
CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Munich

**CULPABILIDAD Y
PREVENCION
EN DERECHO PENAL**

Traductor: MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal

c.01

culpabilidad
y
prevención
en
derecho penal

culpabilidad
y
prevención en
derecho penal

claus roxin

catedrático de derecho penal en la universidad de munich

traducción, introducción y notas de **francisco**

muñoz conde

catedrático de derecho penal

reus, s. a.

INSTITUTO EDITORIAL REUS, S. A.
Peciadros, 23 - Madrid, 1981

ISBN 84-290-1264-8

Depósito legal: M. 856-1981

IMPRESO EN ESPAÑA
PRINTED IN SPAIN

SELECCIONES GRÁFICAS
Carretera de Irún, km. 11,500
Madrid (1981)

A Diego M. Luzón Peña y
Santiago Mir Puig.

ÍNDICE

| | <u>Paginas</u> |
|---|----------------|
| índice de abreviaturas | 11 |
| Introducción, por Francisco Muñoz Conde | 13 |
| Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad | 41 |
| «Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico-penales | 57 |
| La determinación de la pena a la luz de la teoría de Los fines de la pena..... | 93 |
| Prevención y determinación de la pena..... | 115 |
| Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal | 147 |
| Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad | 187 |

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

| | |
|-----------|--|
| BGH | Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal) |
| BGHSt | Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal, colección oficial citada por tomo y año |
| BVerG | Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) |
| GA | Goltdammer's Archiv für Strafrecht |
| JA | Juristische Arbeitsblätter |
| JR | Juristische Rundschau |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| LK | Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (citado por autor del comentario y edición) |
| MDR | Monatschrift für Deutsches Recht |
| MSchrKrim | Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| OLG | Oberlandesgericht (Tribunal Supremo de cada Estado Federal) |
| RGSt | Sentencias del Reichsgericht (Tribunal Supremo alemán antes de 1945) en materia penal, edición oficial citada por tomo y año |
| StGB | Strafgesetzbuch (Código penal alemán) |
| StrRG | Ley de reforma del Derecho Penal |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |

INTRODUCCIÓN

1. Desde hace algunos años viene planteándose en la Ciencia del Derecho Penal una cuestión que no sólo tiene una importancia teórica, sino también y sobre todo una significación práctica evidente. Se trata de decidir, con todas las consecuencias, si el sistema de reacción jurídico-estatal frente al delito cometido debe ser un sistema monista de sanción única (pena o medida) o un sistema dual diferenciado de penas y medidas. La elección entre uno u otro sistema es objeto en la actualidad de viva discusión doctrinal, cuya terminación, a corto o a medio plazo, no es por ahora previsible.

Conforme a un criterio exclusivamente dogmático, que tiene en cuenta sólo el Derecho positivo y hace de él el punto de partida de todas las elucubraciones jurídicas, se puede decir que, desde el punto de vista legislativo, la discusión se ha saldado, por lo menos provisionalmente, en favor de un sistema dualista de sanciones aplicables al autor de un delito. En efecto, ya casi nadie mantiene que la pena, basada en la culpabilidad y en su pura retribución, deba ser el único medio de reacción frente al delito, pues cualquiera que sea la opinión que merezca esta postura en un plano puramente doctrinal, lo cierto es que no es acogida por el Derecho positivo, que prevé también sanciones o, si se quiere, sistemas específicos de reacción frente a los autores «inculpables» de hechos típi-

cos y antijurídicos que en absoluto pueden calificarse como penas. Piénsese, p. ej., en el internamiento previsto en el artículo 8, 1.º, del Código penal para el enajenado autor de un delito.

Pero no es menos cierto que las mismas razones dogmáticas positivas obligan también a rechazar las teorías que propugnan un monismo de signo contrario y que consideran que el presupuesto de la reacción jurídico-estatal frente al delito debe ser exclusivamente la peligrosidad de su autor y la reacción misma una medida de carácter preventivo. Pues es evidente que casi todas las legislaciones del mundo tratan de manera diferente al autor de un delito cuando es un enfermo mental que cuando no lo es. En el primer caso, la reacción estatal frente al autor del delito suele ser la de declararlo exento de pena y, en la medida en que sea peligroso, internarlo en un centro psiquiátrico; en el segundo caso, la reacción consiste en imponerle, normalmente, la pena prevista para el delito cometido.

Esta doble forma de reaccionar frente al autor de un delito, según sea, p. ej., un enfermo mental o una persona sana mentalmente, permite pensar que al sistema dualista de reacción estatal debe corresponder también un sistema dualista de los presupuestos de la reacción misma, que encierre en ellos la justificación de la elección entre una u otra forma de reaccionar y que, consecuentemente con el criterio dogmático adoptado como punto de partida, se encuentre, más o menos explícitamente formulado, igualmente en los preceptos del Derecho positivo. Tras muchos años de elaboración dogmática del sistema jurídico-penal vigente, la doctrina ha deducido de los preceptos legales dos conceptos antagónicos, difícilmente reconducibles a un denominador común, que, de algún modo, justifican y explican el sistema dualista de sanciones vigente en el Derecho positivo. Estos conceptos son **culpabilidad y peligrosidad**. Desde un punto de vista formal, se llama culpabilidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito; se llama peligrosidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida. Culpabilidad y peligrosidad son, pues, los dos puntos de conexión del actual sistema de reacción estatal frente a

la comisión de un hecho típico y antijurídico (1): el hecho típico y antijurídico de un autor culpable dará lugar, por tanto, a la imposición de una pena; el hecho típico y antijurídico de un autor, culpable o inculpable, pero peligroso, dará lugar a la imposición de una medida.

2. Lo que hasta aquí he dicho no representa en absoluto nada que no sea ya archisabido y no se encuentre, más o menos bien formulado, en cualquier manual, libro o tratado de Derecho Penal. La doctrina científica, y con ella la legislación y la jurisprudencia, parece haber llegado a la conclusión de que la eterna discusión, el siempre planteado y hasta ahora nunca resuelto antagonismo entre un Derecho Penal puramente retributivo y un Derecho Penal preventivo, entre el «punitur quia peccatum est» y el «punitur ne peccetur», sólo puede resolverse con esta decisión salomónica en favor del sistema dualista, binario o de la doble vía: pena y/o medida, culpabilidad y peligrosidad, que ya en su día patrocinara, como se ve, con singular fortuna, el suizo Cari Stoos.

Parece, pues, que en esta materia poco más hay que decir. Y, en efecto, poco más dice la que de algún modo se puede calificar como doctrina dominante en la actual Ciencia del Derecho Penal.

Afortunadamente, sin embargo, siempre hay alguien que «disiente» de lo que la mayoría admite y busca por otros derroteros nuevas formas de resolver los viejos problemas o nuevos problemas imposibles de resolver con las ya viejas doctrinas. Y esta «disidencia» es especialmente importante en la materia objeto de este libro, en la que se decide con especial crudeza el destino del Derecho Penal y con él el del poder punitivo del Estado y todo lo que él representa; una materia en la que, por eso, es fácil incurrir en apriorismos metafísicos, en prejuicios ideológicos y en «luchas de escuelas» y en la que faltan los asideros de una clara decisión legislativa, precisamente por la falta de claridad y por la confusión reinantes en la doctrina aferrada en este punto a viejas tradiciones carentes en absoluto de base científica.

(1) Cfr. Maurach: «Tratado de Derecho Penal», trad. y notas de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, tomo I, pp. 58 y sigs.

Una buena teoría jurídico-penal científica que pretenda algo más que simples profesiones de fe o meras suposiciones gratuitas debe someter a la crítica las formas de intervención y de reacción estatal frente al delito y comprobar si los medios y conceptos utilizados son idóneos para la consecución de los fines que teóricamente se les asignan. Si se demuestra su inidoneidad y, a pesar de esto, los fines en su conjunto se alcanzan, ello puede deberse, entre otras cosas, a que los medios empleados para lograrlos y los conceptos utilizados para explicar esos medios cumplen, en realidad, una función latente u oculta mucho más eficaz que la que, abierta y claramente, se les asigna (2). Precisamente es esto lo que sucede con la distinción ya clásica entre pena y medida, entre retribución y prevención, entre culpabilidad y peligrosidad, que sirve de base al sistema dualista vigente en muchos ordenamientos jurídicos. Durante mucho tiempo se ha creído que esta sutil distinción, producto de una elaboración conceptual bastante acabada de la materia jurídica, era la única forma de salvar la contradicción existente entre un Derecho Penal retributivo destinado a compensar la culpabilidad y un Derecho Penal preventivo destinado a proteger los intereses teóricamente más importantes y fundamentales de una convivencia pacíficamente organizada. Sin embargo, la distinción, que tanto trabajo había costado realizar, se muestra en la práctica como una fórmula ambigua, vacía de contenido, que no consigue explicar con suficiente claridad la auténtica función que cumple el Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico y en el actual contexto de los demás sistemas de control social. La crítica al sistema dualista se centra en dos puntos que muestran con gran claridad cuál es la falacia implícita a dicho sistema.

a) Las penas y medidas privativas de libertad, si bien son diferenciadas teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen de hecho la misma finalidad y contenido.

(2) Cfr. Jakobs: «Schuld und Prävention», en «Recht und Staat», Heft 452/453, Tubinga, 1976, p. 3.

Esta proposición, por discutible que pueda parecer, no es sino el resultado de la simple lectura de preceptos legales concretos que se refieren a la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad.

Dice el artículo 25, 2, de la Constitución: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.» Prácticamente, lo mismo dice el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria: «Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad.»

Tras leer estas declaraciones legales, uno se pregunta qué sentido puede tener ya la distinción entre pena y medida, cuando ambas en la práctica de su ejecución tienen asignada la misma finalidad. En el fondo, la equiparación de la finalidad de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad debería conducir a un sistema monista que superase la contradicción teórica entre pena y medida, entre culpabilidad y peligrosidad, entre retribución y prevención del delito. Ello sería por lo demás perfectamente coherente con un planteamiento funcionalista, en el que el efecto de una institución aporta siempre su fundamento. Con un planteamiento de este tipo, la distinción entre pena y medida carece de sentido, ya que tanto una como otra institución vienen a coincidir en la misma finalidad ejecutiva: la reinserción y readaptación social del delincuente. No es por ello extraño que algún penalista americano, influenciado sin duda por el pensamiento funcionalista, haya llegado a decir que la enfermedad mental no es, en realidad, una causa de exclusión de la culpabilidad, ya que su apreciación por los tribunales de justicia casi siempre lleva aparejada el internamiento en un centro psiquiátrico del autor de un delito que haya sido declarado enfermo mental (3),

(3) Cfr. Packer: «Limits of the Criminal Sanction», 1968, p. 134. Citado por Fletcher: «"Ordinary Language Philosophie" und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik», en «Seminar: Abweichendes Verhalten IV, Kriminalpolitik und Strafrecht», ed. por Lüderssen y Sack, 1980, p. 185.

lo que incluso se considera por muchos psiquiatras como una auténtica pena o como una sanción peor que la pena misma (4).

Por las mismas razones, pero invirtiendo los términos, también se podría llegar a decir, invocando el artículo 25, 2, de la Constitución, que en la práctica el Derecho Penal, por lo menos en lo que se refiere a las penas privativas de libertad, no debería ser más que un Derecho de medidas que tuviera por objeto la reeducación y la reinserción social del delincuente, sea o no culpable del delito (5).

b) Un sistema dualista en el que, junto a la pena limitada por la culpabilidad, existe otro tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios e ideas diferentes, constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado.

La pena adecuada a la culpabilidad puede ser efectivamente insuficiente para cumplir las funciones preventivas, general y especial, que tiene que cumplir el Derecho Penal. Piénsese, por ejemplo, en unos abusos deshonestos cometidos por un psicópata sexual que tiene alterada su capacidad de culpabilidad, pero no hasta el punto de poder ser declarado plenamente incapaz de culpabilidad. La pena adecuada a la culpabilidad que conforme al Código penal vigente (art. 430) podría imponerse en este caso al autor del delito apenas sería la de unos meses de privación de libertad; las necesidades preventivas, tanto de defensa de la sociedad como de reeducación (si ello fuera posible) del delincuente, pueden exigir, por el contrario, la aplicación de una medida de internamiento en algún centro especial [si los hubiera (6)] para este tipo de delincuentes por un período de tiempo superior al de la duración de la pena: p. ej., varios años. Según el sistema dua-

(4) Cfr. Szasz: «Ideology und Insanity», New York, 1969, pp. 113 y sigs.

(5) Cfr. Baurmann: «Schuldlose Dogmatik», en «Seminar», cit., páginas 242 y sigs.

(6) Uno de los inconvenientes más importantes para la aplicación consecuente de medidas de seguridad o mejora es la inexistencia de los establecimientos e instituciones adecuadas para llevarlas a la práctica. El caso alemán del «establecimiento de terapia social», introducido en el Código penal el 1-1-1975 y aún no puesto en funcionamiento, es especialmente revelador de esta situación.

lista, en un caso de este tipo procedería la imposición conjunta de la pena y de la medida, y sólo después, en la fase de ejecución, procedería discutir cuál de ellas se ejecutaba primero y si el tiempo de duración de la una se computaría en el tiempo de duración de la otra, cosas que están todavía por aclarar en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, muy alejados todavía de un sistema vicarial puro. En todo caso, está claro que el cambio de nombre, medida en lugar de pena, no puede ocultar la realidad de que la imposición de una medida juntamente con la pena permite al Estado intervenir de un modo más radical e incisivo en la esfera de la libertad individual y prolongar los efectos de una pena que oficialmente no puede ser todo lo extensa que sería deseable desde el punto de vista preventivo, por impedirlo la culpabilidad que le sirve de fundamento.

La situación no puede ser más paradójica: primero se le dice al delincuente que la pena que se le va a imponer viene limitada por su culpabilidad y que esta pena, entre otros fines, tiene como «fin primordial» su reeducación y reinserción social; luego se le dice que para conseguir esta meta es necesario imponerle además una medida muy superior en gravedad y extensión a la pena propiamente dicha.

¿Hasta qué punto no constituye un tal proceder una infracción y una burla de las garantías jurídico-políticas y de los principios limitadores del poder punitivo estatal característicos de un Derecho Penal liberal, entendido en el mejor sentido de la palabra por von Listz como «la infranqueable barrera de la política criminal»?

¿En qué medida no estamos jugando con las palabras y, al cambiar el nombre de pena por el de medida, no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviathan estatal?

Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran «fraude de etiquetas» en el que el Derecho Penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y, por eso, no limitados por los principios penales clásicos, pero

tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos.

¿Es esto síntoma inevitable de la evolución de los sistemas sancionatorios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero, hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionadas de control social? (7).

Todo parece indicar que así es y que, como dice Straten-werth, «la derogación del Derecho Penal tradicional, del Derecho Penal "clásico", parece ser sólo una cuestión de tiempo» (8). Lo que también parece claro es que esta derogación no debería significar necesariamente el sacrificio de las libertades y de las garantías del individuo al poder omnipotente del Estado. Ahí sí que habría que insistir hasta el agotamiento, en lugar de aferrarse tanto en la defensa de unos conceptos incapaces de explicar y cumplir satisfactoriamente esta tarea.

3. Es, pues, el eterno dilema entre la libertad individual y el poder estatal lo que está en juego en toda esta cuestión. Y está claro que el sistema dualista, tal como se concibe en la actualidad, resuelve este antagonismo descaradamente en favor del poder estatal: legitimando su intervención con el concepto de culpabilidad y permitiendo que esta intervención sea prácticamente ¡limitada en el terreno de las medidas.

Es, por todo ello, elogiable y consolador el intento que Roxin hace a lo largo de los distintos artículos que componen este libro de frenar esta tendencia, ofreciendo para ello criterios capaces de dar una interpretación del Derecho positivo diferente y mucho más progresiva, racional y humana que la habitual en esta materia, sacando a la doctrina del callejón sin salida en el que la ha metido el sistema dualista y procurando, no obstante, combinar un máximo de libertad individual con un máximo de eficacia político-criminal. Las ideas fundamentales que Roxin ofrece para solucionar este problema se pueden resumir en estos dos puntos:

1.º) La culpabilidad por sí sola, entendida como posibilidad de actuar de un modo distinto, es insuficiente para jus-

(7) Cfr. Foucault: «Vigilar y castigar», 3.ª ed., 1978, pp. 24 y sigs.

(8) Stratenwerth: «El futuro del principio de culpabilidad», versión castellana de Bacigalupo y Zugaldía, Madrid, 1980, p. 39.

tificar la imposición de una pena. A ella debe añadirse la consideración preventiva, tanto general como especial, de que la pena es necesaria para reforzar el sentimiento jurídico y la fe en el derecho de la comunidad y para actuar sobre el autor del delito, evitando su recaída en el mismo. Cuando ninguno de estos efectos preventivos sean necesarios, por más que el autor haya actuado culpablemente en el sentido tradicional de la palabra, no podrá imponérsele una pena. Por eso, Roxin prefiere hablar de «responsabilidad» en lugar de «culpabilidad», y, en todo caso, dice que «la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena». Y para demostrarlo analiza agudamente los preceptos que en el Código penal alemán regulan el estado de necesidad disculpante, el exceso en la legítima defensa, el error de prohibición y la incapacidad de culpabilidad, en los que claramente se refleja que no es una presunta falta de capacidad para actuar de un modo distinto, sino la falta de necesidad preventiva lo que lleva al legislador a dejar exentos de pena a quienes se encuentran en dichas situaciones. Con ello consigue, además, una ulterior limitación del poder punitivo del Estado, al no ser suficiente ya con la simple culpabilidad para imponer una pena, y una justificación puramente político-criminal, empíricamente verificable, de la imposición de una pena basada en las necesidades preventivas. 2.º) La otra idea básica del pensamiento de Roxin es la de que la culpabilidad constituye el límite máximo, la barrera infranqueable, que en ningún caso puede traspasarse a la hora de determinar la pena aplicable al autor de un delito en el caso concreto. Pero, por debajo de este límite máximo, son sólo las consideraciones preventivas y ciertamente preventivas especiales, es decir, la reeducación y reinserción social del delincuente o, como dice el inciso segundo del párrafo 1.º del § 46 StGB, «los efectos que cabe esperar tenga la pena para la vida futura del reo en sociedad», las que deben tenerse en cuenta no sólo a la hora de determinar la magnitud exacta de la pena concreta a imponer al autor del delito, sino también la concesión a éste de determinados beneficios, como la suspensión condicional de la pena, la dispensa de pena, la amonestación con reserva de pena, la sustitución de la pena

privativa de libertad por una multa, etc., que no tienen otro objeto que evitar el efecto desocializador que el cumplimiento de la pena merecida por la culpabilidad tendría sobre el delincuente, si tuviera que ser efectivamente cumplida. Roxin lleva consecuentemente esta idea hasta el punto de admitir una pena inferior a la correspondiente por la culpabilidad, cuando razones de prevención especial así lo aconsejen, para evitar la desocialización del delincuente, siempre que ello no sea contrario a la «defensa del ordenamiento jurídico» que como cláusula especial de contención de la excesiva atenuación de la pena se recoge, por puras razones de prevención general, en algunos preceptos del Código penal alemán.

Con un Derecho Penal de culpabilidad entendido de esta manera está claro que el Derecho de medidas ocupa un lugar residual, prácticamente aplicable sólo a autores «inculpables», pero peligrosos y necesitados de tratamiento. Pero también en estos casos, dice Roxin, deben darse unos principios limitadores de la intervención del Estado que él ve en las ideas de proporcionalidad y del interés público preponderante. En casos excepcionales de peligrosidad extrema, Roxin admite la imposición de medidas juntamente y en extensión superior a la pena adecuada a la culpabilidad, argumentando que «en estos casos el superior interés público está por encima de la protección de la libertad individual».

Poco más se puede pedir a una teoría que se apoya exclusivamente en el Derecho positivo, «sobre el que es más fácil entenderse que sobre los últimos principios metajurídicos», y que no pretende otra cosa que suministrar las bases de una interpretación del sistema jurídico-penal vigente más progresiva, racional y justa que la que suelen ofrecer una doctrina y una jurisprudencia conservadoras, aferradas a concepciones absolutamente reaccionarias. Y, sin embargo, tampoco el intento de Roxin consigue despejar por completo las dudas y las críticas dirigidas contra el Derecho Penal de culpabilidad y contra el sistema dualista. Falsearía el sentido de esta introducción y no haría justicia a la gran personalidad científica de Roxin si me limitara a exponer este breve resumen de sus ideas y de su significación y no dijera también y al mismo

tiempo cuáles son los puntos oscuros o discutibles de las mismas.

4. Las críticas a la tesis de Roxin se centran en estos dos puntos: a) el concepto de culpabilidad del que parte, y b) la función protectora que asigna a dicho concepto.

Empecemos por el primero.

a) Roxin admite que la culpabilidad es ciertamente insuficiente para justificar la imposición de una pena; pero no dice, y ahí está precisamente el problema, que ello se debe a la debilidad misma del concepto tradicional de culpabilidad que él sigue manteniendo. Pues, como se ha repetido ya hasta la saciedad, un concepto de culpabilidad como éste, que se apoya en la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se actúa, es una ficción generalizadora, imposible de verificar empíricamente en el caso concreto y, por tanto, científicamente insostenible. Cualquier teoría del Derecho Penal que se apoye en o parta de un tal concepto de culpabilidad está destinada al fracaso, no sólo porque la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se obró es empíricamente indemostrable en el caso concreto que se tiene que juzgar (9), sino también porque, aunque se admita, dentro de márgenes más o menos estrechos, la posibilidad abstracta que tiene el ser humano de elegir entre varios haceres posibles —sin que sepamos, sin embargo, las razones que le llevarán a elegir uno de tales haceres—, esta posibilidad no es presupuesta de la culpabilidad, sino de la acción misma jurídicamente relevante a la que pertenece el hecho de que el individuo no actúe coaccionado, pueda dirigir finalmente el acontecer causal, etc. (10).

(9) Cfr. Engisch: «Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtlichen Doktrin der Gegenwart, 2.» ed., 1965, pp. 7 y sigs. En el mismo sentido, Gimbernat Ordeig, en «Estudios de Derecho Penal», Madrid, 1976, pp. 66 y sigs.

(10) Ya las propias causas de exclusión de la acción (fuerza irresistible, por ejemplo) se basan en la imposibilidad de actuar de un modo distinto. Pero la libertad que en este caso se presupone es una libertad entendida de un modo puramente fenomenológicas, como opción entre varios haceres posibles, sin ningún contenido de reproche en su apreciación. Cfr. Muñoz Conde: «Über den materiellen Schuldbegriff», en «Goldammers Archiv», 1978, p. 68. En el mismo sentido, Mir Puig: «Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito», en «La reforma del Derecho Penal», ed. por Mir Puig, Barcelona, 1980,

Roxin intenta sustraerse a estas críticas que se dirigen al concepto tradicional de culpabilidad, asignando a dicho concepto sólo una función limitadora del poder de intervención estatal, reservando la decisión sobre la necesidad de imposición de una pena a una nueva categoría, la «responsabilidad», que, en su opinión, es la que materializa las finalidades preventivas que el concepto tradicional de culpabilidad no puede cumplir. Pero con ello no hace más que irritar a los defensores a ultranza del Derecho Penal de culpabilidad, que ven cómo el concepto de culpabilidad se debilita, se relativiza y pasa a ocupar un papel modesto en el sistema del Derecho Penal (11), y deja insatisfechos a los partidarios de un Derecho Penal sin culpabilidad que ven cómo, a pesar de todo, la culpabilidad sigue desempeñando un papel en la decisión sobre la imposición de la pena o en su determinación (12).

b) Tampoco está exenta de objeciones la tesis roxiniana de que la culpabilidad tiene una función protectora de los ciudadanos, sirviendo en todo caso de límite máximo a la magnitud de la pena que se puede imponer en el caso concreto. Y ello por varias razones.

En primer lugar, porque, como decía Listz (13), ningún fundamento metafísico de la pena —se, la libertad de voluntad— está en situación de poder limitarla. Roxin incurre en este punto en una contradicción difícilmente superable: pri-

página 145. Las mismas críticas se pueden hacer al concepto de **decisión** en el que un sector de la Dogmática de la República Democrática Alemana quiere ver el fundamento del juicio de culpabilidad (Cfr. Lekschas: «Die Schuld als subjektive Seite der verbrecherischen Handlung», 1955, p. 49), pues la decisión, igual que la finalidad, es un elemento integrante de la acción misma y supone la opción entre varios haceres posibles (Cfr. las críticas de Schroeder: «Schuld als Entscheidung», en «Jahrbuch für Ostrecht», tomo XIV/2, 1973, páginas 9 y sigs.).

(11) Cfr. Kaufmann, Arthur: «Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht», en JZ, 1967, pp. 555 y sig.; id.: «Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz», en «Festschrift für Lange», 1976, páginas 27 y sigs.; Lenckner, en «Handbuch der forensische Psychiatrie», ed. por Göppinger y Witter, tomo I, parte A, 1972, pp. 18 y sigs.; id., en Schönke-Schröder: «Strafgesetzbuch Kommentar», 20.^a ed., Munich, 1980, p. 153.

(12) Baumann: Ob. cit., passim.

(13) Listz: «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en «Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge», vol. 1, 1905, pp. 153 y sigs.

mero concede que la culpabilidad es un concepto ficticio de raíces metafísicas incapaz por sí solo de servir de fundamento a la imposición de una pena, luego, sin embargo, atribuye a ese concepto ficticio nada menos que una función limitadora del poder de intervención estatal (14). La culpabilidad, cuyo contenido sigue siendo el tradicional cuestionado por casi todos, e incluso por el propio Roxin, aparece y desaparece como un fantasma al que sólo se da beligerancia cuando interesa buscar un ángel guardián protector que asuste al «coco» del Leviathán estatal y que, en cambio, se oculta cuidadosamente cuando se trata de justificar o fundamentar la intervención del Estado.

Pero es que, además, la función protectora que Roxin asigna al principio de culpabilidad no es tan amplia y eficaz como pudiera pensarse. El principio de culpabilidad sólo serviría, en todo caso, de protección para los autores culpables, pero no para los inculpables, incapaces de culpabilidad, etc., que quedarían abandonados al poder de intervención del Estado. Con razón indica Haffke que el principio de culpabilidad sólo puede desplegar su eficacia protectora a costa de la desprotección del autor incapaz de culpabilidad (enfermo mental, menor de edad, etc.), que queda a merced del terror, de la instrumentalización y de la manipulación de todas las medidas (de seguridad o de «mejora») del poder estatal (15). Mientras más proteja el principio de culpabilidad, menos protegidos serán los que no tienen la suerte de ser culpables. Como dice Baumann, los incapaces de culpabilidad tendrán más razones para temer las medidas estatales que los culpables (16). La tesis de la función protectora del principio de culpabilidad no sólo no elimina los defectos antes denunciados del sistema dualista, sino que en cierto modo puede agudizarlos y potenciarlos.

La tesis de la función protectora del principio de culpabilidad conlleva, por último, una separación tajante entre cul-

(14) Cfr. Kaufmann, en «Festschrift für Lange», dt.; Lenckner, en «Handbuch», cit.; Jakobs: Ob. cit., p. 5.

(15) Haffke, en «Sozialwissenschaften im Studium des Rechts», tomo III, Strafrecht, ed. por Hassemer y Lüderssen, Munich, 1978, p. 163.

(16) Baumann: Ob. cit., p. 242.

pabilidad y prevención, absolutamente disfuncional para el sistema total del Derecho Penal (17). Si la culpabilidad debe limitar lo necesario desde el punto de vista preventivo, es obvio que ella sola, es decir, libre de cualquier finalidad preventiva, debería ofrecer una magnitud penal (18). Pero esta magnitud penal puede o no coincidir con la magnitud penal adecuada desde el punto de vista preventivo. En el primer caso, la coincidencia entre ambas magnitudes penales hace superflua cualquier función limitadora del principio de culpabilidad. En el segundo, la culpabilidad debilita hasta tal punto la prevención que entonces la pena adecuada a la culpabilidad ya no es eficaz desde el punto de vista preventivo y, en todo caso, es disfuncional para un Derecho Penal dirigido exclusivamente a la prevención del delito, con lo que todos los intentos de completar en este caso la culpabilidad con criterios preventivos se derrumban estrepitosamente, poniéndonos ante el dilema de tener que elegir entre una u otra alternativa.

5. No es, pues, una categoría nueva, la «responsabilidad», lo que hay que buscar para suplir o tapar las deficiencias y aporías que presenta el viejo y obsoleto concepto tradicional de culpabilidad. Es el concepto mismo de culpabilidad el que hay que redefinir y dotar de un nuevo contenido para que pueda cumplir, sin contradicciones, ficciones o forzamientos de ningún tipo, la función de fundamento y límite (en la medida en que sea una categoría de la teoría del delito) del poder punitivo del Estado. Precisamente el intento de Roxin se queda a medio camino en esta evolución hacia un nuevo concepto de culpabilidad, porque, aunque destaca la necesidad de justificar preventivamente la imposición de una pena, sigue manteniendo un concepto de culpabilidad ajeno, y aun con-

(17) Cfr. Hassemmer: «Strafzumessung, Strafvollzug und die "gesamte Strafrechtswissenschaft"», en «Seminar: Abweichendes Verhalten III, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität», t. 2, «Strafprozess und Strafvollzug», ed. por Lüderssen y Sack, 1977, pp. 224 y sigs.; Bagigalupo: «Significación y perspectivas de la oposición "Derecho Penal-Política criminal"», en «Revue International de Droit Penal», 1978, 1, p. 16; Luzón Peña: «Medición de la pena y sustitutos penales», Madrid, 1979, pp. 9 y sigs. (quien, sin embargo, ve que esta disfuncionalidad se da más bien entre la prevención general y la prevención especial, cfr. infra).

(18) Cfr. Jakobs: Ob. cit., p. 5.

trario, a las necesidades preventivas. Bastaría, por tanto, con desarrollar un concepto de culpabilidad capaz de acoger en su seno la finalidad preventiva que anima a todo el Derecho Penal para que automáticamente desaparecieran muchas de las objeciones que hemos formulado contra la tesis de Roxin y ésta quedara liberada de todo el lastre que supone el tradicional concepto de culpabilidad.

Creo que en la obra de Roxin hay datos más que suficientes para seguir esta vía y que ha sido el mismo Roxin quien ha marcado la dirección a seguir cuando ya en su ensayo de 1970, «Política criminal y sistema del Derecho Penal», dice que la culpabilidad «viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena» (19). En un Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho dirigido a la defensa de los bienes jurídicos fundamentales para la colectividad y para el individuo que en ella se integra, la culpabilidad debe ser la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué se tiene que recurrir a un medio tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de este medio, y no un obstáculo para el logro de dichas metas.

Pero no sólo la culpabilidad, sino todas las demás categorías de la teoría general del delito deben servir para realizar esta tarea del Derecho Penal. No puede darse, por tanto, una contraposición entre Dogmática jurídico-penal y Política criminal, porque entonces todo el edificio conceptual dogmático se derrumba o queda sin objeto y la Política criminal se queda sin uno de los mejores medios para cumplir sus fines. Si esa contraposición se diera, es claro que uno de los dos sectores ha errado el camino. Pero entonces lo que hay que hacer es corregir los errores y no empeñarse en mantenerlos a toda costa, ahondando el abismo creado entre una y otra. En pocas palabras: Dogmática jurídico-penal y Política criminal están condenadas a llevarse bien. Es por ello por lo que creo que el concepto de culpabilidad aún puede ser salvado y utilizado como un concepto básico del moderno Derecho Pe-

(19) Cfr. Roxin: «Política criminal y Sistema del Derecho Penal», trad. e introducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 67.

nal, siempre que se le conciba de un modo que pueda cumplir perfectamente las metas asignadas al mismo.

Para ello habría que empezar por abandonar de una vez para siempre la vieja concepción, producto de la ideología individualista dominante en el momento en el que surgió como categoría autónoma dentro del Derecho Penal, que ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que sólo afecta al autor de un hecho antijurídico. Realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella (20). Es la sociedad, o mejor la correlación de fuerzas sociales existente en un momento histórico determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad (21). Con razón dice Ross que «la frase "no podía actuar de un modo diverso"..., no es más que una forma de hablar, con la cual se declara en verdad enfáticamente que en las circunstancias dadas **no se podía esperar** que el hombre actuara diversamente de como ha actuado» (22). Y con mucha mayor razón, dice Luzón Peña que «el requisito de la culpabilidad se deriva asimismo de la exigencia de necesidad de la intimidación general: la imposición de pena al no culpable tampoco es necesaria a efectos de prevención general frente a los culpables, pues la impunidad del no culpable no supone merma del efecto inhibitor o intimidatorio de la conminación penal para la persona normalmente motivable, ya que éste no se identifica con aquél; y por la misma razón es menor la necesidad de prevención general si la culpabilidad está disminuida» (23). Si en un momento histórico determinado se consideró, p. ej., que el enfermo

(20) Sobre los juicios de valor como atribución de cualidades que no se encuentran en el objeto juzgado, sino en la subjetividad del que juzga, en referencia al tema aquí tratado cfr. Castilla del Pino: «La culpa», 2.ª ed., Madrid, 1973, pp. 17 y sigs., 45 y sigs.

(21) Cfr. Haffke: Ob. cit., p. 172.

(22) Ross, Alf: «Colpa, responsabilitat e pena», Milán, 1972, p. 259.

(23) Luzón: Ob. cit., p. 46. En el mismo sentido pueden interpretarse las posiciones de Gimbernat, en «Estudios», cit., pp. 77 y sigs., y Mir Puig: Ob. cit., páginas 145 y sigs.

mental, el menor de dieciséis años o el que actúa en error inevitable de prohibición no eran culpables de los hechos cometidos, y, por tanto, no debían ser castigados con una pena, ello no se hizo para debilitar la prevención general y las motivaciones inhibitorias emanadas de la prohibición penal, sino precisamente por lo contrario, porque el efecto intimidatorio general se robustecía al declarar no culpables a unos pocos de los que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando la necesidad de cumplimiento para los demás, que son la mayoría que no se encuentra en dicha situación. Existen además, sin duda, otras razones: posibilidad de elaborar el conflicto por otros medios, separación tajante entre ciudadanos «normales» y ciudadanos «anormales» consiguiendo un efecto marginador y estigmatizador de éstos con la declaración de «enfermedad mental», etc. Pero lo que está claro es que todas estas causas de exclusión de la culpabilidad tienen un origen y un fundamento exclusivamente preventivo y ciertamente preventivo general (24)., aunque en el caso concreto devengan en un problema individual y deban tenerse en cuenta también dentro de lo posible y de los límites que permita la prevención general las finalidades preventivas especiales, p. ej., la resocialización del delincuente o, por lo menos, su *no* desocialización (25).

Evidentemente, estas razones de prevención general pueden, como señala Córdoba Roda, desbordar los límites impuestos por el principio de culpabilidad y exigir una pena superior a la prevista en el respectivo marco penal asignado al delito cometido o incluso, en algunos casos, el castigo de los inimpuntables (26). Pero estas críticas sólo pueden dirigirse a una concepción ahistórica del principio de culpabilidad y de la

(24) Dicha posición cuenta cada día con más partidarios. Aparte de los autores citados en nota anterior, cfr. también Jakobs: Ob. cit., *passim*; Haffke: Ob. cit., pp. 166 y sigs.; Streng: «Schuld, Vergeltung und Generalprävention», en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», tomo 92, 1980, páginas 637 y sigs.; Schöneborn: «Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips», en «Zeitschrift», cit., pp. 682 y sigs.

(25) Cfr. Luzón: Ob. cit., pp. 58 y sigs.

(26) Córdoba Roda: «Culpabilidad y pena», Barcelona, 1977, pp. 39 y sigs.

prevención general. Porque lo cierto es que las necesidades preventivas generales reflejadas en la legislación penal vigente (y son éstas las que aquí importan y no otras) no sólo no permiten en el momento actual legislativo tales exageraciones, sino que incluso se oponen a ellas.

Los preceptos legales concretos que disciplinan la determinación de la pena imponen un marco penal con un límite máximo que nunca puede ser sobrepasado por consideraciones preventivas generales ajenas a la regulación legal. En este sentido, la tesis de Roxin de que la culpabilidad constituye el límite máximo que no puede ser sobrepasado a la hora de determinar la magnitud de la pena a imponer en el caso concreto al autor de un delito, debe aceptarse con ciertas reservas porque los límites del marco penal vienen marcados por diversas consideraciones, aparte de por la culpabilidad. Así, por ejemplo, dice el artículo 61, 4.^a, del Código penal, «cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado que estimen conveniente». Interprétese como se interprete dicho precepto, está claro que lo que no puede sobrepasarse es el límite máximo del marco penal correspondiente al delito, y ello no por imperativo del principio de culpabilidad, sino del de legalidad, que es el que fija los límites dentro de los cuales se puede mover el arbitrio judicial utilizando los criterios que en la citada regla se contienen, que por lo demás, como señala Mir Puig, constituyen una clara confirmación de la función preventiva general del acto de determinación de la pena, al que contribuye también, entre otros factores, la culpabilidad (27). No es, pues, la culpabilidad, sino el marco penal correspondiente al delito cometido, en cuya formación coinciden también otros factores como la consumación o no del delito ejecutado (piénsese en la atenuación de la tentativa), la diversa contribución personal en la realización del delito (piénsese en la atenuación de la pena para el cómplice), las diversas circunstancias atenuantes y agravantes, al-

(27) «Introducción a las bases del Derecho Penal», Barcelona, 1976, páginas 100 y sig.

gunas de las cuales, como las eximentes incompletas, las atenuantes muy calificadas, etc., tienen un régimen especial, etc., las que determinan los límites de la intervención punitiva del Estado (28).

Y lo mismo sucede con el castigo de los inimputables. Desde una concepción determinada de la prevención general podrá solicitarse el castigo de los enfermos mentales que hayan cometido algún delito; pero lo cierto es que esta concepción «sui generis» de la prevención general no es la que se refleja en el Código penal vigente, que declara exentos de pena al «enajenado y al que se halla en situación de trastorno mental transitorio». Otra cosa es que, como hace algún sector jurisprudencial (29), tales conceptos sean interpretados con más o menos concesiones a la defensa social, a sentimientos emocionales de la colectividad o a cualquier otra finalidad ética o moralizante ajena a los fines del Derecho Penal; pero entonces lo que hay que hacer es criticar esa jurisprudencia en la medida en que se aparte de una correcta interpretación de la finalidad preventiva general subyacente a la legislación pe-

(28) Cfr. Quintero Olivares: «Determinación de la pena y política criminal», en «Cuadernos de Política criminal», 1978, núm. 4, pp. 52 y sigs.; Luzón: Ob. cit., pp. 81 y sigs.; Jakobs: Ob. cit., p. 4; Haffke: Ob. cit., página 163; Dolcini: «Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena», en «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1975, páginas 1159 y sigs.

(29) Especialmente en relación con el problema de las psicopatías, pero también en la exigencia de una base patológica en el trastorno mental transitorio y en la denegación, en algunos casos, de las atenuantes de provocación de la víctima y de arrebató u obcecación, la jurisprudencia, como ha puesto de relieve Córdoba Roda, tiene en cuenta consideraciones ajenas a la regulación. Ilustrativo es el caso de la comisión de delitos por celos, en los que se aprecia una circunstancia atenuante si éstos nacen de unas relaciones lícitas, pero se deniega si el vínculo amoroso es ilícito; cfr. Córdoba: Ob. cit., p. 49. También del mismo autor, en Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo: «Comentarios al Código penal», Barcelona, 1972, tomo I, pp. 215, 218, 478, 507 y sigs. El mismo problema se plantea en la jurisprudencia alemana en relación con el exceso en la legítima defensa por «confusión, temor y pánico», cfr. Roxin: «Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal», infra, pp. 167 y siguientes. Recientemente, sobre el tema de la responsabilidad de los psicópatas, cfr. «Burkhardt, Charaktermängel und Charakterschuld», en «Von Nutzen und Nachteil der Socialwissenschaften für das Strafrecht», ed. por Lüderssen y Sack, vol. I, pp. 87 y sigs. (Frankfurt a. M., 1980).

nal vigente. Y si fuera esta misma legislación penal la que claramente permitiera estos desbordamientos preventivos generales (como de hecho ha sucedido en algún momento histórico y sucede respecto a determinadas formas de responsabilidad objetiva o determinados tipos de delitos), sería la legislación vigente la que habría que criticar, pero desde el plano de la *lege ferenda*, de la lucha política o de cualquier otra instancia metajurídica, pero no desde el prisma de unas categorías jurídicas basadas en el Derecho positivo y pensadas para su interpretación y aplicación práctica. Lo que hay que procurar es que, como dice Gimbernat, el Estado, cuando imponga una pena, esté siempre en situación de demostrar que es necesaria para alcanzar una soportable convivencia social (30) y que esta pena sea suficiente en su gravedad, tanto para conseguir la intimidación general como para la afirmación del Derecho y la consiguiente seguridad y confianza de los ciudadanos en el mismo (31). Sólo de este modo podrán acabar todas las objeciones que contra la prevención general se dirigen y que se basan en una pretendida identificación entre ésta y el terror penal (32), sin darse cuenta de que esa identificación se puede dar también con cualquier otra teoría de los fines de la pena, y que no es la prevención general como tal, sino la manipulación de ese concepto por la doctrina, por la jurisprudencia o por la legislación lo que puede hacer del Derecho Penal un derecho de sangre y de lágrimas.

6. Un problema distinto al hasta ahora tratado es el del fundamento material específico que sirve de base a la categoría de la culpabilidad. Una vez despejada la polémica sobre la situación sistemática del dolo, como dolo natural de hecho que

(30) Cfr. Gimbernat: «Estudios», cit., p. 69. Sobre la correlación entre Estado y pena cfr. Bustos Ramírez/Hormazabal Mallaré: «Pena y Estado», en «Papers», Revista de Sociología, 13, 1980, pp. 99 y sigs.

(31) Cfr. Luzón: Ob. cit., p. 35.

(32) Cfr. Bettiol: «Ottimismo e pesimismo in tema di prevenzione», en «Índice Pénale», 1978, núm. 1, p. 12; Boix Reig: «Significación jurídico-penal del artículo 25, 2, de la Constitución», en «Escritos penales», Valencia, 1979, página 132. Sobre los distintos aspectos de la intimidación y sus efectos, cfr. Zimring-Hawkins: «Deterrence», Chicago, 1973, *passim* (hay traducción al español de esta obra, publicada con el título «La utilidad del castigo», México, 1977).

no incluye el conocimiento de la antijuricidad, en favor de la tesis del finalismo, incluyéndolo, por tanto, en el tipo de injusto, y situado igualmente también en el tipo de injusto el sector de la imprudencia constituido por el deber objetivo de cuidado, sólo quedan en la categoría de la culpabilidad otros elementos que también condicionan y sirven de fundamento a la imposición de una pena, pero que no pertenecen sistemáticamente a la categoría del tipo de injusto. Me refiero concretamente a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, al conocimiento de la antijuricidad y a algunos casos de situaciones extremas de necesidad reunidos bajo el nombre de «no exigibilidad de otra conducta». Si no se quiere asignar a cada uno de estos elementos un puesto autónomo e independiente, cada uno constitutivo por sí de una nueva categoría del delito (complicando con ello aún más la ya de por sí complicada teoría general del delito), deberá procurarse reconducirlos a una misma categoría en la medida en que respondan a un denominador común a todos ellos, que sería el fundamento material de la categoría en la que se incluyen. Esta es la verdadera dimensión del problema que en otra ocasión he calificado como «concepto material de culpabilidad» (33), porque de no haber un fundamento material común a todos los elementos condicionantes de la imposición de una pena o de su magnitud en el caso concreto que se incluyen en la categoría de la culpabilidad, quizá estén de más todas las consideraciones que se hacen sobre esta categoría.

Como ya antes he dicho, este fundamento material no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de un modo distinto. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos

(33) Cfr. mi artículo «Über den materiellen Schuldbegriff», cit., pp. 65 y sigs. También mi trabajo «El principio de culpabilidad», en «III Jornadas de Profesores de Derecho Penal», Santiago de Compostela, 1975, pp. 219 y sigs. En contra, Córdoba Roda: «Culpabilidad», cit., pp. 28 y sigs. También en contra de mi posición, Lenckner, en Schönke-Schröder: «Strafgesetzbuch», cit., página 153. En favor, Geddert: «Das Dilema des Justizsystems», en «Seminar: Abweichendes Verhalten IV», cit., p. 296, nota 74. Interesantes consideraciones al respecto, en parte coincidentes con las mías, hace Bergalli: «La recaída en el delito: modos de reaccionar a ella», Barcelona, 1980, pp. 77 y sigs.

normativos (34). Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos haceres posibles que es precisamente el que la norma penal prohíbe con la amenaza de una pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos de la norma. La evolución cultural, la evolución de los conocimientos biológicos, psicológicos y sociológicos han permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en los que, a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir a un sujeto la acción por él cometida y hacerle, en consecuencia, responsable de la misma. El fundamento material común a este criterio de imputación que denominamos con el nombre de culpabilidad, debe buscarse en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. La «motivabilidad», la «capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas», la «posibilidad de motivación por normas» es, según creo (35), la facultad humana fundamental que, unida a otras que le son intrínsecas (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución a un sujeto de la acción cometida por él. Cualquier alteración esencial de esta facultad —cualquiera que sea el origen social psicológico, político o económico que tenga— deberá determinar la exclusión o, si la alteración no es muy importante, la atenuación de la magnitud de la atribución.

Lógicamente, la fijación de este fundamento material no puede realizarse ahistóricamente, al margen de las necesidades preventivas que permitieron su recepción en la legislación penal. Como antes se ha dicho, los límites de lo culpable y de

(34) Sobre la función motivadora de la norma, cfr. Gimbernat: «Estudios», cit., pp. 64 y sigs.; Muñoz Conde: «Introducción al Derecho Penal», Barcelona, 1975, pp. 50 y sigs.; Mir Puig: «Introducción», cit., pp. 106 y sigs.; Luzón: Ob. cit., p. 26.

(35) Cfr. mi artículo «Über den materiellen Schuldbegriff», cit., pp. 73 y sigs. Sobre hasta qué punto esta postura coincide con una culpabilidad por el carácter, tal como la concibe Engisch: Ob. cit., pp. 41 y sigs., cfr. Burkhardt: Ob. cit., pp. 115 y sigs.

lo inculpable, de la libertad y de la no libertad, de la capacidad o de la incapacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, los fija la sociedad y es imposible determinarlos al margen de una normativa concreta (36). Como bien dice Mir Puig, «el fundamento de la culpabilidad no puede derivarse **sin más** de la «naturaleza de las cosas», como cree la concepción tradicional —**no cabe** castigar al inculpable porque **no puede** actuar de otro modo— y como corre peligro de dar a entender la teoría de la no motivabilidad normativa —**no cabe** castigar al inculpable porque **no puede** ser motivado en absoluto por la norma—; es imprescindible introducir un momento **normativo esencial**» (37). Ese momento normativo esencial que Mir Puig ve en que «en un Estado social y democrático de Derecho no se considera **justo** llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad» (38), revierte, en definitiva, en un criterio preventivo general entendido al modo que lo hemos hecho anteriormente (39).

7. Desde esta perspectiva, aquí brevemente descrita, el Derecho Penal de culpabilidad no es más el Derecho Penal retributivo que, ajeno a toda finalidad preventiva, sólo tiene como objeto aparentemente el ejercicio del poder por el poder mismo o la realización de una justicia absoluta en la tierra (40). El Derecho Penal de culpabilidad, concebido en el sentido aquí expuesto, tiene una misión, si se quiere, filosóficamente modesta, pero social y políticamente muy importante: brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con un mínimo costo de represión y de sacrificio de la libertad individual.

La pena adecuada a la culpabilidad puede cumplir perfectamente la función preventiva general, porque, si se entiende la culpabilidad como aquí lo hacemos, es la pena adecuada a

(36) Cfr. Haffke: Ob. cit., p. 172.

(37) Cfr. Mir Puig: «Fundamento», cit., p. 147. En el mismo sentido, Cerezo Mir: «Culpabilidad y pena», en «Anuario de Derecho Penal», 1980, página 365, quien, sin embargo, rechaza cualquier tipo de consideración preventiva en el ámbito de la culpabilidad.

(38) Mir Puig, lug. u. cit.

(39) Cfr. supra 5.

(40) Para Maurach: Ob. cit., t. I, p. 79: «la cualidad principal de la pena retributiva estriba en su carácter absoluto desligado de todo fin».

la culpabilidad también una pena adecuada desde el punto de vista preventivo general. A partir de ella se pueden cumplir también las funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de ayuda o, en todo caso, de no desocialización del delincuente. En la medida que sean compatibles con las exigencias preventivas generales (41), estas necesidades preventivas especiales pueden hacer rebajar la pena hasta límites realmente muy atenuados, suspender la ejecución de la misma, sustituir un tipo de pena por otro, etc. Todo ello son realidades recogidas en gran parte ya afortunadamente en casi todas las legislaciones penales modernas. Gracias a ellas, lo que se consideraba el terrible fantasma del Derecho Penal preventivo se ha convertido en la mejor garantía de eficacia político-criminal de las normas penales y de un máximo de libertad individual.

