

CULPABILIDAD Y FINES DE LA PENA: CON ESPECIAL REFERENCIA AL PENSAMIENTO DE CLAUS ROXIN *

Por

EDUARDO DEMETRIO CRESPO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

Eduardo.Demetrio@uclm.es

Al Profesor Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin

SUMARIO: I. LA FIGURA DE CLAUS ROXIN Y SU PUNTO DE PARTIDA METODOLÓGICO.- II. LA TEORÍA DE LOS FINES DE LA PENA EN CLAUS ROXIN.- III. CULPABILIDAD Y FINES DE LA PENA EN EL CONTEXTO DE LAS “ANTINOMIAS DEL SISTEMA PENAL”.- IV. ORDENACIÓN DEL PROBLEMA Y TOMA DE POSICIÓN: CONCEPTO, ESTRUCTURA CON RELACIÓN AL INJUSTO, Y FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD, COMO PROBLEMAS INTERCONECTADOS.- V. LA FUNCIÓN LIMITADORA DE LA CULPABILIDAD Y LOS FINES PREVENTIVOS: 1. *Prohibición de rebasar el límite superior de la culpabilidad.* 2. *¿Prohibición de quedarse por debajo del límite inferior de la culpabilidad?*.- VI. CONCLUSIONES.

I. LA FIGURA DE CLAUS ROXIN Y SU PUNTO DE PARTIDA METODOLÓGICO

La cuestión de la culpabilidad y los fines de la pena ha sido durante largo tiempo pieza fundamental de la Ciencia Penal y nudo gordiano en el pensamiento y la obra del Profesor *Roxin*. La trascendencia científica de esta última es sin duda indiscutible y permite afirmar que, de igual manera que el universo filosófico queda alterado para siempre con la obra de *Descartes* o *Kant*, el universo del Derecho Penal ya no puede ser entendido de la misma forma tras su irrupción.

Como explica *Zugaldía Espinar*¹, el final de la IIGM marcó el momento de un intento de radical superación del irracionalismo de la Escuela de Kiel, en el que la dogmática

* Texto revisado y ampliado sobre el que se basó la ponencia presentada el día 20 de octubre de 2001 en Córdoba (Argentina), con motivo de las Jornadas Internacionales en homenaje al Profesor *Claus Roxin*, organizadas por el Prof. Dr. Carlos Julio Lascano. Si bien mi aportación al Libro Homenaje aparecido entonces versó sobre otro tema, le dedico ahora este trabajo al homenajeado, con gratitud y afecto.

penal alemana, en vez de continuar la senda marcada por *Von Liszt*, dio un paso atrás volviendo a *Kant y Hegel*, proceso que se superó en los años sesenta, cuando se asiste - en palabras de *Klug*- a la “despedida de *Kant y Hegel*” y a la “vuelta a *Von Liszt*”². A este espíritu respondía el *Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de 1966*, momento en el que emerge la figura de *Roxin* como penalista que reivindica nuevamente la Política Criminal como objeto digno de especial atención de la Ciencia Penal. Hace ya tres décadas describía *Roxin* el estado de la Ciencia Penal y marcaba en una obra fundamental, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*³, los pasos que habría de dar en el futuro inmediato. La dogmática jurídico-penal alemana atravesaba una crisis a causa, entre otros factores, de la polémica sostenida entre causalistas y finalistas, polémica que había tenido lugar dentro de “los estrechos límites marcados a la Ciencia del Derecho Penal por el positivismo jurídico de principios de siglo”⁴.

En la Introducción a esta obra, nos explica *Muñoz Conde* cómo frente a la “supervaloración” del pensamiento sistemático aparecen dos tendencias que trataban de superar dicho estado de cosas: a) *el pensamiento problemático*, cuya pretensión era sustituirlo por un análisis plenamente distinto en el que la solución debía derivar de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema; b) *el pensamiento político-criminal*, propugnado por *Roxin*, que aspira a penetrar en el problema, pero sin renunciar por ello al sistema, de modo que los problemas político-criminales pasaran a

¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?», en VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el Derecho penal*, traducción de C. Pérez del Valle, Introducción y nota biográfica de J.M. Zugaldía Espinar, Granada: Comares, 1995, pp. 11-40, esp. pp. 31 y ss. Vid, asimismo, amplias referencias sobre la evolución en el magnífico artículo de WEIGEND, Thomas, «Strafrecht und Zeitgeist», en Sieber / Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, pp. 44-65, esp. pp. 49 y ss.

² KLUG, Ulrich, «Abschied von Kant und Hegel», en Baumann (Edt.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main: Fischer, 1968, pp. 36-41; el mismo, «Para una crítica a la filosofía penal de Kant y Hegel», traducción de E. Bacigalupo, en *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho. En Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires: Pannedille, 1970, pp. 35-40.

³ ROXIN, Claus, *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972 (Vid, asimismo, la segunda edición de esta obra aparecida en Buenos Aires: Hammurabi, 2000, con unas “palabras previas” del autor y del traductor). No menos significativo respecto a la tendencia: HASSEMER, Winfried, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch, 1974.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Introducción” a la obra de ROXIN, Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (nota 3), p. 5.

formar parte del contenido propio de la teoría general del delito. La obra de *Roxin* perseguirá, pues, el objetivo de sistematizar, desarrollar y contemplar desde el principio las categorías tradicionales de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad) bajo el prisma de su función político-criminal⁵.

Este enfoque metodológico hizo que la perspectiva integradora de la Ciencia Penal propuesta en su día por *Von Liszt* en el célebre *Programa de la Universidad de Marburgo*⁶, el penalista que no sin razón se considera el “padre” de la Ciencia Penal contemporánea, recobrara actualidad y se viera plasmada en la concepción político criminal del Proyecto Alternativo. No en vano se preguntaba en su día *Radbruch* lo siguiente: “Pero ¿soportará ese espíritu inquieto yacer tranquilamente en la tumba bajo la losa de la fama histórica con la que se le ha cubierto cuidadosamente? ¿No resucitará de nuevo un día sin que nos demos cuenta y se paseará entre nosotros con influencia viva?”⁷, y *Roxin* nos recordaba estas reflexiones advirtiendo el triunfo histórico del “programa marburgués” tras casi cien años de rodeos fracasados⁸.

Estas reflexiones nos sitúan ante el actual escenario de la Ciencia Penal en la que ni el estricto Derecho Positivo, ni la pura esfera axiológica, ni los dogmas del ontologicismo causal o final constituyen el *modus operandi* de la dogmática penal. Esto da como resultado un *sincretismo metodológico* cuya única nota común es la referencia teleológica y la tendencia a una mayor o menor normativización de los conceptos jurídico-penales⁹. Como ha señalado *Schünemann*, el razonamiento sistemático teleológico viene caracterizado por un alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del

⁵ Ibídem, pp. 6 y ss. Cfr: ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée, Barcelona: PPU, 1992, esp. pp. 115-143 y *passim*.

⁶ VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal*, Programa de la Universidad de Marburgo (1882), Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, traducción de Carlos Pérez del Valle, Granada, 1995.

⁷ RADBRUCH, Gustav, *Elegantiae iuris criminalis*, 2.^a ed, 1950, p. 232.

⁸ ROXIN, Claus, “Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo”, en ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción de D. M. Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 37-70, esp. pp. 37-38.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.^a, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: J.M. Bosch, 1992, pp. 13-14.

finalismo, y puede considerarse un desarrollo del neokantismo, bien que superando el relativismo axiológico que caracterizaba a éste último¹⁰.

La concepción dogmática hoy dominante es, pues, de signo teleológico y consecuencialista, y asume una racionalidad valorativa. Sin embargo, explica Silva Sánchez, el modo de acceder a estos valores que, junto con las consecuencias empíricas, definen el *telos* del sistema, puede tener un carácter principialista (mediante la acogida del *alteeuropäisches Prinzipiendenken*), o un carácter funcionalista, en cuyo caso, los valores acogidos surgen como consecuencia de la propia lógica de autoconservación del sistema¹¹. Esta última es la vía seguida por el “funcionalismo” de la nueva Escuela de Bonn, encabezada por Jakobs, caracterizada por una completa renormativización de los conceptos jurídico-penales, con el apoyo del análisis sistémico-funcionalista que Luhmann importara al mundo del Derecho.

Esta metodología resulta criticable, pues -como ha señalado Hirsch- del alto grado de formalismo y abstracción que se confiere a los conceptos fundamentales de la dogmática resulta su completa manipulabilidad y la pérdida de su función garantista¹². La respuesta de Jakobs a la contundente crítica del ahora catedrático emérito de la Universidad de Colonia, de que no se castiga al asesino por rebelarse contra la norma sino por destruir una vida humana, alegando que sólo la presencia de una norma convierte al sistema psicofísico ser humano en un ser humano que no debe ser matado sin razón¹³, no hace

¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en Schünemann, Bernd (comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1991, pp. 31-80, esp. p. 67; el mismo, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, traducción de M. Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, *passim*.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.^a, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en Silva Sánchez (Ed), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, pp. 20-21.

¹² HIRSCH, Hans Joachim, “El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal”, traducción de D. R. Pastor, en *NDP*, 1996-A, p. 32. Similar, GIL GIL, Alicia, «Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal», en Díez Ripollés / Romeo Casabona / Gracia Martín / Higuera Guimerá (edts.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 9-35, p. 11, nota 5.

¹³ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, Madrid: Civitas, 1996, p. 25, nota 10 *in fine*.

sino confirmar el formalismo neo-positivista del pensamiento de *Jakobs*, inmune en todo caso a críticas extrasistémáticas¹⁴.

El propio *Roxin* ha subrayado que la analogía de su modelo de pensamiento con el defendido por el catedrático de la Universidad de Bonn comienza y termina en el punto de partida normativo y consiguiente renuncia a una metodología de corte ontológico, pues más allá de eso no es posible descubrir coincidencias¹⁵. Mientras que para *Jakobs* la pena encierra en sí misma su finalidad, consistente en la estabilización social orientada al mantenimiento del sistema mediante el ejercicio de la fidelidad al derecho, con independencia del marco histórico-político¹⁶, *Roxin* exhibe la orientación reformadora y capacidad creativa de su modelo de pensamiento en el marco constitucional¹⁷.

¹⁴ Sobre este círculo de problemas vid.: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en Alonso Álamo et.al., (Edts.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005, pp. 853-874. Un análisis detallado y profundo va más allá de los planteamientos de *Günther Jakobs*, puede verse en: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal», en Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, 2005, pp. 385-557.

¹⁵ ROXIN, Claus, "Política Criminal y Dogmática jurídico-penal en la actualidad", traducción de Carmen Gómez Rivero, en ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso penal*, Valencia, 2000, pp. 57-94, esp. p. 65 (también en: ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Lima: Grijley, 2007, pp. 40 y ss). Véase, sin embargo, la referencia del propio *Roxin* a que su concepto de culpabilidad se apoya en la justificación social de la pena y que se parece en esa medida a la doctrina de algunos defensores de la culpabilidad por el carácter y al concepto funcional de culpabilidad de *Jakobs*, bien que haciendo valer mejor que estos la función liberal-garantista del principio de culpabilidad [ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 4.^a ed, Beck: München, 2006, p. 874, marg. 48].

¹⁶ Sobre el estadio actual de la teoría de la pena en este autor, y su vinculación al "derecho penal del enemigo", Vid: JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, Civitas: Thomson, 2006, esp. pp. 167 y ss. Vid, ya anteriormente, JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, *passim*.

¹⁷ Cfr, de nuevo sobre el fondo de la cuestión, ROXIN, Claus, "Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik", en Dolling (Hrsg.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, pp. 423-437.

Por otro lado, el pensamiento de *Roxin* se distancia también de los postulados de la llamada *Escuela de Frankfurt*, no tanto en lo relativo a la orientación a los principios, como en el diferente cálculo en torno a la capacidad de rendimiento de la dogmática penal¹⁸.

II. LA TEORÍA DE LOS FINES DE LA PENA EN CLAUS ROXIN

Una vez subrayado el punto de partida metodológico defendido por *Roxin*, esto es, elaborar la teoría del delito desde la perspectiva de la política criminal, creo estar en mejores condiciones para abordar el problema de la culpabilidad y la teoría de los fines de la pena, y en particular, el significado de la aportación de *Roxin* frente a otros puntos de vista en el debate científico en torno al mismo. La primera aclaración que debe efectuarse es que, a diferencia de *von Liszt*, por Política Criminal entiende *Roxin* no sólo la elección de las sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los principios fundamentales que según la Constitución y el Código penal presiden la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad, de modo que también los grandes principios limitadores del Derecho Penal, como el de legalidad o el de culpabilidad, forman parte de la Política Criminal¹⁹.

