

# El nacimiento de la idea de culpabilidad

*José María Navarrete Urieta*  
*Catedrático de Derecho Penal*

El tema de la culpabilidad es algo así como el barómetro que nos indica el grado de desarrollo de un Derecho Penal concreto, pensamiento que con otras palabras expresó hace ya setenta y cinco años Max Ernesto Mayer.

Quizás, antes de entrar en el desarrollo del tema, convendría aclarar qué se entiende por “nacimiento de la idea de culpabilidad”. Pasteur demostró de una vez para siempre, que en la naturaleza no hay generación espontánea; pues bien, lo mismo podemos afirmar para el mundo del espíritu, que tampoco hay generación espontánea en este campo, que todo está condicionado por la historia y lo que no es tradición, es plagio o algo peor.

Las nuevas generaciones universitarias, por las razones que sean, que son múltiples y complejas, dedican su interés a lo cotidiano, son grandes patinadores y esquiadores que hacen preciosas figuras en la superficie sin que esta observación, meramente constatativa, me lleve a negar el mérito que esto pueda traer consigo. Pero, antes de lanzarse, hay que preparar las pistas y, esto es precisamente lo que hoy no se hace. Pocos trabajos hay que tengan por objeto los problemas permanentes de la Ciencia del Derecho Penal, la más antigua en la historia jurídica de los pueblos, pero también la más moderna en lo que a su elaboración científica se refiere. Incluso en la interioridad psicológica del hombre, la conciencia jurídica del individuo como pone de relieve Spranger, se forma antes en el campo penal que en cualquiera otra parcela jurídica. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto E.R. Dodds, hay una cultura de vergüenza anterior a una cultura de culpabilidad y esto no sólo en el ámbito histórico, sino que aún hoy día, en la conciencia de cada cual, el sentimiento de vergüenza, del “que dirán”, es previo a un puro sentimiento de culpabilidad.

La culpabilidad ha sido, es y será la parte más sensible y el elemento más delicado de la teoría del delito. Ya Mezger, hace más de cincuenta

años, advirtió que el Derecho Penal, a través de la imputabilidad, tenía abierta siempre una ventana por donde entrarían permanentemente los resultados de todas las ciencias que investigan la personalidad. Incluso en el lenguaje vulgar, aparece la culpabilidad como algo inherente a la personalidad: yo soy culpable, tú eres culpable, sin que nadie se extrañe de estas afirmaciones, cosa que no ocurriría si a alguien le espetásemos la afirmación de que es antijurídico. Tenemos que distinguir, como decían Graff zu Dohna y Mezger, entre el objeto de la valoración y la valoración del objeto. El juicio de “antijuridicidad”, es un juicio objetivo que recae sobre la acción y el resultado. Estos objetos de valoración del juicio de antijuridicidad tienen una naturaleza objetiva y hay congruencia entre la naturaleza del juicio —objetivo—, y la naturaleza del juicio de valoración. En cambio, en el juicio de culpabilidad, se rompe esta identidad: la naturaleza del juicio es objetiva, como exige la concepción normativa de la culpabilidad, pero el objeto de la valoración es subjetivo, ya que el juicio recae sobre realidades que pertenecen a la interioridad de la persona. De ahí los problemas que siempre acompañarán al juicio de culpabilidad. De esta distinción se deriva el repudio que el Derecho Penal actual tiene hacia toda responsabilidad penal objetiva. La culpabilidad no puede ni debe residir en la cabeza del juez, sino en la personalidad del autor.

No vamos a pasar revista a la evolución del concepto de culpabilidad tal como se ha perfilado a través del desarrollo científico. Esto se encuentra en cualquier Tratado de Parte General de Derecho Penal, sino que lo que vamos a contemplar, aunque sólo sea de una manera rápida y somera, cómo y cuándo va surgiendo en el horizonte la idea de culpabilidad paralelamente a la evolución del pensamiento de la humanidad. No vamos a encerrarnos en fechas, pero sí vamos a apoyarnos en lo que podríamos llamar momentos estelares de la humanidad.

