

# 30

Fecha de presentación: julio, 2022  
Fecha de aceptación: octubre, 2022  
Fecha de publicación: diciembre, 2022

## LA TEORÍA

DE DETERMINACIÓN DE LA PENA RECLAMA A LA CULPABILIDAD  
EN SU ESTRUCTURA

### THE THEORY OF DETERMINATION OF THE PENALTY CLAIMS GUILT IN ITS STRUCTURE

Yudith López Soria<sup>1</sup>

E-mail: [ylopez7@indoamerica.edu.ec](mailto:ylopez7@indoamerica.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6845-088X>

Danny Xavier Sánchez Oviedo<sup>1</sup>

E-mail: [dannysanchez@uti.edu.ec](mailto:dannysanchez@uti.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5783-2682>

<sup>1</sup>Universidad Tecnológica Indoamérica

#### Cita sugerida (APA, séptima edición)

López Soria, Y. & Sánchez Oviedo, D. X. (2022). La Teoría de Determinación de la pena reclama a la culpabilidad en su estructura. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S6), 286-296.

#### RESUMEN

Por más de tres siglos, la comunidad científica de Derecho Penal, universalmente hablando, intenta explicar el concepto de delito de forma sistematizada, surgiendo la Teoría de delito, que revela, el concepto de delito a través de los elementos estructurales que lo conforman. Proceso que ha pasado por varias Escuelas o corrientes de pensamiento, con mayor intensidad en las Escuelas italiana y alemana, esta última, con mayor vigencia en la actualidad. Todos, coinciden en conceptualizar el delito como la acción, (conducta) típica, antijurídica y culpable que tiene prevista una sanción. Sin embargo, el contenido de sus elementos ha variado de una escuela a otra y, el elemento que más ha sufrido en ello, ha sido la culpabilidad, que hoy, según las Escuelas Finalista y Funcionalista, sigue siendo considerada como el tercer elemento dogmático dentro del concepto de delito. Este artículo tiene como objetivo, persuadir a la comunidad científica del Derecho penal en cuanto a que, la culpabilidad, está mal ubicada en la Teoría del delito y debe estar dogmáticamente concebida, en la Teoría de determinación de la pena. Para ello, se aplica un enfoque de investigación cualitativo con la implementación de métodos como el histórico-lógico, el analítico-sintético y el inductivo.

**Palabras clave:** Dogmática penal, Teoría del delito, culpabilidad, Teoría de determinación de la pena

#### ABSTRACT

For more than three centuries, the scientific community of Criminal Law, universally speaking, tries to explain the concept of crime in a systematic way, emerging the Theory of crime, which reveals the concept of crime through the structural elements that make it up. Process that has gone through several Schools or currents of thought, with greater intensity in the Italian and German Schools, the latter, with greater validity today. All agree in conceptualizing the crime as the typical, unlawful and guilty action (conduct) that has a sanction planned. However, the content of its elements has varied from one school to another, and the element that has suffered the most has been guilt, which today, according to the Finalist and Functionalist Schools, continues to be considered the third dogmatic element within of the concept of crime. The objective of this article is to persuade the scientific community of criminal law that guilt is misplaced in the theory of crime and must be dogmatically conceived in the theory of sentencing. For this, a qualitative research approach is applied with the implementation of methods such as the historical-logical, the analytical-synthetic and the inductive.

**Keywords:** Criminal dogmatics, Theory of crime, guilt, Theory of sentencing

## INTRODUCCIÓN

La teoría de determinación de la pena es otra teoría importante dentro de la dogmática del Derecho Penal, sin embargo, ha sido poco trabajada desde el punto de vista teórico. De hecho, su ambigüedad, y falta de desarrollo teórico influyen determinadamente, sin lugar a dudas, en la correcta aplicación de la pena.

Durante mucho tiempo, se ha dedicado mucho espacio, esfuerzo y atención de forma bien merecida a la Teoría del delito, sin embargo, a pesar de esos esfuerzos, esta, aun padece dificultades con respecto a la conformación de sus elementos dogmáticos.

Dentro de la Teoría del Delito hay dos elementos que han sufrido un cambio trascendental, a decir, la tipicidad, que con la escuela finalista liderada por Hans Welzel, absorbe ahora como modalidades del tipo, al dolo y la culpa y también, a la preterintención, todo lo que absorbe en sentido positivo y negativo, es decir, de ida y de vuelta. Y, el otro elemento impactado ha sido la culpabilidad, al que se le retiró, precisamente, el dolo y la culpa que ahora se encuentran en el elemento tipicidad.

Queda, entonces, para la culpabilidad, la exigibilidad de una conducta distinta a la adoptada, el juicio de reproche unido a esa posibilidad de exigibilidad, la capacidad de motivación ante la norma y el nexo causal, conformado este último, por los elementos probatorios que unen a la persona procesada a través de sus acciones u omisiones con el resultado delictivo, sea este, de daño o de peligro.

Y enumerándolos o enunciándolos véase que no son pocos los elementos que conforman a la culpabilidad solo que, todos van dirigidos a analizar la aptitud y actitud de la persona procesada y no son dirigidos a analizar la conducta, ni el injusto penal, sino, la posibilidad de atribuir ese injusto a la persona procesada. Sus elementos en nada colaboran con la constatación de si hay o no hay delito.