Sin embargo, un Derecho Penal así concebido, cada vez más racional y controlado, no puede gustar a quienes están acostumbrados a utilizar el poder del Estado en su particular beneficio y en la protección de sus intereses. El Derecho Penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías para el individuo, comienza a ser sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales, pero mucho más eficaces en el control de los individuos y, sobre todo, mucho más difíciles de limitar y controlar democráticamente. En esa tendencia se observa un aumento creciente de la importancia de las medidas y se habla incluso de un Derecho de medidas que se rige por unos principios distintos a los del Derecho Penal de culpabilidad. El sistema dualista ha sido la puerta por la que se ha colado esta nueva forma de control social, sin que prácticamente nadie haya denunciado hasta la fecha con claridad cuáles son los peligros que para la libertad individual se avecinan. El Derecho Penal como instrumento de control social está pasando a un plano secundario, porque las clases dominantes son cada día que pasa más conscientes de que hay otros sistemas más sutiles y más eficaces, pero también menos costosos, de control social, para defender sus intereses y controlar a los que,

(41) Cfr. Luzón: Ob. cit., pp. 19 y sigs.

real o potencialmente, puedan atacarlos. En la medida en que el Derecho Penal de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado y sirve para realizar una finalidad preventiva racional y eficaz desde el punto de vista político-criminal y jurídico-político, se convierte en un obstáculo para esta evolución; en un obstáculo que muchos, consciente o inconscientemente, están ayudando a destruir en aras del «progreso». Entiendo que en tanto no se sepa muy bien a dónde conduce ese progreso, hay que ser muy cautos, al admitir cualquier sistema que suponga una merma en las garantías y derechos de los ciudadanos. Por eso, hoy por hoy, el Derecho de medidas sólo puede tener una importancia secundaria en el total sistema sancionatorio y, en todo caso, igual que el Derecho Penal de culpabilidad, debe estar controlado y limitado por unos principios que salvaguarden los derechos individuales en la misma medida en que lo hacen los principios penales tradicionales. No puedo ahora ocuparme con detenimiento de desarrollar estos principios, pero creo que basta con los siguientes ejemplos para mostrar cuáles son mis ideas al respecto.

a) En primer lugar, la medida puede ser aplicada como **sustitutivo de la pena** en aquellos casos en los que el autor del delito es inculpable, pero peligroso. Piénsese, p. ej., en un enfermo mental peligroso que intenta matar a alguien y muestra tendencias homicidas evidentes. Su falta evidente de capacidad de culpabilidad no puede significar su inmediata puesta en libertad y la indefensión de la sociedad ante él (y en la medida que ello pudiera ocurrir estoy seguro que se le declararía culpable sin más ni más). Es necesario que, aparte de la pena, la sociedad disponga de otros medios de control y de aseguramiento, por lo menos en la fase aguda, de estas personas. Este fue en parte el origen de las medidas sustitutivas de la pena, ya conocidas en los primeros Códigos penales. La aplicación de la medida se hace indispensable en tanto la pena no pueda cumplir las finalidades preventivas. El internamiento en un centro psiquiátrico puede, en cambio, cumplir estas tareas de defensa de la sociedad y de tratamiento del enfermo peligroso.

Pero esta finalidad preventiva que cumple la medida, igual que la cumple la pena, debe ser limitada de algún modo, pues

de lo contrario el afectado por ella, el enfermo mental, sería de peor condición que el cuerdo que comete el mismo delito y al que se le aplica una pena (42). La medida, como la pena a la que sustituye, tiene que estar limitada de algún modo. Y parece lógico que estos límites deben ser, en principio, los mismos que tiene la pena. Conforme al principio de intervención mínima, la medida debe durar el tiempo indispensable para conseguir eliminar la peligrosidad criminal del enfermo mental. Conforme al principio de proporcionalidad, la medida no podrá ser desproporcionada ni a la peligrosidad criminal del sujeto, ni a la gravedad del delito cometido y de los que sea probable vaya a cometer en el futuro. La referencia a la gravedad del delito cometido y a la de los que sea probable el sujeto pueda cometer en el futuro, medidas por el marco penal que los respectivos delitos tengan asignado, impide que la duración de la medida sea superior a la de la pena que le hubiera correspondido al sujeto, caso de ser culpable. Es, pues, fundamental que la gravedad del delito cometido, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no debe ser rebasado en ningún caso, aunque quizá la medida durante ese tiempo no haya logrado alcanzar sus objetivos preventivos. Pero éste es un riesgo que la sociedad debe asumir, lo mismo que asume diariamente el de la reincidencia de los que, habiendo cumplido su condena en la cárcel, salen en libertad.

b) En segundo lugar, la medida excepcionalmente puede ser impuesta **juntamente con la pena** en aquellos casos en los que junto a la culpabilidad se da también una peligrosidad relevante en el autor del delito, siempre que la forma de ejecución de la pena no pueda cumplir una buena función preventiva. Pero en este caso, además de los principios ya citados, deberá darse preferencia a la ejecución de la medida, abonándose el tiempo de duración de ésta en el tiempo de duración de la pena. Si una vez cumplida la medida se comprueba que las finalidades preventivas, general y especial, se han realiza-

os) En el mismo sentido Quintero Olivares: «Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal», en «La reforma penal y penitenciaria», Santiago de Compostela, 1980, pp. 569 y sigs.

do satisfactoriamente, el resto de la pena que aún quede por cumplir dejará inmediatamente de aplicarse, ya que su aplicación podría poner en peligro esas finalidades preventivas. Este **sistema vicarial** es, a mi juicio, el único compatible con la finalidad asignada a las penas y medidas privativas de libertad en la Constitución y en la Ley General Penitenciaria (43). Con ello, la pena adecuada a la culpabilidad constituye el límite máximo de la duración de la privación de libertad cuya ejecución se unifica. Sólo en algunos casos muy excepcionales de gran peligrosidad comprobada respecto a la probable comisión futura de delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual, podría pensarse en rebasar este límite máximo, si, a pesar de la ejecución de la pena y la medida, no ha podido eliminar esta grave peligrosidad. Pero incluso en estos casos (que deberían quedar fijados taxativamente en la ley) se debería imponer un límite máximo de duración del internamiento que no podría ser rebasado. La verdad es que estos casos son casos extremos que muy raramente se dan y que incluso cuando se dan no siempre el mejor tratamiento consiste en una privación de libertad indefinida. El tratamiento de los enfermos mentales, toxicómanos, etc., no siempre requiere obligatoriamente el internamiento, o éste al poco tiempo puede ser sustituido por medidas menos radicales como el tratamiento ambulatorio, la psicoterapia, etc. En estos casos también se debería recurrir a estas medidas menos radicales. También aquí la sociedad debe asumir unos ciertos riesgos frente a este tipo de delincuentes y no negarles desde el principio y para siempre cualquier posibilidad de volver a la libertad, porque, como dice Szasz, «lo que debemos preguntarnos no es si la reclusión protege o no protege a la comunidad de los pacientes mentales peligrosos, sino más bien cuál es el peligro contra el que la protege y por qué medios lo hace» (44).

Sólo teniendo en cuenta estos principios pueden evitarse los inconvenientes y contradicciones del actual sistema dualis-

(43) Sobre el sistema vicarial en general, **Jorge Barreiro**: «Las medidas de seguridad en el Derecho español», Madrid, 1976, pp. 183 y sigs.

(44) Cf. Szasz: Ob. cit., p. 119.

ta. Por supuesto que ello implica el rechazo de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que ni siquiera respeta el principio de la previa comisión de un delito como presupuesto de la reacción sancionatoria y que confunde peligrosidad social y peligrosidad criminal (45). Pero también el rechazo, en esta materia, del Proyecto de Código penal de 1980, que en el título IV del libro I pretende configurar las medidas posde-lictuales de acuerdo con los principios del sistema dualista, admitiendo medidas de duración indeterminada y permitiendo la acumulación de pena y medida (46). Todavía estamos a tiempo de prevenir tales aberraciones y de conseguir que el futuro Código penal, que actualmente se debate en el Parlamento, traiga un Derecho Penal más justo, eficaz y humanitario que el que tenemos. Creo que a ello puede contribuir mucho el libro de Claus Roxin que aquí presentamos.

En el capítulo de agradecimientos quisiera, para terminar, dar las gracias a las personas que han hecho posible este libro: a Claus Roxin, que con gran liberalidad ha dejado a mi criterio la selección de sus artículos; a Diego M. Luzón Peña, que generosamente ha permitido que uno de los artículos por él traducido forme parte de este libro; a Mercedes García Aran, que ha corregido los originales y las pruebas y me ha hecho valiosas sugerencias sobre la traducción de algunos términos, y a la Editorial Reus, que desde el primer momento acogió favorablemente la idea de su publicación.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Playa La Antilla, Lepe (Huelva)
Septiembre 1980.

(45) Cfr. Barbero Santos-Morenilla Rodríguez: «La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social: su reforma», en «Doctrina Penal», año 2, abril-junio 1979, número 6, pp. 217 y sigs.

(46) Cfr. Quintero Olivares: «Reflexiones», cit.

REFLEXIONES POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (*)

I. En la actual Ciencia del Derecho Penal se discute viva mente la cuestión de si la pena se puede justificar por la «culpabilidad» del delincuente. La tesis más radical, partidaria de suprimir por completo el concepto de pena, argumenta de un modo aparentemente concluyente: la culpabilidad supone que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo ha hecho; pero una «libertad de voluntad» de esta clase no existe o, como todo el mundo reconoce, no se puede demostrar científicamente; aunque existiera en abstracto, no se podría demostrar en todo caso con seguridad si un delincuente concreto puede actuar de un modo distinto en el momento de cometer el delito. Y puesto que no es posible demostrar la existencia de la culpabilidad y dado que no se pueden derivar deducciones científicas de premisas indemostrables, tampoco se puede trabajar con el concepto de culpabilidad. Si la pena es la respuesta a una conducta culpable, la indemostrabilidad de la culpabilidad lleva consigo «eo ipso» la supresión de la pena. No con la pena, sino con un sistema de medidas de seguridad debe protegerse la sociedad de los abusos individuales que perturben la paz social.

II. Contra esta tesis, que prácticamente dejaría sin base

(*) El texto original alemán («Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuld-prinzip») ha sido publicado en «Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform», 1973, pp. 316 y sigs., y en «Strafrecht und Strafrechtsreform», editado por Madiener, Papenfuss y Schöne, Carl Heymanss Verlag KG-Colonia-Berlin-Bonn-München, 1974, pp. 281 y sigs. Para la traducción se ha utilizado la última versión. (Nota del Traductor.)

nuestro tema, no se puede argumentar como lo ha intentado hacer el Proyecto de Reforma del Código penal elaborado por el Gobierno de la República Federal Alemana en 1962 (el llamado Proyecto 1962), diciendo en su Exposición de Motivos (página 96) lo siguiente: «Un Derecho Penal de culpabilidad supone ciertamente que existe una culpabilidad que puede comprobarse y graduarse. El Proyecto cree en estos presupuestos. El concepto de culpabilidad está vivo en el pueblo... Tampoco la ciencia puede privar de fundamento el convencimiento de que existe culpabilidad en el actuar humano, como demuestran las más recientes investigaciones.»

Razonamientos como los acabados de citar sólo sirven para hacernos saber que la culpabilidad puede existir, pero no la demuestran, sustituyendo la demostración por un «acto de fe». Pero en tanto la cuestión de la culpabilidad se conciba como un problema del conocimiento, el legislador no está legitimado para hacer declaraciones de este tipo. Los problemas del ser no son de su incumbencia. El legislador puede dar valoraciones, pero no ordenar que es posible que alguien puede actuar de un modo distinto a como lo ha hecho.

¿Puede deducirse de todo esto que el concepto de culpabilidad está científicamente superado y que el Derecho Penal debe ser sustituido por un sistema de medidas? No creo que esto fuera conveniente desde un punto de vista político-criminal. Dejemos por ahora a un lado la cuestión del fundamento teórico del Derecho Penal de culpabilidad y veamos cuál es el papel desempeñado por el concepto de culpabilidad en Derecho Penal.

Hasta el presente, el concepto de culpabilidad ha venido cumpliendo dos funciones prácticas diversas que deben separarse estrictamente y valorarse de un modo absolutamente distinto. La primera función sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución. Una tal retribución, entendida como imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, supone lógicamente la existencia de una culpabilidad que puede ser compensada («anulada», «expiada»). De este modo la culpabilidad tiene un efecto perjudicial para el acusado, legitimando el mal que se le impone.

La segunda función que cumple el concepto de culpabili-

dad tiene un carácter opuesto. La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta segunda función del concepto de culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad. La tesis que pretendo mantener y desarrollar detenidamente en este trabajo y que ya he mantenido en un trabajo anterior (1), si bien tan abreviadamente que ha dado lugar a malos entendidos, es la siguiente:

El concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función.

III. Empezaré por la teoría de la retribución. La teoría de la retribución es científicamente insostenible y desde un punto de vista político-criminal es perjudicial. Su falta de solidez científica no se deriva únicamente del hecho ya citado de que consecuencias perjudiciales para el delincuente, como la pena, no pueden fundamentarse en la hipótesis empíricamente incierta de poder actuar de un modo distinto. La teoría de la retribución no es además aceptable, porque la premisa de la que parte, que el hecho ilícito cometido por el delincuente debe ser compensado y anulado por la pena retributiva, es irracional y es incompatible con las bases teóricas de una democracia. En tanto se haga derivar el poder estatal de la autoridad divina, no habrá más remedio, si se quiere ser consecuente, que contemplar al juez como ejecutor terrenal de un Tribunal divino y considerar su sentencia como compensación de la culpabilidad y restablecimiento de la justicia. Pero, como en una democracia todo poder estatal (inclusive el poder judicial) únicamente procede del pueblo, la sentencia judicial

(1) Cfr. mi exposición en JuS, 1966, 384, recogida después en «Strafrechtliche Grundlagenprobleme», 1973, pp. 20 y sigs. (Hay traducción al castellano de esta obra realizada por Diego M. Luzón Peña con el título: «Problemas fundamentales del Derecho Penal», Madrid, 1976, pp. 27 y sigs. (Nota del Traductor.)

carece de legitimación metafísica-teológica y su fundamento, exclusivamente racional, descansa en la voluntad de los ciudadanos. Esta voluntad está dirigida a finalidades de prevención general y especial y no a una compensación de la culpabilidad cuya realización está sustraída al poder humano. Todavía puede leerse en Maurach (2), uno de los últimos representantes de la teoría clásica de la retribución, lo siguiente: «La mejor cualidad de la pena retributiva es su majestad libre de todo fin, como se expresa en la exigencia kantiana de que se imponga al último asesino la pena que merece incluso en el caso de que la sociedad se fuera a disolver voluntariamente.» En esta cita se puede observar claramente hasta qué punto se prescinde totalmente de la necesidad de proteger la convivencia social, a pesar de que por su propia naturaleza todo poder estatal que se apoya en la convivencia humana y que se propone garantizar su coexistencia, está limitado por esta finalidad.

La teoría de la retribución es, además, perjudicial desde un punto de vista político-criminal. Es prácticamente imposible relacionar una teoría que ve la pena como la «imposición de un mal» con una moderna ejecución de la pena que pretenda una prevención eficaz del delito (3). Una ejecución de la pena sólo puede tener éxito cuando intenta corregir los fallos sociales que han llevado al condenado a delinquir, es decir, cuando está configurada como ejecución resocializadora de carácter preventivo especial. Pero para una ejecución penal de este tipo, la teoría de la retribución apenas ofrece puntos de apoyo teóricos.

Por todas estas razones, la misión del Derecho Penal no puede consistir en retribuir la culpabilidad, sino solamente en la resocialización y en las ineludibles exigencias de prevención general. Prácticamente se reconoce hoy esto por casi todo el

(2) «Allg. Teil», 4.^a ed., 1971, 77. (La cita corresponde a las pp. 79-80 del tomo I de la traducción castellana de la 2.^a ed. de esta obra realizada por Juan Córdoba Roda, con el título: «Tratado de Derecho Penal», Barcelona, 1962.) (Nota del Traductor.)

(3) Con razón habla Rudolf Sieverts (voz: Kriminalpolitik, en «Handwörterbuch der Kriminologie», 2.^a ed., t. II, p. 3) de que la teoría retribucionista en la ejecución penal ha sido de una «esterilidad pavorosa».

mundo, incluso también por aquellos que siguen considerando que la misión del Derecho Penal consiste en la retribución. La fórmula, hoy día tan utilizada, «prevención general a través de retribución» no caracteriza una teoría absoluta, sino una relativa. Su debilidad consiste solamente en que no puede explicar por qué las necesidades de prevención general tienen que conducir forzosamente y sin excepciones a una retribución que se corresponda lo más exactamente posible con el grado de culpabilidad. Esta necesidad que se da por supuesto no está en absoluto demostrada por investigaciones empíricas; la suspensión condicional de la pena y otras limitaciones de las penas privativas de libertad que se llevan a cabo por razones político-criminales demuestran claramente que una tal concepción tampoco sirve de base a la ley positiva (a pesar del confuso carácter de compromiso que presenta el § 13 StGB) (4). Por eso mismo, el muy discutido § 59, 2 del Proyecto alternativo, según el cual en la fase de determinación de la pena sólo puede llegarse al grado máximo de la culpabilidad, siempre que ello fuera necesario por razones de prevención general o especial, es la única formulación teóricamente correcta de una determinación de la pena que prescinde de la retribución como fin *en sí* misma. Una *concepción* distinta sólo puede mantenerse si se sigue aferrado a una teoría retributiva totalmente desligada de las necesidades político-criminales (5). Así sucede, p. ej., con Maurach (6), para quien «la pena, incluso en los casos de escasa o nula necesidad de prevención... no puede descender por debajo del límite que impone la necesidad de una justa retribución de la culpabilidad reflejada en el delito». Ello es consecuente para

(4) Cfr. al respecto ahora las ponderadas consideraciones de Lackner: «c§ 13 StGB -eine Fehlleistung des Gesetzgebers?», en «Festschrift für Gallas», 1973, pp. 117 y sigs. (El § 13 a que se refiere el texto es ahora, a partir de la entrada en vigor de la nueva Parte general, el § 46. El cambio de numeración no ha afectado su contenido; véase su texto infra, p. 115. (Nota del Traductor.)

(5) A veces se olvida esto en la discusión. Cfr., p. ej., el informe publicado en la ZStW, t. 80, 1968, pp. 119 y sigs., así como las comunicaciones de Gallas (lug. cit., pp. 1 y sigs.) y Jescheck (lug. cit., pp. 54 y sigs.).

(6) Lug. cit., p. 81 (t. I, p. 82 de la ed. castellana). (Nota del Traductor.)

un partidario de una teoría absoluta de la pena. Pero ¿de dónde procede y cómo se legitima esa forzosa «necesidad de una retribución justa», cuando falta todo tipo de «necesidad preventiva»? Esto es un jeroglífico en cuya solución tiene que fracasar una teoría puramente retributiva.

IV. Una cosa distinta es la culpabilidad cuando se emplea como criterio limitador de la pena. El principio de que la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad, al contrario de lo que sucede con el principio retributivo, no tiene un origen metafísico. Más bien es producto del liberalismo ilustrado y sirve para limitar el poder de intervención estatal. De él se derivan una serie de consecuencias que se cuentan entre las más eficaces garantías del Estado de Derecho y que por eso mismo no deben ser abandonadas en ningún caso. Así, p. ej., el principio formulado por Feuerbach, «nullum crimen, nulla poena sine lege», acogido en la legislación penal de la mayoría de los Estados civilizados, está estrechamente vinculado a la función limitadora de la pena que tiene el principio de culpabilidad: quien antes de cometer un hecho no puede leer en la ley escrita que ese hecho está castigado con una pena, no puede tampoco haber conocido la prohibición y, en consecuencia, no tiene, aunque la infrinja, por qué considerarse culpable. El principio de culpabilidad exige, pues, que se determine claramente el ámbito de la tipicidad, que las leyes penales no tengan efectos retroactivos y que se excluya cualquier tipo de analogía en contra del reo; vinculando, de este modo, el poder estatal a la *lex scripta* e impidiendo una administración de justicia arbitraria. El principio de culpabilidad sirve también para determinar el grado máximo admisible de la pena cuando de un modo inequívoco se lesiona una ley escrita. Si alguien conduciendo un vehículo de motor produce un accidente por un ligero descuido, quizá pueda parecer conveniente desde un punto de vista de prevención general la imposición de una pena grave; pero la vigencia del principio de culpabilidad obliga también a imponer una pena leve en casos de imprudencia simple, impidiendo así que se sacrifique la libertad del individuo en interés de la intimidación general.

Lo mismo hay que decir respecto a la extensión extrema

de la prevención especial. El que alguien robe una bicicleta puede considerarse en algún caso como síntoma de una grave alteración de la personalidad, aunque el delito no tenga mayor importancia. Si se contemplara este hecho con un criterio unilateral de prevención especial, habría que internar al delincuente en un establecimiento y tratarlo durante un período de tiempo que quizá durara varios años, hasta que pudiera adaptarse a la vida social y salir libre, completamente curado. Pero también en estos casos el principio de culpabilidad obliga a limitar la duración del tratamiento, independientemente de su resultado, conforme a la escasa importancia del delito, preservando la autonomía individual de los excesos de la intervención estatal.

V. Esta función limitativa de la pena que tiene el principio de culpabilidad debe seguir- manteniéndose. La libertad individual en el mundo moderno no es algo tan evidente como para que se pueda renunciar a asegurarla con la ley. No hace falta siquiera mencionar un régimen terrorista, negador de los derechos humanos, como el que vivió Alemania bajo la dictadura fascista de 1933-1945. En todo caso, poco puede hacerse con leyes contra este tipo de dictaduras. Pero en cualquier sociedad pueden darse penas intimidativas que superen con creces los límites de la culpabilidad individual, si no se adoptan garantías legales. De lo que se trata es de impedir que esto suceda. Pues de acuerdo con la concepción actualmente dominante en Alemania, que puede estimarse correcta, lesiona la dignidad humana que alguien pueda ser privado de su libertad por más tiempo del correspondiente a una responsabilidad, que en todo caso está sometida al «in dubio pro reo», sólo porque de este modo puede apartarse a otros de la comisión de hechos punibles. Por las mismas razones es objetable también una excesiva prevención especial, por mucha fe que se tenga en ella. Como es sabido, existen todavía partidarios de reformas radicales que, partiendo de un puro sistema de medidas, quieren renunciar a un Derecho Penal de hecho basado en tipos legales determinados, haciendo de la peligrosidad social el único motivo de tratamiento estatal. Pero las concepciones de esta clase deben ser rechazadas, porque la posibilidad de una adaptación social coactiva ilimitada coartaría en

gran manera el libre desarrollo de la personalidad, que es uno de los presupuestos de una feliz convivencia humana. La tranquilidad humana exige también la libertad de la conducta no conforme y ■—en tanto no se perjudique con ello gravemente la libertad ajena— hasta cierto punto la inadaptación social. Todo ello garantizado, frente a las pretensiones totalitarias de tipo preventivo especial, por el principio de culpabilidad.

VI. Con mis tesis pretendo, por tanto, separar el concepto de culpabilidad del principio retributivo, con el cual se considera muchas veces está indisolublemente unido, y emplearlo únicamente en tanto sirva para limitar el poder de intervención estatal. Contra esta reducción del concepto de culpabilidad a **una** de sus dos funciones tradicionales no creo que se puedan oponer objeciones fundadas.

1. La objeción de que en Derecho Penal no se puede partir de una hipótesis tan indemostrable como la existencia de la libertad de la voluntad ni de la posibilidad de una culpabilidad humana derivada de ella, sólo es convincente en tanto con esta concepción se perjudique al delincuente. Pero el principio de culpabilidad en su función limitadora sólo tiene efectos favorables para el delincuente. Contra ello no se puede argumentar que la total supresión de la pena, que llevaría implícita la renuncia al principio de culpabilidad, favorece todavía más al delincuente. Pues en este caso su conducta no quedaría sin sancionar, sino que estaría sometida a las medidas de seguridad estatales a las que faltarían las garantías liberales que concede el principio de culpabilidad. No se puede, por consiguiente, discutir ni criticar bajo ningún punto de vista lógico-jurídico el que el principio de culpabilidad favorece al delincuente. Las presunciones en favor del individuo son un medio técnico-jurídico usual y perfectamente admisibles desde el punto de vista de un Estado de Derecho. Ni siquiera hace falta suponer que el legislador, al utilizar el grado de culpabilidad como límite del poder de intervención estatal, pronuncia un juicio sobre la existencia de la libertad de voluntad humana, para lo que no es, por supuesto, competente. No se trata de formular declaraciones ontológicas, sino de un postulado político-criminal dirigido a los jueces: «Debéis tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona

capaz de una decisión autónoma y de responsabilidad, siempre que su capacidad de motivación normal no esté anulada por perturbaciones psíquicas.» Tales reglas de juego sociales, que ayudan a una ordenación satisfactoria de la convivencia humana (y en general determinan toda la vida social de la persona, incluso fuera del ámbito jurídico), no deben considerarse como constataciones ontológicas pseudocientíficas; son simplemente principios normativos reguladores que no deben enjuiciarse según los criterios «verdadero» o «falso», sino según su utilidad o dañosidad sociales. Creo haber demostrado que el principio de culpabilidad en esta función limitadora de la pena debe considerarse como algo útil desde un punto de vista político-criminal.

Sin embargo, esta teoría, que pretende servir de fundamento teórico a la concepción de la culpabilidad del Proyecto alternativo, es discutida incluso entre los autores de dicho Proyecto de reforma. Recientemente, y adhiriéndose a la opinión de Arthur Kaufmann (7), escribe Lenckner (8): «En última instancia el problema de la libertad de voluntad tampoco puede atenuarse, reconociendo a la culpabilidad únicamente una función limitadora y considerando que su único sentido consiste en limitar la pena que por otras razones es legítima y necesaria, y en proteger así al individuo de los abusos del poder punitivo del Estado (con otras palabras, exigiendo la culpabilidad sólo para favorecer al ciudadano convertido en delincuente). Si la culpabilidad es un factor limitador de la pena, igualmente debe ser también presupuesto de ella —toda condición (adicional) de la penalidad la limita al mismo tiempo y, a la inversa, todo lo que limita esa penalidad es al mismo tiempo presupuesto del castigo. La cuestión de si existen en general culpabilidad y libertad no puede, por consiguiente, dejarse en el aire».

A esto se puede replicar: la frase «la culpabilidad limita la pena, pero no la fundamenta» es, en efecto, incorrecta desde el punto de vista lógico y merece las objeciones que con

(7) JZ, 1967, p. 555.

(8) «Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit», en «Handbuch der forensische Psychiatrie», t. I, parte A, 1972, p. 18.

gran claridad ha dirigido contra ella Lenckner; no obstante, estas objeciones sólo afectan a su incorrecta formulación, pero no a su esencia misma. Exactamente debe decirse que la culpabilidad es un medio de limitar **sanciones jurídico-penales**, pero no de fundamentarlas, y que una sanción jurídico-penal limitada por el principio de culpabilidad se llama pena. Y puesto que la culpabilidad, como se deduce de la existencia de las medidas, no es presupuesto de todas las reacciones que prevé el Derecho Penal y muchas de estas sanciones se tienen que imponer independientemente de ella, tal como sucede en el actual Derecho vigente, lo único que le queda es su función limitadora, así que su aceptación en un sistema dualista únicamente es admisible como un postulado que sirve para proteger al delincuente. La culpabilidad es, por consiguiente, una condición necesaria, pero no suficiente de la pena. «Quod erat demonstrandum.»

2. Tampoco me parece convincente una segunda objeción contra el principio de culpabilidad, según la cual dicho principio no puede cumplir una función limitadora porque no se puede calcular con exactitud la pena correspondiente a la culpabilidad. Indudablemente es cierto que no es posible una cuantificación exacta de la culpabilidad de tal manera que a un hecho determinado pueda corresponder una pena calculada con rigor matemático. Pero tampoco es esto necesario. Pues la función político-criminal del principio de culpabilidad consiste, como ya hemos visto, sobre todo en impedir que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena, y los abusos de este tipo (en los que la pena no guarda relación con la culpabilidad del delincuente) se pueden reconocer rápidamente. Además, hay que tener en cuenta que la «teoría de la determinación de la pena», que en los últimos años se ha convertido en una ciencia autónoma (9), puede determinar

(9) Cfr. Dreher: «Über die gerechte Strafe», 1947; Spindel: «Zur Lehre vom Strafmaß», 1954; V. Weber: «Die richterliche Strafzumessung», 1956; Warda: «Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht», 1962; Bruns: «Strafzumessungsrecht», Allg. Teil, 1967 (2.^a ed., 1973); Henkel: «Die "richtige" Strafe», 1949; Stratenwerth: «Tatschuld und Strafzumessung», 1972 (hay traducción de Bacigalupo y Zugaldia en: «El futuro del principio de culpabilidad», Madrid, 1980). (Nota del Traductor.)

y sistematizar perfectamente con criterios racionales las circunstancias agravantes y atenuantes de un suceso (es decir, los factores que agravan y atenúan la culpabilidad). Si los Tribunales todavía hoy muestran grandes vacilaciones al enjuiciar el grado de culpabilidad, no es porque este enjuiciamiento sea por principio imposible, sino por el tradicional abandono y la escasa elaboración científica que ha tenido una teoría racional de la determinación de la pena que trabaje con el principio de culpabilidad. En el fondo se trata únicamente de que se garantice, al determinar el grado máximo de la pena, el principio de trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Aunque esto puede ser a veces difícil de conseguir en la práctica, sigue siendo teóricamente posible y precisamente una de las máximas que debe presidir la actividad judicial es la de acercarse lo más cerca posible al ideal. Y dado que en los últimos años comienza a imponerse cada vez más la tesis favorable a la revisión total o lo más amplia posible de la determinación de la pena por los Tribunales de casación o apelación (10), es sólo una cuestión de tiempo el que la teoría de la determinación de la pena pueda hacer valer en toda su extensión también en la práctica la función limitadora y garantizados de la seguridad jurídica que en teoría se le atribuye.

3. Contra el principio de culpabilidad se aduce también otro argumento que se deriva de la existencia de las medidas. El dualismo de nuestro sistema sancionatorio descansa precisamente en que no se consigue prácticamente nada con una culpabilidad que limita el poder de intervención estatal en el sentido anteriormente descrito. Cuanto menor sea la culpabilidad del delincuente enfermo psíquicamente, tanto mayor puede ser su peligrosidad, no pudiéndose, por tanto, renunciar al empleo de medidas de seguridad; cuanto mayor sea la alteración de la personalidad con tendencia a delinquir, tanto menor será la culpabilidad y la necesidad de una pena, pero sí estará indicado un tratamiento terapéutico duradero. Por eso

(10) Al respecto se pueden consultar las recientes monografías de Zipf: «Die Strafmassrevision», 1969; y Frisch: «Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung», 1971.

mismo, van cada vez ganando necesariamente más terreno las medidas en comparación con la pena, al mismo tiempo que penetra cada vez más la idea de un Derecho Penal resocializador de tipo preventivo. Se podría preguntar si con ello no se convertirá prácticamente en ilusoria la significación jurídica-política del principio de culpabilidad. ¿De qué sirve al delincuente el que exista un límite de la pena, si después, en caso necesario, se puede recurrir a medidas que no están limitadas por el principio de culpabilidad? ¿No sería preferible un sistema de medidas?

Una conclusión de esta clase sería, sin embargo, incorrecta. Pues las medidas no son admisibles en cualquier caso (ni siquiera en la mayoría de los casos), sino solamente bajo presupuestos muy estrictos como última ratio de las posibilidades de reacción estatal. En los casos normales, es decir, en la criminalidad de poca o media gravedad sigue siendo la pena la única sanción privativa de libertad; así que el principio de culpabilidad puede desarrollar aquí completamente su liberal misión limitadora. Sólo en los casos en que exista una peligrosidad especialmente grave en el delincuente pueden imponerse medidas; así que en estos casos el «superior interés público» está por encima de la protección de la libertad individual. Pero esto es una excepción que no rompe la regla, sino que incluso la confirma; pues el que la imposición de una medida en los casos legalmente previstos sea fatalmente inevitable demuestra que el principio de culpabilidad no se puede manipular y que sólo sirve para favorecer al delincuente, sin plegarse a las exigencias del interés público.

4. Con ello se responde también a una última objeción que se formula contra el principio de culpabilidad y que se apoya en la concepción, acogida en el § 42a, 2, StGB (11), de que también las medidas están limitadas por el principio de proporcionalidad. Según esta concepción, las medidas sólo están justificadas cuando son exigidas por un interés público

(11) (El § 42a, sección segunda a que se refiere el texto, es ahora el § 62, pero su contenido sigue siendo el mismo. Dice así: «En ningún caso podrá imponerse una medida de seguridad y corrección que sea desproporcionada a la gravedad de los hechos cometidos o que cabe esperar cometa el autor en el futuro y al grado de su peligrosidad.» (Nota del Traductor.)

superior (12); si falta este interés, su imposición sería desproporcionada en relación con el fin legislativo y estará prohibida.

Algunas veces sostienen los partidarios de un sistema de medidas que por razones jurídico-políticas no son necesarios ni el principio de culpabilidad ni el mantenimiento de la pena, porque prácticamente se puede conseguir lo mismo con los límites legales que también vinculan las medidas.

Pero esto es un argumento falaz. Pues ciertamente tanto en la pena como en las medidas deben armonizarse por igual los intereses preventivos del Estado y la libertad y protección del respectivo delincuente; pero esta armonización se lleva a cabo en cada caso conforme a principios completamente distintos. El criterio limitador en la «culpabilidad» se vincula **retrospectivamente** a un hecho antijurídico concreto y —si se admite, en principio, la capacidad de actuar de otro modo— al ámbito de libertad subjetivo del delincuente existente en el momento de la ejecución del hecho. La «proporcionalidad» de las medidas se determina, por el contrario, prospectivamente, atendiendo exclusivamente al peligro objetivo que puede esperarse del delincuente en el futuro. Provocaría una enorme confusión mezclar estos dos criterios delimitadores tan diferentes, uniéndolos terminológica y sustancialmente bajo el denominador común de un «principio de proporcionalidad» aparentemente unitario. Los resultados a que conducen ambos criterios en la medición de la sanción son también a menudo absolutamente distintos —piénsese solamente en el § 51, 2, StGB (§21 en la nueva redacción) (13). Si no fuera así, no hubiera sido necesario introducir medidas independientes del grado de culpabilidad. Pero precisamente se deduce de esto, por otra parte, que el principio de culpabilidad con la eliminación del

(12) Cfr. el tenor literal del § 2, sección segunda del Proyecto alternativo. (Dice así: «La pena no puede sobrepasar el grado de la culpabilidad por el hecho; las medidas sólo pueden imponerse cuando así lo requiera el interés público preponderante.» (Nota del Traductor.)

(13) Dice el § 21 StGB: «Podrá atenuarse la pena conforme a lo dispuesto en el § 49, 1, si la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud de su hecho o para actuar de acuerdo con dicha comprensión, está en el momento de su comisión sensiblemente disminuida por alguna de las causas citadas en el § 20.» (Nota del Traductor.)

punto de vista de la peligrosidad realiza perfectamente su misión política limitadora y que en ningún modo puede ser sustituido por el principio de proporcionalidad que inspira el sistema de medidas.

Vil. Al resumir este esquema, se impone la pregunta de si no es llegado el momento de cerrar definitivamente la polémica existente en Derecho Penal en torno a la libertad de voluntad (14) y sobre la alternativa entre la pena que supone la culpabilidad y el sistema de medidas.

1. En base a la concepción aquí expuesta puede estimarse superado el problema de la libertad de voluntad.

El determinista sólo puede mostrarse satisfecho con un principio de culpabilidad que tenga una función limitadora, pues la idea de retribución, que fundamenta consecuencias jurídicas perjudiciales en una hipótesis científicamente indemostrable y que está expuesta a una crítica determinista legítima, pierde de este modo su importancia político-criminal. Por otra parte, la única función que ahora le queda al principio de culpabilidad, la de limitar el límite máximo de la pena, no es afectada por los argumentos deterministas de orden crítico-cognitivo y psicológico, porque los planteamientos normativos dirigidos a proteger al ciudadano son independientes del problema ontológico de si existe realmente una libertad de voluntad. Pero tampoco el indeterminista, que *concede* a la persona por lo menos *un* cierto ámbito de libre decisión, apenas puede elegir otro camino que el aquí propuesto; aunque ciertamente el problema de la culpabilidad le inquietará menos que al determinista, a pesar de que en el caso concreto apenas podrá demostrar la posibilidad de poder actuar de otro modo. Por las razones de tipo político ya señaladas, tampoco puede hoy el indeterminista pasar de una

(14) Cfr. sólo la instructiva exposición de Engisch: «Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart», 1963 (2.^a ed., 1965). De la bibliografía aparecida posteriormente debe citarse desde un punto de vista determinista estricto, sobre todo a Danner: «Gibt es einen freien Willen?», 1967 (2.^a ed., 1969). A favor de un indeterminismo (relativo) se ha *pronunciado* recientemente de un modo sugerente Henkel: «Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem», en «Festschrift für Karl Larenz», 1973, pp. 3 y sigs.

aceptación acrítica de la libertad de voluntad y de la culpabilidad a un sistema jurídico estatal en el que domine la retribución independiente de la prevención, porque una tal retribución libre de fin es absurda desde un punto de vista político-criminal. De este modo puede servir también al indeterminista la idea de culpabilidad entendida como límite del poder de intervención estatal, con lo que la polémica en torno a la libertad de voluntad puede estimarse en el fondo como irrelevante para el Derecho Penal.

2. También puede estimarse, desde el punto de vista aquí mantenido, superada la alternativa entre un Derecho Penal y un Derecho de medidas. Ciertamente se pueden oponer como antítesis irreconciliables una retribución de la culpabilidad libre de fin y la medida preventiva basada en la peligrosidad del delincuente; pero esta antítesis desaparece, si se deja a un lado la idea de retribución, pues tanto la pena como la medida sirven para «proteger bienes jurídicos y reincorporar el delincuente a la comunidad», como se dice en el § 2, 1, del Proyecto Alternativo. De acuerdo con ello, no existen diferencias respecto a las finalidades (puramente preventivas) entre ambos tipos de sanciones, así que visto desde el fin de la pena existe en verdad una concepción monista. La diferencia entre pena y medida se encuentra únicamente en la limitación que, en un caso, se lleva a cabo con el principio de culpabilidad y, en otro, con el principio del interés público preponderante. Se trata, por tanto, de una concepción que desde el punto de vista de los fines de la sanción es monista y desde el punto de vista de los límites de la sanción es dualista. Esto significa una fuerte aproximación a un sistema monista o de una sola vía. Dicha aproximación me parece correcta desde un punto de vista político-criminal, porque permite asimilar la ejecución de las penas privativas de libertad a una medida terapéutica.

Prácticamente, las diferencias entre penas y medidas se refieren a la intensidad de la acción terapéutica, a la distinta acentuación de los aspectos preventivos generales y especiales y a la diversa ponderación de los intereses en juego (intervención y libertad) en la determinación de la duración de la sanción. Estas diferencias están motivadas por razones puramente

político-criminales y van mucho más allá de las diferencias de principio que durante años marcaron la discusión entre los cultivadores del Derecho Penal. Se trata de cuestiones que ya no se pueden abordar con la simple decisión entre el sistema monista o el dualista.

3. Si estamos de acuerdo sobre esta base común —que me parece suficientemente sólida—, el penalista podrá librarse de algunas cuestiones teóricas que han ocupado la mente de muchas generaciones. Con ello quedaría libre el camino para emprender una tarea que, libre de las antiguas y modernas «luchas de escuelas» y de sus insolubles aporías, estaría dirigida a mejorar concretamente el sistema sancionatorio y su ejecución.

«CULPABILIDAD» Y «RESPONSABILIDAD» COMO CATEGORÍAS SISTEMÁTICAS JURIDICO-PENALES (*)

I

La distinción entre injusto y culpabilidad es considerada con razón como una de las perspectivas materiales más importantes que ha logrado elaborar nuestra Ciencia del Derecho Penal en los últimos cien años. Además, la discusión sobre la delimitación y el contenido de ambas categorías del delito ha aportado algunos resultados que hoy pueden considerarse seguros, a saber: que no se puede dividir limpiamente injusto y culpabilidad en lo externo y lo interno, en elementos objetivos y subjetivos, como se hacía en el sistema «clásico» de Beling; que, en consecuencia, la culpabilidad no es una categoría descriptiva que, como compendio de todos los movimientos de la voluntad que se puedan hallar en la psique del autor, pudiera alcanzar su unidad en la homogeneidad del substrato material; y que, según esto, el sistema del delito no se puede basar en un concepto de culpabilidad «psicológico», sino valorativo («normativo») (1). Existe, pues, unanimidad en considerar que la culpabilidad se distingue del injusto por

(*) Publicado en «Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft», Festschrift für Heinrich Henkel, Berlin-New York, 1974, pp. 771-197. Traducción y notas de Diego M. Luzón Peña, publicada en Claus Roxin: «Problemas básicos del Derecho Penal», traducción y notas de Diego M. Luzón Peña, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1976, pp. 200 y sigs.

(1) El desarrollo histórico-dogmático se puede dar aquí por conocido en sus grandes rasgos; para una exposición detallada cfr. la monografía de mi discípulo Achenbach: «Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre», Berlin, 1974.

la peculiar forma de valoración a que se somete la acción del autor.

Pero la unanimidad no va mucho más allá, ni en el aspecto terminológico ni en el contenido. Aunque se empiece por adoptar espontáneamente el vocabulario tradicional, sin embargo está claro que la categoría sistemática «culpabilidad» no constituye un mero juicio de valor (por muy específico que sea), sino que contiene también elementos de contenido material de carácter subjetivo y objetivo (como, p. ej., la conciencia de la antijuridicidad o determinadas situaciones de estado de necesidad). Por ello, si se quiere hablar con exactitud, será aconsejable distinguir entre el objeto de la valoración (el «tipo de la culpabilidad»), la valoración misma (que la mayoría designa con el nombre de «reprochabilidad») y la unión del objeto y de su predicado de valor (la «culpabilidad» o, más exactamente, el «hecho culpable»). En sentido amplio, objeto de la reprochabilidad es la totalidad del hecho, es decir, el injusto más los elementos específicos de la culpabilidad; en sentido estricto se puede limitar el tipo de la culpabilidad a las circunstancias que, sin pertenecer al injusto, son decisivas para la reprochabilidad (2). Por tanto, no redundaría demasiado en favor de la claridad decir que las concepciones sistemáticas que sitúan el dolo en la culpabilidad mantienen un concepto «complejo» (es decir, en el que se unen el objeto de la valoración y la valoración del objeto) de la culpabilidad (3) y atribuir, en cambio, a la teoría final de la acción, que desplaza el dolo al tipo, un concepto exclusivamente valorativo (puramente normativo) de la culpabilidad (4). Porque am-

(2) De modo casi idéntico, Arthur Kaufmann: «Das Schuldprinzip», 1961, páginas 182 y sig.; también, con respecto a «culpabilidad» y «reprochabilidad», Lenckner: «Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit», en «Handbuch der forensischen Psychiatrie», t. I, parte A, 1972, pp. 39 y sig.

(3) Así, sobre todo, Maurach: «Allg. Teil», 4.^a ed., 1971, pp. 365 y sigs.

(4) Así, Welzel: «Das deutsche Strafrecht», 11.^a ed., 1969, p. 140: «Del concepto de culpabilidad se separaron los elementos anímico-subjetivos, reteniendo solamente el criterio de la reprochabilidad»; Maurach: «Allg. Teil», cit., página 369: «La culpabilidad, despojada de todos los elementos psicológicos y de todos los objetos de la valoración existentes en el mundo de representaciones del autor, es ahora exclusivamente el enjuiciamiento del proceso de motivación. Sus componentes son procesos puramente valorativos.»

bos conceptos de culpabilidad son «complejos» (esto es, abarcan por igual el tipo de la culpabilidad y el juicio de repro-chabilidad) (5): la única diferencia estriba en que el dolo, según se lo incluya en el tipo o en la culpabilidad, pertenecerá al tipo de la culpabilidad en sentido amplio o en sentido estricto.

II

Con independencia de tales precisiones conceptuales, la cuestión decisiva —verdadero problema básico de la dogmática jurídico-penal— sigue siendo saber qué es lo que realmente fundamenta en el aspecto material el reproche de la culpabilidad, es decir, por qué caracterizamos como «culpable» o «no culpable» una conducta ilícita si concurren determinados requisitos positivos y negativos. Este problema del «concepto material de culpabilidad» tiene una importancia capital, porque la cuestión de cuál es el punto de vista valorativo rector en el que se basa esta categoría del delito puede ser totalmente decisivo para la interpretación de todos los elementos concretos de la culpabilidad e incluso para desarrollar nuevas causas supraleales de exclusión de la culpabilidad y, por ello, en muchos casos, para enjuiciar la punibilidad.

Si intentamos averiguar dónde radica, según la doctrina, el criterio normativo unificador de la teoría jurídico-penal de la culpabilidad, encontraremos un buen número de soluciones distintas, de las que es preciso discutir brevemente al menos las más importantes.

1. La fórmula mágica que desde Freudenthal (6) y Goldschmidt (7) ha dominado la discusión a lo largo de veinte años es la teoría de la «exigibilidad» como causa que fundáis) También se manifiesta acertadamente en este sentido el finalista Stratenwerth: «Strafrecht, Allg. Teil», 1971, núm. marginal 528: «Bajo el término culpabilidad se examinan incluso circunstancias sumamente complicadas. Y en definitiva no se puede negar en absoluto que dentro de esas circunstancias también desempeñan un papel esencial los *momentos* anímicos-subjetivos y los datos psíquicos.»

(6) «Schuld und Vorwurf», 1922.

(7) Goldschmidt: «Normativer Schuldbegriff», en «Festgabe für Reinhard von Frank», t. I, 1930, pp. 428 y sigs.

menta el reproche de culpabilidad. «El no dejarse motivar por la representación del deber pese a la exigibilidad es... reprochabilidad» (8), y la «exigibilidad, el fundamento de la imputación de la culpabilidad» (9). No es necesario desarrollar de nuevo la polémica acerca de la exigibilidad, que giró sobre todo en torno al reconocimiento de la «inexigibilidad» como causa general y suprallegal de exclusión de la culpabilidad (10). Heinrich Henkel, a quien se dedica este homenaje con motivo de su jubilación, ha demostrado (11), a mi juicio irrefutablemente, que la exigibilidad «no (es) un concepto normativo, sino un principio regulador» (12). Dicho principio regulador, «que por su significación debe ser incluido entre los componentes de la teoría general del Derecho» (13), «no encierra ningún tipo de contenidos de valor ni de criterios de valor, y, por tanto, no normativo... El que el legislador emplee una cláusula regulativa no significa creación de una norma sino, por el contrario, renuncia a la norma... indicando que la norma judicial se debe desarrollar partiendo del caso concreto» (14).

Y efectivamente es así: la «exigibilidad» es una cláusula carente totalmente de contenido y que, sólo por ello, ya no puede ser el fundamento material de la imputación de la culpabilidad. Si a la pregunta: «¿por qué se le reprocha su conducta al autor?», se responde: «porque le era exigible otra conducta», dicha respuesta no hace sino aplazar la cuestión y oscurecer la razón de la imputación; pues sigue sin saberse, y esto es lo único importante, **por qué** se le exige (o, en caso de exclusión de la culpabilidad, por qué no se le exige) otra conducta. No hay aquí paralelismo con el concepto de la «anti-

(8) Goldschmidt: Op. cit., p. 442.

(9) Goldschmidt: Op. cit., nota 1, p. 442.

(10) Cfr. solamente, de entre la rica literatura monográfica, Marcetius: «Der Gedanke der Zumutbarkeit», 1928; Schaffstein: «Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschliessungsgrund», 1933; Sauerlandt: «Zur Wandlung des Zumutbarkeitsbegriffs im Strafrecht», 1936.

(11) «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en «Festschrift für Mezger», 1954, pp. 249-309.

(12) Op. cit., p. 304.

(13) Op. cit., p. 260.

(14) Op. cit., p. 303.

juridicidad material», que comúnmente se determina como «nocividad social» tipificada. La nocividad social es un criterio con contenido y, pese a todos los problemas, susceptible en principio de concreción material; la exigibilidad, en cambio, es una fórmula vacía. Hasta qué punto se la puede emplear en la teoría jurídico-penal de la culpabilidad como criterio regulador en el sentido de Henkel, es algo de lo que nos volveremos a ocupar más adelante; pero en cualquier caso no se la puede tomar en consideración como principio rector normativo de este grado del delito.

