

Contribución al estudio de la culpabilidad como concepto jurídico

CARLOS A. AROCHA MORTON

Al ilustre maestro mexicano don
Juan José González Bustamante

Sacrificium intellectus propter amorem

SUMARIO: Preámbulo.—Necesidad de un método, y de la pureza del mismo.—La culpabilidad según las tesis psicologista y normativa.—La doctrina tradicional de la culpabilidad es una doctrina romántica.—La teoría pura del derecho.—La culpabilidad sentimental, ética y religiosa.—Exigencia de la ciencia del derecho de un concepto jurídico de la culpabilidad.—Tendencias immanentes de la política del orden jurídico.—El más simple desarrollo del sentido común anula toda argumentación jusnaturalista.—Problema del libre albedrío: una logomaquia. El delito constituye una categoría legal.—Hasta los sociólogos así lo reconocen. La relación de causa a efecto, el nexo psíquico y la relación de causalidad.—Terminología vulgar y terminología científica.—La brujería y la sentencia de Juana de Arco.—Desgracia y culpa, pecado y castigo, causa y efecto; imputación en sentido kelseniano.—Epílogo.

I

Distínguense las obras culturales por su fabricación humana. El sentido de la labor del hombre cobra singularidad por su tenaz combate a lo enigmático, a la apariencia que recubre las causas y efectos reales, el engaño nocivo y la tramboya incierta y desconcertante.

Durante la segunda mitad del siglo diecinueve y la primera del veinte, tres vigorosos pensadores robustecen el esfuerzo de la humanidad por librarse de la apariencia. Marx, Freud y Kelsen—cualquiera que sea el reproche que esencial o circunstancialmente nos merezcan—ayudan a destruir de los objetos culturales el resabio de disfraz, la mentira incrustada y anacrónica, la falacia santificada, sistematizada y tal vez no del todo impremeditada.

En ese lapso ocurre en el campo del derecho, en el de las relaciones sexuales, y en el de los intercambios económicos, todos ellos "objetos" típicamente sociales, una transformación irreversible.

Estas líneas dedicadas al culto público técnico del derecho, son una aplicación de la idea general que venimos relacionando. El autor—partidario de la

teoría pura del derecho—tenta probar su validez y fecundidad al aplicar, de modo esquemático, el método de Hans Kelsen a la esfera de la culpabilidad jurídico-penal (1).

II

La homogeneidad de las normas jurídicas—clave de su distinción respecto de otros grupos normativos—pregona la equiparación esencial del ilícito civil, el penal, el mercantil, etc. Por consiguiente, para hablar de la culpabilidad desde el punto de vista jurídico, entiéndase bien que nos referimos a una concepción típicamente jurídica, no a una pretendida “culpabilidad” específicamente penal, porque es esta última en tanto es aquélla, y no lo contrario.

Si alejamos de nosotros los conceptos sociológicos, históricos, naturalistas, religiosos, etc., etc., que se han difundido y propalado para explicar el delito, y cuya inutilidad e impotencia se ha puesto repetidamente de manifiesto, y nos atenemos al instrumental jurídico para explicar un concepto también jurídico, veremos que el delito no es sino el ilícito penal contingente y relativo que estructuralmente no tiene una diferencia esencial con cualquier otro: el civil, el fiscal, o el resto de consecuencias condicionadas por hechos condicionantes copulados mediante la norma jurídica, cuando ocurre el acontecimiento descrito en aquéllos.

La copiosa recolección llevada a cabo por el penalista Asúa incluye el pensamiento tradicional en materia penal: la culpabilidad como elemento del delito es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. Claramente aparece aquí una relación que pertenece con más propiedad al mundo psicológico que al jurídico; por una simple observación se advierte la frustración del intento de explicar un concepto jurídico con elementos entresacados de la psicología o la multitud de ciencias que desbordan el campo del derecho, aunque éste y aquéllas vengan a auxiliarse recíprocamente.

III

El origen psicológico del sentimiento por el cual los hombres consideran a otro hombre culpable aparece en toda literatura, y los griegos, creadores de todo arte y de toda belleza, inventaron el teatro, que como espejo refleja la vida duplicándola. El gran Esquilo, en cuyas voces parecen vibrar todavía sus inmortales piezas escuchadas hace más de dos mil años, nos da la clave de la culpabilidad en su *Prometeo*: “... Zeus, que estableció para el hombre el camino de la inteligencia, que decidió que fuese una ley usual EL APRENDER POR EL SUFRIMIENTO...” (en el que debe verse la base de las modernas tendencias de la penología), castigó a Prometeo, quien “... hurtó tu atributo, el fulgurante fuego, universal artífice, y lo entregó a los mortales, RAZÓN ES QUE DE TAL CULPA SA-

(1) Tal importancia da al problema de la culpabilidad el moderno Derecho penal que L. Jiménez de Asúa consigna en el tomo V de su tratado de Derecho penal (*Ibídem*). Ed. Lozada, S. A., Buenos Aires, 1956, págs. 13 a 19), una bibliografía específica de la culpabilidad que incluye a 296 autores en español, alemán, portugués, italiano, francés e inglés, con tantas o más obras, Mefistófeles comentaba: “sobran palabras cuando faltan ideas”.

TISFAGA A LOS DIOS, porque así aprenda a llevar de buen grado la dominación de Zeus, y a dejarse de aficiones filantrópicas" (ESQUILO: *Obras Completas*, página 48, "Clásicos Inolvidables"), de manera que hace hablar a Hefesto con singular claridad.

Simplemente: Esquilo comprende y ejemplifica un caso de lo que hoy llamaríamos culpabilidad, y Nietzsche así lo ha denunciado, con la valentía que le es habitual:

"La desgracia y la culpa—dice Nietzsche—han sido puestas por el cristianismo en una misma balanza, de suerte que, cuando la desgracia que sigue a una falta es grande, la magnitud de la falta se mide, involuntariamente, por dicha desgracia. Pero ésta no es una evaluación "antigua", porque la tragedia griega, tan abundante en problemas de desgracia y de culpa, aunque en otro sentido, forma parte de las grandes liberadoras del espíritu, en una medida que los mismos antiguos no podían comprender. Estos habían permanecido bastante descuidados para no fijar la "relación adecuada" entre la culpa y la desgracia. La falta de sus héroes trágicos es, a decir verdad, la piedra que les hace tropezar y romperse un brazo o una pierna; y el sentimiento antiguo no dejaba de decirles: "Ciertamente, habría debido seguir su camino con más precaución y menos orgullo." Pero al cristianismo le fué reservado decir: "Hay aquí una gran desgracia, y detrás de esta gran desgracia "es necesario" que se oculte una gran falta, aunque no sepamos verla. Si no sientes esto, desgraciado, es que tu corazón está endurecido, ¡y aún te sucederán cosas peores!" (FEDERICO NIETZSCHE: *Obras Completas*, tomo V, pág. 84, Edición Aguilar). Y en efecto, Prometeo oye decir al coro: "... sin que Zeus te culpe..." (pág. 48, *ibíd.*), y dice después: "... ¡Cuán sin justicia padezco!..." (pág. 72, *ibíd.*).