Sobre la culpabilidad ya se ha dicho que se han escrito mares de tinta, desde enfoques históricos, literarios, filosóficos, jurídicos, psicológicos, etc. De hecho, tal y como plantea Hernández, (2019):

La dogmática jurídico penal, a pesar de –y por– su significativo desarrollo, tiene dos grandes retos: primero, la compatibilización con los importantes aportes realizados por los teóricos italianos del derecho penal (Agudelo, 2011) –quienes han dotado al derecho, en general, y al derecho penal, en particular, de un extraordinario tinte filosófico–. Y, segundo, el reconocimiento de que, por más abstracción que implique el método dogmático, hay disciplinas extrajurídicas que pueden

ayudar a explicar de mejor manera, el actuar humano y el delito mismo (entendido como una conducta lesiva, contraria a derecho y reprochable)

Susceptible a esta afirmación, aparece implícito el concepto de culpabilidad delictiva o penal, categoría dogmática de la que, incluso, la neurociencia se ha ocupado. Contribuyendo cada estudio con la denotación exacta de su real contenido y también de su correcta posición dogmática.

Categoría, cuestionada, sobre todo, en su rol con respecto a la pena y sus teorías, donde, por ejemplo, la teoría retributiva se ha ocupado de explicar la justificación del castigo, tanto como la teoría preventiva, no alcanzando ninguna de ellas, individualmente una respuesta completa, y solo, desde su unión logra explicarse aparentemente, la función de la pena, como castigo o con ánimo de prevención general y especial. Pero, “...obviando una serie de problemas de legitimidad —los que tienen que ver con la injusticia social perpetrada por el Estado contra el acusado— que aparecen de modo autónomo respecto de las cuestiones de merecimiento y utilidad de la pena.” (Ciguela, 2019)

Este trabajo que hoy se presenta ofrece soluciones a este dilema dogmático penal y se enfoca en la relación o vínculo vigente entre la teoría del delito y la teoría de determinación de la pena.

## DESARROLLO

### La pena como manifestación del derecho punitivo del Estado

Muchos autores al hablar del *ius puniendi* o poder punitivo a favor de Estado, optan por hablar de los poderes que éste encierra, desde el punto de vista subjetivo y otros, prefieren conceptualizarlo desde su naturaleza, denominándolo poder de castigar.

Lo cierto es que, al existir el delito como comportamiento humano y desde el surgimiento de la humanidad misma, este, tuvo que responder de varias formas a las agresiones que recibía contra varios de sus derechos o bienes, para entonces, ni si quiera reconocidos como tal. Estas reacciones se materializaron en respuestas que marcaron etapas dentro de la evolución de la humanidad y del Derecho penal también, enúnciese, por ejemplo, la etapa de sangre, o de la pena pública, de la venganza privada, la ley del Talión, etc.

Surgiendo así sanciones, como la de la pena de muerte, que tiene su origen natural en los actos de venganza de las tribus o familias como respuesta a las ofensas recibidas por otros; sólo la posibilidad de duras venganzas,

ante la ausencia de un aparato estatal capaz de prevenir o castigar y la inexistencia de cárceles, servía en ese momento, para prevenir las ofensas y a la vez, para castigarlas.

Las ofensas entre miembros del mismo grupo más raramente eran castigadas con la pena capital, que debilitaba al grupo. Ante una ofensa recibida de otro grupo, el grupo que se entendía ofendido emprendía una venganza de sangre, matando a algún miembro cualquiera de la tribu autora de la ofensa, a la que se entendía colectivamente responsable. Es claro entonces, poder apreciar, cómo este sistema de ajusticiamiento o castigo producía espirales de violencia, duplicaba el daño social del delito, y resulta, además, una obviedad, que se aplicaba de modo manifiestamente injusto. (López, 2015)

Aquí, se resume la carencia en dicha época, de un aparato estatal que se encargara de garantizar los derechos del ciudadano, entre ellos, la seguridad pública e individual. Y, tras el gran acontecimiento cultural e histórico que fue el Contrato social, es que los antecesores, deciden poner en manos del Estado, el deber de cuidar a los ciudadanos, jugando entonces, el rol de garante, de sus derechos y, en contrapartida, tendría el derecho-deber de castigar a aquellos ciudadanos que violaran las normas de convivencia social, que fueron alcanzando, en muchos casos, el rango de normas penales.

Es decir, la ciudadanía decidió, después de muchas etapas de masacres en ejercicio del castigo a causa del delito, poner en manos de Estado, este poder o facultad conocido como *ius puniendi* o poder punitivo.

Hoy, se dice que existe una cultura frente al delito que se sustenta en principio de causalidad (causa-efecto) y, a su vez, cada ser humano es capaz de pensar como una entidad autónoma, respecto al resto de los ciudadanos. Estos dos aspectos, actualmente distinguen y diferencian mucho, la conducta humana de la que sostenía el hombre primitivo para entonces, pues este, no rigió su conducta conforme a los principios de causalidad y de conciencia del yo.

El individuo en esta época recibió sus características del grupo, clan o tribu al que pertenecía, y el hecho por él ejecutado, no tuvo el sello de una obra individual propia, sino colectiva. La reacción penal, a su vez, nunca recayó sobre el infractor, sino sobre todo el grupo, de ahí comenzó a erigirse el Derecho Penal y dentro de él cada una de sus instituciones. Cuestión que, sin embargo, no logra con suficiencia meridiana el ejercicio de la facultad de castigar aun en estos días.

Ese poder de castigar, cuyo único titular en la actualidad, es el Estado, posee vertientes como las manifestadas dentro del Derecho penal subjetivo, a cargo del órgano legislativo, para determinar cuáles conductas han de constituir delitos e incluirlas en el catálogo de delitos vigentes en la norma penal, así como, determinar cuál o cuáles sanciones le corresponderá a cada una de estas conductas. Y, otra vertiente objetiva, a cargo de los órganos que ostenten el poder judicial, que, implica, aplicar esas sanciones que previamente fueron previstas legalmente a las personas que previo proceso penal, hayan sido declaradas culpables por aquellas conductas delictivas.

Este poder, consta doctrinalmente hablando, según quien suscribe, de tres momentos:

Antes de emitir la norma jurídica, momento en el que aún, no se puede hablar con rigor de *ius puniendi*, o de un derecho subjetivo de castigar.