Las teorías de la pena determinan en el pensamiento de *Roxin* el camino mediante el cual el Derecho penal puede lograr su objetivo primordial dirigido a la protección de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo de la personalidad²⁰. Sus esfuerzos en este ámbito le conducen a sostener una *teoría preventivo-integradora* que trata de conjugar en la medida de lo posible puntos de vista preventivo-generales y especiales, junto a la satisfacción de los intereses de la víctima. Su teoría no sólo persigue relevancia en el marco de las consecuencias jurídicas, o en el de la ejecución penal, sino también en el ámbito de los presupuestos de la pena.

Su teoría unificadora preventiva descansa en tres postulados básicos²¹:

1.º) *El fin exclusivamente preventivo de la pena*, bajo el entendimiento de que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y un orden social que está a su servicio. Aquí adquieren singular importancia

¹⁸ ROXIN, Claus, "Política Criminal..." (nota 15), pp. 89 y ss, esp. pp. 93-94.

¹⁹ *Ibídem*, p. 58.

²⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, traducción de la 2.^a edición alemana de Luzón Peña, Díaz y García Conledo y de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 81 (Vid, asimismo, *Strafrecht. AT. Band I, Op.cit* (nota 15), esp. pp. 69 y ss).

²¹ *Ibídem*, pp. 95 y ss (AT. Band I, 2006, pp. 85 y ss).

los problemas relativos a las antinomias de los fines de la pena, y en particular, los conflictos que pueden presentarse entre las exigencias preventivo-generales y preventivo-especiales en el marco de la determinación de la pena²². En este punto entiende que por motivos preventivo-especiales la pena no puede ser reducida hasta tal punto que quebrara la confianza en el ordenamiento jurídico.

2.º) *La renuncia a toda retribución*, de modo que, bajo su punto de vista, no sería correcto afirmar que el castigo de los criminales nazis ya integrados socialmente y que no representan ningún peligro sólo se justificaría desde un punto de vista retribucionista, pues existe una necesidad preventivo-general de castigar estos hechos dado que de lo contrario podría estremecerse gravemente la conciencia jurídica general.

3.º) *El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención*. El autor reconoce que, pese a la renuncia a toda retribución, este elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva por él defendida. Según esto la pena no puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada. Para *Roxin*, el principio de culpabilidad tiene una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, que debería conservarse en un Derecho penal moderno. Según este principio la cuantía de la pena no puede en ningún caso ser superior a la culpabilidad del autor, si bien, no existiría inconveniente en admitir una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la culpabilidad, si a ello no se oponen las exigencias mínimas preventivo-generales.

Pero *Roxin* hace también de las teorías de la pena sede fructífera del debate dogmático por entender que contribuye a la solución político-criminalmente satisfactoria de muchos problemas, por ejemplo en el ámbito del estado de necesidad exculpante, el estado de necesidad justificante supralegal, el desistimiento, etc. Pero también, por conducir a una *nueva concepción de la categoría delictiva tradicionalmente designada como culpabilidad*²³. En la concepción de *Roxin* es fundamental la idea de que si la pena tiene una finalidad preventiva no puede bastar para su imposición sólo con la culpabilidad del autor, sino que también tiene que ser necesaria desde un punto de vista preventivo. De este modo, "si ni desde el punto de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo general existe una necesidad de castigo, la pena carece de

²² Sobre esta problemática, ampliamente, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999, pp. 73 y ss.

²³ ROXIN, Claus, "Política Criminal...", *Op.cit* (nota 15), p. 63.

justificación teórica, no tiene ninguna legitimación social y no debe imponerse”²⁴. Estos son los dos componentes básicos, que deben ser añadidos al injusto, de los que depende la categoría de la responsabilidad: la culpabilidad del sujeto, y la necesidad preventiva de la sanción penal.

III. CULPABILIDAD Y FINES DE LA PENA EN EL CONTEXTO DE LAS “ANTINOMIAS DEL SISTEMA PENAL”

Entiendo que el problema de fondo puesto de manifiesto en la discusión acerca de la culpabilidad y fines de la pena, en el que también debe ser enmarcado el punto de vista expuesto por *Roxin*, no es otro que el de las antinomias del sistema penal, en particular, la *antinomia entre prevención y culpabilidad*²⁵.

El profesor *Baurmann* en un libro que lleva por título *Orientación a las consecuencias y responsabilidad subjetiva*²⁶ ha puesto de relieve la doble tendencia, en alguna medida esquizofrénica, que afecta al sistema penal y a la Ciencia Penal, cuando por un lado rechaza una fundamentación retribucionista como base legitimadora válida del Derecho Penal, y por otro, sigue basando la imposición y distribución de la pena para el caso concreto en el principio de la culpabilidad²⁷.

Efectivamente, en el moderno Derecho Penal preventivo, y según la concepción dominante, la justificación del mismo viene dada por razones preventivas y para la protección de bienes jurídicos, y al mismo tiempo, también de acuerdo con una amplia mayoría doctrinal, la imposición y magnitud de la pena tiene que venir dada por la culpabilidad del autor. Debido a esta contradicción fundamental es necesario -tanto desde el punto de vista doctrinal como sistemático- encontrar una nueva fundamentación al principio de culpabilidad, que trate de esquivar el reproche hecho a la culpabilidad de signo retribucionista que tenía como presupuesto la necesaria existencia del libre arbitrio²⁸.

²⁴ *Ibidem*, p. 61.

²⁵ Con más detalle, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general...*, *Op.cit* (nota 22), pp. 81 y ss; asimismo, PÉREZ MANZANO, Mercedes, «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en Silva Sánchez (Ed.), *Política criminal...*, *Op.cit* (nota 11), pp. 73-88.

²⁶ BAURMANN, Michael, *Folgeorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, 1981.

²⁷ *Ibídem*, pp. 7 y ss.

²⁸ HIRSCH recoge y critica las distintas opciones argumentativas que a su entender pretenden *eludir* el problema de la libertad de la voluntad humana, la discusión por tanto, entre determinismo

Respecto a esto último, el debate científico subyacente no sólo sigue abierto, sino que está experimentando un nuevo renacer a la luz de las últimas investigaciones llevadas a cabo en el campo de la neurobiología, que parecen conducir a la conclusión de que en realidad ningún ser humano tiene ante sí la elección entre actuar bien o mal moralmente, ya que la libertad de voluntad es una mera ilusión, y el mal un fenómeno biológico que reside en el cerebro²⁹.

Hasta qué punto estas investigaciones, que afirman un determinismo total en el comportamiento humano, pueden provocar un cambio de paradigma³⁰ que ponga en cuestión radical la actual cultura jurídica³¹, me parece cuando menos dudoso. Pese al renovado interés suscitado en la doctrina penal³², creo que este punto largamente debatido resulta hasta cierto punto estéril para el Derecho Penal, pues hoy se reconoce que el Derecho penal moderno debe situar las condiciones para la imposición de una pena en un contexto comunicativo entre autor y norma sin desconocer la existencia del

e indeterminismo. Para este autor el principio de culpabilidad aparece hoy como insustituible en el Derecho Penal [Cfr.: HIRSCH, Hans Joachim, «El principio de culpabilidad..., Op.cit (nota 12), pp. 38 y ss]. En cualquier caso, como este mismo autor señala en otro lugar, «aunque el libre albedrío no pueda probarse completamente, debemos tener en cuenta *a favor* del autor aquellos hechos que, conforme a la imagen indeterminista del hombre que rige en la sociedad y que es sentida por los individuos, *excluyen su culpabilidad*» [Cfr.: HIRSCH, Hans Joachim, «La posición de la justificación y de la excusación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana», en Eser/Gimbernat/Perron (Edit.), *Justificación y excusación en Derecho Penal*, Madrid, 1995, pp. 33-60, esp. p. 44].

²⁹ Véase el ilustrativo artículo de Jörg Blech y Rafaela von Bredow, "Die Grammatik des Guten", aparecido recientemente en Der Spiegel 31/2007, pp. 108-116.

³⁰ Sobre los "cambios de paradigma" y su papel en la evolución de la Ciencia, véase la siguiente obra ya clásica: KUHN, Thomas S., *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 2.^a ed. revisada, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976, *passim*.

³¹ Vid. al respecto, la obra de Matthias MAHLMANN, *Rationalismus in der praktischen Theorie: Normentheorie und praktische Kompetenz*, Baden-Baden: Nomos, 1999, que postula la existencia de una gramática universal de la moral congénita, basándose en las investigaciones sobre el lenguaje de Noam Chomsky.

³² Vid., entre otras referencias recientes, por ejemplo: WALTER, Tonio, «Hirnforschung und Schuld begriff. Rückschau und Zwischenbilanz», en Hoyer / Müller / Pawlik / Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Friederich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, pp. 131-144; KRAUß, Detlef, "Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?", en Müller Dietz / Müller / Kunz / Radtke / Britz / Momsen / Koriath (eds.), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden: Nomos, 2007, pp. 411-431.

libre arbitrio como fenómeno asentado en las estructuras elementales de la comunicación social³³, y el propio entendimiento que el ser humano tiene de sí mismo³⁴.

Esto no es óbice para reconocer que la determinación normativa de la responsabilidad no puede hacerse depender de un indemostrable juicio biofísico de carácter retribucionista³⁵. No se trata, por consiguiente, del reconocimiento de culpabilidad real, sino de la determinación normativa de la responsabilidad³⁶. En cualquier caso, en el camino hacia esta nueva fundamentación se han utilizado distintas vías argumentativas, entre las cuales figuran las siguientes:

A) La concepción de *la culpabilidad como una ficción en favor del autor*

³³ SCHÜNEMANN, Bernd, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo», traducción de JM.^a Silva Sánchez, en Schünemann, Bernd (comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 147-178, esp. p. 156; el mismo, «La culpabilidad: estado de la cuestión», traducción de D. Felip i Saborit y R. Ragués i Vallés, en AAVV, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, 2000, pp. 91-128, esp. pp. 91 y ss.

³⁴ HIRSCH, Hans Joachim, «Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre», en Dannecker / Langer / Ranft / Schmitz / Bramsen (Edts.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln.Berlin.Bonn.München: Carl Heymanns, 2007, pp. 41-62, esp. pp. 321-322.

³⁵ Se decantan –no obstante- por una visión indeterminista, o al menos, por la irrelevancia de la tesis determinista para el Derecho penal, entre otros, PRATS CANUT, Josep Miquel, «La culpabilidad: principio y categoría dogmática», en Quintero Olivares / Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano: Aranzadi, 2001, pp. 615-639, esp. pp. 627 y ss; SANZ MORÁN, Ángel José, «Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena», en Díez Ripollés et.al. (edts.), *La Ciencia del Derecho Penal...*, *Op.cit* (nota 12), pp. 147-158, esp. pp. 152 y ss, p. 155 (“la crítica determinista, aunque estuviera plenamente fundada –cosa que, como hemos visto, no cabe asegurar- no afecta a la formulación de un juicio como el que está en la base del concepto jurídico-penal de culpabilidad”); y VIVES ANTÓN, Tomás S., «El principio de culpabilidad», en Díez Ripollés et.al. (edts.), *La Ciencia del Derecho Penal...*, *Op.cit* (nota 12), pp. 211-233, esp. p. 232 [“Esa idea (la idea de que dentro de ciertos márgenes somos libres) está anclado en lo más profundo de nuestro modo de actuar, de pensar y de hablar (...). La duda determinista no se limita, pues, a poner en tela de juicio la culpabilidad, sino que involuntariamente va mucho más allá: todo el lenguaje de la acción queda deslegitimado por ella. Pues la libertad de actuar que en el Derecho penal importa (...) puede probarse en el proceso penal, tanto en general como respecto del autor concreto en la situación concreta”].

³⁶ HART-HÖNIG, Hai, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention*, Berlin, 1992, pp. 20 y ss.

Esta doctrina, mantiene que la culpabilidad es una "ficción necesaria para el Estado" que se justifica parcialmente con el argumento de que la reprochabilidad individual opera sólo en favor del autor ya que consigue la impunidad de las acciones inculpables y fija el límite superior de la medida de la pena.

