

Culpabilidad, legitimación y proceso

MERCEDES GARCIA ARAN

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

La dogmática jurídico-penal europea ha alcanzado en este siglo unas altas cotas de elaboración: se han depurado al máximo las categorías propias de la teoría jurídica del delito, perfeccionándose —y en ocasiones, complicándose— un sistema conceptual que posiblemente sea, al menos en España, uno de los más acabados si se compara con los desarrollados en otras ramas del Derecho. Ello permite a los penalistas afrontar la solución de los problemas derivados de la aplicación de la Ley a los casos concretos con un sólido bagaje de conceptos dogmáticos que facilita su labor. Sin embargo, frecuentemente se han formulado advertencias sobre el peligro de abstracción y estancamiento de la dogmática penal, dirigidas fundamentalmente a destacar la importancia de la política criminal y de la relación entre Derecho penal y modelo de Estado. Junto a tales orientaciones sobradamente conocidas, se destaca cada vez con mayor insistencia la necesidad de no desvincular la teorización mantenida en el ámbito del Derecho penal respecto a la realización de tales principios en el marco del proceso. Orientaciones como la decisión sobre la necesidad de la pena, el principio de proporcionalidad de la reacción penal e incluso el de mínima intervención no pueden mantenerse en toda su plenitud si el proceso penal no cuenta con posibilidades para su acogimiento (1).

Debe tenerse en cuenta, que en el proceso no se opera tanto sobre el concepto de hechos ocurridos como sobre el de «hechos probados» (2) y que el propio concepto procesal de «hecho» aglutina distintas categorías deslindadas por las construcciones jurídico-materiales. Valgan como ejemplo los problemas planteados en materia de con-

(1) En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1986, p. 117.

(2) CÓRDOBA RODA, J.: *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, en «RJCat», 1984, p. 120.

curso de delitos entre el concepto jurídico-penal de acción y el concepto de «hecho» en sentido procesal (3).

Todo ello dota de autonomía a la elaboración conceptual propia del derecho procesal penal y al mismo tiempo plantea el peligro de desconexión entre las categorías jurídico-materiales y las procesales. Esta situación es en España, claramente apreciable: la elaboración del pensamiento dogmático penal se ha producido desconectada del ordenamiento procesal y éste mismo ha sufrido escasas alteraciones. Ni siquiera la teorización sobre la limitación de la intervención penal ha tenido reflejo palpable en las instituciones procesales. No ha ocurrido entre nosotros lo que Rüping considera reacciones del Derecho procesal frente a los cambios en el Derecho material (4), que han posibilitado en Alemania, por ejemplo, el afianzamiento del principio de oportunidad procesal y la renuncia a la acción en casos de escasa culpabilidad.

Las presentes páginas tienen una modesta finalidad: aportar una perspectiva distinta a la discusión sobre el contenido del concepto jurídico-penal de culpabilidad tal y como ha sido elaborado en el ámbito de la teoría del delito, que ofrece, en mi opinión, interesantes posibilidades en el sentido que se acaba de expresar. Incluso, con carácter previo a una profundización en el tema, resulta evidente que el término «culpabilidad» no es utilizado en el mismo sentido por la teoría jurídica del delito y por la Ley y la Doctrina procesales. La intención de este trabajo consiste en poner de manifiesto hasta qué punto esa dualidad de conceptos supone un completo divorcio o debe ser tenida en cuenta para reconsiderar o al menos relativizar algunos planteamientos propios de cada uno de los ámbitos de conocimiento. Ya en 1959, Quintano Ripollés ponía de manifiesto la duplicidad de concepciones en un trabajo titulado, precisamente, «Hacia una concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad» (5), y tal camino no ha sido suficientemente tenido en cuenta por la doctrina posterior. Intentaremos aquí recoger algunas de sus sugerencias.

Para ello, partiremos de un rápido repaso a la revisión del concepto de culpabilidad para comprobar el vigor que como categoría autónoma sigue ostentando.

Desde que en los primeros años del siglo XX la orientación neokantiana revisa la sistemática naturalística de Von Liszt y Beling proporcionando un nuevo entendimiento de la culpabilidad, pocos conceptos como el contenido por la llamada concepción normativa se

(3) MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*. Barcelona, 1985, p. 598. BÜCHNER, H.: *Der Begriff der Strafprozessualen Tat*. Würzburg, 1976, p. 16.

(4) RÜPING, H.: *Das Strafverfahren*. München, 1983, p. 94.

(5) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Hacia una posible concepción unitaria jurídico penal de la culpabilidad*, en «ADP», 1959, pp. 485 y ss.

han visto sometidos a revisión. La introducción de la referencia a valores y fines socialmente reconocidos como punto de apoyo en el estudio de las normas (6) ofrecía un terreno, precisamente por valorativo, mucho más inseguro que la firmeza «natural» de los postulados psicologicistas anteriores, sobre todo, cuando la concepción normativa pura del finalismo, terminó de desprender el dolo y la imprudencia del concepto de culpabilidad.

Este abandono del naturalismo explica en parte, que la mayoría de las críticas al concepto normativo de culpabilidad se hayan dirigido a la indemostrabilidad de su presupuesto: la libertad de decisión y el poder actuar de modo distinto a como se actuó, aunque lo cierto es que la confrontación entre determinismo e indeterminismo puede hoy considerarse relativamente superada.

No puede decirse lo mismo respecto a lo que en mi opinión, constituye el trasfondo de la discusión mantenida. Me refiero a la forma en que el concepto normativo de culpabilidad legitima la intervención penal: este es un ámbito de discusión que hoy puede deslindarse ya con claridad respecto del que analiza la culpabilidad como categoría dogmática añadida al injusto y diferenciada de éste, con las consecuencias prácticas que ello comporta.

Por supuesto, ambos planos no son ni totalmente independientes ni siempre claramente separables, pero sí que manifiestan un distinto grado de virulencia en la discusión mantenida al respecto de cada uno de ellos. Un breve repaso, sin pretensión de exhaustividad a las consideraciones doctrinales producidas en ambas perspectivas, nos ayudará a comprobar hasta dónde llega hoy la solidez de concepto de culpabilidad.

1. LA CULPABILIDAD COMO CONCEPTO LEGITIMADOR

1.1. Visión general sobre la concepción normativa

Las primeras formulaciones de la concepción normativa, quizá por su pretensión de introducir lo valorativo en el juicio de culpabilidad, están fuertemente cargadas de intención justificadora o legitimadora del castigo; de ello constituye uno de los máximos exponentes la contundente expresión de Frank: «Culpabilidad es reprochabilidad» (7) o la atribución a la culpabilidad de facultades dignificadoras del De-

(6) LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980, p. 118, con desarrollo de las tesis de Rickert y Lask. MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*. Barcelona, 1976, pp. 237 y ss.

(7) FRANK.: *Über den Aufbau des Schuldbergriffs*, en «Giessener Fest». München, 1907.

recho penal (8). Sobre el tan repetido «reproche» que se le formula al autor recae todo el peso de la justificación del castigo como recaerán posteriormente la inmensa mayoría de las críticas. El sujeto es culpable porque podía haberse comportado de otra manera, y ello se fundamenta en la capacidad individual de autodeterminación y de libre decisión (9).

La línea del discurso tiene un claro componente individualista en la medida en que está presente ese enfrentamiento «Estado-ciudadano» como sujetos activo y pasivo del reproche, pero al mismo tiempo y quizá por ello, predominan los conceptos generalizadores, bien como fundamento de la concepción, bien como integradores del juicio del reproche: desde la infracción de la norma genérica de deber que supone la obligación de determinarse en Goldschmidt (10) hasta la misma idea de deber resultante de la «objetividad de la Ley moral» en Arthur Kaufmann (11), sin olvidar el concepto de «hombre medio», como baremo de determinación de la exigibilidad (12), aunque se introduzca la valoración de las condiciones personales y la situación del autor (13).

En España, la concepción normativa tuvo una favorable acogida, sobre todo a partir de la traducción y anotaciones del Tratado de Mezger por Rodríguez Muñoz (14), y aunque la doctrina reciente se ha hecho amplio eco de la crisis del concepto, como veremos más adelante, y son numerosas las matizaciones al respecto, no puede considerarse en absoluto abandonada (15).

(8) MAYER, M. E.: *Der Allgemeines Teils des Deutschen Staafrechts*, Heidelberg, 1923, pp. 228 y ss.

(9) FREUDENTHAL.: *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922, pp. 9 y ss. Las exposiciones sobre la concepción normativa y sus principales representantes son numerosas y hacen innecesaria aquí una prolija cita de las mismas. Además de las acogidas en las obras generales más recientes, nos remitimos a los trabajos de: SAINZ CANTERO, J. A.: *El desenvolvimiento histórico dogmático del principio de no exigibilidad*, en «ADP», 1960; El mismo. *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma de Derecho penal*, Granada, 1965; CORDOBA RODA, J.: *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963; ACHENBACH, H.: *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad*, en «Libro homenaje a J. Antón Oneca, Salamanca, 1982.

(10) *Normativer Schuldbegriff*, en «Fest f. Frank», Tübingen, 1930.

(11) *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1976, pp. 127-128.

(12) WOLF.: *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*. Tübingen, 1933. pp. 40 y ss. SCARANO, L.: *La non esigibilità nel diritto penale*. Nápoles, 1948, p. 85.

(13) JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho penal*, I, Barcelona, 1981, (trad. Mir Puig, Muñoz Conde), p. 562.

(14) RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Notas al Tratado de Derecho penal de Mezger*. Madrid, 1949. CORDOBA RODA, J.: *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977. pp. 15 y ss., resumiendo tal repercusión. SAINZ CANTERO, J. A.: *La exigibilidad*, cit. RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M.: *Derecho penal español*. «PG», Madrid, 1985, pp. 432 y ss. COBO DEL ROSAL VIVES ANTÓN.: *Derecho penal*, «PG», Valencia, 1984, pp. 443 y ss.

(15) CEREZO, J.: *Culpabilidad y pena*, en «ADP», 1980, p. 347. TORÍO, A.: *El concepto individual de culpabilidad*, en «ADP», 1985, p. 289.

Resulta innecesario aquí desarrollar a fondo las distintas aportaciones de los autores incluidos en la defensa de esta concepción, tanto en su primera formulación como en la versión finalista de la misma. Me interesa destacar simplemente el carácter *positivo o negativo* de la exigibilidad, cuestión con la que se hace referencia a valor concedido por la doctrina al concepto de exigibilidad en la comprobación de la culpabilidad, centrándonos en dos posibilidades: la exigibilidad de conducta adecuada a la norma es un elemento constitutivo del juicio de culpabilidad junto a los restantes elementos (imputabilidad, dolo o culpa, conocimiento de la antijuridicidad según las modalidades de la concepción normativa), (valor positivo de la exigibilidad) (16) o bien la no exigibilidad es sólo el fundamento de las situaciones de ausencia de culpabilidad, lo que supone que como elemento de la culpabilidad la exigibilidad se formula en sentido negativo: es la ausencia de causas de exculpación.

La relevancia de la cuestión se ha manifestado en la admisibilidad o rechazo de la no exigibilidad como causa supralegal de exculpación: quienes admiten tal exención supralegal es porque, explícitamente o no, consideran que la exigibilidad de conducta adecuada a la norma es un elemento positivo del juicio de culpabilidad, del que *cualquier* situación de inexigibilidad, aunque no esté prevista legalmente, *constituye su negación* y conduce a la absolución. Por el contrario, si se rechaza la posibilidad de exculpar en aquellos casos en que se considera que al sujeto no le era exigible actuar de otra forma, aunque no sea uno de los previstos legalmente, la no exigibilidad es simplemente el fundamento de las situaciones de exculpación recogidas en el derecho positivo, y se demuestra cuando una de ellas está presente, además de servir de criterio interpretativo de las mismas.

Volviendo, pues, a la consideración de las distintas opiniones sobre ese valor positivo o negativo de la exigibilidad, lo cierto es que si partimos de que la defensa de la no exigibilidad como exención supralegal es el índice del otorgamiento de carácter positivo a la exigibilidad, éste prácticamente no se mantiene hoy en la doctrina.

La posibilidad de exculpación supralegal defendida por Freudenthal y autores de la época (17) fue ya contestada por Liepmann en un comentario al trabajo de primero: «Schuld und Vorwurf im geltenden Recht» (18). Fundamentalmente, los argumentos contrarios a su admisión se basan en la obligatoriedad y generalidad de las normas, la exclusiva competencia del legislador para el establecimiento de las causas de exculpación y los problemas de inseguridad del derecho que ello conllevaría.

(16) SAINZ CANTERO, J. A.: *La exigibilidad*, cit. pp. 46-47.

(17) *Schuld und Vorwurf*, cit. p. 8.

(18) LIEPMANN: en «ZStW», 43. pp. 710 y ss. En el mismo sentido, GRUNHUT: *Grenzen der übergesetzliche Notstands*, en «ZStW», 51, p. 455.

Obsérvese que los argumentos son de índole preventivo general: la exculpación en una situación individual de no exigibilidad no puede admitirse si no está legalmente prevista, so pena de debilitar la seguridad del ordenamiento. En este momento, a un concepto ius natural de culpabilidad que permita comprobar en cada caso si al individuo concreto le era exigible o no el acatamiento a la norma (con independencia de si la Ley ha previsto o no una exención concreta), se opone el argumento de la generalidad de las normas y su función regulativa.

Con otros contenidos y alcance, algo recuerda, por lo que de tensión entre lo general y lo individual conlleva, a la posterior confrontación entre el concepto tradicional de culpabilidad y las modernas teorías preventivas.

Esta orientación preventiva general opuesta a la causa suprallegal de exención por no exigibilidad es especialmente clara en Shaffstein (19): «Se reclama el castigo del autor a pesar de que falte la exigibilidad, con independencia de que tampoco se desprenda del hecho la necesidad de mejora o aseguramiento mediante la ejecución penal, porque *el castigo aparece como exigible a partir de circunstancias generales*, no por las basadas en su personalidad».

Por su parte, Scarano rechaza la exención suprallegal por no exigibilidad porque «resulta contraria a la letra y al espíritu de la Ley y opuesta al carácter meramente objetivo del Derecho penal y a los fines de la función punitiva» (20). Sin embargo, admite la no exigibilidad como criterio interpretativo y la posibilidad de aplicación analógica de las causas de exculpación que se fundamentan en la no exigibilidad (21). Según este planteamiento, la aplicación analógica no supone una terminante intromisión en las funciones legislativas, sino una labor interpretativa del Derecho positivo, y extensión de su eficacia a casos no expresamente regulados, pero con el mismo contenido que los que sí lo están. Por lo tanto, es la misma Ley vigente la que se *confirma* sin crearse otra nueva.

