general*, 1, 7a. ed., trad. Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994.
- MELENDO PARDO, Mariano, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada, Comares, 2002.
- MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, PPU, 1990.
- , “Sobre el principio de culpabilidad y límite de la pena”, *El poder penal del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1985.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad. (Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- MOLINER, María, *Diccionario de Uso del Español*, Madrid, Gredos, 2001, vol. I.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría del delito*, Bogotá, Themis, 2001.
- NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en el derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995.
- , “La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*”, en MERENTXU CORCOY Bidasolo (dir.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Salamanca, Praxis, 1991.
- PÉREZ DAZA, Abraham, “El derecho penal ante la globalización”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, núm. 84, 2004.

- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1992.
- PLATÓN, “Leyes”, en *Diálogos*, trad. Francisco Lisi, Madrid, Gredos, 1999.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, México, UNAM, 1997.
- , *Delitos contra el orden socioeconómico*, México, Porrúa.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México, Porrúa, 2001.
- POSNER, Eric A., “El derecho y las emociones”, trad. Miguel Viale Leo, en *Advocatus*, Lima, nueva época, núm. 9, 2003.
- REYES Echandía, *Culpabilidad*, Bogotá, Temis, 1991.
- ROMÁN PINA-FUSTER, Román, *Embriaguez, alcoholismo y derecho penal*, Barcelona, Bosch, 2000.
- ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, México, Porrúa, 2003.
- ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención*, trad. Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981.
- , *Derecho penal. Parte general, I*, trad. de la 2a. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- SÁNCHEZ AZCONA, Jorge, *Normatividad social. Ensayo de sociología jurídica*, México, UNAM, 1989.
- SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Madrid, Colex, 2000.
- SARTRE, Jean-Paul, *El ser y la nada*, Buenos Aires, Losada, 2000.
- SCHELER, Max, *Diversas formas de la simpatía*, trad. José Gaos, Salamanca, Sígueme, 2004.
- SCHOPENHAUER, Arthur, *El mundo como voluntad y representación. Complementos*, trad. Pilar Gómez, Madrid, Trotta, 2000.
- , *Los dos problemas fundamentales de la ética*, 2a. ed., trad., introd. y notas de Pilar López de Santa María, Madrid, Siglo XXI de España Editores 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Libertad de voluntad y culpabilidad en derecho penal”, trad. de Mariana Sächer, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.

———, “La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización”, en *XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

———, “La función del principio de culpabilidad”, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1990.

———, “Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad”, trad. Mariana Sacher, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.

SENTÉ, Richard, *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, trad. Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Anagrama, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

———, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, *La culpabilidad*, México, INDEPAC, 2002.

ZAFFARONI, Raúl, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973.

———, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Ávila Editores Latinoamericanos, 1993.