¿De dónde viene el pensamiento de culpabilidad y cómo se ha ido transformando a lo largo de su desarrollo? Ante nuestros ojos espirituales podemos hacer desfilar el paso de milenios y ver como en el seno del pensamiento jurídico de la humanidad han ido surgiendo el sentimiento y el concepto de culpabilidad. No cabe la menor duda de que el concepto de culpabilidad, tal como se aplica en la vida jurídica, no es algo absoluto, ni invariable, ni que le haya sido dado al hombre de

antemano u originariamente. No puede hablarse de una culpabilidad mientras el individuo no se considere a sí mismo como tal. Solamente cuando se despierta la conciencia del “yo” es cuando surge la culpabilidad individual y este proceso es bastante tardío y bastante complejo. En la fase de la vivencia del “nosotros” o comunitaria, no cabe la pregunta por la culpabilidad individual.

Para poner un poco de orden en la exposición, nos referiremos en primer lugar, a la época mágica, luego a la mítica, para pasar después a la época prelógica y terminar en la época lógica.

*Epoca mágica.*- Según Hegel, una “era de la magia” había precedido a la “era de la religión” y Frazer supuso que había existido una época en la que el hombre creía poder controlar directamente los procesos naturales mediante la fuerza de hechizos y encantamientos. De ahí surge la figura del “mago”. Pero esta separación tajante entre magia (poderes naturales) y religión (poderes sobrenaturales), parece ser que no existió, según afirma E. O. James, sino que el pensamiento mágico y el religioso coexistieron desde el principio de la humanidad, si bien el papel del “brujo”, forma originaria del sacerdote, fue cobrando más relevancia a costa del “mago”.

A través de la historia puede comprobarse que la forma de culpabilidad depende de la forma de sociedad. Ya hemos apuntado que la culpabilidad individual no puede pensarse hasta que el individuo no se considera como tal. Sólo con el despertar de la conciencia del “yo” es cuando puede surgir un sentimiento de culpabilidad que se apoye en un pensamiento de culpabilidad individual. Pero el despertar del “yo” supone un largo proceso de desarrollo y se realiza en la historia de la humanidad muy lentamente y su aparición es relativamente tardía. El hombre se encuentra metido, como engastado en su entorno y su mundo íntimo no es la vivencia del “yo”, sino la vivencia del “nosotros”. De aquí que este “nosotros” marque el nacimiento de la vivencia de culpabilidad. Vamos a echar una mirada sobre la apariencia de la sociedad de esta época para ver como va surgiendo la culpabilidad, o mejor dicho, la “preforma” de la culpabilidad.

En los pueblos cazadores y nómadas la forma de constitución social es la familiar, establecida sobre la base de los vínculos de la sangre. Ahora bien, cuando los cazadores y nómadas se hacen sedentarios, aquella sociedad familiar se va deshaciendo lentamente y va siendo

sustituida por una sociedad territorial, aunque, naturalmente, no desaparecen todos los caracteres de la organización familiar. En la originaria sociedad familiar no hay tribunales, todas las discordias son resueltas por el “patriarca”. No existe ningún Derecho Penal en el sentido actual, pero no deja de haber castigo. La venganza de la sangre es la solución de todas las necesidades. La venganza de la sangre no se plantea el problema de la culpabilidad y de su correlato la inculpabilidad.