Sin embargo resulta obvio que al menos en el ámbito de la individualización de la pena, si se entiende que la pena a imponer no puede quedar por debajo del límite inferior del marco adecuado a la culpabilidad, ello estaría impidiendo una atenuación de la pena, operando por tanto en contra de los intereses del reo³⁷. Bien es cierto que se abre aquí una discusión de gran calado en la dogmática de la culpabilidad sobre si se debe distinguir de modo estricto entre "culpabilidad como fundamento de la pena" y "culpabilidad en la medición de la pena", como cosas distintas, punto de vista defendido por Achenbach³⁸, o si por el contrario, se debe considerar que ésta última no es sino una ampliación de aquélla³⁹.

³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, «La función...», *Op.cit* (nota 33), pp. 152-154.

³⁸ Este autor ha elaborado una teoría conforme a la cual se diversifican las funciones de la culpabilidad y los conceptos de culpabilidad que se asignan a cada una de ellas: la idea de la culpabilidad («*Schuldidee*»), la medida de la pena (o la culpabilidad de la individualización judicial de la pena) («*Strafzumessungsschuld*») y la culpabilidad de la fundamentación de la pena («*Strafbegründungsschuld*»). Los tres niveles tienen en común la referencia a la culpabilidad como presupuesto de la pena, pero cada una de ellas responde a preguntas distintas: la idea de culpabilidad responde al ¿por qué?, la culpabilidad de la fundamentación de la pena al sí de la pena, y la culpabilidad en la individualización judicial de la pena al cómo de la pena (Cfr: ACHENBACH, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, *passim*; el mismo, «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en *El sistema moderno...*, *Op.cit.*, pp. 134-146, esp. p. 135).

³⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, «La función...», *Op.cit.* (nota 33), p. 154 o KÖHLER, Michael, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (erörtert am Problem der Generalprävention)*, Heidelberg, 1983, p. 28. También, HIRSCH, Hans Joachim, «Über Irrungen...», *Op.cit* (nota 34), esp. pp. 317-318, que entiende que la culpabilidad de la medición de la pena es más amplia en sus puntos de vista, bien que subrayando que está igualmente referida a los límites del hecho cometido y ceñida por tanto a la culpabilidad por el hecho. En el mismo sentido, STRENG, Franz, «§ 46 Grundsätze der Strafzumessung», en Kindhäuser / Neumann / Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch Band 1*, Baden-Baden: Nomos, 2005, pp. 1402-1494, p. 1422. Advirtiendo acerca de la vaguedad del concepto de la „culpabilidad en la medición de la pena” y las dificultades de la “tesis de la diferenciación”, FRISCH, Wolfgang, «Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung», en Britz / Jung / Koriath / Müller (Hrsg.), *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 2001, pp. 237-259, pp. 237 y ss.

B) *La sustitución de la culpabilidad por la prevención general*

Roxin se pronunció ya en 1970 acerca del carácter obsoleto de una concepción de la culpabilidad como requisito de la fundamentación de la pena en el sentido de reprochabilidad individual, desarrollando una nueva concepción dogmática de la categoría culpabilidad según la cual las denominadas causas de exclusión de la culpabilidad (como el error de prohibición, el estado de necesidad exculpante, o el exceso en la legítima defensa) no se basan en un no poder actuar de otro modo, sino en razones político-criminales, ya que incluso la lesión de un bien jurídico evitable para el autor sólo se sanciona cuando ello es preciso por razones preventivo-generales para el mantenimiento de la fidelidad al derecho de la población⁴⁰. Por lo tanto, según esta concepción, la conclusión es que la categoría dogmática tradicional de la culpabilidad ha de completarse a través de la exigencia de una necesidad preventivo-general de la pena⁴¹.

Ello no debe conducir en cualquier caso a la sustitución de modo completo de la categoría de la culpabilidad, como presupuesto de la punibilidad, por la necesidad preventivo-general de la pena, como sucede en Jakobs⁴². Sólo el principio de culpabilidad está en posición de evitar que el Estado, en interés de una protección preventiva de bienes jurídicos, llegue a castigar hechos que el autor no podía evitar. El principio de culpabilidad ejerce una función garantista frente a la aplicación de penas sin

⁴⁰ ROXIN, Claus, *Política Criminal...*, Op.cit (nota 3), pp. 67 y ss; el mismo, «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?», traducción de J.M.^a Silva Sánchez, en CPC, n.^o 30, 1986, pp. 671-692; el mismo, *Strafrecht. AT. Band I*, Op.cit (nota 15), pp. 847-880, esp. pp. 851 y ss. En un sentido diferente se movía la propuesta de Gimbernat, que promovía prescindir de la culpabilidad a partir de la prevención general negativa o intimidatoria: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed, Madrid: Tecnos, 1990, pp. 140-161; el mismo, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios ...*, Op.cit (nota 40), pp. 162-181. Sobre al erosión del principio de culpabilidad, asimismo, entre otras referencias, HASSEMER, Winfried, «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», traducción de F. Muñoz Conde, CPC, n.^o18, 1982, pp. 473-482.

⁴¹ Sobre el desarrollo histórico de la responsabilidad en el modelo de Roxin, Vid.: PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pp. 191-204.

⁴² JAKOBS, Günther, «Culpabilidad y prevención», en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, traducción de C. J. Suárez González, Madrid, Civitas/UAM, 1997, pp. 73-99; el mismo, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de J. Cuello Contreras y JL. Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 18 y ss, 566 y ss.

culpabilidad, que pueden ser funcionales, pero que no son legítimas en un Estado de Derecho.

En este sentido puede considerarse acertada la reflexión de *Schünemann*, acerca de que "la sustitución del concepto de culpabilidad por las exigencias de la prevención general destruiría la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad, que es absolutamente fundamental para el Derecho Penal de un Estado de Derecho, puesto que las consideraciones preventivo-generales pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena, pero no su defendibilidad en términos axiológicos"⁴³.

En *Roxin*, sin embargo, se trata más bien de relaciones de fundamentación y complementariedad entre culpabilidad y prevención general. Pero en el ámbito de la determinación de la pena, pese a entender que la culpabilidad recogida en el § 46 del Código penal alemán (StGB) es ante todo un instrumento de prevención general (en el sentido que una justa proporcionalidad entre culpabilidad y pena proporciona a ésta última la posibilidad de consenso en la comunidad jurídica), las oscilaciones dentro del marco de la pena adecuada a la culpabilidad sólo deben producirse de acuerdo con los criterios de prevención especial, porque los intereses preventivo-generales son cubiertos plenamente por la pena adecuada a la culpabilidad⁴⁴.

C) *Sustitución de la culpabilidad por el principio de proporcionalidad*

⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd, «La función...», *Op.cit.* (nota 33), p. 160. También *Hirsch* entiende, con razón, que la culpabilidad no puede ser explicada a partir de la prevención general, sino que está en contraposición con esta, ya que sirve de límite a sus pretensiones. Esta derivación constituye, a su juicio, la mayor confusión que ha experimentado hasta ahora la teoría de la culpabilidad [HIRSCH, Hans Joachim, «Über Irrungen...», *Op.cit* (nota 34), esp. p. 323]. Véase además la crítica de *Kindhäuser* que estima que en *Jakobs* "falta una relación internamente conceptualizada entre la culpabilidad y la legitimidad de la norma" de modo que "hasta cierto punto se debe a una feliz casualidad que la norma, cuya infracción es imputada al autor, pertenezca también a un ordenamiento jurídico legítimo" [KINDHÄUSER, Urs, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», en Luzón Peña / Mir Puig (edts.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid: McGrawHill, 1999, pp. 185-217, p. 193].

⁴⁴ ROXIN, Claus, «Prevención y determinación de la pena», en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal* (traducción, introducción y notas de F. Muñoz Conde), Madrid: Reus, 1981, pp. 115-145, esp. p. 144.

Ellscheid y Hassemer han estudiado la posibilidad de fundamentar y medir la pena sin recurrir a la culpabilidad⁴⁵. La argumentación de estos autores señala, no sin razón, que un Derecho Penal sin reproche (“*Strafrecht ohne Vorwurf*”) debe llevar a un derecho de una consecuente *défense sociale*. Sin embargo, para hacer frente a las críticas que esta teoría se hacen es preciso proyectar un nuevo fundamento normativo de la intervención jurídico-penal, distinto de la culpabilidad. Estas críticas entienden que la doctrina de la defensa social carece de un criterio jurídico normativo que limite la intervención estatal, pero su defensa del principio de culpabilidad frente a la *défense sociale* se desarrolla, con argumentos que adquieren su sentido fuera del principio de culpabilidad mismo, y que no pretenden otra cosa que señalar la necesidad de una adecuada relación de proporcionalidad entre la infracción jurídica y la reacción estatal, para la determinación del si, del cómo, y de la envergadura de ésta última.

Por consiguiente, si se extrae el principio de culpabilidad del mundo metafísico, y se lo ubica en la realidad social, se corresponde en sí con el básico principio jurídico de la proporcionalidad, principio que debe referirse directamente (para que no sea un cambio de nombre, con el mismo contenido) a la problemática del Derecho Penal, sin mediación del principio de culpabilidad. Los autores, después de contestar a posibles críticas provenientes de la consideración de la necesidad de retribución de la comunidad jurídica (“*das Vergeltungsbedürfnis der Rechtsgemeinschaft*”) como un valor en sí mismo, advierten cómo con el reproche de la culpabilidad cae también el sistema de reacción jurídica de doble vía (“*Zweispürigkeit*”). Proponen hablar de responsabilidad (“*Haftung*”) del autor, en vez de la culpabilidad (“*Schuld*”) del autor⁴⁶.

Esta concepción ha sido objeto de importantes críticas por diversos autores, entre los que se cuenta, por ejemplo, *Arthur Kaufmann*, en el sentido de que la proporcionalidad no puede sustituir a la culpabilidad, porque aquélla constituye sólo un aspecto parcial y no el más importante de ésta última. Para éste autor el principio de culpabilidad tiene tres significados: a) ser requisito de la pena en cuanto elemento material del delito (al que el Tribunal Constitucional Alemán ha conferido rango constitucional); b) como exigencia de correspondencia con el injusto, o principio de exclusión de la responsabilidad objetiva (*versari in re ilicita*); c) como límite máximo de la medida de la pena, que no puede rebasarse por motivos preventivos (prohibición de sobrepasar la pena adecuada a la culpabilidad).

⁴⁵ ELLSCHEID, Günther / HASSEMER, Winfried, “Strafe ohne Vorwurf”, en *Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität I*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1975, pp. 266-292.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 288.

Pues bien, a su juicio, sólo puede hablarse de la sustitución del principio de culpabilidad por el de proporcionalidad en lo que se refiere al tercer aspecto, bien que oponiendo serias dudas al respecto, pero en ningún caso con carácter general. El autor entiende que *Ellscheid y Hassemer* han fracasado en su intento de sustituir la culpabilidad por el principio de proporcionalidad, ya que se trata de un principio meramente formal, al que no han logrado dotar de contenido material⁴⁷. *Quintero Olivares* ha señalado, sin embargo, que la crítica de *Kaufmann* es parcial, ya que para él la culpabilidad no tiene alternativa, y además olvida que *Ellscheid y Hassemer* no pretenden resolver cuestiones como el libre albedrío, la posibilidad de actuar, la reprochabilidad, etc., sino que proponen un planteamiento completamente diferente, de cariz plenamente político-criminal. En definitiva, señala, la proporcionalidad no explica cómo se mide la reprochabilidad porque no necesita invocarla⁴⁸.

D) *La culpabilidad como límite, pero no como fundamento de la pena.*

Sin duda se puede decir que *Roxin* es el punto de referencia de ésta tesis, que ha ido construyendo en diferentes escritos. Para el autor el concepto de culpabilidad como fundamento de la pena es insuficiente y debe ser abandonado, pero sin embargo debe seguir manteniéndose como principio limitador de la pena y puede fundamentarse en esta segunda función⁴⁹. El autor ve en ella justamente todo aquello que cabe rescatar del principio de culpabilidad como producto del liberalismo ilustrado que sirve para limitar el *ius puniendi*, y que juega, en todo caso, a favor del autor⁵⁰.

Esta tesis ha sido objeto de críticas diversas, ya que se entiende que, si la culpabilidad no sirve para fundamentar la imposición de una determinada pena, pero, sin embargo, reaparece a la hora de limitarla, se impone la necesidad de saber cuál es el contenido material de este concepto limitador.

