

TEXTOS UNIVERSITARIOS PUCP

DERECHO

IVÁN MELNI

**LECCIONES DE DERECHO
PENAL - PARTE GENERAL
TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO**



**FONDO
EDITORIAL**

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Lecciones de derecho penal - Parte general
Teoría jurídica del delito

Iván Meini

© Iván Meini, 2014

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: setiembre de 2014

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN: 978-612-317-027-1

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-12533

Registro del Proyecto Editorial: 31501361400732

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

CAPÍTULO 4

ACCIÓN PENAL COMO COMPORTAMIENTO TÍPICO E IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DEL DELITO

Sumario: I. Aproximación inicial. II. Evolución del concepto penal de comportamiento. 1. Concepto causal de acción. 2. Concepto final de acción. 3. Concepto social de acción. 4. Concepto negativo de acción. 5. Concepto personal de acción. III. Toma de postura. 1. La acción penal como comportamiento típico y la capacidad de comportamiento como presupuesto del delito. 2. Culpabilidad y necesidad social de pena.

I. APROXIMACIÓN INICIAL

I. El concepto jurídico-penal de comportamiento (o «acción penal», por la traducción del término alemán *Strafrechtlichehandlung*) es uno de los más controvertidos en la dogmática penal. Usualmente se le asigna la función de ser el elemento en común sobre el cual se construyen los distintos delitos, pues la responsabilidad penal se atribuye a quien despliega un comportamiento cuando está impedido de hacerlo o a quien no lo realiza a pesar de estar obligado. En la línea de las ideas esgrimidas en los capítulos anteriores, aquí se asume que, desde una perspectiva naturalística, el comportamiento es irrelevante, pues no interesa la forma (activa u omisiva) en que se exprese, o los esfuerzos físicos que despliegue el sujeto para realizar el delito. Lo determinante es el *significado* que el comportamiento

adquiere en sociedad y que condiciona su particular *desvalor*; lo que, en definitiva, legitima su prohibición y sanción.

2. Lo anterior adquiere especial importancia cuando se lleva a sus últimas consecuencias el principio en cuya virtud en un Estado de derecho solo es legítimo atribuir responsabilidad penal por hechos (derecho penal de hecho) y no por estilos o modos de vida (derecho penal de autor); el *desvalor* que caracteriza a un delito presupone, siempre, que se vincule un hecho a un sujeto como obra suya. Un hecho que no pueda ser vinculado a un sujeto carece de sentido para el derecho penal porque este no puede prohibir ni desvalorar hechos de la naturaleza. Es el sujeto (y su vinculación con el hecho) lo que convierte un hecho penalmente irrelevante en uno con *sentido ilícito*. Para decirlo con un ejemplo, mientras que las lesiones que sufre el niño a consecuencia del golpe propinado por su hermano de seis años solo pueden ser vistas como un lamentable suceso, el diagnóstico cambia si *ese hecho* se vincula a una persona que tenga capacidad para actuar en derecho penal; por ejemplo, a la madre que omite cuidar a sus hijos o a un tercero mayor de edad que empuja al niño.

3. De lo anterior se deriva una idea que condiciona la metodología que se seguirá de ahora en adelante: el análisis jurídico penal empieza por verificar si el sujeto tiene la capacidad que se le exige para que se le vincule a sus actos; esto es, si sus actos puedan serle legítimamente atribuidos como obra suya y pueden por tanto adquirir sentido de *ilícito penal*. Dicho en otras palabras, la capacidad del sujeto para actuar en derecho penal es un presupuesto del delito y, por tanto, es necesario diferenciar entre la teoría del delito y la teoría del sujeto con capacidad penal. Estas ideas se desarrollan en las siguientes líneas a la luz del concepto de «comportamiento típico».