Durante la época mágica, el jefe era hecho responsable de todo lo que ocurría, fuera malo o bueno: malas cosechas, derrotas, mal tiempo etc., pero también se le agradecía lo bueno, victoria sobre los enemigos, buenas cosechas, etc. Sobre la base de este concepto mágico de la causalidad, que nada tiene que ver con la concepción causalística de nuestra época, se le hacía responsable de todos los males que ocurrían y para evitarlos, se le eliminaba. Las formas de eliminación eran muy distintas. El concepto de culpabilidad no existe en el sentido de una responsabilidad moral. No existe en esta época una concepción física de la persona para el derecho, sino una especie de fantasma jurídico. En esta etapa del desarrollo espiritual resulta imposible hablar de una culpabilidad en sentido individual. La sociedad familiar es un organismo formado por un entramado donde lo individual desaparece. Podemos decir que nos encontramos ante un Derecho Penal sin culpabilidad. El concepto de una culpabilidad individual es inexistente aún cuando se forma la sociedad territorial. Tenemos que distinguir entre la retribución por el delito cometido y la venganza de la familia o la comunidad. La sociedad familiar no está en absoluto interesada en que se realice una compensación a la víctima, sino que su único interés es el mantenimiento de las funciones vitales para la comunidad. Podríamos decir con terminología moderna, que el pensamiento dominante en esta época arcaica es la “Defensa Social” y por eso se toman medidas encaminadas a evitar que en el futuro puedan repetirse tales acciones que trastornen el normal desarrollo de la vida y de la convivencia.

Kohler, en 1884, dice sobre la venganza de la sangre que “nadie duda que es una de las más fructíferas y al mismo tiempo, una de las más universales instituciones jurídicas y como demuestra la Historia del Derecho, constituye la fuente histórica de todo el Derecho Penal”. Lo cierto es que, cuando Kohler afirmaba esto, los conocimientos antropológicos, especialmente los referentes a la época mágica, no

estaban tan desarrollados como hoy día. La verdad es que en estos momentos no puede hacerse una afirmación de tal rotundidad.

Unos de los fundamentos de la venganza de la sangre era la creencia de que el muerto no encontraba reposo hasta que sus próximos parientes no lo habían vengado. Aquí vemos el entrecruzamiento de lo jurídico con lo religioso. No podemos ocuparnos en este momento de tan trascendental problema, que de por sí da materia más que suficiente para dedicarle una atención concreta. Quede aquí solamente constancia de su trascendencia. El miedo de los familiares ante el espíritu del muerto que falto de descanso deambulaba de acá para allá,—otra muestra de que desde los orígenes de la humanidad ha existido una creencia en la otra vida que Dios o los dioses han puesto detrás de la muerte—, hacía que los vengadores se apresuraran a efectuar la venganza, para de esta forma, al mismo tiempo que procuraban el reposo al muerto, también lo encontraban ellos al verse libres de la persecución de los espíritus.

Todavía dentro de la época mágica tenemos que referirnos a la “compositio” que tiene, aunque no lo parezca, una significación emocional. Con la aparición de la sociedad territorial y la progresiva desintegración de la sociedad familiar, va decayendo la venganza de la sangre y paralelamente se va desarrollando la “compositio”. Su objeto es apaciguar a los miembros de la familia a la que pertenecía la víctima. No se trata de una compensación, sino dicho de una manera plástica, de poner un apósito a la herida, aliviar el dolor, persiguiendo con esto una finalidad emocional. Tampoco podemos encontrar aquí ningún tipo de sentimiento de culpabilidad.

*Epoca mítica.*- A la época o fase mágica sigue la época mítica. Es muy difícil representarse el paso de la época mágica a la mítica sencillamente como un cambio de las funciones del pensamiento. Más próximo a la realidad es considerar a la época mítica como la irrupción de las fuerzas o poderes psíquicos que constituyen la base previa de la historicidad. La época mágica está más próxima a las ciencias naturales que a la historia. Los mitos, como dice Shotwell, son afirmaciones de hechos para el creyente. No parece lógico, pero lo cierto es que llegamos a creer en una cosa a fuerza de creer en ella. La fe es el elemento básico del pensamiento. El hombre se encuentra consigo mismo y adquiere conciencia del tiempo y del espacio y se contempla a sí mismo dentro de un espacio. La Humanidad comienza a despertar, pero todavía