Así, para *Quintero Olivares* la función de determinación del grado máximo de la pena a través del principio de culpabilidad no significa otra cosa que llamar "límite de

⁴⁷ KAUFMANN, Arthur, "Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitgrundsatz", en *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin. New York, 1976, pp. 26-38, esp. pp. 33 y ss.

⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Determinación de la pena y Política Criminal", en CPC, 1978/4, p. 62.

⁴⁹ ROXIN, Claus, «Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», en *Culpabilidad...*, Op.cit (nota 44), pp. 41-56, esp. p. 43.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 48.

culpabilidad”, a los límites que se derivan del principio de legalidad, para cuya fundamentación no se necesita invocar la culpabilidad⁵¹.

Respecto a la crítica según la cual si la culpabilidad limita la pena, de igual modo debe ser capaz de fundamentarla, contesta el propio *Roxin* señalando que la frase “*la culpabilidad limita la pena, pero no la fundamenta*” es, efectivamente, incorrecta desde el punto de vista lógico, pero ello sólo se debe a su incorrecta formulación, ya que exactamente debería 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 (...). La culpabilidad es, por consiguiente, una condición necesaria, pero no suficiente de la pena*”⁵².

Más incisiva aparece la crítica que dirigía *Hirsch* en su trabajo de 1994 a la teoría de *Roxin*, en el sentido de que su concepto de culpabilidad no está en condiciones realmente de cumplir una función limitadora e independiente, al estar él mismo predeterminado por la prevención⁵³. *Roxin* cree que esta crítica es desafortunada porque él determina la culpabilidad enteramente libre de prevención como “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa” y limita así la pena, al igual que cualquier defensor consecuente del principio de culpabilidad⁵⁴. De esta forma defiende *Roxin* que con la frase “*la culpabilidad sólo sirve a la limitación de la intervención*” no se discute que constituye un presupuesto constitutivo de la pena, sino sólo que legitime una retribución y que pueda por si sola fundamentar la pena⁵⁵.

⁵¹ «Si la culpabilidad puede “limitar” es porque se conocen los elementos que permiten un juicio de culpabilidad. Y, en ese caso puede y debe tenerse en cuenta en la determinación y en la fundamentación de la pena. Mas ocurre que la mencionada opinión ve tal cúmulo de problemas a la hora de fijar el exacto sentido de la idea de culpabilidad que opta por considerar que algo tan importante como el castigo no puede fundamentarse en un concepto cuando menos discutible o impreciso. Pues bien, si eso es así, y yo entiendo que lo es, si no sirve para fundamentar tampoco sirve para limitar» [Cfr: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Determinación...», *Op.cit* (nota 48) pp. 59 y ss].

⁵² ROXIN, Claus, «Reflexiones...», *Op.cit* (nota 49), pp. 49-50.

⁵³ HIRSCH, Hans Joachim, «El principio de culpabilidad...», *Op.cit* (nota 12), p. 36.

⁵⁴ ROXIN, Claus, *Strafrecht. AT. Band I*, *Op.cit* (nota 15), pp. 854-855, marg. 9.

⁵⁵ Ibídem, p. 855.

IV. ORDENACIÓN DEL PROBLEMA Y TOMA DE POSICIÓN: CONCEPTO, ESTRUCTURA CON RELACIÓN AL INJUSTO, Y FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD, COMO PROBLEMAS INTERCONECTADOS⁵⁶

Es fundamental, a mi juicio, en el examen de la problemática abordada, analizar tres grupos de cuestiones: 1. El concepto de culpabilidad manejado; 2. La estructura de la culpabilidad con relación al injusto; 3. La función asignada a la culpabilidad con relación a los fines de la pena.

1. El único concepto de culpabilidad que entiendo válido en el Derecho penal del Estado de Derecho es el relativo a la "culpabilidad por el hecho", correspondiente también a un "Derecho penal del hecho". Los diversos conceptos de "culpabilidad de autor"⁵⁷, correspondientes a los modelos del "Derecho penal de autor", remiten a sistemas autoritarios⁵⁸. Que sólo es posible manejar un concepto de "culpabilidad por el hecho" resulta también, por otra parte, del análisis de la segunda de las cuestiones que deben ser abordadas: esto es, la estructura de la culpabilidad con relación al injusto.

2. Sobre este último aspecto, hay que decir que de la idea conforme a la cual la culpabilidad representa la medida de la reprochabilidad y el límite de ésta, idea que no comparto, se argumenta en torno al concepto de la "capacidad ascensional de la culpabilidad" ("Steigerungsfähigkeit der Schuld")⁵⁹. Por ejemplo *Bruns* entiende que tanto el contenido del injusto como de la culpabilidad del hecho como factores reales de la individualización judicial de la pena son conceptos con capacidad ascensional ("Steigerungsbegriffe"), que permiten una ordenación de menos a más. Señala que ello

⁵⁶ Vid., una exposición detallada en DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general...*, Op.cit (nota 22), Cap. V, pp. 215-265.

⁵⁷ Ibidem, pp. 227 y ss, con más referencias.

⁵⁸ Véase la reconstrucción histórica crítica acerca de conceptos como la "culpabilidad del ánimo" («Gesinnungsschuld») que lleva a cabo HIRSCH, Hans Joachim, «Über Irrungen...», Op.cit (nota 34), esp. pp. 309 y ss. Un tal concepto todavía hoy puede verse en WESSELS / BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 36.^a ed, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, margs. 15 (p. 15), 401 (p. 139), 425 (p. 149). Sobre el „derecho penal de autor”, y su recorrido histórico hasta la actualidad, Cfr., por todos, GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El derecho penal de autor*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, *passim*.

⁵⁹ HIRSCH, Günter, «Vorbemerkungen zu den §§ 46», en *Leipziger Kommentar*, 10.^a ed, 1985, pp. 1-79, p. 29.

se da por hecho en el lenguaje jurídico habitual al hablar de una culpabilidad grave, menos grave, leve, etc.⁶⁰.

En mi opinión quienes afirman dicha capacidad ascensional como un rasgo característico de la culpabilidad parten a su vez de una fundamentación retribucionista del Derecho Penal y de la pena, que les lleva a defender el carácter “constitutivo” de la culpabilidad en el marco de la medición de la pena. Por el contrario, si se parte de una fundamentación exclusivamente preventiva del Derecho Penal -sin que ello signifique renunciar al modelo del Derecho Penal de doble vía- se llega a una concepción de la culpabilidad que le otorga únicamente carácter limitativo.

Entiendo que una fundamentación puramente preventiva del Derecho Penal, que no parta de la consideración del principio de culpabilidad-expiación como fin de la pena fundamental del Derecho Penal, confiere a la culpabilidad una cualidad conforme a la cual ésta carece de la “capacidad ascensional” que le atribuyen quienes argumentan en sentido contrario. Esta idea se halla presente en las siguientes palabras de *Horn*:

“La culpabilidad es sólo un presupuesto de la pena por el hecho antijurídico. El culpable no es castigado por su culpable acción injusta, sino por su acción injusta dentro del marco de su culpabilidad. Todo ello no modifica en nada la necesidad de una gradación de la culpabilidad. Hablando con imágenes, el *quantum* de culpabilidad no tiene un peso propio en la evaluación de la medida de la pena; no se añade nada nuevo que no estuviese ya ahí procedente de lo injusto. La culpabilidad es sólo un cedazo por el que tiene que pasar en su camino a la medida de culpabilidad el “*quantum*” -único relevante- de lo injusto. Con un *quantum* de culpabilidad sólo se determina el, por así decirlo, espesor de malla del cedazo. Con “escasa culpabilidad” queda retenido “mucho injusto”, la medida de la pena resulta relativamente pequeña; con “plena culpabilidad” queda adeudado en cuenta, al determinar la pena, todo lo injusto realizado”⁶¹.

⁶⁰ BRUNS, Hans Jurgen, *Strafzumessungsrecht*, 2.^a ed, Köln. Berlin. Bonn. München: Carl Heymanns, 1974, p. 394.

⁶¹ HORN, Eckhard, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlageanalyse der Schulteheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 139, nota 104. La traducción se ha tomado de Gimbernat, autor que alude al pasaje citado para señalar las semejanzas con su concepción, al rebatir la tesis de la «*doble relevancia del dolo*» de Roxin, en el entendimiento de que «la culpabilidad que establece distinciones de punibilidad entre sujetos que han cometido el mismo hecho injusto no tiene que ver con el problema del dolo o de la imprudencia, sino con el de la motivabilidad en referencia al hecho cometido» [Cfr.: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El sistema del

"Si se exige la cuantificación de la culpabilidad, la "medida" de ésta sólo puede ser -en caso de plena culpabilidad (conciencia del injusto y capacidad para la motivación correspondiente)- tan grande como el injusto o -en caso de culpabilidad aminorada (p.e en caso de error de prohibición vencible)- más pequeña que la cantidad de injusto. La pena adecuada a la culpabilidad debe entenderse en la mayoría de los casos -a saber, siempre cuando la culpabilidad no está aminorada- como "pena adecuada al injusto". Visto así sólo es constitutivo para la medida de la pena la gravedad del injusto realizado por el delincuente. Para el sí de la pena el principio de culpabilidad tiene una función constitutiva, pero para la medida de la pena sólo una función limitativa"⁶².

Una concepción de la culpabilidad que no consista en un juicio de reprochabilidad al autor de un delito por no haber obrado de conformidad al derecho pudiendo haberlo hecho, con base en una decisión de voluntad libre, sino que, por el contrario, se asiente en la idea de la necesidad de prevenir la comisión de delitos para la protección de bienes jurídicos, conduce, a mi juicio, a la afirmación de que la culpabilidad es sólo *condición de la atribución del injusto a su autor, por lo que no está en condiciones de agravar la pena, sino sólo de atenuarla o excluirla*⁶³.

En esta afirmación se halla implícita asimismo una determinada concepción de la relación entre injusto y culpabilidad como categorías independientes, ya que la culpabilidad no depende de la magnitud del injusto (puede haber un injusto muy grave con una culpabilidad disminuida o nula), y en segundo lugar, la culpabilidad carece de un "contenido" (reflejo del injusto o propio), que permita hablar de gravedad de la misma⁶⁴.

Derecho Penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 2.^a ed, Madrid, 1980 (3.^a ed, 1990), p. 148, nota 44].

⁶² HORN, Eckhard, «Vorbemerkungen vor § 46», en *Systematischer Kommentar*, Neuwied.Kriftel.Berlin, 1995, p. 33, marginal n.º 42.

⁶³ MIR PUIG, Santiago, «Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho», en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 88, nota 147. También Hirsch entiende que el principio de culpabilidad tiene una función restrictiva que consiste en que el autor sólo debe rendir cuentas del injusto por el cometido cuando deba responder individualmente por el hecho [HIRSCH, Hans Joachim, «Über Irrungen...», *Op.cit* (nota 34), p. 310].

⁶⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979, p. 38, nota 84. Vid, en otro sentido, Melendo Pardos que, en su magnífica tesis doctoral trata de sentar las bases para la recuperación de un contenido desvalorativo propio de la culpabilidad entendida como exigibilidad

Se puede decir que “es imprescindible para una alternativa preventiva de la medición de la pena mantener esa diferenciación de categorías dogmáticas entre elementos del injusto y aquellos que habrán de manejarse en su caso, en sede de culpabilidad (atribuibilidad)”⁶⁵.

Con todo, *Horn*⁶⁶ cree que la culpabilidad es un concepto con “capacidad ascensional”, pero entendida como la mayor o menor capacidad de motivarse en conformidad a la norma. Sin embargo la “capacidad ascensional” de la culpabilidad, entendida de este modo (y no al hilo de la “compensación de la culpabilidad”), lleva a consecuencias muy diferentes y coincidentes con nuestra conclusión anterior: según que se dé una plena conciencia del injusto, o según el mayor o menor grado de capacidad de motivación, pasa la totalidad del injusto o sólo una parte a la pena, mientras que en los supuestos de incapacidad de culpabilidad se queda todo el injusto en el cedazo.

Esto significa, teniendo en cuenta que no existen razones contundentes para entender por culpabilidad en la individualización judicial de la pena algo diferente a la culpabilidad en la teoría general del delito, que cuando la culpabilidad deba transformarse en medida de la pena, ésta sólo podrá ser -en caso de conciencia del injusto y plena capacidad de motivación por la norma- tan grande como el injusto, o -en caso de una culpabilidad aminorada- más pequeña que la cantidad del injusto⁶⁷. De este modo lo que haya que entender por “pena adecuada a la culpabilidad”, es realmente “la pena adecuada al injusto”. Visto de este modo sólo tiene carácter constitutivo para la medida de la pena la gravedad del injusto producido por el autor.