La actual doctrina alemana rechaza igualmente la exención suprallegal por inexigibilidad, aunque acepta la colisión de deberes como exculpación suprallegal a partir de la interpretación del estado de necesidad (22).

La doctrina española se ha mostrado reacia a la admisión de la no exigibilidad como causa suprallegal de exculpación. Rodríguez Mu-

(19) *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldaußschliessungsgrund*, Leipzig, 1933, p. 61. Subr. mío.

(20) *La non esigibilità*, cit. p. 60.

(21) *La non esigibilità*, cit. pp. 75-77.

(22) *Vid.*, por todos, JESCHECK, H. H.: *Tratado I*, pp. 684 y ss.

ñoz (23) entiende que no hay obstáculo en el Derecho penal español para su estimación aunque advierte que su utilización debe ser excepcional y precavida. Sainz Cantero trata la cuestión manifestando la relevancia que aquí le hemos otorgado en relación al carácter constitutivo de la exigibilidad. Para este autor la exención supralegal es lo más acorde con dicho carácter que él mantiene: «Desde luego, si decimos que la exigibilidad es un elemento constitutivo de la culpabilidad, cuando esta exigibilidad falte (situaciones de no exigibilidad) faltará también la culpabilidad, por no poderse hacer el juicio de reproche». Sin embargo, no acepta la exención supralegal por su base extrajurídica y por las conocidas razones propias de la fijeza de la Ley y sumisión a la misma (24).

La doctrina más reciente niega igualmente la exención supralegal y con ello el carácter constitutivo de la exigibilidad en la culpabilidad (25). Gómez Benítez se opone incluso a la no exigibilidad como característica negativa de este juicio, al integrarlo únicamente con la imputabilidad y el conocimiento potencial de la antijuridicidad (26).

En cambio, la posibilidad de aplicación analógica de las circunstancias eximentes basadas en la no exigibilidad es defendida por Octavio de Toledo, Huerta Tocildo y por Mir Puig, con especial referencia al miedo insuperable sobre la base de la admisión de la analogía *in bonam partem* (27). Este planteamiento que, como vimos, mantenía también Scarano, reconoce la no exigibilidad como fundamento de las causas de exculpación y permite la extensión de las legalmente previstas a casos similares. El problema radicará entonces en la determinación de cuáles son los casos «análogos», es decir, cuál es el fundamento de la no exigibilidad, puesto que ésta puede referirse, como en el caso de Mir Puig, a conceptos distintos del tradicional «poder actuar de otro modo» y encuadrarse en las modernas teorías preventivas que analizaremos más adelante.

Como puede verse, la cuestión de la exención supralegal por no exigibilidad tuvo mayor trascendencia en momentos anteriores, y hoy la discusión ya no transcurre por tales derroteros, pero, en mi opinión, es algo que ayuda en cierta forma a resituar las críticas al

(23) *Notas al Tratado de Mezger*, T. II, p. 204.

(24) *La exigibilidad*, cit., pp. 46-47 y 90 y ss.

(25) MIR PUIG.: *Derecho penal*, «PG», p. 524. Las opiniones de Quintero Olivares, Octavio de Toledo y Huerta Tocildo que matizan lo anterior se recogen al tratar de la culpabilidad en el CPE.

(26) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría Jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 491.

(27) OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO.: *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1986, p. 371. MIR PUIG: *Derecho penal*, pp. 527 y ss. Con carácter general, en relación a la analogía beneficiosa para el reo. *Introducción a las bases*, cit. pp. 316 y ss. Esta clase de analogía ha sido negada por CÓRDOBA, en base a lo dispuesto en el art. 2 CP, *Comentarios al CP*, I, Barcelona, 1976, pp. 56 y ss.

concepto tradicional de culpabilidad en el plano en que ahora lo analizamos, esto es, como concepto legitimador de la intervención estatal.

En mi opinión, si la exigibilidad de otra conducta se formula en sentido positivo, como elemento integrante del juicio de culpabilidad, su fundamento (el poder actuar de otro modo) tiene un papel mucho más relevante, por ser constitutivo de ese juicio, que si se trata del fundamento de las causas de exculpación y su criterio interpretativo. No es lo mismo comprobar *en todo caso* si realmente el autor podía hacerse comportado de otra forma y absolverlo si no fue así, *aunque no se encuentre dentro de los casos legalmente previstos*, que analizar si es aplicable o no una causa legal de exculpación atendiendo a si en ese caso se anuló la posibilidad de actuar de otro modo. Lo cuestionable del concepto permanece, pero la relevancia práctica es distinta; dentro de la segunda opción, que parece ser hoy la dominante, discutir si en un caso concreto es aplicable, por ejemplo, el error invencible de prohibición y hacerlo sobre la base de si el autor podía o no elegir libremente su conducta o bien a partir de la necesidad preventiva de intervención penal, dota al problema de una relevancia distinta a la que habitualmente se le concede cuando se discuten los problemas en abstracto: su importancia práctica es muy inferior a la expresada por el trasfondo ideológico de cada uno de los planteamientos. Dejemos la cuestión apuntada sin pretender cerrarla e este momento, pues mi intención es recogerla al analizar la pervivencia de la idea de no exigibilidad en el apartado dedicado a la culpabilidad como categoría dogmática.

Con independencia de las distintas variantes de la concepción normativa, su claro sustrato común es precisamente lo que constituyó el avance respecto a la concepción psicológica: el juicio de culpabilidad contiene el reproche que se le formula al autor por no haber actuado como le exigía el ordenamiento jurídico. Esta exigencia general, que ya en Goldschmidt contiene la motivación dirigida a la conciencia del individuo para que adecúe su comportamiento, se complementa con la idea de poder en Freudenthal para quien el deber de evitar conductas típicas supone el estar en condiciones de hacerlo (28).

A partir de ahí, los distintos autores introducen las correspondientes matizaciones sobre el modo de determinación del poder, el valor de la exigibilidad y, sobre todo, a partir de Welzel, realizan una u otra opción sistemática respecto a la ubicación del dolo, la imprudencia y el conocimiento de la antijuridicidad, pero la forma de justificar el castigo es la misma: a los ciudadanos les es exigible el cumplimiento de las normas, y si pudiendo cumplirlas no lo hacen, ello se les reprocha. De este modo, y seleccionando sólo algunas de las definiciones más representativas: culpabilidad es el reproche personal al

(28) *Schuld und Vorwurf*, cit. p. 11.

autor, por el hecho punible (Mezger), es reprochabilidad de un hacer o no hacer, contrariedad a deber de la voluntad (Maurach-Zipz), la conducta del autor no es como la que el derecho le exige, aunque podía haber observado esas exigencias (Welzel), y, por último, en palabras de Jescheck: La culpabilidad es reprochabilidad de la voluntad. Existe reproche cuando «el autor, en su situación, hubiera podido actuar de otra forma, en el sentido de que con arreglo a nuestra experiencia sobre la esencia del hombre, otro en su lugar hubiera actuado de otro modo empleando la fuerza de voluntad, que posiblemente le faltó al autor» (29).

Esta culpabilidad justificante del castigo se constituye así en su fundamento y con ello se consolida igualmente la teórica perfección del sistema dualista: pena equivalente a la culpabilidad y medida de seguridad adecuada a la peligrosidad (30).

La adecuación entre la pena y la culpabilidad entendida como reproche es lo que ha propiciado la asimilación de este concepto de culpabilidad a la concepción retributiva de la pena. Sin embargo, el modo en que el concepto normativo de culpabilidad legitima el Derecho penal posiblemente se diferencia de otras teorizaciones posteriores en su falta de referencia a la función del Derecho penal en el marco de la actividad estatal de regulación de conductas. Debe imponerse la pena, porque el autor concreto ha manifestado una actitud jurídicamente desaprobada cuando podía, en sus circunstancias, haber hecho lo contrario. Y el Estado tiene derecho a exigirle que cumpla las normas.

Los polos enfrentados en la relación son «individuo frente a la norma» y «Estado frente al individuo», abstracción hecha de la finalidad a perseguir con esa exigencia de responsabilidad, y del fundamento último de su necesidad.

Simplificando mucho el mecanismo legitimador, éste es casi tautológico: debe castigarse a los culpables (es decir, a los que han actuado libremente), porque han actuado libremente (es decir, porque son culpables). Con lo cual, si la culpabilidad ha de servir para justificar la intervención penal, ésta queda débilmente justificada. En este sen-

(29) MEZGER BLEI: *Strafrecht*, «IAT», (14 ed.), München, 1970, p. 156. La culpabilidad es el reproche personal al autor por el hecho punible. MAURACH: *Tratado*, II, pp. 25 y ss. y 31 y ss.: la culpabilidad tiene su esencia en el desvalor personal, aunque distinguiéndose entre la atribuibilidad y el reproche. MAURACH-ZIPF: *Strafrecht*, «AT», I, (16 ed.), Heidelberg, 1983, p. 440: Culpabilidad es reprochabilidad de un hacer o no hacer, es la contrariedad a deber de la voluntad. WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht* (11.ª ed.), p. 138: la conducta del autor no es como la que el Derecho exige, aunque podía haber observado esas exigencias. JESCHECK, H. H.: *Tratado*, I, pp. 559-565.

(30) Críticamente, MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la «Culpabilidad y prevención en Derecho penal»*, Madrid, 1981.

tido, lleva razón Jakobs cuando afirma que la introducción de la libertad de voluntad en Derecho penal encubre el problema de la legitimación del Derecho penal en lugar de resolverlo (31).

La existencia del Derecho penal (y consiguientemente su aplicación) sólo puede explicarse como instrumento estatal de regulación social y, por tanto, la forma de legitimar las penas no puede alejarse de la forma de legitimar el Estado. Pero con el planteamiento hasta aquí comentado, no se entra a cuestionarla: se da por supuesto, sin considerar *qué clase* de Derecho penal puede exigir el Estado que cumplan los ciudadanos y *por qué*.

Dejar estas cuestiones sin respuesta podría llevar a aceptar como justo un Derecho penal que mantuviera tal concepto de culpabilidad fundado en el libre albedrío, pero, en cambio, fuera producto de un Estado totalitario o impidiera el ejercicio de los derechos cívicos (32). Porque la libertad de decisión y la autodeterminación personal no puede darse por supuesta como algo regulado «en el orden trascendente del ser», ni el deber que fundamenta la responsabilidad se desprende de la objetividad de la Ley moral, como asegura Arthur Kaufmann (33), sino que la libertad se ejerce frente a unas normas concretas que responden a una línea político-criminal y que se elaboran tras un procedimiento más o menos democrático de selección de lo punible.

Lo anterior no significa que las concepciones normativas tradicionales omitieran toda referencia a los objetivos del Derecho penal. Lo que ocurre es que el mismo esquema «culpabilidad-reproche-pena» tiende a agotar esos objetivos en la retribución justa de la culpabilidad, aunque se entienda que ésta es el mecanismo de confirmación de la vigencia del Derecho ante la colectividad, y en este sentido se le haya atribuido por autores posteriores un principio de orientación preventiva (34).

Ello no elimina el carácter fundamentalmente retribucionista de la justificación de la pena basada en el reproche a la culpabilidad, pues no hay que olvidar, que incluso en el famoso ejemplo kantiano, exponente del retribucionismo absoluto, si una sociedad se disolviera habría que ejecutar antes la última pena, *para confirmar esa vigencia del Derecho*, es decir, para que el simple castigo cumpla los fines que le son propios.

(31) JAKOBS, G.: *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?*, en «Aspekte der Freiheit», (dir. D. Henrich), 1982, p. 69.

(32) En el mismo sentido, GIMBERNAT, E.: *¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?*, en «Estudios de Derecho penal», Madrid, 1980. p. 111.

(33) KAUFMANN A.: *Das Schuldprinzip*. Heidelberg, 1976. p. 128.

(34) Así, MIR PUIG, S.: *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en «Poder y control», núm. 0, Barcelona, 1986, pp. 51-52.

Es, en cambio, en las revisiones críticas del concepto tradicional de culpabilidad donde aparece la orientación preventiva con mucha mayor fuerza en la línea general de justificación de la pena como en la integración concreta del juicio de culpabilidad.

1.2. La crisis de legitimación

Al principio del apartado anterior se ha señalado la estructura individualista liberal del esquema conforme al cual al hombre libre (o capaz de actuar como los hombre libres), que es considerado culpable, se le reprocha su conducta y se le retribuye por ello. La evidente crisis en que entró hace años ese concepto ha sido profusamente descrita, sin que hoy por hoy pueda darse por zanjada.

Con independencia de los argumentos ya conocidos sobre la abstracción indemostrable del libre albedrío y el rechazo del contenido moralizante de la retribución de la culpabilidad, la mencionada crisis se caracteriza claramente por una abierta desconfianza hacia todos aquellos conceptos generalizadores que servían para legitimar la intervención penal: si, como dijo Roxin (35), la exposición de motivos del proyecto de Código penal alemán de 1962 planteaba el concepto de culpabilidad como una «cuestión de fe», quedan pocas dudas acerca de que la fe se ha perdido en gran parte.

Sin embargo, sería ingenuo pensar que esa pérdida de fe sea un fenómeno exclusivo de la teorización penal: si más arriba hemos dicho que la legitimación del Derecho penal es inseparable de la del Estado, seríamos inconsecuentes ahora si desvinculáramos la crisis de los conceptos clásicos penales de la crisis de legitimación del Estado propio del capitalismo tardío.

El tema ha sido ampliamente tratado por especialistas de otras disciplinas, y constituiría una pretensión excesiva tratar de desarrollarlo aquí en profundidad, pero pueden señalarse algunas notas características que ayuden a situar la evolución última del Estado moderno, como marco de la ciencia jurídico-penal.