no está capacitada para el pensamiento lógico. La relación de causalidad no está aún reconocida como una categoría lógica. La forma del pensamiento es plástica, el pensamiento procede por imágenes aunque ya se reconoce la relación temporal antes-después y esto significa que el hombre está ya en situación de vivir conscientemente el paso del tiempo como un acontecimiento cósmico. El hombre vive ya el cosmo e intenta interpretar lo vivido con las funciones del pensamiento que están a su disposición, es decir, con un pensamiento plástico a base de imágenes. Esta fase de la humanidad es la misma fase ontogénica que vemos en el niño en la edad de los cuentos. La época mítica tiene una gran importancia para el desarrollo espiritual de la humanidad, cuya necesidad se aprecia si queremos representarnos al arte y a la literatura sin ayuda del mito. Lo que el mito representa, incluso para la metafísica, aparece con toda claridad cuando intentamos investigar los orígenes de las representaciones religiosas. Dentro del cuadro de lo mítico sólo podemos vislumbrar representaciones relacionadas con la culpabilidad y en primer lugar nos encontramos con el mito de la culpa del pecado.

El pensamiento de una culpabilidad por la existencia surge de un mito sumerio y es entre los sumerios, una relación con la concepción mítica de la creación del mundo, donde se desarrolla. El sumerio ve en el mundo una unidad que, como el devenir de la esencia divina, está atravesado por la existencia de lo divino, es decir, una forma de panteísmo.

La representación mítica, que los sumerios tienen de la caída en el pecado por medio de la seductora serpiente, es recogida por la mayoría de las religiones. Y no hemos de maravillarnos de que el mito de la redención por medio de un redentor, siga el mismo camino que la teoría cristiana de la salvación que aunque aparecida en la época histórica, tiene precedente en los sumerios.

Pero atención: si en la época mágica hemos visto la existencia de hechos sin culpabilidad, ahora vamos a enfrentarnos con el polo opuesto, la existencia de una culpabilidad sin causa.

Para la cosmología mitológica de los babilonios, el destino de los hombres estaba determinado por los dioses. El que en esta cosmogonía se desarrolle el pensamiento de una culpabilidad por el pecado, nos pone sobre aviso de que hay una culpabilidad por la existencia. La culpabilidad por la existencia, como una forma de la culpabilidad, sólo

es posible en una forma mítica del pensamiento, culpabilidad sin causa, ya que la categoría lógica de la causalidad era totalmente desconocida en la mitología. El mito vive de relaciones de contacto y de imaginaciones. Sus relaciones mentales y sus fantásticas representaciones están sometidas a otras leyes distintas que las relaciones lógico-causales.

Pero esta culpa sin causa personal, sigue viviendo hoy en la concepción judeo-cristiana del pecado original. Nacemos con una culpa heredada, —“¡Oh felix culpa!—, en la que no hemos participado como persona, aunque sí como parte del género humano. La problemática del destino del hombre determinado por los dioses y la progresiva liberación del mismo por obra de la voluntad individual, la veremos por vez primera en los griegos y no precisamente en la época homérica, sino más adelante. El pensamiento de una autodeterminación moral, y con ello la idea de responsabilidad personal, no es congruente con el pensamiento de la culpa dentro del mundo mítico.

*Epoca prelógica.*- Resumiendo un poco lo dicho anteriormente, vemos cómo al comienzo de la época mágica, la culpabilidad de la sangre es una culpabilidad comunitaria. En el Derecho Penal de la “Sippe” el sujeto jurídico es la comunidad. La retribución por el hecho no supone una compensación subjetiva del Derecho. Las formas jurídicas que hemos considerado, se encuentran en la familia, en la tribu y, en estas formaciones sociales originarias, Derecho equivale a Moral. La separación entre Derecho y Moral es muy tardía y puede decirse que no tiene lugar hasta que comienza a vislumbrarse el estado. El pensamiento mágico no contiene todavía ninguna idea ni sentimiento de culpabilidad. Después de la venganza de la sangre, al comienzo de la época mágica, sigue como un segundo escalón la “compositio”, la compensación material y la compensación emocional y ya pueden entreverse ciertas exigencias retributivas.

Como segunda etapa de las formas arcaicas de la existencia, surge el mito. El pensamiento de esta fase de la existencia es formador de imágenes. El hombre está ya capacitado para tener una vivencia del tiempo y del espacio. El idioma se expresa por medio de símbolos. La primera vivencia de la culpabilidad se expresa por medio de un símbolo. La culpabilidad es un destino del hombre, el pecado es la inversión del orden. En el mito nace el pensamiento de culpabilidad, en el mito se representa la caída en el pecado que ya encontramos en los sumerios como un pecado heredado.