IV

La tesis tradicional sobre la culpabilidad ha dividido a los penalistas en dos sectores: psicologistas y normativistas. A pesar de que muchos hacen subdivisiones y reclasificaciones, o críticas aisladas, quedan la mayoría agrupados así.

No falta quien observe semejanzas entre las dos escuelas (DÍAZ PALOS: *La culpabilidad*, pág. 16 y ss.), ni quien las crea irreductibles; pero de los autores que se han consultado no conocemos a nadie que proponga una fórmula homogénea y unitaria, pues cuando algo semejante acontece, lejos de formularse la hipótesis superadora, se describe la mezcla imposible.

La psicológica es la más lamentable. Pero sus errores son tan graves como la normativa. Veamos por qué. Para que la culpabilidad se explique, ambas exigen la existencia del dolo o la culpa. La psicológica cree ver una relación entre el sujeto y el resultado [relación de tipo psicológico (!)]; la segunda observa un juicio de reprobación [axiológico (!)]; esto es, una estimación valorativa del proceso psíquico de motivación.

En su obra *La culpabilidad en el Código Penal* (página 3. Depalma, 1946), Núñez observa con razón que a pesar de que nos movemos dentro del campo de una ciencia social, del espíritu, normativa, tradicionalmente la culpabilidad

ha sido concebida como un hecho de naturaleza PURAMENTE PSICOLÓGICA (!). Cosa que, sin mucho profundizar, se desprende del párrafo anterior.

Pero si Asúa y Núñez, entre otros, ven en la teoría psicológica deficiencias, y las corrigen con la introducción del “reproche” o juicio valorativo, y la conducta psíquica (!) comportada, examinado el asunto desde el campo estrictamente jurídico que hemos adoptado, lejos de solucionar el problema lo agudizan, puesto que siguen remitiéndonos a conceptos metajurídicos, y no se aprecia la “juridización” del concepto manejado por el derecho.

Véase cómo las doctrinas clásicas de la culpabilidad no son sino una y la misma cosa, idéntica envoltura con etiqueta distinta. Basta analizar lo que ellas denominan “aspectos negativos” de la culpabilidad. La inculpabilidad para los psicólogos tendrá lugar cuando se suprima o no exista el “hecho” o la “relación” psicológica que ha producido y contribuido a la conducta culposa o dolosa; en cambio, los normativistas informan que la inculpabilidad se presentará cuando existiendo aquel hecho o relación psicológicos, no pueda reprochársele al sujeto, por los motivos que concurrieron.

V

El jurista queda naturalmente insatisfecho con las explicaciones de las escuelas tradicionales, porque con razón objetará que su especialidad no son las materias propias de las ciencias médicas y psicoanalíticas y las exigencias prácticas de sus procesos y la aplicación cotidiana de las normas legales impiden remontarse a las regiones nebulosas del “superego” y los “juicios humanistas morales”. Y naturalmente, tampoco le sorprenderá después leer a quienes sin más declaren que “... no puede pensarse en construir un concepto de culpabilidad penal, de espaldas a la culpabilidad general. La culpabilidad moral será el género; la jurídica, su especie...” (DÍAZ PALOS: *La culpabilidad*, pág. 12).

Subtrayéndonos del campo de la culpabilidad jurídico-moral a que nos llevó el hispano Díaz Palos, renunciando también al cómodo lenguaje popular—expresión asimismo de una conciencia popular—y reintegrándonos a nuestra menos holgada aunque obligada esfera de estudio, la ciencia del derecho, hagamos una breve transcripción que fortalezca nuestra retirada de los mundos emocionales, sentimentales, volitivos, sub-in-meta, consciente, etc., y la haremos aunque con ella debamos acusarnos de haber ido a consultar al psicólogo austriaco ERICH FROMM (*Ética y psicoanálisis*, Breviarios, FCE), para que entendiéramos—según las doctrinas que privan hoy día—la culpabilidad legal. (Nuestro fracaso nos lleva a no sugerir al señor Fromm que acuda a un juriconsulto para resolver problemas de histeria sumergida.) Dice el profesor Fromm: “El temor a la censura, aunque menos dramático que el temor irracional a la muerte y a la vejez, es una expresión no menos significativa del sentimiento de culpabilidad inconsciente. También aquí encontramos la distorsión irracional de una actitud normal: El hombre quiere naturalmente ser aceptado por sus semejantes; pero el hombre moderno quiere ser aceptado por todos, y por esta razón tiene el temor de diferir en su pensar, sentir y actuar del patrón cultural. Una razón, entre otras, de su temor irracional a la censura es un sentimiento de culpa inconsciente. Si el hombre no puede aprobarse a sí mismo, porque ha fracasado en la tarea de

vivir productivamente, debe sustituir la propia aprobación por la aprobación de otros. Este vehemente deseo de ser aprobado puede ser comprendido en toda su magnitud, solamente si lo reconocemos como un problema moral... Los sentimientos de culpabilidad se experimentan a menudo conscientemente en relación a la conciencia autoritaria, aunque dinámicamente se encuentran arraigados en la conciencia humanista. Una persona puede sentirse conscientemente culpable de no complacer a las autoridades, mientras que inconscientemente se siente culpable de no haber vivido de acuerdo con sus desos..., de acuerdo con ellos (los patrones de nuestra cultura), es sensato el sentirse culpable por haber decepcionado a nuestro padre, pero es absurdo sentirse culpable por descuidarse uno mismo..." (Obra citada, págs. 166 a 168). Esta ejemplificación nos parece suficiente para que el lector avocado a estudios del derecho experimente la impresión de hallarse en otra región del mundo científico, y comprenda por qué el problema de la culpabilidad no puede abandonarlo, en tanto jurista, a los especialistas en problemas de la psique, de la conciencia, de los sentimientos y de la moral, sino entenderlo como una cuestión que, incorporada al derecho por las normas jurídicas válidas, ha sido automáticamente transformado en problema jurídico, para ser resuelto por la ciencia del derecho. *Quizá el equívoco obedece al hábito de ver todo sufrimiento como el castigo de una falta.* En sus *Añales* (XV-44), Tácito usa esta expresión, para narrar cómo Nerón acabó con los rumores de que había sido el incendio de Roma producido por su mandato: "... Luego, para acabar con el rumor, culpó y aplicó refinadísimos tormentos a los que el vulgo llamaba cristianos, odiosos por sus maldades... Y así, aunque culpables ellos y merecedores de nunca vistos tormentos, atrajerón la compasión."

VI

Para Edmundo Mezger la culpabilidad "es el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".

Obsérvese cómo la anterior definición ya elude la crítica que formulábamos, y que la doctrina alemana, desde la época de la doctrina del delito-tipo, distinguía con Beling: "... la culpabilidad jurídica—dice el antiguo profesor de Munich—es independiente de que la acción sea culpable o meritoria en sentido religioso o ético; y en particular no es excluida por el hecho de que el actor se sienta, desde el punto de vista de la conciencia, obligado a realizar su acción..." (ERNEST BELING: *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*, página 30). Y es que Beling había distinguido, como dice él mismo, las bases del concepto de culpabilidad como "los imperativos del ORDEN JURÍDICO, según los cuales las normas valorativas contenidas en éste deben ser conductoras para las resoluciones humanas".