A tales efectos son destacables básicamente tres líneas de incidencia: a) la tensión producida entre las necesidades del desarrollo económico, por un lado, y el funcionamiento de la democracia representativa, por otro; b) la consecuente tendencia a la introducción de rasgos autoritarios de los sistemas jurídicos, y c) su repercusión en la teorización propia de las ciencias sociales y jurídicas:

En el primero de los temas, es frecuente referirse al estancamiento de la acumulación capitalista en los sistemas occidentales y al agota-

(35) ROXIN, C.: *Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad*, en «CPC», núm. 2. 1977, p. 146.

miento del modelo de Estado para hacerle frente. El modelo político del Estado democrático liberal había servido para legitimar la primera fase acumulativa y expansiva del capitalismo, y aunque la evolución posterior modificó la configuración del Estado, especialmente en su intervención en la sociedad y el desarrollo económico, las nuevas necesidades de este último amenazan con alterar el componente liberal, entendido como opción política, que originariamente había sido funcional al sistema económico.

Este progresivo agotamiento del modelo supone para Wolfe (36) que «los principales problemas políticos del capitalismo tardío no se desarrollarán dentro de los parámetros de la democracia liberal, sino por encima de los mismos». Es decir, si el Estado social y democrático de derecho resulta insuficiente para dar salida a esa crisis de acumulación, todos sus componentes, empezando por la consideración como «democrático», se debilitan.

Por lo que se refiere a lo que entendemos como Estado social o faceta social del Estado, el aumento de sus gastos improductivos constituye un nuevo estorbo para la respuesta estatal a las necesidades del desarrollo económico, resolviéndose con el recorte de lo que es una de las facetas del modelo: la intervención en lo social y el ofrecimiento de prestaciones, recorte que reduce consecuentemente las expectativas sociales (37). El repliegue en el otro aspecto fundamental (la intervención en lo económico) es también apreciable en la tendencia a la liberalización económica y la desnacionalización.

La interrelación entre el debilitamiento de las distintas facetas del modelo estatal es clara en el planteamiento de De Cabo: «... la adecuación del Estado a la nueva fase del capitalismo desarrollado, en cuanto ha implicado en gran medida la desaparición del Estado social, influye decisivamente en forma negativa en los otros dos términos, de tal manera que aquella adecuación amenaza con destruir las posibilidades de realización y desarrollo democrático y quebrar las bases y erosionar los mecanismos del Estado de Derecho» (38).

Por ello, no es de extrañar que los poderes económicos, cuyas manos están más libres al debilitarse la faceta social del Estado, pasen por encima de las exigencias de la democracia «formal» y acepten o promuevan sin recelos formas autoritarias de Estado, de modo que «el capitalismo y la democracia se enfrentan el uno al otro como alternativas reales y en algún momento, en el futuro próximo..., uno u otro llegará a ser dominante» (39).

(36) WOLFE, A.: *Los límites de la legitimidad*. «Contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo». México, S. XXI, 1980, p. 276.

(37) DE CABO, C.: *La crisis del Estado social*. Barcelona, 1986, pp. 47 y ss. (38) *Op. cit.* p. 19.

(39) WOLFE, A.: *Los límites...*, *cit.*, 356-357, refiriéndose al informe: «The governability of democracies». (1975), de la Comisión Trilateral, y añadiendo: «De he-

Que la escasa firmeza de los principios del Estado democrático no es una ilusión, se manifiesta en el segundo orden de cuestiones apuntadas: los rasgos autoritarios que aparecen en los sistemas clasificados como democráticos y que se reflejan no sólo en cuestiones de dinámica social y/o política, como la crisis de las instituciones representativas y de participación, sino en los mismos cuerpos normativos y fundamentalmente en legislaciones de excepción que, apoyándose en la amenaza del «enemigo interior» limitan indiscriminadamente derechos fundamentales. Recuérdese, como ejemplo, las reformas legislativas de los años setenta en la RFA a raíz de los atentados de la Baader-Meinhof, mediante las que, entre otras cosas, se limitaba el derecho a la defensa con la posibilidad de excluir a los abogados «gravemente sospechosos» de abusar de sus derechos legales [párrafo 138 a) ss. StPO] (40) o la legislación antiterrorista española, otorgadora de amplias facultades a la autoridad policial.

Este maquiavelismo justificador de los medios, está presente del mismo modo en el plano internacional, en el que son asumidas e integradas las intervenciones en la soberanía de los países dependientes con el argumento de la protección y la finalidad —se ha dicho muchas veces— de la defensa del sistema.

En suma, se sacrifica la coherencia con los principios de la legitimación democrática del Estado a sus propias necesidades de pervivencia y, dentro de ello, el poder punitivo se incrementa notablemente, sin que los grandes límites garantistas —y entre ellos, el del principio de culpabilidad— se vean apeados formalmente de su pedestal, pero también sin que resistan su propia cercenación por la vía de la excepción.

Por último, habíamos señalado una tercera línea caracterizadora de la crisis del actual modelo de Estado: su reflejo en la teorización propia de las ciencias sociales y jurídicas.

Para la consolidación de la fase liberal del capitalismo había sido necesaria la estructuración de un sistema jurídico racional y generalizador, que había incluido el impulso del movimiento codificador en la juridificación de las nuevas relaciones económicas (41). Consecuentemente, con ello surgieron las grandes teorías puras y generales del Estado y del Derecho, ajenas al plano socioeconómico en el que ope-

cho, las fuerzas ya se están alienando en un bando o en otro y la decisión de la Trilateral Comisión de hacer públicos unos sentimientos antidemocráticos, que han estado ocultos durante mucho tiempo, es sólo una indicación del nuevo tono político... No es posible predecir quién ganará en una confrontación entre capitalismo y democracia, pero siempre se pueden analizar las armas que hay en cada lado».

(40) Ver ampliamente, SCHIMINCK-GUSTAVUS, C. U. *El renacimiento de Levítan*. Barcelona, 1982, pp. 46 y ss.

(41) Movimiento en el que estaba especialmente interesada la burguesía. *Vid. TOMÁS Y VALIENTE: Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 1979, p. 509.

rabán (42) y del que pretendían mantenerse incontaminadas. Es claro igualmente el reflejo en la concepción que sobre el poder judicial se mantiene: el Juez es el actor del silogismo propio de la subsunción del hecho en la norma, con la que mantiene una relación directa y despersonalizada, concepción ésta que es hoy quizá, de las que en mayor medida se pretende salvar, al menos en el plano ideológico (43).

Sin embargo, el vigor de aquellas «teorías puras» parece haber llegado a su fin, y no tanto por su agotamiento intrínseco como, siguiendo con la línea aquí desarrollada, porque no sirven ya como mecanismos de legitimación de un tipo de Estado sometido a profundos cambios, que se justifica a sí mismo por la necesidad de perpetuación. Recogemos nuevamente las palabras de De Cabo por expresivas y sintéticas: «La separación Estado-sociedad desaparece tal como se planteaba en el liberalismo. Lo político se introduce en lo económico, y a la inversa. En el orden teórico, el cambio se acusa. Desaparecen las teorías puras. Por el contrario, surge la interdisciplinariedad» (44). Igualmente, se revisa la tradicional concepción sobre la función judicial y se demanda una actuación más comprometida (45).

El resquebrajamiento de las teorías puras, la denuncia de su abstracción y el paralelo recurso a ámbitos de conocimiento no jurídicos, nos resulta especialmente familiar a los penalistas, porque en esto, en Derecho penal, ha sido particularmente madrugador: ya la «lucha de escuelas» reflejaba el arremetimiento contra los dogmas liberales y la búsqueda de objetos de conocimiento «científicos». Ello no es de extrañar si se piensa en la íntima relación entre existencia del Estado y poder punitivo, apuntada más arriba, que se evidencia, entre otras cosas, en la dependencia de la legislación penal respecto a los cambios políticos y que, al mismo tiempo, determina la especial sensibilidad de la ciencia jurídico-penal ante la configuración del tipo de Estado.

En definitiva, si el razonamiento jurídico es instrumento clave en la legitimación estatal, no es extraño que los viejos conceptos ya no convenzan. Y tampoco debe sorprender que la discusión a que se ve sometido el concepto clásico de culpabilidad tenga uno de sus frentes más activos en autores relacionados con o pertenecientes a disciplinas no jurídicas. La moderna psiquiatría, la criminología y la sociología han bombardeado el concepto jurídico de culpabilidad, pero en mi opinión su debilitamiento no proviene de este acoso, sino que el proceso se produce en otro sentido: la debilidad del concepto de culpabi-

(42) DE CABO: *La crisis*, cit., p. 19.

(43) GARCÍA ARÁN, M.: *Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad*. «RFDUCM», mon. 11, Madrid, 1986, pp. 317 y ss.

(44) DE CABO: *op. cit.*, p. 40.

(45) DE CABO: *op. cit.*, p. 76. GARCÍA ARÁN: *Responsabilidad*, cit., p. 320.

alidad para justificar el Derecho penal, inscrita en la crisis general de legitimación estatal y paralela a la de tantos otros conceptos jurídicos generales, propicia el que se vuelva la mirada hacia otras disciplinas. De hecho, la orientación de la ciencia penal de los últimos años y la propia pervivencia del pensamiento político criminal, demuestran que no se trata sólo de la incorporación de otros conocimientos al análisis del Derecho, sino del entendimiento de éste como parte de la realidad histórica (46).

Pese a ello, los reproches formulados a la dogmática penal tradicional por las llamadas ciencias sociales son todavía insistentes. Y el concepto jurídico penal de culpabilidad es tachado con frecuencia de ocultar la realidad del problema penal. En opinión de Kargl, el pensamiento de la culpabilidad, ayudado por una «psicología esotérica» obstaculiza la investigación de los factores sociales, difumina la amplitud y profundidad del conflicto, que se resuelve en el proceso penal y limita la óptica analítica a los aspectos internos del injusto, generalizando a partir de ellos (47).

Y el concepto jurídico de culpabilidad sigue siendo relativamente impermeable a las observaciones de las ciencias sociales, porque además, según Lüderssen y más recientemente Scheffler, no proporciona ningún ámbito de trabajo que sea común al Derecho penal y a tales ciencias (48).

En la misma línea, señalaba Frey que la concepción de Derecho penal como ciencia del espíritu es incompatible con la metodología del conocimiento multilateral del delito y del delincuente (49). Lo que se trata ahora de ver es en qué medida las modernas explicaciones de la culpabilidad suponen una superación de lo anterior y, sobre todo, hasta qué punto cambia la forma en que a través de ellas se justifica la intervención penal.

1.3. La explicación prevencionista de la culpabilidad

Aunque la crítica al concepto normativo de culpabilidad dio comienzo fundamentalmente con la negación de su presupuesto —la libertad de voluntad—, este es un frente que hoy puede considerarse

(46) MIR PUIG, S.: *Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal*, en «Derecho penal y ciencias sociales». Bellaterra, 1982, pp. 9 y ss. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal y control social*, Jerez de la Frontera, 1985, pp. 26 y ss.

(47) KARGL W.: *Kritik des Schuldprinzips*. «Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht». Franckfurt/NY, 1982, p. 393.

(48) LÜDERSSSEN, K.: *Einführung*, en «Lüderssen, Sack» (dir). Seminar: Abweichendes Verhalten, I, Frankfurt, 1975. SCHEFFLER, U.: *Krimilogische Kritik des Schuldstrafrechts*, Frankfurt, 1985, p. 40.

(49) FREY, E. R.: *Verantwortung und Schuld oder der Zweckgedanke als Leitmotiv des Strafrechts?*, en «Frey» (dir): Schuld, Vernetworrtung, Srafe. Zürich, 1964, p. XVII.

claramente relajado. La discusión sobre tal elemento o discurre por cauces filosóficos escasamente relevantes para la delimitación jurídica del problema (50), o bien desemboca en un tratamiento «naturalístico» de la cuestión, en tanto que se obsesiona por su indemostrabilidad. Esa indemostrabilidad es hoy considerada similar a la de otros datos con los que igualmente cuenta la teoría del delito (51), y, desde luego, entendida desde una perspectiva «científica» puede predicarse igualmente de conceptos como la capacidad de motivación sobre la que se apoya gran parte de la doctrina moderna para explicar la culpabilidad.

Un autor tan crítico con el concepto tradicional de culpabilidad como es Hassemer afirma: «No creo que el Derecho penal y la vida cotidiana pudieran subsistir sin la idea de libertad de voluntad, ni que las relaciones humanas en general o las conformadas jurídicamente puedan existir o extenderse bajo la hipótesis determinista de la dirección causal» (52).

Ello no significa, sin embargo, que la vieja fundamentación librearbitrista haya superado su crisis (por segunda vez, si recordamos el acoso del positivismo criminológico). Porque si la discusión sobre el indeterminismo no es ya el problema central, en cambio sí parecen agotadas sus posibilidades para justificar la intervención penal.

Líneas más arriba (en el apartado 1.1) quedó expuesto cómo el concepto normativo de culpabilidad se caracteriza por su escasa referencia a la función del Derecho penal en el marco de la actividad estatal y de ahí su vinculación con la concepción retribucionista. Puede añadirse aquí que la discusión mantenida en los últimos años ha sentado y consolidado las bases de la consideración de la culpabilidad en relación a la función reguladora del Derecho penal sobre la vida colectiva. Este es el sentido general de los recientes enfoques preventivistas sobre la culpabilidad que, aunque con distintas variantes, se caracterizan en una u otra forma por relacionarla con los fines preventivo generales de la pena.

En otro lugar, y hace ya algunos años, resumí algunas de las más importantes aportaciones al concepto de culpabilidad, especialmente los referidos a los fines de la pena y en la discusión que entonces se mantenía sobre la determinación de la misma (53). La perspectiva que proporciona el tiempo transcurrido me permite ahora profundi-

(50) ZUGALDÍA, J. M.: *Acerca de la evolución*, cit., p. 567.

(51) En este sentido, QUINTERO, G.: *Intruducción al Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1981, P. 160. ZUGALDÍA: *Acerca de la evolución*, cit., p. 567.

(52) HASSEMER, W.: *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, en «CPC», núm. 18, 1982. Trad. Muñoz Conde, p. 479.

(53) GARCÍA ARÁN, M.: *Criterios de determinación de la pena en Derecho español*, Barcelona, 1982, pp. 190 y ss.

zar algo más en algunas de las opciones y, sobre todo, constatar las precisiones doctrinales que han tenido lugar con posterioridad.

Posiblemente, fuera la magra referencia a la función estatal en la concepción tradicional la que motivó lo que puede calificarse de éxito cierto de las tesis funcionalistas, habido en la doctrina penal de hace unos años. Es conocida la clara influencia de la metodología de Niklas Luhmann en autores como Jakobs (54) y en las primeras formulaciones de la función motivadora de la norma penal habidas en España. Así, Muñoz Conde aceptaba como punto de partida válido el esquema funcionalista, aun admitiendo sus insuficiencias (55), y éste ha estado presente en algunas de las concepciones prevencionistas (56).