En definitiva, entendiendo que *el principio de culpabilidad sólo tiene carácter constitutivo para el “sí” de la pena (en el sentido de que no cabe pena alguna sin culpabilidad), pero como medida de la pena adquiere solamente una función de limitación*. Junto a ello, del carácter constitutivo del injusto se sigue que sólo es legítimo manejar un concepto de “culpabilidad por el hecho”, mientras que otros conceptos como la “culpabilidad por la conducción de la vida, la disposición o el carácter”, han de ser rechazados, y ello no sólo por este motivo, sino además, por el argumento principal de

de obediencia del derecho: MELENDO PARDOS, Mariano, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada: Comares, 2002.

⁶⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, Manuel, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española. (Proyecto 1980 de Código Penal)», en *RFDUC*, monográfico 3, 1980, p. 183.

⁶⁶ HORN, Eckhard, «Vorbemerkungen...», *Op.cit* (nota 62), p.33, marginal n.º 42.

⁶⁷ *Ibidem*, marginal n.º 42.

que la culpabilidad presupone injusto, y el derecho ni prohíbe ni ordena un determinado carácter, o una determinada conducción de la vida^{68 69}.

V. LA FUNCIÓN LIMITADORA DE LA CULPABILIDAD Y LOS FINES PREVENTIVOS

Resta únicamente por determinar cómo se concreta esa función limitativa que ha de jugar la culpabilidad en su relación con los fines preventivos. El análisis se divide aquí en dos grandes cuestiones:

1. Prohibición de rebasar el límite superior de la culpabilidad

Creo que se puede decir que uno de los pocos aspectos de todo lo dicho hasta ahora en los que existe prácticamente unanimidad es la afirmación de que la pena adecuada a la culpabilidad no puede verse rebasada en su límite superior por motivos preventivos, ya sean de prevención general o de prevención especial.

Como ha señalado reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 22 de febrero de 1988, 25 de febrero de 1989, 6 de abril de 1990, 24 de julio de 1991, 28 de octubre de 1991, 7 de marzo de 1994) y del Tribunal Constitucional (STC de 4 de julio de 1991), la culpabilidad por el hecho constituye el límite máximo de la pena aplicable⁷⁰.

Si bien en el § 46 StGB no se recoge expresamente la prohibición de que la pena no pueda rebasar la culpabilidad (a través de la frase "*Die Strafe darf das Mass der Schuld*

⁶⁸ *Ibidem*, marginal n.º 43. Sobre la imposibilidad de argumentar una ascensión o aumento de la culpabilidad en consideración a la personalidad del autor, cfr.: FRISCH, Wolfgang, "Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil I)", en *ZStW*, 1987/9, p. 383. Asimismo, a partir del análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo en España, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Principio de culpabilidad e individualización de la pena», en Cerezo Mir / Suárez Montes / Beristain Ipiña / Romeo Casabona (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada: Comares, 1999, pp. 33-48.

⁶⁹ Sobre la problemática desde el punto de vista funcional, Cfr: LESCH, Heiko Hartmut, "Injusto y culpabilidad en Derecho Penal", traducción de R. Ragués, en *RDPC*, n.º 6, 2000, pp. 253-271, esp. p. 268, que aboga por un concepto de "culpabilidad por el hecho", entendiendo por tal la perturbación social misma entendida como sinónimo de contradicción de la norma o ley individual del autor que en la situación fáctica desplaza a la expectativa de vigencia no satisfecha.

⁷⁰ Vid, entre otros, en este sentido: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, 1996, p. 33; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad», en *LL*, 1996/6, pp. 1514-1524, esp. p. 1515.

*nicht überschreiten")*⁷¹, ello se debe a que el legislador alemán tuvo en cuenta la posibilidad de que se produjera un considerable aumento de peticiones de revisión de sentencias y con ello una sobrecarga de los tribunales de revisión de la alegación que la pena impuesta superaba el marco de adecuación a la culpabilidad en el caso concreto.

Sin embargo era unánime en las comisiones de reforma en Alemania el punto de vista de que la medida de la culpabilidad no podía ser rebasada en ningún caso. Por otro lado la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* ha elevado el principio de que la pena presupone culpabilidad a principio del Estado de Derecho, y junto a ello, como exigencia del principio de justicia, también constitutiva del Estado de Derecho, ha establecido el principio de que cada pena debe estar en una relación de adecuación con la culpabilidad del autor⁷², reafirmando que la pena impuesta no puede rebasar la culpabilidad del autor⁷³.

En la doctrina se sostiene de modo preponderante la idea de que la prevención general no debe perseguirse fuera de la pena adecuada a la culpabilidad, y que, en cualquier caso, una agravación de la pena más allá de dicha pena viola el derecho constitucional a la dignidad humana, por convertir al individuo en un mero medio político criminal.

Sólo si una violación de la norma puede imputarse objetivamente, es lícita una reacción penal, lo cual está unido a un juicio de valor que afecta al autor exclusivamente por este hecho. El que el autor haya provocado a través de su comportamiento la puesta en peligro objetiva del ordenamiento jurídico por un tercero no puede serle imputado ni objetiva ni subjetivamente, puesto que faltaría la culpabilidad correspondiente dirigida a ello. Por todo ello no sería posible en ningún caso rebasar la medida de la culpabilidad en la individualización penal, puesto que ésta aparece vinculada y limitada por aquélla⁷⁴. La imposición de una pena concreta presupone la afirmación de que el autor es responsable en esa medida de un hecho antijurídico que lesiona un bien jurídico, y presupone además una relación de adecuación con la gravedad del hecho y la

⁷¹ Esta frase («La pena no puede rebasar la medida de la culpabilidad») apareció en el parágrafo 2 de los Proyectos de Código Penal en Alemania entre 1956 y 1959 I, mientras que en el Proyecto de 1962 II desaparecía por las considerables dificultades que se preveían en la práctica. El Proyecto Alternativo, sin embargo, en el parágrafo 2.2 establecía: «La pena no puede rebasar la medida de la culpabilidad por el hecho» («*Die Strafe darf das Maß der Tatshuld nicht überschreiten*») [Cfr.: HIRSCH, Günter, «Vorbemerkungen...», Op.cit (nota 59), p. 27].

⁷² BVerfGE 6, 389 ss, esp. 439; BVerfGE 20, 323 y ss, esp. 331.

⁷³ BVerfGE 45, 187, 260; BVerfGE NJW 1979, 208.

⁷⁴ STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht. AT I: Die Straftat*, Bern, 1982, pp. 43-44.

culpabilidad del autor; y en el caso de que la pena superara la medida de la pena adecuada a la culpabilidad, la afirmación a que hemos aludido se vería falseada.

Sin embargo, el principio de culpabilidad se *opone* a la pena que va más allá del marco superior de la culpabilidad, pero no a la que se sitúa por debajo, ya que la pena es sólo necesaria cuando resulta medio imprescindible para cumplimentar suficientemente los fines de protección preventivos del Derecho Penal⁷⁵. Según la mayoría de la doctrina existe una prohibición absoluta de rebasar la culpabilidad, ni por motivos de prevención especial ni por motivos de prevención general ("*absolutes Schuldüberschreitungsverbot*"). No es admisible, por el contrario, la posición conforme a la cual bastaría con que la pena permanezca "en su esencia" adecuada a la culpabilidad, sostenida entre otros por Dreher a través de su teoría de la gestación social⁷⁶.

Como consecuencia del reconocimiento de una prohibición de superación del marco de la culpabilidad, surge la pregunta de si las consideraciones preventivo-generales pueden realmente tener algún tipo de consideración en la medición de la pena, o si, por el contrario, han de reservarse exclusivamente a la valoración del legislador en la fijación del marco penal típico. Para ello habrá que distinguir en la discusión los casos en que el autor conoce aquellas circunstancias, de las cuales resulta una necesidad de carácter preventivo-general, y aquellos en que no es así.

En el primer caso existen en la doctrina opiniones diversas. Haag considera dudoso que en este caso sea lícita una agravación de la pena por esta circunstancia, ya que se estaría respondiendo a necesidades preventivo-generales de modo ilícito al abrigo de la culpabilidad⁷⁷, opinión que comproto. Pero buena parte de la doctrina considera en este caso que es posible justificar una agravación de la pena⁷⁸. Sin embargo, en el caso de que el autor no conociera dichas circunstancias, no podría responder en ningún caso por ello con una agravación de la pena. Parece claro en cualquier caso que en la individualización de la pena no pueden tomarse en cuenta circunstancias que el autor

⁷⁵ SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24.^a Ed, München, 1991, p. 599.

⁷⁶ HORSTKOTTE, Hartmuth, «Die Vorschriften des Ersten Gesetztes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB), en JZ, 1970, pp. 122-128, esp. p. 122. Para una exposición sobre las teorías de la individualización judicial de la pena, Cfr.: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general...*, Op.cit (nota 22), Cap. IV, pp. 197-214; el mismo, «Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena», en NDP, 1998/A (Sección Doctrina), pp. 19-39.

⁷⁷ HAAG, Karl, *Rationale Strafzumessung*, Schriftenreihe Köln, Berlin, Bonn, München, Annales Universitatis Saraviensis, Band 51, 1970, p. 21 [Cfr.: *Rationale...*].

⁷⁸ Cfr., por todos, BRUNS, Hans-Jürgen, *Strrafzumessungsrecht...*(2.^a ed), Op.cit., p.246.

desconocía, y de las cuales no debe responder. La culpabilidad limita en cada caso el ámbito de aplicación de la prevención general en el momento de la individualización judicial de la pena.

Las consecuencias que de ello se derivan respecto a la *licitud de consideraciones preventivo-generales en dicha sede* podrían cifrarse respecto a la prevención general negativa, en que esta puede constituir en todo caso un efecto paralelo a la imposición de la pena adecuada a la culpabilidad, pero no puede buscarse expresamente, ni fundamentar en ningún caso una extralimitación del marco señalado por la culpabilidad. Respecto a la *prevención general positiva* la colisión con la prohibición de superación de la culpabilidad, conforme a la doctrina dominante, no sería posible, porque se señala que la única pena que puede producir efectos preventivo-generales-positivos es aquella que se percibe como adecuada a la medida de la culpabilidad, como justa.

Esta última idea me parece, sin embargo, altamente cuestionable, por lo que a su refutación, y en general a la del modelo preventivo-general-positivo de pensamiento en el que se basa, dediqué gran parte de mis esfuerzos en mi monografía sobre *Prevención general e individualización judicial de la pena*⁷⁹. El modelo que propuse entonces ha sido objeto recientemente de una importante crítica por parte de Feijoo Sánchez⁸⁰, que me imputa sorprendentemente la idea de que la individualización de la pena es independiente de la teoría de los fines de la pena⁸¹. Dicha crítica está inspirada a mi entender, y en una primera aproximación, por un error metodológico de este autor

⁷⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general...*, Op.cit (nota 22), Cap. II y Cap. III, esp. pp. 109 y ss, y pp. 146 y ss. La monografía, que vio a la luz en mayo de 1999, resultaba de la tesina defendida en el año 1995, en la que ya aparecía un capítulo dedicado a los “modelos de pensamiento de la prevención general positiva”, y posterior tesis doctoral defendida el 06 de marzo de 1997, ambas en la Universidad de Salamanca. La bibliografía al respecto es prácticamente inabarcable; véase, por ejemplo, SCHÜNEMANN, Bernd, «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», traducción de P. Sánchez Ostiz, en Silva Sánchez (Ed.), *Política criminal...*, Op.cit (nota 11), pp. 89-100.

⁸⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho», en InDret 1/2007, pp. 1-20, esp. pp. 11 y ss.

⁸¹ Ibidem, p. 8 nota 22 *in fine*. Mi intento metodológico se basa más bien, como explico en el punto de partida lógico-jurídico, en la siguiente afirmación: «entendemos que existe una relación entre la esfera de fundamentación del Derecho Penal (pregunta por la legitimación externa del Derecho Penal), y la I.J.P., donde los fines de la pena juegan un papel esencial (pregunta por la legitimación interna)» (Cfr: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general...*, Op.cit (nota 22), esp. p. 4 (cursivas en el original)).

consistente en poner en el mismo plano dimensiones diferentes relativas a la teoría de los fines de la pena, el concepto material del delito, y el sistema del delito⁸².