II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO PENAL DE COMPORTAMIENTO

En las siguientes líneas, se ofrece un sucinto resumen que da cuenta de la evolución histórica del concepto penal de comportamiento. En él se

percibirá que cada uno de los conceptos de acción que a lo largo de los últimos ciento cincuenta años se ha formulado ha estado influenciado por las corrientes del pensamiento que en su momento estuvieron en auge. Tener en cuenta esta perspectiva facilitará entender los presupuestos de cada propuesta, los objetivos que persiguen y permitirá además tomar postura en torno a ellas.

1. Concepto causal de acción

1. A finales del siglo XIX, en las ciencias naturales predominaba el enfoque positivista-naturalista, con arreglo al cual los sucesos aprehensibles por los sentidos debían ser observados y descritos antes que ser valorados. En este contexto, surgió el concepto causal-naturalístico de acción, que definió al comportamiento como un «movimiento corporal voluntario que causa una modificación en el mundo exterior» (sistema Lissr-Beling). Su vinculación con el positivismo-naturalista revela, en primer lugar, que si lo que primaba era la observación y descripción de hechos externos, tanto el resultado causado como el movimiento corporal voluntario debían ser componentes del concepto de acción. Y, en segundo lugar, explica por qué la voluntad del sujeto solo importaba como característica del comportamiento, mientras que la finalidad de la voluntad (lo que el sujeto deseaba o quería) era irrelevante. Así, por ejemplo, para que el golpe fuese acción bastaría que el sujeto hubiera querido mover el brazo sin que sea necesario analizar si quería espantar una mosca o golpear a la víctima.

2. La principal crítica que se formuló al concepto causal-naturalístico de acción fue su incapacidad para explicar los supuestos en que no se causa un resultado externo. Ello sucedería en la omisión que, en tanto ausencia de un comportamiento esperado, no causa resultados, y en algunos otros delitos, como los que atentan contra el honor, en que solo se produce una afectación valorativa al bien jurídico.

3. Esta crítica fue contestada parcialmente a partir de los aportes de la filosofía neokantiana. Caracterizada por su interés en las ciencias humanas,

esta propuso que la observación y descripción de un hecho resultaban insuficientes para su explicación y comprensión y exigía, además, su *valoración*. Surge así el concepto causal-valorativo de acción, según el cual la omisión no debía ser vista como una simple inacción o un estar de brazos cruzados; sino, más bien, como la realización de un acto *distinto* al esperado. Este argumento, sin embargo, no logró ocultar que en la omisión el resultado seguía siendo causado por un comportamiento o curso causal *distinto* al omisivo.

2. Concepto final de acción

1. En los años treinta del siglo XX, y a partir de las contribuciones filosóficas de Hönlwald y Hartman, Welzel postuló que en muchos ámbitos la naturaleza tiene un orden que es previo a la intervención del hombre y a este solo le queda adaptarse a ella mediante el conocimiento de las leyes que la rigen. Esta observación dio lugar al concepto de «estructuras lógico-objetivas» para significar la existencia de esas circunstancias o ámbitos (estructuras) que responden a un funcionamiento natural que el hombre no puede modificar (lógico-objetivas). Una de las estructuras lógico-objetivas sería la acción que, en tanto humana, estaría siempre dirigida por la voluntad del sujeto hacia la causación de un resultado: al ser la finalidad de la voluntad consustancial al comportamiento humano, el legislador no puede obviarla ni modificarla.

Sobre esta base, el concepto final de acción definió al comportamiento como acción humana dirigida voluntariamente hacia un fin. En tanto estructura lógica-objetiva, sería un concepto prejurídico y, en oposición al concepto causal, al que tachó de «ciego», la acción final, al introducir la finalidad como elemento del comportamiento, se presentó como «evidente» (Welzel). Si se retoma el ejemplo anterior de las lesiones, el golpear a otro sería una acción final si el sujeto, al mover su brazo, hubiera perseguido lesionar a la víctima y no solo espantar una mosca.