- » Una vez dictada la norma jurídica. Momento en que surge el deber de obediencia del ciudadano, y el derecho subjetivo a favor del Estado para exigir esa obediencia y el cumplimiento de dicha norma.
- » Cuando se infringe la norma jurídica. Aquí nace el derecho subjetivo del Estado a castigar, derivado de la violación de la norma por el infractor.

Al ser el poder punitivo, una prerrogativa que ostenta el Estado y que, para hacerla efectiva, entre otras cuestiones, implementa al Derecho Penal, como un mecanismo de control social, dentro de su función dual, dígame, protección de los bienes jurídicos, (función tuitiva) y, a su vez, el control social, como amenaza proveniente del derecho de sancionar a quien ha dañado o puesto en peligro esos bienes jurídicos que protege o debe proteger dicho Estado, a todos.

Es dable, concluir que se está frente a una de las facultades sustancialmente más poderosas del Estado y, de hecho, es a través del *ius puniendi*, a lo largo de la historia, que el Estado logra absorber la violencia privada y la autodefensa, pasando a convertirse en un poderoso instrumento de política criminal en aras de “la prevención del delito.” Poder susceptible de ser limitado o contenido, pero, este ya sería otro tema a desarrollar.

En definitiva, la pena es la materialización de ese poder punitivo o castigador, y por limite, al menos uno de sus límites, debe estar concebida legalmente previo al procesamiento, y juzgamiento de dicho hecho delictivo.

La pena, entonces, es la respuesta estatal previa y legalmente concebida, ante la comisión de delitos.

## Teorías en torno a la pena y sus fines

Es, a partir de la tradición iluminista que se puede confundir lo relativo al fin de la pena con la teoría que explica el origen y la función histórica de la pena.

De hecho, las ideas *iusnaturalistas* de la mano de algunas ideas contractualistas, explican que la pena se deriva del propio proceso de socialización enfrentado por los seres humanos a través de la historia y también, es expresión del vínculo de unos seres humanos con otros, al punto de institucionalizarse o estatalizarse la venganza privada, y por su parte, la venganza privada ha sido explicada como una expresión del derecho natural de defensa, o autodefensa que pertenece a cada hombre y que tiene como mejor argumento, la necesidad de su conservación como especie humana. (López, 2020)

Y, el Derecho penal, teniendo en su centro la pena como instituto jurídico y consecuencia legal del delito, viene a admitir el rol de venganza que persigue ésta, rol que no ha sido dejado atrás, sino, que más bien, ha sido desarrollado, y, de hecho, ha evolucionado a otras formas de retribución.

Ciertamente, la pena, en su recorrer histórico viene a sustituir la venganza privada. Sustitución que no es explicable y menos aún, justificable. Aspecto del cual, se deriva entre otros parámetros, el rol de la culpabilidad dentro de la determinación de la pena, desde varios puntos de vista, justificando dicha imposición, determinación y graduación, hasta ahora, tras múltiples y largos debates en cuanto a los fines de la pena, y, por ende, su justificación, desde las teorías de la pena.

Dichas teorías se subsumen en la denominación de teorías absolutas y teorías relativas de la pena. Las teorías absolutas de la pena entienden que la pena es una retribución, significa dar al sancionado el castigo que se merece por el daño que ha causado, o, dicho de otro modo, por el ilícito que ha cometido, y su valor se encuentra en lograr afirmar la vigencia del derecho.

Por otro lado, están las teorías relativas o de prevención, precisamente, porque se encaminan a argumentar la prevención, como fin de la pena, prevención del delito tanto específica, en el sancionado, como general, en el resto de la sociedad. Fundamentándose estas, prioritariamente, en la utilidad de la pena para la sociedad, de tal afirmación surge su otra denominación de teorías utilitarias o utilitaristas. Derivándose de ello, las dos grandes teorías relativas de la pena. Por una parte, la prevención general, y por la otra, la prevención especial. La prevención general tiene como destinatario a toda la comunidad, toda la sociedad, procurando evitar que en ella cometa delito alguno de sus miembros, es decir, procurando lograr que

sus miembros se abstengan de delinquir, mientras que la prevención especial, actúa sobre el individuo que ha delinquido ya sea tratando de enmendarle su conducta, y evitar así que vuelva a delinquir, o puede ser neutralizándolo antes de que cometa cualquier delito.

Por otra parte, en el escenario doctrinal ha aparecido el planteamiento de Jakobs, si bien este mismo autor denomina a su comprensión de la pena, prevención general positiva, Un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva de Welzel; Jakobs cuestiona que la función del Derecho Penal sea motivar a las personas a evitar lesiones a los bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho penal aparece en escena, éstos se encuentran ya lesionados.

Es dable analizar aquí, que la pena, no protege bienes jurídicos, sino que devuelve la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico, para lo cual se impone la afirmación de Jakobs en cuanto a que, "...el Derecho penal obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente." (Jakobs, 1997)

Pero, incluso, la concepción de Jakobs no se ha visto libre de críticas. A la comprensión de la pena como comunicación se le ha cuestionado dejar de lado la naturaleza de la pena como un mal, de forma tal que podría llegarse a una pena que restablezca la vigencia de la norma sin que necesariamente lleve aparejado un mal para el autor. Por lo tanto, si en algún momento la norma pudiera reestablecerse sólo con la declaración del carácter incorrecto del comportamiento, ya no sería necesario imponerle al autor un mal adicional (privación de la libertad, por ejemplo). Además de esta crítica, al planteamiento de Jakobs se le ha objetado centrar la función de la pena en la vigencia de la norma, con independencia de si ésta resulta legítima o no. De cualquier forma, tampoco este argumento parece capaz de fundamentar y justificar el castigo, y, específicamente, las formas de castigo concebidas por el Derecho Penal.