La óptica funcionalista resultaba claramente atrayente precisamente por proporcionar la vinculación del concepto de culpabilidad con el funcionamiento del sistema jurídico en el sistema social. La norma jurídica se concibe como creación de un sistema de expectativas de cumplimiento mediante el que se regula la convivencia; la frustración de tales expectativas genera la sanción como reacción frente a tal incumplimiento. La culpabilidad puede considerarse como la «declaración de frustración de una expectativa de conducta determinada en la Ley penal, que recae sobre su autor y que posibilita la aplicación de una pena (57).

La declaración de la culpabilidad y la consiguiente imposición de la sanción juega, con ello, un papel de reafirmación del Derecho y, de esta forma, del sistema. La función preventivo general se concreta en la denominada *prevención general integradora*, que persigue la obtención del consenso en torno a lo protegido, aunque este concepto es compartido por autores críticos respecto al funcionalismo.

Jakobs es uno de los autores más cualificados dentro de esta tendencia: el sujeto culpable es castigado para la «conservación de la confianza en la norma general» y para la «puesta en práctica de su reconocimiento». Ello es irrenunciable para la existencia del sistema y sus subsistemas esenciales, pero el contenido de la culpabilidad no puede delimitarse más de lo que están delimitados los fines de la pena. Lo importante es la referencia a éstos, frente a la concepción retributiva clásica que, sin mayores precisiones, se asienta sólo en la necesidad de reaccionar ante todo frente a la violación de la norma. Pero el contenido de la propia prevención, de lo que debe prevenirse, es

(54) *Schuld un Prävention*, «Rechte und Staat», 425/53, 1976, pp. 25 y ss.

(55) MUÑOZ CONDE, F.: *El principio de culpabilidad*, en «III Jornadas de Profesores de Derecho penal», Santiago de Compostela, 1976, P. 226 y nota 10.

(56) Vid. MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, 1982, pp. 29 y ss.

(57) MUÑOZ CONDE, F.: *El principio...*, cit., pp. 228-229.

algo que viene determinado por el modo de constituirse cada sistema social (58).

De esta forma, debe añadirse aquí, se mantiene un concepto de culpabilidad basado en la reafirmación del sistema, que es aceptable en tanto en cuanto sirve (es funcional) a tal fin. Es decir, es válido para cualquier clase de sistema.

Este resulta, indudablemente, el flanco más débil de la concepción funcionalista-sistémica, y así ha sido definitivamente establecido por autores que ya habían expresado sus reticencias al asumir el punto de partida de tal planteamiento. Recogemos en esta línea las palabras de Muñoz Conde: «...la teoría sistemática conduce a una concepción preventiva integradora del Derecho penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, buscando el fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no su modificación o crítica. El carácter conflictivo de la convivencia social y el coactivo de la norma penal desaparecen en un modelo tecnocrático en el que la desviación social y el delito, calificados de “complejidad” quedan integrados en el sistema, sin modificarlos en lo más mínimo. *La norma penal soluciona el conflicto (delito) reduciendo su complejidad, atacándolo allí donde se manifiesta, no donde se produce, legitimando y reproduciendo un sistema, que en ningún caso es cuestionado*» (59).

Suscribo plenamente las palabras anteriores: con la teoría funcionalista se da el paso de poner en relación el concepto de culpabilidad con los fines del sistema penal, pero con la pretensión de explicar sólo en qué le sirven. Y a ello no había nada que oponer si desde tal óptica no se aceptara de antemano que la misión del concepto de culpabilidad es precisamente la de servir a los fines del sistema, *sea éste el que sea*, renunciando a su crítica y proporcionando lo que puede calificarse de explicación estática de la dinámica: los conceptos que cohesionan a un determinado sistema son válidos en tanto que funcionales al mismo y a sus fines que, en definitiva, coinciden con la autopetruación (60).

Pero no es ésta la única crítica que recibe tal planteamiento. Directamente vinculado con el acriticismo general del mismo se encuentra, por un lado, el hecho de que no quepan límites a esa necesidad reafirmadora del Derecho penal y, por otro, la constatación de que en el fondo, se está manteniendo curiosamente una orientación similar al retribucionismo clásico: la aplicación del Derecho penal *para*

(58) JAKOBS, G.: *Strafrecht*, «AT», Berlin/NY, 1983, pp. 396-397.

(59) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal y control social*, cit., p. 26-27, (subr. mio).

(60) Vid. BARATTA, A.: *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en «CPC», 24, pp. 541 y ss.

su propia confirmación. En este sentido, se han manifestado autores tan claramente prevencionistas como Mir Puig: «Al atender sólo a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad, la teoría sistemática de la prevención general positiva aparece como la más peligrosa de las teorías retributivas liberales» (61). Del mismo modo, Baratta y Luzón encuentran un claro paralelismo entre la teoría de la prevención general integradora y la concepción de la aplicación penal como búsqueda del «chivo expiatorio» mediante el que se consolida el Derecho (62). Por último y más recientemente, Kunz (63) ha puesto de manifiesto que la afirmación de la teoría de la prevención general positiva (o integradora) acerca de que el sujeto culpable no puede «distanciarse» de la antijuricidad de su conducta (64), es un concepto formal que no alcanza el contenido del juicio de imputación, destacando, además, que la prevención como criterio tecnocrático de reafirmación del Derecho no es un criterio de fundamentación de la pena.

Sin embargo, y fuera del planteamiento de Jakobs, resulta indudable que las concepciones preventivas sobre la culpabilidad tienen una amplia vigencia, tanto en Alemania como en nuestro país, donde la referencia a la necesidad de la pena es frecuente, tanto desde un punto de vista preventivo general (Gimbernat, Muñoz Conde, Mir, Luzón) como especial (Córdoba) (65). Por el contrario, Cobo y Vives entienden que las orientaciones preventivas están condenadas al fracaso (65).

La concepción de la prevención general integradora, como consolidadora de un sistema de valores, ha conseguido igualmente adeptos, en tanto que parece más justa que la prevención general intimidatoria, puesto que encuentra su límite en la propia conciencia social. Al respecto, son conocidos los planteamientos de Hassemer (67) o Ro-

(61) MIR PUIG, S.: *Función fundamentadora y función limitadora*, cit., p. 56. En el mismo sentido: LUZÓN PEÑA, D.: *Prevención general y psicoanálisis*, en «Derecho penal y Ciencias sociales», (ed. Mir Puig). BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal español*, Barcelona, 1984, p. 368.

(62) Así lo denuncia BARATTA: «CPC», núm. 24, p. 550, y LUZÓN PEÑA: *Prevención general*, cit., p. 152. Vid. MECHLER, A.: *Der Verbrecher als Sündenboch der Gesellschaft*, «ZRP», 1971, pp. 1-3.

(63) KUNZ, K. L.: *Prävention und gerechte Zurechnung. Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung*, en «ZStW», 98 (1986), pp. 825-828.

(64) JAKOBS: *Strafrecht*, p. 396.

(65) Puede verse un resumen de las posiciones, en GARCÍA ARÁN: *Criterios*, cit., pp. 190 y ss. Una sistematización similar adopta BUSTOS RAMÍREZ: *Manual*, cit., pp. 365 y ss.

(66) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1984, p. 442.

(67) *Generalprävention und Strafzumessung*, en «Hassemer, Lüderssen, Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention», Frankfurt, 1979, pp. 29-53.

xin (68), que tuvo ocasión de analizar en otro lugar (69) y que como con razón afirma Mir (70) suponen la defensa de la prevención general positiva o integradora en un sentido limitador de la intervención penal, al incluir el concepto de proporcionalidad y la no superación del contenido de la culpabilidad por el hecho.

Este es un punto importante de la cuestión. Me he manifestado partidaria de no ignorar los fines del Derecho penal en el marco del Estado a la hora de justificar la pena que se impone al considerado culpable. La vinculación entre culpabilidad y prevención supone, como dice Muñoz Conde (71), la culminación de una elaboración conceptual destinada a explicar por qué y para qué se recurre a un método defensivo, como el Derecho penal. Pero esa explicación puede producirse de dos formas poco aconsejables: la primera, de forma acrítica y legitimadora sin más, como en el caso del funcionalismo, y la segunda, legitimadora no sólo del sistema, sino también de sus abusos: y no todo lo que es necesario para el Estado, desde un punto de vista preventivo, es justificable. Se ha dicho con razón que, por ejemplo, desde la necesidad preventivo general puede entenderse discutible la distinción «imputable-inimputable» (72), que pueden mantenerse delitos cualificados por el resultado o negarse eficacia al error de prohibición vencible (73), y no cabe duda de que en determinados momentos puede incluso producirse una demanda social de represión que, de satisfacerse, conduciría, incluso, al cuestionamiento del propio modelo garantista y a la instrumentación del reo con fines de prevención general (74).

En suma, no puede olvidarse que la necesidad preventiva es, en último término, una necesidad estatal, y como tal, hay que fijarles límites o, como dice Stratenwerth, la necesidad de sanción es una cuestión de la adecuación al fin que, como tal, resulta discutible desde todo punto de vista (75). Hassemmer (76) ha recordado que si el Derecho penal es la «barrera infranqueable de la política criminal, no puede convertirse en su subsistema funcional, sino oponérsele», añadiendo que «los conceptos que por razones preventivas desarrollan

(68) Trabajos recopilados en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde), Madrid, 1981, y especialmente, *Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal*.

(69) *Criterios de determinación...*, loc. últ. cit.

(70) *Función fundamentadora...*, cit., p. 53.

(71) *Teoría general del delito*. Bogotá, 1984, p. 131.

(72) BUSTOS RAMÍREZ: *Manual*, p. 367.

(73) CEREZO, J.: *Culpabilidad y pena*. «ADP», 1980, p. 350.

(74) GARCÍA ARÁN, M.: *La prevención general en la determinación de la pena*, en «ADP», 1981, pp. 511 y ss..

(75) *Derecho penal. Parte general*. (Trad. Gladys Romero), Madrid, 1982, p. 165.

(76) *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde-Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, pp. 292-293.

el criterio del poder general para actuar de otro modo, corren el peligro de hacer franqueable el Derecho penal a la política criminal».

La limitación pasa por descender nuevamente al plano de lo concreto y de ahí la importancia de conceptos como la proporcionalidad, la lesión efectiva del bien jurídico o la culpabilidad por el hecho. De ahí también, el cierto regreso a conceptos «individualistas» de culpabilidad y la nueva mención al individuo, aunque considerado como ser en sociedad (es decir, *no* «naturalmente» libre e igual), como la formulada por Bustos (77) o la crítica a la instrumentalización del individuo con fines funcionales llevada a cabo por Baratta (78). Especialmente interesante es el reciente trabajo de Torío, titulado precisamente «El concepto individual de culpabilidad», en el que pone de manifiesto cómo si la antijuridicidad supone el tratamiento igual de lo igual, la culpabilidad «es el ámbito en el que penetra en el concepto de delito el criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual» (79).

Obsérvese que esta última frase plantea una importante cuestión: si la teoría clásica de la culpabilidad era criticable por la generalización de conceptos que, según el propio Torío, la convertían en una realidad impersonal, con las nuevas teorías preventivas pueden correrse un riesgo similar, consistente en igualar de nuevo todos los casos, no ya con el criterio del hombre medio o la presunción de libertad personal, sino a partir del rasero de la necesidad general de pena, o, como dice Kunz, desestimando la subjetividad del autor, en lo que se aprecia la débil posición del concepto preventivo (80).

Conviene ya recapitular algunas de las cuestiones hasta aquí apuntadas: hemos admitido que la capacidad de motivación puede ser tan indemostrable como el libre albedrío, que el concepto de prevención general integradora puede tener un fondo retributivo y que la referencia a los fines de la pena puede resultar tan igualadora e injusta como las concepciones que pretende superar.

Son gráficas las palabras de Gómez Benítez al referirse a la motivabilidad como algo «pretendidamente alternativo» a la culpabilidad que no la suprime, sino que explica su contenido de forma distinta (81).

Este es el punto al que quería llegar y para hacerlo es bueno recordar que estamos refiriéndonos a la culpabilidad como concepto legitimador. A los ciudadanos les son exigibles determinados comportamientos bajo la amenaza de una pena. Imponerla porque son libres de elegir o porque deben dejarse motivar por normas dirigida a la

(77) *Manual*, p. 376.

(78) *Integración-prevención*, cit., p. 550.

(79) *El concepto individual*, cit., p. 288.

(80) KUNZ: *op. cit.*, p. 827.

(81) GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, cit., pp. 449-450.

prevención, se diferencia en el contenido *ideológico* de la justificación del castigo, pero en ambos casos supone aceptar que son *exigibles* conductas adecuadas al Derecho y que éste debe ejecutarse cuando se llevan a cabo *otras distintas*.

Y es en ese contenido ideológico en el que las teorías preventivas suponen el avance de buscar la racionalidad de la intervención penal, en la medida en que abandonan la justificación del reproche moral y supeditan la intervención penal a la necesidad de ordenar la convivencia. Pero por sí mismas no deben justificar cualquier política criminal (que, nuevamente, estará legitimada en la medida en que el Estado tenga legitimación democrática), ni pueden olvidar el límite de la aplicación individualizada del Derecho penal.

La racionalización de la intervención penal supone su sometimiento a pautas comprobables políticamente, surgidas de las necesidades sociales que, por encima de todo, permitan la responsabilización de esa intervención, cosa que no ocurre con el concepto clásico libre arbitrista de culpabilidad («el Estado castiga a quienes delinquen, porque son libres de no hacerlo»). Que no se acepte este planteamiento tienen su concreta relevancia, por ejemplo, en decisiones político-criminales que han de ser discutidas con realismo. Si se plantea la disminución de la mayoría de edad penal o, por el contrario, su elevación, no debe ser sobre la base de en qué momento el hombre es más libre o menos libre, sino a partir de una concepción racional sobre aquello que hay que prevenir. Y «racional» quiere decir comprobando si el Derecho penal es el mejor modo para hacerlo.