2. Una solución ampliamente difundida hoy es la que defiende de modo particularmente representativo Welzel (15), quien «enlazando con una larga tradición jurídica y filosófica» determina el criterio de la reprochabilidad «como el "poder que tiene para ello" la persona con respecto a su antijurídica formación de voluntad» (16). Ello coincide exactamente con la concepción de la que también se ha declarado partidario el Tribunal Supremo Federal en su fundamental sentencia sobre el error (17): «Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al autor que se haya decidido por el injusto a pesar de haberse podido comportar lícitamente, de haberse podido decidir por el Derecho.» El Tribunal Supremo Federal menciona además a continuación la premisa de esta concepción: «La razón profunda del reproche de culpabilidad radica en que el hombre está en disposición de autodeterminarse libre, responsable y moralmente y está capacitado, por tanto, para decidirse por el Derecho y contra el injusto.»

Pero esta concepción tropieza con dificultades tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias. Se basa en la aceptación de una libertad de voluntad (o libre albedrío) que escapa a la comprobación empírica. El mismo Welzel concede (18) que «la misma pregunta resulta sin sentido en este

(15) «Das deutsche Strafrecht», dt., p. 140.

(16) De modo similar, Brauneck: GA 1959, p. 266: «Poderse-determinar-de otro modo»; además, Stratenwerth: «Allg. Teil», núm. marginal 529: «Bajo el título de la culpabilidad se reúnen los presupuestos a partir de los cuales el autor tiene la posibilidad de reconocer la exigencia jurídica del deber y regirse por ella.» También Baumann: «Allg. Teil», 6.^a ed., 1974, p. 383.

(17) Esta cita y la siguiente corresponden a: BGHSt 2, 200.

(18) «Das deutsche Strafrecht», cit., p. 148.

punto». En la praxis sólo se puede constatar a lo sumo que el autor «de acuerdo con sus disposiciones y aptitudes generales» (19) habría podido actuar de otro modo empleando la necesaria fuerza de voluntad o que «en las circunstancias concretas... otro en su lugar» (20) habría actuado de otro modo. En cambio, no se puede saber si en el momento del hecho él mismo era capaz de imponer una decisión de voluntad que se opusiera al hecho (21). Pero entonces lo que realmente se está discutiendo no es la incontestable cuestión del poder del individuo para actuar de otro modo en el momento del hecho, sino que se trata de ver qué es lo que el orden jurídico exige del autor a la vista de sus condiciones y de las circunstancias externas de lo sucedido en comparación con las de otros hombres, es decir, «qué se le exige al particular para que aún se le pueda imputar su hecho» (22). Esto no es una comprobación perteneciente al mundo del ser, sino un procedimiento «de limitación de la responsabilidad penal atendiendo a puntos de vista normativos» (23). Pero sigue sin estar claro cuál es el criterio valorativo por el que se determinan esas exigencias, ya que el criterio aparentemente descriptivo del poder actuar de otro modo no hace sino ocultarlo.

Pero es que, aunque se quisiera ignorar estas circunstancias, el elemento del «no poder actuar de otro modo» no aclararía nada en algunas importantes causas de exclusión de la

(19) Englisch: «Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilo-sophischen Doktrin der Gegenwart», 1963 (2.^a ed., 1965), p. 26.

(20) Jescheck: «Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil», 2.^o ed., 1972, página 305. También para Henkel: «Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem», en «Festschrift für Karl Larenz», 1973, p. 25, «en su consideración de la culpabilidad el Derecho parte de la posibilidad de empleo de la fuerza de voluntad y disposición del término medio».

(21) Esto es algo que hoy no se discute; basta cfr., p. ej., Henkel: Ob. cit., página 24; Lenckner: Op. cit., p. 98; Stratenwerth: Op. cit., núm. marginal 531; Jescheck: Ob. cit., p. 305.

(22) Así Lenckner: Op. cit., p. 98; Henkel: Op. cit., p. 25, habla de «tratamiento generalizador» y de «exigencias de conducta del tipo correspondiente al término medio».

(23) Lenckner: Ob. cit., p. 98; coincidiendo casi literalmente, Stratenwerth: Op. cit., núm. marginal 566, habla de una «limitación normativa, que es de lo que en realidad se trata».

culpabilidad (24). Cuando, p. ej., el § 35, ap. 1, párr. 1 de la nueva Parte General de nuestro StGB disculpa un delito cometido contra una persona no participante si sirve para alejar el peligro de privación de libertad o de lesión leve para una «persona allegada» (*), difícilmente se podrá afirmar que es imposible otra actuación distinta en tales situaciones; por el contrario, es perfectamente posible, pero el legislador —por razones que resultan incomprensibles desde este punto de partida que se ha elegido— no la exige bajo pena. Lo mismo ocurre con el llamado estado de necesidad supralegal disculpante, en cuya fundamentación ha destacado especialmente Welzel (25). Si en los tan discutidos «casos de eutanasia» queremos disculpar a los médicos que en tiempos de Hitler colaboraron en el homicidio de enfermos mentales para evitar algo peor y salvar al menos a una parte de los pacientes que se les habían confiado, en cualquier caso no podremos basarnos en el argumento de que los médicos eran incapaces de actuar de otro modo (26), porque perfectamente podían haber dejado que las cosas siguieran su curso; por tanto, la disculpa ha de basarse en otras consideraciones.

3. Ha tenido mucha aceptación la teoría de Gallas (27),

(24) Cfr. también al respecto Stratenwerth: «Allg. Teil», núms. marginales 630 y sigs.

(*) El § 35 de la nueva Parte General del StGB regula el «estado de necesidad disculpante». Pues bien, mientras que el nuevo § 34, al introducir en el StGB el «estado de necesidad justificante» (pues hasta 1969, en que una ley crea la nueva Parte General — que ha entrado en vigor el 1-1-1974— del StGB, éste sólo contemplaba en los §§ 52 y 54 supuestos parciales del estado de necesidad que la teoría dominante de la «diferenciación» considera meramente disculpante), permite que se cometa un hecho típico para salvar cualquier bien jurídico propio o ajeno, siempre que el interés salvado sea esencialmente preponderante sobre el lesionado, en cambio, cuando no se dé esta última condición, el § 35 sólo disculpa la acción de estado de necesidad si el peligro afecta a la vida, integridad corporal o libertad propias, de un pariente o de una persona allegada; si bien, por otra parte, este § 35 StGB no señala —a diferencia del art. 8, 7.º CP— un límite preciso al mal que se puede causar para salvar esos bienes jurídicos. (Nota del Traductor.)

(25) Welzel: «Das deutsche Strafrecht», pp. 184 y sigs.

(26) Por eso Brauneck: GA 1959, p. 271, consecuentemente tampoco considera dichos casos como causas de exclusión de la culpabilidad, sino como causas de justificación.

(27) Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, p. 56.

según la cual la culpabilidad aparece como «reprochabilidad del hecho en consideración a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se ha manifestado en el mismo» (28). Según esto, la «diferencia entre injusto y culpabilidad» es la diferencia «entre desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna del hecho». En la esfera de la culpabilidad «desde una visión generalizadora y orientada por criterios de valor ético-sociales» se emite un juicio de desvalor sobre «toda la posición del autor frente a las exigencias del Derecho» tal y como se ha actualizado en el hecho concreto.

Pero se puede objetar contra esto, en cuanto que efectivamente (a excepción quizá de la imprudencia inconsciente) sólo se puede hablar de «culpabilidad» si en la acción delictiva se expresa una posición interna del sujeto jurídicamente desaprobada. Pero a los efectos de un concepto material de culpabilidad poco habremos ganado con constatar tal cosa; porque en el fondo la «actitud interna jurídicamente desaprobada» no es sino otra denominación del criterio puramente formal de la reprochabilidad. Si ha de tener un contenido, la cuestión sólo puede ser **por qué** una actitud interna es «desaprobada jurídicamente» en un caso y no en otro. En este punto decisivo, Gallas nos remite a una «visión generalizadora y orientada por criterios de valor ético-sociales». Pero nada averiguamos acerca de las características de contenido de esos criterios, ya que la invocación de la ética social es demasiado general para que pudiera servir de ayuda en caso de duda.

Y atendiendo a la configuración del Derecho positivo, el criterio de la actitud interna también deja cuestiones sin respuesta. Así, p. ej., si el § 35 de la 2.^a Ley de Reforma del Derecho Penal (2, StrRG) (*) disculpa *un* hecho cometido en

(28) De la misma opinión, sobre todo, Jescheck: «Allg. Teil», p. 319; Wesseis: «Allg. Teil», 3.^a ed., 1973, p. 59.

(*) La 2.^a Ley de reforma del Derecho Penal, de 4-7-1969, crea la nueva Parte general del StGB, que ha entrado en vigor el 1-1-1975. Para comprender lo que a continuación se dice en el texto sobre el nuevo § 35 StGB, hay que tener en cuenta que su regulación del que llama «estado de necesidad disculpante» es, en parte, más estrecha que la del art. 8, 7.^o de nuestro CP, donde en el caso de estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales los bienes jurídicos en peligro pueden pertenecer a cualquier persona, y no están limita-

estado de necesidad en caso de amenaza de bienes jurídicos de terceros (vida, integridad corporal, libertad), pero no en caso de actuaciones para evitar otros peligros, y si unos hechos que normalmente son exculpados no se disculpan «si se le podía exigir al autor que soportara el peligro según las circunstancias, especialmente porque él mismo hubiera provocado el peligro o porque estuviera en una situación jurídica especial»; si en el exceso de la legítima defensa (§ 33, 2, StrRG) se da un tratamiento diferente en cuanto a su eficacia disculpante a estados pasionales de la misma intensidad (*); si la mayoría de las veces no se disculpa el error de prohibición pese a la fidelidad subjetiva del autor al Derecho; si todo esto es así, la verdad es que esas diferenciaciones formuladas predominantemente conforme a criterios objetivos no se pueden explicar suficientemente por «diferencias en la actitud interna».

4. Schmidhäuser (29) sigue la concepción que acabamos de discutir en cuanto que concibe la «culpabilidad» como «actitud interna antijurídica»; pero intenta solucionar los problemas cardinales de las dos teorías tratadas anteriormente (en los puntos 2 y 3) eliminando expresamente en primer lugar el punto neurálgico del poder del individuo para actuar de otro modo y determinando en segundo término el contenido de la «actitud interna antijurídica». De acuerdo con ello, la culpabilidad es el «comportamiento espiritual lesivo de un bien jurídico» (30), en el sentido de «que el autor tampoco se ha tomado en serio espiritualmente el bien jurídico lesionado por el comportamiento de su voluntad» (31) y en el sentido de que «espiritualmente estaba en contacto con el va-

dos a la vida, integridad o libertad. Sobre los términos del § 35 StGB, vid. mi nota (*) de la p. 63. (Nota del Traductor.)

(*) El texto se refiere a que el nuevo § 33 StGB (con redacción sustancialmente coincidente con la del ap. 3.º del § 53 de la antigua Parte General del StGB) deja impune el exceso de la legítima defensa si se debe a turbación: terror o espanto y, en cambio, no contempla la posibilidad de impunidad cuando el exceso se deba a *otros* estados pasionales, como, p. ej., la cólera o el odio. (Nota del Traductor.)

(29) Strafrecht: «Allg. Teil», 1970, 10/2, p. 283.

(30) Op. cit, 6/16, p. 118.

(31) Op. cit., 10/4, p. 285.

lor» (32). Schmidhäuser recalca con especial énfasis lo siguiente (33): «Hacer constar esto no significa en absoluto tomar posición frente a la cuestión del libre albedrío en sentido filosófico. Concretamente, con ello ni se afirma ni se niega que ese sujeto, tal y como es, estuviera en condiciones de tomarse en serio en esa situación de hecho el valor lesionado. Tenemos que conformarnos con constatar el contacto espiritual del autor con el valor lesionado en el momento del hecho y en ese sentido, y precisamente por ello, también su equivocación espiritual con respecto al valor».

Sin embargo, al eludir las aporías anteriormente descritas, esta concepción plantea nuevas dificultades, porque no se la puede hacer concordar con las circunstancias fácticas que pretende explicar (34). Ni en todos los casos de exclusión de la culpabilidad falta el «contacto con el valor», ni tampoco se excluye la punibilidad por falta de culpabilidad en todos los casos en que falte el «contacto espiritual del autor con el valor lesionado». Así, según el § 20, 2, StrRG, actúa «sin culpabilidad» quien es incapaz «de entender el injusto del hecho o de actuar conforme a esa inteligencia». De acuerdo con esto, el autor inimputable puede perfectamente «estar espiritualmente en contacto con el valor», esto es, saber que su hacer está prohibido; pero a pesar de ello actúa sin culpabilidad si le falta la facultad de inhibición. Y ello será incluso el supuesto normal del § 20, 2, StrRG, porque las personas espiritualmente desorientadas (es decir, que actúen sin ninguna «inteligencia») suelen llamar tanto la atención que la mayoría de las veces son puestas a buen recaudo antes de que tengan oportunidad de cometer hechos punibles. Pero con el autor exclusivamente incapaz de inhibición falla el criterio de Schmidhäuser, ya que precisamente no se trata de su falta de capacidad para orientarse por el valor reconocido en comparación con otras personas.

Asimismo, la concepción de Schmidhäuser es totalmente inadecuada para explicar las causas de exculpación, es decir,

(32) Op. cit., 10/9, p. 290.

(33) Op. cit., 10/4, p. 285.

(34) Cfr. al respecto mis observaciones críticas en ZStW 83 (1971), páginas 388 y sigs.

las situaciones de estado de necesidad disculpante, el exceso de la legítima defensa [se. cometido en determinados estados pasionales], la orden militar antijurídica pero vinculante y la colisión de deberes disculpante. El mismo Schmidhäuser reconoce que en todos esos casos «concorre un comportamiento espiritual correspondiente al tipo de la culpabilidad y lesivo de un bien jurídico» (35); pero opina que en tales constelaciones ha «disminuido la culpabilidad mora! (y ética) del autor de forma tan específica que desaparece la culpabilidad jurídica» (36). «El principio de las causas de exculpación es, pues, el de una forma específica de culpabilidad moral disminuida que tiene como consecuencia la desaparición de la culpabilidad jurídica» (37). Se podrá enjuiciar como se quiera esta interpretación, pero en todo caso está claro que con ella la parte más importante de la teoría jurídico-penal de la culpabilidad se sustrae de antemano a la aplicación del punto de partida de la solución de Schmidhäuser, que queda así invalidado como principio general para determinar el contenido de la culpabilidad.

Y a la inversa, es seguro que en la imprudencia inconsciente se puede afirmar la existencia de «culpabilidad jurídica» conforme a la voluntad del legislador, sin que se pueda hablar de «contacto espiritual con el valor lesionado», dado que el autor no piensa en las posibles consecuencias de su forma de actuar. Schmidhäuser, que de todos modos agrega la imprudencia consciente (en el sentido de la doctrina tradicional) al dolo y que, por tanto, sólo tiene que vérselas entonces con la imprudencia inconsciente, intenta eludir el dilema mediante la siguiente definición (38): «La imprudencia como elemento de la culpabilidad significa que el autor no se toma en serio la llamada de valor que lesiona en el hecho injusto y que procedía *del* bien jurídico, en cuanto que sin estarle permitido lo lesiona inconscientemente, pero es perfectamente capaz en ese momento de tomar conciencia de la lesión no permitida». Frente a esto hay que responder que la

(35) Op. cit., 11/1, p. 364.

(36) Op. cit., 11/1, pp. 363-364.

(37) Op. cit., 11/3, p. 365.

(38) Op. cit., 10/75, p. 336.

posibilidad de que se produzca el «contacto con el valor», que es lo único de lo que a lo sumo se puede hablar aquí, no significa la «participación espiritual» **actual**, de la que depende todo «per definitionem», y que el no tomarse en serio una «llamada de valor» presupone la parcelación de esa llamada. Por último, hay que señalar que Schmidhäuser, al convertir la **capacidad** «de tomar conciencia de la lesión no permitida» en presupuesto de la culpabilidad imprudente, también está recurriendo al elemento del «poder», cuya exclusión era, sin embargo, uno de los fines esenciales de su concepción. Su teoría, pues, presenta demasiadas discordancias en las cuestiones centrales como para que pudiera resultar satisfactoria.

5. Finalmente, la dificultad de reducir a un fundamento material común los muy diversos casos de exclusión de la culpabilidad ha movido a Maurach (39) a efectuar su conocido «desdoblamiento» de la atribuibilidad en dos grados: la «responsabilidad por el hecho» y la «culpabilidad». «La misión de la culpabilidad correctamente entendida es... una individualización extrema» (40), lo que según la teoría de Maurach es posible al enjuiciar la imputabilidad y la conciencia potencial de la antijuridicidad. Por consiguiente, sólo esos dos elementos constituyen la culpabilidad, que se presenta como «abuso de la imputabilidad» (41): «El autor, que está en condiciones de elegir entre el bien y el mal, se decide por el último» (42). Maurach, por tanto, reduce la culpabilidad al poder actuar de otro modo y afirma expresamente que el presupuesto de ello es el libre albedrío (43). Todos los otros casos en que, según la opinión dominante, se excluye la culpabilidad, los incluye dentro de un especial grado del delito, anterior a la culpabilidad, como causas de falta de responsabilidad por el hecho. Dicho grado, en el que no se presta atención a las capacidades individuales del autor, se caracteriza «por no res-

(39) «Schuld und Verantwortung im Strafrecht», 1948. Ahora: «Deutsches Strafrecht, Allg. Teil», 4.^a ed., 1971, pp. 357 y sigs.

(40) «Allg. Teil», cit., p. 371.

(41) «Schuld und Verantwortung», p. 40; «Allg. Teil», cit., p. 373.

(42) «Schuld und Verantwortung», p. 41; con las mismas palabras en «Allg. Teil», cit., p. 415.

(43) «Allg. Teil», p. 416.

ponder al poder que el Derecho presume del término medio» (44).

Esta teoría merece estimación y aplauso por considerar problemática la unidad valorativa de la teoría tradicional de la culpabilidad, que con frecuencia se establece precipitadamente, y por poner claramente de relieve que el elemento del «poder individual», p. ej., no supone ninguna ayuda en la mayoría de los casos (45). Sin embargo, aun prescindiendo de que las heterogéneas constelaciones reunidas ahora bajo el común denominador de la exclusión de la «atribuibilidad» siguen reclamando una explicación unitaria de la renuncia a la sanción, la separación entre individualización extrema en la exclusión de la culpabilidad y enjuiciamiento general en la responsabilidad por el hecho no puede satisfacer porque la verdad es que no es posible llevarla a cabo (46). En la misma determinación de la imputabilidad, y ello es prácticamente indiscutible (47), no se puede constatar el poder individual de actuar de otro modo. «No queda... más remedio que... conformarse... con un tratamiento generalizador» (48). En la exclusión de la responsabilidad que, prescindiendo totalmente del estado del desarrollo individual, ha dispuesto el legislador en el § 1, ap. 3, de la JGG (*), encontramos una generalización extrema, y ni siquiera Maurach discute la pertenencia de esa materia a la esfera de la culpabilidad (49). Asimismo, en la evitabilidad del error de prohibición, la «capacidad de alertar la conciencia» tampoco es un problema de

(44) «Allg. Teil», dt., p. 377.

(45) En consideraciones parecidas se basan también las teorías que conciben como causas de justificación los casos de exclusión de la «exigibilidad», como estado de necesidad, exceso de la legítima defensa [se. cometido en estados pasionales], etc. Cfr., p. ej., en los últimos tiempos, Maihofer: «Festschrift für Ritter», 1957, pp. 152 y sigs.; Gimbernat Ordeig: «Festschrift für Wezel», 1974, pp. 485 y sigs.

(46) En la misma dirección se orienta la crítica de Stratenwerth: «Allg. Teil», cit., núms. marginales 530 y 531.

(47) Cfr. supra notas 19-23 y el texto correspondiente a ellas.

(48) Henkel: «Festschrift für Larenz», p. 25.

(*) Tal precepto de la JGG, es decir, de la Ley del Tribunal de menores, considera no responsables penalmente a los menores de catorce años. (Nota del Traductor.)

(49) «Allg. Teil», cit., p. 372.

constatación real extremadamente individualizadora, sino que todo depende de lo elevado de las exigencias del legislador, es decir, de los esfuerzos que éste quiera «exigir» al particular. Esta es una cuestión normativa que estructuralmente no es distinta de la cuestión de la exculpación en situaciones de necesidad. En consecuencia, si todos los casos de lo que Maurach denomina «atribuibilidad» sólo se pueden determinar normativamente, en definitiva, también este autor deja sin resolver la cuestión del criterio valorativo rector.

III

Por consiguiente, hemos de proseguir buscando el concepto material de culpabilidad. A continuación, voy a intentar fundamentar más detenidamente la tesis que ya he esbozado en una ocasión anterior (50), a saber: que los principios político-criminales de la **teoría del fin de la pena** sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina «culpabilidad». Los intentos que nos son familiares de separar y oponer las categorías sistemáticas «injusto» y «culpabilidad» han resultado, en efecto, inconsistentes todos ellos. Como ha puesto de manifiesto el examen que hemos efectuado, las parejas de conceptos tales como lo objetivo y lo subjetivo, el deber y el poder, lo general y lo individual, el desvalor de la acción y el desvalor de la actitud interna, sólo abarcan fragmentos parciales de la problemática y no pueden comprender la totalidad de los fenómenos que se deben incluir sistemáticamente en estas categorías. Cosa que, en cambio, puede hacer, a mi juicio, un punto de partida teleológico-político-criminal: mientras que el tipo establece las tablas legales (es decir, prohibiciones fundamentales a modo de anuncio) para todos los ciudadanos a efectos de prevención general y la antijuridicidad designa la conducta correcta en casos de conflicto, el siguiente grado del delito hace referencia a la cuestión de si es necesaria una sanción contra el **autor concreto** desde pun-

(50) «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 2.^a ed., 1973, pp. 33 y sigs. [Cfr. «Política criminal y sistema del Derecho Penal», 1972 (trad. de Muñoz Conde a la 1.^a ed. alemana), pp. 67 y sigs.]

tos de vista **jurídico-penales** (51). Es cierto que desde la perspectiva de dicha concepción no es muy adecuado el concepto de «culpabilidad» para designar la categoría sistemática que estamos discutiendo, pues habría que forzar mucho el lenguaje para equiparar la culpabilidad a la necesidad de una sanción penal. Antes bien, lo más conforme al fin que se pretende será seguir la terminología de Welzel y del Tribunal Supremo Federal, discutida al principio y según la cual en el ámbito del Derecho Penal «culpabilidad» sólo puede significar que el autor ha actuado ilícitamente, aunque se habría podido comportar lícitamente (52). Según la concepción que defendemos, podemos dejar de lado la cuestión de si es posible la «culpabilidad» en ese sentido; ya que, aunque en el caso concreto se parta de la posibilidad del poder actuar de otro modo, conforme a la concepción que a continuación intentaré fundamentar más detenidamente, siempre se podrá contestar negativamente a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar. Lo **decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación**. Por ello ya no hablaré a continuación de culpabilidad, sino de responsabilidad.

Expresándolo resumida y aforísticamente, se puede, en consecuencia, exponer así este pensamiento sistemático: el injusto (es decir, tipo y antijuridicidad) decide sobre el problema

(51) Las causas personales de exclusión de la pena o las excusas absolutorias pueden, no obstante, dar lugar a la impunidad pese a la existencia de «culpabilidad» por razones **extrajurídico-penales** (p. ej., por consideraciones de política estatal o familiar). Pero entonces los que deciden son otros puntos de vista distintos de las necesidades de sanción político-criminales y orientadas por el fin de la pena. Al desistimiento de la tentativa, en el que son consideraciones político-criminales las que motivan la impunidad, lo correcto es considerarlo como materia propia del examen de la culpabilidad y, por tanto, no tiene razón la doctrina dominante que lo incluye entre las personales excusas absolutorias. Cfr. al respecto detenidamente Roxin: «Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada» («Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch»), en: «Festschrift für Heinitz», 1972, pp. 251 y sigs. («Problemas básicos del Derecho Penal», cit., páginas 248 y sigs.).

(52) También Arthur Kaufmann considera «el poder que la persona tiene para ello» como «lo esencial» de la culpabilidad («Das Schuldprinzip», páginas 128-129).

de si a la luz del Derecho Penal una conducta es o no es «ajustada a las reglas»; en cambio, la categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto. Pues bien, el legislador —al igual que el juez que interpreta su voluntad— sólo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del fin de la pena (53), pues desde el punto de vista de una teoría racional de la imposición de la pena no puede haber otra base distinta para la decisión. El grado de la responsabilidad es, por tanto, el ámbito en el que la política criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del Derecho Penal. En la medida en que el contenido de los fines de la pena es determinado conjuntamente por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos, tropezamos aquí con esa estrecha relación entre dogmática y ciencias básicas, sin cuya consideración una obra articulada se petrifica muy fácilmente, convirtiéndose en lógica conceptual formal.

IV

Pues bien, por lo que se refiere a la teoría del fin de la pena, hoy [con todas las diferencias de opinión que por lo demás existen (54)], la concepción dominante, de modo casi general, es que sólo cabe imponer una pena cuando ello sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico. También los defensores de un Derecho Penal de la culpabilidad parten, pues, de la base de que la culpabilidad del autor es una condición necesaria, pero en modo alguno suficiente para imponer una

(53) Ya anteriormente ha habido también algún autor aislado que ha puesto en estrecha conexión la categoría del delito «culpabilidad» con la teoría del fin de la pena; cfr. sobre todo Felix Kaufmann: «Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld», 1929, pp. 61 y sigs., 68, 72 y 112. Abordar el desarrollo histórico-dogmático rebasaría los límites de este artículo.

(54) Diferencias que influyen predominantemente en la medición de la pena y que, por tanto, podemos prescindir de ellas en el contexto del tema que nos ocupa.

pena. Es cierto que la mayoría de las veces este punto de vista se emplea como directriz para establecer los tipos penales bajo aspectos legislativos predogmáticos; pero también ha de tener la misma validez exactamente a la hora de decidir sobre la punibilidad del autor que actúa injustamente, porque sin su concreción en el caso concreto la teoría del fin de la pena sería ineficaz, en definitiva. Si trasplantamos, en consecuencia, esta idea rectora del fin de la pena a la categoría del delito que estamos discutiendo, resultará ciertamente que en caso de no poder actuar de otro modo quedan excluidas culpabilidad y punibilidad; pero si —dando por supuesto el libre albedrío— se comprueba que el autor (aún) podía actuar de otro modo, con ello no se ha decidido aún su punibilidad. Hay que partir, por el contrario, de la base de que el legislador se ha preguntado además si político-criminalmente (esto es, desde el punto de vista de prevención especial o de prevención general) es necesario el castigo.

Aclaremos lo dicho con el ejemplo más sencillo de la dogmática de la culpabilidad: en el llamado estado de necesidad «disculpante» (§ 35, 2, StrRG), si alguien realiza un tipo de injusto para salvar a una persona allegada, desde el punto de vista indeterminista habrá que afirmar que hay posibilidad de actuar de otro modo, y en ese sentido, por tanto, que también hay culpabilidad. Pero a pesar de ello, el legislador deja impune al autor por consideraciones político-criminales sobre el fin de la pena: a los efectos de prevención especial es innecesaria una sanción porque el autor está totalmente integrado socialmente y sólo la extraordinaria situación le ha llevado a realizar esa acción que también presenta una disminución esencial del injusto a causa del resultado salvador; y las razones de prevención general tampoco exigen una pena porque la infrecuencia de tales situaciones, que la mayoría de las veces no admiten comparación en el caso concreto, hace que resulte superfluo sancionar en atención a la generalidad la desviación de la conducta regular deseada, y porque sencillamente sería difícil que, si alguna vez el hombre medio no preparado para la «actuación en peligro» se viera dentro de una situación así, reflexionara sobre la norma y se pudiera motivar por ella.

Pero el peso de estos argumentos decisivos para las consideraciones sobre el fin de la pena se desplaza totalmente en cuanto el autor está «en una situación jurídica especial», dentro de la cual la existencia de peligros propios de la profesión es esencial para el funcionamiento del sistema. Si los soldados, policías, bomberos, socorristas, etc., pudieran eludir sin riesgo a costa de otras personas los peligros que por su status profesional tienen la misión de dominar, ello tendría consecuencias sumamente nocivas para toda la sociedad. Y por eso el legislador cambia consecuentemente de opinión en esos casos y por razones de prevención general (que en este caso afectan a la totalidad del respectivo status profesional) no concede la impunidad (§ 35, ap. 1.º, párr. 2.º, de la 2, StrRG).

Creo, pues, que la teoría del fin de la pena explica sin dificultad por qué el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción, pese al poder general de actuar de otro modo y pese a la culpabilidad que por ello existe; porque, aun dando por supuesta la posibilidad de culpabilidad humana, hace depender la responsabilidad jurídico-penal de consideraciones preventivas (55).

Ese único ejemplo explica al mismo tiempo muy gráficamente la función que corresponde a la «exigibilidad» en la teoría jurídico-penal de la responsabilidad. El descubrimiento de Heinrich Henkel de que la exigibilidad sólo figura en todos los grados de la estructura del delito como principio regulativo sin contenido, que enseña al juez a decidir según la situación del caso concreto (56), prueba su validez precisamente en el nuevo § 35, ap. 1, según el cual se retira la disculpa concedida en general «si se le podía exigir al autor que soportara el peligro según las circunstancias, especialmente porque el mismo hubiera provocado el peligro o porque estuviera en una situación jurídica especial». La exigibilidad crea aquí una zona límite de exclusión de la responsabilidad, que escapa

(55) A este respecto hay que contar con que el legislador de la 2, StrRG entiende el concepto de «culpabilidad» en el sentido amplio de «responsabilidad».

(56) Cfr. «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en «Festschrift für Mezger», pp. 249 y sigs. (303 y sigs.), y supra, notas 12-14 y el texto correspondiente a las mismas.

a una normación descriptiva y es encomendada al juez para que pondere el caso concreto. Pero naturalmente la decisión del juez no puede ser a su antojo; por eso, a la cláusula de la exigibilidad hay que darle el contenido de que carece conforme a los criterios en que se base la correspondiente categoría del delito. En la esfera del injusto, estos criterios son los principios ordenadores sociales que he descrito en otro lugar (57); pero en el campo de la responsabilidad lo son las exigencias de la teoría del fin de la pena. Para la praxis, ello quiere decir que ya no se puede señalar en abstracto el grado de intensidad hasta el que el afectado tiene que soportar los peligros cuando está en una «situación jurídica especial» A un bombero no se le podrá exigir que acepte impasiblemente una muerte sumamente probable; pero saber en los demás casos dónde radica el límite entre lo que todavía es exigible y lo que ya no lo es, es algo que sólo el juez puede decidir en el caso concreto concretando directamente las exigencias (de prevención general) del bien común.

De igual modo hay que proceder respecto de la situación de necesidad que ha sido provocada por el mismo autor. Precisamente por la dificultad de regular normativamente constelaciones de casos extremos, el legislador tiene que hacer todo lo posible para impedir incluso que surjan tales situaciones. A tal fin es necesario, a efectos de prevención general, estimular al individuo a extremar sus precauciones, negándole la exculpación cuando se exponga a peligros de los que previsible-mente sólo se podrá volver a librar dañando a terceros. Pero, al igual que ocurría en los casos de situaciones jurídicas especiales, sólo mediante la valoración judicial de todas las circunstancias del caso concreto, acudiendo directamente a los fines de la pena, se puede determinar la medida de la provocación necesaria para que se pueda exigir soportar peligros de una determinada intensidad. Y esto es válido también, como pone

(57) «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 2.^a ed., 1973, pp. 26 y sigs.; «Verwerflichkeit and Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht», en JuS, 1964, pp. 371 y sigs. [este artículo está también recogido en «Strafrechtliche Grundlagenprobleme», 1973 (versión alemana original de estos «Problemas básicos del Derecho Penal»), pp. 184 y sigs., pero no se ha incluido en la versión española].

de relieve la redacción del nuevo § 35, en otros supuestos, aparte de los grupos de casos que en él se mencionan a modo de ejemplo. Si el autor sólo puede apartar un peligro relativamente insignificante para su libertad o su integridad corporal lesionando gravemente o incluso matando a un inocente, le será exigible «según las circunstancias» que soporte el daño. Pero también aquí saber dónde se debe trazar el límite entre el daño propio exigible y el daño ajeno tolerable jurídicopenalmente en una zona intermedia incodificable es algo que sólo el juez puede establecer acudiendo a los principios materiales que fundamentan la categoría de la responsabilidad y ponderando todas las circunstancias. Y a la vista de los ejemplos puestos por el mismo legislador (situación jurídica especial, situación de necesidad provocada, alusión a las «circunstancias»), me parece evidente que en esa constatación judicial sólo pueden ser decisivos los indicados puntos de vista de prevención general, y no las diferencias de poder, de actitud interna, de participación en el valor, etc. Pero entonces, si no se quiere marcar un camino equivocado al juez, ese descubrimiento ha de ejercer su influencia en la estructuración dogmática de la esfera de la responsabilidad entendida en el sentido de la concepción que hemos propuesto.

V

Pero la fundamentación político-criminal de la categoría de la responsabilidad partiendo de la teoría de los fines de pena no sólo es adecuada para explicar sin contradicciones la regulación de la ley positiva, sino que al mismo tiempo permite solucionar mejor los problemas teóricos fundamentales del Derecho Penal. En efecto, desde el punto de vista aquí defendido, se puede dejar a un lado tranquilamente la insoluble cuestión del libre albedrío, cuya contestación en sentido afirmativo constituye el eje y punto cardinal de la concepción en la mayoría de las teorías de la culpabilidad. Con respecto a la imputabilidad y al error de prohibición invencible, ya ha ex-

puesto Gimbernat en este tomo (58) que la exclusión de la responsabilidad se puede explicar exactamente igual por la falta de necesidad de prevención **jurídico-penal** que desde el punto de vista de falta de culpabilidad. La no motivabilidad por la norma y la exclusión de necesidades de prevención general hace que resulte adecuada la renuncia a sanciones jurídico-penales con total independencia de si se atribuye o no al hombre por principio la capacidad de actuar de otro modo. A ese respecto, el hecho sociopsicológico de la experiencia humana de la culpabilidad penetra directamente dentro de los componentes preventivo-generales de la responsabilidad. Si los hombres dicen del sujeto inímite: «El no puede hacer nada al respecto», por eso mismo desaparece ya todo efecto ejemplar potencial del hecho. La imposibilidad de una individualización extrema y el hecho de que sea inevitable una cierta generalización normativa y orientada por las exigencias del orden jurídico, hacen que incluso resulte más adecuado un modelo de explicación de tipo preventivo. En ese sentido, la polémica en torno al libre albedrío es en cualquier caso absolutamente irrelevante.

Con mayor razón, aún vale lo dicho para los supuestos de estado de necesidad y situaciones semejantes. Incluso quien afirme que en tales casos se da el poder actuar de otro modo y, con ello, la «culpabilidad», tendrá que admitir precisamente por eso que en los mismos es la falta de necesidad de prevención especial o general lo que da lugar a la exclusión de la responsabilidad. Así, pues, aquí llegarán al mismo resultado exactamente tanto la solución determinista como la indeterminista.

En consecuencia, la idea de culpabilidad no cobra en absoluto su genuina importancia práctica en la exclusión de la responsabilidad, que siempre se puede explicar (e incluso mejor) por la falta de necesidad de prevención, sino sólo en el marco de la teoría de la medición de la pena, situada más allá del sistema del delito y en la que la medida de la culpabilidad pone un límite a las necesidades preventivas de imponer una sanción. El mejor ejemplo de ello es la regla de me-

(58) Páginas 151 y sigs. [de la «Festschrift für Henkel», 1974].

dición de la pena del § 51, ap. 2, StGB (§ 21, 2, StrRG), según la cual, si la imputabilidad está disminuida, se puede atenuar la pena (59) aun cuando las causas de prevención especial o general abogaran más bien por una pena más larga. No es preciso seguir insistiendo aquí en ello, porque cae fuera de nuestro tema, limitado a la categoría sistemática de la responsabilidad. En otro lugar (60) he intentado exponer detenidamente que en ese sentido el principio de culpabilidad supone una creación normativa tendente a proteger al ciudadano frente a desmesuradas ingerencias estatales, y cuya legitimidad propia de un Estado de Derecho es totalmente independiente de la existencia del libre albedrío humano. Pero, sea como fuere, lo cierto es que, según la concepción aquí expuesta, sobre la categoría sistemática de la responsabilidad no pesa en ningún caso el problema del libre albedrío.

VI

Finalmente se plantea la cuestión de ver qué utilidad puede tener la teoría aquí desarrollada en caso de dificultades interpretativas concretas. Exponer esto en detalles supondría escribir toda una dogmática de la teoría de la responsabilidad, cosa que me impide el espacio de que dispongo. Tendremos que conformarnos por ello con hacer algunas indicaciones, reservando para un estudio posterior el tratamiento en detalles de las causas concretas de exclusión de la responsabilidad.

1. Me parece de importancia fundamental subrayar que en la interpretación no se debe atender tanto al criterio del «poder» que se puede conseguir con un último esfuerzo de voluntad, que es el que hoy domina en nuestra doctrina, cuan-

(59) El hecho de que difícilmente se pueda compaginar con el principio de culpabilidad la atenuación meramente facultativa de la pena y, pese a ello, la siga manteniendo así el legislador, muestra por lo demás lo poco dispuesto que se muestra el legislador a prescindir de sus deseos de prevención (disciplinar a los «psicópatas»),

(60) Últimamente de modo detallado en mi trabajo: «Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip», en «Festschrift für Sieverts», MSchrKrim, 1973, pp. 316 y sigs. (cfr. supra p. 41).

to al factor decisivo de las exigencias de la comunidad jurídica orientadas a lo imprescindible en el aspecto preventivo, que se detienen por regla general **antes de** los límites del poder alcanzable en el caso extremo. Así, p. ej., el Tribunal Supremo Federal trata con excesivo rigor la evitabilidad del error de prohibición (61). Según su jurisprudencia, un error de prohibición seguirá siendo «evitable» (y dará lugar por ello a una pena por dolo) aunque en el caso del tipo imprudente la conducta del autor hubiera observado el cuidado requerido en el tráfico y que le fuera exigible (62). En la práctica, esto excluye en muchos casos la exculpación por error de prohibición inevitable. Dicha solución es consecuente en cuanto que en teoría todo error de prohibición se «puede» evitar efectivamente informándose acerca del carácter permitido de todas las conductas que de algún modo sean jurídicamente relevantes durante el tiempo que sea necesario, hasta que queden patentes los reparos existentes. Pero tales exigencias, deducidas de la premisa del poder, son demasiado forzadas y, dada la extraordinaria complicación de nuestra vida social, regulada hasta en los más remotos ámbitos por una densa red de párrafos, ahogaría de antemano muchas útiles iniciativas. Desde el punto de la necesidad social bastaría con examinar, **en primer lugar**, si es que acaso la situación del autor forzosamente daba motivos para preocuparse por la licitud de su conducta, y **en segundo lugar**, si, de ser afirmativa la respuesta sobre ese presupuesto, la consulta a un experto digno de confianza (en la práctica generalmente un abogado) habría dado motivos para desistir de la conducta planeada (63). Si no se cumple, bien la primera, o bien la segunda condición, no hay necesidad de pena alguna (64): el sujeto que actúa sin con-

tal) Por lo demás, cfr. sobre la fundamentación político-criminal de la teoría del error mi trabajo «Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962», en ZStW 76 (1964), pp. 582-618.

(62) BGHSt 4, pp. 236 y sigs.; cfr. al respecto Roxin: «ESJ Straf recht, Allg. Teil», 1973, p. 79.

(63) Sobre la totalidad de la problemática, cfr. las monografías de Rudolph: «Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums», 1969; Hörn: «Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit», 1969.

(64) La sentencia BGHSt 21, pp. 18 y sigs., llega a una solución distinta en ambos puntos.

ciencia de la antijuridicidad y al que tampoco el sentido social de la situación le daba pie a que tuviera dudas, no necesita resocialización; y, como cualquiera puede caer en su error, tampoco da tan mal ejemplo como para que fuera necesario por razones de prevención general imponer una sanción. Y lo mismo ocurre en el caso de que la debida (pero omitida) información le hubiera confirmado el carácter permitido de su actuación; en tales circunstancias, la infracción de las reglas sociales no puede ser tan inequívoca como para que hubiera que reaccionar frente a ella con la pena.

Así, pues, la evitabilidad del error de prohibición no se debe determinar por los límites de lo que es posible «in abstracto», sino por los imperativos de una razonable política criminal. Dentro de los límites de lo jurídicamente exigido es inevitable el error de prohibición de quien está a la altura de las exigencias de fidelidad «normal» al Derecho. Y aquí también la cláusula de la exigibilidad volvería a dejar al juez la responsabilidad de concretar las exigencias del fin de la pena en los casos límite. Tal debilitamiento de la dureza rigorista de nuestra praxis actual en este punto, debilitamiento que, sin embargo, armoniza perfectamente con la tolerancia del legislador en el ámbito del estado de necesidad, significaría —especialmente en el Derecho Penal secundario— una aproximación a la teoría del dolo. Pero ¿es que acaso no sería lo acertado? ¿Y no debería la dogmática poner a nuestra disposición el instrumental interpretativo necesario para ello?

2. Cuestiones similares se plantean en la interpretación del exceso de la legítima defensa. Desde puntos de vista de «culpabilidad» apenas se puede explicar que el [antiguo] § 53, ap. 3, StGB («conmoción, *terror* o espanto»), del mismo modo que el [nuevo] § 33 creado por la 2, StrRG («turbación, *terror* o espanto»), sólo otorgue la exclusión de la responsabilidad en los estados pasionales asténicos, pero no en los «esténicos», como la cólera o la ira; pues tan comprensible es una reacción como la otra. Pero desde el punto de vista de la prevención cobra sentido la diferenciación. En efecto, generalmente los estados pasionales agresivos son mucho más peligrosos, y por ello hay que coartarlos por todos los medios (y, por tanto, también al precio de la pena) en interés de la

conservación de los bienes jurídicos; mientras que los estados de «turbación, terror o espanto» no provocan la imitación y por ello pueden ser tratados con mayor benignidad. Por otro lado, quien es víctima de una agresión y al reaccionar rebasa la medida de lo «ajustado a las reglas» debido a impulsos tan poco típicos de un delito, está socialmente integrado y tampoco provoca la necesidad de sanción por razones de prevención general. Parece por ello político-criminamente razonable interpretar el precepto extensivamente en vez de restrictivamente, como hace la concepción dominante hasta ahora.

Por tanto, habrá que resolver en sentido afirmativo (65) la conocida cuestión polémica de si también queda impune el exceso doloso de los límites de la legítima defensa cuando se debe a turbación, terror o espanto: en las reacciones semejantes al pánico sigue estando intacta frecuentemente la facultad intelectual de entendimiento, sin que la acción excesiva resultante del miedo pánico provoque la necesidad de sanción. Y por otro lado, contra lo que piensa la opinión dominante (66), partiendo de la base de la concepción que aquí se defiende, también se podrá renunciar a la pena, aunque no se trate de un exceso intensivo (que rebasa la medida de lo necesario), sino de un exceso extensivo, es decir, de una defensa que se prolongue después de acabada la actualidad de la agresión. El tenor de la ley no lo impide, ya que se pueden rebasar «los límites de la legítima defensa» tanto en cuanto al elemento de la «actualidad» como en cuanto al de la «necesidad». A los efectos de enjuiciamiento político-criminal del autor turbado por el miedo no existe diferencia alguna, «desde ningún punto de vista imaginable» (67), entre ambos excesos.

Si, no obstante, tanto en el exceso consciente de los límites

(65) Así también la opinión dominante, que, de todos modos, cuenta con notables adversarios: Welzel: «Allg. Teil», 11.^a ed., p. 89; Schmidhäuser: «cAllg. Teil», p. 375; Schönke-Schröder: 17.^a ed., § 53, nota 36; LK (Baldus), § 53, nota 43.

(66) Mantienen la misma opinión que yo, sobre todo, Mezger-Blei: «Allg. Teil», 15.^a ed., pp. 237 y sigs.; y además Baumann: «Allg. Teil», 6.^a ed., páginas 322 (no del todo claro); Schönke-Schröder: 17.^a ed., § 53, nota 36 (pero sólo para el caso de exceso inconsciente).

(67) Mezger-Blei: Op. cit., loc. cit.

de la legítima defensa por turbación, error o espanto, como en el exceso extensivo, muchos autores encuentran dificultades para admitir la exculpación, restringiendo algunos el ámbito de aplicación del § 53, ap. 3, de tal modo que el precepto sólo abarca casos en que de todos modos falta la imprudencia y resulta por ello «superfluo» (68), ello se debe a una «concepción de la culpabilidad» que convierte a una posibilidad teórica de actuar de otro modo en el único criterio de imposición de la sanción, pero que (a diferencia de lo que pensó el legislador) prescinde de antemano de considerar su necesidad político-criminal como principio interpretativo. Ciertamente es «posible» y deseable que la víctima de una agresión domine su miedo y su espanto, del mismo modo que también se «puede» hacer frente, por regla general, a los peligros de los [antiguos] §§ 52 y 54 StGB (*); pero que haya que castigar a quien por debilidad no lo consigue, es una cuestión adicional y sólo una interpretación adecuada del precepto relativo al exceso permite darle una respuesta negativa (69). Si bajo el influjo de una concepción demasiado mezquina de la «culpabilidad» se hace caso omiso del significado de esa cuestión para la responsabilidad jurídico-penal, el intérprete tiene entonces que estar de acuerdo con la queja, tantas veces citada, de M. E. Mayer (70): «La imputación, el más fino producto de la dogmática del Derecho Penal, se ve empañada por una burda regla.» Por eso no sorprende que la última edición del Leipziger Kommentar (71) siga sin ver ningún «motivo» para «extender la aplicación de esa burda regla más allá de los límites de lo directamente impuesto por el tenor de la

(68) Así lo califica expresamente Schmidhäuser: «Allg. Teil», 11/30, página 374; aunque lo cierto es que hay que suponer que *con dicho* precepto el legislador quería decir algo que no se entendiera ya por sí mismo.

(*) Recuérdese [vid. supra, mi nota (*), p. 63] que estos párrafos de la Parte General anteriormente vigente del StGB regulaban casos parciales de lo que la teoría dominante considera estado de necesidad disculpante. (Nota del Traductor.)

(69) Naturalmente, no se puede efectuar aquí un análisis de todos los problemas conexos con la interpretación de los §§ 53, ap. 3, StGB y 33, 2. StrRG.

(70) «Allgemeiner Teil», p. 282.

(71) 9.^a ed., 1970, § 53, nota 42 (Baldus).

ley». Aq uí se denota una desaprobación debida a que en el fondo no se sabe qué hacer con todo el precepto. En todo caso una teoría de la responsabilidad, tal como yo la concibo, puede hacer que resulte más plausible el sentido de la ley.

3. En donde mejor se pueden aclarar algunas ulteriores cuestiones importantes de la teoría de la responsabilidad —aquí sólo es posible hacer algunas indicaciones a modo de ejemplo— es en la dogmática de la imprudencia. Hoy prácticamente no se pone ya en duda que el marco jurídico-penal de la acción en los delitos imprudentes ha sido excesivamente influido por las consecuencias de un pensamiento causal «del resultado» y orientado a las ciencias naturales, tal como el que ha dominado durante mucho tiempo en la doctrina y la jurisprudencia. La mayor parte de los problemas dogmáticos que de ello resultan pertenece al ámbito del injusto, es decir, a la esfera de una limitación político-criminalmente razonable de los mismos deberes objetivos de cuidado. En esta esfera, el principio metodológico del «fin de protección de la norma» permite restringir la responsabilidad; pero estamos todavía comenzando solamente a elaborar científicamente los puntos de vista decisivos a ese respecto (72). Los problemas específicos que se plantean al enjuiciar la responsabilidad por la actuación imprudente, se ha intentado resolverlos desde la célebre sentencia del Tribunal Supremo del Reich en el caso del «cochero» (73), sirviéndose normalmente de la causa general de exclusión de la culpabilidad, que es la inexigibilidad. Pero ya se ha expuesto anteriormente que metodológicamente es inadmisibile que al emplear dicha cláusula, vacía de contenido, quede prácticamente a merced del arbitrio judicial la decisión sobre la punibilidad. Si, como aquí se hace, se entiende la categoría de la responsabilidad en el sentido de una concreción estructurada dogmáticamente del fin de la pena, a mi parecer, entonces, aparte de las causas de exclusión de la (categoría de la) responsabilidad legalmente reguladas, sólo

(72) Cfr. al respecto mi trabajo: «Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes» («Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten»), en «Festschrift für Wilhelm Gallas», 1973, pp. 241-259 = «Problemas básicos», dt., pp. 181-199.