Pues, vista la pena como consecuencia jurídico penal del delito, proveniente de una facultad estatal de determinación e imposición, esta, tiene que tener límites, entre ellos, están, por ejemplo, la dignidad relativa de la persona, que obliga a que:

La pena, no pueda imponerse al delincuente obviando las razones, motivos o fundamentos de su actuación práctica. De hecho, no es posible construir el delito sobre cualquier forma de culpabilidad, pues esta debe

partir de la actuación de un ciudadano que tiene la libertad, capacidad y autonomía necesarias para decidir qué hacer con su libertad, ya sea sujeto a la norma o desligado de ella y de su cumplimiento. (López, 2020)

Ya hemos dicho que, el concepto de culpabilidad ha estado presente en el derecho canónico y en el derecho estatutario y tanto uno como otro, han aportado mucho a la concepción espiritual del derecho de castigar, también se puede encontrar a la culpabilidad como elemento estructural presente en el concepto de delito, según varias teorías, y está presente también, como principio limitador al derecho punitivo del Estado. Pero, además, podemos encontrarla como la forma o manifestación en que se plantea una conducta con respecto a si la modalidad de responsabilidad en un delito se manifiesta por dolo o por culpa, según sea su concepción en diferentes ordenamientos jurídico-penales.

En palabras de Francisco Muñoz Conde:

Existe un sistema dualista que considera que la culpabilidad va de la mano del concepto de peligrosidad, la primera sustentaría la imposición de la pena y la segunda sustentaría la imposición de medidas de seguridad, precisamente es esto lo que sucede con la distinción ya clásica entre pena y medida, entre retribución y prevención, entre culpabilidad y peligrosidad, que sirve de base al sistema dualista vigente en muchos ordenamientos jurídicos. (Muñoz, 2001)

Durante mucho tiempo se ha creído que esta sutil distinción, producto de una elaboración conceptual bastante acabada de la materia jurídica, era la única forma de salvar la contradicción existente entre un Derecho Penal retributivo destinado a compensar la culpabilidad y un Derecho Penal preventivo destinado a proteger los intereses teóricamente más importantes y fundamentales de una convivencia pacíficamente organizada.

Sin embargo, y según Muñoz, (2001):

La distinción, que tanto trabajo había costado realizar, se muestra en la práctica como una fórmula ambigua, vacía de contenido, que no consigue explicar con suficiente claridad la auténtica función que cumple el Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico y en el actual contexto de los demás sistemas de control social.

Hasta aquí, la pena, parece tener sustento en la culpabilidad, siendo esta, previa a aquella.

### **Características de la pena**

En consecuencia, podríamos definir los rasgos del castigo hoy, como rasgos que precisan la pena y estos, adaptados

a las circunstancias actuales dentro del Derecho Penal, serían:

- La pena tiene que constituir una restricción o privación de determinados derechos a la persona que resulte sancionada, restricción que debe ser proporcional al daño y peligro causado.
- Tiene que ser impuesta con motivo o en respuesta de que esa persona haya sido previamente determinada como culpable y responsable penalmente por un delito.
- Solo puede ser impuesta al culpable del delito, nunca será transferida o transmitida su responsabilidad penal a otros bajo ningún concepto.
- La pena, tanto como el delito de cuya comisión deviene, tiene que, previamente estar prevista en ley, o sea, esa ley ha de tener vigencia con anterioridad a la comisión del delito, y debe además haber sido diseñada y concebida por el órgano legislativo correspondiente.
- La pena debe además ser impuesta por la persona que posea la autoridad conferida por el Estado, para juzgar delitos, fijar responsabilidad penal e imponer penas.
- El juzgamiento y finalmente, la imposición de la pena debe seguirse a través de un proceso o procedimiento que también debe constar en ley previa y que de principio a fin debe respetar los derechos y garantías conferidos al procesado y potencialmente sancionado.

Como esbozo, estos serían los rasgos que debe cumplir una pena o sanción, legalmente impuesta. Pero, dicha sanción o sanciones solo cabría imponerlas, desde el punto de vista procesal, a aquella persona que haya sido declarada culpable de la comisión de un delito.

Derivándose de esta realidad que, “la culpabilidad está muy relacionada con la teoría de la pena, pues para imponer una pena en materia penal, no basta con que exista un acto típico y antijurídico” (López, 2021) y, a decir de Frías Caballero:

...la pena exige como presupuestos predominantemente objetivos no solo un comportamiento típico antijurídico, esto es, requisitos o presupuestos situados en el mundo externo, sino a la vez un comportamiento o acto interior realizado en el alma del autor. Este comportamiento consistente en la intervención anímica o espiritual del autor en su acto (en lo que hace u omite) y que ha de ser reprochable (susceptible de reproche desde el punto de vista de las valoraciones jurídicas) es básicamente, la culpabilidad. (Frías, 1993, p. 353)

Siendo este, un concepto de culpabilidad dado por Frías Caballero, que se centra, sobre todo, en el juicio

de reproche como parte del contenido de la culpabilidad, vista hasta ahora, como elemento estructural del delito.

Téngase en cuenta que, la culpabilidad conlleva a la determinación de la responsabilidad penal y esta, a su vez, engloba la especial capacidad conformada por la aptitud y actitud de un sujeto, para asumir las consecuencias de sus acciones u omisiones que revistan características de delitos y, cuya culpabilidad, se demostró a partir de la previa determinación a través de un debido proceso, de su imputabilidad, del nexo causal conformado por los medios probatorios que lo unen, sin lugar a dudas, con el resultado delictivo y también, con la realidad de que pueda exigírsele la realización de una conducta distinta a la que él, deliberadamente, adoptó.