La orientación hacia los fines preventivos permite en mayor medida la referencia al ámbito de lo social y esa responsabilización del castigo no escudada en abstracciones (82). Ahora bien, racionalizar la intervención puede suponer también la racionalización del abuso y su enmascaramiento, en la medida en que se ignoren los límites de la intervención y, en palabras de Baratta, se supriman los referentes extrajurídicos que la delimitan. Lleva razón este autor cuando afirma que la teoría de la prevención-integración es funcional a la expansión e incremento de la intervención penal (83), pero no tendría por qué serlo si, en primer lugar, se mantienen los límites de individualización a que me he referido y, en segundo lugar, si se utiliza con el contenido político de referencia a la dinámica social: la integración en los valores defendidos por el Estado no es buena *per se*, sino en la medida en que la defensa de esos valores está fundamentada en una concepción democrática y participativa de la sociedad.

(82) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Racionalidad e irracionalidad en la determinación de la pena*, en «RFDUCM», mon. 3, 1980, pp. 131 y ss.

(83) BARATTA, A.: *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática*, en «CPC», núm. 24, pp. 541-544.

En esta línea, la mejor limitación de la intervención penal se encuentra antes en la teoría del bien jurídico o mejor, como dice Hassemer, en la política del bien jurídico concretada en el contexto social (84); en definitiva, se trata de una concepción democrática sobre la selección de lo protegible.

Los vaivenes que históricamente se han producido en la discusión sobre el concepto de culpabilidad, probablemente se deban a que a éste se le han demandado demasiadas cosas, tantas como el sustentar la mayor o menor justicia de la reacción penal. Y no cabe duda de que aquello, que es la culpabilidad como juicio sobre la persona individual centra la discusión sobre la justificación del castigo en el caso concreto, pero por sí sola no puede resolver la legitimación general del Derecho penal, que es algo previo, en tanto que dependiente de la legitimación general del Estado.

Pero dicho esto, el esquema por el que se aplica una pena a un sujeto declarado culpable, desde unas u otras perspectivas, no varía esencialmente: la pena es ejercicio de soberanía estatal sobre los individuos a quienes se exige sometimiento a la Ley. Lo que ha variado son los modos de legitimar ese ejercicio de soberanía y sus límites.

El «poder actuar de otro modo», que se supone en los hombres también supuestamente libres es lo que ha fracasado como concepto legitimador en la medida en que conlleva el desentendimiento respecto a la función política del Derecho penal y en la medida en que lo han hecho también otros conceptos abstractos dentro de la crisis general de legitimación (supra. 1.2). Las modernas teorizaciones presentan los riesgos que hemos visto, pero indudablemente responden a una nueva época histórica, tienen la virtualidad de poner de manifiesto la relación entre Derecho penal y modelo de Estado, y constituyen un instrumento de interpretación y crítica que ayuda a delimitar dónde está la «ultima ratio», que justifica la intervención penal.

Pero dogmáticamente, la culpabilidad sigue siendo el momento de imputación (subjettiva) del hecho a su autor y a ello, como se verá en el siguiente apartado, no renuncia la doctrina moderna. En este

(84) Para Hassemer, una política de bienes jurídicos no puede distanciarse del consenso expresado en la sociedad. Si la teoría del bien jurídico no tiene otros límites que la fantasía y la imaginación, la política del bien jurídico es diferente. En ella existe una conexión inmediata con el consenso social normativo. La racionalidad de una doctrina del bien jurídico no se demuestra en abstracto, sino en la concreción de alternativas de actuación. Y éstas sólo pueden proyectarse en el contexto de la propia actuación: la base del orden social. *Theorie und Soziologie de Verbrechen*, Frankfurt, 1973, pp. 240-242.

sentido son suscribibles las palabras de Torío, cuando afirma que la culpabilidad (o el reproche) tiene una carga semántica moralizante, pero su contenido no tiene por qué serlo: es simplemente la desaprobación normativa de la conexión personal entre el sujeto y su acción (85). En parecido sentido señala Mir que quizá debería sustituirse el término «culpabilidad», por otro con menores resonancias morales (atribuibilidad o responsabilidad), puesto que la culpabilidad no afecta al desvalor del delito, sino que permite atribuirlo «social y, por tanto, jurídicamente» a su autor. Por su parte, Octavio de Toledo y Huerta Tocildo optan directamente por referirse a la «atribuibilidad en lugar de a la culpabilidad» (86).

En todo caso y aun suscribiendo plenamente el rechazo al contenido moralizante, me parece interesante la observación reciente de Kunz, acerca de que la pena se diferencia de la sanción administrativa y la medida de seguridad, precisamente en el contenido del reproche personal (87). Es cierto, que la sanción administrativa es también castigo y que, dejando de lado las diferencias jurisdiccionales y de competencia legislativa, no conlleva el mismo grado de estigmatización social que la pena. La condena penal tiene un contenido especialmente reprobatorio y, en palabras del mismo Kunz (88), cumple una función de «llamada» (Appellfunktion), que no puede ignorarse olímpicamente, porque ignorándola se corre el riesgo de infravalorar también su gravedad.

2. LA CULPABILIDAD COMO CATEGORÍA DOGMÁTICA

2.1. La distinción «injusto-culpabilidad»

Si la discusión sobre el contenido del concepto de culpabilidad en tanto que vinculado a la justificación del Derecho penal tiene la amplitud de la que se ha visto una muestra en páginas anteriores, la consideración de tal concepto como uno de los pilares de la estructura del delito, es mucha más pacífica. Con independencia del sistema que se siga y de la ubicación sistemática del dolo y la imprudencia, la distinción «injusto-culpabilidad» puede considerarse hoy perfectamente sólida. Afirma Jescheck que «injusto y culpabilidad tienen que concurrir conjuntamente para que sea procedente la pena criminal, pues ésta cumple la doble tarea de poner públicamente de manifiesto la lesión del derecho y, asimismo, hacer personalmente responsable

(85) «ADP», 1985, p. 290.

(86) MIR PUIG: *Adiciones al Tratado de Derecho penal de Jescheck*, I. p. 584. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO: *Derecho penal*, pp 294 y ss.

(87) KUNZ: *Prävention*, cit., p. 826.

(88) *Op. cit.*, p. 835.

al autor por tal motivo», constituyendo además el concepto tripartito de delito, el marco de referencia común en todo el Derecho comparado (89).

Claramente, tal distinción está presente en todos los manuales modernos y, por otra parte, la discusión general ha dejado en gran parte a salvo las funciones que cumple esta categoría dogmática. Las coincidencias teóricas en torno a su mantenimiento son resumidas por Hassemmer en la siguiente forma: 1) la necesidad de una categoría en la que llevar a cabo la imputación subjetiva; 2) la exclusión de la responsabilidad por el resultado, para lo que es necesario admitir sucesos no producidos por factores causales, sino por personas que los dirigen; 3) existencia de grados de responsabilidad; 4) distinta valoración normativa de los distintos grados de participación interna en el suceso; 5) repercusión de lo anterior en la medición de la pena y necesidad de tratar desigualmente lo desigual (90).

De todas estas razones, la necesidad de un ámbito en el que llevar a cabo la imputación subjetiva, de atribución del hecho a su autor, que permita además la consideración de la desigualdad de los casos, es quizá la que aparece con mayor firmeza (91). No faltan, sin embargo, planteamientos más radicales respecto a la categoría «culpabilidad», como el de Gimbernat (92) o el más reciente de Gómez Benítez, para quien «...esta tesis de la moderna teoría de la imputación... puede concluir —si se lleva hasta sus últimas consecuencias en la desaparición de la diferencia dogmática entre injusto y culpabilidad», preguntándose a continuación sobre si ha llegado el momento de descubrir «la artificialidad de esa pretendida diferencia material». El razonamiento se asienta en el hecho de que si el injusto pone de manifiesto el contenido del desvalor social del hecho, las características personales del autor deben tener cabida en tal desvalor. Añade Gómez Benítez que nadie mantiene que los abusos deshonestos realizados por un enajenado mental y los llevados a cabo por un ser psiquiátricamente sano tengan la misma significación social, pese a lo cual se mantiene la distinción injusto-culpabilidad, distinción que, de todas formas, entiende este autor sigue siendo un pilar fundamental de la teoría del delito, por lo que debe seguirse contando con ella (93).

En mi opinión, es cierto, que los actos de un enajenado no tienen la misma significación social que los de una persona psiquiátricamente

(89) JESCHECK, H. H.: *Nueva dogmática penal y política criminal en una perspectiva comparada*, «ADP», 1986, pp. 13-14.

(90) HASSEMER, W.: *Fundamentos*, cit., pp. 266 y ss.

(91) MIR PUIG: *Función de la pena y teoría del delito*, cit., pp. 91 y ss. Con especial firmeza, OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO: *Derecho penal*, cit., pp. 302 y ss.

(92) *¿Tiene un futuro...?*, cit., passim.

(93) GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, cit., pp. 95-96.

te sana, si esa significación social se refiere al hecho considerado en su globalidad, es decir, como hecho de un determinado sujeto. En este sentido, la distinta significación social se demuestra precisamente exculpando al inimputable en función de sus características personales. Pero si la significación social se refiere al desvalor recayente sobre la conducta y la lesión que del bien jurídico ocasiona (esto es, si referimos la significación social a lo que conocemos como tipo de injusto) (94), posiblemente, el ejemplo planteado sea matizable. Personalmente, me ofrece dudas que unos abusos deshonestos o una violación cambien su gravedad o modifiquen su afectación objetiva al bien jurídico según quien lo cometa. Ello no es así, desde luego, para la víctima y me parece dudoso que lo sea para la sociedad. Lo que sí se diferencia socialmente es la distinta posibilidad de atribuir (imputar) el hecho a su autor, que entiendo tiene su reflejo precisamente en la categoría «culpabilidad».

Puede objetarse a lo anterior que, en esa línea habría que concretar también la misma «gravedad» a la muerte dolosa y a la muerte imprudente, puesto que las dos afectan en la misma medida al bien jurídico vida, o que desde hace tiempo la doctrina admite la presencia de elementos subjetivos en el tipo de injusto, pero como afirma también Gómez Benítez, y ello me parece claro, los términos «objetivo» y «subjetivo» aluden a juicios sobre un mismo objeto de referencia —compuesto de elementos objetivos y subjetivos— que es precisamente la realización del injusto penal (95). En el caso de la diferenciación «doloso-imprudente» parece mucho más clara la distinta desvalorización jurídico-social y el distinto modo de prohibir con carácter general las conductas, que es, en definitiva, la misión de los tipos penales.

Cuestión distinta es la planteada por el valor de algunos conceptos mayoritariamente encuadrados en la culpabilidad, para la delimitación de la antijuridicidad. Henkel atribuía a la exigibilidad el carácter de «principio jurídico regulador» (96), de determinación objetiva en la antijuridicidad y subjetiva en la culpabilidad, y, recientemente, Mir ha manifestado la necesidad de ponderar la capacidad de motivación en el injusto (97).

(94) En este sentido he utilizado el concepto de significación social en mi trabajo: *Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida*, en «Estudios jurídicos», en honor del prof. Pérez Vitoria, T. I, Barcelona, 1983, pp. 257 y ss. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Significación social y tipicidad*, en «Bases críticas de un Derecho penal», Bogotá, 1982, pp. 37 y ss.

(95) *Teoría jurídica*, cit., p. 94.

(96) HENKEL, H.: *Zumutbarkeit und Zumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, en «Fest. f. Mezger», 1954. Recientemente, OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO: *Derecho Penal*, p. 372.

(97) *Función de la pena y teoría del delito*, cit., p. 106.

Entiendo, que con ello nos adentramos en el complicado tema del justo equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo en la delimitación del injusto o, si se quiere, en la importancia del desvalor de acto y de resultado, que es uno de los problemas más arduos de la teoría del delito por la relación que mantiene con la concepción sobre la norma penal. Sin embargo, creo que la doctrina actual es consciente de los peligros de subjetivización del injusto, si determinados elementos pertenecientes a las características personales del autor se reconducen al desvalor objetivo de su conducta, tanto para aumentarlo como para disminuirlo. Personalmente, si estoy en contra de considerar menos grave el injusto cometido por un inimputable y a favor de que su condición se valore en la culpabilidad, es porque también me opongo a que se atribuya mayor gravedad o incluso se tipifiquen determinados hechos, porque demuestren una especial actitud del autor frente al Derecho o frente a la sociedad, sin que ello afecte a la lesión objetiva de bien jurídico alguno.

Lo que comparte la doctrina mayoritaria, a los efectos que aquí interesan, es que esas características personales o situacionales (98) del autor que el Derecho penal distingue, aunque no afectan a la prohibición general recayente sobre su conducta, tienen su ámbito de valoración, de tratamiento desigual de lo desigual, en la culpabilidad.

Por otra parte, este es el ámbito adecuado también para introducir el límite individualizador en que el apartado anterior aparecía como necesario frente a la finalidad preventiva que no debe ser llevada hasta el castigo de sujetos en especiales condiciones por las que su conducta no puede serles imputada. La delimitación del contenido de esas condiciones es tarea de todas las teorías de la culpabilidad, pero el reconocimiento de su relevancia constituye uno de los fundamentos de la atribución de responsabilidad.

Asimismo, las repercusiones de la distinción dogmática entre injusto y culpabilidad han sido frecuentemente puestas de manifiesto, básicamente, por lo que a la participación y el error se refiere. En cuanto a la primera, es pacífica la adscripción de la doctrina dominante a la tesis de la accesoriadad limitada en virtud de la cual basta la realización de un hecho típico y antijurídico por el autor principal —aunque no sea culpable—, para poder atribuir responsabilidad a los partícipes (99). Por lo que concierne al error de prohibición en su modalidad evitable, el Código penal español se ha decidido finalmente por la teoría de la culpabilidad admitiendo en tal caso la realización de hecho típico doloso con culpabilidad atenuada (100).

(98) MIR PUIG: *Función de la pena y teoría del delito*, cit., pp. 91 y ss.

(99) *Vid.*, por todos, JESCHECK, H. H.: *Tratado*, II, pp. 901 y ss. MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, pp. 339 y ss.

(100) Anteriores a la reforma de 1983: CÓRDOBA, J.: *El conocimiento de la antijuridicidad*, Barcelona, 1962. CEREZO, J.: *La conciencia de la antijuridicidad en el*

2.2. Concepto formal y concepto material de culpabilidad

Reconocida la culpabilidad como categoría añadida al injusto, en la que se realiza la imputación subjetiva, se utiliza en ocasiones la distinción entre concepto formal y concepto material de culpabilidad. Conforme a ella, una cosa son los elementos personales que el ordenamiento exige para que pueda darse la imputación subjetiva (concepto formal) y otra las razones por las que esos elementos son seleccionados como presupuestos de tal imputación, es decir, su fundamento (concepto material) (101).