En la tercera fase de las formas arcaicas de la existencia que corresponde al pensamiento prelógico, es cuando despierta la conciencia del "yo". Se desarrollan las relaciones especulativas entre las causas y las consecuencias, pero de un modo concreto, sin abstracciones. Es precisamente en esta época cuando los egipcios establecen relaciones entre la justicia divina y la retribución individual por el hecho. El Código de Hammurabi no contiene todavía un puro principio talional, aunque sí su origen. A esta época pertenecen las representaciones del derecho de los primitivos israelitas y de los griegos de la época heroica. Tampoco encontramos en los griegos de este tiempo el pensamiento de una culpabilidad individual. Las representaciones de los antiguos israelitas están influenciadas por los mitos babilónicos y por la ética de los egipcios.

En el paso del pensamiento mágico al prelógico, nos encontramos con la fe en el destino y el derecho a la venganza. En ninguna otra cultura como en la de los griegos puede observarse este cambio de la idea de culpabilidad bajo la influencia del desarrollo de la inteligencia humana por el transcurso del tiempo junto con el ejercicio de la misma.

En la época homérica es donde podemos atisbar el paso de una fase mítica a la prelógica, que coincide con fenómenos análogos de otras culturas como pueden ser la babilónica o la egipcia. La creencia en el destino condiciona todo el pensamiento jurídico. En el cumplimiento del destino del hombre, anida el pensamiento de una justicia estricta. La bondad es recompensada y la maldad castigada. La Odisea y la tragedia griega nos muestran cómo se castigan los vicios y cómo la justicia divina mantiene el orden moral del mundo. El padecimiento de enfermedades graves es tenido como castigo por hechos cometidos contra los dioses. El pensamiento prelógico establece relaciones mentales que nada tienen que ver con la causalidad material. No es una causalidad ciega como hemos visto en la época mágica, pero sí es una causalidad de lo irreal.

Los poetas griegos son los conservadores de las antiguas representaciones jurídicas de los tiempos heroicos. Estas representaciones jurídicas no se diferencian, en principio, de los que tienen otros pueblos de una cultura en igual período de evolución. En la época heroica nos encontramos con el más puro derecho a la venganza. Los parientes tienen el deber de vengar la muerte y esta obligación se extiende hasta los sobrinos por línea paterna.

La idea de culpabilidad, como culpabilidad individual, no se ha perfilaro aún en la época heróica. La fe de los griegos en el destino, cierra el paso a un sentimiento de culpabilidad individual. Esto supone la coincidencia del “yo” y el establecimiento de una relación entre un hecho y una causa puesta por el individuo, pero de forma que esta relación sea captada y querida por la voluntad. Pero estamos, todavía, en la época en que se cree en la intervención directa de los dioses en la vida de los hombres.

El despertar de la conciencia del “yo”, la más fuerte elevación de las potencias espirituales, tiene como consecuencia la separación del individuo de la colectividad, el “yo” del “nosotros”. Con la aparición de la conciencia del “yo” se despierta también una amplia escala de nuevos sentimiento, sentimientos que se relacionan con la idea de la responsabilidad, pero también con el sentimiento del amor propio, desarrollándose al mismo tiempo una nueva idea que tiene como consecuencia la creencia en la culpabilidad por la existencia. Lo creencial ha tenido y sigue teniendo una importancia fundamental para la comprensión del actuar humano. El amor propio y todas las exageraciones de la afirmación de la personalidad, son la causa del mal.

La afirmación de la conciencia del “yo” está en una relación recíproca con la conciencia de la libertad de querer. Ya Platón concede al hombre la facultad de elegir, que luego es desarrollado por Aristóteles. Pero Platón es todavía determinista, mientras que Aristóteles representa el indeterminismo y en el Libro III de la Etica Nicomachea plantea Aristóteles el problema de la culpabilidad y de la responsabilidad en relación con nuestra conducta.