Funciona aquí, la culpabilidad, en su rol de límite al poder punitivo del Estado, por cuanto y en palabras de esta misma autora:

El principio de culpabilidad supone que la pena sólo puede estar basada en la constatación judicial de que el hecho, puede reprocharse personalmente al autor. De dicho principio resulta, por un lado, que la pena requiera indispensablemente, la existencia de culpabilidad, de manera que, quien actúa sin culpabilidad resulta impune y ahí encontramos la culpabilidad como base de la punición o punibilidad y, por otro lado, está el hecho de que la pena no deba resultar desproporcionada en relación con la culpabilidad, funcionando entonces, la culpabilidad como límite de la punibilidad. (López, 2021)

Y es de acotar que, no solo funcionaría como límite a la punibilidad, vista esta, como parte del tipo penal previamente concebido, sino que, además, sería límite a la pena misma, a la hora de su aplicación, salvando las diferencias pertinentes entre punibilidad y penalidad. Pues, al imponer la pena, si el individuo es más culpable por la concurrencia, por ejemplo, de determinadas circunstancias agravantes, la pena será más severa, o, si, por el contrario, concurren circunstancias atenuantes, la pena será más benigna. Sirviendo entonces, la culpabilidad y el grado de culpabilidad, como baremo para determinar la graduación e intensidad de la pena.

Otro criterio de análisis oportuno sería, el de necesidad de la pena, pues, es de recordar que, en la bifurcación de la Escuela Funcionalista en: funcionalismo moderado y funcionalismo radical, el primero, liderado por Claus Roxin y el segundo, por Günther Jakobs, ambos avalan la función de la culpabilidad en sustentar la necesidad de la pena.

Ahora bien, antes se habló de los límites formales al derecho de castigar cuya titularidad ostenta el Estado, y

dentro de estos, se puede ubicar a uno de los principios más importantes, que es, el de legalidad, expresado mediante el aforismo en latín, *nullum crime nulla poena sine lege*, y se traduce mediante la explicación de que solo se puede castigar a quien comete una infracción que previamente, fue definida como delictiva, y tanto el tipo penal, como el proceso por el que se juzgue, así como, su consecuencia, la pena, deben constar en la ley vigente antes de la comisión de ese delito.

El contenido del principio de legalidad requiere el análisis de una serie de aspectos de no menor trascendencia; el primero, se refiere a la necesidad de previa ley y lleva como consecuencia, la prohibición de retroactividad de la ley, impidiendo de esta manera la arbitrariedad del legislador. Implica, por tanto, la protección del ciudadano de la intervención abusiva del Estado.

Pero, este principio admite excepciones, en los casos de retroactividad de disposiciones favorables, lo cual relativiza sus efectos. En segundo lugar, cabe mencionar la necesidad de la ley escrita, denotando el tenor de este principio y, en tercer lugar, está la necesidad de ley estricta que indica que no es suficiente con que la ley sea previa y escrita, es necesario, además, que se respete su significado esencial.

Esto último tiene que ver con la claridad y taxatividad con que deben determinarse las conductas prohibidas y las sanciones aplicables. Esta taxatividad requerida a la ley penal implica el rechazo por la integración analógica y por la formulación de tipos abiertos, siendo de su esencia la materialización del principio de legalidad a través de tipos penales, entendidos como descripciones estrictas de las conductas que el derecho entiende reprobables.

Y es que, en definitiva, ha quedado claro que, el antiguo Derecho Penal se caracterizó por su crueldad, arbitrariedad y falta de racionalidad. A partir del siglo XVIII y de las reformas impulsadas, entre otros, por el Marqués de Beccaria quien propugnaba principios como el valor educativo de la condena, es que hoy se entiende que "...solo el *"ius puniendi"* estatal puede operar como poderosa instancia pública capaz de resolver el conflicto criminal de forma institucional, pero también de forma previsible, formalizada, igualitaria, racional y eficaz." (Roxin, 1997a)

Por cierto, ha sido Roxin, quien ha señalado desde el año 1966 que, la pregunta acerca del sentido de la pena estatal no se trata en primer término de un problema teórico, ni, por tanto, de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica. Mostrando la existencia de un acuciante debate doctrinal sobre la función de la pena que parece

seguir siendo vista como una cuestión teórica, sin mucha importancia práctica.

Cuando lo cierto es que, la función de la pena, sin lugar a duda, debe estar presente en todo el sistema penal de cada país, de manera tal, que influya en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución, deben tener como punto de partida la función que la sanción penal intenta alcanzar.

En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida, por ende, una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse, aunque se encuentre prevista en la ley. Así, por ejemplo, si la función de la pena es la sola retribución, resultará legítimo castigar a una persona por la comisión de un delito, aunque en el momento de la sentencia este delito se encuentre despenalizado, lo cual desde la lógica de la prevención general resultaría claramente improcedente.

Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que, si se entiende, por ejemplo, que la función de la pena es lograr la resocialización del sancionado, entonces, sería contraproducente considerar legítimas y adecuadas, aquellas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que, precisamente, implica que el sancionado nunca más ha de estar en su hogar, ni en su casa, ni con su familia, ni formando parte de la sociedad, por ende, es una negación a la posibilidad de su reinserción social.

La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial, así, por ejemplo, en una concepción retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no, a la prevención general o, a la resocialización del delincuente.

Pero, acorde a una visión preventivo-general de la pena, el juez se guiará por los fines de intimidación, imponiendo la pena como confirmación de la amenaza penal y dejando de lado, en principio, consideraciones referidas a la culpabilidad del autor, pero si el criterio rector del juez fuese la resocialización del reo, entonces, podría encontrar legitimidad la aplicación de una pena indeterminada que sólo terminaría si es que se cumple la finalidad de una efectiva resocialización del reo.