Así, la imputabilidad, el conocimiento potencial de la antijuricidad y la exigibilidad —sin entrar ahora en el contenido de los conceptos— constituyen, en principio, los elementos necesarios para poder concluir la existencia de culpabilidad e integran su concepto formal que, como dice Torío (102), no prejuzga cómo debe entenderse tal categoría materialmente. Las razones por las que el ordenamiento jurídico exculpa a los inimputables, a los que desconocen la antijuricidad del hecho o a lo que se encuentran en situación de no exigibilidad (el contenido material de la culpabilidad) son básicamente el objeto de la discusión y donde aparecen las mayores divergencias reconducibles, como he intentado establecer, a la justificación de la intervención punitiva y la legitimación del Derecho penal. En opinión de Jescheck (103) este concepto material de culpabilidad puede basarse en exigencias éticas, de seguridad pública, en la especificidad de la conducción de los impulsos humanos o en los fines de la pena, donde se manifiesta, en suma, una discusión de política jurídica sobre los presupuestos de la imputación.

Creo que la distinción de los dos conceptos, aunque lógicamente sean dependientes, es saludable para el otorgamiento de la justa relevancia a las divergencias doctrinales que, como parece evidente, se dan en mucha mayor medida en lo concerniente al concepto material de culpabilidad. A algunas de las tendencias explicativas del mismo hemos dedicado ya la consideración de la culpabilidad como concepto legitimador. Veamos ahora algunos aspectos de la problemática planteada por el concepto formal de culpabilidad.

Código penal español, en «Problemas fundamentales de Derecho penal», Madrid, 1982. TORÍO, A.: *Error iuris: perspectivas materiales y sistemáticas*, en «III Jornada de Prof. de Derecho penal», Santiago de Compostela, 1975. Recientemente, HUERTA TOCILDO, S.: *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984. Entendiendo que el nuevo artículo 6 bis a) del CPE ofrece argumentos a favor de la teoría del dolo. MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*. p. 548.

(101) JESCHECK: *Tratado*, I, pp. 580-581. MANGAKIS: *Über dre Erfolg und Schuldhaftung als Kategorien geschichtlicher Betrachtung*, «ZStW» 83, 1971, p. 290.

(102) «ADP», 1985, p. 289.

(103) *Tratado*, I, p. 581.

2.3. Determinación positiva o negativa del concepto formal de culpabilidad.

La doctrina mayoritaria acepta hoy como elementos de la culpabilidad, la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad, aunque no dejen de estar sometidos a revisión, especialmente el tercero de ellos. Sin embargo, tales elementos no se encuentran establecidos de forma positiva en los ordenamientos sobre los que opera la doctrina que los acepta, sino que se desprenden a «sensu contrario» de las causas de exculpación por las que se concede relevancia a su ausencia.

De esta forma, comprobada la existencia del injusto, se es culpable si *no* concurre una causa que *niegue* la culpabilidad o, como añade Hassemer: dos negaciones conducen a una afirmación (104).

Ello tiene una concreta consecuencia en la práctica: la culpabilidad se da por supuesta en el autor de un injusto penal, *a no ser que* esté presente una causa de exculpación. Lo anterior es aceptado como inevitable por autores que han destacado esta especial configuración del juicio de culpabilidad. Para el mismo Hassemer, las razones de este «rodeo» en la decisión sobre tal elemento del delito radican en el hecho de que en el proceso penal no puede darse una fundamentación «positiva» de la culpabilidad por lo que hay que contentarse con «indicadores de deficiencias»: «culpabilidad, capacidad de culpabilidad, conocimiento de la prohibición, exigibilidad, no se demuestran en esta construcción, sino que se presuponen» (105).

En el mismo sentido se manifiesta, entre nosotros, Quintero Olivares, al afirmar que el juicio de exigibilidad no se verifica positivamente en la práctica, puesto que fuera de los supuestos de exculpación en que la doctrina entiende que «no hay exigibilidad», ésta se da por supuesta (106).

En cambio, Luzón Domingo denunciaba que la ausencia de causas de inculpabilidad como elemento de la culpabilidad es un error lógico elemental, puesto que resulta evidente que «para que exista una afirmación es preciso que no haya negación» (107).

Procediendo por partes y centrándonos ahora en el Código penal español: parece claro que el concepto de culpabilidad no tiene contenido positivo en nuestro Derecho, sino que a partir de las circunstancias eximentes identificadas como excluyentes de la culpabilidad, se delimitan lo que son sus elementos constitutivos.

(104) *Fundamentos, cit.*, p. 269.

(105) *Fundamentos*, p. 270.

(106) *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1986, p. 394.

(107) LUZÓN DOMINGO: *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, Barcelona, 1960, p. 81.

Dejando ahora de lado la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad (también establecidos de forma negativa) el problema aparece ante circunstancias que, como el miedo insuperable, son interpretadas mayoritariamente como situaciones en las que al autor no le era exigible actuar de otra forma (108). Esa mención a la no exigibilidad como fundamento de algunas situaciones de exculpación, está presente en todos los autores que reconocen la categoría «culpabilidad», aunque la no exigibilidad se explique desde puntos de vista distintos como los que se han recogido anteriormente (tesis clásica del poder actuar de otro modo, tesis prevencionistas).

Ahora bien, con ello, es necesario retomar lo recogido al repasar la concepción normativa clásica: el reconocimiento del concepto de no exigibilidad supone una de estas dos opciones: la no exigibilidad es sólo el fundamento de determinadas eximentes, o bien, la exigibilidad es un elemento positivo del juicio de culpabilidad, que debe comprobarse en todo caso y excluir la responsabilidad en caso de que falte. Recordemos que esto último supondría aceptar la exención por inexigibilidad en casos no previstos en la Ley a lo que la doctrina mayoritaria se opone (vid. supra 1.1).

Hay que añadir aquí que el artículo 2 del Código penal español ofrece importantes argumentos en contra de la admisión de tal causa de exención supra legal, al establecer que el Tribunal acuda al Gobierno «sin perjuicio de ejecutar, desde luego, la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo...».

En base a tal precepto se ha negado también la posibilidad de la analogía *in bonam partem* (109), aunque es posible interpretar esa «rigurosa aplicación de la Ley», como aplicación analógica beneficiosa (110), lo cual es algo distinto de la creación judicial de eximentes por no exigibilidad. Y ésta parece ser mucho más claramente vetada por el artículo 2 del Código penal español. Por el contrario, afirma Quintero que, pese a no determinarse positivamente la exigibilidad, «tras la introducción del principio de culpabilidad a partir de la reforma urgente y parcial del Código penal de 1983, sería necesario que esa valoración de la conducta exigible se llevara a cabo en todas

(108) Así, MIR PUIG: *Derecho penal*, pp. 527 y ss. En contra, considerando el miedo insuperable como causa de justificación, GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, pp. 429 y ss.

(109) QUINTANO, A.: *Curso de Derecho penal*, en «PG» I, Madrid, 1963, p. 198. CÓRDOBA, J.: en «Comentarios al Código penal español», Barcelona, 1976, p. 56; COBO DEL ROSAL-BOIX REIG: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en «Comentarios a la legislación penal», T. I., pp. 191 y ss.

(110) MIR PUIG: *Intruducción a las bases*, cit., pp. 319 y ss.

las ocasiones, sin contraerse a la concurrencia concreta de alguna de las circunstancias eximentes previstas en la Ley (111).

Octavio de Toledo y Huerta Tocildo mantienen en sentido paralelo que no hay obstáculo alguno para que el pensamiento de la no exigibilidad «se emplee no sólo para explicar el fundamento de ciertas causas de exclusión de la atribuibilidad (“culpabilidad”) explícitas en la Ley... sino también como base para apreciar eximentes de esta clase por analogía (perfectamente admitida cuando es *in bonam partem* conforme se ha dicho sobre este particular)» (112).

Entiendo que la aplicación de la analogía *in bonam partem* a las eximentes es algo parcialmente distinto a la comprobación positiva de la exigibilidad y exención (supra legal) por no exigibilidad. Vimos como Scarano aceptaba lo primero y negaba lo segundo. Aunque se trate de temas conexos, la aplicación analógica de, por ejemplo, el miedo insuperable, supone la concurrencia en la situación a enjuiciar no sólo de la no exigibilidad, sino también de condiciones «análogas» al miedo, por tratarse de una extensión de la circunstancia prevista antes que de la declaración de que al sujeto no se le podía exigir otra conducta.

Mientras que, en mi opinión, es posible la *aplicación* analógica beneficiosa de las eximentes legalmente previstas (pero aplicación del Derecho vigente, al fin y al cabo), el presuponer un concepto positivo de exigibilidad que viniera a ser negado en situaciones en las que faltara, incrementaría en la aplicación práctica del Derecho penal los problemas de indefinición teórica de lo que es la culpabilidad, y dentro de ella, la exigibilidad, a no ser que el Derecho positivo incluyera una definición concreta de la misma. En todo caso, hoy por hoy y a la vista de la actitud del Tribunal Supremo contraria a la posibilidad de ampliación judicial de las eximentes (sentencias 4-6-45, 6-3-65, 15-3-65, 22-2-65), cabe concluir que todos los elementos de la culpabilidad se encuentran configurados de forma negativa.

Es cierto, que formalmente constituye el error lógico, denunciado por Luzón Domingo, definir un concepto positivo sobre la base de que existe cuando no se niega. Pero lo que ocurre es que *tal concepto positivo no existe en el Derecho vigente*; me parecen más claras las afirmaciones de Hassemmer y Quintero, arriba reseñadas: en la práctica la culpabilidad se presupone a no ser que esté presente una circunstancia que la excluya. Como categoría añadida al tipo y la antijuridicidad viene constituida por un concepto doblemente negativo: ausencia de causas de exención de la culpabilidad.

Ello puede ser considerado o no como saludable, pero no cabe duda de que es así. Lo que es cierto es que en todo caso plantea

(111) *Derecho penal, cit.*, p. 394.

(112) *Derecho penal, «PG», cit.*, p. 371.

una serie de cuestiones no siempre analizadas cuando se discute sobre el concepto de culpabilidad y que, además, no aparecen de la misma forma en el Derecho penal español y en el alemán, aunque sea la teorización alemana la que ha dominado en la moderna ciencia penal española. Las líneas que siguen pretenden poner de manifiesto el distinto valor del concepto de culpabilidad en uno y otro ordenamiento.

2.4. El valor de la culpabilidad en Derecho español

Ni el término «culpabilidad» ni las consecuencias de su distinción dogmática respecto del injusto aparecen de forma clara en el Código penal español. Aunque el proyecto de Código penal de 1980, incluía en su artículo 3 la entonces discutida expresión «no hay pena sin culpabilidad», lo hacía con intención de excluir la responsabilidad por el resultado y limitarla a la existencia de dolo o culpa, como finalmente ha recogido la actual redacción del artículo 1 del Código penal, después de la reforma parcial de 1983, estableciendo, efectivamente, el principio de culpabilidad, pero no un concepto de culpabilidad.

Como es sabido, nuestro Código se refiere únicamente a la «responsabilidad» como *conjunto* de condiciones que posibilitan la aplicación de una pena. Ello no plantea mayores problemas cuando aparece precisamente fundamentando la aplicación de la pena y atribuyéndose a quien a realizado el hecho típico, sirviendo, por ejemplo, como género que incluye las distintas formas de intervención en el mismo: son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores, los cómplices y los encubridores (art. 12 del Código penal español), o bien cuando sirve para distinguir la responsabilidad criminal de la civil (art. 20 del Código penal español). Puesto que aquí el concepto de responsabilidad supone la presencia de todos los elementos del concepto dogmático de delito, la distinción entre el ámbito de la antijuridicidad y el de la culpabilidad, resulta innecesaria.

Sin embargo, cuando ocurre lo contrario, esto es, cuando se establece la impunidad, el hecho de que el Código penal español utilice igualmente el término «responsabilidad» u otras expresiones genéricas, obliga a desentrañar en cada caso cuál es el elemento del delito que queda afectado por la situación legal, es decir, cuáles son las razones de la absolución. El ejemplo más claro es el de las eximentes que, según el artículo 8 del Código penal español, lo son de la «responsabilidad», sin distinguirse entre aquellas que afectan al injusto y las que inciden en la culpabilidad. La misma referencia a la responsabilidad aparece en la regulación reciente del error en el artículo 6 bis a) del Código penal español.

Las situaciones de exención por razón de parentesco ofrecen también dudas. En el encubrimiento entre parientes del artículo 18 del

Código penal español, se establece que están «exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge..., etc.», utilizando una terminología igual a la de la excusa absolutoria de los rebeldes sediciosos recogida en el artículo 226 del Código penal (113).

En cambio, la exención de los parientes de la víctima en determinados delitos contra la propiedad, que regula el artículo 554 del Código penal, vuelve a recurrir a una expresión igual a la de las eximentes, lo que hace necesario, como en el caso del artículo 8, clarificar si esa relación parental afecta a la culpabilidad (estableciendo una presunción legal de no exigibilidad) o bien si se trata de una excusa absolutoria (114).

Lo anterior sólo pretende destacar algo que es sobradamente conocido por los penalistas españoles: la distinción antijuridicidad-culpabilidad no está expresada claramente en el Código penal español, sino que ha sido deducida doctrinalmente a partir de la teoría de las normas, fundamentalmente. En este terreno, junto a la tesis tradicional sobre la existencia de normas permisivas en las causas de justificación, que convierten el hecho prohibido en adecuado a Derecho (115), la teoría de los elementos negativos del tipo mantiene no ya la permisión de lo justificado, sino su falta de prohibición (116), pero en todo caso, la justificación respecto al ámbito de la culpabilidad consiste en la pervivencia del desvalor jurídico sobre el hecho en los casos en que se establece una circunstancia personal o situacional propia del autor, que impide la imputación jurídica del hecho a su persona (117).

(113) SAINZ CANTERO: *La exigibilidad*, cit., pp. 121 y ss.: el encubrimiento entre parientes es en realidad una causa de inculpabilidad. En cambio, para BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco en Derecho penal*, Barcelona, 1973, pp. 217 y ss., es una causa personal de exclusión de la pena.

(114) Junto a la doctrina mayoritaria, BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco*, cit., pp. 87 y ss., es una excusa absolutoria.

(115) Vid. ampliamente. CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación*, Madrid, 1983 JESCHECK: *Tratado*, I, pp. 339 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Consideraciones generales en torno a la exclusión de la antijuridicidad*, en «Libro homenaje a Antón», Salamanca, 1982, pp. 509 y ss.