(73) RGSt 30, pp. 25 y sigs.

deben tomarse en consideración otras dos causas que suponen una cautelosa extensión de dicha exclusión de la responsabilidad:

a) El principio regulativo de la exigibilidad puede tener una función legítima cuando no sea la negligencia la que impulse al autor a infringir el deber objetivo de cuidado. Este es el supuesto básico del caso del cochero: el cochero procesado por lesiones imprudentes sabía que por razones de seguridad en el tráfico no debería haber enganchado un caballo propenso a desbocarse. Sólo el «fundado temor a perder su empleo y su pan, de negarse a conducir con ese caballo» (74), era lo que le había movido a obedecer la orden de su amo y a emprender el paseo con el coche que terminó en el accidente. Aquí es imaginable, efectivamente, la exculpación. El fin pre-ventivo-general de la pena de las normas relativas a la imprudencia, es decir, el de oponerse a la falta de cuidado que pone en peligro bienes jurídicos, cae en el vacío cuando el autor se desvía de la norma de la conducta debida en el tráfico, no por falta de atención, sino por otros motivos; y-tampoco necesita influencia preventivo-especial (en este caso: introducción a la práctica de las reglas de disciplina del tráfico) la persona que sólo por necesidad y confiando en un desenlace feliz se arriesga contra su voluntad a crear un peligro.

La problemática del fin de la pena planteada por situaciones de ese tipo se transforma dogmáticamente en la cuestión de si en los delitos imprudentes también existen otras situaciones de necesidad (como, p. ej., la amenaza para la existencia económica), aparte de los casos de exclusión de la responsabilidad codificados en la ley —como los [antiguos] §§ 52, 53, ap. 3, y 54 StGB— que den lugar a que se renuncie a la sanción. Lo que es seguro es que en esos casos hay «culpabilidad» (si bien de forma atenuada) en el sentido de la concepción tradicional. Pero si se acepta nuestra concepción preventiva de la responsabilidad, parece correcto político-criminalmente remontarse al telos material de esa categoría del delito para ampliar, por medio de la analogía, los bienes jurídicos amparados por el estado de necesidad del [nuevo] § 35

(74) Sent. cit., p. 28.

de la 2, StrRG (vida, integridad corporal y libertad) a otros bienes de la misma importancia vital. Cabe alegar en ese sentido que los casos codificados de estado de necesidad están configurados pensando de modo primario en hechos dolosos y que en los tipos imprudentes, que de todos modos son raros debido a la escasa necesidad de prevención, se pueden ampliar un poco los límites de la exclusión jurídico-penal de la responsabilidad en situaciones de necesidad sin peligro para la paz jurídica; en tales casos, el deber civil de indemnización de daños y perjuicios es absolutamente suficiente como instrumento social de control. Como corresponde a la esencia de este principio regulador, vuelve a suceder que sólo el juez, acudiendo a los puntos de vista rectores de prevención general y especial que hemos descrito, podrá determinar los casos concretos en que, dada la amenaza que pesa sobre «bienes vitalmente importantes», ya no se le puede «exigir» otra conducta a quien actúa imprudentemente. Con todo, no se podrá negar que tal procedimiento es preferible por su claridad dogmática y su practicabilidad a una teoría que confiere el papel de «causa de exclusión de la culpabilidad» con carácter general a una inexigibilidad de contenido totalmente difuso.

b) Un segundo principio regulador, cuya aplicación a los delitos imprudentes me parece que merece discutirse, es el de la insignificancia. Ya he intentado demostrar en alguna ocasión anterior (75) que se trata de un principio general del Derecho; pero en el contexto que ahora nos interesa, su aplicación supondría que se excluye la responsabilidad jurídico-penal (76) si sólo ha habido una actuación insignificanamente imprudente (77). Dicha impunidad a fundamentar «de lege lata» ha sido propuesta ya por Stratenwerth (78), que

(75) Cfr. últimamente «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 2.^a ed., 1973, nota 53, p. 24 (con ulteriores citas) y el texto a que dicha nota se refiere [Cfr. «Política criminal y sistema del Derecho Penal», 1972 (trad. de Muñoz Conde a la 1.^a ed. alemana), nota 53, p. 53 y el texto que a ella se refiere].

(76) No se excluye, por supuesto, el deber de indemnización civil.

(77) Así ha pretendido el § 16, ap. 2, de la Parte General del Proyecto Alternativo que se *redactara* la ley —desgraciadamente sin *encontrar eco en* la comisión especial—; cfr. al respecto Roxin: JuS, 1973, p. 201.

(78) «Allg. Teil», 1971, núms. marginales 1211-1215, pp. 299 y sig.

también pretende excluir la culpabilidad —la responsabilidad, según la terminología aquí empleada— y que, en el mismo sentido de la concepción aquí desarrollada, se basa a esos efectos en una argumentación relativa al fin de la pena (79): Comoquiera que incluso un hombre concienzudo y digno de confianza —dice— puede cometer a veces inadvertidamente pequeñas faltas de cuidado, nadie estará seguro de no incurrir en pena por imprudencia; pero entonces —añade— pierde «la pena su impresionante poder de prevención general» y «sólo compasión» se podrá sentir por aquel sobre quien recaiga (80). Si a ello se agrega que en tales casos las «víctimas» de la punición son personas honradas con un control de sus conductas intacto en principio y que, por tanto, una reacción preventivo-especial es tan superflua como nociva, habremos completado la cadena de la argumentación que fundamenta la exclusión de la responsabilidad desde el punto de vista que aquí se defiende (81). Para escapar al reproche de que se sigue creando Derecho en el espacio no cubierto por la ley, sólo

(79) Con todo, no se puede desconocer que Stratenwerth se opone en sentido crítico a la concepción aquí expuesta de la «responsabilidad» —al menos en la forma esbozada por primera vez en «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 1970, pp. 33 y sigs. [«Política criminal y sistema del Derecho Penal», traducción de Muñoz Conde, 1972, pp. 67 y sigs.];—; cfr. la recensión de Stratenwerth en MschrKrim 1972, pp. 196-197. A este respecto puedo remitir a mi réplica en «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 2.^a ed., 1973, páginas 47-48, así como a mi toma de posición frente a la teoría de la culpabilidad de Stratenwerth, en ZStW 84 (1972), pp. 1004 y sigs.

(80) Op. cit., núm. marginal 1215.

(81) Pese a que se apoya en puntos de vista relativos al fin de la pena, Stratenwerth intenta exponer la falta de «culpabilidad» dentro de los cauces de la doctrina dominante. Según él, como nunca se puede decir con seguridad si en el caso concreto un pequeño descuido encuadra realmente en la negligencia evitable o, por el contrario, en la cuota de fallos que no se pueden evitar por muchos esfuerzos que se hagan, en virtud del principio «in dubio pro reo» habrá que considerar inevitable el fallo (op. cit., núms. marginales 1213-14). Sin embargo, aun prescindiendo de que así se ha introducido una cuestión procesal de prueba en el Derecho material, hay que afirmar lo siguiente: la negligencia concreta de que se trate siempre se puede evitar (si no, no sería negligencia); existe, por tanto, culpabilidad (aunque escasa) en el sentido tradicional, ya que su único punto de referencia es el hecho concreto. Pero como hay una cierta probabilidad estadística de que incluso el hombre más cuidadoso cometa a veces ligeros fallos, no hay ninguna necesidad de responder con una sanción penal frente a tal «culpabilidad».

habría que probar la fuerza de validez y la función del principio de insignificancia con una rigurosidad similar a la empleada por Henkel respecto de la exigibilidad (82). Y entonces se desprendería sin más del carácter regulador del principio de insignificancia que tiene que quedar reservada al aplicador del Derecho la tarea de enjuiciar el contenido de la insignificancia. Al mismo tiempo, el Derecho material contribuiría así de manera importante a solucionar el problema jurídico-penal de los hechos-bagatela, problema que generalmente se intenta resolver sólo con medios procesales poco satisfactorios.

4. Una última palabra sobre las discutidísimas causas «supralegales» de exclusión de la responsabilidad. Tras lo dicho anteriormente, está claro que estos casos no se pueden solventar sencillamente con la causa de exclusión que es la «inexigibilidad». Se trata solamente de determinar si de los principios político-criminales (basados por su parte en la ley), rectores de la categoría de la responsabilidad, es lícito deducir la exclusión de la penalidad respecto de determinados tipos de situaciones claramente perfilados, aunque el legislador no contemple tales constelaciones (y, por tanto, tampoco se haya pronunciado implícitamente **en contra** de que se las tome en consideración). De acuerdo con los criterios generales de la hermenéutica y *con* las exigencias de una política criminal humana, no se debe excluir, por principio, tal posibilidad. La discusión doctrinal se ha centrado sobre todo en dos grupos de casos a los que habré de limitarme.

a) La situación más discutida en la posguerra es la situación conflictiva del sujeto que sólo puede salvar vidas humanas sacrificando a otros hombres. Como es sabido, el «leading-case» es el caso de la «eutanasia» en que se vieron implicados médicos que dejaron que mataran a un cierto número de los pacientes que tenían confiados para preservar al menos a los restantes del exterminio por parte de los colaboradores del régimen nazi. Creo (de acuerdo con la opinión dominante) que lo correcto es afirmar que subsiste el injusto en tales casos, porque el orden jurídico debería atenerse a la regla de que

(82) El espacio disponible no nos permite profundizar aquí en esta problemática que se adentra en la teoría **general del Derecho**.

nada puede justificar que se mate a un inocente. Para asegurar la inviolabilidad de la protección de la vida, el orden jurídico tiene que exigir de todos los médicos que se negaran a todo tipo de colaboración. Nadie puede saber con seguridad si lo que entonces habría sucedido es que quizá se hubiera revocado la orden de matar o que, por el contrario, unos complacientes sicarios habrían matado a todos los enfermos mentales; y, por tanto, esa cuestión —como, en general, los cursos causales hipotéticos en los delitos dolosos— es irrelevante para el juicio sobre lo justo y lo injusto. Aceptadas estas premisas, desde el punto de vista de la doctrina tradicional habría que afirmar, dado que no es aplicable el [antiguo] § 54 StGB, ni tampoco el [nuevo] § 35 de la 2, StrRG, que hay culpabilidad y punibilidad, ya que el autor estaba en perfectas condiciones de cumplir los imperativos del Derecho que se establecen en la categoría de la antijuridicidad y de negarse a participar en la muerte de inocentes. Lo decisivo aquí, al igual que en los demás casos, no es el enjuiciamiento moral (aparte de que ¿conforme a qué criterios se debe determinar?) de su «actitud interna»; para la «culpabilidad» jurídica basta con que la disposición del autor, que estaba en condiciones de emprender otra conducta distinta, se desvíe de las reglas del Derecho. Cuando, p. ej., Welzel, que ha prestado especial atención a esos problemas, para fundamentar la exclusión de la culpabilidad que propugna, manifiesta (83) que el orden jurídico ha de mostrarse indulgente «porque cualquier otro ciudadano en el lugar del autor, para obrar correctamente, tenía que actuar igual que el autor», **este** argumento, si fuera cierto, tendría que implicar una causa de justificación. Pero si se estima, como Welzel, que el autor actúa **antijurídicamente**, de ahí se sigue necesariamente que el autor habría **debido** actuar de otra manera, con lo que ya no disponemos de un fundamento plausible para la exclusión de la culpabilidad. En cambio, la concepción de la responsabilidad que hemos desarrollado aquí permite un punto de partida completamente distinto. En efecto, conforme a aquélla, se debe preguntar si tal conducta, en caso de considerarla antijurídica, requiere una sanción penal

(83) «Allg. Teil», 11.ª ed., 1969, p. 184.

por razones de prevención general o especial. Pero la respuesta ha de ser negativa porque en cada uno de esos dos aspectos la necesidad de pena queda excluida por una doble circunstancia: por la absoluta singularidad de tales situaciones y por la finalidad del autor de preservar bienes jurídicos. Los sujetos, encontrándose en una inevitable situación de conflicto en la que no veían claro en el momento del hecho el modo en que debían actuar (84), escogieron una salida que posteriormente no se puede calificar de correcta, pero que, dado que esos sujetos querían evitar lo peor, deja intacta la integridad social de los mismos y no rebaja tampoco el valor del bien jurídico «vida» a los ojos de la generalidad. Ello fundamenta la exclusión de la responsabilidad jurídico-penal aunque los sujetos hayan sido «culpables».

b) Con arreglo a principios similares, ha de resolverse la cuestión que la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha puesto de actualidad, de si la actuación por motivos de conciencia puede dar lugar a la impunidad (85). Por regla general, habrá que responder negativamente a esta cuestión (86), ya que el Derecho es un orden objetivo y sufriría una merma esencial en su poder regulador de conductas si cualquier persona pudiera hacer caso omiso del mismo, según los criterios de su conciencia individual (a menudo sectoria). Si quedaran sin sanción las injerencias en derechos de terceros por motivos de conciencia, se acabaría favoreciendo abusos cuya tolerancia tampoco puede deducirse del derecho fundamental de la libertad de conciencia (artículo-

(84) Sobre la problemática de un posible error de prohibición invencible, que se plantea una sentencia del BGH (NJW 1953, pp. 513 y sig.), cfr. mi comentario a dicha sentencia en «ESJ Straf recht, Allg. Teil», caso 34, pp. 99 y siguiente.

(85) BVerGE 32, pp. 98 y sigs.

(86) Por razones de espacio no podemos ocuparnos aquí de la animada controversia doctrinal que ha suscitado ya la sentencia del BVerG; cfr. solamente Peters: JZ 1972, p. 85; Händel: NJW 1972, p. 327; Deubner: NJW 1972, página 814; Blumenthal: MDR 1972, p. 759; Dreher: JR 1972, p. 342; Schwabe: JuS 1972, p. 380; Ranft, en «Persönlichkeit in der Demokratie, Festschrift für Erich Schwinge», 1973, p. 111; Müller-Dietz, en «Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Peters», 1974, p. 91; Rudolphi, en «Festschrift für Hans Welzel», 1974, p. 605.

lo 4 GG). Pero en el caso del que se ocupó la sentencia del Tribunal Constitucional Federal se trataba de una situación muy especial. Una mujer perteneciente a la «Hermandad evangélica» se había negado por motivos religiosos a ser hospitalizada y a que se le practicara una transfusión sanguínea que le salvaría la vida, porque había creído deducir de las Sagradas Escrituras que la curación se produciría más bien si se confiaba sólo en la oración. El marido, que pertenecía a la misma secta, había dejado expresamente la decisión al arbitrio de su mujer, pero también le había indicado que «en la asamblea» se les enseñaba «un camino distinto» (el de la oración) y que él mismo estaba «en contra de un tratamiento hospitalario». Al morir su mujer fue condenado por omisión de socorro, basándose la condena en que habría debido aconsejar a su mujer que se sometiera a un tratamiento médico adecuado en vez de desaconsejárselo.

El Tribunal Constitucional Federal, al fundamentar la impunidad que propugna (en base al art. 4 GG) para el marido, no se ocupa directamente de su incardinación en la dogmática jurídico-penal, pero deja entrever con suficiente claridad que no quiere admitir una causa de justificación, sino de exclusión de la culpabilidad (87): «Si bien objetivamente y conforme a las concepciones valorativas dominantes de modo general en la sociedad se debe desaprobado esa decisión, sin embargo, ya no es tan reprochable como para que estuviera justificado proceder contra el autor con el arma más terrible de que dispone la sociedad, es decir, el Derecho Penal. Ante la configuración de este caso, la pena criminal —con independencia de su cuantía— no es una sanción adecuada en ningún aspecto (retribución, prevención o resocialización del autor).» Esta fundamentación confirma de modo sorprendente la concepción de la responsabilidad que aquí hemos desarrollado, ya que, en efecto, habrá que afirmar que hay «culpabilidad» en el autor mientras se opere con ese concepto y se mantenga el juicio objetivo de desaprobación; pues el autor habría debido y podido comportarse de otro modo. Si se negara de modo general la capacidad del ciudadano para confrontar la voz de

(87) Sent. cit., p. 109.

su conciencia con las normas del Derecho a fin de examinar la posibilidad de estar en un error, habría que disculpar **toda** actuación que lesione bienes jurídicos por motivos de conciencia, lo que, como ya se ha expuesto, es impensable. Pero cuando en el presente caso el Tribunal Constitucional Federal dice que la acción «ya no es tan reprochable» que justifique una sanción penal, está afirmando la existencia de «culpabilidad» y, sin embargo, niega la responsabilidad jurídico-penal sirviéndose de una argumentación político-criminal relativa al fin de la pena. A mi juicio, éste es el camino metodológicamente correcto; no sólo porque coincide con los principios aquí elaborados con carácter general para la teoría de la responsabilidad, sino sobre todo porque permite dar el tratamiento diferenciado que se necesita urgentemente para los delitos por motivos de conciencia. En el caso concreto del que nos ocupamos coinciden dos razones que efectivamente justifican la construcción de la exclusión de la responsabilidad «a la luz del artículo 4 GG» (88): el sujeto respetó la voluntad de su mujer, es decir, que no se entrometió en una esfera jurídica ajena apelando a su conciencia; y quería (si bien por un camino equivocado) «preservar... el bien jurídico protegido por la amenaza penal» (88). Al concurrir ambos factores hacen que desaparezca la necesidad, ya sea de carácter preventivo-general o preventivo-especial, de imponer una sanción. No es preciso volver a fundamentar esta afirmación, ya que estamos ante una situación análoga al caso de la eutanasia: la singularidad de las circunstancias externas que en dicho caso se puso de relieve corresponde en éste al «carácter intransferible» y no generalizaba de la íntima decisión de conciencia, y tanto en uno como en otro caso concurre en el autor la finalidad de preservar bienes jurídicos. Pero, por otra parte, a constelaciones de este tipo es a las que se debería limitar el estado de necesidad supralegal que excluye la responsabilidad.

En vista de todo ello, estimo que la teoría de la «responsabilidad» que aquí hemos esbozado como la categoría principal, junto con el injusto, del sistema del Derecho Penal puede fundamentar algunas soluciones de modo más adecuado y

(88) Sent. cit., p. 109.

realista que si se fundamenta exclusivamente la pena en un discutido y no siempre suficiente concepto de «culpabilidad». En cualquier caso, tal concepción permite poner a la dogmática jurídico-penal en ese estrecho contacto con el desarrollo de la política criminal, sin el cual aquélla corre el peligro de perder su conexión con los «fundamentos» de nuestra disciplina. «Fundamentos del Derecho» —así reza el subtítulo de la «Introducción a la Filosofía del Derecho», de Heinrich Henkel—. A él, que me enseñó a reflexionar sobre los «fundamentos», va dedicado este estudio como muestra de gratitud y respeto.

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LOS FINES DE LA PENA (*)

I. La teoría de la determinación de la pena es una ciencia que todavía está en sus comienzos (1); de ahí que los Códigos penales se ocupen de esta materia con ciertas vacilaciones. Pese a todo, tanto el StGB suizo como el alemán federal contienen desde hace ya algunos años una declaración general sobre la relación existente entre la determinación de la pena y los fines de la pena, las llamadas «causas finales de determinación de la pena» (2). El artículo 63 del StGB suizo dice: «El juez determinará la pena según la culpabilidad del reo; tendrá en cuenta los motivos, la vida anterior a la comisión del delito y las circunstancias personales del culpable.» Hans Schultz, el respetado homenajeado, ha planteado a la vista de

(*) Título original: «Strafzumessung im Lichte der Strafwecke», en «Lebendiges Strafrecht, Festgabe für Hans Schultz», Berna, 1977.

El presente trabajo recoge algunas sugerencias de los participantes en el seminario que dirigí en el semestre de verano de 1977 sobre el tema «Fin de la pena y determinación de la pena». Quisiera, sobre todo, dar las gracias a mis colaboradores Cortes Rosa y W. Neumann Cosel, que posteriormente se prestaron a discutir conmigo algunas de las cuestiones que aquí se tratan.

(1) La obra clásica básica más reciente es el «Strafzumessungsrecht», de Hans-Jürgen Bruns, 2.ª ed., 1974. Exposiciones generales ofrecen también Spindel: «Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre», en ZStrW 83 (1971), páginas 203-242, y Bruns: «Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht», en «Festschrift für Welzel», 1974, páginas 739-760.

(2) Sobre ello detenidamente Bruns: *loc. cit.*, pp. 196-355; la expresión procede de la también básica monografía de Spindel: «Zur Lehre vom Strafmas», 1954.

tal regulación la cuestión (3) de si la «determinación de la pena únicamente debe regirse por la culpabilidad», «ya que el artículo 63 habla sólo de ella». Su respuesta a esta cuestión, en relación con el Derecho Penal suizo vigente es la de que «en la determinación de la pena debe por lo menos también tenerse en cuenta» el principio de la resocialización que, según el artículo 37, núm. 1, párr. 1.º, debe inspirar la ejecución de las penas de prisión y ciertamente en una forma que permita tener en cuenta, dentro del margen de libertad de la culpabilidad (es decir, en el marco de lo ya adecuado y de lo todavía correspondiente a la culpabilidad), «consideraciones de prevención especial y considerar la posibilidad de la reinserción social». En cambio, considera Schultz que no es admisible imponer, por razones de prevención especial, «una pena inferior al marco penal que corresponde a la culpabilidad por el hecho». Pero esta última conclusión, la de que no puede imponerse una pena inferior a la del marco penal correspondiente a la culpabilidad, es criticada por Schultz. Invocando el § 59, sec. 2, del Proyecto Alternativo alemán (4), del que fue uno de sus redactores, considera que hubiera sido mejor «que la culpabilidad sólo hubiera tenido efecto como fundamento y como limitación de la pena y que **la ley, en consecuencia, no exigiera imponer en toda su extensión la pena correspondiente al grado de culpabilidad, cuando ello no fuera necesario ni para la protección de bienes jurídicos ni para la resocialización.**»

Una problemática similar plantea el StGB de la República Federal Alemana. Su § 46, párr. 1.º, introducido por ley de 25 de junio de 1969 (constituyendo el antiguo § 13, sec. a), dice: «La culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena. Deben tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar tenga la pena en la vida futura del reo en sociedad.»

(3) «Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts», t. II, 2.ª ed., «Die Kriminalrechtlichen Sanktionen. Das Jugendstrafrecht», 1974, p. 63. En este lugar se encuentran las siguientes citas que figuran en el texto.

(4) «Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil», 1966, 2.ª ed., 1969. El § 59, 2.º, dice: «El grado determinado por la culpabilidad sólo puede imponerse en toda su extensión en cuanto sea necesario para la reinserción del reo o la protección de bienes jurídicos.»

Y el § 46, párr. 2.º, añade luego —de un modo parecido a lo que dispone el segundo párrafo del art. 63 del StGB suizo, pero aún más expresamente— un catálogo de circunstancias relevantes para la determinación de la pena. Si se compara la regulación alemana con la suiza, llama la atención que el § 46, párr. 1.º, del StGB alemán se diferencia sobre todo del artículo 63 del StGB suizo por la cláusula preventiva especial y se plantea la cuestión de si la regulación alemana se adapta mejor que la suiza a la concepción de la determinación de la pena defendida por Hans Schultz. Esta cuestión tiene un tras-fondo histórico legislativo muy real, pues la reserva preventiva ha sido acogida en el StGB alemán en el último momento (en la última deliberación de la comisión especial para la reforma del Derecho Penal) (5), y ciertamente por influencia del Proyecto Alternativo que precisamente en esta cuestión fundamental de la determinación de la pena había sido acuñado en gran medida por el pensamiento penal de Hans Schultz (6). No es, por tanto, un simple juego, sino una muestra de la incidencia internacional de su trabajo científico el que, desde el fondo de sus teorías, se lleve a cabo en un homenaje dedicado a Hans Schultz, una comparación entre la regulación de la determinación de la pena en Alemania y en Suiza (7).

II. En primer lugar, hay que dar la razón a Hans Schultz en que, en tanto en la determinación de la pena se trata de retribuir la culpabilidad, tanto el Derecho Penal alemán como el suizo se apoyan por igual en la teoría del margen de liber-

(5) Cfr. Stratenwerth: «Tatschuld und Strafzumessung», 1972, p. 9. (Hay traducción española de Bacigalupo y Zugaldía publicada en «El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad», Madrid, 1980. (Nota del Traductor.)

(6) Cfr. su artículo «Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1962», en JZ, 1966, pp. 113-123, que «ha ejercido una considerable influencia» en la reforma alemana (Jescheck: ZSW 80 (1968), pág. 55, nota 5) y cuyas ideas han sido recogidas en gran parte en el Proyecto Alternativo alemán. Sobre la influencia de Schultz, cfr. también Koffka: «Leipziger Kommentar», 9.ª ed., 1971, § 13, *núm. marginal* 3.

(7) No puedo ocuparme, sin embargo, dentro del estrecho marco de este trabajo, con mayor detenimiento de la ya extensa bibliografía existente en torno al § 46 StGB. Espero, no obstante, poder ocuparme de ella con mayor extensión en un próximo trabajo (cfr. *infra*, p. 115). Aquí sólo ofrezco las referencias que afectan directamente a mis propias ideas.

tad (Spielraumtheorie), formulada así por la jurisprudencia alemana (8): «No se puede determinar con precisión qué pena corresponde a la culpabilidad. Existe aquí un margen de libertad (Spielraum) limitado en su grado máximo por la pena todavía adecuada (a la culpabilidad). El juez no puede traspasar el límite máximo. No puede, por tanto, imponer una pena que en su magnitud o naturaleza sea tan grave que ya no se sienta por él como adecuada a la culpabilidad. Pero el juez... sí puede decidir hasta dónde puede llegar dentro de este margen de libertad.»

Frente a esta teoría del «margen de libertad» (9) se alza la teoría de la «pena exacta» («Punktstrafe»), según la cual a la culpabilidad sólo puede corresponder una pena exactamente determinada («punktuell»). Ciertamente, los partidarios de esta teoría admiten que, dentro de ciertos límites, se puede tener distinta opinión sobre la magnitud de la pena adecuada. Pero esto no se debe al asunto mismo, sino a las limitaciones del conocimiento humano; desde un punto de vista ideal no pueden corresponder por igual al grado de culpabilidad diversas magnitudes penales (10).

Ante esta polémica de principios se decide Hans Schultz por la teoría del margen de libertad con el argumento de que «sólo de esta manera la culpabilidad, distintamente configurada en cada caso, puede transformarse en la cantidad de una pena». Esta opinión es correcta. No es que exista una magnitud penal que se corresponda con exactitud al grado de culpabilidad y que, por nuestras limitaciones, no podamos verla con claridad; sino que una tal magnitud no existe en absoluto y es por eso por lo que la teoría del margen de libertad se ajusta mejor a la realidad del acto de determinación de la pena. Si, en efecto, la pena debe determinarse según el grado de culpabilidad, es porque de este modo se consigue la finalidad político-social de restablecer la paz jurídica perturbada y de fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad imponiendo

(8) Fundamental, BGHSt 7, p. 32.

(9) Sobre la polémica en relación con esta cuestión véase expresamente Bruns: «Strafzumessungsrecht», pp. 236-284.

(10) Cfr., p. ej., Arthur Kaufmann: «Das Schuldprinzip», 1961, pp. 65 y sig.; Heinitz, ZStW 70 (1958), p. 5.

al autor del delito una sanción que ha «merecido», es decir, una sanción que corresponda a la gravedad de su delito.

Pero lo que es «merecido» no es algo escrito con precisión en el firmamento de un concepto metafísica de la culpabilidad, que incluso con ayuda de un telescopio sería difícil de leer; sino el resultado de un proceso psicosociológico valorativo mudable, de una valoración de la comunidad que desde un principio no puede determinarse en relación con la magnitud penal de un modo exacto, sino que sólo posee realidad empírica en el ámbito de un cierto margen de libertad.

El legítimo esfuerzo por racionalizar y elaborar científicamente el proceso de determinación de la pena no modifica en lo más mínimo la anterior conclusión, ya que pequeñas modificaciones de la magnitud de la pena que, en atención al efecto preventivo general, debe provocar una «reacción merecida», son irrelevantes. Si se preguntara a un juez experimentado y conocedor tanto de la teoría como de la praxis, si la pena correspondiente a la culpabilidad es en un caso concreto la de privación de libertad de diez meses y dos semanas o la de diez meses y tres semanas, no podría respondernos, ya que el sentimiento de la justicia por el que se debe medir en última instancia toda pena correspondiente a la culpabilidad deducida racionalmente, no se ve alterado por variaciones tan pequeñas de la magnitud de la pena. Todo lo más que podría decir dicho juez es que lo adecuado es una pena privativa de libertad entre nueve y doce meses, y que una sanción inferior o superior a la que permite este marco pondría en peligro los criterios unitarios de la determinación de la pena y supondría una injusticia. La pena «correcta» correspondiente a la culpabilidad sería, por tanto, desde un principio, la comprendida entre los nueve y doce meses de privación de libertad, sin que desde el plano teórico quepa hacer una mayor precisión.

Una justificación de la teoría del margen de libertad como la que se acaba de ofrecer supone, sin embargo, que la pena adecuada a la culpabilidad no tiene sentido en sí misma, sino como instrumento al servicio de un fin político-social. La pena adecuada a la culpabilidad sirve a la prevención general en tanto que consigue que la condena sea aceptada por la sociedad como una condena adecuada (justa), ayudando así a la

estabilización de la conciencia jurídica general. Si, en cambio, se mantiene la tesis de Arthur Kaufmann y se considera la culpabilidad jurídico-penal como un «fenómeno metafísico» (11), es perfectamente lógico y consecuente decir que «la falta de claridad del conocimiento metafísico» no significa necesariamente «falta de claridad del objeto metafísico» y que, por tanto, «es incorrecto deducir del hecho de que el grado de culpabilidad no se puede determinar con exactitud, la conclusión de que la pena adecuada a la culpabilidad no puede ser en absoluto una pena fija, sino una pena que oscila dentro de un "margen de libertad" más o menos amplio...» (12). A ello no habría nada que objetar si la «culpabilidad» que viene en cuestión a la hora de determinar la pena fuere realmente un dato independiente de cualquier tipo de conocimiento humano. Pero una concepción de la culpabilidad de esta clase, a la que ciertamente no puede negarse la legitimidad filosófica o teológica, no puede ser válida en Derecho Penal, porque la determinación de la pena no es un problema metafísico, sino un acto absolutamente terrenal que tiene como fin el asegurar un orden social pacífico. «La pena no es —como ya dijo Hans Schultz en una brillante frase que se ha hecho famosa— un problema metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas.» Esta concepción se ha impuesto mientras tanto de un modo general, y apenas necesita ser fundamentada (14). Así, p. ej., considera Horstkotte (15),

(11) Como nota 10, p. 65.

(12) Como nota 10, p. 66.

(13) JZ 1966, p. 114. La frase ha sido acogida con algunas modificaciones sin importancia en la fundamentación del Proyecto Alternativo alemán; cfr. AE, explicaciones al § 2, p. 29.

(14) Para una exposición más detallada de mi propia concepción me remito a mis trabajos: *cSinn und Grenzen staatlicher Strafe* y «*Franz v. Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativetwurfs*», ambos en «*Strafrechtliche Grundlagenprobleme*», 1973, pp. 1 y sigs., 32 y sigs. (traducido al castellano por Diego M. Luzón Peña, con el título: «*Problemas básicos del Derecho Penal*», Madrid, 1976, pp. 11 y sigs. (Nota del Traductor.)

(15) JZ, 1970, p. 122; en el mismo sentido BGHStr 24, 42: «La primera ley de reforma del Derecho Penal se apoya en la idea de que la pena no tiene como misión la retribución de la culpabilidad como tal, sino que sólo está

quien, como consejero ministerial, participó en la creación del § 46 del StGB alemán, como «una decisión fundamental del legislador»... que no puede despreciarse a la hora de interpretar el § 13, el que la culpabilidad no puede conducir por sí misma a la pena». Y Lackner (16) resume correctamente la discusión habida en los últimos diez años diciendo: «Mientras tanto, se ha convertido en dominante la concepción de que el Derecho Penal es, en el fondo, un Derecho protector y que, por consiguiente, sólo puede ser utilizado por el Estado como medio para asegurar la convivencia pacífica en la sociedad.» Si, de acuerdo con todas estas declaraciones, la pena adecuada a la culpabilidad también tiene una finalidad, y si dentro de un determinado margen de libertad puede alcanzar de la misma manera el fin perseguido con ella, lógicamente cualquiera de estas penas debe ser una pena igualmente «correcta». La teoría del margen de libertad es, por más que todavía no se reconozca así en el plano general, la expresión teóricamente adecuada de una pena adecuada a la culpabilidad que puede cumplir también fines de prevención general. También, respecto al Derecho Penal vigente en la República Federal Alemana, se puede decir que la teoría de la pena exacta es incompatible, por lo menos en sus resultados, con la ley positiva (17). Pues si, según el § 46 del StGB alemán, la culpabilidad es sólo el «fundamento» de la determinación de la pena, es que hay también puntos de vista que tienen que desempeñar un papel, y esto es lo que, sin ningún tipo de forzamiento, defiende la teoría del margen de libertad. Si, a pesar de ello, se quiere seguir manteniendo la teoría de la pena exacta, debe concederse inmediatamente, a la vista de lo que dispone el § 46 StGB, que el legislador, dentro de un marco determinado, no ha excluido la posibilidad de que se imponga una pena inferior o superior a la que corresponde por la cul-

justificada cuando al mismo tiempo se presenta como un medio necesario para la realización de la función protectora preventiva que tiene el Derecho Penal.»

(16) «§ 13 StGB-eine Fehlleistung des Gesetzgebers», en «Festschrift für Gallas», 1973, p. 118.

(17) En este sentido, sobre todo, también Schffstein: «Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung», en «Festschrift für Gallas», 1973, pp. 99 y sigs., 104.

pabilidad, con lo que una vez más se llega a la teoría del margen de libertad. Pero sea como sea: independientemente de todo lo dicho hasta aquí, la teoría del margen de libertad tiene que reconocerse como la única teoría correcta desde el punto de vista de las bases de una concepción del Derecho Penal que es actualmente dominante, y ello tanto para el Derecho Penal alemán como para el suizo.

III. Con ello se plantea la ulterior cuestión de cómo debe completarse ese margen de libertad que abre la pena adecuada a la libertad. Una cosa es segura, y es que para completar o recorrer ese margen o marco de libertad vienen en consideración solamente puntos de vista preventivos, y que dentro de estos criterios preventivos se pueden admitir sin límites las consideraciones de prevención especial. El juez puede, por tanto, imponer cualquier pena que esté dentro de los límites que permite el marco de la culpabilidad, eligiendo en cada caso aquella que le parezca más conveniente, sobre todo para alcanzar la resocialización.

Más discutible es, sin embargo, la función que cumple la prevención general. Los Tribunales de la República Federal Alemana han admitido siempre que por razones de intimidación general se pueda imponer la pena en el grado máximo que permita el marco de la culpabilidad, aunque tanto desde el punto de vista de la retribución como de la prevención especial hubiera bastado con imponer una pena mucho más leve en el límite mínimo del «margen de libertad». El caso típico es el fallado en la sentencia BGHSt 7, 28 y sigs. Se trataba de un caso en el que un enfermo mental, con una imputabilidad bastante disminuida, asesinó a su hija de diecinueve meses. El BGHSt admitía que tanto una pena de reclusión perpetua como una de privación de libertad de quince años eran igualmente adecuadas a la culpabilidad. El Tribunal de Jurado había impuesto una pena de reclusión perpetua, basándose para ello en razones de prevención general. Planteado el correspondiente recurso, el BGH (18) consideró, y ésta es la opinión que ha prevalecido en los Tribunales de la República Federal Alemana, que el Tribunal de Jurado «no había cometido ninguna in-

(18) BG MStr 7, 32.

fracción jurídica al elegir en este caso de entre las diversas magnitudes de pena adecuada a la culpabilidad la más grave de ellas, basándose para ello en la «idea de prevención general». Sin embargo, creo que hay muchas razones a favor de la tesis contraria, entre otras, en el Derecho alemán, el importante argumento del tenor literal del § 46. Ciertamente que, como se ha dicho anteriormente, en el fondo de este precepto se encuentra la idea de la prevención general; pero esta idea no es más, en este caso, que la plasmación de la prevención general compensadora que toda pena adecuada a la culpabilidad tiene, es decir, simple «mantenimiento del orden jurídico» (19) y «afirmación de la fe en el derecho» (20) que anteriormente se acostumbraban a designar como la «fuerza configurados de las costumbres del Derecho Penal». De este tipo de prevención general debe distinguirse la prevención intimidatoria que, con el fin de *mantener* a toda costa la confianza en el Derecho, permite ir más allá de lo necesario desde el punto de vista del tratamiento igualitario, reprimiendo con el miedo (p. ej., con la amenaza de una pena de prisión perpetua) en los delincuentes potenciales, el impulso de cometer un delito. Lo que sí menciona el StGB de la República Federal Alemana es el concepto de «defensa del ordenamiento jurídico» (§§ 47, 1, 56, 3), que es un tercer punto de vista preventivo general que sirve solamente para impedir que se puedan imponer penas inferiores a la que pueda corresponder a la culpabilidad, pero que no puede servir para justificar un efecto intimidatorio aislado. Este último efecto no tiene ningún apoyo en la ley y debe, por tanto, rechazarse. Pero no sólo por esto, sino también por razones político-criminales. Pues si en el caso anteriormente citado es suficiente con una pena privativa de libertad de quince años para compensar la «culpabilidad» del enfermo mental (es decir, la confianza de la población en el Derecho y su confianza en la eficacia protectora del Derecho Penal), entonces no es lógico que se exponga al

(19) Cfr. Hans Schultz, JZ, 1966, 119.

(20) Jackobs: Schuld und Prävention», 1976, p. 10. La interesante monografía de Jackobs coincide con algunas ideas aquí expuestas, aunque también en algunos puntos diverge de mi concepción. En otra ocasión me ocuparé con más detenimiento de este trabajo.

delincuente a los efectos perniciosos que para su persona tiene una pena de reclusión perpetua y que, sin necesidad, sea sacrificado en aras de una «intimidación» que, desde el punto de vista empírico, es tan irreal como el efecto intimidatorio de la pena de muerte. Más bien hay que exigir lo contrario, es decir, que el juez no pueda por razones puramente intimidatorias imponer una pena en el grado máximo del marco de la culpabilidad cuando consideraciones de prevención especial hacen aconsejable imponer la pena en el grado mínimo de ese marco.

En el nuevo Derecho Penal de la República Federal Alemana esta conclusión está fuera de duda, y así se dice expresamente en el § 46, 1 °, que «deben tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar tenga la pena en la vida futura del reo en sociedad». No se trata de algo que el precepto deje al arbitrio del juez, sino de un mandato vinculante («debe tenerse en cuenta»). Se infringiría claramente este precepto si no se tuvieran en cuenta, en base a una ficticia eficacia intimidatoria, dichos «efectos para la vida futura del reo en sociedad», a pesar de que el marco de la pena adecuada a la culpabilidad lo hubiera permitido. Por todo ello, parece conveniente que la jurisprudencia alemana, cuyo criterio se formó antes de la introducción de la cláusula preventiva especial, revise ahora su concepción.

Por lo que se refiere al derecho suizo, el artículo 63 del StGB suizo no ofrece, desde luego, un punto de apoyo directo en orden a la ponderación de los factores preventivos generales y especiales dentro del marco de la culpabilidad. Pero dado que los preceptos relativos a la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 37, 1.º, 1) se refieren exclusivamente a la resocialización, y puesto que esta meta no puede ser olvidada si se quiere aplicar fielmente la ley en el momento de la determinación de la pena, sino que debe ser apoyada siempre que lo permita la pena adecuada a la culpabilidad, deberá llegarse forzosamente a la conclusión de que el Derecho suizo debe ser interpretado en este punto igual que el Derecho alemán. Por lo que se puede decir que en el caso citado al principio tampoco hubiera sido correcto, conforme a las reglas del Derecho suizo, imponer la pena de prisión perpetua. Tiene,

por consiguiente, razón Hans Schultz al querer completar el margen de libertad también en Derecho suizo, con ayuda de criterios preventivos especiales, sin tan siquiera citar el criterio de la intimidación (21).

Como resultado de nuestras reflexiones se puede decir que, tanto en el Derecho alemán como en el suizo, la pena adecuada a la culpabilidad debe ser entendida en el sentido de la teoría del margen de libertad y que la pena definitiva a imponer, dentro del marco de la culpabilidad, debe satisfacer solamente las exigencias preventivo-especiales, ya que la pena adecuada a la culpabilidad, incluso la impuesta en su grado mínimo, cubre las necesidades de la prevención general entendida como prevención integradora socialmente, y tampoco la ley prevé una prevención intimidatoria general que permita ir más lejos. Igualmente también por razones político-criminales debe rechazarse una agravación de la pena motivada por razones preventivas intimidatorias.

IV. Sobre la base de esta solución, el próximo paso lógico nos enfrenta con el problema de si el juez puede en algún caso imponer una pena superior o inferior al margen de libertad que permite la culpabilidad, cuando le parezca conveniente desde el punto de vista preventivo.

1. Desde un principio debe rechazarse toda pena que sea **superior al límite máximo** que permite el marco de la culpabilidad (22). Ello es consecuencia del fin protector liberal del principio de culpabilidad que impide que, tanto por razones preventivas generales como especiales, pueda imponerse una pena superior al grado máximo del marco de culpabilidad. El principio de culpabilidad cumple precisamente la función de imponer límites al poder de intervención estatal a través de la idea de lo merecido. Prescindiendo ahora de los criterios jurídico-constitucionales, la idea de que no puede imponerse por razones preventivas generales una pena superior a la que permite el grado máximo del marco de culpabilidad, se deriva ya especialmente de las reflexiones hechas anteriormente

(21) «Einführung in den Allgemeinen Teil», t. 2, 2.* ed., p. 63.

(22) Totalmente de acuerdo, Schultz (como nota 21).

de que ni tan siquiera dentro del marco de la culpabilidad se puede determinar la pena por simples criterios de intimidación. Por lo que se refiere a la prevención especial, tanto en el Derecho alemán como en el suizo, la prohibición de imponer una pena más grave de la que permita el grado máximo del marco de la culpabilidad se deriva ya del sistema dualista que inspira el ordenamiento de estos países. Pues si, en efecto, la magnitud de la pena no estuviera vinculada al grado de culpabilidad, no sería necesario el sistema dualista. Existe, por tanto, amplia unanimidad sobre la prohibición de imponer una pena superior a la que permite el marco de la culpabilidad. Esto se deduce ya directamente, por lo que se refiere al Derecho suizo, del artículo 63 del StGB suizo. Por lo que se refiere al Derecho vigente en la República Federal Alemana, el § 46, 1.º, StGB, se puede interpretar, desde el punto de vista de un concepto de grado de culpabilidad determinado conforme a la teoría de la pena exacta, de tal forma que pueda imponerse una pena superior a la correspondiente por la culpabilidad, ya que la culpabilidad sólo es «fundamento» de la determinación de la pena. Pero como ya se expuso anteriormente (supra II, al final), la regulación alemana responde a la teoría del margen de libertad y no puede ser concebida como una ruptura de la prohibición de imponer una pena superior a la correspondiente a la culpabilidad.

2. Mucho menos clara es la situación cuando se trata de saber si es posible imponer una **pena inferior al grado mínimo** del marco de la culpabilidad, cuando ello parece conveniente para conseguir la resocialización del reo. En contra de dicha posibilidad, apenas existen argumentos de principio, ya que incluso puede ser necesaria y realizable en atención «a la vida futura del reo en sociedad», sin que por ello se perjudique la función protectora del principio de culpabilidad.

Sin embargo, en el Derecho suizo dicha solución sólo puede ser aceptada como propuesta «de lege ferenda», ya que el artículo 63, StGB suizo, sólo permite que la pena se determine «de acuerdo con la culpabilidad», con lo que se prohíbe también la imposición de una pena inferior a la correspondiente por la culpabilidad. Precisamente por eso es interesante,

como ya se ha indicado (23), comprobar hasta qué punto la petición de Hans Schultz de permitir, siguiendo el modelo adoptado por el Proyecto Alternativo, la posibilidad de imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior al grado mínimo del marco de la culpabilidad, ha sido acogida en el nuevo Derecho Penal de la República Federal Alemana.

En principio, y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho suizo, el tenor literal del § 46, StGB alemán, no se opone a un tal tipo de interpretación. Pues, por un lado, en la República Federal Alemana el juez está menos vinculado a la «culpabilidad», ya que ésta se considera en la ley sólo como «fundamento» y no como único punto de referencia de la determinación de la pena. Y por otro lado, el § 46, párr. 1, sec. 2.^a, exige expresamente la consideración de la prevención especial que en el caso concreto puede aconsejar la imposición de una pena inferior a la correspondiente del marco de culpabilidad. Pero, puesto que en todo caso el texto legal no se pronuncia expresamente ni en uno ni en otro sentido (24) y tampoco son nada claros los antecedentes legales (25), esta cuestión, es decir, la cuestión de si es eposible imponer una pena inferior a la correspondiente al marco de la culpabilidad, se ha convertido en Alemania en una de las más discutidas de toda la moderna teoría de la determinación de la pena.

El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), desde sus comienzos, tomó una postura contraria a la admisión de esta posibilidad (26). «El contenido de la pena no puede ser superior ni inferior a lo que corresponde como retribución justa de la culpabilidad» (27). También Schaffstein interpreta este precepto de la ley alemana en un sentido parecido al de

(23) Supra p. 95.

(24) Por eso, habla Lackner (como nota 16, p. 128) de que «el § 13 (hoy, 46), según su tenor literal, en última instancia admite todas las más importantes teorías de la determinación de la pena que se mantienen ahora en Alemania, por lo que deja a "la jurisprudencia y a la doctrina" la decisión sobre el futuro camino de la determinación de la pena».

(25) Sobre ello, detenidamente, Stratenwerth, como nota 5, pp. 8 y sigs.

(26) BGHStr 24, 134.

(27) Blei, JA, 1971, 165, critica enérgicamente esa precipitada decisión.

la regulación suiza (28): «Después de la introducción del § 13, StGB (ahora § 46), no tenemos la menor duda de que del mismo modo que no es lícito imponer, por razones preventivas, una pena superior a la que permite el marco de la culpabilidad, tampoco lo es imponer, por las mismas razones, una inferior a la que corresponde a dicho marco, ya que respecto a este tipo de pena por debajo del marco determinado por la culpabilidad ni siquiera se puede decir que la culpabilidad del reo es fundamento de su determinación.» En sentido contrario, destaca Lackner (29) que el «equivoco y vago concepto de "fundamento" puede en su tenor literal abarcar también aquellas opiniones doctrinales que pretender atribuir al principio de culpabilidad sólo una función limitadora». También Horstkotte (30) mantiene decididamente la tesis de que la culpabilidad sólo es «fundamento» de la determinación de la pena «en tanto permite al juez pasar a la determinación de la pena y considera que, por lo demás, es posible imponer una pena inferior a la correspondiente al marco de la culpabilidad, ya que el «manejo» del § 45, StGB, «no tiene apenas otra finalidad que la que le asignaba al precepto paralelo del Proyecto alternativo». Para otros autores esta posibilidad no se deriva de la expresión «fundamento», sino del § 46, párr. 1.º, sección 2.ª (31), o de consideraciones generales sacadas de la teoría de los fines de la pena (32). En toda esta polémica, de la que aquí sólo pueden ofrecerse algunas citas, realmente sólo se puede encontrar un criterio seguro, si se soslaya la inútil interpretación literal y se atiende al fondo teórico penal ya explicado que subyace al precepto y a la concepción total

(28) Como nota 17, p. 105. En esta línea, también Baumann, 7.ª ed., 1975, p. 647; Maurach, 4.ª ed., 1971, p. 838; Schmidhäuser, 2.* ed., 1975, 20/54 en nota 42 (también 20/62); Schnöke-Schröder-Stree, 18.* ed., 1976, antes del § 38, núm. marginal 17 (pero con otra acentuación en núm. marginal 18). Poco claro, Jescheck, 2.* ed., 1972, p. 648.

(29) Como nota 16, p. 127.

(30) Como nota 15, p. 124.

(31) Así, p. ej., Blei: «Allg. Teil», 16.ª ed., 1975, p. 379.