Análisis todos, que resultan muy claros en virtud de potenciar la necesidad de un sistema penal coherente y armónico de principio a fin. De hecho, el proceso de

imposición de la pena, también implica la fase de ejecución de la misma, esta fase de ejecución tampoco es ajena a la determinación de la función que cumple la pena. Y, muchos aspectos de la ejecución penal dependerán de dicha determinación. Así, por ejemplo, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración sólo podrían explicarse desde la perspectiva resocializadora de la pena (o, para ser más exactos, no desocializadora), ya que el hecho de evitar que el condenado vaya a prisión por poco tiempo se sustentaría en impedir el efecto de una desocialización carcelaria.

Por el contrario, estas medidas alternativas, así como, diversos beneficios penitenciarios como la liberación condicional, la redención de penas por trabajo o incluso, la semi libertad no podrían tener aceptación en una visión retributiva de la pena, pues el condenado tendría que cumplir siempre la pena que se le ha impuesto judicialmente, para que reciba el castigo que le fue impuesto, con el único fin de castigarlo.

Desde esta comprensión de la pena, el delincuente no podría ser exonerado del cumplimiento de pena impuesta sin afectar el valor Justicia. “La función de la pena no puede ser considerada una discusión teórica sin ninguna utilidad práctica. Todo lo contrario: de la respuesta a esta cuestión general depende el tratamiento de muchos problemas específicos del Derecho penal y finalmente, la propia coherencia del sistema punitivo.” (Roxin, 1997b)

La culpabilidad como categoría dogmática imprescindible, en la Teoría de determinación de la pena

En definitiva, en materia de Derecho Penal, se conoce con el nombre de culpabilidad, dos categorías importantes, o, mejor dicho, una categoría importante en dos roles diferentes, el primero, como elemento estructural del concepto del delito, el segundo, como principio límite al poder punitivo del Estado. Hay autores que denotan tres roles, el tercero, sería una serie o conjunto de exigencias de carácter político criminal que fijan límites al poder punitivo del Estado.

Otros autores, consideran que junto a la tipicidad y la antijuricidad, la culpabilidad, también es un elemento reductor de la acción delictiva pues, de hecho, va filtrando especiales requisitos que, de cumplirlos la acción, en criterio nuestro, mejor dicho, la conducta, en efecto, podría ser o no, calificada como delito.

Y, en cuanto a su rol garantista o limite al *ius puniendi*, antiguamente, se dividiría en tres:

...se refiere la primera a la existencia de una vinculación personal en forma de dolo o culpa entre el sujeto y el hecho y la segunda, a la observancia de proporcionalidad

de la pena, la que no puede rebasar en cantidad y calidad a la culpabilidad del sujeto responsable de la comisión del hecho. La tercera exigencia se refiere a que el fundamento de la responsabilidad de la persona solo puede ser un hecho y de ningún modo circunstancias personales del sujeto como podría ser el rechazo social que pudiera originar su modo de vida. (Córdoba, 1977)

Y, al respecto, aun no se aprecia discusión posible, pero, luego de que la Escuela Finalista sacara los elementos que conformaban, a su vez, el elemento subjetivo de la culpabilidad, dígase, dolo y culpa y lo trasladasen a la tipicidad, fue quedando, aparentemente, la culpabilidad, como elemento estructural del delito, muy vacía y sin suficiente contenido, pero, además, el rol de límite al poder punitivo del Estado, por parte de la culpabilidad comienza a depender de diferentes etapas.

Con los términos “culpabilidad por el hecho” se está haciendo referencia a un comportamiento atribuido personalmente a una persona, a un injusto personal en consecuencia, que constituye el presupuesto para la exigencia de responsabilidad por ese hecho a un individuo. (Córdoba, 1977)

Por otra parte, la Escuela Funcionalista de Derecho penal, en sus dos vertientes, aunque desde diferentes ángulos, coincide en atribuir a la culpabilidad, como categoría dogmática del delito, la función de ser el reflejo de la necesidad de la pena, y de la prevención.

Otros autores, convienen que, el rol de la culpabilidad como categoría dogmática del delito:

...está íntimamente vinculada con la teoría retributiva de la pena. En esta visión sobre la pena, sus fines y funciones, la culpabilidad constituye un elemento esencial y dio lugar a un derecho penal que Schünemann desde una perspectiva histórica llama “derecho penal de retribución de la culpabilidad, en el que la función de la pena se halla únicamente en retribuir la culpabilidad que el autor ha cargado sobre sí al realizar el hecho punible, y en restablecer la justicia.” (Bustos y Hormazabal, 1997)

Siendo esta, otra proposición para darle un papel a la culpabilidad dentro de la Teoría del delito. Configurándose un binomio para nada desacertado, en criterio de quien suscribe, entre culpabilidad y pena, solo que, enfocado desde la teoría retributiva de la pena. A esta teoría se une Urruela Mora, (2004) señalando que “...la culpabilidad se basa en la capacidad humana individual de autodeterminación conforme a sentido.”

Y es que, en palabras de Hormazábal:

En el análisis del hecho concreto la intervención del autor no puede quedar reducida a su vinculación personal con el hecho, ni siquiera tan sólo a su imputabilidad ni a su conciencia del injusto ni a la exigibilidad concreta de si le era al momento de actuar otra conducta. Si bien con la constatación del injusto personal se ha establecido todo lo subjetivo referido a la acción de la persona, es necesaria una categoría para el análisis de todo lo subjetivo vinculado con la persona misma. A la constatación del injusto personal, debe seguir un momento para contestar a la pregunta de por qué se ha de hacer responsable por el injusto que ha cometido a la persona que se ha sindicado como autor o partícipe de ella. Éste es, a nuestro juicio, el significado de la culpabilidad en el actual estado de la teoría del delito. Dicho de otra forma, la imposición de una pena exige no sólo la constatación de un injusto, sino también una referencia a la persona concreta que explique por qué se le ha de imponer una pena. (Hormazábal, 2005)

Esto apuntaría a que, la culpabilidad quedaría como categoría dogmática dentro de la Teoría del delito, para reflejar un elemento que alude al partícipe del hecho y sus circunstancias personales, para que, no solo haya que valorar el injusto (tipicidad y antijuricidad, sino, además, a la persona que lo comete, y establecer así, la necesidad de imponerle a esa persona, una pena.