Esto significa un adelanto en el camino de la juridización de los conceptos que al derecho le son propios (2).

(2) EDMUNDO MEZGER: *Tratado de Derecho penal* (trad. de la 2.^a Ed. alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo II, pág. 1, Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1949), dice además:

VII

La culpabilidad como sentimiento tiene una importancia casi mística y religiosa debido a que, congénito o adquirido, lo posee la especie humana, que además añade a tal emoción la idea de que estamos en la tierra en razón de ser culpables o de haberlo sido y vivir para expiar alguna culpa. Ya vimos a Prometeo, basta recordar a Adán y Eva, o el Papoŷ Vuh, o cualquier otra explicación de orden religioso. Nuestra cultura cristiana se finca en su símbolo, que es inmejorable expresión de nuestra condición y destino: Jesucristo crucificado, inmolado para redimirnos, para sufrir por nuestros pecados y lavar nuestras culpas (3).

El extraordinario Dostojevski, en cuya obra se trasluce su íntima preocupación ético-religiosa, lo comprende claramente y dice: "... si se quiere acabar con lo que generalmente se llama delito y con la culpa del hombre, debe emprezarse con hacer esto mismo (eximir de culpa al anormal) con la anormalidad de la sociedad y de la social estructura. Pero como el arreglo del presente régimen de cosas sería difícilísimo e incierto y casi imposible, no habiendo tampoco medios de lograrlo, hay que destruir todo el edificio histórico de la sociedad y barrer con la escoba todo el viejo régimen... Se acuerda al futuro hormiguero, anegando entre tanto la tierra en sangre. El mundo del occidente europeo no conoce más soluciones a la culpa y al delito del hombre" (*Obras Completas*, t. II, página 2017).

"¿Es posible erigirse en juez de sus semejantes? De la perseverancia de la fe hasta el final. Recuerda especialmente que no puedes ser juez de los demás.

"La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente. (Nota de pie de página. "También las relaciones personales del agente pueden determinar la tipicidad (antijuricidad), como ocurre en los delitos especiales. En cambio las partes integrantes de la culpabilidad que revisten carácter objetivo se refieren constantemente también a la persona que actúa." Y más adelante dice en la pág. 45: "El juicio de culpabilidad y su desaprobación jurídica se refieren, en el caso concreto, al acto de voluntad del autor (las llamadas partes integrantes psicológicas de la culpabilidad) a los motivos del autor (las llamadas partes integrantes motivadoras de la culpabilidad) y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor (las llamadas partes integrantes caracteológicas de la culpabilidad)". (pág. 9): "La culpabilidad jurídico penal no es culpabilidad en sentido ético, sino jurídico; por tal causa es independiente de la controversia en torno de la libertad de querer". (pág. 89): "Actúa dolosa o culposamente el que se encuentra en tales referencias anímicas con su acción, que ésta aparece como expresión jurídicamente desaprobada de su personalidad". (pág. 91): "Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado." (pág. 171): "Actúa culposamente el que infringe un deber que personalmente le incumbe y puede prevenir la aparición del resultado".

(3) Por tal razón SCHOPENHAUER (*El mundo como voluntad y representación*, pág. 956), dice del "mito de la caída del hombre (aunque esté tomado, al parecer, lo mismo que todo el judaísmo, del Zend Avosta: Bun Debesch, 15) es, a mi parecer, el único pasaje del Antiguo Testamento en que se descubre una verdad metafísica, aunque alegórica, y es lo único que se reconcilia con este libro. En efecto: nuestra existencia no puede compararse con nada mejor que con la consecuencia de una falta, de un apetito culpable", cuando habla extensamente del error de quienes suponen que éste es "el mejor de los mundos posibles".

Porque no puede haber en la tierra juez para el delincuente, hasta que ese mismo juez no comprenda que él es también un delincuente como el que tiene delante y que pudiera ser que fuese más culpable de ese crimen que todos. Cuando hubiere comprendido eso, entonces podrá hacer de juez. Por absurdo que parezca, ésta es la verdad. Porque si fuere yo justo, puede que no tuviese ahora ningún criminal ante mí. Si puedes tomar sobre ti el crimen del reo que tienes delante y que has de juzgar con tu corazón, carga con él en seguida y sufre por él tú mismo y a él déjale ir sin un reproche. Y aunque la ley misma te hubiese erigido en su juez, en cuanto te fuese posible, procede también entonces con arreglo a ese espíritu, pues saldrá condenándose más amargamente de lo que pudieras hacerlo tú. Aunque se alejara... Si la maldad del prójimo te induce a enfado y dolor insufribles, hasta desear vengarte de su maldad..., en seguida ve e imponte penitencia, cual si fueres el culpable de las maldades de los hombres. Acepta esa penitencia y aguántala, y se apaciguará tu corazón y entenderás que también tú eres culpable, porque podrías haber aparecido a los malvados como el único sin pecado y no lo hiciste..." (DOSTOJEVSKI: *Los hermanos Karamazov*, parte III, libro VII, cap. I, *Obras Completas*, pág. 1063). Entendida desde el punto de vista de la teoría pura del derecho..., devuelve las cosas a sus originales proporciones, evitando las mixturas ideológicas, la creación de la mala conciencia, y reintegra a la moral su vigencia al situar sus juicios sobre, o al margen de los jurídicos, pero no confundidos con ellos.

La culpabilidad, despojada de los elementos iusnaturalistas, pone de relieve la distinción entre resultar autor de un crimen, y resultar autor de un hecho, y ser culpable de un delito... No es lo mismo haber hecho algo—para lo que casi siempre tenemos a la mano una DISCULPA—que ser culpable de algo.

Suele confundirse con la culpabilidad la sancionabilidad.

Suele confundirse con la culpabilidad la represalia derivada de una política jurídica determinada.

Suele confundirse con la culpabilidad muy frecuentemente la imputabilidad.

Suele confundirse con la culpabilidad el castigo a determinada exigencia o deber que excede la mejor diligencia y cuidado.

Suele confundirse con la culpabilidad la falta moral, todo porque en la culpabilidad, mejor que en ningún otro campo, la política jurídica ha querido plasmar en las leyes vigentes los renglones reprobables de la moral e ideología imperantes, a fin de robustecer la convicción de obligatoriedad de sus leyes, de manera que el culpable jurídicamente aparezca también moralmente reprochable.

Los limitados jamás entenderán cómo es posible ser, por ejemplo, moralmente culpable, sin ser jurídicamente culpable, del mismo modo que es un hábito juzgar como culpable moralmente a aquel que viola una norma religiosa, y pocos habrá que consideren inculpable moralmente a aquel que sea sancionado por las leyes.

VIII

¿De dónde ha surgido el concepto de que, ya por vivir, el hombre es culpable? ¡Gran imbecilidad inculcarle al niño que descubre apenas que vive que uno de sus abuelos, llamado Adán fué culpable, mereció ser castigado, y él

tiene también que pagar! Nada ha hecho, y ya es pecador, delincuente, malo. ¡Hasta un niño suele pensarlo, fueron mis papás, no yo. Y acusa a la vejez y la decadencia de los afanes de dominio crear la mala conciencia, y su séquito de desgracias. Pero los perdona cuando el hombre ha madurado y se siente aún culpable.