2. Al concepto final de acción se le criticó porque:

- (i) No abarca a la culpa, pues en ella no existiría una dirección voluntaria que guíe el comportamiento. Los partidarios del concepto final de acción respondieron a esta crítica afirmando que en la culpa también existe un comportamiento dirigido voluntariamente a causar un resultado, aunque sea atípico (Hirsch y Armin Kaufmann). Pero ello conllevaría a que en la culpa solo existiría una posibilidad de acción voluntaria y no una acción voluntaria propiamente dicha, y que no interesaría la finalidad de la acción, sino cómo se dirige. Esto dio lugar a que la culpa se definiera como infracción objetiva de cuidado y a que, a diferencia del dolo, en ella solo interesaría el comportamiento y no el resultado. Expresado con un ejemplo: quien en su afán por acercarse a un amigo bota al piso el valioso jarrón, actuaría con culpa; pero el resultado «destrucción del jarrón» no quedaría abarcado por la finalidad del sujeto al haber dirigido su acto a saludar al amigo.
- (ii) El criterio de la «finalidad del comportamiento» no le permitió diferenciar claramente entre dolo eventual y culpa consciente, lo que obligaría a valorar en estos casos solo el aspecto cognitivo del acto: no se trataría ya de una voluntad en el sentido de querer realizar el resultado, sino más bien de aceptar el resultado previsto (dolo eventual) y rechazar el resultado o confiar en que no sucederá (culpa consciente). Así, si el portador del virus del VIH conoce que puede contagiar a su pareja si no se protege, pero confía en que no lo hará porque las posibilidades de transmisión son mínimas, el concepto de acción final afirmaría la culpa consciente y descartaría el dolo eventual aun cuando se produzca el contagio.
- (iii) En la omisión no existe una voluntad que domine el curso causal que produce el resultado. Por eso, en estos casos, algunos finalistas prescindieron de la voluntariedad del comportamiento

y exigieron solo que se conozca que se omite el acto. Expresado en otras palabras, en la omisión (final) concurriría solo el aspecto cognitivo y no la voluntariedad.

3. Concepto social de acción

1. Surgió en la primera mitad del siglo XX y buscó constituirse en un elemento común a todos los tipos delictivos (dolosos, culposos, activos y omisivos) a partir de la definición propuesta por E. Schmidt: acción sería el «comportamiento arbitrario para el mundo externo». Esta fórmula ha sido luego matizada por diversos autores dependiendo del criterio que eligen para la arbitrariedad del acto, pero se suele reconocer como característica de la acción su relevancia social. Con ello se lograría —a diferencia de las teorías causales o finalista— vincular el concepto de acción a la realidad social, lo que impediría que fuese un concepto prejuzgado como los conceptos causal o final de acción.

2. Se increpa al concepto social de acción que la relevancia social es criterio impreciso y confuso que no diferencia con claridad los actos penalmente relevantes de los irrelevantes. Para superar esta objeción, se ha intentado concretar la relevancia social a partir de: a) otorgarle especial importancia a la finalidad del comportamiento (dolo) o a la falta de finalidad esperada (culpa); y b) exigir la exteriorización de dicha finalidad. Ello conduce, como se puede advertir, a un concepto social-final de acción.

3. Dejando por ahora de lado el concreto significado que se le otorga al criterio de relevancia social, el mérito del concepto social de acción es haber demostrado que la relevancia penal del comportamiento se deriva de la valoración social. A partir de este dato, se ha de dejar de concebir al comportamiento penal como el vínculo que relaciona al autor con la víctima o con el resultado que causa y aceptar que el comportamiento penal vincula al sujeto con la sociedad. De esta premisa se derivan consecuencias de singular trascendencia, sobre las que se volverá con ocasión del análisis del comportamiento como comportamiento típico (*infra* capítulo 7, I y II).

4. Concepto negativo de acción

1. Para el concepto negativo de acción, sugerido por Herzberg, comportamiento penal es no evitar lo evitable en una posición de garante, por no evitar cursos causales ajenos (omisión) o por no hacerlo sobre cursos causales propios (acción). En la misma línea, Jakobs ha definido a la acción como la causación de un resultado individualmente evitable.