Aquí no se trata ya más del problema del mal, sino de la libertad ínsita en cada hombre para decidir, libertad de elección y libertad de querer y esto tiene una significación decisiva para el enjuiciamiento del problema de la culpabilidad en la práctica de todos los días.

Se ha ido operando un cambio en el tratamiento del problema de la culpabilidad, relacionado con la importancia creciente que se ha ido dando al papel de la voluntad. Se distingue entre lo querido y lo no querido y también se valora el mundo afectivo, pero según Aristóteles los afectos no anulan la voluntad. Lo que no es querido no es justo ni injusto, simplemente casual. Como vemos, una responsabilidad por culpa, como categoría de la culpabilidad, está aún muy lejos.

La ignorancia no actúa como exterminadora de la culpabilidad pero sí puede conducir al perdón. El afecto, como hemos dicho, no anula la voluntad, pero sí puede considerarse como causa de atenuación y el matar en legítima defensa es totalmente impune.

*Epoca lógica.*- Como exponente jurídico de la época lógica tenemos al Derecho Romano. Naturalmente que también experimentó en sí mismo el proceso evolutivo de todos los derechos y podemos ver en él el derecho a la venganza, la pérdida de la paz y la "compositio" antes de llegar a la concepción de un Derecho Penal estatal y todo esto corre paralelo a las fases que hemos destacado y hemos denominado época mágica, mítica y prelógica de la historia del pensamiento humano.

En el Derecho Romano nos encontramos en el camino hacia una concepción individual de la culpabilidad. La Etica griega es un factor de gran influencia en este sentido. Hay que recorrer un largo camino hasta que en la jurisprudencia romana se pone de manifiesto el momento de la inculpación. En las Doce Tablas no hay referencia alguna a la inculpación del autor, sólo se tiene en cuenta el resultado. Tenemos que llegar a las Leyes de Numa para ver el nacimiento de la personificación de la culpabilidad. Numa distingue entre una muerte dolosa y otra que no lo es y es la primera vez que aparece el momento individual de la culpabilidad. En la Ley de Numa, la muerte no dolosa no queda sin castigo, pero en toda la Ley de Numa el dolo tiene una carga más racional que volitiva y es en las Leyes Cornelianas donde se opera un cambio en la orientación de la culpabilidad. Anteriormente a las Leyes Cornelianas se prescindía de la voluntad, el conocimiento es lo decisivo, pero en las Leyes Cornelianas la voluntad aparece en primer lugar. ¿Cómo se opera este cambio? Dos causas obran simultáneamente: una es la influencia de la Etica griega representada por Cicerón y Séneca y otra el creciente interés público por la pena.

Este creciente interés público hace surgir un nuevo sentimiento jurídico y es que en el fondo del concepto de la culpabilidad del Derecho Romano clásico aparece la idea de que la voluntad es la portadora de la responsabilidad jurídica. La culpabilidad que surge de la comisión de un hecho antijurídico, es una culpabilidad de voluntad. Es clara la influencia del pensamiento aristotélico. Los romanos llaman "dolos" a esta voluntad que se levanta contra el Derecho. Esta voluntad teñida de antijurídica presupone que alguien ha cometido una acción que una Ley amenaza con una pena.

Tan absurdo sería reprocharle a la época arcaica y primitiva de la humanidad que no utilizara el concepto de culpabilidad, como echarle en cara a Napoleón que no hiciera uso de la fuerza aérea en la batalla de Waterloo.

Estas breves consideraciones que hemos hecho, nos llevan a la afirmación que ya hizo Jelineck a finales del siglo pasado cuando decía que si de un pueblo hubiese desaparecido toda su cultura pero hubieren quedado sus leyes penales, partiendo de éstas se podría reconstruir la tabla de sus valores de la misma forma que un paleontólogo, partiendo de un hueso de un animal antediluviano, podría reconstruir todo su esqueleto lo que no es otra cosa que lo que Justiniano puso al comienzo del Corpus Iuris: “Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”.