IX

James Goldschmidt: *La concepción normativa de la culpabilidad*, da otra definición: "La culpabilidad es la reprochabilidad de una conducta antijurídica, según libertad, fin y significado conocido o cognoscible". (página 5.)

Debe descartarse como posible el que la ley, y más precisamente, la voluntad objetiva de la ley, opere como un "juzgador" o "enjuiciador", consciente y dotado de alguna voluntad y una capacidad de conocer y apreciar en algún punto semejante a la de un ser humano.

El "bizantinismo" jurídico, la pedantesca retórica, el "ajedrez de los conceptos negativos", la metafísica y la discusión de asuntos ajenos al campo jurídico, sobre todo, *Entender claramente que tal concepción normativa de la culpabilidad es simplemente el arribo lógico a la teoría pura del derecho, y que la voluntad como concepto jurídico reemplaza a la voluntad como concepto psicológico y no debe hablarse de... en vez de aquélla.*

La definición de arriba es la descripción *del enlace de una determinada consecuencia de derecho a un determinado autor de un determinado hecho que se considera generador de aquélla. ¿Imputación? ¿Sancionabilidad? ¿Obligatoriedad?... ¡Valiente novedad: la culpabilidad es la atribución de las consecuencias jurídicas, toda vez que, excepcionalmente, la ley por X razón no quiere atribuir esas lógicas consecuencias jurídicas, mal llamada "causas de inculpabilidad", y aquí lo genial: donde no hay inculpabilidad, hay culpabilidad!*

Véase como a pesar de criticar al psicologismo Goldschmidt no lo supera.

X

El concepto de la culpa de los juristas ha sido tomado de los moralistas. Cosa explicable si se ha comprendido la tendencia immanente del orden jurídico asistido de una política que tienda a hacerlo aparecer inspirado por la moral mayoritariamente aceptada. Por eso, los juristas han aceptado que la culpa "sea una decisión libre, y, por lo mismo, imputable contraria a la ley moral y al valor ético", como dice el jesuita Brugger (*Diccionario Filosófico*, Herder, 1953, Barcelona, pág. 85), quien no vacila en aceptar la proposición elegante de Nietzsche (ibíd): "el sentimiento de la culpa no es, empero, ningún deshonor ni ninguna degeneración, sino la expresión de la inviolable dignidad de la propia persona y de una conciencia fina y elevada".

Hasta Fernández Doblado (página 33, Culpabilidad y Error-Tesis Profesional) ve en la crítica de Von Hippel un "absurdo". "Si la culpabilidad de un hombre no puede estar en la cabeza de otros... ya Asúa ha dicho que no cabe lo psicológico puro en el derecho", dice Fernández Doblado, al criticar la frase de Hippel: "no se comprende cómo la culpabilidad de un hombre puede estar

en la cabeza de otros", adhiriéndose a la opinión de Mezger, quien, según vimos, representa un impulso vigoroso hacia la concepción jurídica de la culpabilidad (4).

Algunos autores, para soslayar una discusión enfermiza, afirman que el hombre es libertad; Reyes Nevares, aceptando la tesis de Recasens Siches, dice: "... se trata de afirmar, sin más perifrasis, que el hombre es libertad..." (página 331, *Proyecciones del existencialismo sobre derecho*. Anales de Jurisprudencia, T. LXVI).

El señor Manuel López-Rey y Arrojo, en un artículo que publicó en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia (tomo X, págs. 101-142, México, julio a diciembre de 1948), sobre el Derecho penal en las relaciones de victoria, nos confirma nuestro juicio y revela hasta qué grado las "modernas" concepciones sobre la culpabilidad en sentido jurídico no pasan de ser una mala reelaboración de tesis antaño elaborada. Quéjase el señor López-Rey, sin embargo, de que no existía a la sazón una teoría general de la culpabilidad. "En orden a este aspecto (la culpabilidad) de la estructura del delito existen en Vitoria algunas referencias interesantes que permiten construir, aunque ilimitadamente, diversas facetas de esa culpabilidad respecto a la cual ni existía, desde luego, teoría general alguna, y menos un intento de construcción sistemática".

Sin embargo, al hablar del libre albedrío en el insigne maestro de Salamanca, dice que hace una serie de importantes consideraciones en torno a este concepto "que más tarde ha de fundamentar el Derecho Penal Clásico... y no sería aventurado afirmar que entonces es cuando se verifica la penetración libero arbitrista en lo jurídico, proceso que necesitó una lenta elaboración... lo que importa, según Vitoria, y el *distingo* es de sumo interés, no es que el acto haya sido querido, sino conocido o entendido, con lo que se aleja de una concepción voluntarista... la falta de razón es una incapacidad del conocer más que del

(4) Para probar la juridicidad del concepto: "Culpa in casibus fortuitis non presumitur nisi probetur ex casu fortuito quis tenetur si preaccessit culpa, pactum vel mora—al caso fortuito nadie está obligado, sino por culpa, pacto o tardanza—contractus quidam dolum malum dumtaxat, recipiunt quidam et dolum et culpam. Dolum tantum, depositum et precarium; dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta. In his quidam et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quidem nominatim convenit, vel minus, in singulis contractibus. Nam hoc servabitur, quod initio convenit. Legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum, a nullo praestantur."

En algunos contratos sólo se presta el dolo malo; en otros el dolo y la culpa. Se presta solamente el dolo en el depósito y precario; el dolo y la culpa, en el mandato comodato, venta, prenda, locación; así como también en la dote, tutela y gestión de negocios, en los cuales se responde también de la diligencia. En la sociedad y gestión de negocios se presta el dolo y la culpa. Y esto se entiende cuando no se haya pactado expresamente en el contrato que se prestará más o menos, pues en este caso debe observarse lo que se haya convenido, por la razón de que la voluntad forma la ley del contrato, exceptuándose, según enseña Celso, el caso de que se haya pactado no prestar el dolo, porque esto sería contrario a la buena fe, y así se observa. Pero la muerte de los animales acaecida sin culpa, la fuga de los siervos a quienes no se acostumbra custodiar, los robos, los tumultos, los incendios, las avenidas de las aguas y el acometimiento de malhechores, por nadie se prestan.

querer..." Claro, constituyente una imposibilidad del libre albedrío y cercanido la tesis psicologista.

El problema del libre albedrío es un falso problema. Si hay una voluntad, tiene que ser libre. Si no es libre no hay tal voluntad. La polémica libre albedrista es estéril, caduca, confusa y añeja. La voluntad predica a fortiori un principio independiente de decisión.

La vieja logomaquia encierra el error de suponer que debe discutirse si el acto de querer es libre o no... Si no hay una voluntad libre para desear, necesariamente será motivado constrictivamente, y entonces no será libre.

Por eso, la otra anacrónica disputa entre deterministas e indeterministas va en la libertad otra cosa: el motivo de la decisión de querer se ofrece de tal manera que no puede ser otro, de modo que no hay alternativas, a pesar de que ilusoriamente parezca al revés. Todo este enmarañado problema no tiene nada de magia o insoluble misterio. Pues basta pensar que no porque algo determine a la conducta ésta carece de libertad. Por el contrario, siendo la conducta completamente indeterminada el caos supliría la libertad, y ésta no existiría.