2. Se objera al concepto negativo de acción que si la posición de garante fuese en realidad un elemento del comportamiento, esta debería exigirse no solo en la omisión impropia; sino también en la omisión pura y en el comportamiento activo, lo que demandaría una revisión completa de la teoría del delito (algo que, por cierto, no debería alarmar). En esta línea, por ejemplo, si, como sugiere el concepto negativo de acción, la evitabilidad del acto fuera un elemento del comportamiento o si el juicio de reproche (en donde se analiza si el *sujeto* puede y/o se le exige evitar el resultado) antecediera al juicio de antijuridicidad (en que se analiza si el *acto* está prohibido o no), debería cambiar el orden de los elementos constitutivos del delito y el concepto de acción sería un concepto de delito.

5. Concepto personal de acción

1. Este concepto, edificado a partir de los aportes de Rudolphi y Arrhurt Kaufmann, pero explicitado por Claus Roxin, concibe a la acción como «manifestación de la personalidad». Acción, en concreto, sería lo que se puede atribuir al hombre como centro anímico-espiritual de acción. Esta definición no abarcaría los casos en que no se exterioriza la personalidad (ideas) y también los que, exteriorizándose, no estaría controlada por la instancia anímico-espiritual del hombre (por ejemplo, cuando el sujeto es empujado y no puede evitar caerse). Al igual que el causal y final, el concepto personal de acción pretende ser un elemento en común entre todas las categorías penales, para lo cual se presenta como una forma prejurídica.

2. Sostener que la acción es manifestación de la personalidad podría distraer la necesaria interpretación que de ella hace la sociedad: lo que se entienda por manifestación de la personalidad está condicionado por la valoración de la sociedad en la cual se inserta el comportamiento. Al centrar su atención en los aspectos anímico-espirituales, el concepto personal de acción debería entender que dichos aspectos y la forma cómo se manifiestan son determinados (percibidos) por la sociedad como algo que pueda ser, para ella y no para el sujeto, un comportamiento penal. Si es así, en realidad se trataría de un concepto social de acción en el que la relevancia penal recaería en la percepción social de la forma cómo se expresa la personalidad.

III. TOMA DE POSTURA.

1. La acción penal como comportamiento típico y la capacidad de comportamiento como presupuesto del delito

1. El repaso dado a los distintos conceptos de acción muestra que, salvo el concepto social y el concepto negativo de acción, el resto concibe a la acción como una situación prejurídica que ha de ser aprehendida por el legislador. Esta premisa colisiona con una idea que aquí se considera fundamental: al derecho penal le interesa únicamente los comportamientos que desvalora y prohíbe. Al derecho penal le conciernen exclusivamente los comportamientos típicos. Los comportamientos atípicos, al no vulnerar norma penal alguna, podrán ser relevantes para otras disciplinas e incluso para otras ramas del derecho, pero son intrascendentes para el derecho penal.

2. La vulneración de la norma penal no debe ser entendida únicamente como un acto que pone en peligro el bien jurídico o como un hecho que agravia al titular de este. Sin dejar de ser correcta, esta aproximación solo *describe* la consecuencia que produce el comportamiento, pero no desentraña su naturaleza. Desde una perspectiva valorativa, como la que

aquí se asume, debe complementarse el razonamiento: si la afectación a la distribución justa de libertades que expresa toda norma penal (*infra* capítulo 7, II, 1) atañe a la colectividad que la diseña y valora como algo absolutamente necesario para su desarrollo libre e igualitario, de manera que los efectos del delito rebasan al círculo de personas en quienes recae materialmente el acto, la vulneración de la norma penal es ante todo una forma penalmente prohibida que elige el sujeto para relacionarse con su entorno. El comportamiento típico como vulneración de la norma es el significado jurídico-penal que expresa la forma en que el sujeto se relaciona con su entorno y no el gesto corporal al cual se le asigna el significado (Vives Antón). Ese significado, que depende de la valoración sotonormativa, es lo que se desvalora y prohíbe.