Al respecto, Roxin establece a su parecer las diferencias entre injusto y culpabilidad, así: “La distinción entre injusto y culpabilidad es considerada con razón como una de las perspectivas materiales más importantes que ha logrado elaborar nuestra ciencia del derecho penal en los últimos cien años”. (Roxin, 1997a) Y, en parte, tiene razón Roxin, pero, solo en que admite hechos verdaderos, mas no, profundiza en una verdadera valoración de esos hechos. Y es que, si bien el finalismo deslinda el injusto personal, conformado por la tipicidad y la antijuricidad, y borra el modelo causalista o clásico, en el que el único elemento de carga subjetiva era la culpabilidad y ahora, ese peso subjetivo lo pasa a la tipicidad, resulta que, con el finalismo tanto la tipicidad, como la antijuricidad, como la misma culpabilidad, siguen teniendo enfoques subjetivos.

Por otra parte, es de razonar que, el juicio de culpabilidad que se realiza actualmente, para determinar si una conducta es o no, delito, ni si quiera es relativo a la conducta sino, a la persona procesada por esa conducta, por ende, no va encaminado a determinar si la conducta es delictiva, sino a determinar si la persona que está siendo procesada, es o no culpable, por dicha conducta delictiva.

Enúnciese, por ejemplo, en detracción de la culpabilidad como elemento estructural de delito, o lo que es lo mismo,

como categoría dogmática de la Teoría del Delito, a este autor que plantea de forma radical:

Creemos que esta concepción del delito en que la culpabilidad aparece como un tercer elemento del delito no es ni siquiera coherente con una teoría normativa de la culpabilidad. El juicio de reproche en esta teoría está dirigido al autor que quedó establecido al determinarse el injusto. Se le reprocha no haberse abstenido de realizar el injusto en circunstancias que hubiera podido hacerlo. Es evidente que injusto y culpabilidad constituyen categorías independientes que sólo se vinculan con el juicio de reproche al autor del injusto. La teoría normativa de la culpabilidad da la respuesta que se espera que se dé en la culpabilidad, cierto que en absoluto satisfactoria, pero da su respuesta a la pregunta de por qué se ha de castigar al autor. A esta pregunta la teoría normativa de la culpabilidad responde que se le castigará, porque habiendo podido evitar cometer el injusto, haciendo un mal uso de su libertad, optó por cometerlo. (Hormazábal, 2005)

El parecer de este autor, como en el parecer nuestro, el delito se agota, configura o corporifica con el injusto penal, de hecho, delito es la conducta típica y antijurídica que tiene prevista en ley, una o varias sanciones penales. Y, el elemento culpabilidad estaría excluido de la teoría del delito, pero no, del Derecho Penal, pues la culpabilidad como categoría dogmática ha de estar presente indispensablemente en la teoría de determinación de la pena.

Para Jakobs, pareciera que la culpabilidad no tiene otra función en la teoría del delito que darles cabida sistemática a las causas de inimputabilidad y de exculpación. Y en base a esto, Urruela Mora, (2004) señala que "dado que dotan a la culpabilidad exclusivamente de perfiles preventivos, pese a aceptar que la misma pueda constituir el fundamento de la pena, no estarán consagrando otra cosa que el sometimiento de la sanción estatal (en su modalidad de pena) a criterios político-criminales.

Pero, en el funcionalismo sistémico, Roxin, (1997b) deriva un concepto de culpabilidad a partir del fin preventivo general de la pena. De esta manera, a su juicio:

...la culpabilidad se presentaría como un límite a la potestad estatal de castigar, pues de lo que se trata es de resolver la cuestión de si es necesaria una sanción contra el autor concreto desde puntos de vista jurídico-penales. Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales quiera hacer responsable al autor de su actuación con una pena. Y la pena sólo se puede imponer cuando ello sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden

social pacífico... la culpabilidad del autor es una condición necesaria, pero de ningún modo suficiente para imponer una pena.

Esto, lo soluciona Claus Roxin, introduciendo el concepto de responsabilidad penal, como sustento de la pena devenido de la determinación previa de la culpabilidad.

Bueno, lo cierto es, desde el criterio de quien suscribe que, la culpabilidad, es una categoría dogmática imprescindible y distintiva del Derecho penal, que está mal ubicada como elemento estructural el delito. Su ubicación correcta está en la teoría de determinación de la pena.

La teoría de la determinación judicial (individualización) de la pena, es decir, la determinación del tipo de pena procedente de entre las posibilidades ofrecidas por el legislador en cada tipo penal, su quantum, su duración, el lugar de su cumplimiento, su graduación e intensidad, es una teoría importante a aplicar tanto desde el punto de vista teórico como práctico, en torno a la pena.

Ocurre que, lamentablemente, la Teoría de determinación de la pena no ha tenido un desarrollo dogmático a la par de la Teoría del delito, además de que en el desarrollo de cada cual, no queda claramente establecido el vínculo doctrinal, legal y jurisprudencial entre ellas. Ocurrendo que, casi siempre, la teoría de determinación de la pena la vinculan más a las teorías de la pena. Cuando debería estar desarrollada a la par de la Teoría del delito y vinculada a esta, trata la consecuencia jurídico estatal de aquel.

Se supone que, la determinación de la medida de pena correspondiente a un hecho concreto habría de tener lugar recurriendo directamente a consideraciones de retribución, prevención general o prevención especial relacionadas con el referido hecho. La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales generales). (Silva Sánchez, 2007)

De hecho, puede entenderse que, al individualizar la pena, se estaría dejando establecido un lazo donde intervienen el resultado probatorio en cuanto a la comisión del hecho delictivo, y la participación en él, del procesado (a), así como, las cuestiones circunstanciales y de política criminal que rodeen al caso concreto.