Federico Nietzsche se remonta al origen para explicar la teoría del libre albedrío, y escribe: "Sobre unos la "necesidad" pesa bajo la forma de sus pasiones sobre otros, el hábito es escuchar y obedecer; sobre un tercero, la conciencia lógica, sobre el cuarto, el capricho y el placer fantástico de saltar las páginas. Pero todos ellos buscan precisamente el "libre" albedrío allí precisamente donde están más encadenados es como si el gusano de seda hiciese consistir su libre arbitrio en hilar. ¿De dónde procede todo esto? Evidentemente, que cada uno se tiene por libre principalmente allí donde su sentimiento de vivir es más fuerte, por tanto, como ya he dicho, unas veces en la pasión, otras en el deber, otras en la investigación científica, otras en la fantasía. Aquello que hace fuerte al individuo, aquello que anima su vida es tomado por él involuntariamente como el elemento de su libertad; aúna la independencia y la torpeza, la independencia y el sentimiento de vivir como parejas inseparables. En este caso una experiencia que el hombre hace sobre el terreno político y social es transportada indebidamente al campo de la metafísica trascendental; allí, el hombre fuerte es también el hombre libre; allí, el sentimiento vivaz de alegría y de sufrimiento, la elevación de las esperanzas, la audacia de los deseos, la potencia del odio son patrimonio del soberano y del independiente, mientras que el súbdito, el esclavo, vive oprimido y estúpido. La teoría del libre arbitrio es una invención de las clases "dirigentes". (Obras completas de Federico Nietzsche, tomo IV, págs. 169-170, Ediciones Aguilar.)

XI

San Lucas narra que Pilato "dijo a los príncipes de los sacerdotes y a las gentes: ninguna culpa hallo en este hombre" (23.4), y que más tarde, convocando al pueblo y los magistrados y los príncipes les dijo: "Me habéis presentado a este hombre que desvía al pueblo, y he aquí, preguntando yo delante de vosotros, no he hallado culpa alguna en este hombre de aquéllas de que le acusáis" (23.14) y el propio evangelista añade: "Y él les dijo la tercera vez: "Pues qué mal ha hecho éste? Ninguna culpa de muerte he hallado en él: le

castigaré, pues, y le soltaré." (23,22). Los mismos hechos, en palabras de San Juan, "Entonces Pilato salió otra vez fuera, y díjoles: he aquí, os lo traigo fuera, para que entendáis que ningún crimen hallo en él." (19.4).

XII

Y es que, para decirlo con las mismas palabras que McIver, "el delincuente puede ser un maníaco o un genio, un hombre vil o un patriota, un hombre sin escrúpulo o que pone sus escrúpulos fuera de la Ley, un explotador inicuo o un hombre en una situación desesperada". (McIver-Causación Social, Fondo de Cultura Económica, Méx. Pág. 78.)

Todo investigador sabe que Goethe dijo algo obvio al afirmar que en la ciencia es preciso tratar a los objetos de que se ocupa de acuerdo con su naturaleza, y que cuando un fenómeno social se define por las normas jurídicas, no puede uno imaginar que sea posible referirlo a causas o conceptos ubicados fuera del sistema de normas jurídicas.

Los sociólogos, por ejemplo MacIver (Causación Social, FCE, pág. 78), no dejan de tener presente la importancia de la pureza metódica: "Es inútil —afirma rotundamente— buscar las causas del delito en cuanto tal, del delito en todas partes y en todo tiempo. El delito constituye una categoría legal. Lo único que tienen en común todos los delitos es que todos, son violaciones de la Ley. En este sentido la única causa del delito es la Ley misma. Lo que en un país es delito no lo es en otro, lo que es un delito en una época no lo es en otra. La ley es siempre cambiante, añade nuevos delitos a sus catálogos y suprime otros. Y, como sucede muy frecuentemente en tiempos de crisis o revolución, puede llegar a señalar como los más odiosos crímenes ciertas formas de conducta que con anterioridad eran consideradas muy honorables. Por tanto, el delito varía con la Ley, las condiciones que lo provocan son igualmente variables. Además, las condiciones sociales que aumentan la frecuencia de algunas categorías de delito pueden disminuir la frecuencia de otras. Por tanto, el delito es esencialmente relativo. No posee una propiedad o una cualidad intrínseca, inherente al delito de todas las categorías, en todas las condiciones."

Es preciso señalar dos argumentos a favor de la teoría pura. Recordemos previamente lo que ésta dice sobre el asunto que hemos venido tratando: "La consecuencia jurídica y el supuesto factico del Derecho —anota su autor en la Teoría general del Estado— no están unidos necesariamente más que dentro del mismo sistema jurídico... en el reino de la naturaleza no hay "robos", ni "negocios" jurídicos, ni "castigos"... El acto coactivo se da en la experiencia en una de estas dos formas, o como pena o como ejecución... En la "pena" —considerada como pena de muerte o como pena contra la libertad— trátase de la privación coactiva de la vida o la libertad; en la "ejecución", de la privación coactiva de valores patrimoniales... En principio, los hechos mutuamente enlazados por la norma jurídica representan una conducta humana... pero el hecho condicionante puede ser un mero suceso. Así, por ejemplo, algunas legislaciones determinaban que en el caso de una larga sequía debía matarse a un hombre... (Kelsen, *Teoría General del Estado*. Traducción Legaz Lacambra, páginas 62-63.)

Más adelante, el profesor Kelsen añade, para y por mantener la línea de la pureza metódica. "... lo que constituye el contenido del hecho condicionado de la consecuencia no es su "conducta", sino la conducta del hombre que realiza el acto de la coacción... Una "conducta" carece de relevancia jurídica, salvo en el sentido de... su conducta contraria se hace la condición de un nuevo acto coactivo..." (Kelsen, *Teoría General del Estado*, pág. 64. Traducción Legaz Lacambra) (5).

Algunos no comprenden que contra la opinión tradicional cuando hablamos de un nexo causal no queremos decir nexo entre la causa y el efecto (como pretende Asúa) pues la relación causal es ella misma el nexo de las cosas en cuanto marchan del presente al futuro. Pero en materia jurídica, como dice Kelsen, nuestro sentimiento jurídico exige que "un hombre sólo sea castigado" en virtud de un hecho por él cometido o no impedido (si bien hubiera "podido" omitir su comisión o evitar que el hecho se realizase) "... además, que en la comisión o no oposición al hecho socialmente dañoso haya culpa, es decir, intención, previsión o negligencia, que es lo único que justifica la realización de un acto coactivo... Lo que de ordinario se califica como imputación pura y simple, no es más que la exigencia de la Política del Derecho... el concepto jurídico de la imputación no expresa sino el enlace formal entre los hechos condicionante y condicionado, y se distingue claramente, como relación normativa, del nexo causal que se presupone existente, en todo caso, dentro del hecho condicionante, entre la conducta humana y el suceso socialmente dañoso". (Kelsen, págs. 65-66, TGE.)