En general, de este modelo de pensamiento me parece legítima la pretensión de relacionar y hacer compatibles en un Derecho Penal de un Estado democrático la lógica de la prevención, con la lógica de las garantías. Pero no comparto la idea de que la proporcionalidad resulta de la propia idea de la eficacia preventiva, porque, a mi juicio, la lógica preventiva tiende por sí misma a la maximización del rigor punitivo, por lo que los límites derivados del principio de proporcionalidad o de la culpabilidad por el hecho vienen dados sólo externamente, como consecuencia de los principios constitucionales que conforman el marco axiológico en que debe moverse el Derecho penal.

La prohibición, como se ha dicho, vale igualmente para la prevención especial. El pensamiento del aseguramiento frente al autor (prevención especial negativa) no puede conducir en ningún caso a la imposición de penas superiores a las relativas a la culpabilidad del autor. A ello se opone además, la clara y necesaria diferenciación entre penas y medidas de seguridad en los sistemas dualistas⁸³. Tampoco puede justificarse una pena superior a la culpabilidad por motivos de prevención especial positiva, para la consecución de los efectos de un determinado tratamiento, etc. Tales planteamientos, con base en la ideología del tratamiento, cuya piedra angular se halla en la pena indeterminada, no son aceptables en un Derecho Penal democrático. No en vano, instituciones como la llamada "custodia de seguridad"⁸⁴, han sido consideradas bajo el prisma del llamado "derecho penal del enemigo"⁸⁵.

⁸² En este sentido, véase la crítica a *Feijoo Sánchez* llevada a cabo por SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.^a, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en InDret 2/2007, pp. 1-15, esp. p. 7, nota 19.

⁸³ Como ha señalado *Roxin*, la función político-criminal del principio de culpabilidad reside en la limitación del poder estatal y en la distinción entre pena y medida de seguridad, por lo que representa una toma de posición respecto al sistema de doble vía [Cfr: ROXIN, Claus, «El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo», en *Política Criminal y reforma del Derecho Penal*, Bogotá, 1982, pp. 5-27, esp. p. 6 y pp. 13 y ss].

⁸⁴ En este sentido se ha planteado en tiempos recientes en Alemania el problema de la constitucionalidad de la llamada custodia de seguridad posterior al cumplimiento de la pena sin limitación temporal introducida por Ley de 23.07.2004 ("Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung") [Vid, entre otras referencias, GAZEAS, Nikolaos, «Nachträgliche Sicherungsverwahrung – Ein Irrweg der Gesetzgebung?», en StraFo, 1/2005, pp. 9-15]. El Tribunal Constitucional alemán ha considerado que este instituto no vulnera el Derecho fundamental a la libertad, ni la dignidad humana, bien que subrayando que debe ofertarse a estas personas posibilidades de resocialización y condiciones especiales de cumplimiento (BVerfGE 109 133, de

2. ¿Prohibición de quedarse por debajo del límite inferior de la culpabilidad?

2.1. Planteamiento general

Si bien la discusión acerca de la posibilidad de superar el límite superior de la culpabilidad se halla cerrada por existir unanimidad sobre la constitucionalidad de la misma; no sucede lo mismo respecto a la posibilidad de ir por debajo del límite inferior de la culpabilidad por necesidades preventivas (lógicamente, de prevención especial). Quienes postulan esta posibilidad otorgan a la culpabilidad *carácter limitativo, y no constitutivo en la individualización judicial de la pena*⁸⁶. Esta concepción, acogida por el

05-02-2004) [Vid. referencias sintéticas en WEIGEND, Thomas, «Einleitung», *Leipziger Kommentar*, 12.^a ed, Tomo I, Berlin: De Gruyter, 2006, p. 42, marg. 79]. En la bibliografía en español, Cfr: GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, «Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad», en *RP*, n.^o 19, 2007, pp. 70-84.

⁸⁵ Cfr, por todos, JAKOBS, Günther, «¿Terroristas como personas en Derecho?», traducción de M. Cancio Meliá, en Cancio Melia / Gómez Jara Díez (ed.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Montevideo-Buenos Aires: Edisofer, 2006, pp. 77-116, esp. p. 88. Sobre el tema, y con amplias alusiones al trabajo original citado anteriormente (*ZStW*, 117, 2005/4, pp. 839-851): DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «El derecho penal del enemigo darf nicht sein!». Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad», en Cancio Melia / Gómez Jara Díez (coord.), *Derecho Penal del enemigo*, Vol.1, Op.cit (nota 85), pp. 473-509 (ulteriores referencias bibliográficas aparecen en la versión alemana: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein! Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“ und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien», en *ZIS*, 9/2006, pp. 413-427). Ya anteriormente, en contra, y vinculando a las bases metodológicas y de la teoría de la pena de Günther Jakobs, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Del Derecho Penal liberal al Derecho Penal del enemigo”, en *RDPC*, n.^o 14, 2004, pp. 87-116 [=NDP, 2004/A, pp. 47-76]. Véase además, advirtiendo críticamente acerca de posibles mutaciones en el reparto de tareas entre el Derecho penal y el Derecho de policía, KINDHÄUSER, Urs, «Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein “Feindstrafrecht”», en Hoyer et.al. (Hrsg.), *Festschrift für Friederich-Christian Schroeder*, Op. cit (nota 32), pp. 81-98, pp. 93 y ss.

⁸⁶ Quienes, por el contrario, otorgan carácter constitutivo a la culpabilidad en la individualización judicial de la pena partiendo del fin retributivo de la pena, entienden que ésta no puede desconectarse en ningún momento de la “justa compensación de la culpabilidad” («gerechter Schuldausgleich») ni hacia arriba ni hacia abajo, y creen por tanto, que los fines preventivos sólo pueden jugar en el interior del marco de la pena todavía adecuada a la culpabilidad. En este sentido, Cfr, por todos, GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen zu den §§ 46 bis 50», en *Leipziger*

parágrafo 59 del Proyecto Alternativo alemán, no parece posible en el marco del actual § 46 del StGB, ya que su parágrafo 1.º dice expresamente que la culpabilidad es el fundamento de la individualización judicial de la pena, y se cree que con esta declaración se ha otorgado a la culpabilidad carácter constitutivo, y por consiguiente, la misión de limitar la pena tanto por arriba (prohibición de superar la culpabilidad), como por debajo (prohibición de ir por debajo de la culpabilidad)⁸⁷. Sin embargo hay que subrayar que tal precepto no existe en absoluto en el Código penal español, por lo que, a mi juicio, no es preciso en nuestro caso limitar la posibilidad de ir por debajo de la culpabilidad, cuando ello es preciso desde el punto de vista preventivo-especial.

Entre la *prevención general positiva* y el principio de la retribución justa a través de la compensación de la culpabilidad existe una estrecha relación. Como ha puesto de relieve Noll a cada norma represiva le corresponde una función preventiva⁸⁸. La cantidad de pena expresada por el marco penal típico se determina en primer lugar a través del interés del Estado en la evitación de las correspondientes lesiones a los bienes jurídicos, y con ello a través del valor otorgado a los respectivos bienes jurídicos. Cuando hablamos de una pena adecuada a la culpabilidad que no puede por razones preventivas superar la frontera marcada por ésta última, nos referimos en último término a la constatación de que la pena presupone la plena imputabilidad del autor, y se corresponde con la gravedad de la lesión producida al bien jurídico, y la importancia del mismo.

Partiendo de los preceptos legales comprobamos, sin embargo, que el ordenamiento jurídico hace depender la cantidad de pena de varios factores ("factores legales de la determinación de la pena" / "Strafbemessungsgründe"), respecto de los cuales puede entenderse que esconden igualmente una finalidad preventiva del legislador. La individualización judicial de la pena de acuerdo con la medida de la culpabilidad, significa en primer término una individualización de acuerdo con la correspondiente lesión de un bien jurídico, en la medida en que el autor pueda ser hecho responsable de ello. Hay que tener en cuenta que también los elementos subjetivos del tipo han de referirse a la prevención, y en buena medida caracterizan la lesión del bien jurídico⁸⁹.

Kommentar, 11.^a ed, Berlin.New York: Walter de Gruyter, 1995, pp. 83-242, esp. pp. 105 y ss.

⁸⁷ HIRSCH, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op.cit* (nota 59), p. 10.

⁸⁸ NOLL, Peter, «Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», en Geerds / Naucke (Hrsg.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, 1966, pp. 219-223, p. 222.

⁸⁹ *Ibídem*, pp. 230-1.

Si al principio de culpabilidad le correspondiera una función constitutiva, ello tendría como consecuencia que la medida de la pena adecuada a la culpabilidad, ya por esta razón, no podría quedarse por debajo de la misma. En este caso las reflexiones sobre la prevención general positiva en la individualización judicial de la pena serían totalmente superfluas, porque su función podría ser cumplida perfectamente por la justa retribución de la culpabilidad⁹⁰.

Mientras que de la regulación del Código Penal alemán en el parágrafo 46.1, puede deducirse la existencia de una prohibición de quedarse por debajo de la medida de la pena adecuada a la culpabilidad, al proclamar que la culpabilidad es el fundamento de la medición de la pena⁹¹, el Proyecto Alternativo de 1966 se pronuncia contra dicha prohibición, al señalar que la medida de la pena determinada a través de la culpabilidad del autor sólo puede agotarse si lo requiere la resocialización del autor y la protección de bienes jurídicos. Este último se pronuncia, por consiguiente, contra el efecto constitutivo del principio de culpabilidad en la individualización judicial de la pena.

La consideración por el juez de la posibilidad de quedarse por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad en el caso concreto sólo puede venir dada por consideraciones de carácter preventivo-especial ya que tanto el principio de la retribución como la prevención general exigirían el agotamiento de la medida de la pena adecuada a la culpabilidad⁹². Por su parte el segundo inciso del parágrafo 46 del Código Penal alemán remite a la consideración en la individualización judicial de la pena de las consecuencias de la pena para la vida futura del autor en la sociedad, lo cual hace necesario tener en cuenta dichas consideraciones de prevención especial en la individualización de la pena. La discusión en la doctrina alemana en este punto ha tenido lugar fundamentalmente en cuanto al alcance que la prevención especial habría de tener al respecto. Los partidarios de la teoría del valor jerárquico del empleo entienden que la prevención especial habría de desarrollar su papel dentro de la denominada

⁹⁰ SCHNELLE, Karl, *Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung*, Göttingen, 1977, p. 158.

⁹¹ Si el parágrafo 46.1 del StGB contiene o no una prohibición de quedarse por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad es algo discutido en la doctrina. Cfr.: *Protokolle der Komission für die Reform des Strafgesetzbuches*, Band 5, pp. 344, 2288.

⁹² Esta opinión más o menos generalizada en la doctrina, encuentra a mi modo de ver una matización importante en aquella otra afirmación que la prevención general de integración remite también en cierto modo a la prevención especial, ya que la sociedad tolera una cierta renuncia a la culpabilidad por razones de prevención especial [Cfr.: PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad...*, Op.cit., p. 275].

"individualización judicial de la pena *lato sensu*", es decir, en un segundo nivel, cuya misión sería decidir la elección del tipo de pena, la aplicación o no de sustitutivos penales, pero no para la elección de la cantidad de pena en sí. Sin embargo, ya el mencionado inciso no permite una interpretación de este tipo, ya que la resocialización ha de tener relevancia en toda la individualización de la pena, y también, por consiguiente, en la individualización de la pena en sentido estricto, es decir, en la elección de la cantidad de la pena. Esta teoría tampoco es compatible con el Derecho Penal español, pues nuestro Código da relevancia al criterio de las circunstancias personales del delincuente en la individualización judicial de la pena con carácter general en la regla 6.^a del artículo 66, sin restringirlo en absoluto a la denominada individualización en sentido amplio.

El argumento fundamental contra la idea de rebasar la culpabilidad basándose en razones preventivas es que, al hacerlo, se estaría penalizando al autor más allá de su responsabilidad, y se estaría lesionando su dignidad como persona, por convertirlo en un mero instrumento de los objetivos político criminales del Estado. Pero ninguna de estas cuestiones tiene lugar, cuando de lo que se trata es justamente de lo contrario, de no llegar a la medida de la culpabilidad, puesto que ni se utiliza al autor como instrumento de los objetivos político criminales del Estado ni se lesiona en modo alguno el ámbito de protección de los derechos fundamentales de la persona.