Dicho con otras palabras, lo que el derecho penal prohíbe es expresar un significado penalmente desvalorado. De ahí que los pensamientos e ideas, al permanecer en la psique del sujeto, no sean formas de relacionarse con el entorno y no tengan entidad para vulnerar normas penales.

3. La prohibición penal del comportamiento se determina con arreglo a los criterios que rigen la cosmovisión de las personas en sociedad y que se plasma en la valoración sociojurídica. Aquí radica el mérito del concepto social de acción, pues la relevancia penal del acto la determina la valoración social. Esta premisa obliga a dividir el análisis penal en dos grandes momentos:

- (i) En primer lugar, para que el derecho penal desvalore y prohíba un comportamiento es necesario que el sujeto pueda comprender el entorno (la realidad) como lo comprende el grupo social que califica de ilícito su comportamiento y, en consecuencia, serle exigible que se relacione con el entorno (que se comporte en sociedad) a partir de dicha comprensión. Esta capacidad de comprensión, conocida como imputabilidad, es un presupuesto del comportamiento típico; pues la legitimación del *ius puniendi* en un Estado de derecho reclama que los únicos comportamientos

penalmente relevantes sean los que puedan ser atribuidos a los destinatarios de la norma penal y tengan la posibilidad de actuar como tal.

Atribuir un comportamiento ilícito a quien no tiene capacidad para comprender la ilicitud o no tiene capacidad para comportarse según dicha comprensión, es una metodología que no se condice con el significado de ilícito (prohibido, desvalorado) en derecho penal. Por tanto, el análisis de la imputabilidad del sujeto antecede al estudio del comportamiento. La imputabilidad como presupuesto del delito se analizará en el siguiente capítulo.

- (ii) En segundo lugar, las características intrínsecas del hecho que hacen de él un comportamiento penalmente relevante también dependen de la forma en que el grupo social comprenda su entorno y se relacione con él.

Que en algunos grupos ancestrales se sacrificara a una persona para pedir perdón a la deidad y solicitar buenas cosechas; que en la actualidad, en algunas sociedades, se condene por infidelidad a la mujer que es agredida sexualmente; o que en algunas sociedades postindustriales sea la causalidad lo que determina la relevancia penal del comportamiento, da cuenta de que cada sociedad desvalora, prohíbe y sanciona comportamientos a partir de su particular comprensión de su entorno y de la forma en que se relaciona con él.

El estudio de las características típicas del comportamiento corresponde a la teoría del delito y se realiza cuando previamente se ha constatado la imputabilidad del sujeto. El Código Penal sistematiza un conjunto de circunstancias que descartan la relevancia penal del comportamiento y le otorgan un significado distinto al de ilícito penal, a las que la denomina «causas de atipicidad», «causas de justificación» y «causas de exculpación»

(legítima defensa, estado de necesidad, error invencible, no exigibilidad de otra conducta, etc.) y que aquí se denominan «causas de exclusión del injusto».

4. La metodología elegida por el legislador parece sugerir que el juicio penal consistiría en descartar la concurrencia de alguna de las circunstancias que excluyen el delito. Pero no es así. Si bien desde un punto de vista práctico tiene sentido que la ley establezca en qué casos no se incurre en responsabilidad penal, resumir el proceso penal a la constatación de alguna causa de exclusión de injusto significaría que se presume la comisión del delito o, lo que es lo mismo, se contravendría la presunción de inocencia e invertiría la carga de la prueba. Si la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, este debe postular y argumentar la imputación del delito (la creación del riesgo prohibido). Si en el transcurso del proceso decae la hipótesis inculpativa del Ministerio Público, no será a consecuencia de una causa de exclusión del injusto, sino porque no se creó un riesgo prohibido (o porque no existen suficientes pruebas para acreditarlo).