El que escribe ha desarrollado en otro lugar la necesidad que tiene el derecho de suplir el concepto psicológico de la voluntad por un concepto normativo-jurídico, y por ello cree innecesario insistir sobre dos ideas que ha considerado obvias al escribir estas notas: hay que separar la voluntad específicamente jurídica del hecho real psíquico conocido por ese nombre también (como se separa hombre y persona jurídica), y segundo, para decirlo con Kelsen, "que, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, no es el hombre en cuanto tal, sino acciones u omisiones humanas lo que es objeto de consideración; por eso la imputación a un hombre no puede ser otra cosa que imputación a un hecho... En el dominio del Derecho penal, el dogma adopta una especial modalidad y sostiene que toda culpa es culpa de la voluntad. Si en el concepto de voluntad propio del dogma se comprende la voluntad psicológica, y en consecuencia, el sujeto de voluntad es el hombre y la imputación, la imputación periférica, es claro que este dogma de la voluntad tiene que entrar en conflicto con el derecho positivo; pues también el hecho no querido es imputado; es decir, por determinación jurídica positiva, el acto de coacción

(5) "La fisostigmina-- dice la enciclopedia Labor--se extrae del haba del calobar, leguminosa trepadora del Africa meridional, que los indígenas llamaban eseré. Los misioneros que llegaron a aquel país, en 1846, observaron muy sorprendidos, que las habas de eseré se empleaba en una especie de orfalia o juicio de Dios, para reconocer a los criminales. Lo curioso del caso es que, obligados a tragarse la droga, solamente los criminales morían, mientras los inocentes se salvaban. Esto se debe a que, ingerida en gran cantidad, la eserina tiene efectos eméticos, y el inocente, seguro de que nada podía pasarle, la ingería rápidamente, siendo todo expulsado por el vómito; el culpable, temeroso de sus efectos, la comía recelosamente y moría intoxicado, por no alcanzar la concentración precisa, para que se provocara la acción evacuable." (Enciclopedia Labor, t. II, págs. 526-527).

puede ser enlazado a la condición de un hecho que no ha querido (y quizá ni sabido) el hombre contra el cual va la coacción". Kelsen, *Teoría General del Estado*. Pág. 86.)

XIII

He aquí una verdadera gema de la "alegre ciencia" del calumniado como saqueado filólogo de Basiela: "Aunque los jueces más sagaces y las mismas hechiceras estuviesen persuadidos de la culpabilidad que hay en entregarse a la brujería, esta culpabilidad no existiría; sin embargo, así sucede con cualquier culpabilidad".

Dicho está: se trata de la culpabilidad entendida como calificación del agente-causa del hecho reputado dañoso o indebido; o de otro modo: como calificación de la conducta o la actividad del agente que se supone causa eficiente del resultado reputado provisionalmente dañoso. Pero he aquí que en el ejemplo del párrafo de arriba, tal culpabilidad no existe —ni podría existir— en el mundo de las causas y los efectos porque, aun reconociéndolo y reputándose culpable —es decir, *motivador*— del hecho el propio sujeto, el nexo de causa a efecto es inconcebible. Sería tanto como reputar a una mujer culpable del aborto de un becerro, como sucedió entre los egipcios, pueblo muy dado al bestialismo.

Empero, la Inquisición procesó a Juana de Arco, y la declaró culpable, tras fatigoso y largo procedimiento henchido de polémicas, peritajes, consultas, interrogatorios, testimonios: de haberse entregado Juana a la hechicera y haber copulado con los demonios, cuando menos en grado de tentativa.

Anatole France escribe: "Y, puesto que persistían en perseguirla como hechicera, debía ser por que pensaban que podía, por excepción, haberse entregado a unos demonios que la dejaron tal como la habían encontrado. Las costumbres de los demonios estaban llenas de contradicciones que desconcertaban a los más sabios doctores, y todos los días se descubría una nueva." (Páginas 769-770. *Juana de Arco*. Ed. Nueva España, México, 1944.)

La Universidad de París (—La Facultad de Decretos y la de los doctores de la Facultad de Teología—), sancionó y ratificó los doce puntos resolutive de la primera sentencia condenatoria, que le fué notificada por el maestro Pedro Maurice, doctor en Teología, el miércoles 23 de mayo del año de 1430. Transcribimos párrafos interesantes, francamente repugnantes al más ignorante hombre del siglo que vivimos. (Ib. Págs. 857-864.)

"... los clérigos de la Universidad de París —dice la sentencia— 11. considerando... dicen que se trata de ficciones engañosas, seductoras y peligrosas... y proceden de espíritus malignos y diabólicos..." (Art. I.) (Los números romanos se refieren a los puntos resolutive de la sentencia.)

"... se trata de un engaño presuntuoso seductor y pernicioso, una cosa inventada y atentatoria a la dignidad de los ángeles..." (II.)

"... los clérigos dicen (de las voces de las santas Catalina y Margarita) en estas afirmaciones hay superstición, adivinación, aserto presuntuoso y jactancia vana..." (III.)

"... eres sospechosa de idolatría y de adoración a ti misma y a tu vestido, imitando las costumbres de los paganos... (por vestir como hombre)". (IV.)

"... eres pérfida, cruel, que descas cruelmente efusión de sangre humana, que eres sediciosa, provocadora de la tiranía y blasfemadora de Dios..."

(V) (Por haberse jactado de matar a los que no le obedecieran).

"... hubo pusilanimidad rayana en la desesperación y probablemente suicidio..." (VIII) (Por saltar de la Torre de Beaurevoir prefiriendo morir a ser capturada por las tropas inglesas).

"(Por haber afirmado haber abrazado y besado, e invocado a las santas Catalina y Margarita)... eres idólatra, invocadora de demonios..." (XI).

Finalmente, por remitirse la después santa Juana de Arco únicamente al juicio de Dios despreciando el proceso incoado en su contra, "... eres cismática, equivocada, ...apóstata y obstinadamente errada en materia de fé." (XII).

Negándose a adjuar, leyóse la sentencia para este evento y no se levantó: la excomunión que lograría haciéndolo, de manera que sería irremisiblemente quemada por hechicera, acto seguido de la lectura de la sentencia. Indecisa, a media lectura adjuró, y fué "dejando a salvo nuestra clemencia, ...te condena a prisión perpetua..." encarcelada y penada con la reclusión perpetua. (Pág. 877.)

Más tarde dictóse nueva sentencia y a pesar de la retractación de la doncella de Orleans, fué quemada. "Una vez muerta —dice el autor— el baile ordenó al verdugo que apartase las llamas a fin de que pudiera verse que la profetisa de los armagnacs no se había escapado con la ayuda del diablo o de otra manera. Después, una vez que aquel pobre cuerpo ennegrecido hubo sido ofrecido al espectáculo del pueblo, el ejecutor con objeto de reducirlo a cenizas arrojó sobre la hoguera aceite, azufre y carbón. En esta clase de suplicios la combustión de la carne rara vez, era total. En las cenizas apargadas, encontráronse intactos el corazón y las entrañas. Temiendo que algún viniese a recoger los restos de Juana para hacer con ellos brujerías, o cualesquiera otros maleficios, "el baile los hizo arrojar al Sena" (Ibid, pág. 900).