Pese a ello, quienes entienden que la función de la prevención general en la individualización judicial de la pena ha de consistir en compensar determinados efectos del delito en la confianza jurídica de la población, entienden igualmente que quedarse por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad puede no ser lícito, si las necesidades preventivo-generales así entendidas lo impiden, sin olvidar que las exigencias de la prevención especial, pueden entrar en conflicto con el principio de igualdad⁹³. El razonamiento acaba siendo, a mi modo de ver, claramente antigarantista, y en último término insostenible⁹⁴.

⁹³ SCHNELLE, *Die Funktion...*, Op.cit (nota 90), pp. 165 y ss.

⁹⁴ Prueba de ello son las conclusiones de SCHNELLE al respecto:

«Otra cosa es, cuando especiales necesidades preventivo-generales exigen el agotamiento de la pena adecuada a la culpabilidad. Esto puede suceder por ejemplo cuando se produce un extraordinario aumento de determinados delitos, cuando puede deducirse por tanto que determinadas normas no son tomadas suficientemente en serio, posiblemente también en casos particulares llamativos, que son conocidos en la opinión pública por su constante propaganda en los medios de comunicación. Aquí no es lícito no agotar la medida de la pena adecuada a la culpabilidad, en los cuales los efectos preventivo generales de la pena tienen primacía respecto a

Especialmente ilustrativas, y corroboradoras del carácter neoretribucionista de esta argumentación, me parecen en este sentido las reflexiones de *Jakobs*, quien advierte que la pena rige como compensación de la culpabilidad en el marco de lo necesario desde el punto de vista preventivo. Este planteamiento le lleva a negar la posibilidad de ir por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad, entendida ésta última como aquella necesaria para la estabilización de la norma:

“a) Es ya discutible que una culpabilidad entendida sin relación a fines, de acuerdo con el Derecho vigente se encuentre en alguna relación, fijada al menos esquemáticamente, con la medida de la pena. Cuando se establecieron los marcos penales del Derecho vigente se reconocía desde tiempo atrás que la pena se destina a compensar la culpabilidad a lo sumo en el marco de lo necesario desde el punto de vista preventivo. El sistema penal no es, pues, reflejo de una culpabilidad concebida sin relación a fines, sino de una “culpabilidad” limitada ya hace tiempo desde el punto de vista preventivo. Las desigualdades de la pena que surgen dentro de este sistema, a igualdad de culpabilidad aparente, siempre se pueden explicar con el argumento de que la pena menor se determina mediante reducciones de tipo preventivo con respecto a lo correspondiente a la culpabilidad.

b) A la cuestión tan debatida de si la pena puede quedarse por debajo de lo adecuado a la culpabilidad ha de responderse negativamente a partir de la concepción aquí propugnada. Dado que la pena adecuada a la culpabilidad es por definición la pena necesaria para la estabilización de la norma, renunciar a la pena adecuada a la culpabilidad sería renunciar a lo que es jurídico-penalmente necesario”⁹⁵.

las necesidades preventivo-especiales. Sin embargo de ello no puede deducirse una prohibición de quedarse por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad. Puede renunciarse a la pena adecuada a la culpabilidad cuando desde el punto de vista preventivo-especial es razonable y este beneficio equilibra el posible menoscabo del efecto preventivo general permanentemente vinculado a la pena adecuada a la culpabilidad, siempre que del caso concreto no se desprendan especiales puntos de vista preventivo-generales. La prevención especial es -también en el marco de la individualización judicial de la pena en sentido estricto- un fin reconocido de la pena, cuya consideración en el caso concreto puede conducir a quedarse por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad» (*Ibidem*, p. 167).

⁹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal...*, *Op.cit* (nota 42), pp. 589-590, margs. 30 y 31. Asimismo en la nota n.º 74 de la página 36, con una frase contundente: “¡Si se tolera la reducción de la pena, también queda atenuada la culpabilidad! (la negrita es mía). De otra opinión, sin embargo, pese a partir de un concepto de retribución como reafirmación del ordenamiento jurídico al que se añaden después los fines preventivos, GIL GIL, Alicia, «Prevención general...», *Op.cit* (nota 12), p. 26.

En mi opinión, la sustitución del carácter constitutivo del principio de culpabilidad por el carácter constitutivo del fin de la prevención general en la individualización judicial de la pena para delimitar el límite del grado de tolerancia social respecto a la virtualidad de la prevención especial en la misma, de acuerdo con la vigencia social del binomio culpabilidad-pena, es incorrecto. Si estamos en contra del carácter constitutivo de la culpabilidad-retribución en la individualización judicial de la pena, también lo estamos en contra de otorgar carácter constitutivo en este sentido a la prevención general de integración. Esta conclusión deriva de las dudas que recaen en primer término respecto a la prevención general positiva como fin de la pena, entre las cuales se encuentra el hecho de encubrir con un lenguaje diferente, los mismos presupuestos que la prevención general negativa. Si esto es así, y la prevención general negativa es claramente rechazable como factor de la individualización judicial de la pena, tanto por razones de carácter dogmático, como constitucionales y de orden criminológico⁹⁶, las mismas objeciones son aplicables a la prevención general positiva, motivo por el cual es lógica la consecuencia que obtenemos ahora sobre la negación del carácter constitutivo de la prevención general de integración en su relación con la culpabilidad, que pudiera llevar eventualmente a ser un criterio decisivo en este ámbito frente a la prevención especial.

2.2. Soluciones teóricas (síntesis)

A. Según la *teoría de la pena puntual* y la *teoría del valor jerárquico del empleo* la cantidad de la pena a imponer se determina exclusivamente según la medida de la culpabilidad, lo cual resulta incompatible tanto con la regulación del Código Penal alemán, como con la del español. Por consiguiente, conforme a estas teorías los fines preventivos no tienen ningún tipo de influencia sobre la pena adecuada a la culpabilidad, sino que solamente, según la teoría del valor jerárquico del empleo, éstos entrarían en juego en la individualización judicial de la pena *lato sensu*, para determinar en los casos en que ello es posible, si se aplica o no un sustitutivo penal.

B. Según la *teoría de la gestación social*, defendida por Dreher/Tröndle y por Jescheck la culpabilidad determina también una única pena posible dentro del marco penal típico (motivo por el cual se equipara a la teoría de la pena puntual o exacta), consecuencia de un "acto" creador del juez conforme a la conciencia de la comunidad jurídica. Ésta, sin embargo, a diferencia de lo que señala la teoría del valor jerárquico del empleo, puede ser modificada por fines preventivo-generales o especiales, tanto en la

⁹⁶ Con más detalle, Cfr.: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general...*, Op.cit (nota 22), esp. pp. 139 y ss, y pp. 159 y ss.

cantidad como en el tipo de pena, cuando la pena permanece como justa compensación de la culpabilidad.

C. Según la teoría del espacio de juego, sostenida en Jurisprudencia reiterada por el Tribunal Supremo alemán, los fines preventivos sólo pueden jugar en el interior del marco determinado por las fronteras superior e inferior de penas adecuadas a la culpabilidad, marco esencialmente más estrecho que el marco penal típico. Lo importante ahora es destacar que, conforme a esta teoría, las fronteras de dicho marco no pueden sobrepasarse ni hacia arriba ni hacia abajo por motivos preventivos. Esto significa, por otra parte, que la prevención general puede conducir teóricamente a una agravación o atenuación de la pena en este marco, aunque en la práctica sólo en muy raras ocasiones, debido a los estrictos requisitos que el propio Tribunal Supremo ha establecido para ello⁹⁷.

Por otro lado, hay que señalar que conforme a esta teoría los fines preventivos tendrían influencia, de modo parecido a la teoría del acto de gestación social y distinto a la teoría del valor jerárquico del empleo, no sólo sobre el tipo de pena, sino también sobre la cantidad de pena⁹⁸. Pero, en cualquier caso, dichas consideraciones preventivas no pueden conducir, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, a ir por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad⁹⁹.

No obstante, hay que poner en duda que el presupuesto de esta teoría, la prevención dentro de la culpabilidad, sea todavía sostenible a la luz de los avances de la jurisprudencia en Alemania relativos a la elección del marco penal (“*Strafrahmenbildung = Strafrahmenwahl*”), que entiende que ya en este proceso intervienen muchos factores preventivos, en el marco de la valoración global (“*Gesamtabwägung*”). Ello tendría sobre todo relevancia en supuestos de estabilización de las circunstancias de la vida del reo después del hecho, proceso que se vería arruinado por la imposición de una pena, así

⁹⁷ SCHÄFER, Gerhard, *Praxis der Strafzumessung*, 2.^a ed, München: Beck, 1985, p. 164; acerca de esta teoría, entre otras referencias, Vid.: STRENG, Franz, «Praktikabilität und Legitimität der “Spielraumtheorie”- Perspektiven einer Strafzumessungstheorie angesichts neuer Befunde und Entwicklungen -», en Britz et. al. (Hrsg.), *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, Op.cit (nota 39), pp. 875-903.

⁹⁸ Ello es decisivo sobre todo cuando se trata de penas privativas de libertad, que dentro del marco de la culpabilidad, todavía serían susceptibles de ser sustituidas por penas de multa, o trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 88 CP), o de la suspensión de su ejecución (artículos 80 a 87 CP).

⁹⁹ SCHÄFER, *Praxis...*, Op.cit (nota 87), p. 165.

como en la consideración de la duración del proceso en sí y sus efectos negativos sobre la vida del reo¹⁰⁰.

D. Según el punto de vista de autores como *Roxin*, *Lackner* o *Frisch*, apoyándose sobre todo en la cláusula preventivo-especial que recoge el inciso segundo del parágrafo 46.1 del Código Penal alemán, es posible ir por debajo del límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad¹⁰¹.

A mi modo de ver ello es asimismo perfectamente sostenible en nuestro ordenamiento jurídico, por las siguientes razones: a) el criterio de las circunstancias personales del delincuente aparece como el único criterio general de la individualización judicial de la pena claramente interpretable desde el punto de vista de sus factores finales; b) por otro, no hay una declaración legal como la del § 46.1 StGB, que diga que la culpabilidad es el fundamento de la individualización judicial de la pena en nuestro derecho. Bien es verdad que aparece el criterio de la gravedad del hecho, del cual creemos que se trata de un criterio complejo, susceptible de interpretaciones diferentes, según que dicha interpretación se realice a partir de uno u otro fin de la pena (en concreto, la retribución o la prevención general), y según el concepto de culpabilidad o/y

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 165-166.

¹⁰¹ ROXIN, Claus, «La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena», en *Culpabilidad...*, Op.cit (nota 44), pp. 93-114, esp. pp. 104 y ss; LACKNER, Kart, *Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis*, Heidelberg.Karlsruhe: C.F. Müller, 1978, pp. 24 y ss; FRISCH, Wolfgang, «Gegenwärtiger...», Op.cit (nota 68), p. 367.

En sentido similar se mueve la “teoría del límite máximo marcado por el hecho culpable” formulada por *Luzón Peña* en nuestro país. Una descripción sintética de dicha teoría formulada ya en su trabajo de 1979 (nota 64), la realiza el propio autor en *Luzón Peña*, Diego-Manuel, «Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código penal español de 1995», en *Cerezo Mir et.al. (edts.), El nuevo Código Penal*, Op.cit (nota 68), pp.161-169, p. 167: “Muy en síntesis, esta concepción considera que, por respeto a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, la «gravedad del hecho», o sea, del injusto y la culpabilidad, impone, si es reducida, un límite superior a la pena concreta por debajo del límite máximo del marco penal típico o abstracto; pero no impone límites inferiores por encima del límite mínimo de ese marco penal legal (salvo, en el sistema español, en el caso de concurrencia exclusiva de agravantes, que obliga a un límite inferior más elevado: mitad superior de la pena típica según el art. 66.3.º). Por ello, por debajo del citado límite superior para individualizar la pena se atenderá prioritariamente a las necesidades preventivo-especiales en función de las circunstancias personales del sujeto” (la negrita es mía).

de injusto culpable que se adopte ¹⁰². De cualquier forma, este criterio podría estar jugando en nuestro ordenamiento jurídico la función de delimitación del *límite máximo* de la pena, representando asimismo la exigencia del principio de proporcionalidad en la medición de la pena (como proyección del principio de proporcionalidad como principio general limitador del *ius puniendi* en el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho), y en último término, las exigencias del principio de culpabilidad entendida como “culpabilidad por el hecho”. Ello no sería óbice, por tanto, para ir por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad (si es que se puede hablar en estos términos), si ello viene exigido por necesidades preventivo-especiales de la no desocialización del reo, una vez tomadas en consideración de modo suficiente las circunstancias personales del reo a estos efectos.