Este ejercicio judicial, precisamente, de la individualización de la pena, es una evidente materialización práctica de la teoría de determinación de la pena y de las teorías de los fines de esta. Sobre esto, Feijó Sánchez, (2011) plantea que:

...la individualización de la pena no deja de ser una concreción de la teoría de los fines de la pena, sosteniendo al tiempo que aquella no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho. Lo uno y lo otro no significa lo mismo.

En este caso, claramente se mezclan, acorde a la propia opinión de Feijó, una parte referente a la teoría de individualización de la pena a partir de la culpabilidad, vista ésta, como un principio que, además de limitar al Derecho penal y su poder punitivo, también lo legitima. Y, por otro lado, se apoya, en cuestiones dogmáticas. Por ende, es claro que el sistema del delito o teoría del delito, estaría entonces, directamente relacionado a la teoría de determinación de la pena, en la cual, se pueden fungir tanto el rol de principio de la culpabilidad, como su rol de categoría dogmática, pero, el de categoría dogmática, ahora, bien ubicada en la teoría de determinación de la pena. Teoría, sobre la que hay mucho que razonar, investigar, ordenar y aportar para que su concepción teórica, sea lo bastante clara y consolidada, como que permita su correcta aplicación práctica.

En esta teoría de determinación de la pena, se impone abordar desde el punto de vista dogmático cuestiones tales como, la teoría del delito con la sistematización del concepto de delito, la teoría de los fines de la pena, la teoría de la individualización de la pena, e, incluso la motivación en cuanto a la determinación o imposición de la pena en cuestión, así como, los elementos de política criminal aplicables al caso concreto.

Varios autores piensan que la teoría de determinación de la pena sería la cuantificación de la Teoría del delito, quienes suscriben, opinan que sería una teoría autónoma e independiente que se materializa en la parte o etapa de consecuencia de la comisión del delito, dentro de la cual, debe valorarse el juicio de culpabilidad de la persona procesada por cuanto, es a él a quien se le impondrá o no, finalmente, la pena como consecuencia jurídico penal por el cometimiento de delitos y, manifestación del poder punitivo del Estado. Estando íntimamente relacionadas, la Teoría del delito y la Teoría de determinación de la pena.

## CONCLUSIONES

La Teoría del delito es un sistema de conceptualización del delito que, a pesar de llevar siglos de evolución, ha cambiado mucho y aun no se presenta definitivamente configurada, pues, a través de las diferentes Escuelas penales o corrientes de pensamiento, han ido variando tanto sus elementos, como su posición dentro del sistema, como su contenido.

El elemento culpabilidad es uno de los elementos que más cambios ha sufrido durante la evolución de la Teoría del delito y la vacuidad que padece de forma aparente, no es tal vacuidad, sino, una mala ubicación dentro de la dogmática penal.

La culpabilidad, es un elemento imprescindible como categoría dogmática dentro de la teoría de determinación de la pena, donde, además, cumple el rol de principio límite al poder punitivo del Estado y de sustento y justificación de la pena, sea que fuere con fines preventivos o retributivos su imposición.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Armenta Gámez, Y.E., Amézquita García, L.S., Atara Cabarcas, L.A., Figueroa Villadiego, I.D., Miranda Gutiérrez, D.L., Pitre Pinto, I.D. de J. y Martínez Navarro, E. (2020), Manifestación de la culpabilidad en la homeostasis sociocultural. *Derecho Penal y Criminología*. 40, 108 (sep. 2020), 89–112. DOI:<https://doi.org/10.18601/01210483.v40n108.04>.
- Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán, (1997), *Lecciones de Derecho Penal*, t. I, Editorial Trotta S. A. Madrid.
- Cigüela Sola, Javier, (2019), Injusticia social y derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, pp. 389-411, <https://doxa.ua.es/article/view/2019-n42-injusticia-social-y-derecho-penal-sobre-la-ilegitimidad-politica-del-castigo>
- Córdoba Roda, J. (1977), *Culpabilidad y Pena*, J.M. Bosch Editor, España.
- Feijoo Sánchez, B. (2011). Derecho Penal y Neurociencias ¿Una relación tormentosa? *Revista para el Análisis del Derecho*. 1(2007) [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/403\\_es\\_1.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/403_es_1.pdf)
- Frías, Jorge, (1993) *Teoría del delito*. Buenos Aires, Hammurabi.
- Hernández, T. (2019), Dogmática penal y neurociencias, *Estudios de Derecho*, 76 (168), <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/339051/20794483>
- Hormazábal, H. (2005), UNA NECESARIA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD, *Rev. Derecho* (Valdivia) v.18 n.2 Valdivia dic. En [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000200008](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200008)
- Jakobs, Günther, (1997), *Sociedad, norma y persona: Una Teoría de un Derecho Penal funcional*, Marcial Pons, Madrid.

- López, Yudith. (2015) *La prueba y su tratamiento actual dentro del proceso penal latinoamericano*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito.
- López Soria, Y. (2020), *La teoría del delito: revisión crítica del elemento culpabilidad* [en línea]. Tesis Doctoral. Pontificia Universidad Católica Argentina, Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11122>
- López Soria, Y. (2021). Los juicios de Núremberg. Análisis de su enfoque a la culpabilidad. *Universidad Y Sociedad*, 13(2), 517-527. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1993>
- Muñoz, Francisco, (2001), "El principio de culpabilidad", en *Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela.
- Roxin, Claus, (1997a), *Política Criminal y Estructura del Delito*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU.
- Roxin, Claus, (1997b), *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid.
- Silva Sánchez, J. (2007), *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*, Barcelona [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/426\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/426_es.pdf)
- Urruela Mora, A., (2004), *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*. Comares, Granada.