(116) En España, MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 96-97.

(117) Tampoco incluye el Código penal español diferenciación expresa entre posibles clases de estado de necesidad. La distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante es negada en España por GIMBERNAT: *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en «Estudios», cit., pp. 155 y ss. QUINTERO: *Derecho penal*, p. 464. GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, cit., pp. 379 y ss. Vid también ROLDÁN BARBERO: *Estado de necesidad y colisión de intereses*, en «ADP», 1983; la aceptan BUSTOS: *Manual*, p. 405, y MIR: *Derecho penal*, pp. 389 y ss. La discrepancia doctrinal en torno al carácter justificante o exculpante de las eximentes se ha planteado también en torno a la obediencia debida e incluso el miedo insuperable, que, aunque mayoritariamente se considera causa de exculpación, cuenta con la opinión en contra de GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, cit., p. 435, incluyéndolo entre las causas de justificación.

La necesidad de discernimiento del elemento del delito afectado por la eximente es obvia y se reconduce a la de la distinción entre injusto y culpabilidad. Se plantea sobre todo a partir de la admisión de la accesoria limitada en materia de participación que, en cierta forma es recogida por el Código penal español al determinar legalmente las penas de los partícipes, a quienes se impondrán las inferiores a la «señalada por la Ley al autor del mismo delito» (arts. 53 y 54 del Código penal español). La referencia a la pena señalada en lugar de a la pena «impuesta» supone reconocer la posibilidad de que el autor del hecho no sea responsable, pero sí los partícipes en el mismo.

E igualmente, la naturaleza dogmática de las eximentes resulta relevante para la admisión o rechazo de la legítima defensa enfrentada, desde el momento en que los hechos *no* justificados (aunque se exculpe a su autor) pueden constituir «agresiones ilegítimas» permitiendo la oposición de defensa (118).

En todas estas cuestiones es donde la categoría dogmática «culpabilidad» despliega su eficacia sistemática. Y en su resolución es donde reaparecen en cierta forma las opciones mantenidas respecto al concepto de culpabilidad. Indudablemente, para la delimitación del ámbito dogmático de tal categoría y de las circunstancias que la excluyen, se hace necesaria la teorización acerca de qué debe entenderse por culpabilidad, pero al estar ésta *negativamente determinada* en el Derecho positivo (vid. apartado anterior), se produce un cierto círculo vicioso: la culpabilidad es aquello que subsiste cuando no hay una causa que la elimine, y son causas que la eliminan aquellas en las que no está presente el fundamento de la culpabilidad.

En todo este tipo de procesos lógicos suele acudir a conceptos previos, y por tal motivo las líneas ideológicas que se han recogido al hablar de la culpabilidad como concepto legitimador, tienen en todo ello su importancia. Es evidente, que la concepción de cada autor sobre el Derecho penal y su función tiene un reflejo en la interpretación de las normas que lleva a cabo y, sobre todo, en la resolución que proponga para casos concretos. Si, desde una concepción estrictamente preventivo general, se atiende exclusivamente al grado de motivabilidad del autor, se puede hacer descansar el peso del injusto en la desobediencia a la norma y, por ejemplo, ampliar excesivamente el concepto de tentativa.

Pero al concluir la exposición de las modernas teorías sobre la culpabilidad puse de manifiesto cómo, en resumidas cuentas, la deci-

(118) En esta materia, GÓMEZ BENÍTEZ se muestra contrario a la equiparación entre causas de inimputabilidad y de inexigibilidad a los efectos de la legítima defensa enfrentada, manifestándose partidario de negarla respecto a las segundas y aceptar el estado de necesidad en tales casos. *Teoría jurídica, cit.*, pp. 436 y ss.

sión sobre la culpabilidad supone partir de la exigibilidad de conductas adecuadas a la norma y aceptar que debe imponerse una pena a quien realiza otras distintas. El contenido de lo exigible y el fundamento de la legitimación estatal para imponer el castigo es lo que ha variado a través del tiempo, pero la aceptación de los conceptos de exigibilidad y no exigibilidad es algo claro en la interpretación actual de las causas por las que se excluye la culpabilidad.

¿Supone ello aceptar llanamente el concepto tradicional de culpabilidad? Creo que no hay que temer ese peligro —si es que lo es— por dos razones básicas: en primer lugar, porque no es necesario admitir lo que, como ha quedado expuesto en páginas anteriores, constituye el mayor inconveniente de las tesis clásicas: la culpabilidad-reproche como mecanismo legitimador que evita la responsabilización política de la intervención penal: así, volviendo al ejemplo planteado anteriormente, la mayoría de edad penal no se establece en función del momento en que el hombre adquiere su libertad de decisión, sino a partir de una concepción racional de aquello que hay que prevenir y mediante qué instrumentos.

Por tanto, aceptar la exigibilidad como concepto que da cuerpo a la categoría «culpabilidad» no conlleva necesariamente optar por una u otra concepción sobre el Derecho penal, como destacan clara y acertadamente Octavio de Toledo y Huerta Tocildo (119).

Pero es que además y como segunda razón, toda la teorización sobre el concepto de culpabilidad desempeña en España una función más limitada que en Alemania.

Como se ha expuesto, en nuestro Código el concepto de culpabilidad y con él la exigibilidad de otra conducta sirve para deslindar este ámbito del de la antijuridicidad a los efectos de la resolución de los correspondientes problemas dogmáticos (participación, etc.), pero poca cosa más. El hecho de que no se acepten causas supralegales de exención basadas en la no exigibilidad confirma la ausencia, en la práctica, de su contrario concepto positivo y determina que esa no exigibilidad aceptada doctrinalmente sea sólo el criterio interpretativo de las causas de exculpación existentes en el Código penal.

Es decir, el concepto de culpabilidad cumple, en el Código penal español sólo una *función sistemática* dentro de la ordenación de los elementos del delito. Además de ello, como concepto ideológico, la discusión que se produce en torno a él sirve para poner en cuestión las razones de la intervención penal y ello siempre es beneficioso, pero al no tener contenido positivo en nuestro Derecho, los problemas de adopción de uno u otro concepto se limitan —sin que ello sea poco, desde luego— a la interpretación de las causas de exculpación.

(119) *Derecho penal, cit.*, p. 365.

Si nuestro sistema procesal se caracterizara por la división en dos fases del proceso, propia del modelo anglosajón, sería en mayor medida posible la distinción entre el pronunciamiento de la culpabilidad (la formalización del «reproche») y la decisión sobre la sanción, lo que en la doctrina alemana se conoce como «Schuldinterlokut», con separación entre el veredicto de culpabilidad («Schuldspruch») y el pronunciamiento de la pena («Strafausspruch») (120); en cambio, desde un punto de vista procesal, estoy de acuerdo con Quintano cuando afirma que «entre nosotros, jurídicamente hablando, “culpabilidad” vale tanto en lo penal como “condenabilidad”». El mismo autor repasa los principales momentos procesales de la siguiente forma: existe primero una constatación de hechos probados, viene después la calificación jurídica en que se adecúa lo anterior a la tipicidad y, finalmente, «surge el dispositivo o fallo que encierra la quintaesencia de lo valorativo y con ello la creación de la culpabilidad como un todo o su destrucción como un todo también», concluyendo que en la expresión ritual «debemos condenar y condenamos» se encarna la culpabilidad y se crea ésta jurídicamente hablando (121).

Realmente, si toda la conceptualización de la culpabilidad se redujera a su plasmación en la frase con que se concluye la Sentencia, habría que reconocer que su relevancia es más bien escasa. La función sistemática desempeñada por el concepto de culpabilidad tiene su acomodo procesal en la parte material de la sentencia, donde la distinción injusto-culpabilidad puede desplegar sus efectos, pero más allá de ellos, es cierto, que la declaración de la culpabilidad, procesalmente hablando, se reduce a la expresión de la condenabilidad, en esa estructura «dialogal» del proceso penal, que advierte Haft (122), para quien la doctrina de la culpabilidad es la que dirige su atención al proceso comunicativo entre las instancias de las que se desprende el reproche de culpabilidad y el autor que debe recibir el veredicto. Desde este punto de vista, resulta efectivamente difícil sustraerse a la idea de que cuando se *condena*, se reprocha, sin que ello suponga necesariamente aceptar el reproche moral como justificación del Derecho penal.

Lo anterior resultaría incompleto sin la consideración de las menciones a la culpabilidad como fundamento de la pena. Cuando se utiliza tal expresión puede hacerse en tres sentidos distintos, aunque no siempre se diferencian: 1.º, fundamento de la pena en tanto que razón por la que el Estado impone castigos a los ciudadanos; 2.º, fundamento de la pena como posibilidad procesal de aplicarla, y 3.º, fundamento de la pena en su determinación concreta.

(120) ULMEN, H.: *Das Schuldinterlokut*, Bonn, 1973, pp. 15 y ss.

(121) QUINTANO RIPOLLÉS: *Hacia una posible concepción*, cit., pp. 530-532.

(122) HAFT, F.: *Der Schuldiallog*, «Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht», Freiburg/München, 1978, p. 11.

A la primera de las acepciones corresponde la discusión ideológica sobre el concepto de culpabilidad y aquí es donde hay que deslindarla de su función sistemática. Cuando Zugaldía afirma que la simple atribubilidad del injusto a su autor no puede fundamentar la pena, sino que el fundamento único es la necesidad de la misma (123), entiendo que se está moviendo en el terreno de la discusión precedentemente recogida sobre la legitimación del Derecho penal y de la pena. Y en este sentido estoy de acuerdo: el *porqué* de la imposición de una pena requiere plantear otras cosas además de la atribución de un injusto a su autor, pero en el plano dogmático, la consideración exclusiva de la necesidad de la pena es insatisfactoria y puede acarrear la extensión de lo punible.

Si nos referimos al fundamento de la pena como posibilidad procesal de aplicarla, el concepto de culpabilidad, tal y como lo entiende la doctrina que opera el Derecho penal material, resulta estrecho.

Lo que responde en mayor medida a esa posibilidad de aplicación de la pena es, por un lado, el concepto *global* de responsabilidad, al que habría que añadir la discutida categoría de la punibilidad y, por otro, el conjunto de requisitos procesales, entre los que están los propios presupuestos del proceso y que alteran, en ocasiones, el orden lógico de comprobación de los elementos del delito, tal y como los concibe la dogmática penal.

Por último, si al hablarse de la culpabilidad como fundamento de la pena se hace referencia a la determinación concreta de la misma, debo remitirme a lo que mantuve en otro trabajo (124): Con independencia de los problemas de su determinación legal y, sobre todo, del juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, el Código penal español no obliga a fundamentar la determinación de la pena en la culpabilidad, como hace el StGB, sino que utiliza los conceptos de «gravedad del hecho», «personalidad del delincuente», «gravedad del mal producido por el delito» (art. 61, 4.º y 7.º). Naturalmente, el problema radica en el contenido de tales conceptos y sobre todo en la depuración de la culpabilidad por el hecho y su posible coincidencia con aquella «gravedad del hecho» (125), pero resulta claro que tampoco en este terreno el Código penal español otorga relevancia positiva a lo que conocemos como culpabilidad.

2.5. El valor de la culpabilidad en el Derecho penal y procesal alemán

Un mero repaso a la parte general del Código penal alemán pone de manifiesto que la distinción sistemática de la categoría «culpabili-

(123) *Acerca de la evolución*, cit., p. 578.

(124) GARCÍA ARÁN, M.: *Criterios de determinación*, cit., pp. 212 y ss.

(125) GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, cit., p. 446, recoge la relación entre «culpabilidad por el hecho», límite de la determinación de la pena y el concepto de «gravedad del hecho».

dad» se encuentra claramente reflejada en el ordenamiento germano, al contrario de lo que ocurre en el Código penal español. El StGB distingue claramente entre las situaciones en que se actúa sin culpabilidad, como en el caso del error de prohibición invencible (par. 17 StGB: «handelt er ohne Schuld...») y aquellas en que la actuación misma se encuentra justificada, como en la legítima defensa (par. 32: «...handelnicht rechtswidrig»). La problemática del estado de necesidad es resuelta legalmente en favor de la diferenciación entre estado de necesidad justificante y exculpante (pars. 34 y 35) y del mismo modo, la culpabilidad como categoría personal y diferenciable entre los partícipes en que se basa el principio de accesoriedad, tiene su reflejo en el parágrafo 29: cada partícipe es castigado según su culpabilidad sin consideración de la culpabilidad del otro («...nach seiner Schuld bestraft»).

El hecho de que tales categorías aparezcan delimitadas en el Derecho positivo ahorra muchos de los problemas interpretativos que se producen con el Código penal español y posibilita también que el lenguaje utilizado en los Tribunales esté más próximo al de los teóricos de lo que lo está en España. De esta forma, la necesidad de acudir a la función sistemática de la culpabilidad como vía de interpretación del Derecho positivo, que se da en nuestro país, es en la R.F.A. relativamente menor. Por ello, afirma Naucke, que las reglas para ordenar sistemáticamente un concepto o institución jurídico penal se encuentran en la aplicación práctica, en la que antes que una ordenación de elementos se produce la inclusión de cada decisión en una u otra categoría como justificación o como exculpación (126). En definitiva, el grado de elaboración alcanzado por la dogmática alemana y la conceptualización de aquello que es injusto y lo que es la culpabilidad, tiene su reflejo en el Derecho positivo, con lo que se produce en menor medida aquella influencia del preconcepto de culpabilidad en la interpretación de las circunstancias eximentes, que se ha destacado en el caso español.

Veamos a continuación cuál es el reflejo de lo anterior en el ordenamiento procesal alemán. Cuando la Ley Procesal alemana regula la formación de la Sentencia, establece la exigencia de una mayoría de dos tercios de los votos del Tribunal «para cada resolución en perjuicio del acusado sobre la *cuestión de culpabilidad y las consecuencias jurídicas del hecho* (par. 263 StPO), mientras que según la Ley Orgánica de Tribunales basta la mayoría simple para las restantes cuestiones (presupuestos procesales, costas; par. 196 GVG). Ahora bien, esa «cuestión de culpabilidad» (Schuldfrage) es algo que tiene un sentido distinto al del Derecho penal material o, en palabras de

(126) NAUCKE, W.: *Der Begriff der «geringen Schuld» im Straftatsystem*, en «Fest. f. Maurach», Karlsruhe, 1972, p. 201.