(32) Así, p. ej., Lackner, StGB, 10.ª ed., 1976, § 46, 3, b; Rudolphi, ZStW 86 (1974) 80; probablemente también Stratenwerth, como nota 5, página 32 (para quien, cuando no hay peligro de reincidencia, basta con una «sanción más o menos simbólica»).

de la ley. Sólo entonces se logra en el StGB alemán una solución que aproximadamente se encuentra entre la interpretación del Tribunal Supremo y las exigencias del Proyecto Alternativo; una concepción que se podría calificar como teoría de la pena adecuada a la culpabilidad con reserva preventiva especial. En concreto, esto significa lo siguiente:

a) En el caso normal, el juez deberá fijar la pena en atención a criterios preventivos especiales, ciertamente dentro de los límites del margen de libertad que le permite la culpabilidad, **sin** que pueda imponerla por debajo de este marco. Pues, al hacer el legislador de la culpabilidad «el fundamento» de la determinación de la pena, ha puesto en primer lugar, según hemos visto anteriormente, como idea rectora una determinada forma de prevención general. Con ello, el legislador alemán se ha pronunciado en favor de la tesis que considera que la pena adecuada a la culpabilidad (en el sentido de la teoría del margen o teoría del marco) es la más conveniente para mantener la confianza de la población en el Derecho, constituyendo este punto de vista en cierto modo la «otra cara» de la determinación de la pena. Sería contrario a esta idea el que el juez no estuviera vinculado de un modo general a la pena adecuada a la culpabilidad y el que pudiera arbitrariamente, por razones de prevención especial, imponer una pena inferior a la correspondiente a ese marco que, en su opinión, fuera todavía suficiente para la protección de bienes jurídicos. Cuando el Proyecto Alternativo se declara, sin embargo, partidario de esta solución, ello se debe a que dicho Proyecto considera que el grado de culpabilidad se encuentra por encima de lo necesario normalmente desde el punto de vista preventivo general — una tesis que, aunque aún no ha sido rebatida desde el punto de vista político-criminal, no es en todo caso la que sigue la ley vigente (33)—.

(33) Grünwald («Das Rechtsfolgenssystem des Alternative-Entwurfs», en ZStW 80 (1968), 89-118), con cuya explicación preventiva general de la pena adecuada a la culpabilidad estoy totalmente de acuerdo, ha intentado aproximar el Proyecto Alternativo a la concepción del § 46, 1.º, 1.ª, StGB, manteniendo la tesis de que la «protección de bienes jurídicos», que también obliga a tener en cuenta el Proyecto Alternativo (§ 2, 1.º, 59, 2.º), sólo puede garantizarse por la pena adecuada a la culpabilidad. De este modo llega a la con-

b) Por otro lado —y con ello se aproxima el Derecho alemán vigente a las propuestas del Proyecto Alternativo y de Hans Schultz—, y en contra de lo que se dice en BGHStr 24, 134, no se puede mantener que el StGB de la República Federal Alemana prohíba de un modo general, e incluso en algún caso excepcional, imponer una pena por debajo del margen de libertad que permite la culpabilidad. Pues si se considera la concepción total de la ley, se puede comprobar que en ella se contempla esta posibilidad. Así, p. ej., según el § 47, StGB alemán, una pena privativa de libertad de duración inferior a seis meses sólo puede imponerse **sin tener en cuenta la culpabilidad** del reo (34), «cuando circunstancias especiales la hacen indispensable para actuar sobre el reo o para la defensa del ordenamiento jurídico». También, según el § 56 del mismo cuerpo legal, puede dejar de concederse la suspensión condicional de una pena privativa de libertad inferior a seis meses o de seis meses a un año de duración, a pesar de estar indicada desde un punto de vista preventivo especial, «cuando la defensa del ordenamiento jurídico» exige su ejecución. El § 67, párr. 5.º, permite además la libertad condicional después de haberse cumplido una medida, aunque aún no se hayan «abonado los dos tercios de la pena impuesta» que exige el § 57.

clusión de que, en contra de lo que parece «a primera vista» (lug. cit., p. 94), en verdad también en el Proyecto Alternativo está prohibida la imposición de una pena en el grado inferior al correspondiente a la culpabilidad. Creo, sin embargo, que esta tesis supone una modificación del sentido del Proyecto Alternativo, cuyos redactores, como claramente da a conocer su § 59, 2.º (cfr. texto supra, nota 4), parten de que para la «protección de bienes jurídicos» es muchas veces suficiente con una pena inferior a la correspondiente por el grado de culpabilidad. Pero se debe conceder que una pena correspondiente al marco de la culpabilidad que deba completarse con criterios preventivos especiales respeta en todo caso el principio del § 46, 1.º, 1.ª, StGB, aun cuando esto, como se expondrá en su momento más adelante, ni siquiera es la última palabra de la ley vigente.

(34) La reserva de la culpabilidad que contenía originariamente los proyectos legislativos —«teniendo en cuenta la crítica del Proyecto Alternativo y de Roxin» (Horstkotte, JZ, 1970, 122/123)— «fue suprimida» en las discusiones de la comisión. Aquí, con el criterio de lo indispensable para la defensa del ordenamiento jurídico, se introduce un punto de vista preventivo general por debajo del marco de la culpabilidad.

De todos estos preceptos considerados en conjunto se puede deducir que el legislador obliga a, o permite imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad cuando la pena correspondiente a la culpabilidad pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialiación.

En los §§ 47, 56 y 67, 5.º, del StGB alemán, se regulan positivamente los supuestos en los que el legislador considera que las penas privativas de libertad de corta duración y la ejecución de la pena, tras el cumplimiento de una medida, son en muchos casos extraordinariamente perjudiciales (es decir, contrarias a la resocialización). El legislador considera que en estos casos las exigencias de la prevención general deben subordinarse a las de prevención especial, contentándose con la simple imposición de la pena como efecto preventivo general (así, p. ej., con la suspensión condicional de la pena de menos de seis meses) o teniendo en cuenta la prevención general sólo en el marco de lo indispensable para la defensa del ordenamiento jurídico. El legislador parte abiertamente de que en los casos en los que la pena adecuada a la culpabilidad pudiera tener un efecto contrario a la resocialización, la sociedad tolera todavía una cierta pérdida en el tratamiento justo igualitario en beneficio de la prevención especial. Sólo cuando la imposición de una pena inferior a la que corresponda por el grado de culpabilidad «parezca simplemente como incomprensible para la sensibilidad jurídica general» (33), cede la prevención especial en favor de la «defensa del ordenamiento jurídico». Debe, por consiguiente, distinguirse entre tres formas diversas de prevención general. El que no se haya hecho antes ha perjudicado la polémica mantenida sobre estos problemas. La «defensa del ordenamiento jurídico» es en cierto modo la última forma de prevención general, su límite último de contención (**Auffangposition**). La pena adecuada a la culpabilidad es la forma normal que adopta la prevención general. Más allá de la pena adecuada a la culpabilidad sólo hay una prevención intimidatoria que está prohibida en cuanto su-

(35) Así, BGHStr 24, 46.

pone la imposición de una pena superior a la que permite la culpabilidad.

Al contrario de lo que sucede en los casos anteriormente citados, a la hora de determinar la magnitud de la pena, problema con el que se enfrenta el § 46, párr. 1.º, StGB, no se puede señalar de un modo general cuando la imposición de una pena adecuada a la culpabilidad puede tener un efecto contrario a la resocialización. Esto depende, en parte, del sistema penitenciario; en parte, de circunstancias personales que no son tipificables. De todos modos, no se puede admitir que el legislador esté dispuesto a aceptar en las penas de larga duración lo que en los preceptos relativos a la conversión en multa y a la suspensión condicional de las penas privativas de libertad de corta duración trata de evitar (36). Si la reserva preventiva especial contenida en el § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, manda tener en cuenta los efectos de la pena privativa de libertad en la vida futura del reo en sociedad, esto sólo puede significar que puede imponerse una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad para evitar la desocialización implícita en toda pena privativa de libertad de larga duración, siempre que la «defensa del ordenamiento jurídico» (es decir, la reserva mínima que impone la prevención general) así lo permita. Esta conclusión, no sólo se deduce de la relación va-lorativa de la ley, sino también de que sólo de esta manera consigue un significado autónomo la sección 2.ª del párr. 1.º

(36) En este punto discrepo, sobre todo, de la llamada «teoría del valor de empleo» («Stellenwertheorie») mantenida con especial énfasis por Horn (cfr. sólo explicación al § 46, StrGB, en «Systematischer Kommentar, Allgemeiner Teil», 1975), influido por Henkel: «Die "richtige" Strafe», 1969. Para Horn, en la determinación de la pena a realizar conforme al § 46, debe prescindirse totalmente de los puntos de vista preventivos (rechazando el margen de libertad de la culpabilidad). Estos criterios preventivos sólo pueden ser tenidos en cuenta en los §§ 47 y sigs. del StGB, mientras que la sec. 1.ª del párrafo 2.ª del § 46, debe ser entendida como un «programa» irrelevante para la determinación de la pena, que sólo tiene efecto en los «preceptos especiales» que regulan la suspensión y la transformación de la pena privativa de libertad en multa. Pero esta teoría, que prácticamente suprime este párr. 2.ª del § 46, no sólo contradice el tenor literal legal y los principios político-criminales, sino también las claras intenciones del legislador histórico (cfr. Lackner, como nota 16, p. 124, nota 42). Con razón opina Bruns que esta teoría es «insostenible en sus resultados» (como nota 1, p. 221).

no

del § 46, StGB (37). Pues la pena adecuada al marco de la culpabilidad y la necesidad de una determinación de la pena de tipo preventivo especial que se mantenga dentro de los límites de ese marco, se deduce ya del § 46, párr. 1.º, sec. 1.ª, StGB. Lo mismo sucede también en el Derecho suizo, aunque no exista allí una reserva preventiva especial específica, que todo lo más sería necesaria como aclaración. Lo que de novedoso encierra la reserva preventiva especial es precisamente una modificación de la pena adecuada a la culpabilidad que debe ser humanizada con la exclusión de los efectos desocializado-res y puesta en condiciones de ser utilizada en un moderno Derecho Penal resocializador. Completamente en este sentido decía también Horstkotte, cuando por primera vez presentó para su discusión en la Comisión del Ministerio de Justicia, encargada de la reforma, la cláusula preventiva especial y la fundamentó (38), «que precisamente la duración de una pena privativa de libertad puede tener un efecto negativo para la socialización, sobre todo cuando se trata de delinquentes perfectamente integrados a quienes interesa mantener la vinculación profesional y familiar y los contactos con el mundo exterior».

Quando en tales casos, excepcionalmente, puede ser impuesta una pena inferior a la correspondiente al grado de culpabilidad, no se manifiesta la componente preventiva general del acto de determinación de la pena, sino que se mantiene

(37) Aquí también Bockelmann: «Allg. Teil», 2.ª ed., 1975, p. 218, citando a Gallas («Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», en ZStW 80 (1968), 1-33), cuando Gallas destaca que «donde no hay razones de protección jurídica que así lo exijan, no se puede pagar con el peligro de una desocialización la posible ventaja del tratamiento del reo» (lug. cit., p. 4). Sin embargo, Gallas, que escribió lo anteriormente expuesto **antes** de la introducción del precepto actualmente vigente, ha destacado en sentido restrictivo que, en principio, debe reservarse al legislador la posibilidad de «institucionalizar y determinar modalidades y presupuestos de renuncia a la pena o su gravedad» (lug. u. cit.). Es presumible que también mantuviera esta opinión respecto al § 46, párr. 1.º, sec. 2.º.

(38) Protocolo de la sesión 114.ª de la Comisión especial para la reforma del Derecho Penal de 7-10-1968: Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Stenographischer Dienst, p. 2230. También la fundamentación del nuevo precepto: «Bundestagsdrucksache V/4094, p. 4, indica los posibles efectos desocializado-res de las penas privativas de libertad.

dentro del grado indispensable para la defensa del ordenamiento jurídico (39). Lo único que sucede aquí es que se transforma la ponderación legal de los factores preventivos generales y especiales: mientras que el legislador en el caso normal parte de que la pena adecuada a la culpabilidad es la «merecida» y como tal representa también el óptimo desde el punto de vista preventivo general, confiando en que las finalidades preventivas especiales se realicen de un modo suficiente (aunque la mayoría de las veces de forma ideal) en el marco del margen de libertad; en otros casos permite imponer una pena inferior a la correspondiente a ese marco, cuando la imposición de la pena correspondiente a la culpabilidad es claro desde un principio que tendría un efecto desocializador, confiando entonces, a la inversa, que el efecto preventivo general pueda ser alcanzado todavía de alguna manera (si bien con algunas excepciones) con el freno de la defensa del ordenamiento jurídico (40).

V. Con ello llegamos al final, aunque todavía podría decirse mucho sobre el tema: una elaboración de los criterios

(39) Completamente de acuerdo con ello no sólo el § 59, 2.º, del Proyecto Alternativo, sino también Horstkotte (JZ, 1970, 124): «no hay ningún inconveniente en atribuir una función... a la prevención general: poner límites a la imposición de una pena inferior al grado de culpabilidad cuando ello esté indicado por la prevención especial». En cambio, Bockelmann: «Allg. Teil», 2.* ed., 1975, pretende poner estos límites con el grado mínimo de la pena (lug. u cit., p. 218), mientras que Gallas (ZStW 80, 1968, 4) quiere tener en cuenta «forzosas razones de protección jurídica».

(40) En cambio, no se podrá imponer una pena inferior a la culpabilidad para luego transformarla en una multa o suspenderla condicionalmente cuando el grado mínimo del marco de culpabilidad es superior a lo que se exige para poder aplicar tales instituciones. Pues si la ley, p. ej., en el § 47 StGB sólo permite transformar en multa las penas inferiores a seis meses, con ello pone unos límites motivados por la prevención general que impiden que una pena adecuada a la culpabilidad de, p. ej., doce o catorce meses se reduzca a una inferior a seis meses, y que, a su vez, ésta se transforme en multa (cfr. sobre ello acertadamente Rudolph, ZStW 86, 1974, pp. 80 y sigs.). En cambio, no habría inconveniente en conceder, si la prognosis es buena, condicionalmente la suspensión de la pena antes aludida conforme al § 56, párr. 1.º StGB, ya que la prevención especial permite que la pena se determine en el grado mínimo del marco. Sería, por consiguiente, de acuerdo con la tesis mantenida en el texto (cfr. supra III), una infracción del Derecho, ejecutar por razones de intimidación una pena privativa de libertad de catorce meses.

por los que deben determinarse en concreto el «margen de libertad de la culpabilidad» (41), la prevención mínima indispensable para la «defensa del ordenamiento jurídico» (42) y el posible peligro desocializador del cumplimiento de las penas privativas de libertad de larga duración, conforme a los cuales habría que separar las circunstancias relevantes para la culpabilidad de aquellas que sólo son relevantes desde el punto de vista preventivo especial (43), y algunas cosas más. Pero esto excedería de los límites aquí impuestos y debe quedar reservado para trabajos posteriores.

Como conclusión se puede decir que la regla sobre determinación de la pena contenida en el § 46, StGB, de la República Federal Alemana, no corresponde ciertamente en toda su extensión a las propuestas político-criminales del Proyecto Alternativo y tampoco se queda anclada en el modelo suizo de la pena adecuada a la culpabilidad, sino que reconoce, dentro de ciertos límites, la importancia autónoma de la prevención especial. Una vez más, como en tantos otros problemas que ha planteado la reforma del StGB alemán, la solución adoptada representa un compromiso entre la propuesta del Proyecto Alternativo y el Proyecto gubernamental de 1962. Pero al mismo tiempo constituye también un avance notable en la dirección propuesta por Hans Schultz, cuyas ideas, según palabras de un gran comentarista (44), han sido «ampliamente tenidas en cuenta» por el legislador alemán. A él, amigo y mentor, va dedicado este trabajo con los mejores deseos en su 65 aniversario.

(41) Sobre ello, con más detalles, sobre todo Zipf: «Die Strafmasrevision», 1969.

(42) Sobre el concepto de «defensa del ordenamiento jurídico», hay hasta hoy poca claridad (cfr., p. ej., la exposición de Eser: «Strafrecht», I, 2.ª ed., 1976, caso 1, núm. marg. 41 y sigs.). Muchas veces se utilizan criterios con los que se pueden delimitar también los efectos preventivos de la pena adecuada a la culpabilidad. También el BGHStr 24, 40 y sigs., refleja gran inseguridad.

(43) Con ello se enfrenta sobre todo Stratenwerth, en el trabajo citado en nota 5.

(44) Koffka: «Leipziger Kommentar», 9.ª ed., 1971, § 13, núm. marg. 3.

PREVENCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA PENA (*)

I. Frecuentemente se ha denunciado que el nuevo precepto sobre determinación de la pena contenido en el § 46 del StGB (**), deja al intérprete abandonado a su suerte precisamente en el momento decisivo. Dicho precepto reconoce ciertamente que el juez, a la hora de determinar la pena, debe tener en cuenta tanto el punto de vista de la culpabilidad como el de la prevención; pero no resuelve la antinomia de los fines de la pena. A pesar de ello, tras el resultado de la discusión habida hasta ahora, puede decirse que las perspectivas de llegar a un compromiso aceptable entre «prevencio-nistas» y «retribucionistas» son relativamente buenas, ya que

(*) Título original: «Prävention und Strafzumesung», publicado en «Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70 Geburtstag», Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, pp. 183 y sigs. (**) El § 46, StGB, dice lo siguiente:

«Principios de la determinación de la pena.

"1) La culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena. Deben tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar tenga la pena para la vida futura del reo en la sociedad.

"2) En la determinación, el tribunal sopesará las circunstancias favorables y contrarias al reo. Para ello considerará especialmente: "— los motivos y fines del reo,

"— la actitud que se deriva del hecho y la voluntad empleada en él, "— el grado de infracción del deber,

"— la clase de ejecución y los efectos culpables del hecho, "— la vida del reo anterior a la comisión del hecho, sus circunstancias personales y económicas, así como su comportamiento tras el hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar el daño causado."

"3) No podrán ser tenidas en cuenta las circunstancias que son ya elementos del tipo legal.» (Nota del Traductor.)

la «fórmula básica» contenida en el § 46, párr. 1.º, sec. 1.ª, al dejar prácticamente sin objeto la discusión entre los partidarios de la «pena exacta» y los de la «teoría del margen de libertad», suministra implícitamente también la base para aclarar la relación existente entre retribución de la culpabilidad y prevención.

De este modo será posible —así lo parece al menos— alcanzar un consenso básico, apoyado en una interpretación fiel de la ley, que reducirá sensiblemente el resto de las cuestiones discutibles.

Lo que acabo de decir debe entenderse del siguiente modo: los partidarios de la teoría del margen de libertad, que es para mí la correcta (1), sólo pueden entender la expresión de que la culpabilidad es «fundamento de la determinación de la pena», de tal forma que el marco para la determinación concreta de la pena se forme por la culpabilidad y que, dentro de este «margen de libertad», sean las consideraciones preventivas quienes decidan sobre la magnitud de la pena. Pero también los partidarios de la pena exacta tienen que llegar a la misma conclusión, ya que, al ser el grado de culpabilidad sólo fundamento de la determinación de la pena, y no su inmovible punto fijo, deben ser posibles, sobre la base de este fundamento, desviaciones hacia arriba y hacia abajo, que sólo pueden ser motivadas por consideraciones preventivas; tanto más cuanto el § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, StGB, obliga expresamente a tener en cuenta los «efectos de la pena para la vida futura del delincuente en la sociedad». La admisibilidad de una desviación del grado de la pena exacta corresponderá, por regla general, al marco de la teoría del margen de libertad, de tal forma que se da una absoluta coincidencia en que el grado de culpabilidad es el que, «a grandes rasgos», configura la determinación de la pena, mientras que las concreciones de matiz y, con ellas, la magnitud exacta de la pena se rigen por consideraciones preventivas. Al existir, pues, acuerdo entre los prevenciónistas y los partidarios del pensamiento retributivo en que las modificaciones preventivas de la pena en ningún

(1) Cfr. sobre ello mi trabajo »Strafzumessung Im Lichte der Strafzwecke«, en «Festgabe f. Schultz», 1977, pp. 463/481. Supra p. 93.

caso pueden abandonar el marco o, en su caso, el fundamento de la pena por la culpabilidad, la divergencia se reduce a la cuestión de si, y hasta qué punto, es posible por necesidades preventivas imponer una pena inferior a la que corresponde al grado de culpabilidad. En este punto creo haber demostrado ya (2) que la ley normalmente obliga a tener en cuenta las necesidades preventivas en el marco del ámbito de la culpabilidad, pero que el § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, StGB, permite excepcionalmente imponer una pena inferior a la correspondiente al grado de culpabilidad, hasta el límite de lo indispensable para la «defensa del ordenamiento jurídico», cuando la imposición de una pena correspondiente a la culpabilidad pueda tener un efecto claramente contrario a la socialización. Si se parte de que esta idea puede deducirse de la ley, podrá conseguirse una solución a la antinomia de los fines de la pena que sea igualmente vinculante para los teóricos de la retribución y para los prevencionistas, con lo que el nuevo § 46, StGB, no sería tan desafortunado como cree un sector doctrina! (3). Naturalmente, de esta manera no se respondería la cuestión jurídico-filosófica y político-criminal de la relación de los fines de la pena entre sí; en este ámbito sigue siendo preferible, p. ej., la concepción, en gran parte orientada preventivamente, de los §§ 2 y 59 del Proyecto Alternativo. Pero se encuentra, a partir del Derecho vigente, una interpretación en la que se pueden aunar los partidarios de las distintas concepciones y que puede servir de guía a la praxis.

II. Esta discusión, en la cual se converge desde diferentes perspectivas, tiene que enfrentarse desde hace algunos años con una teoría completamente nueva de la relación de las «causas finales de la determinación de la pena» entre sí, que cada vez despierta mayor atención, cuestionando desde su base el acuerdo que se estaba imponiendo. Se trata de la «teoría del valor de empleo» fundada por Heinrich Henkel (4), que

(2) En el trabajo citado en nota 1.

(3) Cfr. sobre esto Stratenwerth: «Tatschuld und Strafzumessung», 1972 (hay traducción española de Bacigalupo y Zugaldía, en «El futuro del principio de culpabilidad», Madrid, 1980), y Lackner: «§ 13, StGB, eine Fehlleistung des Gesetzgebers?», en «Festschrift für Gallas», 1973, pp. 117 y sigs.

(4) «Die "richtige" Strafe», 1969, p. 23.

entre tanto ha sido reelaborada dogmáticamente por Horn (5) y fundamentada criminológicamente por Schöch (6) en el por él llamado «modelo gradual». Esta teoría presenta una solución de la antinomia de los fines de la pena, desconcertante por su facilidad, al pretender tener en cuenta tanto el punto de vista de la retribución de la culpabilidad como el de la prevención, pero atribuyendo a cada uno un valor de empleo en la ley completamente diferente: la «determinación judicial de la pena» (7), es decir, la determinación de la magnitud de la pena conforme al § 46, StGB, debe llevarse a cabo con abstracción de todo criterio preventivo, únicamente conforme al grado de culpabilidad, mientras que la determinación de la pena en sentido amplio, es decir, la decisión, según los §§ 47 y sigs., StGB, sobre la pena privativa de libertad o la multa, sobre la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional, sobre la amonestación con reserva de pena y la dispensa de pena, debe ser fijada igualmente de un modo exclusivo, sólo por consideraciones preventivas. Retribución de la culpabilidad y prevención aparecen aquí, por tanto, como «grados» sucesivos e independientes de la determinación de la pena.

Hasta la fecha está por clarificar el alcance de esta nueva teoría, como demuestran precisamente las diversas posiciones que al respecto ha adoptado Hans-Jürgen Bruns, el gran impulsor y maestro de la determinación de la pena. Al principio —antes de la evolución de la teoría del valor de empleo— Bruns había calificado la simple pena correspondiente a la culpabilidad como la mejor posibilidad de «acabar con la antinomia de los fines de la pena» (8). Tras la entrada en vigor del § 46, StGB (§ 13 a partir de 1969), abandonó, sin embar-

(5) «Wider die "doppelspurige Strafhöhenzumessung"», en «Festschrift für Schaffstein», 1975, pp. 241 y sigs.; «Systematischer Kommentar», 2.* ed., 1977, § 46.

(6) «Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des § 46, Abs. 1, StGB», en «Festschrift für Schaffstein», 1975, pp. 255 y sigs. (259); antes ya en «Strafzumessungspraxis und Verkersdelinquenz», 1973, pp. 91 y sigs.

(7) Henkel, como en nota 4, pp. 22 y 23.

(8) «Strafzumessungsrecht», 1." ed., 1967, pp. 252.

go, esta concepción (9), reprochando a la teoría del valor de empleo, cuya argumentación se basaba precisamente en esta concepción, que «estaba en contradicción con la regulación legal» y que, «en cualquier caso, era insostenible en sus resultados». A este veredicto ha seguido, en su más reciente trabajo sobre el tema (10), una posición diferenciadora. Bruns opina ahora que hay «una serie completa de razones que hablan en favor del concepto de la teoría del valor de empleo» y que «no sería de lamentar» si esta teoría «se impusiera en la doctrina o en la praxis» (11). Pero, por otra parte, no desconoce el peso de los argumentos que se esgrimen contra ella, y termina diciendo (12): «De todos modos, el modelo gradual contiene... una parte sustancial tan digna de atención y tan interesantes sugerencias, que la doctrina y la jurisprudencia deberían pensarlo varias veces antes de rechazarlo precipitadamente.» Me parece razonable seguir esta sugerencia en un libro-homenaje dedicado a Bruns, continuando así la discusión sobre cuestiones fundamentales de prevención y determinación de la pena, con la meta de aproximarnos, quizá de este modo, un poco más a una concepción generalmente reconocida de las «causas finales de determinación de la pena».

III. Algunas de las objeciones formuladas contra la teoría del valor de empleo son evidentes. Entre ellas destacan las cuatro siguientes.

I. La objeción del § 46, párr. 1.º, sec. 1.ª, StGB

Si conforme a este precepto «la culpabilidad del reo» sólo debe ser «fundamento» de la determinación de la pena, ello quiere decir, en opinión del legislador, que también deben desempeñar un papel otros puntos de vista que sólo pueden ser de naturaleza preventiva. De lo contrario, el legislador habría

(9) «Strafzumessungsrecht», 2.ª ed., 1974, p. 221; igualmente en contra en el «Festschrift für Welzel», 1974, p. 745.

(10) «"Stellenwerttheorie" oder "Doppelspurige Strafhoehenbemessung"», en «Festschrift für Dreher», 1977, pp. 251 y sigs.

(11) Como en nota 10, p. 263.

(12) Como en nota 10, p. 264.

declarado que la culpabilidad era el único punto de referencia de la pena y habría dicho, p. ej.: «La pena se determinará con arreglo a la culpabilidad del *reo*.» Está, pues, fuera de toda duda que la intención del legislador era dejar cierto espacio, con ayuda de la fórmula básica elegida, a las consideraciones preventivas a la hora de determinar la magnitud de la pena.

La fórmula procede del Proyecto de 1962 (§ 60, párr. 1.º), cuya fundamentación (13) se expresa así: «La gravedad de la culpabilidad debe ser sólo fundamento de la determinación de la pena. Esto significa que, en atención a los restantes fines que tiene que cumplir, la pena correspondiente a la culpabilidad puede ser superada o incluso también quedar por debajo, siempre que ello ocurra en una medida que permita seguir considerando la pena, conforme a su esencia, todavía como retribución de la culpabilidad. La pena impuesta no puede, por consiguiente, alejarse demasiado del grado que impone sólo la culpabilidad.»

La fundamentación del precepto legal posterior (14) acoge esta idea, al ver el fin de la «configuración del párr. 1.º, sección 1.ª, como base de la determinación», «en posibilitar cierta desviación del grado de la culpabilidad». Una concepción que pretende determinar la magnitud de la pena sólo según el grado de culpabilidad, es, por tanto, incompatible con la fórmula básica del § 46, párr. 1.º, sec. 1.ª

Así lo vio también Henkel, el fundador de la teoría del valor de empleo, al rechazar expresamente como contrario a su pensamiento el principio de culpabilidad «socavado» que se recogía en el § 60 del Proyecto de 1962 (antecedente de la actual regulación) (15). La teoría del valor de empleo no ha sido, por tanto, desarrollada como resultado de una interpretación del Derecho vigente, sino como una concepción que servía para criticar la regulación legal que entonces se preparaba. Esta circunstancia, ignorada por sus numerosos partidarios, impide utilizarla hoy como base del Derecho vigente (algo que Henkel en ningún caso ha hecho).

(13) BT-Druck, IV, 650, p. 180.

(14) BT-Drucks, V, 4094, p. 5.

(15) Como nota 4, pp. 43/44.

2. La **objección del § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª**

Si esta fórmula prescribe al juez «tener en cuenta», a la hora de determinar la pena, «los efectos que cabe esperar para la vida futura del reo en sociedad», entonces no puede ser compatible con una teoría que precisamente pretende prescindir de estos efectos a la hora de determinar la magnitud de la pena. Esto ha sido denunciado ya hace tiempo por Lack-ner (16) y por Bruns (17). No obstante, Henkel se había dado cuenta ya, en la evolución de la teoría del valor de empleo, de esta objeción y había propuesto interpretar la cláusula refiriéndola no a la determinación de la pena **stricto sensu** (la determinación de la magnitud de la pena), sino sólo a la determinación de las consecuencias jurídicas previstas en los §§ 47 y sigs., StGB (es decir, a la determinación de la pena entendida en sentido amplio). Henkel consideraba admisible esta interpretación, porque «la voluntad del legislador... no se ha expresado claramente en esta cuestión y no refleja en general una *concepción* determinada» (18). En la misma línea de tal interpretación está Horn, quien, adhiriéndose a Henkel, dice (19): «Con el § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, se viene a decir en forma expresa, en un lugar especialmente destacado, que el juez debe tener en cuenta en la determinación de las consecuencias jurídicas (penales), el efecto de estas consecuencias en el reo.» Horn está de acuerdo (20) en que, según esto, «el § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, casi sólo tiene una función programática; la función de una regla general, precisada y resuelta luego en preceptos especiales»; pero opina que ante la disputa hermenéutica surgida en torno del § 46, StGB, no se puede decir que la ley prohíba tal interpretación.

Sin embargo, ni el tenor literal, ni el contexto de la ley dejan lugar para una explicación en el sentido de la teoría del valor de empleo, ya que la frase está recogida en un pará-

(16) Como nota 3, p. 124.

(17) «Alte Grundfragen un neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht», en «Festschrift für Welzel», 1974, p. 745.

(18) Como nota 4, p. 51.

(19) Como nota 5, p. 252.

(20) «Systematischer Kommentar», como nota 5, núm. marg. 27.

grafo que no se ocupa en absoluto de las consecuencias jurídicas tratadas en los §§ 47 y sigs., StGB, sino sólo de la determinación de la magnitud de la pena. Este precepto sólo puede referirse, por tanto, a esta cuestión. El § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, se refiere directamente a las palabras «determinación de la pena» contenidas en la sección 1.ª del párrafo 1.º y, conforme a todas las reglas de la hermenéutica, sólo puede ser entendido como un precepto que debe tenerse en cuenta precisamente en esta determinación. Esta fue también, como se ha demostrado, la opinión del legislador histórico. El § 60, párrafo 1.º, del Proyecto de 1962, del cual procede la fórmula básica del § 46, párr. 1.º, sec. 1.ª, StGB, y que rezaba originariamente: «Fundamento de la determinación de la pena es la culpabilidad del reo», fue intencionalmente revisado a la hora de su formulación definitiva en el texto legal, de tal forma que las palabras «determinación de la pena» se colocaron al final, dejando claramente de manifiesto el ámbito de eficacia, previsto por el legislador, de la cláusula especial preventiva, contenida en el § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, StGB. En la fundamentación de la nueva ley se dice en forma clara (21): «El tenor literal del inciso primero se revisó para indicar que el inciso segundo se refiere a las palabras "determinación de la pena" contenidas en el primero.» Tampoco el resto de la fundamentación deja la menor duda acerca de cuál fue la intención del legislador.

Sobre la exclusión de toda finalidad preventiva del ámbito de la determinación de la magnitud de la pena llevada a cabo por la teoría del valor de empleo, ha dicho Lackner (22): «Por mucho que esta teoría se oponga a las ideas del legislados histórico, costará mucho trabajo demostrar su inexactitud.» Pero no puede exigirse mayor evidencia que la inequívoca voluntad del legislador expresada claramente en la redacción lingüística de un precepto. Si fuera verdad la tesis de Henkel de que no «es reconocible una concepción» legal determinada y que, en cualquier caso, «no se ha expresado con claridad en el texto legal», podría ser posible una interpreta-

(21) BT-Drucks, V, 4094, p. 4.

(22) Como nota 3, p. 124.

ción que explicara el § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, como un planteamiento programático referible sólo a los §§ 47 y sigs., StGB. Pero, como ya se indicó anteriormente, esto no es posible. A este respecto, Horn (23) dice que el § 46, párr. 1.º, sección 2.ª, se invoca en contra de su concepción sólo «cuando no se puede utilizar otra cosa»; es decir, cuando y porque no se sabe aducir ningún otro argumento material. Pero tampoco es necesario más que una invocación legítima de la ley (24). También en el derecho de (a determinación de la pena rige la evidencia de que la vigencia de las ideas político-criminales está unida a su compatibilidad con la ley; esto no ha sido muchas veces tenido lo suficientemente en cuenta, porque este sector durante mucho tiempo ha estado sin regulación legal.

3. La objeción del § 46, párr. 2.º

Si entre los factores de determinación de la pena (las llamadas causas «reales» de determinación de la pena) que este párrafo 2.º contiene, se cita una serie completa de circunstancias que no determinan exclusivamente la magnitud de la culpabilidad, sino que en todo o en parte se orientan en necesidades preventivas, entonces no es compatible con este precepto una concepción que priva a la prevención de toda significación a la hora de determinar la magnitud de la pena; pues el catálogo contenido en el párrafo 2.º se refiere inequívocamente a la determinación de la pena contenida en el párrafo 1.º.

Hasta hoy se ha venido discutiendo si algunos de los elementos citados en el § 46, párr. 2.º (p. ej., conducta anterior o posterior del reo a la comisión del delito), sólo son relevantes desde el punto de vista de la prevención especial (25) o si

(23) Como nota 5, «Festschrift für Schaffstein», p. 251.

(24) Completamente de acuerdo contra esta observación de Horn también Bruns, como nota 10, p. 264, que juzga acertadamente: «es evidente que... los fines preventivos desempeñan un papel importante en la determinación de la pena **stricto sensu**».

(25) En favor de la inclusión exclusiva de estos y otros elementos en los fines preventivos de la pena, sobre todo Stratenwerth, como nota 3.

admiten también conclusiones respecto del grado de la culpabilidad. No obstante, existe unanimidad sobre lo único que aquí interesa, es decir, respecto de que en todo caso muchas de estas circunstancias están orientadas también o preponderantemente a la prevención especial. Tampoco Horn, el único entre los comentaristas del StGB que defiende la teoría del valor de empleo, discute esto, sino que incluso pretende reclamar exclusivamente para la prevención, la mayoría de los criterios mencionados en el § 46, párr. 2.º (conducta anterior y posterior, circunstancias económicas y personales, motivos, fines y actitud del reo) (26), y reducir la culpabilidad por el hecho «en lo esencial a los efectos culpables del hecho y al grado de infracción del deber» (27). Sin embargo, opina —consecuentemente con su punto de partida— que estos factores no pueden influir en la magnitud de la pena, sino que sólo importan en las decisiones que haya que tomar en relación a los §§ *AI*, 56 y 59 (28).

Pero tampoco esta hipótesis es compatible con la ley. Ya los redactores del Proyecto de 1962, cuyo § 60, párr. 2.º, ha sido recogido literalmente en el catálogo del actual § 46, opinaban de modo distinto, aunque entonces no estuviera prevista todavía la cláusula preventiva especial del § 46, párr. 1.º, sección 2.ª, StGB. En la fundamentación del Proyecto se dice (29): «El juez no sólo tiene que comprobar las circunstancias de que habla el párrafo 2.º, sec. 2.ª, en tanto influyan en la culpabilidad del reo. También debe comprobar, de la mano de los fines de la pena, hasta qué punto estas circunstancias le dan motivo para imponer una pena superior o inferior a la que corresponde por la culpabilidad.» Lógicamente, esta fundamentación sigue estando vigente después de que la nueva ley prescriba obligatoriamente la consideración de la prevención especial en el § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª (30). Tampoco en

(26) «Systematischer Kommentar», como nota 5, § 46, núm. marg. 74 y sigs.; críticamente sobre éste, Bruns, como nota 10, pp. 262 y sigs.

(27) Bruns, como nota 10, p. 262, resumiendo la opinión de Horn.

(28) «Systematischer Kommentar», como nota 5, § 46, núm. marg. 76, 78, 80 y 81.

(29) BT-Drucks, IV, 650, p. 182.

(30) Igualmente Horskotte, JZ, 1970, p. 125, que acertadamente des-

este caso es correcto decir que la inequívoca voluntad histórica del legislador no ha encontrado expresión suficientemente clara en el texto del precepto y que, por consiguiente, no vincula al intérprete.

En el tenor literal del § 46, párr. 2º, sec. 2.^a, StGB, se encuentra, antes bien, una pequeña modificación frente al § 60 del Proyecto de 1962, que acentúa inequívocamente la opinión del legislador. En efecto, mientras que el Proyecto de 1962 comenzaba la enumeración de las causas reales de la determinación de la pena con la expresión: «especialmente considerará: ...», comienza ahora el § 46, párr. 2º, sec. 2.^a, con las palabras: «Para ello considerará...», diciendo al respecto la fundamentación oficial (31): «La palabra con que se inicia la frase y que se introduce ahora por primera vez, "para ello", sirve para explicar la estrecha conexión existente con la primera sección de este párrafo.» Efectivamente, esta palabra sólo puede ser referida, según indican todas las reglas de la lógica lingüística, a la «determinación» citada en la sección 1.^a de este párrafo, es decir, a la determinación de la magnitud de la pena. Cualquier otra explicación es contraria a la ley.

4. La objeción teleológica

Finalmente, hay que decir que también desde un punto de vista teleológico es difícil compaginar una «distribución» de la retribución de la culpabilidad y de la prevención en diferentes estadios de la determinación de la pena. Pues si la determinación de la pena se rige por los fines de la pena, no hay ningún criterio valorativo evidente que pueda justificar que estos fines se determinen de modo completamente distinto, según las decisiones tengan que realizarse conforme al § 46, StGB, por un lado, o conforme a los §§ 47 y sigs., StGB, por otro; ya que en todos estos casos se trata, en la misma medida, de determinación de la pena. Los partidarios de la teoría del valor de empleo tampoco han aportado nunca una fundamentación que el catálogo «no puede ser ya interpretado en el sentido de que sólo sirve a la concreción de la magnitud de la culpabilidad».

(31) BT-Drucks, V, 4094, p. 4.

mentación propiamente normativa, sino que invocan el simple hecho, por ellos supuesto, de que, conforme al estado actual de nuestros conocimientos, no es posible emplear de modo científico seguro consideraciones preventivas a la hora de determinar la magnitud de la pena. El juez, como dijo ya Henkel (32), «no está en situación» de hacer al mismo tiempo «música represiva y preventiva». Schöch (33) ha fundamentado esta tesis detalladamente desde el punto de vista de la criminología, y Horn (34) la ha aceptado con entusiasmo, elevándola a la categoría de prueba de su teoría.

Del contenido empírico de este argumento me voy a ocupar detalladamente, pues una interpretación teóricamente tan correcta sigue sin ser vinculante, cuando la voluntad del legislador es irrealizable en la práctica. Pero incluso en el ámbito «teórico» pueden alegarse en contra de este argumento dos cosas: «En primer lugar, la exclusión de todo tipo de consideración preventiva del ámbito de la determinación de la magnitud de la pena supondría tanto como salir de la pobreza para entrar en la más negra miseria. Pues una medida exacta de la pena que corresponda al grado de culpabilidad, no sólo es, como ya se sabe, imposible de conocer: no existe en absoluto, porque el sentimiento de justicia de la comunidad, a cuya satisfacción sirve la pena retributiva de la culpabilidad, sólo reacciona desde un principio, en el marco de un determinado margen de libertad; sólo cuando se infrinja este marco, se sentirá la pena como demasiado grave o demasiado leve (35). Dentro de este margen de libertad no se puede, con ayuda de la culpabilidad, alcanzar una magnitud exacta de la pena; si se renuncia a completarlo con finalidades preventivas, entonces la magnitud concreta de la pena dentro del marco de la culpabilidad, sólo puede fijarse arbitrariamente; lo que evidentemente sería una solución peor que la orientada en criterios preventivos — aunque éstos sean también inseguros

(32) Como nota 4, pp. 46 y sigs. (46/47).

(33) «Strafzumessungspraxis», como nota 6, pp. 82 y sigs.; «Festschrift für Schaffstein», como nota 6, pp. 255 y sigs.

(34) Como nota 5, «Festschrift f. Schaffstein», pp. 245 y sigs.; «Systematischer Kommentar» como nota 5, § 46, núm. marg. 4 y sigs.

(35) Sobre ello, detenidamente Roxin, como nota 1, 466-469.

ros—. Pero, en segundo lugar, el postulado de fijar la magnitud exacta de la pena dentro del margen de la culpabilidad según las necesidades preventivas, no dejaría al juez mismo desorientado, cuando sea materialmente imposible hacer una declaración sobre qué magnitud de la pena debe imponerse como más favorable o, por lo menos, como menos desfavorable desde el punto de vista preventivo.

Por ejemplo, si la pena adecuada a la culpabilidad oscila entre dos y tres años y se parte de que desde el punto de vista preventivo, dos o tres años de privación de libertad son absolutamente equivalentes, el juez deberá mantenerse en el límite mínimo que le permite el marco de culpabilidad y no podrá imponer más de dos años de privación de libertad. Pues cuando una pena de larga duración no asegura más ventajas que una de menor duración, queda excluida su aplicación — ya por el criterio de la prohibición de penas excesivas, ya porque dos años de privación de libertad son suficientes para retribuir la culpabilidad—.

De todo esto se deduce lo siguiente: Aunque se admitieran las premisas de que parten los partidarios de la teoría del valor de empleo (la hipostasiada imposibilidad de conocimiento de lo que es correcto desde el punto de vista preventivo), su objeción se vuelve contra ellos mismos. Pues la consecuencia que ellos extraen de este dato: hacer determinar la magnitud exacta de la pena exclusivamente por la culpabilidad, es irrealizable ante la inexistencia de una correspondencia exacta entre pena y culpabilidad. La teoría del margen de libertad que decide dentro del marco de la culpabilidad la magnitud de la pena conforme a necesidades preventivas, suministra también bajo este presupuesto un claro resultado: la fijación de la pena en el grado mínimo de culpabilidad.

IV. Después de todo lo dicho, no se puede estar de acuerdo con Horn, cuando dice (36) que «hasta el momento todavía no se han presentado objeciones importantes contra la teoría del valor de empleo». Pues la objeción de la incompatibilidad con la ley ha sido hecha, aunque en forma algo general, hace años, y es, como se ha demostrado, absolutamente

(36) «Systematischer Kommentar», como nota 5, § 46, núm. marg. 27.

convinciente; difícilmente puede imaginarse una objeción más contundente que ésta. No obstante, tiene razón Bruns, no sólo cuando alega esta objeción que puede mantenerse también hoy en toda su extensión (37), sino también cuando afirma que la teoría del valor de empleo no debería ser rechazada «precipitadamente» (38), ya que dicha teoría contiene datos importantes que van más allá de lo que acepta la doctrina dominante, pudiendo conseguirse en virtud de ella ■—con algunas modificaciones por ambas partes— un modelo de las causas finales de la determinación de la pena capaz de alcanzar un consenso general (39).

La importancia de la teoría del valor de empleo reside sobre todo en dos datos:

1. Es completamente cierto que cuando se trata de determinar la pena en sentido amplio, es decir, cuando se trata de decisiones a tomar conforme a los §§ *AI* y sigs., StGB, no pueden desempeñar ningún papel los puntos de vista de la retribución de la culpabilidad, sino que aquí deciden exclusivamente necesidades preventivas. Con razón ve Schöch precisamente en esto una «ventaja para la investigación criminológica y para las tradicionales metas criminológicas», destacando que la criminología también puede responder, en principio, a las cuestiones aquí planteadas (40).

La exclusión del aspecto de la culpabilidad-expiación a la hora de tomar las más importantes decisiones conforme a los §§ *AI* y sigs., StGB, se deduce ya forzosamente del texto y del origen histórico de la ley. En el precepto que regula la reducción de las penas privativas de libertad de corta duración (§ 47, StGB), se deduce esto de que la reserva de culpabilidad prevista originariamente en la ley fue suprimida en la segunda lectura de la Comisión especial (41).

(37) Todavía en su último trabajo sobre el tema, como nota 10, p. 263, escribe Bruns que «el tenor literal y el origen histórico de la ley se oponen» a la aceptación de la teoría del valor de empleo.

(38) Como nota 10, p. 264.

(39) Como nota 6, «Festschrift f. Schaffstein», p. 262.

(40) Como nota 6, «Strafzumessungspraxis», pp. 86/90.

(41) Cfr. Lackner: «StGB», 11.* ed., 1977, § 47; Horskotte, como nota 30, p. 126.

Al ser la supresión consecuencia de la crítica dirigida a la reserva de culpabilidad (42), sería inadmisibles interpretar, con ayuda de consideraciones extraídas del ámbito de la culpabilidad, la «defensa del ordenamiento jurídico», cuya necesidad puede impedir que una pena privativa de libertad se transforme en una multa. Esta cláusula, cuyos numerosos problemas no pueden ser aquí tratados, es más bien una última «posición de recogida» motivada por la prevención general (43) que no impide una transformación, si la culpabilidad del reo es opuesta a ella, sino que sólo impide esta transformación si se da el caso extremo de que la no imposición de una pena privativa de libertad «sería sencillamente incomprendible para el sentido jurídico general» (44). Lo mismo rige, **mutatis mutandis**, para la suspensión condicional de la pena (§ 56, StGB) (45). También en la libertad condicional cuando se han cumplido ya dos tercios de la pena (§ 57, párr. 1.º, StGB), deben eliminarse todos los puntos de vista de la culpabilidad, como se deduce claramente del tenor legal, que incluso prescinde totalmente también de la prevención general (46).

Igualmente son también irrelevantes las consideraciones extraídas de la culpabilidad en las decisiones tomadas conforme a los §§ 57, párr. 2.º (libertad condicional tras el cumplimiento de la mitad del tiempo de duración de la pena), 60 (dispensa de pena) y 59, StGB (amonestación con reserva de pena), aunque en estos casos la doctrina dominante hasta la fecha sea de otra opinión.

Para el caso del § 57, párr. 2.º, StGB, ha hecho notar ya Bruns (47) que no es lógico que aquí deba regir otra cosa que para la libertad condicional tras el cumplimiento de dos tercios de la pena, prevista en el § 57, párr. 1.º, StGB. La

(42) Horskotte, como nota 30, pp. 122/123; Roxin: «Strafzweck und Strafrechtsreform», en «Programm für ein neues Straf recht», 1968, pp. 75 y siguientes (82/83).

(43) Roxin, como nota 1, p. 478.

(44) BGHSt, 24, 46.

(45) Sobre esto, acertadamente, Bruns, como nota 10, p. 259.

(46) Sobre esto, Lackner: «StGB», 11.ª ed., § 57, 2, b, con últ. ref.

(47) Como nota 10, p. 260; críticamente también ya «Strafzumessungsrecht», 2.ª ed., 1974, p. 333, nota 3.

jurisprudencia de las Audiencias territoriales (48) deduce esta concepción: cuando se dan todos los presupuestos citados en el § 57, párr. 2º, núms. 1-3, StGB, la libertad condicional sólo puede ser denegada por el grado de culpabilidad, del carácter de este precepto como norma discrecional («el tribunal puede... decretar la libertad condicional»). Para la jurisprudencia, en el ejercicio de esta discrecionalidad, se debe tener en cuenta todos los fines de la pena, y con ello «también la idea de la expiación justa por la gravedad de la culpabilidad manifestada en el hecho» (49). Pero contra esta opinión cabe oponer que la gravedad de la culpabilidad se tiene en cuenta en el § 57, párr. 2º, ya con la necesidad y la duración del cumplimiento de la mitad del tiempo de la pena y con la obligación de haber cumplido al menos un año (50). De esta regulación se deriva que, aunque existan una prognosis favorable y especiales circunstancias en el hecho y en la personalidad del condenado, la gravedad de la culpabilidad puede ser, en opinión del legislador, un obstáculo para conceder la libertad condicional, si no se ha cumplido por lo menos un año y la mitad del tiempo de la condena; pero, a la inversa, también se deduce de esta regulación que, cuando se dan estos presupuestos de cumplimiento, la gravedad de la culpabilidad no puede ser un obstáculo para la concesión de la libertad condicional. De lo contrario, en las penas privativas de libertad de larga duración, a las que sirve de fundamento una culpabilidad especialmente grave, debería en todo caso excluirse la libertad condicional una vez cumplida la mitad del tiempo de la condena, aunque se dieran «especiales circunstancias», lo que sería contrario a la inequívoca voluntad legal según la cual puede concederse esta clase de libertad condicional en toda pena privativa de libertad, cualquiera que sea su duración. Por otro lado, no resulta tampoco factible dejar que la culpabilidad actúe arbitrariamente impidiendo la libertad condicional, independientemente de la duración de la pena correspondiente a ella, a pesar de la presencia de todos los

(48) Últimamente OLG Karlsruhe, «JR», 1975, 295; OLG Hamburg, «MDR», 1976, 66.