XIV

La precisión del lenguaje cervantino suele traerse a cuento cuando de ejemplificar se trata. La dogmática jurídico penal —inexplicablemente, por lo demás— lejos de mantenerse fiel a sus "rectores" principios, recoge con singular ingenuidad los significados populares de los vocablos "culpa", culpabilidad, etc. Procuraremos probarlo haciendo también algunas quijotescas citas.

Al relatar la sobrina el paulatino enloquecimiento de su inmortal tío "que así ensillaba el rocín como tomaba la podadera", dícele a maese Nicolás: "Mas yo me tengo la culpa de todo, que no avisé a vuestras mercedes de los disparates de mi señor tío para que los remediarán antes de llegar a lo que ha llegado y quemaran todos estos descolmugados libros; que tiene muchos que bien merecen ser abrasados, como si fueren de herejes". (Pág. 37.) He aquí el significado popular de la llamada "comisión por omisión".

Otro ejemplo, también del manchego inmortal, que ofrece otro significado corriente de la "culpa", es cuando dice, al retornar de su lucha con los jayanes, "Ténganse todos; que vengo malherido por la culpa de mi caballo: Llénvenme a mi lecho, y llámese, si fuere posible, a la sabia Urganda, que me cure y cate de mis heridas". Aquí es visto el noble Rocinante como culpable.

Los libros de caballería son, como se sabe, los "culpables" y así, dice el cura de Amandís de Gaula: "Les debemos, sin excusa, condenar al fuego".

Dice más tarde "La Diana", de Montemayor, y otros de igual género: "Estos no merecen ser quemados... porque no hacen ni harán el daño que los de caballería han hecho". Aquí, está descrita la culpa.

El propio Cervantes dice, siguiendo su intencionado lenguaje "jurídico", "tenedle recluso (a la Galatea) en vuestra posada..." "... no pasaran por tan rigurosa sentencia..." de los de Luis de Ayida..."

"...quizá quitando la causa, cesaría el efecto..."

XV

La agonizante dogmática jurídico penal suele reconocer válida la tesis del delito natural; o bien, acaece que olvida que tal tesis ni siquiera los romanos hace siglos la aceptaban. La doctrina tradicional considera como delito natural a cierto tipo de infracciones penales o jurídicas: el homicidio, el robo, las lesiones, el estupro, etc. Las llamadas artificiales son aquellas infracciones jurídicas de que son ejemplo el contrabando, el delito político, la disolución social, etcétera. Supónese, mediante superficial e incompleta revisión del orden jurídico que el ilícito civil se diferencia del penal por el tipo de sanción que resulta engarzada a la conducta constitutiva del supuesto de la norma sancionada.

El extravío por los caminos del realismo ingenuo salta a la vista. El sendero del derecho, el camino de la ciencia del derecho, no conduce a tan plebeyas afirmaciones. La conducta rotulada como humana, lo es cuando es conducta o comportamiento "humano". Jurídicamente, lo humano se torna objeto de conocimiento si se divisa a través del derecho. La conducta ajurídica —o metajurídica— no existe dentro de una genuina Teoría General del Derecho. De donde, hablar de un delito natural, requiere y presupone una conducta mala de por sí (mala in se), al margen del orden jurídico, que predique aquel delito natural. Y eso no pasa de ser una lamentable literatura, que ignotas e inalcanzables motivaciones la incluyen en el Derecho Penal, génesis y hecho principal de la historia de la "mala prohibita".

Para quienes duden: a) el "homicidio natural", puede ser objeto de premios, medallas, corazones, púrpuras, estatuas, convites, agasajos, etc. Así fué laureado el homicidio más grande de la historia, de cientos de miles de japoneses. Y b), el robo, precisa el régimen jurídico de la propiedad privada. Licurgo fomentaba la habilidad de los practicantes. Y, además, c) el estupro, la violación, presuponen régimen jurídico: no se habla de una "violación" de la esposa. Y d), una revolución lejos de ser crimen puede ser gloria.

Y debemos repetirlo: en la naturaleza, en el vasto universo, no hay "homicidios", ni "robos", ni "violaciones". *No puede hablarse de un conocimiento causalista lo causal explicativo, del delito, ni estudiársele como si se tratara de una amiga, una piedra o un concha.* A menos que el derecho deje de ser una ciencia del espíritu, para ofrecerse como ciencia natural.

Las proposiciones jurídicas no ordenan o prohíben conductas que realmente deben ocurrir, ni se relacionan con hechos preexistentes o de necesaria existen-

ca, sino a hipótesis o supuestos, que de realizarse, deben ser seguidos de determinados hechos, que no por no ocurrir invalida la consecuencia condicionada.

XVI

Vale la pena hacer una sintética referencia al concepto de culpa desde el punto de vista del derecho de las obligaciones, pues no habiendo una diferencia esencial entre los ilícitos civil y penal, pues acaso y circunstanciamen- te pueden y deben por razones sistemáticas agruparse en dos ramas para su estudio, y nada más, vale la pena confrontarlos; la ciencia del derecho para estudiar a una de sus manifestaciones particulares nos aporta desde luego sus conceptos generales. Es imposible y contradictoria llegar a una Teoría General del Derecho a partir de una de sus manifestaciones parciales.

La noción de culpa considerada a título de elemento constitutivo del delito forma parte del estudio de las fuentes de las obligaciones, en el ámbito civil. Obsérvese que los civilistas, por ejemplo Bonnacasse, tomo II, pág. 360 y sig.), coinciden en considerar que la culpa integrada por dos elementos: a) incumplimiento de una obligación; b) incumplimiento voluntario. Claro que el delito, y el cuasidelito civiles son estudiados formalmente y la diferencia que enseña Bonnacasse no puede ser una diferencia sustancial del delito penal, valga la expresión: "Se designa por delito penal —dice el profesor de la Universidad de Burdeos— el hecho previsto y castigado por la ley penal, a la cual remitimos. Un delito penal es susceptible de constituir un delito civil, pero no necesariamente; la recíproca también es, a fortiori, exacta, cuando menos. dado por una parte, la elasticidad del delito civil y del penal se ve afectada, y por otra, el carácter estricto de la Ley penal, pero la independencia relativa del delito civil y del penal se ve en parte afectada, por la regla de la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal sobre lo civil, regla que impide a los tribunales civiles dictar, sobre un mismo hecho, sentencias distintas a las de los tribunales penales. (Ibid. Pág. 362.)

¿No es —in abstracto— también "fuente de obligaciones" jurídicas el delito? ¿No engendra también el deber jurídico para el agente del ministerio público, jueces, carceleros, e incluso el propio delincuente, etc...? Alegar una distinción básica entre derecho público y privado revela un espantoso anacronismo mental.

Hay algo que es un tema no indigno de atención, es este problema de la culpabilidad, en tanto los grupos dominantes del organismo social llegan a establecer los casos de culpabilidad, ¿hasta qué punto obtienen cooperación por parte de los grupos débiles? Porque la mala conciencia del delincuente no existe, como es sabido. ¿Es que acaso desean ser castigados una vez que se han declarado culpables? ¿No existe otra razón, más misteriosas, que las de seguridad, convivencia, etc.? Hay que meditar bien los siguientes hechos: el culpable, para serlo efectivamente, tuvo que ser un sujeto que disponía de la fuerza necesaria para llevar a cabo su acción reputada culpable, y esto ¿no es dejar un poco de ser débil? ¿No se registran miles de casos de homicidas que se exhiben, se entregan por haber "logrado" la penar de muerte, retan a la sociedad, etc.?