Roxin, la «Schuldfrage» o cuestión de la culpabilidad en el ordenamiento procesal va más lejos que la cuestión acerca de la culpabilidad («die Frage nach der Schuld») en el Derecho penal material (127).

Y efectivamente, el alcance de la cuestión de culpabilidad en sentido procesal se corresponde con el *conjunto* de condiciones que permiten o impiden la imposición de la pena; ello se desprende, en primer lugar, del propio tenor del párrafo 263 StPO que, en su segundo párrafo establece: «La cuestión de culpabilidad abarcará *también* las circunstancias previstas especialmente por la Ley Penal, que excluyeran la punibilidad, la disminuyeran o la aumentaran».

Esas circunstancias que excluyen la punibilidad son interpretadas unánimemente como incluyentes de las causas de justificación, causas de exculpación y situaciones de levantamiento de pena como el supuesto del desistimiento en la tentativa del párrafo 24 del StGB (128). Así, concluye Schmidt (129), la cuestión de culpabilidad en sentido procesal incluye tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en sentido material y a ello habría que añadir lo que también en sentido material conocemos como punibilidad, excluida por las causas que impiden la pena (Strafbarkeitausschließungsgründe) como las excusas por razón de parentesco (130) y las causas de levantamiento de pena (Strafaufhebungsgründe) como el citado desistimiento en la tentativa.

La concurrencia de todos los elementos del delito en el sentido expresado permite emitir el veredicto de culpabilidad (Schuldspruch), lo cual, sin embargo, no supone, en todo caso, la imposición de la pena, puesto que el ordenamiento alemán incluye, como es sabido, supuestos de falta de merecimiento de la pena, en los que se condena declarándose la culpabilidad, pero renunciándose a la imposición de la sanción, lo que pertenece a las consecuencias jurídicas de hecho, también sometidas a la exigencia del párrafo 263 StPO, en cuanto a la mayoría cualificada para su decisión. Por tanto, de la cuestión de culpabilidad entendida como requisitos de punibilidad, debe ex-

(127) ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht*, München, 1985, p. 291.

(128) STRARENWERTH, P. G.: p. 73. GÖLLWITZER, W.: en LÖWE-ROSENBERG: *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Berlin, 1978, pp. 84-85. GÖSEL, K. H.: *Strafverfahrensrecht, I*, Stuttgart, 1977, p. 277. HURXTHAL, en «Pfeiffer, dir, Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung», München, 1982, p. 873. KLEINKNECHT-MEYER: *Strafprozessordnung (Kommentar)*, 37 ed., München, 1985, p. 849. MÜLLER, G.: *Der Schuldspruch unter Strafverzicht im AE eines Strafgesetzbuches*, Köln, 1969, p. 12. SCHLÜCHETER, E.: *Das Strafverfahren*, Köln, 1983, p. 624. ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht, cit.*, p. 291. ZIFP, H.: *Strafprozessrecht*, Berlin-NY, 1976, pp. 161-162.

(129) SCHMIDT, E.: *Deutsches Strafprozessrecht*, Göttingen, 1968, p. 156.

(130) GÖLLWITZER, W.: *Die Strafprozessordnung, cit.*, pp. 84-85, citando el par. 173 StGB.

traerse lo referente al merecimiento de pena y renuncia a la misma (131).

La cuestión de culpabilidad se vota globalmente (*Totalabstimmung*) y la mayoría requerida se exige respecto al resultado final, esto es, la condena o la absolución, con independencia de que se esté o no de acuerdo en los fundamentos de la decisión: el acuerdo se exige respecto al veredicto (132). Hay que tener presente, por otra parte, que en la R.F.A. existe un sistema de jurado mixto y que en la votación de la Sentencia no existen diferencias entre los Jueces profesionales y los legos (133).

De esta forma, la decisión sobre la culpabilidad se corresponde en el proceso penal alemán con el conjunto de elementos que posibilitan la aplicación de la pena y de entre ellos, lo que se corresponde con la culpabilidad en el sentido del Derecho penal material, se considera presente en tanto no exista una circunstancia que la anule.

Hasta aquí, la situación es prácticamente igual a la española si dejamos a salvo lo que se ha dicho respecto a la mayor depuración sistemática del StGB, puesto que en gran medida la «*Schuldfrage*» de la StPO viene a corresponderse con el concepto de responsabilidad utilizado por el Código penal español.

Sin embargo, ello no significa que el valor del concepto de culpabilidad del Derecho penal material sea el mismo en ambos ordenamientos. En el sistema alemán no puede concluirse, como en el caso español, que la culpabilidad carezca totalmente de valor positivo, con lo que la afirmación de Hassemer recogida más arriba (2.3) es, en parte matizable. Destacaré dos supuestos en los que puede apreciarse lo anterior: la determinación de la pena y el principio procesal de oportunidad.

a) El parágrafo 46 del StGB establece que la culpabilidad del autor es el fundamento de la determinación de la pena. En torno a tal declaración se produjo hace unos años una viva discusión en Alemania con considerables repercusiones en nuestro país. En las distintas argumentaciones se dieron cita todas las opciones sobre el contenido del concepto de culpabilidad y su carácter constitutivo para la aplicación de la pena. La consideración en ésta de los fines de la pena, reconocida por la cláusula preventivo especial del propio parágrafo 46 del StGB, dio origen a una fructífera elabora-

(131) JESCHECK: *Tratado*, II, p. 1175. MÜLLER: *Der Schuldspruch*, cit. p. 15. BRUNS: *Strafzumessungsrecht*, 1974, p. 29.

(132) SCHMIDT, E.: *Deutsches Strafprozessrecht*, cit.; p. 157. HURXTHAL: en *Karl-sruhe Komm*, cit., p. 873.

(133) HURXTHAL: *loc. ult. cit.* GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, Barcelona, 1985, pp. 56-57.

ción sobre las relaciones entre culpabilidad y prevención de la que son exponentes, entre otros muchos, los trabajos de Roxin, Stratenerwerth o Hassemer (134). A la polémica se añadía además, la opción formulada por el Proyecto Alternativo en su artículo 59 al señalar que «la culpabilidad por el hecho determina la medida máxima de la pena».

Lo acertado de que la culpabilidad sea el fundamento de la medición de la pena o su límite y cómo juegan sobre ello las consideraciones preventivas no constituye el objeto de estas páginas. En cambio, me interesa destacar cómo en el ordenamiento alemán, aunque sigue siendo cierto que el juicio de culpabilidad se emite en tanto no está presente una circunstancia que niegue tal culpabilidad, una vez emitido el veredicto condenatorio, la entidad «culpabilidad» debe ser tenida en cuenta por el Tribunal para adecuar a ella una cantidad de pena. Es decir, existe un momento *procesal* en el que la culpabilidad adquiere un contenido positivo y cuantificable en cuya concreción toda la discusión sobre el concepto de culpabilidad adquiere una relevancia práctica claramente superior a la que tiene en la aplicación del Código penal español. Con la regulación alemana, el mantener un concepto de culpabilidad librearbitrista o bien basado en la capacidad individual de motivación repercute en la elección de los datos a valorar para obtener la medida de la culpabilidad y con ella, la de la pena.

De ello no debe inducirse que una fórmula como la del parágrafo 46 del StGB sea acertada: en todo caso está llena de problemas difícilmente asumibles en plena crisis del concepto. Pero lo que si es cierto es que su existencia hace más rentable ya el cuestionamiento, ya la defensa del concepto tradicional de culpabilidad. En Alemania éste no incide sólo en la teorización legitimadora del Derecho penal y en la interpretación de las causas de exculpación legales (funciones que desempeña en España), sino que resulta necesaria para conformar la decisión última del proceso penal.

b) El segundo supuesto procesal de la valoración de la culpabilidad en sentido positivo —aunque en el «iter» del proceso tenga lugar antes de la determinación de la pena— es el de la aplicación del principio procesal de oportunidad. Al respecto el parágrafo 153 del StPO establece: «Si el proceso tuviera como objeto un delito castigado con

(134) ROXIN, C.: Trabajos recopilados y traducidos por Muñoz Conde, en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981. STRATENWERTH, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, en «El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad (trad. Bacigalupo-Zugaldía), Madrid, 1979. HASSEMER, W.: *Strafzumessung, Strafvollzug und die «Gesamte Strafrechtswissenschaft»*, en «Die Strafvollzugsreform», Karlsruhe, 1971. *Die Formalisierung der Strafzumessungentscheidung*, «ZStW», 90, 1978, pp. 69 y ss. *Generalprävention und Strafzumessung*, en «Hauptprobleme der Generalprävention», Frankfurt, 1979, pp. 29-53.

pena privativa de libertad mínima inferior a un año (Vergehen), podrá la fiscalía prescindir de la persecución con aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada insignificante y no existiera interés público en la persecución».

La aprobación del Tribunal es innecesaria en determinados casos menos graves y el párrafo segundo permite al Tribunal archivar el proceso, aunque la acción ya haya sido ejercida si se dan los presupuestos del párrafo primero y existe aprobación de la Fiscalía y el imputado (135).

Se trata, como puede verse, de una posibilidad de renunciar a la persecución penal en casos de poca importancia con la que se ofrece una salida ya en los inicios del proceso, al tratamiento de la «Bagatellkriminalität», opción que posiblemente sea de las menos costosas y más practicables (136). Los beneficios de tal institución son asumibles aunque para algunos autores como Dreher y Gössel supongan una cierta renuncia al principio de legalidad y la efectividad del Derecho (137).

El carácter evidentemente político-criminal de la institución hace difícil la delimitación de su naturaleza dogmática que, por ejemplo, Naucke ha intentado situar entre las causas personales de exclusión de la pena, aunque sea difícil sostenerlo de *lege lata* por la forma de renuncia antes que de absolución que posee la decisión (138). Lo que sí es cierto es que en esta institución se hace patente la inseparabilidad entre Derecho penal material y procesal, habida cuenta de la introducción de la valoración de la culpabilidad en un momento tan temprano del proceso y con la finalidad de renunciar no ya a la pena, sino al ejercicio de la acción penal.

Al respecto, la doctrina ha destacado la necesidad de valorar el grado de culpabilidad a efectos de aplicación del principio procesal de oportunidad con los criterios proporcionados por el Derecho material (139). Concretamente, Schoreit afirma que no existe opinión en contra de aplicar en esta materia los criterios que el parágrafo 46

(135) Esta renuncia al ejercicio de la acción pública es posible también de forma provisional y con la imposición de determinadas condiciones (prestaciones reparadoras o de utilidad social, etc.) recogidas en el par. 153 a StPO, o bien si la consecuencia jurídica a imponer carece de relevancia [pars. 154 a 154a) StPO], en casos de determinados motivos políticos y de arrepentimiento activo [153 d) y e) StPO].

(136) Así, DREHER entiende que es la única, justa y ejercitable. *Die Behandlung der Bagatellkriminalität*, «Fest. f. Welzel», Berlín, 1974, p. 933.

(137) DREHER: *op. cit.*, p. 934. GÖSSEL, K. H.: *Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren*, «Fest. f. Dunnebiet», Berlín, 1982, p. 135.

(138) NAUCKE: *Der Begriff der «geringen Schuld»*, *cit.*, p. 202.

(139) Así, GÖSSEL, *op. cit.*, p. 136. MEYER-GROSSNER, L: en LOWE-ROSENBERG: *Die Strafprozessordnung*, *cit.*, p. 194.

del StGB proporciona para la determinación de la pena y, especialmente, la personalidad y antecedentes del reo o las consideraciones preventivo generales y especiales (140).

En resumen, la valoración de la culpabilidad a los efectos de aplicación del principio de oportunidad, conforme al parágrafo 153 del StPO se sitúa en el mismo plano que la valoración de la culpabilidad como categoría dogmática independiente en Derecho material, con el mismo contenido positivo que posee en la determinación de la pena. No coincide, por tanto, con la suma de condiciones que posibilitan la pena, es decir, con la cuestión de culpabilidad alemana o con nuestra culpabilidad en sentido procesal, pues tales categorías se refieren al veredicto respecto al cual es difícil imaginar la graduación: en tal sentido, el reo será culpable o inocente, pero no culpable «de forma insignificante».

De todo lo anterior se desprende que la depuración del contenido de la culpabilidad, su dependencia respecto al libre albedrío o su conformación con arreglo a las exigencias preventivas, tiene en Derecho alemán muchas más posibilidades de adquirir relevancia procesal en tanto que existen al menos dos momentos (el principio de oportunidad y la determinación de la pena) en los que el Tribunal puede graduar de mayor a menor la «cantidad» de culpabilidad con arreglo al concepto que sobre la misma se mantenga. Situación que, como se ha visto, no se produce en España pese a que el contenido de la discusión se haya importado y reproducido en gran parte.

3. CONCLUSION

Con tales consideraciones no se pretende ignorar o despreciar la importancia de la revisión del concepto de culpabilidad, pues como ha quedado dicho, sirve ni más ni menos que para sacar a la luz la cuestión de la legitimación del sistema penal y la intervención punitiva. Pero sí me parece saludable situar en lo que a mi juicio son sus justos términos, la virtualidad que el concepto de culpabilidad tiene en Derecho español: con nuestra actual estructura procesal y con la configuración material de la categoría «responsabilidad», el concepto de culpabilidad sirve a la distinción respecto del injusto y sus consecuencias sistemáticas que sólo puede encontrar acomodo en la parte material de la sentencia. Una mayor relevancia del concepto de culpabilidad como categoría autónoma sólo podría obtenerse sobre la base de la revitalización de la no exigibilidad y la aceptación de circunstancias de exculpación no previstas legalmente, pero fundamen-

(140) SCHOREIT: en *(Pfeiffer dir) Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, 1982, p. 495. MEYER-GROSSNER: *op. cit.*, p. 194. GÖSSEL: *op. cit.*, p. 136.

tadas en tal situación, cuestión ante la que la doctrina española se ha mostrado tradicionalmente reacia a excepción de las menciones a la analogía *in bonam partem* que se han descrito.

Posiblemente la problemática planteada por el concepto de culpabilidad sea lo suficientemente profunda como para aceptar la exención por no exigibilidad en casos no previstos legalmente sin temor a que lo discutido del concepto complique extraordinariamente la decisión judicial. Por ello, creo que debe procederse con extraordinaria cautela en este terreno, aunque tal revitalización del pensamiento de la no exigibilidad sea el camino lógico para quienes consideran salvable el concepto de culpabilidad.