En realidad, las causas de exclusión de injusto no lo excluyen, sino que en tales supuestos no es posible afirmar que se haya cometido un injusto: las causas de atipicidad no tornan un hecho típico en atípico, las causas de justificación no hacen del hecho prohibido uno permitido y las causas de exculpación no disculpan a un sujeto responsable de un delito. El común denominador de estas circunstancias es que hacen referencia a comportamientos que desde su origen son de riesgo permitido, ya que no ponen en riesgo bienes jurídico-penales: son hechos penalmente irrelevantes desde su origen y no es necesario justificarlos ni disculpar a quien los realiza.

5. De lo anterior se sigue que las causas de exclusión de injusto que prevé el Código Penal (causas de atipicidad, justificación y exculpación) son declarativas y no constitutivas. Por tanto, se ha de descartar la responsabilidad penal incluso en circunstancias no previstas en la ley

como causas de exclusión del injusto (por ejemplo, estado de necesidad defensivo y, en general, en los casos en que no se exige un comportamiento distinto), siempre y cuando no se haya creado un riesgo penalmente prohibido. Expresado en pocas palabras, lo único que una causa de exclusión del injusto puede probar es que no se creó un riesgo penalmente prohibido.

2. Culpabilidad y necesidad social de pena

1. Considerar a la imputabilidad como un presupuesto del delito y no un elemento de la culpabilidad —como sostiene la doctrina dominante—, obliga a repensar la función y el contenido de la categoría «culpabilidad» y la ubicación sistemática de sus elementos. La tesis que aquí se sigue reza: la categoría culpabilidad, tal cual se le conoce, no está en capacidad de cumplir la función de legitimar el reproche penal, la imposición de la pena ni servir como límite máximo a su determinación judicial y sus elementos (inimputabilidad, exigibilidad de otra conducta y conocimiento potencial de la ilicitud) se explican mejor y tienen una mayor capacidad de rendimiento en otros momentos del análisis penal, en particular en el injusto. La legitimidad del reproche penal y de la pena se deriva de la necesidad social de pena.

Sin perjuicio de ser explicado en los siguientes capítulos, lo anterior, lejos de desvanecer el juicio de reproche penal que en la actualidad se realiza en sede de culpabilidad, lo clarifica. En efecto, que la categoría «culpabilidad» no garantice, a pesar que suele afirmarse que no hay pena sin culpabilidad y que esta fija la medida máxima de pena a imponer, se deriva de una serie de consideraciones.

2. Por un lado, de las críticas que ha recibido la culpabilidad como juicio de reproche basado en una libertad empíricamente indemostrable y del hecho de que la conducta humana depende de una pluralidad de elementos, estímulos, condicionantes, traumas, etc. que escapa a las posibilidades del hombre abarcarlos y averiguar cómo una persona ha actuado en el caso

concreto (un hombre —con sus siempre limitados conocimientos— no puede juzgar a otro hombre). Es muy complejo —por no decir imposible y hasta irracional— que en el marco de un proceso judicial se lleguen a conocer las razones que llevaron a una determinada persona a actuar de determinada forma en un momento determinado.

Como ha manifestado Gimbenat, si un psicoanalista contando con el constante esfuerzo del paciente por colaborar y por superar sus inhibiciones y después de largos años de tratamiento psicoterapéutico, solo aproximada e inseguramente puede llegar a constatar, sobre la base de hipótesis, explicaciones que nunca encuentran confirmación absoluta, qué peso tienen y cuáles son los factores que determinan el comportamiento del analizado, ¿cómo va a poderlo conseguir el no especialista (el juez) en el tiempo muchísimo más limitado de que dispone?