(49) OLG Karlsruhe, como nota 48, tesis.

(50) Así totalmente acertado Zipf, «JR», 1975, p. 269.

demás presupuestos. Por tanto, en el caso del § 57, párr. 2.º, StGB, se debe excluir la culpabilidad, de modo general, de las consideraciones del juez.

Algo análogo rige, según el § 60, StGB, para la «dispensa de pena» (51). De la circunstancia de que la culpabilidad del reo vede la dispensa de pena cuando se trata de penas privativas de libertad de más de un año, se puede deducir a la inversa que la culpabilidad no es obstáculo para la aplicación de este precepto cuando se trata de penas más leves. La cuestión de si la imposición de la pena sería «notoriamente errónea», dadas las circunstancias que han afectado al reo, debe determinarse, por tanto, con criterios de prevención especial y de «defensa del ordenamiento jurídico». Si conforme a estos criterios está claramente contraindicada la imposición de una pena, supondría una infracción del límite temporal del § 60, StGB, justificar, sin embargo, una imposición de pena con la culpabilidad del reo.

Finalmente (52), en la «amonestación con reserva de pena» prevista en el § 59, StGB, la magnitud de la culpabilidad es naturalmente decisiva a la hora de determinar el número de los días-multa «que se debe imponer»; pero si dicho número es inferior al límite impuesto por esta norma, la reserva de pena no puede denegarse por la culpabilidad del reo, cuando se dan los restantes (estrictos) presupuestos del § 59, StGB. Esto se deriva aquí ya del fundamento subyacente al § 59, párr. 1.º, núm. 3, StGB, de la «defensa del ordenamiento jurídico». Si sólo esta última posición de recogida, basada en la prevención general, puede oponerse a una amonestación con reserva de pena que desde el punto de vista preventivo especial está perfectamente indicada, sería inadmisibles aducir ya la simple «culpabilidad» para legitimar una condena, esquivando de esta forma los presupuestos esencialmente más estrictos de la reserva de defensa.

Es evidente que todo esto tiene que ser corroborado todavía con trabajos especialmente dedicados al estudio de las concretas decisiones en materia de consecuencias jurídicas.

(51) De acuerdo con ello, Bruns, como nota 10, p. 260.

(52) Lo mismo rige también en el caso del § 56, párr. 2.º, StGB.

El presente esquema, con el cual, por razones de espacio, debemos darnos ahora por satisfechos, puede de todos modos haber mostrado que en los casos de los §§ 47 y sigs., StGB, la limitación del juez a consideraciones preventivas no es una simple exigencia político-criminal, sino que se puede fundamentar en los respectivos preceptos legales. La validez de esta interpretación es, por tanto, independiente de la aceptación o rechazo de los principios de la teoría del valor de empleo. Pero este modelo gradual supone en esta cuestión un avance respecto de la doctrina dominante, que no tiene todavía una concepción totalmente clara y terminante sobre la materia.

2. La teoría del valor de empleo merece también aplauso, en tanto pretende excluir completamente del ámbito de la determinación de la pena previsto en el § 46, StGB, las consideraciones de prevención general independientes de la culpabilidad, cuando estas consideraciones conduzcan a una agravación de la pena. Esto es reconocido hoy, en tanto que se admite generalmente que no puede imponerse, por razones de prevención general, una pena superior al grado máximo correspondiente al marco que determina la culpabilidad. Dentro de este marco, sin embargo, la culpabilidad puede muy bien conducir a una agravación de la pena, aunque se opongan a ello consideraciones de prevención especial. Si el marco de la culpabilidad oscila entre dos y tres años de privación de libertad, el juez puede imponer, con una finalidad intimidatoria general, una pena de tres años, aunque desde el punto de vista preventivo especial fuera mucho más favorable una pena de dos años de duración. Esta tesis, acogida ya en la sentencia del BGHSt, 7, 28 y sigs., que desarrolló la teoría del margen de libertad, ha conducido a importantes consecuencias prácticas: aunque el margen de culpabilidad, dada la relevante disminución de la imputabilidad del reo, permitía tanto una pena privativa de libertad de quince años como una pena de prisión perpetua, el BGH consideró que era admisible, por razones de intimidación general, la imposición de una pena de prisión perpetua.

Contra esto cabe aducir varios argumentos (53). Cierta-

(53) Objeciones también en Bruns: «Strafzumessungsrecht», 2.^a ed., páginas 208 y 307.

mente no puede considerarse anticonstitucional una agravación de la pena motivada por razones de prevención general, siempre que se mantenga en el *marco* correspondiente a la culpabilidad (54), pero sí infringe la ley desde que fue introducido el § 13, StGB (el actual § 46). Cuando el § 46, párrafo 1.º, sec. 2.ª, StGB, prescribe expresamente tener en cuenta las necesidades de prevención especial y no menciona, en cambio, para nada la prevención general, esto sólo permite la interpretación de que en la determinación de la pena correspondiente a la culpabilidad ya no se debe tener en cuenta las necesidades de prevención general (55). Contra este argumento opone Jescheck (56): «La prevención general no se cita ciertamente en el § 13, pero no puede prescindirse de ella en absoluto, porque es el fin de la pena que realiza de modo más directo la misión del Derecho Penal como protector de un orden jurídico y pacífico. La idea de defensa del Derecho determina los límites dentro de los cuales pueden ser tenidas en cuenta consideraciones de prevención especial en el marco de la retribución de la culpabilidad, procurando, al mismo tiempo, la necesaria equidad del castigo.»

Con ello se olvida, sin embargo, lo que —como he demostrado expresamente en otro lugar (57)— sólo la justificación teleológica da a la no mención de la prevención general en el § 46, StGB: que, en efecto, la pena correspondiente a la culpabilidad no se impone, como querían las teorías absolutas de la pena, por sí misma, sino que tal como se entiende hoy, sólo puede ser igualmente una pena dirigida a un fin, y ciertamente a un fin orientado preponderantemente en consideraciones de prevención general. La pena asegura la fidelidad

(54) Igual Bruns, como nota 53, p. 307.

(55) Sarcásticamente Horn, como nota 5, «Festschrift f. Schaffstein», página 252: «Hasta qué punto les importa un comino a la jurisprudencia y a la doctrina el tenor literal de la ley, cuando se creen en posesión de la verdad, se muestra en que por encima de todos los demás fines en el momento de la determinación de la pena se coloca todavía la prevención general, aunque no se menciona en absoluto en el § 46. El párr. 1.º, sec. 2.ª, habla únicamente de los efectos de la pena en la vida futura del *reo en* sociedad, no de cómo la comunidad pueda reaccionar ante la determinación de la magnitud de la pena.»

(56) «Allg. Teil», 2.ª ed., p. 649.

(57) Como nota 1, pp. 469 y sigs.

de la población al Derecho, en tanto se determine justamente según el principio de culpabilidad, es decir, según el grado de lo «merecido». Pero con ello se utiliza, sin embargo, el punto de vista de la prevención general en la determinación de la pena. La «prevención retributiva» (es decir, la «culpabilidad») debe servir de límite a la «prevención intimidati-va» que trata de imponer un castigo ejemplar. Ya (y únicamente) la eficacia preventiva de la pena justa correspondiente a la culpabilidad realiza, en opinión del legislador, la «misión del Derecho Penal como protector del ordenamiento jurídico y pacífico» y asegura la «necesaria equidad del castigo», de tal modo que junto a ella la prevención general no puede pretender un valor de empleo autónomo a la hora de determinar la magnitud de la pena. De ello se deduce: si la pena es «ya adecuada a la culpabilidad», es decir, está en el grado mínimo del marco, es suficiente **eo ipso** a las exigencias de la prevención retributiva. Una prevención general que vaya más allá no es admisible, así que el marco de la culpabilidad debe ser completado únicamente conforme a las exigencias de prevención especial. Cualquier otra concepción es, como ya ha sido demostrado muchas veces y últimamente de manera convincente por Schöch (58), también incorrecta desde el punto de vista criminológico; pues no hay puntos de apoyo para decir qué «adiciones» basadas en la prevención general dentro del marco de la culpabilidad puedan aumentar el, en todo caso más que dudoso, «efecto intimidatorio» de la determinación de la pena.

El tenor literal y el sentido lógico de la ley demuestran, igual que los conocimientos de la criminología, que la prevención general no tiene una significación autónoma a la hora de determinar la pena conforme al § 46, StGB. En esto, tiene razón la teoría del valor de empleo.

V. El punto de divergencia esencial reside, según esto, solamente en la cuestión de si y, en el caso dado, hasta qué punto pueden las finalidades preventivas especiales intervenir en la determinación de la magnitud de la pena llevada a cabo conforme al § 46, StGB. Ya ha sido expuesto (supra, III)

(58) Como nota 6: «Strafzumessungspraxis», pp. 86 y sigs.

que la teoría del valor de empleo que, al negar desde un principio esta posibilidad, no es compatible con la ley, tampoco puede ofrecer una solución sustitutiva adecuada, al no poder prescindir del marco de la culpabilidad. En lo que sigue, voy a demostrar que la consideración de los intereses preventivos especiales en la determinación de la magnitud de la pena, es, en virtud de los conocimientos criminológicos existentes hasta ahora, absolutamente practicable y lógica.

Ciertamente, la función limitadora del principio de culpabilidad prohíbe que se pueda imponer por razones de prevención especial una pena superior a la que permite el marco de la culpabilidad (59); pero este marco mismo sí puede ser completado con criterios preventivos especiales, y es también criminológicamente deseable y jurídicamente admisible imponer una pena, orientada por la prevención especial, inferior a la que correspondería por la culpabilidad (60).

Schöch, cuya opinión como criminólogo partidario de la teoría del valor de empleo tiene especial importancia en esta materia, constata, en favor de una determinación de la magnitud de la pena basada exclusivamente en la culpabilidad, lo siguiente (61): «Ciertamente no son imposibles desde un punto de vista lógico, declaraciones fundamentadas criminológicamente, sobre determinadas magnitudes de la pena, óptimas desde el punto de vista preventivo especial; pero hasta el momento no se ha hecho ninguna y tampoco cabe esperar que se haga en un tiempo previsible si se enjuicia con realismo las posibilidades de investigación... En el fondo, tampoco se ha afirmado o pretendido nunca por los representantes de la criminología científica poder hacer exactas declaraciones sobre la gravedad o duración de la pena desde el punto de vista preventivo especial. La educación de un multirreincidente para un comportamiento normal es un proceso extraordinariamente complejo cuya exacta duración no puede reverse en el caso concreto.» Luego dice que los datos que ofrecen los «especialistas sobre la magnitud de la pena necesaria para

(59) Cfr. Roxin, *como nota* 1, pp. 472 y sigs.

(60) Pero sólo en caso excepcional. Cfr. Roxin, *como nota* 1, p. 473.

(61) «Festschrift f. Schaffstein», *como nota* 6, pp. 262/263.

conseguir la resocialización» oscilan entre uno y cinco años (Schuler-Springorum habla de uno o dos años; tras las experiencias llevadas a cabo en Herstedtveste y Utrecht, se considera que para la resocialización de los delincuentes gravemente perturbados son necesarios de dos y medio a tres o cinco años; Schaffstein considera precisos de uno a uno y medio como mínimo a cuatro o cinco como máximo) (62). Mientras que Schöch deduce de estos datos que las consideraciones preventivas especiales en la determinación de la pena producirían más perjuicios que beneficios; opina, sin embargo, que las tareas preventivas que el legislador obliga a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones conforme a los §§ 47 y sigs., son, «en principio, solucionables»; «en parte se puede ya ahora recurrir a conocimientos científicos» (63).

Si tomamos estas declaraciones como fundamento, la prevención especial, en contra de lo que mantiene la teoría del valor de empleo, alcanza una relevante importancia que se refleja en una cuádruple dimensión:

1. El mismo Schöch admite (64) que la «elasticidad del marco de la culpabilidad» ofrece, «en las zonas marginales del marco criminológicamente lógico, p. ej., en las penas que oscilan entre uno y cinco años, la ventaja de poder impedir penas demasiado elevadas o demasiado cortas; es decir, fijar «penas todavía adecuadas a la culpabilidad» superiores a un año y «penas ya adecuadas a la culpabilidad inferiores a cinco años. En todos los casos comprendidos entre estos dos extremos coincidirían ampliamente la pena por la culpabilidad y la pena preventiva». Con estas ventajas, admitidas por Schöch, se ha conseguido ya mucho.

Esto rige, en primer lugar, para los hechos poco graves en los cuales son muy frecuentes marcos que oscilan entre nueve y doce meses. En caso de que se dé una prognosis desfavorable, el juez deberá imponer una pena privativa de libertad de doce meses. ¿Qué sentido puede tener si la teoría del valor de empleo impide tal determinación de la magnitud de

(62) Todos estos datos se encuentran en Schöch: «Festschrift f. Schaffstein», como nota 6, pp. 262/263, con ulteriores referencias.

(63) «Strafzumessungspraxis», como nota 6, p. 86.

(64) «Festschrift f. Schaffstein», como nota 6, p. 264.

la pena fijada conforme a un fin y querida por el legislador? Lo mismo ocurre en los casos de penas elevadas, que son, por supuesto, mucho menos frecuentes, pero que tienen mucho mayor incidencia en la vida del condenado y que requieren, por eso mismo, de un modo especialmente urgente, la influencia preventiva especial. Aquí el juez, cuando incluye en sus consideraciones la posibilidad de una libertad condicional conforme al § 57, StGB, puede lograr en la mayoría de los casos, mediante una fijación de la pena en el grado mínimo del marco de la culpabilidad, que el condenado, siempre que la ejecución de la pena se configure con éxito, no tenga que permanecer en prisión más de cinco años. Todavía en mayor medida sucede esto cuando se interpreta la ley, como en mi opinión es obligatorio (65), de tal forma que pueda imponerse una pena inferior al grado mínimo del marco de culpabilidad en virtud del § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, StGB; ciertamente, no como regla, pero sí excepcionalmente para evitar las consecuencias contrarias a la socialización, hasta los límites de lo indispensable para la defensa del ordenamiento jurídico. Todas estas posibilidades quedan bloqueadas de modo indeseable desde un punto de vista criminológico con la prohibición, impuesta por la teoría del valor de empleo, de considerar todo tipo de prevención especial en el acto de determinación de la pena.

A ello se añade todavía otra cosa. Cuando Schöch dice que en las penas que oscilan entre uno y cinco años «coinciden ampliamente» pena por la culpabilidad y pena preventiva, esta opinión atenúa ciertamente las divergencias prácticas entre la teoría del valor de empleo y la doctrina dominante, pero no aporta ningún argumento en favor de la corrección teórica del modelo gradual. Al contrario, también aquí, como Schöch en todo caso aclara con la palabra «ampliamente», no pocas veces puede modificarse con toda lógica la magnitud de la pena por razones de prevención especial, en cuyo caso el concepto de valor de empleo aparece de nuevo como insuficiente. Pues, cuando el material numérico criminológico oscila entre uno y cinco años, esto no puede significar que, según el estado de

(65) Detenidamente al respecto, Roxin, como nota 1, pp. 473/480, con ulteriores referencias.

nuestros conocimientos, estos valores límites sean en todo caso equivalentes desde el punto de vista preventivo especial. Más bien debe aceptarse que para delincuentes con graves perturbaciones de la personalidad está más indicada una pena de varios años y para delincuentes sin graves problemas de socialización, lo indicado, al contrario, es una pena de uno a dos años, como confirman los datos numéricos de Herstedvester y Utrecht. Si, conforme a ello, en el ámbito entre uno y cinco años es posible hacer matizaciones de prevención especial (o por lo menos esperarse que se hagan en el futuro a medida que se vayan perfilando los conocimientos criminológicos), debe tenérseles en cuenta para completar, en consecuencia, el marco de la culpabilidad. Si, p. ej., es adecuada una pena entre dos y dos años y medio, el juez impondrá al delincuente con graves defectos de personalidad dos años y medio; pero en los demás casos se dará por satisfecho con una pena de dos años. Con ello no podrá lograrse, a falta de una pena indeterminada, quizá una duración de la ejecución de la pena óptima a los efectos de tratamiento, pero sí puede aproximarse el tiempo de duración de la pena a lo deseable, más que si se excluye rigurosamente todas las consideraciones de prevención especial.

2. Con esto llegamos ya a la segunda función del marco de la culpabilidad: la consideración de los puntos de vista preventivos especiales dentro de este marco, completándolo, puede por lo menos atenuar o impedir que con la ejecución de la pena privativa de libertad puedan surgir otros daños allí donde la criminología no nos dice cuál es la duración necesaria que debe tener el tratamiento, o esto no es posible por razones jurídicas.

A este principio responde el § 3, párr. 2.º, de la Ley General Penitenciaria alemana (StVollzG), que ordena «evitar... las consecuencias perjudiciales de la privación de libertad», y no hay razón alguna que impida que este «principio de evitar consecuencias perjudiciales» («**Gegensteuerungsgrundsatz**») (66) pueda ser tenido en cuenta también a la hora de determinar la magnitud de la pena.

(66) Callies/Müller/Dietz: «Strafvollzugsgesetz», 1.ª ed. 1977, § 3, número marg. 5.

En ello ve Lackner (67) incluso la importancia esencial de la teoría del margen de libertad: «Hay una diferencia fundamental entre considerar que una reacción concebida como respuesta adecuada a la culpabilidad debe ser, dentro de un marco delimitado, configurada o atenuada de tal forma que pueda servir también, conforme a nuestro saber experimental, lo más posible a la resocialización o por lo menos no la perjudique, y considerar que lo que hay que hacer es encontrar una respuesta positiva a la cuestión de qué es lo que el reo necesita concretamente para superar el peligro de reincidencia. La primera alternativa es el punto de vista de la teoría del margen de libertad...». Quizá esta formulación sea algo modesta porque, como se ha indicado, en cierta medida son posibles incluso respuestas «positivas»; pero en todo caso, la «evitación de consecuencias perjudiciales» deberá ser un criterio preventivo especial de primer rango a la hora de determinar la magnitud de la pena, en tanto no existan resultados concretos sobre la duración precisa para conseguir la resocialización. Los partidarios de la teoría del valor de empleo olvidan este principio cuando alegan en contra de la consideración de la prevención especial en la determinación de la magnitud de la pena, sólo que «en el momento de la sentencia» es «totalmente imprevisible» «la duración que requerirá el tratamiento» (68).

Incluso cuando Schöch (69) dice que en el fondo la criminología «nunca ha afirmado poder hacer declaraciones exactas sobre la duración que debe tener la pena para conseguir un efecto preventivo especial», tampoco esto es razón suficiente para eliminar totalmente la prevención especial; pues también algunos conocimientos y declaraciones menos exactas, referidas sólo a límites temporales, en relación con las consecuencias negativas desde el punto de vista terapéutico de determinadas magnitudes de pena, pueden hacerse fructíferas en la determinación de la pena.

Si, p. ej., el marco penal en un delito muy grave es de diez a doce años, o incluso, como el BGH considera posible,

(67) Como nota 3, p. 134.

(68) Henkel, como nota 4, p. 48.

(69) Como nota 6, «Festschrift f. Schaffstein», p. 263.

de quince años a cadena perpetua, todas estas magnitudes penales pueden ser inevitables (por lo menos, en opinión del legislador), desde el punto de vista preventivo general que a veces se esconde detrás de la pena por la culpabilidad. Pero, a pesar de ello, hay una importante diferencia en considerar que el juez está obligado, en virtud de la prevención especial, a imponer, en tales casos, diez (en lugar de doce) o quince años (en lugar de prisión perpetua). Sería cínico, a la vista del destino social y humano del condenado, mantener el criterio de que no importan un par de años más o menos, ya que, de todos modos, la duración de la pena no se justifica por los aspectos de la socialización. Un condenado quizá puede entender que cuando ha cometido un delito grave es inevitable una pena elevada, aun cuando al final *no* pueda ser fructífera para una vida futura en sociedad. Pero seguramente no entenderá que debe permanecer más tiempo en prisión de lo que es indispensable para el orden pacífico de la sociedad, es decir, que una pena excesiva desde el punto de vista preventivo especial no permanezca por lo menos en el grado mínimo que permite el marco de culpabilidad, e incluso, cuando la defensa del orden jurídico no se opone a ello, que pueda bajar algo de ese grado mínimo. Es demasiado estricto querer acudir aquí, como hace la teoría del valor de empleo, al ámbito del § 57, StGB. Tampoco Schöch olvida totalmente esto cuando dice (70) que «desde el punto de vista criminológico» «no se comprenden —según el modelo gradual— de modo totalmente satisfactorio aquellos casos cuyo contenido de culpabilidad conduce a una duración de la pena de más de dos años. En estos casos, las reflexiones preventivas especiales no tendrían influencia directa en la determinación de la pena». Pero no habría sido necesario esto si los teóricos del valor de empleo hubieran atenuado en este punto su actitud contraria a los criterios preventivos a la hora de determinar el tiempo de duración de la pena.

3. Esto conduce a un tercer grupo de casos, extraordinariamente importante en la práctica, en los cuales —de modo sólo aparentemente paradójico— la escasa o nula necesidad

(70) «Festschrift f. Schaffstein», como nota 6, p. 265.

de tratamiento resocializador indica precisamente una atenuación de la pena motivada por la prevención especial. Difícilmente puede discutirse que «en no pocos casos el delincuente debe conformarse con una intervención estatal en sus bienes jurídicos solamente en virtud de la vigencia del ordenamiento jurídico. Sucede esto sobre todo cuando se juzgan graves e incluso gravísimas infracciones o cuando se trata de delitos cometidos por imprudencia» (71). Cuando, p. ej., en el caso clásico del delincuente nazi violento, socialmente integrado y actualmente en absoluto peligroso, que en una situación con-flictiva irrepitable comete un delito de homicidio o un delito imprudente con graves consecuencias, deben ser impuestas y cumplidas penas privativas de libertad, éstas no deben ser más elevadas de lo necesario; es decir, deben permanecer, en tanto no sea obligatoria una pena absoluta, en el margen de lo «ya adecuado a la culpabilidad». Un plus sería perjudicial para la vida futura del reo en sociedad e infringiría el principio que prohíbe las penas excesivas. La prevención especial tiene aquí una buena misión que cumplir, cuyo abandono por un principio de pena adecuada a la culpabilidad, sin concesiones de ningún tipo, no puede satisfacer desde el punto de vista político-criminal.

Todavía más vale esto para los efectos del comportamiento posterior a la comisión del hecho que, según el § 46, párrafo 2.º, StGB, deben tenerse en cuenta en la determinación de la pena. Debe darse totalmente la razón a la reciente crítica de Stratenwerth (72) y Horn (73), quienes dicen que tal conducta consiste en una reparación o en un aumento del daño ocasionado y que sólo raras veces permite sacar conclusiones sobre la culpabilidad existente en el momento de la comisión del hecho (74). Pero es evidente que para un enjuiciamiento preventivo especial del reo, tiene relevante importancia si se entrega voluntariamente, sin ser impulsado por circunstancias

(71) «Alternativentwurf eines StGB. Allg. Teil», 2.ª ed., 1969, p. 29.

(72) Como nota 3.

(73) «SK», como nota 5, § 46, núm. marg. 75.

(74) Exposición detallada de la jurisprudencia en Bruns: «Strafzumessungsrecht», como nota 9, pp. 591 y sigs.

externas, a la policía, restituye el botín, indemniza a la víctima, se aparta de su anterior conducta y de sus cómplices o, de cualquier otro modo, regresa definitivamente al mundo del derecho antes del descubrimiento del hecho. Naturalmente, esto debe ser tenido en cuenta no sólo, como pretende Horn, en las decisiones a tomar conforme a los §§ 47 y sigs., StGB, sino también en la determinación de la pena. Donde la gravedad del delito exige una pena superior a la que indican los límites valorativos de los §§ 47 y sigs., StGB, la atenuación de la magnitud de la pena es la única posibilidad de tener en cuenta esta clase de circunstancias de carácter preventivos especial inequívocamente atenuantes. Pero también allí donde, por ejemplo, por aplicación del § 47, StGB, puede imponerse una multa en lugar de una pena privativa de libertad, sería incomprensible no imponer el menor número posible de días-multa adecuada a la culpabilidad, si el reo ha tenido que hacer importantes gastos económicos para reparar voluntariamente el daño causado (75). El que la consideración de tales factores, relevantes desde el punto de vista preventivo especial, dentro de los límites del marco de la culpabilidad (y también en la imposición de una pena por debajo de tales límites, como aquí se recomienda, en casos excepcionales hasta el límite que marca la defensa del ordenamiento jurídico), no sea siempre posible en toda su extensión, no es ningún argumento en favor de su absoluta exclusión, tal como patrocina la teoría del valor de empleo.

4. El último punto que se va a tratar aquí ha sido ya puesto de relieve por Bruns (76) con toda claridad, al decir que el peligro que cabe temer de la teoría del valor de empleo es «que la simple pena por la culpabilidad sin ningún tipo de recorte bloquee el paso a los §§ 47 y sigs., StGB, al sobrepasar los límites temporales de dichos preceptos». Efectivamente, en esta cuestión, la teoría del valor de empleo no sólo conduce

(75) A la inversa, es muchas veces necesario, en el sentido de lo expuesto en V, 1, agotar completamente el marco de la culpabilidad en la determinación de la duración de la pena, cuando el comportamiento del reo tras la comisión del hecho revela defectos muy graves de socialización.

(76) Como nota 10, p. 261.

a resultados especialmente objetables desde el punto de vista político-criminal, sino que incurre también en contradicciones consigo misma. Por ejemplo si el marco de la culpabilidad oscila entre doce y quince meses, el partidario de la teoría del valor de empleo, al no poder pensar en la prevención especial a la hora de determinar la magnitud de la pena, elegirá, en virtud de la retribución justa de la culpabilidad, probablemente el grado medio del marco. Con ello se bloquea —si se prescinde del caso excepcional previsto en el § 56, párr. 2.º— **eo ipso** el camino de la suspensión condicional de la pena, aun cuando esté claramente indicada desde el punto de vista preventivo especial. Pero como, según la teoría del valor de empleo, son posibles las declaraciones fundadas criminológicamente sobre las decisiones a tomar conforme a los §§ 47 y sigs., StGB, los partidarios de esta teoría no tienen más remedio, consecuentes con su planteamiento, que negar injustamente esta suspensión, aunque esto sea contrario a sus propios conocimientos. Frente a ello, es desde luego posible, desde el punto de vista de la teoría del margen de libertad, imponer, en atención a una suspensión de la pena que está indicada desde el punto de vista preventivo especial, una pena privativa de libertad de doce meses, aplicando las consecuencias previstas en los §§ 56 y sigs., StGB. Si se piensa que los límites temporales relevantes en los §§ 47 y sigs., StGB, de seis, doce o también veinticuatro meses, están frecuentemente dentro de un marco de culpabilidad o tocan el límite superior o inferior de este marco, se verá que la exclusión de consideraciones preventivas especiales en la determinación de la pena en muchos casos es igual que una exclusión de la consecuencia jurídica adecuada, adecuada también desde el punto de vista de la teoría del valor de empleo. Contra esto no se puede objetar que, frente a la poco exacta cuantificación de la culpabilidad, el partidario de la teoría del valor de empleo puede llegar «con un uso razonable» ya a una pena por la culpabilidad que no sería un obstáculo para la deseada imposición de **una** multa, suspensión condicionales etc. Pues con tal procedimiento, lo único que se haría sería utilizar, en forma encubierta, dentro de un marco aceptado de culpabilidad, la pre-

vencción especial en la determinación de la magnitud de la pena, abandonando con ello la teoría del valor de empleo.

VI. De todo esto se deriva que la teoría del valor de empleo no se puede mantener en tanto pretende eliminar toda influencia de la prevención especial en la determinación de la magnitud de la pena.

Pero esto no cambia en nada el que dicha teoría —si se me permite este cálculo humorístico— sea correcta en sus tres cuartas partes. Es correcta en su primera mitad, en tanto pretende determinar la pena en sentido amplio (es decir, la decisión de las consecuencias jurídicas previstas en los §§ 47 y sigs., StGB) exclusivamente conforme a criterios preventivos especiales. Y es todavía una cuarta parte más correcta, en tanto excluye la prevención general como componente autónomo agravante de la pena en la determinación de la pena en sentido estricto (es decir, en la determinación de la magnitud de la pena conforme el § 46, StGB). También acierta tendencialmente en el sentido de que en el marco del § 46, StGB, pone en primer plano, en resumidas cuentas, la retribución de la culpabilidad, pero en las decisiones a tomar conforme a los §§ 47 y sigs., StGB, pone en primer plano la prevención.

Su defecto principal reside sólo en la eliminación de la prevención especial a la hora de determinar la duración de la pena. Si los partidarios de la teoría del valor de empleo revisaran su teoría en este punto, no habría ningún inconveniente en darles la razón.

La investigación que hemos dedicado a la significación de la prevención en la determinación de la pena conduce, después de todo lo dicho, a una concepción que se podría calificar como de «una teoría del valor de empleo modificada por la prevención especial». La modificación consiste en reconocer un marco de culpabilidad en la determinación de la pena conforme al § 46, StGB, pero este marco se completa, dentro de lo posible, por necesidades preventivas especiales. Tal solución, no sólo suministraría, como se indicó al principio, a «prevencionistas» y «retribucionistas de la culpabilidad» la base común apoyada en la ley para un modelo de las causas finales de la determinación de la pena, sino que también serviría de

base a los partidarios de la «teoría del margen de libertad» y de la «teoría del valor de empleo». Con este acuerdo se daría un paso importante en la determinación de la pena en la línea de las sugerencias que hay que agradecer a Hans-Jürgen Bruns. ¡A él va dedicado este trabajo con cordiales saludos en su setenta aniversario!

CULPABILIDAD, PREVENCIÓN Y RESPONSABILIDAD EN DERECHO PENAL {*}

I. La culpabilidad es un tema eterno del Derecho Penal y su principal problema específico: tanto en su existencia y en sus presupuestos como en la constatación de su fundamento y medida está expuesta a dudas que nunca serán despejadas; y ello, no obstante, debe al mismo tiempo servir de soporte y legitimación al Derecho Penal. Por eso mismo nunca ha cesado la discusión que sobre la culpabilidad se mantiene en Derecho Penal. También Paul Bockelmann, el respetado homenajeado, ha aportado en las últimas décadas importantes estudios al tema de la culpabilidad y la pena (1). Pero esta discusión, nunca interrumpida, ha girado fundamentalmente en torno a lo que Achenbach (2), adhiriéndose a Arthur Kaufmann (3), denomina la «ídea de culpabilidad»; es decir, en torno a problemas metajurídicos, como la libertad de voluntad o el determinismo, la culpabilidad por el carácter o el

(*) Título original: «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht». Publicado en «Festschrift für Paul Bockelmann», 1979, pp. 279-309.

(1) Entre sus importantes trabajos sobre culpabilidad y pena cito sólo algunos de los más importantes: «Studien zum Täterstrafrecht», I, 1939; II, 1940; «Schuld und Sühne», 2.^a ed., 1958; «Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit», en ZStW, t. 75, 1963, pp. 372-392; «Schuld, Schicksal und Verantwortung des Menschen», 1966; «Das Problem der Kriminalstrafe in der deutschen Dichtung», 1967; «Zur Kritik der Strafrechtskritik», en «Festschrift für R. Lange», 1976, pp. 1-7.

(2) «Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre», 1972, pp. 3-4.

(3) «Das Unrechtbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts», 1950, páginas 33 y sigs.

hecho, expiación, retribución y dignidad humana. Extrañamente, la cuestión del concepto dogmático jurídico-penal de culpabilidad, es decir, la función y el contenido de la categoría delictiva que se añade al injusto, no ha sido tratada durante mucho tiempo.

También se ha desarrollado autónomamente el debate sobre la significación de la culpabilidad para la determinación de la pena, a partir del cual, la teoría de la determinación de la pena aparece hoy como una disciplina jurídica autónoma. Como conclusión de su amplia investigación histórico-dogmática, Achenbach (4) ha podido *comprobar* que «la determinación de los elementos del concepto de culpabilidad es ampliamente independiente de las opiniones de principio sobre la idea que le sirve de fundamento». De hecho, la evolución de la teoría de la acción, del tipo y el injusto, es decir, la polémica en torno del concepto final y causal de acción, a la situación sistemática de los elementos subjetivos del delito, a la concepción diferenciadora del estado de necesidad y a las teorías del error, que, en buena parte, venían prejuizadas por prejuicios sistemáticos, han influenciado la categoría de la culpabilidad en su actual configuración, más poderosamente que las consideraciones sobre la legitimación de la pena adecuada a la culpabilidad. El paso de un concepto psicológico a otro normativo de la culpabilidad, p. ej., que marca el punto de inflexión de la dogmática en este siglo, ha sido más fruto de un refinado análisis sistemático del Derecho Penal, que de determinadas concepciones sobre la culpabilidad. Igualmente la teoría «del margen de libertad», dominante en nuestra jurisprudencia a la hora de determinar la pena, ha surgido más de reflexiones de practicabilidad forense que de reflexiones sobre la esencia de la culpabilidad.

Desde hace algunos años comienza a modificarse esta imagen. En creciente medida empieza a cuestionarse, a la hora de emplear el concepto de culpabilidad (tanto en la teoría general del delito como en el derecho de determinación de la pena), cuál es la sustancia material de ese concepto, qué se esconde materialmente tras expresiones como «reprochabili-

(4) Como nota 2, p. 7.

dad» y «grado de culpabilidad por el hecho»; y de las respuestas que se han dado a estas cuestiones se deducen muy concretas conclusiones que pudieran alcanzar relevante significación para la praxis jurídica. En este punto comienza a no ser tan acertado el diagnóstico de Achenbach; pero, por otra parte, experimenta una nueva confirmación al encontrarse la «idea» que se buscaba tras la forma de aparición del concepto empleado, no en fenómenos metajurídicos, sino en las necesidades de una «prevención» condicionada por los fines de la pena. El regreso a la idea de culpabilidad se limita, por tanto, a la política criminal que se encierra en la dogmática del Derecho positivo. El círculo de una interpretación inmanente al Derecho Penal no queda roto, sino que precisamente se cierra con una explicación teleológica-pragmática (5).

En este sentido, había tratado Noli ya en 1966 (6) —al principio todavía sin eco— «culpabilidad y prevención bajo el prisma de la racionalización del Derecho Penal», y de ella había deducido que la «culpabilidad jurídico-penal no es otra cosa que decisión contra la norma penal, a pesar de poseer capacidad de reaccionar a las exigencias normativas»; el Derecho Penal necesitaría en este sentido de la idea de culpabilidad como «medio de prevención general». Yo mismo, algunos años más tarde, he derivado de la teoría de los fines de la pena «culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistémicas jurídico-penales» (7) e intentado corregir, a partir de esta concepción, resultados concretos para la interpretación de los §§ 17, 20, 33, 35, StGB, así como para la comprensión de la culpabilidad en la imprudencia y del llamado

(5) Cfr. sobre esta evolución, Burkhardt: GA, 1976, pp. 325 y sigs.

(6) «Festschrift für H. Mayer», pp. 219-233 (223, 220).

(7) «Festschrift für Henkel», 1974, pp. 171-197 (= «Strafrecht und Strafrechtsreform», edit. por Madiener, Papenfuss, Schöne, 1974, pp. 257-279) (versión española de Diego Luzón publicada en «Problemas básicos del Derecho Penal», 1976, pp. 200-225; también recogido en este volumen, cfr. supra p. 57). Anteriormente, ya en «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 1970, 2.^a ed., 1973, pp. 33-40 (versión española de la 1.^a ed., traducida por Muñoz Conde: «Política criminal y sistema del Derecho Penal», Barcelona, 1972, pp. 66-76); para el desistimiento en la tentativa, en «Heinitz-Festschrift», 1972, pp. 251-276 (273-276); posteriormente, sobre el exceso en la defensa legítima, expresamente en «Festschrift für Schaffstein», 1975, pp. 105-127.

estado de necesidad disculpante suprallegal. Y, finalmente, no hace mucho Jakobs ha desarrollado en su escrito «Culpabilidad y prevención» («Schuld und Praevention») (8) la tesis de que la culpabilidad «sólo se fundamenta por la prevención general y debe ser medida *por* esta prevención».

Estos recientes esfuerzos, independientes entre sí y sólo en parte coincidentes por lo que se refiere al tema, han desencadenado un vivo eco (9). La mayoría de los críticos sitúan el tema en una perspectiva muy de principios. Así, p. ej., Gössel ve en mi ensayo el «enorme peligro» de una «disolución de todo el sistema del Derecho Penal» y de su «sustitución por una teoría de los fines de la pena», y opina que un tal «utilitarismo ya no es compatible con la idea de justicia». Stratenwerth considera que, por razones sociales y culturales, comienza a apuntar el ocaso del principio de culpabilidad y considera estas concepciones de la culpabilidad orientadas a la prevención como síntomas históricamente esperables de esta evolución, a la que él, sin embargo, pretende oponer resistencia. Zipf, finalmente, opina que «sería preciso un cambio total de ideas» si se quisiera modificar «el concepto de culpabilidad en la forma propuesta por Roxin».

El estado de este debate me parece motivo suficiente para justificar una continuación de la discusión. Según veo, todos los críticos están conmigo de acuerdo en que se deben revisar las posiciones tradicionales y abrir la dogmática jurídico-penal a las finalidades político-criminales. Pero, por otra parte, soy también de la opinión de que deben permanecer intactos

(8) «Recht und Staat», Heft 425/53, 1976, p. 9.

(9) Al respecto existen tres trabajos: Schöneborn: «Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt», en ZStW, t. 88, 1976, pp. 349-364; Burkharde «Das Zweckmoment im Strafrecht», en GA, 1976, pp. 321-341; Stratenwerth: «Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips», en «Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe», Heft 134, 1977 (hay traducción española de Bacigalupo y Zugaldía, Madrid, 1980). Además deben citarse algunas tomas de posición más o menos expresas: Jäger: «Henkel-Festschrift», páginas 134-136; Gössel, JA, 1975, pp. 323 y slgs.; Zipf, ZStW, t. 89, 1977, páginas 710-712; Rudolphi, SK, 2.^a ed., comentario previo al § 19, números marginales 103-117; Stratenwerth, AT, 2.^a ed., núm. marg. 508; Lackner, 11.^a ed., antes del § 13, III, 4. Los trabajos y tomas de posición se refieren tanto especialmente a mi concepción, como sobre todo también a la monografía de Jakobs.

los principios del Estado de Derecho que informan nuestro Derecho Penal. Sobre la base de estas dos premisas considero posible lograr un consenso.

En lo que sigue, parto del Derecho positivo, sobre el que es más fácil entenderse que sobre los últimos principios meta-jurídicos. Para ello es aconsejable tomar como punto de partida la distinción, introducida por Achenbach (10), entre culpabilidad como fundamento de la pena y culpabilidad en la determinación de la pena (11). Pues ambos conceptos son, tanto en su sustrato material como en su estructura teleológica, diferentes, de tal manera que un argumento que es válido en un sector no puede, sin más, tener significación en el otro. La separación de ambos conceptos evitará, por tanto, los malos entendidos que tan frecuentes han sido en la discusión habida hasta la fecha.

II. 1) En el marco de la culpabilidad como fundamento de la pena me interesa, en primer lugar y sobre todo, demostrar que las tradicionales «causas de exclusión de la culpabilidad» son, en verdad, casos de exclusión de la responsabilidad basadas en los fines de la pena. El que actúa coaccionado (§ 35, StGB) o se excede en la legítima defensa (§ 33, StGB) «se puede» comportar de un modo distinto; pues de lo contrario, no podría castigarse al que provoca culpablemente su propia situación de peligro o al miembro de una profesión peligrosa al que se aplique el § 35, párr. 1.º, sec. 2.ª, StGB, por haber cometido un hecho que, de haberlo cometido otra persona en la misma situación, hubiera quedado impune por aplicación del § 35, párr. 1.º, sec. 2.ª, StGB. Igualmente tampoco podría castigarse al que infringe los límites del estado de necesidad justificante (§ 34, StGB) en situación de turbación, miedo o terror, ya que el exceso en la legítima defensa (§ 33, StGB) «ceteris paribus» exculpa. El conocimiento de que las causas de exclusión de la culpabilidad no excluyen propiamente la culpabilidad, no es nuevo; sin em-

(10) Como nota 2, pp. 2 y sigs.

(11) Correctamente Bockelmann, AT, 2.ª ed., p. 59: «De la culpabilidad entendida como culpabilidad de la acción típica y antijurídica, debe distinguirse la culpabilidad como conjunto de aquellas circunstancias decisivas en la determinación de la pena.»

bargo, frecuentemente se ha interpretado la decisión del legislador en favor de la impunidad, considerando que la culpabilidad en estos casos es, por la fuerza motivadora, demasiado leve para justificar la imposición de una pena. Pero esta fundamentación no es convincente, pues no explica por qué el legislador, ante la misma fuerza motivadora, unas veces castiga y otras no (*).

Frente a la anterior posición, mi tesis es la de que son consideraciones de prevención general y especial las que, en los supuestos de dificultad para poder actuar de modo distinto, aconsejan al legislador renunciar o no a la sanción. El que actúa en la situación prevista en el § 35, párr. 1.º, sec. 1.ª, o en el § 33, StGB, podría, desde el punto de vista de la «culpabilidad» ser castigado —aun cuando de forma atenuada—; pero, a pesar de ello, queda sin sanción, porque no existen razones de prevención general ni especial que aconsejen su castigo (12). Igualmente está motivada preventivamente la ex-

(*) Los §§ 33, 34, 35, StGB, citados en el texto fueron introducidos en el StGB a partir de la 2.ª Ley para la Reforma del Derecho Penal de 4-VII-1969, que creó la nueva Parte General que entró en vigor el 1-1-1975.

Dice el § 33: **Exceso en la legítima defensa.** «No será castigado el que infrinja los límites de la legítima defensa por turbación, miedo o terror.»

Dice el § 35: **Estado de necesidad disculpante.** 1) «Actúa sin culpabilidad quien comete un hecho antijurídico en una situación de peligro actual, no evitable de otro modo, para la vida, la integridad física o la libertad, con el fin de apartar el peligro de sí mismo, de un pariente o de cualquier persona cercana al círculo de sus allegados. La anterior disposición no es aplicable cuando pueda exigirse al autor que, de acuerdo con las circunstancias, acepte el peligro, bien porque haya provocado él mismo la situación de peligro, bien porque se encuentre en una situación jurídica especial; la pena puede ser, sin embargo, atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, 1.º, cuando el autor no haya tenido que aceptar el peligro en consideración a una circunstancia jurídica especial.»

El párrafo 2.º de este parágrafo se refiere al tratamiento del *error sobre* las circunstancias mencionadas en el párr. 1.º (impunidad si es inevitable; punibilidad atenuada conforme al § 49, 1.º, si es evitable).

El § 34 regula el estado de necesidad como causa de justificación, que es aplicable ante una situación de peligro para cualquier bien jurídico de cualquier persona, siempre que el bien jurídico que se intente salvar (y el grado de peligro a que esté expuesto) sea considerablemente mayor que el lesionado. (Nota del Traductor.)

(12) Cfr. para su fundamentación, detalladamente «Henkel-Festschrift», página 183 («Problemas básicos...», p. 217 y supra p. 77); también en consi-

cepción del § 35, párr. 1.º, sec. 2.ª, pues sólo la función social del soldado, del bombero, etc. (y no su culpabilidad) impide eximirlos de responsabilidad penal en la misma medida que al ciudadano que no está obligado por los mismos deberes públicos.

Del mismo modo, la necesidad preventiva de oponerse a la provocación negligente de situaciones de estado de necesidad conduce a la exigencia de requisitos más estrictos para exculpar en los casos en los que la situación de estado de necesidad ha sido provocada culpablemente. Lo mismo rige para el § 33, StGB: la circunstancia de que el exceso, condicionado por situaciones emocionales asténicas, en la defensa necesaria frente a una agresión antijurídica no perturba la paz pública ni haga precisa una acción de tipo preventivo especial, permite la exculpación (13). En cambio, el exceso en la legítima defensa condicionado por emociones asténicas, que muchas veces no puede valorarse desde el punto de la culpabilidad de modo distinto que el exceso condicionado por otras situaciones emocionales, necesita ser castigado, porque este tipo de situaciones emocionales son más peligrosas y proclives a la repetición (14). Por otro lado, la transgresión de los límites del § 34, StGB, aunque se deba a las emociones asténicas citadas en el § 33, StGB, no puede eximir de responsabilidad, porque toda intervención, evitable y que exceda el límite de lo necesario, en los derechos de **personas ajenas al conflicto** perturba la coexistencia pacífica de los ciudadanos y no puede, **por eso mismo**, quedar impune (15) (*).

deraciones preventivas generales basa Achenbach, JR, 1975, 494/495, la decisión en el caso del § 35, StGB.

(13) Detenidamente Schaffstein-Festschrift, pp. 116 y sigs. Coincidente ahora, Jackobs: «Schuld un Prävention», pp. 23 y sigs. (esp. nota 71).

(14) Henkel-Festschrift, p. 189; Schaffstein-Festschrift, p. 117.

(15) Cfr. Schaffstein-Festschrift, p. 117: el ciudadano debe estar seguro de no ser víctima de «actos caóticos».

(*) El legislador alemán sólo concede eficacia exculpante al exceso en la legítima defensa motivado por turbación, miedo o terror (cfr. texto § 33, StGB, en nota anterior del traductor); pero no dice nada respecto al exceso en la legítima defensa motivado por otro tipo de situaciones emocionales como el odio o la ira; ni tampoco respecto al exceso, cualquiera que sea su origen, en el estado de necesidad. De ello deduce Roxin que la impunidad prevista en

Que las causas de exclusión de la culpabilidad, en la forma esquemática aquí expuesta, deben ser entendidas desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena, ha sido expresamente admitido en muchas ocasiones por los críticos de mi concepción de la culpabilidad (16) y sólo en muy contados casos ha sido discutida. Mi más decidido contrincante en este punto es Schöneborn (17). Schöneborn opina que, para el caso del § 35, StGB, más correcta que mi explicación es la idea de «que la función jurídico-estatal del principio de culpabilidad hace que el legislador tienda a equiparar los casos de fuerte limitación del margen de libertad con los casos en los que no se puede actuar de un modo distinto»; solamente las «excepciones» del § 35, párr. 1.º, sec. 2.ª, podrían «estar motivadas por criterios de prevención general» (18). Pero en contra de esta opinión se pueden alegar dos argumentos: en primer lugar, que aquí se trata precisamente de la cuestión de por qué el legislador «en los casos de fuerte limitación del margen de libertad» unas veces exculpa y otras no; una cuestión que en ninguna manera puede ser respondida con una referencia a la función jurídico-estatal del principio de culpabilidad. Y en segundo lugar, que *no* puede discutirse que las «excepciones» que el propio Schöneborn admite motivadas por la prevención general, determinan los límites de la ex-

el § 33, StGB, no es extensible a los dos casos citados últimamente. (Nota del Traductor.)

(16) Gössel, JA 1975, p. 322 (las causas de exclusión de la pena deberían «ser compatibles con los fines de la pena»); Stratenwerth, como nota 9, página 29, observa en total concordancia con mis intenciones: «Si se está de acuerdo con la tesis de que la culpabilidad moral no es el único fundamento de la pena, sino que siempre deben añadirse necesidades pragmáticas para justificarla, también puede fundarse la renuncia a la pena, además de en la falta de culpabilidad, en la de los fines de la pena.» De acuerdo con ello, no discute que las «causas de exclusión de la culpabilidad puedan explicarse desde el punto de vista de los fines de la pena». También de acuerdo con el fondo, Schönke-Schröder-Lenckner, 19.ª ed., 1978, comentario previo al § 32, núm. marg. 111 al final; ampliamente también SK-Rudolph, 2.ª ed., núm. marg. 1, b, comentario previo al § 19.

(17) ZStW, t. 88, p. 357.

(18) Por eso tropieza en su opinión también con «severas objeciones desde el punto de vista del principio de culpabilidad, la variante, recientemente introducida, de (a situación autoprovocada del estado de necesidad» (lug. cit., página 357, nota 30). Sólo que esta «variante» no se aviene con su explicación.

culpación, y que entonces no es la culpabilidad, sino la necesidad de prevención la que determina el sí de la pena.