Lo que ocurre puede explicarse acudiendo al origen de esta tendencia incrustada en el régimen legal de forzar de tal modo los hechos y razonamientos para declarar solemnemente la existencia de un concepto de culpa objetivamente válido, que, no pudiendo llegar al "credo qui absurdum", por el inexcusable elemento "subjetivo", tiene necesidad de robustecer la imputación en sentido kolseniano por la existencia válida de un concepto objetivo de culpa, o mejor aún, suplirla simple y llanamente, hacerla a un lado, y venirnos con la indefendible afirmación —hábilmente adornada a base de "floritura" más o menos sutil— de que es posible —al margen del derecho— llegar a establecer un concepto válido y objetivo de culpa. Este únicamente es posible con base jurídica, so pena de perder su objetividad.

¿Qué mejor prueba de lo dicho que la "presunción de culpa" que el Código civil establece —y la Ley Federal del Trabajo ofrece numerosos ejemplos también— al considerar como el fundamento de las diversas responsabilidades de los patrones, tutores, curadores, padres, comisionistas, etc.?

El excelente helenista Warner Jaeger nos indica los problemas de la etimología de "diké". Cree que es falso que provenga de "arrojar" o "lanzar" (di-kein). Siendo la voz tan antigua como "themis", "se decía de las partes contentientes que "dan y toman diké". Se comprendía así en una misma palabra la decisión y el cumplimiento de la pena. El culpable "da diké", lo cual equivale originariamente a indemnización o compensación. El perjudicado, cuyo derecho restablece el juicio, "toma diké". El juez "adjudica "diké". La significación fundamental de diké equivale así, aproximadamente, a dar a cada cual lo debido. Significa, al mismo tiempo, concretamente, el proceso, el juicio y la pena... Así como themis se refiere más bien a la autoridad del derecho, a su legalidad y validez, diké significa el cumplimiento de la justicia. Así se comprende que en un tiempo de lucha por la aspiración al derecho de una clase, que hasta entonces había recibido el derecho sólo como themis, es decir, como una ley autoritaria... "que, como se sabe, era dado por Zeus a los reyes, de manera que previamente a la areté, a la justicia, a dar cada quien lo suyo, se determinaba que era lo de cada quien... Tal como ahora (6).

(6) Aceptaciones del vocablo culpa y sus derivados: culposo, culpado, culposísimo, culposísimamente, culpar (culpare, culpam in aliquem transferre), culpante (culpatus), culpador (acusante), culpadísimamente, culpadísimamente, culpadamente, culpación (culpatus, criminatio), culpablemente (culpabiliter), culpable (culpabilis), culpabilísimo (valde culpabilis), culpabilísimamente, culpabilidad (la calidad o circunstancia que constituye la culpa). *Ni ausente sin culpa ni presente sin diculpa. La culpa del asno echarla a la aburda. Culpa no tiene quien hace lo que debe.* Culpa... falta más o menos grave cometida por propia voluntad. Comissi numeris indiligencia..., culpa jurídica. Culpa lata... Culpa levis... Culpa levissima... (Crimen, falta, pecado, delito, maldad, ruindad, fechoría, desigmo, proyecto, empresa, intención, voluntad, descuido, inadvertencia. La inadvertencia sólo ha faltado a la precaución, mas el descuido a la obligación. Se suele llamar descuido a lo que por cierto no lo es, sino grave culpa, cualquier vergonzoso y grave tropiezo.) Culpa: Guilt... Fault... Negligence... Culpa contractual: Breach of contract. Culpa extracontractual: Violation of a right not dependent on contract. Culpa lata: Gross negligence... Failure to act with a minimum degree of diligence. Culpa levis: Culpa levis... Ordinary negligence. Culpa levissima: Culpa levissima... Slight negligence, failure to act with highest degree of diligence... Culpabilidad: Guilt, culpability. Culpable: Culpable, tortious, guilty, to blame... Culpado: Guilty. Inculpabilidad: Innocence. Inculpable: Innocent, not guilty, not due to negligence. Inculpado: Accused, defendant. Inculpatório: Inculminating.

XVII

Persuadir es casi imposible. Los modernos pedagogos afirman que el ser humano no siempre se decide por una convicción en razón de la dosis de verdad que contenga y que la falsedad de un juicio no todas las veces es una objeción contra él. El autor de estos apuntes expresa, y no por vez primera (8), una convicción que desliga conscientemente de sus intereses, que habitualmente suelen mixtificar los objetos del conocimiento, y piensa que las opiniones de Bettiol (9) y (10), Rivera Silva, a pesar de su disención, contribuyen de igual manera que cualquier otra en cualquier sentido a la noble y desinteresada tarea de la ciencia, que es lo que importa. El estudio de un aspecto no excluye, sino completa.

(8) En mi *Crítica a la dogmática jurídica penal* (M. Porrúa, México, 1955) he sostenido conceptos parejos a los aquí enunciados, y entre otras cosas, se ha puesto de relieve que siempre que el derecho admite conceptos para hacerlos condición de ciertas medidas jurídicas específicas, estos conceptos dejan de ser psicológicos o biológicos, para transformarse en jurídicos.

Si no aconteciera así, el derecho tendría que polemizar sobre infinidad de casos en los que es necesario acudir a conceptos legales prefijados, en mérito a la certidumbre y seguridad que aparece como meta inmediata del ordenamiento legal. La misma razón que exige que la cosa juzgada se tenga como verdad legal, aunque no coincida con la histórica.

(9) Dice Giuseppe Bettiol, célebre profesor de la Universidad de Padua, en su obra *Diritto penale* (Parte Generale), en la página 132 (es primera edición, 1945):

“Da quando si vollero introdurre anche nel campo penale i criteri metodologici propugnati da Kelsen per lo studio del diritto in genere e per i qualiogni considerazione naturalistica e finalistica deve essere bandita da una metodologia che voglia essere giuridica, si arrivo persino a negare l'importanza delle considerazioni psicologiche nello studio della volontà delittuosa, si che anche la volontà finì per uscirne formalizzata alla apri dell'antigiuridicità. La crisi che ne derivò dovèrà per natura di cose portare al metodo naturalistico della considerazione unitaria del reato.”

(10) “En lo anterior está la diferencia entre el Derecho civil y el Derecho penal, realidad no distinguida, pero existente. Ella, por haber sido establecida *a priori*, se aleja de la verdadera realidad y se convierte en simple malabarismo mental; es imposible señalar sin previo análisis, qué actos emanan de individuos asociables y cuáles no. Al derecho penal lo dejaron en el verdadero terreno del derecho; al derecho civil se lo llevaron al campo de las abstracciones, hasta haberse llegado al extremo de crear “voluntades jurídicas”, como sucede en la lógica doctrina del derecho puro de Hans Kelsen, que jamás podrá tener aplicación en el derecho criminal.” (MANUEL RIVERA SILVA: *La esencia del Derecho Penal y las Escuelas Contemporáneas*. México, 1939.)