VI. CONCLUSIONES

1. La figura de *Claus Roxin* es determinante en el entendimiento moderno del Derecho penal. Con él recobra actualidad la perspectiva integradora propuesta en su día por *von Liszt*, en lo que supone un avance metodológico que ha influido decisivamente el desarrollo de la Ciencia Penal contemporánea. Desde esta perspectiva es fundamental no perder de vista que nuestro universo conceptual no se agota en las categorías dogmáticas, aisladas de valoraciones de carácter político-criminal. Tan cierto como esto último es también, sin embargo, que las valoraciones político-criminales tampoco determinan -por sí mismas y en todo caso- la corrección o incorrección de los resultados obtenidos dogmáticamente.

Es importante que se explice la relación entre las dos variables. En ocasiones una pretensión político-criminal, por oportuna o deseable que pueda parecer en una coyuntura determinada, no será aceptable si resulta dogmáticamente insostenible, contradictoria o endeble. Y al revés, no cualquier conclusión dogmática, por lógica que

¹⁰² Más ampliamente, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general..., Op.cit* (nota 22), Cap. VI, esp. pp. 266-325; el mismo, «Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal de 1995», en *ADPCP*, 1997, pp. 323-362. Se refiere en un sentido similar a la idea de “proporcionalidad referida a la valoración global del hecho”, GARCÍA ARÁN, Mercedes, «El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?», en Quintero Olivares / Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho penal español*, *Op. cit* (nota 35), pp. 401-415, esp. p. 412.

parezca en su esquema, es necesariamente correcta o razonable desde la perspectiva político-criminal que debe inspirarla¹⁰³.

Fundamental es, en cualquier caso, que la elaboración dogmática y las valoraciones político-criminales formen parte de un mismo esquema metodológico, argumentativo, y conceptual, de un mismo "marco axiológico", que no es otro que el que resulta de un modelo de Estado, el Estado de Derecho¹⁰⁴. La función de la Ciencia Penal no debe ser la de determinar en qué medida o en qué marco (que algunos creen "necesario") es lícito apartarse de ese modelo, sino la de mostrar en qué medida el ordenamiento jurídico vigente se adecua o no al mismo. Creo que esta honda raíz constitucional, con las ventanas abiertas a la evolución social y el progreso científico, ha estado siempre presente en la obra de *Claus Roxin* y en su concepto de la Política Criminal.

2. El concepto de *culpabilidad* sigue siendo, en mi opinión, antes como ahora, clave en el entendimiento garantista del Derecho penal, como barrera a la intervención del *ius puniendo* estatal. Hoy más que nunca hacen falta principios claros y conceptos dogmáticos sólidos que limiten dicha intervención. La culpabilidad es un principio de rango constitucional, bien estructurado dogmáticamente, que cumple esta función. Las discusiones sobre su fundamento filosófico último, lo vinculan hondamente con el eterno problema de los fines de la pena. Esta vinculación, a través de la profusión y confusión de concepciones, no debe empañar en ningún caso dicha función. En este sentido, como se ha subrayado, en el modelo del Estado de Derecho, sólo cabe un concepto de culpabilidad por el hecho, correspondiente al Derecho penal del hecho. Esto vale tanto para la culpabilidad como categoría dogmática del delito, cuanto para la culpabilidad en la medición de la pena.

3. La estructura de la *culpabilidad* con relación al *injusto* conduce a esa misma conclusión: el Derecho penal del Estado de Derecho ni ordena ni prohíbe modos de pensar, deseos o intenciones de las personas, maneras de ser, etc., sino sólo hechos externos dirigidos por la voluntad (dolosa o imprudentemente) a vulnerar bienes

¹⁰³ Sobre este círculo de problemas, Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco, «La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la Segunda Guerra Mundial. Historia de una relación atormentada», en Alonso Álamo et.al., (Edts.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Op.cit* (nota 14), pp. 743-768, *passim*; quien subraya - con razón- que "el condicionamiento político de las construcciones dogmáticas en cualquier momento histórico no puede soslayarse".

¹⁰⁴ Sobre los avances en este terreno Vid: CARBONELL, Miguel (edt.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2003, *passim*.

jurídicos, que efectivamente los lesionan o ponen en peligro ¹⁰⁵. La culpabilidad por el hecho requiere, a su vez, un injusto simultáneo, de lo que resulta entre otras cosas la incorrección del modelo de la excepción en el ámbito de la *actio libera in causa* ¹⁰⁶.

Una concepción de un Derecho penal orientado a las consecuencias, entendiendo por tal un Derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos, y no a la (mera)

¹⁰⁵ Con más detalle sobre el significado del “injusto personal”, y sobre las lecturas subjetivistas equivocadas del mismo, que no se corresponden con la corriente metodológica propuesta por el finalismo, por todos, HIRSCH, Hans Joachim, «Los conceptos “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o desvalor sobre el estado de cosas», traducción de E. Demetrio Crespo, en Díez Ripollés / Romeo Casabona / Gracia Martín / Higuera Guimerá, *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 773-779. Asimismo, con más referencias, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, Granada: Comares, 2003, pp. 7 y ss.

¹⁰⁶ Ampliamente, en defensa del modelo del tipo, también en el ordenamiento jurídico español, Vid: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «La *actio libera in causa*: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?», en Arroyo Zapatero / Berdugo Gómez De La Torre (drts.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Vol. I, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 993-1012; el mismo, *La tentativa...*, Op.cit (nota 105), pp. 123 y ss. Vid, asimismo, sobre este problema, entre otras referencias, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Actio libera in causa dolosa e imprudente*, Barcelona: Atelier, 2004, passim; y DÍAZ PITA, M.^a del Mar, *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, passim.

En la medida en que no he aportado argumentos a favor de ningún otro modelo que no sea el modelo del tipo, en general y en lo que se refiere a su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, creo que se disipa la duda manifestada por Alcácer Guirao en su recensión sobre si en mi opinión es el único modelo correcto [Vid: ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «*Actio libera in causa*: tres contribuciones recientes», en RDPC, 2.^a Época, n.^o 13, 2004, pp. 393-432, esp. pp. 399 y ss, pp. 401 y 404]. Por lo demás, su crítica a mi posición tiene una parte de fundamento debido a una expresión inexacta por mi parte que induce a error [DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La tentativa...*, Op.cit (nota 105), p. 141: «Cuestión distinta es que, habiéndose producido un comienzo de ejecución mediante una acción objetivamente dirigida a la lesión de un bien jurídico, la acción entre ya por ello necesariamente en la órbita del tipo...» (ver cursiva)]. En realidad, quería indicar con ello algo que me parece obvio: cuando alguien se embriaga con intención de convertirse en instrumento de si mismo para matar a otro, pero luego omite continuar actuando, estamos ante un caso (impune) de desistimiento pasivo que, como pongo de relieve al final del trabajo, a diferencia de lo que sucede en la autoría mediata, sí es posible en la *actio libera in causa*. No en vano las dos constelaciones sólo se consideran en mi trabajo como casos paralelos, pero no iguales. En definitiva, esa frase no empece en nada mi coherencia en defensa del modelo del tipo en el actual ordenamiento jurídico español, que me esfuerzo en subrayar [Cfr: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La tentativa...*, Op.cit (nota 105), esp. p. 127, pero también, pp. 128 y ss, 137 y ss].

compensación (retributiva) de la culpabilidad, conduce a partir de aquí a la afirmación de que la culpabilidad es sólo *condición de la atribución del injusto a su autor*, por lo que no está en condiciones de agravar la pena, sino sólo de atenuarla o excluirla. El principio de culpabilidad sólo tiene carácter constitutivo para el "sí" de la pena (en el sentido de que no cabe pena alguna sin culpabilidad), pero como medida de la pena adquiere solamente una función de limitación.

Si no me equivoco, *Roxin* y algunos de sus críticos estarían de acuerdo con el núcleo de estas afirmaciones, por lo que sospecho que se trata a veces de un problema de entendimiento en torno al lenguaje. Cuando *Roxin* dice que la culpabilidad no sirve para fundamentar la pena no quiere decir que pierda este papel constitutivo que acabamos de otorgarle, sino sólo que la idea de retribución subyacente a su entendimiento tradicional (en el plano de los fines de la pena) no queda justificada al mismo tiempo. Pero esto se explica claramente si somos capaces de distinguir dos planos del discurso que desde la obra de *Achenbach* cada vez están más claros: la idea de culpabilidad (plano filosófico-axiológico), y la culpabilidad como categoría del delito y en la medición de la pena (plano de la aplicación del derecho). No menos profusas e intrincadas son las confusiones que parten de no entender la relación entre la culpabilidad como categoría del delito, y la culpabilidad en la medición de la pena, o bien de considerar que ambas pueden guiarse por marcos valorativos totalmente distintos.

4. La función de la culpabilidad es en primer término, como categoría del delito, una de carácter garantista, que sirve a un propósito indiscutible, que no puede pervertirse por motivos de utilidad social (*antinomia prevención-culpabilidad*)¹⁰⁷. Este es al mismo tiempo el núcleo que guía el sistema de doble vía en las consecuencias jurídicas, y que permite afirmar que en un Derecho penal propio del Estado de Derecho no cabe castigar por ejemplo a enfermos mentales¹⁰⁸.

¹⁰⁷ De una doble función, sistemática por un lado y garantizadora por otro, habla *García Arán*, que en la concepción aquí sostenida se funden en una principal, la garantista limitadora de la intervención penal, que se ve cumplimentada de un modo más eficiente a través del actual estadio de evolución dogmática. Este último, como bien señala esta autora, permite enunciar la prohibición de responsabilidad por el resultado como principio (auténtico) de responsabilidad subjetiva [Cfr.: GARCÍA ARÁN, Mercedes, «El llamado principio...», *Op.cit* (nota 103), p. 405]. Visto así, la dicotomía principio-concepto (de la culpabilidad) no debe generar ningún tipo de perplejidad.

¹⁰⁸ Vid., las obras clásicas de BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York, 1948, *passim*; HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon, 1973, *passim*; con más referencias sobre la Filosofía utilitarista, DEMETRIO CRESPO,

Pero más allá de esto, la función de la culpabilidad reside además, en cuanto a la concreta pena a imponer, en fijar el *límite superior que en ningún caso puede ser rebasado* por motivos preventivos, sean de prevención general o de prevención especial. Se habla así de una absoluta prohibición de rebasar la pena adecuada a la culpabilidad del autor. Aquí nos movemos ya en el plano de la “culpabilidad en la medición de la pena”, y el peligro reside en pretender agravaciones de la pena –por motivos de prevención general- al abrigo de la culpabilidad. Por lo demás, existe unanimidad en este punto.

Al mismo tiempo, es el campo idóneo para ver transversalmente qué concepciones (preventivas o retributivas) inspiran la argumentación. Partir de una visión preventiva (protección de bienes jurídicos) del Derecho penal del hecho, en el marco de la culpabilidad por el hecho, supone admitir que, sin embargo, sí es posible rebasar el supuesto límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad. Partir de otras concepciones (hegeliano-retributivas) conduce a afirmar lo contrario, porque supuestamente algo así no se movería en el marco de lo necesario para la estabilización de la norma.

Con estas ideas quiero terminar, pues en ellas se concentran creo buena parte de la “esencia” del mensaje compartido presente en las enseñanzas del Profesor *Roxin* en torno a este complejo tema¹⁰⁹, y a su modo de entender el Derecho penal, que lo diferencia claramente de los excesos del normativismo más “fundamentalista”.

Eduardo, *Prevención general...*, *Op.cit* (nota 22), pp. 83 y ss. También, sobre este círculo de problemas, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Locos y culpables*, Pamplona: Aranzadi, 1999, *passim*.

¹⁰⁹ Especialmente gráfico, en mi opinión, en el siguiente artículo: ROXIN, Claus, «Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad. Sobre la relación entre culpabilidad y prevención en la dogmática jurídico-penal y en el derecho de determinación de la pena», en *Culpabilidad...*, *Op.cit* (nota 44), pp. 187-200.