Si se acepta la idea de que los límites de las causas de exclusión de la «culpabilidad» se trazan por consideraciones preventivas orientadas en los fines de la pena, me parece insoslayable la conclusión de que la categoría del delito en la que deben incluirse estas causas de exclusión de la culpabilidad, debería designarse más exactamente desde un punto de vista científico, con el nombre de «responsabilidad», ya que la «culpabilidad» es sólo una condición necesaria, pero no suficiente para exigir una responsabilidad penal. La significación de una tal concepción en la comprensión de la «culpabilidad como fundamento de la pena» se debe enjuiciar de un modo diferenciado:

Por un lado, me parece bastante digno de atención el significado de esta concepción en lo que se refiere a la interpretación de los elementos que determinan la responsabilidad. Así se puede deducir de una categoría de la responsabilidad entendida en la forma aquí expuesta, la impunidad del exceso extensivo en la legítima defensa que, bajo el prisma de las consideraciones extraídas de los fines de la pena, decisivas para el § 33, StGB, merece totalmente el mismo tratamiento que el exceso intensivo (19); se puede comprender el desistimiento voluntario de la tentativa como un caso de exclusión de la responsabilidad penal (en lugar de como una causa de anulación de la pena) y hacer fructífera la «teoría de los fines de la pena» para una explicación ajustada a la materia del criterio de la voluntariedad (20); se puede explicar, sin forzamiento de ningún tipo, la impunidad del llamado «estado de necesidad supralegal excluyente de la culpabilidad» que, en principio, no se podía entender desde el prisma de una cul-

(19) Cfr. detalladamente Schaffstein-Festschrift, pp. 111-118.

(20) Cfr. detalladamente Heinitz-Festschrift, pp. 521-276; también Stra-tenwerth, como nota 9, pp. 21 y sigs., opina que yo también he demostrado que, «por ejemplo, las reglas sobre el desistimiento en la tentativa y el exceso en la legítima defensa se pueden explicar hasta en sus peculiaridades más concretas por la presencia o la ausencia de necesidades preventivas». Todavía de un modo en parte diferente se expresa en su «Allg. Teil», 2.^a ed., 1976, núm. marginal 508. (Cfr. también Muñoz Conde: «El desistimiento voluntario de consumir el delito», Barcelona, 1972, pp. 99 y sigs. y 122 y sigs.)

pabilidad definida como «poder actuar de modo distinto»; dotando así a esta causa de exculpación de firmes límites condicionados por los fines de la pena (21). En pocas palabras, la dogmática de la categoría del delito que se añade al injusto puede recibir de la elaboración de una tal teoría (que por ahora sólo está en sus inicios) muchos nuevos impulsos.

En cambio, es claramente poco importante la significación que tiene una interpretación de la responsabilidad de esta clase para el fundamento tradicional del principio de culpabilidad. Pues, con ella, la culpabilidad no se ve afectada o definida de otro modo, sino que sigue siendo en toda su extensión presupuesto de la pena (22). Su complementación con criterios sancionatorios finalistas y la fusión de ambos en la categoría de la responsabilidad lo único que hace es recuperar para el campo dogmático el descubrimiento que, hace ya tiempo, se impuso con aceptación general en el ámbito de la teoría del Derecho Penal y de la Política criminal: el simple, pero también importante, conocimiento de que ciertamente la pena supone culpabilidad, pero que en ningún modo la culpabilidad exige siempre igualmente un castigo. En relación con este núcleo fundamental de mi concepción me parece que carecen totalmente de fundamento temores como (os de quienes consideran que mi concepción representa una «disolución de todo el sistema del hecho punible», un «utilitarismo» cuestionable desde el punto de vista del Estado de Derecho o un socavamiento del principio de culpabilidad.

2. Si se está de acuerdo conmigo en lo que he dicho hasta aquí, hay que plantear ahora la cuestión de si también los presupuestos «positivos» de la culpabilidad penal, es decir, el conocimiento virtual de la prohibición y la capacidad de culpabilidad, se pueden explicar por consideraciones preventi-

(21) Cfr. con detalle Henkel-Festschrift, pp. 194-197.

(22) En esto reside precisamente la discrepancia entre la tesis de Jackobs y la mía. Jackobs se distancia claramente de mi posición, destacando (Schuld und Prävention): «En la presente investigación se intentará demostrar que la culpabilidad está determinada por el fin, y ciertamente la culpabilidad misma y no la responsabilidad separada.» La diferencia es puesta de relieve correctamente por Rudolphi, SK, 2.^a ed., comentario previo al § 19, *núm.* marginal 1, a. Correctamente también sobre mi concepción, Haffke, MSchrim, 1975, página 49, nota 87.

vas. A este respecto opina Stratenwerth (23): «El que las **causas de exclusión** de la culpabilidad se puedan comprender, desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena... demuestra más bien poco (24). El verdadero problema es explicar por esta vía los requisitos de la culpabilidad misma.» Con estas palabras se supone que existe aquí una diferencia de principios entre presupuestos de la culpabilidad (o, en su caso, elementos de culpabilidad) y causas de exclusión de la culpabilidad; una diferencia que realmente no existe (25). Es sólo un problema de formulación (26) el que los casos que Stratenwerth incluye en el concepto de «causas de exclusión de la culpabilidad», se traten en el marco de un elemento de la culpabilidad entendida positivamente: la «exigibilidad»; ya que entonces este elemento se sitúa en el mismo grado que la capacidad de culpabilidad y el conocimiento virtual de la prohibición. Por las mismas razones también podrían tratarse, a la inversa, la capacidad de culpabilidad y el error de prohibición inevitable como causas de exclusión de la culpabilidad. Así, p. ej., también explica Hirsch (27) todas estas constelaciones en la misma medida como «elementos del concepto

(23) Como nota 9, p. 29.

(24) Casi literalmente también Gössel, JA 1975, p. 322: «La demostración de que la exención de pena en los casos de las causas de exclusión de la culpabilidad puede ser fundada en la teoría de los fines de la pena... demuestra más bien poco en relación con esto.» Como fundamentación de esta presunta falta de fuerza probatoria, alega: «de la misma manera también el injusto puede ya negarse apoyándose en los fines de la pena». Pero precisamente en esto se equivoca. Pues las causas de justificación, que sólo en una pequeña parte proceden del StBG, deciden sólo sobre la licitud o prohibición del comportamiento, pero en ningún caso sobre la necesidad de castigar ese comportamiento (sobre ello, con más detalles, mi monografía: «Kriminalpolitik und Strafrechtsreform», 2.^a ed., 1973, pp. 24 y sigs. (pp. 55 y sigs. de la ed. española)).

(25) Sin embargo, no está tan claro que sea ésta realmente la intención de Stratenwerth. Quizá no pretenda discutir en absoluto, de acuerdo con la materia, la adición de consideraciones preventivas a la culpabilidad en el marco de la categoría de la responsabilidad, sino plantear una cuestión distinta, como es la de si el contenido de la culpabilidad como tal es explicable por consideraciones preventivas. Cfr. al respecto lo que sigue en el texto.

(26) Cfr. también Achenbach, como nota 2, p. 5, nota 4.

(27) «Leipziger Kommentar», 9.^a ed., 1974, núms. margs. 162 y sigs., comentario previo al § 51.

jurídico-penal de culpabilidad», distinguiendo solamente entre la posibilidad de conocimiento del injusto (elemento intelectual de la culpabilidad) y la posibilidad de comportarse de acuerdo con dicho conocimiento (elemento voluntario de la culpabilidad); mientras que Bockelmann (28), procediendo en forma análoga, pero de signo inverso, considera indiferencia-damente como «causas de exculpación» la capacidad de culpabilidad, la falta de conciencia de lo injusto y la inexigibilidad de la conducta conforme a derecho.

No es, por tanto, «poco», sino mucho lo que se ha demostrado al decir que las causas de exclusión de la culpabilidad deben ser interpretadas en la forma descrita, desde el prisma de la teoría de los fines de la pena. Pues si la «exigibilidad» ocupa el mismo rango que los demás elementos de la culpabilidad, no se pueden bagatelizear los conocimientos basados en ella, con la consideración de que «sólo» se trata de causas de exclusión de la culpabilidad, y de que, mientras tanto, debe regir otra cosa distinta para las circunstancias que constituyen positivamente la culpabilidad (29).

Más bien sucede precisamente lo contrario: que no existe ninguna diferencia de principio y que tampoco puede existir ninguna, si se aceptan las premisas que hoy se reconocen generalmente y de (as que Stratenwerth parte también expresamente: «que la culpabilidad moral no puede ser el único fundamento de la pena, sino que deben añadirse siempre necesidades pragmáticas para justificarla» (30). Estas «necesidades pragmáticas», que también Stratenwerth reconoce ahora como la concreción de las reflexiones sobre los fines de la pena (31), deben darse tanto a la hora de fundamentar la

(28) «Allg. Teil», 2.ª ed., 1975, pp. 106 y sigs.

(29) Así, p. ej., pretende Stratenwerth, que está de acuerdo conmigo en lo que se refiere a las causas de exclusión de la culpabilidad, «dirigir su interés preferiblemente a la cuestión» (por él finalmente negada en su mayor parte) «de si es posible derivar **positivamente** de los fines preventivos los elementos de la culpabilidad» (como nota 9, p. 29).

(30) Como nota 9, p. 29.

(31) Como nota 9, pp. 22, 29. En cambio, dice todavía en su «Allg. Teil», 2.ª ed., núm. marg. 508, que la necesidad de la sanción penal es una «cuestión de utilidad que debe ser vista desde muy diversos aspectos que en ningún modo se comprenden totalmente en la teoría tradicional de los fines de la pena».

responsabilidad penal, como a la hora de «renunciar a la pena», aspecto este último al que, según parece, pretende Stratenwerth querer reducirlos.

3. Si se pretende reclamar una posición especial para el conocimiento virtual de la prohibición y la capacidad de culpabilidad en relación con los casos de exigibilidad, parece más indicado diferenciar, de acuerdo con una opinión que cada vez penetra más en la bibliografía, entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación (32), rechazando en aquéllas una explicación orientada en los fines de la pena, que, sin embargo, se está dispuesto a admitir para éstas. Esta es la vía que sigue Lenckner. Para él, como también para otros autores, la capacidad de culpabilidad y el error de prohibición inevitable son las únicas circunstancias que, al eliminar la capacidad de conocimiento y de dirección, pueden calificarse de causa de exclusión de la **culpabilidad**; frente a ellas, los §§ 33 y 35, StGB, son simples causas de exculpación, ya que dejan intacta la culpabilidad, si bien atenuada, y el legislador sólo «renuncia a formular un reproche de culpabilidad perfectamente posible» (33).

Lenckner está de acuerdo conmigo en que la renuncia al castigo que suponen las causas de exculpación se produce «tanto por razones de prevención general como también especial» (34). Esto supone un importante avance en relación con

Pero ahora no utiliza esta objeción. Cfr. también sobre esto ya la recensión de Stratenwerth a mi monografía: «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», en MSchKrim 1972, pp. 196-197, y mi réplica en la 2.^a ed. de dicha monografía, p. 47. La objeción no puede convencer porque sobre la responsabilidad penal no pueden decidir de un modo lógico consideraciones que se encuentran fuera de los fines perseguidos con la sanción. Tales circunstancias pertenecen, **allí** donde desempeñan un papel, es decir, a la categoría de las causas de exclusión de la culpabilidad que se conecta con el grado de la teoría del delito **que** constituye la responsabilidad.

(32) Cfr. sólo Hirsch, LK, 9^a ed., núm. marg. 167, comentario previo al § 51; Jescheck: «Allg. Teil», 2.^a ed., § 43, pp. 358-59. Lenckner, en Schönke-Schröder, 19.^a ed., núm. marg. 108, antes del § 32; el mismo en: «Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit», en «Handbuch der forensischen Psychiatrie», t. I, parte A, 1972, pp. 68 y sig. Sin embargo, esta terminología no se ha impuesto de un modo general hasta la fecha.

(33) Lenckner, en Schönke-Schröder, como nota 32.

(34) Schönke-Schröder, 19.^a ed., núm. marg. 111, antes del § 32. Sobre

la explicación dada hasta la fecha. Pues el conocimiento, hace tiempo extendido y en sí correcto, de que en estas causas de exculpación se trata de casos de injusto en parte atenuado y, en todo caso, de una culpabilidad sensiblemente reducida, no explica las razones de por qué precisamente en los mismos casos de culpabilidad atenuada se concede unas veces el «perdón» y otras no. Para las causas de exclusión de la culpabilidad, en el sentido de la terminología usada por Lenckner, opina este autor, en cambio (35), que con el intento de «completar el concepto material de culpabilidad desde el punto de vista de los fines de la pena... no se ha cambiado en nada el verdadero problema objetivo»: «así, p. ej., no es necesaria por razones de prevención general una pena cuando y porque el autor no es "culpable"; pero a la inversa, no pueden deducirse de los fines de la pena datos esenciales sobre lo que es "culpabilidad"». Sin embargo, con esta distinción entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación, se establece a nivel terminológico una diferenciación que presupone ya lo que hay que demostrar y que, con un examen más detenido, aparece tan poco sostenible como la separación entre culpabilidad y exclusión de la culpabilidad.

a) El ejemplo del conocimiento virtual de la prohibición demuestra muy bien lo que acabo de decir. Si el § 17, StGB, sólo excluye la culpabilidad en el caso del error de prohibición invencible (*), a primera vista, esto parece indicar que efectivamente se tiene en cuenta el simple poder actuar de otro modo; sólo quien no podía conocer en absoluto lo ilícito de su hacer, parece que debe ser excluido del reproche de la pena del delito doloso. Presuntamente no hay lugar aquí para la consideración de criterios político-criminales. Bajo la in-

la razón de por qué esto no se opone a una interpretación que considera el § 35, StGB, como un caso de injusto atenuado, y por ello, juntamente también por la extraordinaria fuerza de la presión motivadora, como un caso de culpabilidad doblemente atenuada; cfr. ya «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 2.^a ed., p. 47, nota 11.

(35) Schönke-Schröder, 19.* ed., núm. marg. 117, antes del § 13.

(*) El § 17, StGB, dice: «Actúa sin culpabilidad el que, en el momento de cometer el hecho, desconoce su ilicitud, siempre que no haya podido evitar este error. Si, por el contrario, hubiera podido evitarlo, la pena podrá ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1.º» (Nota del Traductor.)

fluencia de esta rigorista concepción de la culpabilidad, la jurisprudencia ha fortalecido todavía más tales tendencias, al exigir para admitir la inevitabilidad de un error de prohibición incluso más de lo que se exige en la observancia del cuidado necesario en el tráfico a la hora de excluir la imprudencia (36).

Pero realmente todo esto va demasiado lejos. Si se tomara en serio esta posición, sería prácticamente imposible aplicar esta causa de exculpación. Los errores de prohibición serían siempre evitables si las personas tuvieran que extremar su conciencia o el cuidado en su deber de informarse hasta el punto que les exige la jurisprudencia. Una prohibición que no pudiera ser conocida suficientemente sería ya ineficaz por razones jurídico-constitucionales (art. 103, párr. 2.º, GG) (*). Pero si la prohibición puede ser conocida, su desconocimiento no podría ser nunca objetivamente inevitable. Ciertamente existen personas que subjetivamente son más tontos o menos avisados (por ejemplo, los extranjeros) que otras. Pero puesto que la jurisprudencia ha establecido amplios deberes de información y averiguación, esto significa en la práctica que cualquiera que, en todo caso, no quede exculpado por el § 20, StGB, puede llegar a conocer la situación jurídica y evitar errores de prohibición, toda vez que cualquier duda sobre la situación jurídica va a excluir ya el error mismo o su evitabilidad.

Una interpretación jurídica que no imponga la etiqueta de comportamiento criminal ya por la simple culpabilidad en el sentido de poder actuar de un modo distinto, exigirá también en el caso del error de prohibición la necesidad de una tal sanción y limitará el deber de conocimiento y de información del ciudadano en un mundo tecnificado conforme a criterios normativos, orientados en los fines de la pena.

Del mismo modo que el legislador no exige en situaciones de necesidad ningún tipo de heroísmo y excluye la responsabilidad penal, ya algo antes del límite del caso extremo, tam-

(36) BGHSt, 4, pp. 236 y sigs.

(*) El art. 103, párr. 2º de la Ley Fundamental (GG) recoge el principio de legalidad de los delitos y las penas, y dice: «Sólo puede ser castigado el hecho cuya penalidad esté determinada antes de la comisión de ese hecho.» (Nota del Traductor.)

poco deberían imponerse demasiadas exigencias al conocimiento de la ley, al «esfuerzo de conciencia» y al celo por informarse de una persona que subjetivamente actúa con fidelidad al Derecho. Un cierto grado de comprensión no sólo está indicado aquí, dado el paralelismo que hay con la decisión va-lorativa del legislador en los casos de estado de necesidad, sino que también es necesario, ya que la teoría de la culpabilidad ha perjudicado malamente la idea de una pena adecuada a la culpabilidad, al imponer el marco penal del delito doloso a personas que no se han hecho culpables de una consciente infracción jurídica (37). La decisión que tomó el legislador alemán en favor de la teoría de la culpabilidad en lugar de la teoría del dolo, lo fue por razones de tipo político-criminal para poder incluir los casos de «enemistad al Derecho» de quien actúa sin escrúpulos y prevenir así la ignorancia recusable de los preceptos legales; pero, precisamente por eso, deben ser tenidas en cuenta estas intenciones también a la hora de determinar los presupuestos de una condena de un delincuente como si actuara dolosamente. En la aplicación práctica del Derecho esto significa que un error de prohibición debe considerarse como disculpable cuando el ciudadano cumple las exigencias de una normal fidelidad al Derecho; si se comporta de esta manera, su error será inevitable en la medida de estas exigencias y debe perdonársele, aun cuando, en última instancia, hubiera podido superar las dudas con indagaciones más detenidas.

Naturalmente, con la referencia a las «exigencias de una normal fidelidad al Derecho», no se ha delimitado ningún concepto capaz de ser utilizado en la práctica jurídica; se trata sólo de un principio rector que requiere una más exacta reelaboración por la vía de una concreción referida a grupos de casos, para lo que he dado ya en otro lugar algunos datos (38). Pero lo único que importa ahora en relación con nuestro esquema de pensamiento es el reconocimiento del principio de que en el caso de un error de prohibición puede venir en consideración una exención de responsabilidad, aun

(37) Correctamente Bockelmann: cAllg. Tejl>, 2.* ed., p. 123.

(38) Henkel-Festschrift, pp. 187 y sigs.

cuando no esté totalmente ausente una «culpabilidad» en el sentido de un poder actuar de modo distinto que, con exigencias extremas, no hay más remedio que admitir.

El error de prohibición es, por tanto, si se quiere expresar en la diferenciación terminológica utilizada antes como referencia, una causa de exculpación y no de exclusión de la culpabilidad (o, por lo menos, debería serlo de acuerdo con la interpretación propuesta, orientada político-criminalmente); se elimina así una crítica que parte de que las consideraciones basadas en los fines de la pena, casi por la naturaleza de las cosas, están de más aquí.

b) Nos queda la incapacidad de culpabilidad. Pero también en este punto ha sido reconocida hace ya tiempo como utópica la idea de que en el § 20, StGB, se trata de la simple constatación empírica del poder actuar de modo distinto (*), sustraída a cualquier tipo de valoración político-criminal. Con razón indica Stratenwerth (39) que en las deliberaciones habidas en el seno de la Comisión para la reforma del Derecho Penal en torno a la redacción del actual § 20, StGB, la preocupación dominante fue la de que hasta qué punto se debía admitir la exculpación sin poner en peligro la eficacia preventiva general del Derecho Penal: «En qué extensión debería imputarse al autor como culpable la infracción normativa, fue abiertamente (también) decidido conforme a lo que parecía necesario para el mantenimiento del orden jurídico —y esto significa: preventivamente—.» Actualmente apenas se discute que en la comprobación de los presupuestos del § 20, StGB, no interesa la constatación de un poder individual que presupone la libertad de voluntad (40). Bockelmann (41) califica

(*) Dice el § 20, StGB: **«Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones mentales.** Actúa sin culpabilidad el que en el momento de la comisión del hecho es incapaz de comprender la ilicitud de su hecho o de actuar conforme a esa comprensión, por una perturbación mental patológica, por una perturbación profunda de la conciencia o por cualquier otro tipo de alteración mental grave.» (Nota del Traductor.)

(39) Como nota 9, pp. 13 y sigs. (15).

(40) Cfr. sólo Jescheck: «Allg. Teil», 2.ª ed., pp. 320 y sigs.

(41) ZStW, t. 75, 1963, p. 380. Frente a esto considera Gössel, JA, 1965, p. 323, que «es evidente y que no necesita justificación» la capacidad

incluso de «auténtico absurdo» el presupuesto de que «la persona sana mentalmente puede actuar libremente y que la esencia de la enfermedad mental consiste en la anulación de la libertad de elección». La culpabilidad se averigua en casos límites más bien conforme a criterios normativos, es decir, político-criminales: «El quedar por debajo del grado de actitud jurídica y de fuerza de voluntad... que se espera del ciudadano medio, es lo que se reprocha al autor y constituye su culpabilidad», dice Jescheck (42), y añade que no es incorrecto sacar conclusiones «a posteriori» de las expectativas que se atribuyen al «hombre medio» a la hora de establecer la capacidad del autor concreto, «ya que la responsabilidad de la persona adulta y sana mentalmente es una condición previa indispensable de cualquier orden social basado en la libertad». Apenas se puede expresar de un modo más claro que, sobre la base de un poder actuar de un modo distinto, no empíricamente constatado, sino normativamente «determinado», de lo que se trata es de la «responsabilidad» político-criminal a la que debe reconducirse de un modo completamente general la culpabilidad en su contenido material.

Todavía de un modo más contundente lo ha formulado Krümpelmann en su comunicación a las Jornadas de Profesores de Derecho Penal celebradas en Göttingen en 1975 (43): «La culpabilidad, en el sentido del concepto general de culpabilidad, pierde el momento del reproche ético individual. El reproche significa que el autor no ha correspondido a las expectativas sociales de conducta dirigidas a la persona media, pero no el juicio de que hubiera podido actuar mejor. Su castigo se convierte en medio para un fin: apelar a la responsabilidad de la comunidad.» Pero junto a este aspecto preventivo general del concepto de capacidad de culpabilidad, también su componente preventiva especial encuentra una expresión verdaderamente radical en Bockelmann (44) cuando dice:

para poder actuar de otro modo, a pesar de su «indemostrabilidad»; por eso, dice, «debe mantenerse un concepto de culpabilidad determinado de este modo».

(42) Como nota 40, 321.

(43) «Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreform vom 4 Juli 1969», en ZStW, t. 88, 1976, páginas 6, 30.

(44) «Allg. Teil», 2.* ed., p. 111.

«Anormales... son aquellas... personas que no son idóneas para ser tratadas conforme a los métodos del sistema penitenciario (incluso conforme a los métodos de un sistema penitenciario dirigido exclusivamente a la resocialización), porque necesitan una educación o terapia especial o, si el caso así lo requiere, adicional. La ley, al deducir de la necesidad del empleo de formas específicas de prevención especial la falta o la disminución de necesidades represivas, declara a estas personas como incapaces de culpabilidad o con una capacidad de culpabilidad disminuida.»

No es éste el lugar de analizar en concreto el alcance de tales declaraciones o, incluso, la necesidad de revisarlas. No obstante, me parece imposible que tales conocimientos, logrados en la vanguardia de la polémica con los conocimientos de las ciencias empíricas, puedan ser simplemente escamoteados por «profesiones de fe» en favor de una concepción de la capacidad de culpabilidad no contaminada por la prevención. La misión de la dogmática es, por el contrario, precisamente tomar en serio estos conocimientos y hacerlos fructificar en la reelaboración jurídica de la categoría de la responsabilidad (45). En esto, todavía estamos empezando. Pero es ya evidente que una distinción terminológica entre causas de exculpación y causas de exclusión de la culpabilidad no puede servir de apoyo para una completa desconexión entre las consideraciones finalistas político-criminales y el grupo de casos citado en último lugar. Y, por tanto, tampoco es cierta la objeción según la cual ciertamente la falta de culpabilidad deja sin objeto la necesidad preventiva, pero que las necesidades preventivas, por su parte, no tienen influencia en la constatación de la responsabilidad. Más bien se puede decir que, en la capacidad de culpabilidad, el punto de vista preventivo impone su valor de una forma más compleja que en los restantes presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal. Pues en éstos se pueden separar claramente los elementos correspondientes a la culpabilidad y a la prevención: se determina,

(45) Totalmente de acuerdo con ello Stratenwerth, como nota 9, páginas 42 y sigs.

primeramente, el poder actuar de otro modo —si bien con dificultad (en el sentido de las expectativas normativas que se dirigen a una persona sana)—, constatando, así, una culpabilidad (aunque atenuada), y, sin embargo, se exculpa, si el caso así lo requiere, en consonancia con las reflexiones basadas en los fines de la pena que sirven de fundamento a la respectiva causa de exculpación. En cambio, en las situaciones del § 20, StGB, se produce, junto a la mayor dificultad de investigaciones empíricas seguras, también una situación jurídica mucho más complicada. Aquí deben distinguirse diferentes constelaciones:

aa) Desde el punto de vista jurídico, los casos más fáciles son los tradicionales, únicos tenidos en cuenta por la dogmática jurídico-penal, en los que (como, p. ej., en una locura manifiesta) es claramente constatable (también desde el punto de vista de quienes afirman, por principio, la libertad de voluntad) la falta de un poder actuar de un modo distinto; así que aquí, de hecho, no existe necesidad de prevención jurídico-penal ni tampoco responsabilidad, sólo porque falta la culpabilidad.

bb) A ello se añade una amplia escala en abanico de las desviaciones de la norma, para las que vale lo que Venez-laff (46) ha dicho recientemente sobre la capacidad de culpabilidad en general; esto es, que su afirmación o negación no es «un problema médico definible o comprensible con el método científico-natural», sino que «su existencia o no existencia... sólo indirectamente puede deducirse de constataciones psicopatológicas, psicodinámicas o sociográficas, con una zona más o menos amplia de inseguridad». Esta zona de inseguridad se expresa ya en el tenor literal de la ley con giros en forma de cláusulas generales como «perturbación profunda de la conciencia» o «grave anomalía psíquica», que se rellenan en la praxis con los criterios de tipo preventivo general y especial antes aludidos; así que aquí ya el concepto de culpabilidad mismo (en el sentido del concepto de culpabilidad general o social, único verificable), y no sólo una responsa-

(46) ZStW, t. 88, p. 64.

bilidad que hay que separar de él, se determina por finalidades político-criminales (47).

ce) Pero todavía hay, finalmente, un tercer grupo que se presenta más bien como paralelo de los casos de los §§ 17, 33 y 35, StGB, dentro del cual constituye un ejemplo especialmente gráfico el muy discutido problema de las «situaciones emocionales psicológicas normales». Cuando la jurisprudencia se inclina por exculpar más en los casos de situaciones de arrebato no culpables que en las provocadas culpablemente (48), esta extendida tendencia de apoyar la responsabilidad del «perverso» delincuente pasional en una culpabilidad por la conducción de vida derivada de la génesis de la situación pasional es probablemente, como dice Stratenwerth (49), sólo un «artificio difícilmente disimulable para conciliar de un modo apenas suficiente las necesidades preventivas con la idea de culpabilidad». Más todavía se aproxima la idea de que de un modo más o menos consciente, se parte de que en los delitos pasionales — independientemente de la cuestión del poder actuar de un modo distinto— es posible, en principio, una imputación de culpabilidad entendida en el sentido de un concepto «general» o «social» de la culpabilidad, porque el autor permanece por debajo de las expectativas sociales que, en tal situación, se establecen para la «persona media». La persona sana debe dominar sus pasiones hasta el punto de abstenerse de matar a otras personas. No obstante,

(47) Krümpelmann observa expresamente (ZStW, t. 88, 1976, p. 34) que sus conocimientos llevan «cerca de la propuesta de Roxin de abandonar el contraste entre culpabilidad y política criminal y comprender el concepto de culpabilidad o responsabilidad como un concepto de correlación de una política criminal materialmente correcta y segura desde el punto de vista del Estado de Derecho». Y cuando observa (Iug. cit., p. 34, nota 103) que «no es necesaria en el sentido del texto una contraposición entre función fundamentadora y otra limitadora de la pena», acierta plenamente en **este** punto.

(48) Sobre la problemática extraordinariamente complicada cfr. en concreto los trabajos de Geilen: «Zur Problematik des schuldausschliessenden Affekts», Festschrift Maurach, 1972, pp. 173-195; Rudolphi: «Affect und Schuld», en «Festschrift Henkel», 1974, pp. 199-214; Krümpelmann: «Motivation und Handlung im Affekt», en «Festschrift für Welzel», 1974, pp. 327-341. (Algo similar sucede en la jurisprudencia española, cfr. lo dicho supra en la introducción a este libro, nota 29.)

(49) Como nota 9, p. 44 (por lo demás, también en referencia al problema del error de prohibición y la imprudencia).

debe concederse el perdón exculpante cuando el autor es una persona de un comportamiento impecable, a la que la víctima maltrataba con reiteradas vejaciones y con actos de crueldad mental (50); ya que, en tales casos, en los que de todos modos no hay motivo para ninguna acción de tipo preventivo especial, la absolución (al contrario de lo que sucede en las situaciones pasionales provocadas culpablemente por el autor) no produce esa impresión de conmoción jurídica que, en otras ocasiones, hace aparecer como indispensable, por razones de prevención general, una sanción penal (51). Es seguramente digno de reflexión el que sean precisamente psiquiatras, como Witter, Hadamick, Bresser, de Boor, quienes se pronuncien por «excluir completamente del § 51 (hoy 20), la exculpación de los delincuentes pasionales y remitir el problema a la no exigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad supralegal» (52).

Con estas explicaciones debemos darnos aquí por satisfechos. En todo caso son suficientes para demostrar que el aspecto político-criminal del concepto de culpabilidad aparece en la dogmática jurídico-penal de un modo distinto. Su integración correcta en la categoría superior de la responsabilidad es un trabajo que mayormente está todavía por realizar. Su total negación es, sin embargo, a la vista de los fenómenos ya existentes, un doctrinarismo (53).

(50) Este fundamento es especialmente claro si se lee con detenimiento el análisis de la sentencia que hace Geilen: «Maurach-Festschrift», pp. 185 y siguientes. Geilen habla de «una característica de la relación autor-víctima que aparece casi como un cuadro en blanco y negro» en la fundamental sentencia BGHSt 11, 20 (26); el significado jurídico-político de los esfuerzos que se observan en la sentencia por favorecer al reo se comprende si se parte de las consideraciones expuestas en el texto.

(51) Al atender al tenor literal a la libertad de acción «en el momento de la comisión del hecho», todas las diferenciaciones deparan, sin embargo, enormes dificultades a la hora de fundamentarlas, y ello independientemente de cuál sea la causa en la que se apoyen. A pesar de ello, debe tenerse en cuenta que los conceptos de «capacidad» o, en su caso, de «incapacidad», ante la dificultad de una exacta diferenciación empírica, ostentan desde un principio, imperativamente, un aspecto normativo. A quien en una situación extrema no puede exigírsele que se comporte de un modo distinto, se le supone que tampoco *era capaz* de hacerlo.

(52) Geilen: «Maurach-Festschrift», p. 186, nota 41.

(53) Aunque sea de un modo marginal merece la pena destacar que un

4. Tras este doctrinarismo no se esconde, sin embargo, un conservadurismo obstinado, cerrado por principio a todo nuevo conocimiento, sino la ética del Estado liberal de Derecho: el miedo a que se elimine el efecto protector del principio de culpabilidad o se le irroguen perjuicios si la culpabilidad no sirve para limitar la facultad de intervención estatal regida por consideraciones preventivas, sino que se anule en una categoría de la responsabilidad acuñada desde el punto de vista político-criminal, cuyos límites se determinan también incluso por consideraciones finalistas (54). El principio aparentemente férreo de Liszt: «El Derecho Penal es la infranqueable barrera de la Política criminal» (55), impide a la dogmática, frecuentemente todavía hoy, hacer fructíferos los conocimientos político-criminales en la interpretación del Derecho vigente en la medida que sería necesario (56).

Con ello se desconoce, sin embargo, lo que anteriormente (II, 1) se puso ya de relieve en relación con los §§ 33, 35, StGB; que la concepción aquí propuesta no abandona el concepto de culpabilidad y que no limita menos el poder pu-

partidario del principio de culpabilidad tan decidido como Arthur Kaufmann, ya en 1961 se refirió de forma fundamental a «los límites de realización del principio de culpabilidad» («Das Schuldprinzip», 1961, 2.ª, 1979, pp. 212 y siguientes). Algunas conductas punibles, como la imprudencia inconsciente, sólo se pueden compaginar, desde un principio, con el principio de culpabilidad a través de una consideración generalizadora que incluya las necesidades preventivas.

(54) Cfr., p. ej., en polémica con mis tesis, Hirsch: «Leipziger Kommentar», 9.ª ed., núm. marg. 157, antes del § 51: «En la crítica que se hace al "Derecho Penal de culpabilidad" se olvida fácilmente la función limitadora que el requisito de la culpabilidad tiene en Derecho Penal»; Zipf, ZStW, t. 89, 1977, p. 711: «Sólo cuando se contraponen la culpabilidad como algo distinto a los fines de la pena, puede cumplir de un modo óptimo la función de limitar los fines de la pena.» Schöneborn, ZStW, t. 88, 1976, p. 362: El principio de culpabilidad debe, como «principio regulativo del Estado de Derecho», emplearse «en toda su importancia»; Zipf, ZStW, t. 89, 1977, p. 711: «Sólo cuando se contraponen la culpabilidad como algo distinto a los fines de la pena, puede cumplir de un modo óptimo la función de limitar los fines de la pena.» Schöneborn, ZStW, t. 88, 1976, p. 362: El principio de culpabilidad debe, como «principio regulativo del Estado de Derecho», emplearse «en toda su importancia» contra la necesidad preventiva. Sobre el trasfondo psicossociológico del principio de culpabilidad, Haffke, MSchKrim, 1975, pp. 246 y sigs.

(55) «Aufsätze und Vorträge», t. II, p. 61.

(56) Cfr. sobre los aspectos fundamentales de esta problemática mis escritos: «Franz v. Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs», en «Strafrechtl. Grundlagenprobleme», pp. 32 y sigs. («Problemas básicos...», pp. 37 y sigs., 61 y sigs.); «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 2.ª ed., 1973 («Política criminal y sistema de Derecho Penal», Barcelona, 1972).

nitivo, sino más que la concepción tradicional. No se trata de castigar a pesar de la comprobación de la imposibilidad de actuar de un modo distinto; sino, por el contrario, de poner en claro que las necesidades preventivas, en muchos casos a pesar de la existencia de la culpabilidad, no reclaman una sanción penal.

Cuando se desconoce esta intención (o incluso se la tergiversa en la polémica), ello se debe a la fuerte inercia de la concepción tradicional que, tras una política criminal orientada en los fines de la pena, sólo ve un desatado celo por castigar, que ha de ser frenado enérgicamente por el baluarte del principio de culpabilidad (57). En realidad, la teoría dialéctica de la pena, que desde mi primer trabajo sobre el tema (58) me he esforzado en poner de relieve y que considero, en sus consecuencias, como el paso político-criminal más necesario actualmente a partir de Liszt (59), debe tener plena vigencia dogmáticamente en el marco de la categoría de la responsabilidad: política criminal e idea de culpabilidad deben ser traídas en una síntesis en su influencia recíproca y en su coetánea limitación; en tanto que, por un lado, ciertamente la culpabilidad impone límites al abuso político-criminal del poder punitivo, pero también, por otro lado, una política criminal orientada en los criterios de lo preventivamente indispensable impide que un comportamiento sea castigado tan sólo por su culpabilidad. De esta manera se produce, a pesar de o más bien precisamente por la entrada de

(57) Cfr. al respecto mi polémica con Stratenwerth, en la 2.^a ed. de «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», p. 45. Cuando Stratenwerth cita ahora (como nota 9, en nota 76) con satisfacción la observación de Krümpelmann (ZStW, t. 88, 1976, p. 34, nota 104), según la cual con un concepto de responsabilidad referido a consideraciones de los fines de la pena «se acabaría rápidamente... con el tan difícil problema de la culpabilidad en los delincuentes pasionales», está imputando a la Política criminal también aquí una idea que ve en el castigo *más* amplio posible la más inteligente solución. Pero las sentencias citadas en la nota 50 muestran en realidad que los tribunales muchas veces preferirían precisamente absolver por razones político-criminales.

(58) «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», JUS 1966, pp. 377 y sigs. (ahora en «Strafrechtliche Grundlagenprobleme», p. 1-29) («Problemas básicos...», pp. 11-36).

(59) Sobre ello detenidamente en «Strafrechtl-Grundlagenprobleme», páginas 58-70 («Problemas básicos...», pp. 59-69).

los aspectos político-criminales en el concepto sistemático de la responsabilidad, un grado de limitación de la pena por los principios del Estado de Derecho (60) mayor de lo que pueda garantizar un aislado principio de culpabilidad.

Ciertamente, la eficacia protectora del principio de culpabilidad se debilita allí donde la capacidad de culpabilidad en el sentido del § 20, StGB, desde un principio no puede ser determinada sin ayuda de elementos político-criminales (confróntese supra II, 3, b, bb). Pero esto no es una especialidad de la teoría aquí mantenida, sino la consecuencia, igualmente necesaria para cualquier concepción, de la inseguridad que inevitablemente reina a la hora de determinar empíricamente el poder actuar individualmente de otro modo. Tanto más confuso es el conocimiento, tanto menor, conforme a la naturaleza de las cosas, es su eficacia protectora. Por eso, es tanto más importante no comprender el problema de la limitación de la pena exclusivamente como función del principio de culpabilidad, sino igualmente también como firme elemento integrante de la finalidad político-criminal.

Por lo demás, la eficacia protectora del principio de culpabilidad en la determinación de la culpabilidad como fundamento de la pena es sobrevalorada en demasía por aquellos autores que, por razones inspiradas en el Estado de Derecho, se niegan a reconocer la relevancia de los puntos de vista político-criminales en el marco de la categoría de la responsabilidad. Si se puede constatar que alguien — por las razones que sean—, cuando cometió el hecho, era incapaz «de comprender el injusto de ese hecho o de actuar conforme a ese conocimiento», difícilmente se podrá mantener la opinión, dado el estado cultural alcanzado en el presente, de que sea necesario desde el punto de vista político-criminal un castigo y que éste no se impone sólo por imperativos del principio de culpabilidad, pues también en estos casos falta desde un principio, considerando los aspectos político-criminales, la necesidad de la pena.

La función específica, hoy todavía eficaz e importante, del principio de culpabilidad consiste en **limitar la magnitud de**

(60) ¡Y al mismo tiempo por los principios **del Estado social!**

la pena. Si de ello se derivan objeciones contra la inclusión de criterios preventivos en la categoría de la responsabilidad, ello se debe a que se le presta demasiada poca atención a la distinción entre culpabilidad como fundamento de la pena y culpabilidad (como elemento) en la determinación de la pena. Ambos conceptos tienen un sustrato material absolutamente diferente y plantean problemas diferentes también.

5. El principio de culpabilidad y una razonable política criminal convergen, por tanto, en la conclusión de que es absurdo castigar a alguien que no es motivable por las normas. De ello deduzco un argumento adicional para la discutible y, en mi opinión, única válida tesis de que el problema de la libertad de voluntad y de la culpabilidad basada en ella, que, por su insolubilidad, ha agravado durante mucho tiempo la discusión en Derecho Penal, puede dejarse tranquilamente a un lado (61), y que, tanto deterministas como indeterministas, agnósticos como «confesores», pueden, con igual buena conciencia, pisar el suelo de una concepción de la responsabilidad fundada en la política criminal. Quien quiera aferrarse al concepto de culpabilidad en el sentido de una libertad individual de elección, puede hacerlo porque entenderá la falta de capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas por parte del autor, como síntoma de la inexistencia de una libertad de elección. Quien trabaje en un concepto «general», «social» de culpabilidad, tal como se concibe en el mundo fenoménico, debe entender la forma distinta que se refleja en la ausencia de motivacionalidad por la norma, como desviación del poder medio y, con ello, como exclusión de la culpabilidad. Y quien, finalmente, cree tener que rechazar totalmente el concepto de culpabilidad por sus implicaciones metafísicas, deberá negar, no obstante, la responsabilidad del autor, cuando, *por* razones de prevención general y especial, no es preciso castigar a alguien que no tiene capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas. Y puesto que ahora la culpabilidad es, si se sigue mi teoría, sólo un mo-

(61) También Bockelmann (ZStW, la cuestión de la imputabilidad humana, puede ser resuelta en lo fundamental... blema de la libertad de voluntad».

t. 75, 1963, p. 384) destaca «que tal como se plantea en Derecho Penal, sin tener que enfrentarse con el pro

mentó parcial en el marco de una categoría superior: la responsabilidad, esta categoría puede quedar también excluida desde cualquiera de los dos puntos de vista aquí indicados: bien por ausencia de las necesidades preventivas, bien por falta de culpabilidad. La discusión sobre la cuestión de la posibilidad, constatación y naturaleza de la culpabilidad no es, por tanto, decisiva para el resultado en el marco de la fundamentación de la pena.

Esta idea, aunque sólo ha sido expuesta como consideración auxiliar, ha encontrado en parte una fuerte oposición (62). Empecemos con la prevención especial. En este sentido dice Stratenwerth (63) que, por lo menos desde el punto de vista de la prevención especial, entendida como «seguridad de la comunidad frente al delincuente peligroso», puede estar indicado un castigo a pesar de la falta de culpabilidad. Y que tampoco el esfuerzo por la resocialización supone en modo alguno culpabilidad, porque la falta de culpabilidad puede deberse a déficit en la personalidad del autor que pueden ser corregidos plenamente con un tratamiento en el establecimiento penitenciario (o también por una pena que sirva de advertencia). Complementariamente, indica Burkhardt (64) que «sanciones en su más amplio sentido (pena, represión, desaprobación) o, en su caso, la amenaza de tales sanciones, también pueden influir la conducta futura de niños incapaces de culpabilidad en el sentido del § 19, StGB, e incluso de animales».

Fácilmente se observa que reina aquí un mal entendido sobre el concepto de pena. Ambos autores parten claramente de que toda «actuación» que tienda a asegurar la sociedad o a un resultado individual puede ser calificada como «pena»

(62) En el sentido del texto, sin embargo, penetrantemente Noli: «H. Mayer-Festschrift», p. 225: Cuando falta la capacidad de reaccionar a las exigencias normativas «no sólo es injusto, sino también absurdo, desde el punto de vista de la finalidad preventiva, castigar al autor»; en la misma línea, Gimbernat: «Henkel-Festschrift», pp. 161 y sigs., al que ya me he referido en el «Henkel-Festschrift», p. 186. Sobre otras concepciones, en Bentham, Simmel y en la «antigua doctrina del Derecho Penal», muy interesante Burkhardt, GA 1976, pp. 323 y sigs.

(63) Como nota 9, pp. 35-36.

(64) Como nota 9, p. 336.

en sentido jurídico; y naturalmente tienen razón desde el punto de vista de estas premisas. Pero si, como aquí ocurre, se argumenta sobre la base del Derecho vigente, debe distinguirse evidentemente entre penas y medidas de seguridad y corrección (pues sólo desde esta base tiene sentido la cuestión, ya que la independencia de la culpabilidad de las medidas no requiere ninguna explicación). Pena es, pues, la reacción necesaria desde el punto de vista preventivo a un comportamiento que, a pesar de que su autor posee la «capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas», infringe la norma penal (65) (si se considera esta «capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas» como el factor que fundamenta la «culpabilidad» o si se renuncia a una tal hipótesis, ésta es precisamente la cuestión que puede quedar a un lado, posibilitando la «exclusión de los problemas que lleva unidos»). Esto no es tampoco, desde el prisma de los aspectos preventivos, una determinación arbitraria, sino que descansa en la idea de la pena como una llamada normativa, sin la cual el concepto de pena debe ser abandonado y transmutado en el de medida. Si se ven así las cosas, no existe, en los ejemplos citados anteriormente, una necesidad de pena por razones de prevención especial, sino que lo adecuado es o una medida o renunciar a las sanciones penales. Aprovechando el ejemplo de Burkhardt: ciertamente se puede intentar educar a los niños con «penas» impuestas por los padres. Pero como los niños —por lo menos en la consideración generalizada que la ley establece ineludiblemente— no tienen la capacidad de reaccionar a las exigencias normativas que implica una pena, la ley excluye su responsabilidad. Por eso, nunca ha sido considerada la bofetada dada por un padre, jurídicamente, como una pena, sin perjuicio del tradicional uso del lenguaje, sino como una medida educativa propia del ámbito jurídico-familiar. Cuando, por otra parte, alega Stratenwerth el ejemplo de que también un error inevitable descansa en un «déficit de personalidad» y pregunta por qué no va a ser corregido este defecto con una privación de libertad o con una pena administrativa, hay que responder que en tal caso sólo hay dos po-

(65) Sobre ello, principalmente Noli, como nota 6, pp. 219 y sigs. (223).

sibilidades desde el punto de vista de los fines de la pena y que ambas excluyen la pena: o el «déficit» excluye la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas —por ejemplo, en la enfermedad mental—, y entonces debe imponerse una medida si existe una peligrosidad permanente del autor, ya que una pena privativa de libertad o una admonición carecen de sentido, precisamente porque presuponen la capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas. O el autor tiene esa capacidad y sólo en el caso concreto por un «déficit de personalidad» actúa erróneamente en una manera que hace aparecer su error como inevitable, según criterios jurídicos; y entonces tampoco es precisa una acción preventiva especial a través de una pena, porque se puede esperar de su posible motivación por la norma que en el futuro, el conocimiento del injusto, por el cometido sin querer, le impulsará a evitar este tipo de acciones.

Pero, ¿qué ocurre con la prevención general cuando resulta que el autor es incapaz de un modo general de orientarse en las normas penales? «¿Quién puede afirmar ya de un modo seguro que el castigo de anormales no puede ser útil para el mantenimiento de la confianza en el Derecho del círculo de destinatarios normales?», pregunta Schöneborn (66). Y también Burkhardt (67) dice: «pero incluso aunque se quisiera aceptar que la conminación penal y la pena no tiene ninguna eficacia frente a los incapaces de culpabilidad y a los que actúan en una causa de exculpación, ello no sería obstáculo para que el castigo de estas personas tuviera un efecto preventivo general en otras». El peso de estos argumentos se debe ver desde el fondo del hecho de que tenemos pocos conocimientos seguros sobre la eficacia preventiva general de las normas. Pero si esto es válido de un modo general, es fácil imaginar todo tipo de suposiciones cuya inexactitud no se puede demostrar exactamente. La política criminal no puede, sin embargo, apoyarse en hipótesis nada serias. Y de una hipótesis de esta clase se trata, cuando se piensa que con el castigo de los locos se puede llevar a cabo una eficaz prevención general.

(66) Como nota 9, p. 351.

(67) Como nota 9, p. 336.

Esto supondría que el legislador debería abandonar el concepto de pena, como una sanción apoyada en la capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas, y situar a los criminales en el mismo plano que los enfermos mentales. Una «pena» de este tipo para la enfermedad anularía el efecto so-ciopsicológico de la pena como llamada normativa y debilitaría de manera notable el efecto preventivo general, que no se apoya en una especie de amaestramiento intimidativo, sino en la influencia de la norma en la conciencia de responsabilidad del ciudadano. En verdad, las personas definidas socialmente como «normales» están orgullosas de su «normalidad» y, de una manera que, desde el punto de vista sociopsicológico, ni siquiera siempre es totalmente poco problemática, piensan en su «diferenciación» frente a los «anormales»: el normal no toma como ejemplo el hecho de un enfermo mental y, por eso, no existe una razón preventiva general para castigar personas que, según el Derecho vigente, se consideran como no responsables. Como ha dicho acertadamente Gimbernat (68): «la impunidad del enfermo mental en ninguna manera debilita la eficacia inhibitoria de la pena frente a los "imputables": éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que ellos sí van a ser castigados si hacen lo mismo que el delincuente perturbado psíquicamente». No creo que la opinión contraria, que tampoco Schöneborn y Burkhardt hacen suya, sino que sagazmente presentan sólo como cuestión a tener en cuenta, pueda mantenerse todavía hoy desde el punto de vista político-criminal (69).

(68) «Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit», en «Henkel-Festschrift», 1974, pp. 151-169 (162-163) (publicado en castellano con el título: «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», en ACJ 1971, pp. 265-288, y recogido posteriormente en «Estudios de Derecho Penal», Madrid, 1976, pp. 83 a 106; las páginas citadas corresponden a la p. 100 de esta última obra).