3. Por otro lado, el reproche penal que legitima la prohibición de un determinado comportamiento y la imposición de pena por su realización se deriva de las características típicas del injusto (¿acaso hay algo más reprochable que un comportamiento penalmente antijurídico?) y de las necesidades que la sociedad tenga en sancionar el delito ya cometido y no únicamente de la categoría «culpabilidad». La razón que legitima la imposición de una pena (necesidad de pena) a un imputable es el riesgo prohibido para un bien jurídico que se desvalora en el injusto. No hay nada más inseguro y arbitrario que vincular la medida de la pena al grado de culpabilidad; pues esta, que en un Estado de derecho, solo puede ser culpabilidad por el delito cometido y se afirma automáticamente cuando un sujeto imputable crea un riesgo prohibido y la pena se determina judicialmente sobre la base del criterio de necesidad social de pena.

Un razonamiento parecido ha sido expuesto por la jurisprudencia (RN 3800-00-Huancavelica):

Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal,

sino que además, la gravedad de esta debe ser proporcional a la del delito cometido; ello, a su vez, implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico.

4. Lo anterior queda más claro cuando se revisa los artículos 45 y 46 del CP que regulan los criterios que ha de utilizar el juez para individualizar la pena por el delito cometido. Dichos criterios o bien se vinculan al injusto, o bien son circunstancias posdelictivas. Frente a este marco normativo, los partidarios de mantener a la culpabilidad como elemento del delito no logran explicar cómo y por qué el reproche penal, la pena y su medición judicial se derivarían únicamente del tipo de la culpabilidad o, lo que es lo mismo, de sus elementos (imputabilidad, exigibilidad de otra conducta y conocimiento potencial de la ilicitud) como si solo ellos pudieran ponderar el reproche por el delito. La responsabilidad penal a la que se refieren los artículos VII del TP del CP (la pena requiere de la responsabilidad penal del autor) y VIII del TP del CP (la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho) es la que se deriva de la trascendencia social del delito cometido por un sujeto imputable.

5. Nótese, sin embargo, que el propio artículo VIII, TP, del CP establece que la prohibición para que la pena no sobrepase la responsabilidad por el hecho no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad. Tamaña aberración jurídica, generada por la incapacidad del Estado para prevenir la comisión de delito y alentada por necios que, negando la historia de todos los pueblos, se empeñan en sostener que la criminalidad se combate con el aumento de penas, es incompatible con el Estado de derecho. Frente a esta situación, que no ha podido ser frenada por la «culpabilidad como límite a la pena», solo queda calificar el precepto de inconstitucional e inaplicarlo por contravenir el principio constitucional de proporcionalidad.

6. El criterio de necesidad social de pena sí podría ofrecer solución; pues, como se verá luego, no se refiere solo a la necesidad inmediata de pena, sino que legitima la pena en tanto sea proporcional a los fines que con ella persigue el Estado de derecho. En tal medida, una pena que supere dicha proporcionalidad es de plano inadmisibles. Cuestión distinta y compatible con la responsabilidad por el hecho es que la reincidencia se emplee como circunstancia agravante genérica que permite graduar la pena dentro de los límites legales.

7. Algo similar ocurre cuando se analiza los elementos de la culpabilidad según la doctrina mayoritaria. Así, por ejemplo, con respecto a la *exigibilidad de otra conducta* que, desde los aportes de Frank, Freudenthal y Goldschmidt y el concepto normativo de culpabilidad se la considera un elemento de la culpabilidad como reproche por no haber actuado de manera distinta, aquí se la concibe como un principio del derecho penal que inspira a todas las categorías jurídico-penales y en particular a la tipicidad, a tal punto que lo que no se exige es atípico.

Por otro lado, con respecto al *conocimiento potencial de la ilicitud*, que se suele ubicar en la categoría «culpabilidad» y distinguir del conocimiento de los elementos del tipo (dolo) que se analizaría en la tipicidad (subjetiva), según la sistemática que se sigue en esta obra, este elemento se ubica en el tipo, pues el conocimiento de la ilicitud del comportamiento se desprende de las circunstancias del hecho típico realizado.