(69) La referencia que hace Burkhardt a la doctrina americana de la Strict-liability (como nota 9, pp. 337-338), que en algunos delitos admite, por razones «pragmáticas», también el castigo de hechos inculpables, no es ninguna prueba en contra. Pues, en primer lugar, también en América es criticada dicha doctrina, y, en segundo lugar, la dogmática americana ha conservado, **como** se sabe, algunas peculiaridades que deben ser consideradas, a la luz de un moderno Derecho Penal, como arcaísmos.

De otra forma intenta Stratenwerth (70) demostrar que es «evidentemente falsa» la idea «de que la pena presupone culpabilidad ya por razones de prevención general», idea en la que se basa también la posibilidad de apoyar la exclusión de responsabilidad en la ausencia de una necesidad general preventiva de la pena. Si, en efecto, como yo mismo he acentuado, la constatación de la capacidad de culpabilidad requiere «una cierta generalización normativa, orientada en las exigencias del ordenamiento jurídico», «la falta de culpabilidad no puede excluir las necesidades preventivas generales». «Son más bien los criterios de prevención general los que influyen, precisamente a la inversa, en la decisión de si se admite que el autor ha sido incapaz de cumplir la norma». Este argumento, inatacable desde el punto de vista lógico y ciertamente agudo, no es, por eso, menos incorrecto. Pues, efectivamente, es cierto que influencias preventivas generales, como ya se ha expuesto anteriormente, determinan en los casos límites ya el enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad. Cuando esto sucede, tiene también razón Stratenwerth: la falta de culpabilidad no excluye entonces la necesidad preventiva, sino que ésta misma es un factor determinante a la hora de afirmar o negar la culpabilidad. Pero de ello no se deduce lo que Stratenwerth desearía demostrar y coloca como postulado de advertencia al final de su deducción (71): «Si hay que atribuir al principio de culpabilidad una significación autónoma, por lo menos todavía como correctivo frente a necesidades preventivas, no se puede reconducir dicho principio precisamente a las necesidades de prevención, sino que debe apoyarse en relaciones materiales.» Donde efectivamente, y ésta es precisamente también la tesis de Stratenwerth (72), no puede llevarse a cabo limpiamente la separación entre culpabilidad y prevención general en el marco del § 20, StGB, queda «debilitada» por la naturaleza de las cosas la eficacia del principio de culpabilidad como «correctivo» (cfr., para más detalles, supra II, 4). Pero la invocación de la función protectora del principio de culpabilidad no puede evitar el dato, que no se

(70) Como nota 9, p. 30. (71) Como nota 9, p. 31. (72) Como nota 9, pp. 12 y sigs.

encuentra en la tesis mía, combatida por Stratenwerth, sino en el asunto mismo, de que cuando falta la culpabilidad falta también la necesidad preventiva general, ya que ésta ha sido también tenida en cuenta a la hora de constatar la culpabilidad. Pero, en tanto la incapacidad de culpabilidad, como falta de capacidad para reaccionar ante las exigencias normativas, pueda ser constatada de una manera libre de valoración desde el punto de vista político-criminal y de un modo puramente psiquiátrico —y sucede esto indudablemente en el núcleo de las «perturbaciones psíquicas patológicas» (cfr. II, 3, b, aa)—, hay que seguir manteniendo sin reservas que un diagnóstico de este tipo, «apoyado en puras relaciones materiales», elimina la necesidad preventiva general de pena, como ya se ha expuesto con más detalle en la discusión de las tesis de Schöneborn y Burkhardt.

Tras todo lo dicho, se puede afirmar, en contra de **los** ataques de la crítica, la tesis de que cuando falta la culpabilidad también faltan las necesidades preventivas, general y especial, de una pena. Con ello, sólo se ha dicho —y nunca he dicho más (73)— que mis ideas sobre la categoría sistemática jurídico-penal de la responsabilidad también puede ser aceptada todavía por aquellos autores que, a la hora de fundamentar la pena, quieren renunciar a una «profesión de fe» sobre la libertad de voluntad o incluso prescindir totalmente del concepto de «culpabilidad», siempre que, eso sí, mantengan por lo menos la doble vía y la «capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas» como presupuesto de la pena. Con ello se demuestra que el reproche de irracionalidad, que a veces se hace al Derecho Penal de la culpabilidad, no puede formularse contra la concepción aquí mantenida. Pero al mismo tiempo, existe también en ella un distanciamiento frente a exigencias más ambiciosas: el abandono **del** sistema de la doble vía y su sustitución por un puro derecho de medidas serían **incompatibles** con la concepción aquí de-

(73) Stratenwerth, como nota 9, p. 22, opina, en relación con la cuestión discutida anteriormente, que en mi tesis «la función del principio de culpabilidad... aunque sea relevante, queda poco clara en un punto decisivo». La suposición de un tal «falta de claridad» se sugiere comprensiblemente por el carácter hipotético de mis consideraciones.

fendida, y tampoco puede serlo desde un principio porque son postulados exclusivamente político-criminales, mientras que mi intención es sólo demostrar, a partir del Derecho vigente, el aspecto político-criminal de la categoría de la responsabilidad y estimular su elaboración dogmática.

Por otra parte, con la tesis de que los problemas de conocimiento teórico de la idea de culpabilidad pueden ser eliminados en la dogmática de la fundamentación de la pena (74), no se afirma que sea necesario, o también sólo útil, renunciar en la dogmática del Derecho Penal al concepto de «culpabilidad» como «poder actuar de un modo distinto». Yo mismo no he hecho uso de esta posibilidad teórica (expuesta en II, 5) a la hora de exponer y defender mi propia concepción (II, 1-4), y opino que hay tres razones que aconsejan seguir manteniendo el concepto de culpabilidad:

Primera: Porque si se quiere seguir progresando en este tema, es conveniente seguir manteniendo una terminología ya conocida (75).

Segunda: Porque la idea básica, relativamente sutil, de que las necesidades preventivas por un lado desempeñan un cierto papel en algunos casos en el juicio de culpabilidad, pero que, por otro lado, en otras muchas constelaciones cuando se debe imponer una pena, estas necesidades deben añadirse todavía a la culpabilidad, pone claramente de relieve que culpabilidad y prevención no son iguales, sino cosas, en principio, distintas y que la culpabilidad debe entenderse como presupuesto de una responsabilidad configurada preventivamente.

Tercera: Porque finalmente, de acuerdo con la voluntad

(74) Este es también el descubrimiento al que ha llegado Achenbach (como nota 2, pp. 6 y sigs.), aunque utilizando un camino distinto, como es el histórico-dogmático. Esta postura es criticada también por Stratenwerth en su recensión a este libro (ZStW, t. 87, 1975, pp. 949 y sigs.). Sin embargo, debe destacarse que aquí él mismo opina que se debería «considerar seriamente» la renuncia a un término tan equívoco como el de «culpabilidad».

(75) Por las razones que sean, también, p. ej., las formulaciones, actualmente tan en boga, de los conocimientos jurídico-penales en el lenguaje de la teoría de los sistemas sirven ciertamente para iniciar la discusión con los sociólogos, pero no para la penetración de tales ideas en el ámbito del Derecho Penal.

del legislador, expresada en el § 46, StGB (*), a la hora de determinar la magnitud de la pena no puede renunciarse a la orientación en la «culpabilidad», así que este concepto suministra el necesario puente entre fundamentación y determinación de la pena.

III. Ahora pasamos a ocuparnos de la culpabilidad en la determinación de la pena. Desde un punto de vista lógico-jurídico, la culpabilidad en la determinación de la pena está relacionada con la culpabilidad como fundamento de la pena, ya que una pena cuya «magnitud» y «grado» se determina esencialmente por la culpabilidad presupone, en primer lugar, la fundamentación de esta culpabilidad. Pero por lo demás, el concepto de culpabilidad en la determinación de la pena es en su sustrato material ampliamente independiente de la culpabilidad como fundamento de la pena (76). En la culpabilidad como fundamento de la pena se trata de si el autor debe ser castigado, es decir, de cuestiones como las siguientes: ¿pudo el autor actuar de otro modo?, ¿es necesario por razones preventivas sancionar penalmente su comportamiento? Los elementos de los que se deriva una respuesta afirmativa no se pueden, sin más, «extender» hasta el punto de que pueda leerse en ellos la magnitud de la culpabilidad. Esta magnitud depende más bien de circunstancias en parte completamente distintas, como se desprende ya del § 46, párr. 2.º, StGB (*), y del hecho de que la teoría de la determinación de la pena haya evolucionado hasta convertirse en una disciplina

(*) El § 46, StGB, dice, en efecto, que «la culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena», de aquí la postura de Roxin de mantener este término por razones de terminología legal; cfr. supra p. 115. (Nota del Traductor.)

(76) Sobre ello, básicamente Achenbach, como nota 2, pp. 3 y sígs., 10 y siguientes.

(*) El § 46, 2, StGB, después de haberse declarado en el párr. 1 que la culpabilidad es el fundamento de la determinación de la pena (cfr. nota anterior del traductor), indica que el Tribunal compensará las circunstancias favorables y contrarias al reo consideradas especialmente: «los motivos y fines del reo, la actitud que se deriva del hecho y la voluntad empleada en él, el grado de infracción del deber, la clase de ejecución y los efectos culpables del hecho, la vida del reo anterior a la comisión del hecho, sus circunstancias personales y económicas, así como su comportamiento tras el hecho, especialmente sus esfuerzos para reparar el daño causado»; cfr. supra p. 115. (Nota del Traductor.)

científica autónoma. De ello se deduce, en relación con nuestro tema, que los conocimientos sobre la relación entre culpabilidad y prevención que rigen para la fundamentación de la pena en el marco de la categoría de la responsabilidad, no pueden ser transferidos sin más a la culpabilidad como elemento de la determinación de la pena. La función del principio de culpabilidad en la determinación de la pena no es la misma que en su fundamentación, sino que requiere un análisis absolutamente peculiar.

Lo que de todo esto se deduce sobre la relación entre culpabilidad y prevención sólo puede ser aquí, por razones de espacio, delimitado esquemáticamente (77). Después de todo lo expuesto se puede decir que una determinación de la pena conforme al grado de culpabilidad sirve, por un lado, a finalidades preventivas; pero, por otro, impone a estas finalidades los límites que, desde el punto de vista del Estado de Derecho, son necesarios.

La pena adecuada a la culpabilidad en el sentido del § 46, StGB, es, ante todo, un instrumento de prevención general: la paz jurídica y la vigencia de las normas se aseguran, en opinión del legislador, del mejor modo, haciendo de la culpabilidad del autor «fundamento de la determinación de la pena» (§ 46, párr. 1.º, StGB), ya que una proporcionalidad sentida como justa entre culpabilidad y pena proporciona a la condena la posibilidad de un consenso en la comunidad jurídica y le asegura la autoridad, que es sumamente útil para el mantenimiento del ordenamiento jurídico (78). Con ello se pro-

(77) Me remito a tres trabajos míos ya publicados que desarrollan mi concepción en diferentes direcciones: «Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip», en MSchrKrim 1973 («Festheft Sieverts»), pp. 316-325 (también en «Straf recht und Strafrechtsreform», editada por Madiener, Papen-fuss, Schöne, 1974, pp. 281-291) (cfr. supra, p. 41); «Strafzumessung im Lichte der Strafzweck», en «Lebendiges Strafrecht», Festgabe Schultz, 1977, páginas 463-481 (también en «Pönetrie, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung», 1977, pp. 55-72) (cfr. supra, p. 93); «Prävention und Strafzumessung», en «Festschrift für Bruns», 1978, pp. 183-204 (cfr. supra, p. 115).

(78) Correctamente Bockelmann: «Allg. Teil», 2.ª ed., p. 216: «La prevención general bien entendida... no puede entrar en conflicto con el principio de que la pena debe ser adecuada a la culpabilidad.» En este sentido, también Noli: «H. Mayer-Festschrift», p. 224; Grünwald, ZStW, t. 80, 1968, pp. 89 y sigs.; Haffke, MSchrKrim 1975, p. 54.

duce entre magnitud de la culpabilidad y necesidad preventiva un efecto recíproco que requiere un análisis todavía más detenido: en cierto modo, la magnitud de la culpabilidad misma viene influida ya por la prevención general, ya que, al depender de modo relevante de la gravedad de la lesión del bien jurídico que, por su parte, se basa en el valor que ese bien jurídico tiene para la sociedad, el interés preventivo se convierte directamente en un factor determinante de la magnitud de la culpabilidad (79). Pero igualmente hay también circunstancias que se dan en la personalidad del autor y que son relevantes para el grado de culpabilidad que, por su parte, reducen la necesidad preventiva general: en los casos del § 21, StGB, p. ej., se acepta por la comunidad, dada la culpabilidad disminuida del autor, también una pena inferior (y no tanto porque se admita una disminución de la culpabilidad por una menor necesidad preventiva general). De todos modos, en su resultado final, la pena por la culpabilidad corresponde a las necesidades de una prevención general tendente a la integración y satisfacción. Pero de esto se deduce también una función preventiva especial de la pena adecuada a la culpabilidad (80): pues dado que el delincuente mismo es miembro de la comunidad jurídica, aceptará también por su parte aún mejor una pena sentida como justa por la comunidad y será sensible a su llamada. Pero, ¿cómo se aviene todo esto con la tradicional misión del principio de culpabilidad de poner límites, impuestos por el Estado de Derecho, a las finalidades preventivas a la hora de determinar la magnitud de la pena? Es, sin duda, el miedo ante la posibilidad de destruir la función protectora liberal del principio de culpabilidad lo que impide a muchos autores arrojar por la borda la idea de la retribución y reconocer la significación preventiva, absolutamente racional, de la pena por la culpabilidad

(79) Correctamente Noli: «H. Mayer-Festschrift», p. 230, que, por lo demás, *crea poder* determinar la magnitud de la culpabilidad exclusivamente de acuerdo con necesidades preventivas generales.

(80) Sobre la importancia de la pena adecuada a la culpabilidad desde el punto de vista preventivo especial, Arthur Kaufmann: «Das Schulprinzip», 2.^a ed., 1976, pp. 271 y sigs.; que recoge además el artículo publicado en JZ 1967, página 55.

como su fundamento teórico. Pero este miedo está injustificado. Pues una limitación frente a la descrita «prevención inte-gradora» y a sus efectos preventivos especiales concomitantes no es necesaria, porque esto es precisamente lo que quiere conseguir la pena por la culpabilidad. Pero, de acuerdo con la opinión aquí mantenida, el principio de culpabilidad limita también la prevención intimidatoria, cuya confusión con la prevención integradora ha dado lugar a muchos malos entendidos. Se puede hacer prevención general fortaleciendo con la satisfacción del sentimiento jurídico la conciencia jurídica general (prevención integradora); pero también se puede hacer prevención general, intimidando a los delincuentes con penas (intencionalmente elevadas) e intentando así apartarlos de la comisión de delitos (prevención intimidatoria). El mantenimiento del principio de culpabilidad significa una decisión de principio en favor de la prevención integradora, y sólo dentro de sus límites permite una prevención intimidatoria. Igualmente, el principio de culpabilidad limita naturalmente la duración de una acción de tipo preventivo especial; la libertad del ciudadano es para el legislador en los delitos «normales» (es decir, no necesitados de medidas) más importantes, que una excesiva duración de la pena para conseguir el tratamiento con éxito, tanto más cuanto el efecto resocializador de un grado de la pena sentida como justa por el delincuente puede compensar, en el caso concreto, la reducción de la duración del tratamiento.

Si se reconoce que la pena por la culpabilidad no recibe su sentido de la retribución, sino que es un instrumento de prevención y también que incluso en su magnitud viene determinada por necesidades preventivas, su eficacia protectora, consecuencia del Estado de Derecho, por cuya causa es irre-nunciabile, no se ve disminuida en lo más mínimo. El valor de este conocimiento no sólo radica en que se eliminan por su base los ataques que continuamente se dirigen contra el presuntamente «metafísico» Derecho Penal de la culpabilidad (metafísica es sólo la idea, que efectivamente debe ser abandonada, de una retribución libre de fin), sino también en que se deducen de él soluciones concretas para la praxis de la

determinación de la pena, que son, al mismo tiempo, más liberales y socializadoras que la anterior teoría.

De ello se deriva, en primer lugar, que la «teoría del margen de libertad» propugnada por la Jurisprudencia es, no sólo por razones pragmáticas, sino también teóricas, la correcta frente a la teoría de la «pena exacta». No existe un «punto preventivo integrador», sino desde un principio sólo un marco dentro del cual debe oscilar la pena para ser sentida por la comunidad y por el reo como adecuada (81). En contra de la opinión mantenida hasta la fecha por la doctrina y la praxis dominantes, este marco o margen de libertad sólo puede rellenarse con argumentos preventivos especiales. Pues cuando el § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, StGB, impone tener en cuenta, a la hora de determinar la magnitud de la pena, efectos preventivos especiales, y, en cambio, no dice nada de la prevención general, ello encuentra su más profunda fundamentación en la circunstancia de que los intereses preventivos generales son cubiertos completamente por la pena adecuada a la culpabilidad (y ciertamente, incluso ya, por una sanción que se sitúe en el mínimo de su marco) y no necesitan ser tenidos en cuenta ni siquiera para completar dicho marco. En cambio, es posible en algún caso excepcional imponer una pena inferior al grado mínimo del marco de culpabilidad, cuando la pena adecuada a la culpabilidad puede tener previsiblemente un efecto contrario a la socialización (82), ya que si la pena por la culpabilidad no tiene su origen en una férrea ley retributiva, sino en finalidades preventivas, se puede deducir del § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, StGB, sin reservas lo que la razón político-criminal aconseja: que debe aceptarse en el caso concreto una cierta pérdida de prevención general, cuando sólo

(81) Esto y lo que sigue se fundamenta detenidamente en mi aportación al Bruns-Festgabe, como nota 77.

(82) Y ciertamente hasta los límites de lo indispensable para la defensa del ordenamiento jurídico: cfr. con detalles Schultz-Festgabe, pp. 476 y sigs. Totalmente de acuerdo ahora, Lackner: «Neue Entwicklung in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis», en «Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft», Karlsruhe, 1978, Heft 36. En el mismo sentido también Bockelmann: «Allg. Teil», 2.ª ed., p. 218, que incluso, si se da el caso, quiere bajar hasta el límite mínimo de la pena. Igualmente de acuerdo Zipf: «Die Strafzumessung», 1977, p. 45.

de este modo se puede evitar el peligro de una desocialización del delincuente que, tanto desde el punto de vista individual como social, es mucho más perjudicial.

IV. Con ello llegamos al final. El complejo temario aquí tratado difícilmente se puede resumir en fórmulas. No obstante, si se intenta, se puede decir:

1.º) La problemática de la relación entre culpabilidad y prevención no se puede abordar depurando la culpabilidad de todos los elementos de los fines de la pena, para poder contraponer los conceptos en limpia antítesis. Antes bien, la culpabilidad, en tanto pueda ser constatada en la praxis forense, viene determinada en su contenido por criterios preventivos.

2.º) Pero tampoco se puede incluir en la culpabilidad, como se ha intentado recientemente invirtiendo las posiciones anteriores, todos los puntos de vista preventivos o sólo los preventivos generales, haciendo desaparecer con ello el carácter antinómico de culpabilidad y prevención (83).

3.º) Más bien se debe reconocer que el concepto jurídi-co-penal de culpabilidad contiene ciertamente en sí algunos aspectos preventivos, pero precisamente no otros, así que se producen, por ello, **recíprocas** limitaciones del poder punitivo que ocupan lugares distintos según se trate de la fundamen-tación o de la determinación de la pena.

4.º) Por lo que se refiere a la culpabilidad como fundamento de la pena, en numerosos casos deben añadirse todavía requisitos preventivos, para desencadenar una responsabilidad jurídico-penal. Con ello, el castigo del comportamiento culpable —en contra de la opinión tradicional— va a ser limitado precisamente por la necesidad preventiva, lo que desde el punto de vista dogmático jurídico-penal producirá consecuencias

(83) En este punto estoy de acuerdo con Burkhardt (GA 1976, página 341), que también emplea en la discusión un valioso material sacado de las investigaciones metaéticas de la filosofía analítica, tal como se usa en la bibliografía inglesa. Algunas de estas recientes investigaciones, importantes en este contexto y divergentes tanto en el planteamiento como en los resultados, que aquí no pueden ser analizadas más detenidamente, requieren todavía especial discusión. Cfr. sobre todo Ellscheid-Hassemer: «Strafe ohne Vorwurf», en «Civitas», Jahrbuch für Sozialwissenschaften, t. 9, 1970, pp. 27 y sigs.; Callies: «Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», 1974, páginas 179 y sigs. («Culpabilidad y pena»); Jackobs, como nota 8.

trascendentales, apenas vislumbradas todavía. En cambio, muchas veces se sobrevalora, a la inversa, el efecto protector limitador de la pena que tiene la culpabilidad frente a las necesidades preventivas, porque tampoco existen apenas argumentos, desde el punto de vista de la utilidad político-criminal, para castigar comportamientos no culpables.

5.º) Por lo que se refiere a la culpabilidad en la determinación de la pena, por otro lado aparece en primer plano el efecto limitador de la culpabilidad sin perjuicio de su congruencia con las necesidades de una prevención integradora motivada político-criminalmente; ya que con su graduación limita, en virtud de la libertad individual, cualquier tipo de prevención general intimidatoria y cualquier tipo de prevención especial dirigida al tratamiento. No obstante, también los apremiantes mandatos de la prevención especial limitan, a la inversa, el grado de la pena, en tanto, en contra de lo que sucede en la praxis, se puede imponer en el caso concreto una pena inferior a la correspondiente por el marco que viene previamente dado por la magnitud de la culpabilidad, cuando sólo de este modo puede evitarse el peligro de una mayor desocialización.

En estas todavía simplificadas tesis se han descrito problemas centrales tanto de la política criminal como de la dogmática del Derecho Penal material y de la determinación de la pena. Con frecuencia, se trata más de tareas que deben desarrollarse en trabajos futuros que de respuestas seguras que sólo pueden esperarse de ulteriores discusiones; del mismo modo, estas reflexiones sólo pueden servir para continuar la discusión que, desde hace muchos años, viene siendo especialmente viva en nuestra ciencia.

Desde hace más de cuarenta años esta discusión ha experimentado —como demuestra este trabajo— los más fructíferos impulsos gracias a Paul Bockelmann, el respetado homenajeado y colega münichés, al que dedico estos renglones con los deseos más cordiales de felicidad en su setenta cumpleaños.

CONCEPCIÓN BILATERAL Y UNILATERAL DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (*)

**SOBRE LA RELACIÓN ENTRE CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN
EN LA DOGMÁTICA JURIDICO-PENAL Y EN EL DERECHO
DE DETERMINACIÓN DE LA PENA**

I. La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad es el hallazgo más importante logrado por la ciencia alemana del Derecho Penal en la primera mitad de nuestro siglo. Actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico-penal y, con ello, una acción socialmente dañosa. Pero un tal comportamiento sólo es culpable cuando es reprochable a su autor, porque pudo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho. Igualmente es doctrina absolutamente dominante en la ciencia alemana del Derecho Penal, y se considera como algo casi evidente que, de acuerdo con la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, debe diferenciarse también entre causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad.

El Código penal alemán de 1871 no contenía esta distinción entre antijuridicidad y culpabilidad; como tampoco la conocen todavía otros muchos ordenamientos jurídicos vigentes en otros países. Sin embargo, la nueva parte general del Código penal de la República Federal Alemana, que entró en vigor el 1-1-1975, acoge ahora esta terminología científica distinguiendo claramente en los §§ 34, 35 entre estado de necesidad justificante y disculpante. También en el § 32 se dice

(*) Texto de la conferencia pronunciada por Claus Roxin en varias Universidades japonesas en otoño de 1979.

que «no es antijurídico» el hecho realizado en legítima defensa y, por otra parte, se califica en el § 20 expresamente el delito realizado en estado de enfermedad mental como cometido «sin culpabilidad». Poco a poco se ha ido imponiendo en la legislación alemana el concepto de culpabilidad. También el precepto relativo a la determinación de la pena (§46) hace del grado de culpabilidad el factor decisivo en la determinación de la magnitud de la pena.

II. Pero al mismo tiempo que se producía esta victoria del concepto de culpabilidad, se iba modificando también de un modo decisivo en la ciencia alemana del último decenio el contenido de lo que se entendía bajo el nombre de «culpabilidad». Punto de partida de esta transformación fue el cambio operado en las teorías de la pena. Hasta bien entrados los años sesenta dominaba en Alemania la teoría de la retribución, según la cual la pena supone, por un lado, la culpabilidad, pero, por otro lado, ésta, a su vez, también debe ser compensada (retribuida) por la pena. Así, p. ej., dice mi colega muniqués Arthur Kaufmann en su fundamental monografía «Das Schuldprinzip» (1961, 2.^a ed., 1976): «sólo de esta concepción bilateral del principio de culpabilidad, es decir, de que no sólo la pena tiene que corresponder a la culpabilidad, sino de que ésta también hace necesaria la pena, se deriva su carácter absoluto. Quien niegue que, en principio, a la culpabilidad debe seguir la pena, no puede reclamar el principio de culpabilidad como un principio absoluto. Quien afirme el principio de culpabilidad, debe consecuentemente afirmar también la necesidad de la pena por la culpabilidad, es decir, no puede por cualquier tipo de consideraciones utilitarias, negar la necesidad de pena, a pesar de la existencia de la culpabilidad» (p. 202). Kaufmann llega incluso a reclamar una vigencia absoluta, fundada en el Derecho natural, para la tesis de «que la pena tiene que corresponder a la culpabilidad, pero que también la culpabilidad exige en principio pena» (p. 208).

Esta concepción «bilateral» del principio de culpabilidad, que corresponde a la tradición dominante en Alemania desde Kant y Hegel, ha sido abandonada en los últimos años tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Existe ahora unanimidad en decir que la función del principio de culpabilidad

no es bilateral, sino unilateral. Es decir: La doctrina dominante en Alemania sigue manteniendo que la pena supone culpabilidad y que también es limitada en su magnitud por ella; pero no acepta ya que un comportamiento culpable exija siempre una pena. Más bien considera que el comportamiento culpable sólo debe ser castigado, cuando las razones preventivas, o sea, la misión del Estado de asegurar la convivencia en paz y libertad, hacen indispensable el castigo. También Arthur Kauffman dice ahora («Das Schuldprinzip», 2.^a ed., 1976, p. 276) «que la pena no sólo se justifica por la culpabilidad», sino que también debe ser exigida «por la protección de bienes jurídicos necesaria para la comunidad».

Me parece indiscutible la exactitud de la más moderna concepción «unilateral» del principio de culpabilidad. Quizá pueda ser cierto que razones religiosas o filosóficas exigen una compensación de la culpabilidad; ésta es una cuestión que debe ser debatida en las disciplinas que se ocupan de estos problemas. Pero lo que es seguro es que esta anulación de la culpabilidad no tiene por qué producirse por la pena pública, ya que ésta no es una institución divina o una idea filosófica. En una democracia pluralista no es misión del Estado decidir vinculantemente sobre cuestiones religiosas o filosóficas. La pena estatal es exclusivamente una institución humana creada con el fin de proteger a la sociedad y no puede, por consiguiente, ser impuesta si no es necesaria por razones preventivas.

III. Este presupuesto es, como se ha dicho, actualmente dominante de un modo general en Alemania. Pero todavía no se han extraído en todos los sectores de la ciencia del Derecho Penal las necesarias consecuencias. Sólo en la política criminal se ha impuesto esta idea ampliamente. Desde el Proyecto Alternativo (1966) constituye una exigencia fundamental del movimiento de reforma alemán el que una conducta sólo puede ser castigada, no ya, como opinaba el Proyecto oficial de 1962 por su inmoralidad culpable, sino sólo cuando ello sea necesario para la «protección de bienes jurídicos», es decir, cuando represente una lesión insoportable del orden social pacífico. Tras muchos años de discusión se ha adherido a esta concepción la legislación alemana y, en contra de lo que su-

cedía en el Derecho anteriormente vigente y de lo que se proponía en el Proyecto de 1962, se han despenalizado comportamientos tales como la homosexualidad, el celestinaje, la sodomía, la venta de objetos pornográficos, etc., en tanto que con ellos nadie es lesionado en su libertad y tampoco la comunidad es perjudicada. Ciertamente tales acciones son consideradas todavía por grandes sectores de la población alemana como inmorales y culpables; pero en tanto sean realizadas voluntariamente y en privado, no perjudican a la paz social y deben permanecer impunes.

Estos principios político-criminales, que entre 1960 y 1970 fueron en Alemania objeto de viva polémica, apenas son hoy todavía discutidos. Pero los problemas de la culpabilidad y de la protección a la sociedad no sólo desempeñan un papel importante en la política criminal, sino también en la dogmática de la teoría general del delito y en el derecho de la determinación de la pena. Por eso, el paso de una concepción bilateral a una unilateral del principio de culpabilidad también debe incidir en estos sectores. Sin embargo, todavía no se ha investigado y estudiado con seriedad científica esta incidencia. En lo que sigue me voy a ocupar de esta cuestión.

IV. Empiezo por la teoría general del delito. Normalmente se considera que los tres presupuestos de la pena son tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. El que la «culpabilidad» constituya ciertamente una condición necesaria pero todavía insuficiente de la pena, es una tesis que debe valer no sólo para la legislación, sino también para fundamentar la pena en el caso concreto. Si se examina el Código penal alemán en este sentido, se observa que también el legislador ha tenido en cuenta este criterio, aunque no haya sido consciente de ello. Así, p. ej., el nuevo § 35, StGB, contiene una regulación muy generosa del llamado estado de necesidad disculpante. En dicho párrafo dice su párrafo 1.º, apartado 1.º, lo siguiente: «Actúa sin culpabilidad quien, ante un peligro actual, no evitable de otro modo, para la vida, integridad física o libertad, realiza un hecho antijurídico para evitarse él mismo dicho peligro o para evitárselo a un pariente o a una persona allegada.» Si se tiene a la vista el amplio ámbito de aplicación de este precepto, se debe confesar que en la mayoría

de los casos el autor podría, esforzándose, evitar el comportamiento antijurídico. Como se ha puesto de relieve en todas las guerras, la persona puede arrostrar, si se le ordena, peligros para su vida y su integridad física. E incluso cuando el peligro afecta a un tercero allegado, se puede también omitir su salvación a costa de terceros, si la ley así lo exige. Si la culpabilidad consiste en que el autor ha realizado una acción antijurídica, pudiendo abstenerse de ello, es decir, pudiendo actuar conforme a Derecho, debería generalmente afirmarse la culpabilidad en los casos del § 35, pues es evidente que el autor en estos casos puede actuar de otro modo. El párrafo 1.º, apartado 2.º del § 35 demuestra claramente que el legislador alemán da por supuesto en estos casos la posibilidad de actuar de un modo distinto, al denegar la exculpación cuando el autor mismo había causado el peligro o cuando por razón de un deber jurídico especial tenía la obligación de sacrificarse. Con esta cláusula se demuestra que, al no poder exigir el legislador más de lo que es posible hacer, también para él puede darse, en principio, en las situaciones de estado de necesidad la capacidad de comportarse conforme a las exigencias del Derecho. Pero, si a pesar de ello, el legislador alemán declara exentos de pena, en el § 35, párr. 1.º, apart. 1.º, la mayoría de estos casos, ello no se debe, como indica el tenor legal, a la falta de culpabilidad, sino a otro tipo de razones. En mi opinión, estas razones no son otras que las razones preventivas que, en los casos previstos en el § 35, párr. 1.º, apartado 1.º, hacen innecesario el castigo. En estos casos no es necesario, desde el punto de vista preventivo especial, una actuación sobre el autor, ya que éste se encuentra socialmente integrado y sólo por la anormalidad de la situación ha sido impulsado a cometer el delito, no existiendo, por tanto, peligro de reincidencia. Tampoco las razones preventivas generales hacen necesaria una intimidación, ya que el ciudadano medio sólo en contadas ocasiones se encuentra en situaciones de estado de necesidad, por lo que no es preciso que sea intimidado. Por otra parte, tales situaciones, cuando se producen, son tan diferentes y repentinas que, de todos modos, no sería esperable ningún efecto intimidatorio de su castigo en otros casos.

Sin embargo, sí es necesaria la intimidación allí donde las situaciones peligrosas previstas en el precepto que regula el estado de necesidad aparecen con frecuencia y en forma especialmente reiterada, y donde los que ejercen determinadas profesiones (soldados, policías, bomberos, etc.) tienen precisamente como tarea combatir tales situaciones, ya que si tales personas pudieran impunemente sustraerse al cumplimiento de sus deberes, invocando el § 35, StGB, se producirían daños irreparables para el resto de los ciudadanos. Sólo y únicamente por estas razones preventivas debe asegurarse con la amenaza de una pena al cumplimiento del deber de sacrificarse y arrostrar tales riesgos, y sólo por esta causa prescribe el párrafo 1.º, apartado 2º del § 35, StGB, que no será aplicable esta exención de pena cuando pueda exigírsele al sujeto arrostrar el peligro porque «se encuentra en una relación jurídica especial». Igualmente, sólo por razones exclusivamente preventivas, es urgentemente deseable impedir desde un principio que, por descuido o ligereza, puedan surgir situaciones peligrosas de estado de necesidad, y, por eso, porque el ciudadano no actúa con diligencia, y no por consideraciones de culpabilidad, tampoco queda exento de pena «quien ha causado el peligro».

El ejemplo demuestra cómo también, en el ámbito de la dogmática jurídico-penal, el legislador alemán, al regular el estado de necesidad, tácitamente se apoya en una concepción «unilateral» del principio de culpabilidad: la pena supone que el sujeto haya podido comportarse de un modo distinto, es decir, haya actuado culpablemente; pero esta culpabilidad por sí sola no reclama todavía la imposición de una pena, como exigiría la concepción «bilateral» del principio de culpabilidad, sino que para ello es preciso además que se den necesidades preventivas, según he expuesto detalladamente al hilo del tenor literal del precepto legal correspondiente.

Si el análisis que acabo de hacer es acertado, es claro que desde el punto de vista terminológico no es correcta la expresión **actúa «sin culpabilidad»** utilizada por el legislador alemán en el § 35, StGB; ya que en verdad en el estado de necesidad no se actúa sin culpabilidad, sino que, por falta de necesidad preventiva de una pena, no se hace responsable a quien actúe

en dicha situación. Por eso, preferiría que en el sistema del Derecho Penal la categoría llamada «culpabilidad» pasara a denominarse «responsabilidad». De este modo, los presupuestos de la pena serían tipicidad, antijuridicidad y responsabilidad. El concepto de responsabilidad comprende el de culpabilidad, pero es más amplio que éste, al incluir además los presupuestos preventivos de la necesidad de pena. El que el legislador alemán no haya todavía tenido en cuenta esto y sólo hable de «culpabilidad» se debe a que aún no ha visto con la suficiente claridad teórica las consecuencias dogmáticas que hay que extraer del paso de una concepción bilateral a una unilateral del principio de culpabilidad. Mas no por ello debe hacerse reproche alguno, ya que el tratamiento científico de este problema ha empezado en los últimos años. Lo único que hay que tener claro es que allí donde el legislador alemán habla de «culpabilidad», tácitamente en muchos casos está considerando y pensando también en los elementos preventivos de la responsabilidad.

V. Seguidamente me voy a ocupar de las consecuencias dogmáticas que surgen de la decisión en favor de una concepción bilateral o unilateral del principio de culpabilidad en el ámbito del error de prohibición. La regulación alemana sigue la llamada teoría de la culpabilidad, según la cual el error de prohibición no excluye la pena del delito doloso. El § 17, StGB, dice: «Actúa sin culpabilidad el que, en el momento de la comisión del hecho, desconoce la ilicitud de su acto, siempre que no hubiera podido evitar este error. Si lo hubiera podido evitar, la pena podrá ser atenuada.» Esta fórmula se apoya todavía totalmente en una concepción bilateral del principio de culpabilidad. Cuando el sujeto podía evitar el error, es decir, hubiera sido posible un comportamiento conforme a Derecho, actúa culpablemente; pero esta culpabilidad arrastra «eo ipso» consigo la pena (aunque quizá atenuada) de un delito doloso. A diferencia de lo que vemos sucede en el § 35, StGB, no se pregunta aquí si las razones preventivas hacen necesario el castigo del que actúa en un error de prohibición evitable; en todos los casos, sólo la culpabilidad obliga ya a la imposición de una pena. Esto ha conducido en la jurisprudencia alemana a que la invocación del error de prohibición

apenas sirva para exculpar al acusado de un delito. De hecho, el error de prohibición es prácticamente siempre evitable, ya que en virtud del principio de certeza de las leyes toda prohibición es identificable por un largo y penoso aprendizaje. Sin embargo, es injusto y, desde el punto de vista preventivo, innecesario castigar como delincuentes dolosos a casi todos los que actúan en error de prohibición. Pues en todo caso quien actúa sin ser consciente de la ilicitud de su acto, tiene buena conciencia; no se rebela de propósito contra la ley. Por eso mismo, podría en muchos de estos casos renunciarse a una pena, pues quien actúe erróneamente, pero acatando el orden jurídico, no va a volver a cometer el hecho cuando sepa que está prohibido, y tampoco ofrece un ejemplo tan malo como para que sea necesario, por razones de prevención general, imponerle una pena. Otra cosa sucede, en cambio, en los casos de lo que anteriormente se llamaba «enemistad jurídica», es decir, en aquellos casos en los que el sujeto, por una actitud contraria al orden social de valores, intencionalmente se despreocupa del Derecho; en estos casos hay que afirmar el peligro de repetición y la necesidad de intimidación, por lo que es adecuado imponer una pena. Incluso aun faltando el peligro de repetición puede ser necesaria la pena, si la frecuencia de tales hechos u otras razones relevantes para el mantenimiento de un orden social pacífico exigen una sanción. Pero en ningún caso es necesario, desde el punto de vista político-criminal, una penalización sin excepciones del hecho cometido en error de prohibición evitable.

La concepción «unilateral» del principio de culpabilidad, correctamente entendida, debería, por tanto, conducir a no castigar en todos los casos al que actúa en error de prohibición evitable, sino sólo a castigarlo cuando ello sea necesario por razones preventivas. Para ello sería preciso un precepto legal que dijera algo así como: «Actúa sin culpabilidad quien, en el momento de la comisión del hecho, desconoce la ilicitud de su acto, siempre que no hubiera podido evitar este error. Si lo hubiera podido evitar, sólo será castigado cuando sea necesario para impedir su repetición o en defensa del ordenamiento jurídico.» Esta regulación significaría un compromiso entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad que d;-

vidían a la doctrina alemana antes de la introducción del § 17 y quitaría fuerza a las críticas que se hacen a la inadecuada estricta regulación contenida en dicho parágrafo, reflejando la transformación habida en la concepción del principio de culpabilidad.

VI. No es posible, dentro del reducido marco de una conferencia, exponer en concreto cada una de las causas de exclusión de la culpabilidad, como he hecho con el estado de necesidad y el error de prohibición. Pero, en principio, todas mis reflexiones e ideas están dirigidas a demostrar que el elemento de la teoría del delito que tradicionalmente se denomina con el término «culpabilidad» puede ser entendido y configurado como la comprobación, enriquecida por la dimensión de lo preventivo, de la «responsabilidad» individual. Pues si, de acuerdo con la concepción hoy dominante, los factores preventivos tienen una importancia decisiva para la imposición de una pena y desempeñan un papel autónomo en la formación de los tipos de delitos y en la configuración de las causas de justificación, es lógico que estos mismos factores deban tenerse en cuenta en el sistema del Derecho Penal a la hora de enjuiciar la pena aplicable al autor de un delito. Mis ejemplos pretenden demostrar que esto no sólo es exigencia de una concepción «unilateral» del principio de culpabilidad, sino que el mismo legislador, de un modo probablemente casual, ha tenido en cuenta estos criterios preventivos en la regulación de las concretas causas de exclusión de la culpabilidad. La misión de la dogmática jurídico-penal debe consistir a partir de ahora en elaborar estos datos y conocimientos desde el punto de vista teórico, hasta en sus menores detalles, y hacerlos fructíferos para la jurisprudencia y la legislación.

VII. De un modo parecido se plantea la problemática en el derecho de determinación de la pena, donde el concepto de culpabilidad es tan importante como en la fundamentación de la pena misma. Una concepción bilateral del principio de culpabilidad significa aquí la extensión y gravedad de la pena no puede ser en ningún caso superior al grado de culpabilidad, pero también, al mismo tiempo, que la culpabilidad exige el grado de pena que le corresponde, de tal manera que no sería admisible imponer una pena inferior a la que corres-

pondiera por el grado de culpabilidad. Una regla de determinación de la pena que dijera lo siguiente: «La pena debe corresponder en todo caso al grado de culpabilidad», sería la expresión consecuyente de un principio de culpabilidad entendido bilateralmente. Otras consecuencias se desprenden, en cambio, si se parte de la concepción unilateral de dicho principio. Para esta concepción, la pena tampoco puede ser superior al grado de culpabilidad; sin embargo, sí puede ser inferior a la que corresponde a dicho grado cuando ello sea necesario por exigencias preventivas. Sólo cuando las necesidades de prevención general y especial así lo exijan, puede la pena imponerse hasta el límite máximo que representa el grado de culpabilidad. El § 59 del Proyecto Alternativo contiene una precisa formulación de una concepción unilateral del principio de culpabilidad aplicable a la determinación de la pena: «La culpabilidad por el hecho determinará el grado máximo de la pena... Sólo se impondrá en toda su extensión el grado determinado por la culpabilidad por el hecho, cuando ello sea preciso para la reinserción social del delincuente o para la protección de bienes jurídicos.»

El Bundesgerichtshof dijo en una importante sentencia (BGHSt 24, 134): «La pena no puede en su contenido ir más allá o quedar por debajo de lo que le corresponde como compensación justa de la culpabilidad.» Ello responde totalmente a una concepción bilateral del principio de culpabilidad. Sin embargo, en otra sentencia publicada casi simultáneamente se dice «que la pena no tiene como misión compensar por sí misma la culpabilidad, sino que sólo está justificada, cuando, al mismo tiempo, se presenta como medio necesario de realización de la función preventiva del Derecho Penal» (BGHSt 24, 42). Esta última declaración se apoya claramente en la concepción unilateral del principio de culpabilidad. Estas contradictorias decisiones son producto de la oscuridad de la ley en este punto, que también se da en la realidad. El precepto central sobre determinación de la pena del StGB, el § 46, dice: «La culpabilidad del reo es fundamento de la pena. Deben tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar tenga la pena para la vida futura del reo en la sociedad.» El primer inciso se refiere a la concepción bilateral del principio de cul-

pabilidad y en él se apoya la sentencia BGHSt 24, 132 y sigs.; pero el segundo introduce en la determinación de la pena la prevención especial, y a él se refiere el BGHSt 24, 40 y sigs., para fundamentar la tesis. No está en absoluto clara la relación existente entre ambos incisos. En la determinación de la pena se puede partir de una concepción bilateral o de una concepción unilateral del principio de culpabilidad; lo que no se puede es partir de las dos concepciones al mismo tiempo. Por eso hay quienes opinan que el § 46, StGB, es un precepto desafortunado. Si, en efecto, como se dice en el inciso primero, la culpabilidad determina la magnitud de la pena, no puede entonces tenerse en cuenta la exigencia contenida en el inciso segundo, cuando, p. ej., razones de prevención especial hablan en favor de una magnitud de la pena relativamente inferior a la correspondiente a la culpabilidad; y si, como se exige en el inciso segundo, en la determinación de la pena deben tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar la pena tenga «para la vida futura del reo en la sociedad», no se puede entonces mantener en todo caso lo que dice el inciso primero y hacer del grado de culpabilidad el punto de referencia de la magnitud de la pena.

En mi artículo publicado en el homenaje a Schultz (confróntese supra, pp. 93 y sigs.), he procurado resolver con un compromiso este conflicto entre las metas propuestas por el legislador. En mi opinión, el inciso primero del § 46, StGB, que hace de la culpabilidad el fundamento de la determinación de la pena, demuestra que el legislador pretende impedir que se imponga una pena superior a la que corresponda por el grado de culpabilidad, pero también que en el caso normal considera que por razones de prevención general es necesaria una pena adecuada a la culpabilidad (con lo que no es preciso citar expresamente en el § 46 la prevención general). En cambio, el inciso segundo, que ordena tener en cuenta los efectos que cabe esperar la pena en la vida futura del reo en sociedad, sólo puede significar que, en casos excepcionales, la regla contenida en el inciso primero puede ser quebrantada, imponiéndose en consecuencia una pena inferior a la correspondiente al grado de culpabilidad, siempre que ello sea necesario por razones de prevención especial para impedir que

una pena demasiado larga —aunque sea adecuada a la culpabilidad— puede tener un efecto contrario a la resocialización del delincuente. Esta explicación del § 46, StGB, se basa en una concepción unilateral del principio de culpabilidad. Para esta concepción, el grado de culpabilidad sigue en todo caso sirviendo de límite de la magnitud de la pena, pero, en los demás, permite interpretar los incisos primero y segundo del § 46 en el sentido de una ponderación legislativa de las necesidades de prevención general y especial. Esta interpretación ha sido acogida en los más recientes trabajos sobre la determinación de la pena de Lanckner, Zipf y Schöch, y espero que en el transcurso del tiempo se imponga en la República Federal de Alemania.

VIII. La concepción que, a grandes rasgos, acabo de exponer para la dogmática del Derecho Penal material y del derecho de determinación de la pena, debe desembocar, como decía al principio, en hacer prevalecer científicamente con todas sus consecuencias la concepción «unilateral» del principio de culpabilidad. Tras ella está el pensamiento más ambicioso de una reconciliación entre Estado de Derecho y Estado social, entre Derecho Penal y Política criminal. De Franz von Listz procede la famosa frase «el Derecho Pena! es la infranqueable barrera de la Política criminal». Con ella quería decir Listz que la misión de la dogmática jurídico-penal, es decir, del estudio jurídico del Derecho Penal, es la de poner límites por razones jurídico-políticas a la realización de finalidades político-criminales en Derecho Penal. Ello es totalmente acertado en tanto que, para salvaguardar la libertad individual, debe impedirse que las necesidades preventivas generales o especiales permitan imponer a una pena mayor que la que corresponde por el contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho concreto. Pero la frase de Listz ha sido entendida siempre por la tradición alemana en un sentido mucho más amplio, que quizá fuera también su sentido originario: como una oposición generalizada a la consideración de las finalidades político-criminales en la aplicación del Derecho Penal. Ello ha conducido a que la dogmática alemana en el pasado, fascinada por las cambiantes corrientes filosóficas del natu-

raUsmo, de la filosofía neokantiana de los valores, del ontolo-gismo y del Derecho natural, no haya entendido nunca la Política criminal como una aliada de la jurisprudencia, sino como el polo opuesto del que había que defenderse. Creo que esto es un defecto: pues si el Derecho Penal debe sin duda su nacimiento a las finalidades político-criminales del legislador, sólo puede ser entendido y correctamente interpretado como un instrumento para la realización de estas finalidades y no —o por lo menos no exclusivamente— como un poder opuesto.

Me parece que la concepción unilateral del principio de culpabilidad, cuyas más importantes consecuencias acabo de exponer, es un medio, cuya importancia aún no ha sido suficientemente reconocida, para superar este defecto. Dicha concepción permite una amplia consideración de elementos preventivos, tanto en el Derecho Penal material (en relación con el elemento de la responsabilidad), como en el derecho de determinación de la pena; pues, al dejar que, sobre todo, la individualidad del delincuente desempeñe en el momento de determinación de las consecuencias jurídicas un papel más importante que bajo el imperio de la concepción bilateral, tiene en cuenta de esta manera mejor que antes las exigencias del Estado social de Derecho que reconoce nuestra Constitución. Con la concepción unilateral del principio de culpabilidad, a pesar de incluir la Política criminal, no se destruyen las funciones jurídico-políticas del Derecho Penal como orden jurídico, sino que incluso se refuerzan de un modo notable. No sólo sigue manteniendo la función limitadora que le atribuía la concepción bilateral, al partir igualmente de que nunca puede ser castigado un hecho sin culpabilidad o con una pena superior a ella; sino que, además, hace incluso que la Política criminal cumpla esta función limitadora de la pena, en tanto que sólo permite imponer una pena, si, además de la culpabilidad, se dan las necesidades de prevención general y especial.

Con ello se consigue una recíproca limitación. El Derecho Penal se convierte, con ayuda del principio de culpabilidad, en la infranqueable barrera de la Política criminal; pero tam-

bien la Política criminal, al incluir las necesidades de prevención general y especial, se convierte en el límite del Derecho Penal, que ya no puede imponer una sanción sólo en base a la culpabilidad. De este modo se combina un máximo de libertad individual con un máximo de eficacia político-criminal. Pienso que la misión del Derecho Penal consiste en realizar esta meta en todos sus ámbitos.

