

La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal –Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias(1)

KAI AMBOS(2)

RESUMEN

El eminente penalista portugués Jorge Figueiredo Dias ha desarrollado en su monografía fundamental «Liberdade – Culpa – Direito Penal», una teoría de la culpabilidad basada en el ser libre y mediada por la personalidad humana (la doctrina de la personalidad). Para analizar adecuadamente esta doctrina, es necesario, en primer lugar, comprender sus fundamentos jurídicos-filosóficos (el concepto de libertad ético-existencial) (infra I.1), para extraer las consecuencias para el concepto de culpabilidad penal (I.2) y discutir algunas objeciones (I.3). No obstante, la confrontación ardua pero altamente enriquecedora con la doctrina de la personalidad nos conduce a descubrimientos que abren el camino hacia la comprensión de la culpabilidad penal y que todavía son insuficientemente conocidos por la doctrina alemana y extranjera (II). La crítica dirigida se basa parcialmente en interpretaciones incorrectas (II.1) aunque también hay objeciones que deben ser ponderadas (II.2) que se

(1) Trabajo originalmente publicado en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* t. 156 (2009), pp. 561-585 («Freiheit im Sein als Teil der Persönlichkeit und Grundlage strafrechtlicher Schuld. Zur Schuldlehre von Jorge de Figueiredo Dias»); traducción portuguesa («A liberdade no Ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal. Sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias») en M. da Costa Andrade/M.J. Antunes/S. Aires de Sousa (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. I, Coimbra 2009, pp. 53-88. Traducción al español realizada por María Cecilia Dómine con base en el original alemán y en la traducción portuguesa.

(2) Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Penal Internacional y Derecho Comparado, Georg-August-Universität Göttingen; Director del Dept. de Derecho penal extranjero e internacional; juez del Tribunal Estatal de Göttingen. Agradezco a mi esposa por la ayuda en la lectura de las fuentes de lengua portuguesa. Agradezco también a mis colegas de Göttingen, Profs. Drs. Fritz Loss y Uwe Murmann, por la lectura del texto original y por sus valiosos consejos. Para otros agradecimientos, ver *infra*, nota 120.

referen en particular al concepto de personalidad (II.2.1) y a la cuestión de la libertad (II.2.2).

Palabras clave: *Teoría de la culpabilidad; Doctrina de la personalidad; Libertad; Culpabilidad penal.*

ABSTRACT

The eminent criminal law scholar Jorge Figueiredo Dias developed in his seminal monograph «Liberdade – Culpa – Direito Penal» a theory of culpability based on freedom and a doctrine of personality. To capture the meaning of this theory fully it is, first of all, necessary to understand its legal-philosophical bases (the concept of an ethical-existential liberty) (infra I.1), in order to be able to draw the conclusions for the concept of criminal culpability (I.2) and discuss some objections (I.3). Notwithstanding, the arduous but rewarding exploration of the doctrine of personality leads us to findings for a more comprehensive understanding of criminal culpability; findings which are not yet known in the German and foreign doctrine (II). The criticism of this theory is partially based in inaccurate interpretations (II.1) but also in serious objections (II.2) which refer in particular to the concept of personality (II.2.1) and the question of liberty (II.2.2).

Keywords: *Theory of responsibility; Doctrine of personality; Freedom; Criminal liability.*

I. LA LIBERTAD EN EL SER Y LA CULPABILIDAD PENAL

Jorge de Figueiredo Dias siempre ha defendido un Derecho penal de la culpabilidad propio de un Estado de Derecho (3) y concibió la culpabilidad en términos normativos como reprochable (4). Sin embargo, ya en 1972, se negó inequívocamente a ver su fundamento en el postulado común del *libre albedrío*, porque es insusceptible de prueba (5). La culpabilidad penal no puede ser fundada sobre la base

(3) Véase desde luego, su trabajo fundamental sobre conciencia e ilicitud, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 1969 (5.^a ed., 2000), pp. 175 ss.; también «A reforma do direito penal português», en: *Boletim da Faculdade de Direito* Bd. XLVIII (1972), pp. 117 s.; y «Sobre o estado actual da doutrina do crime. 2.^a parte», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2 (1992), pp. 8 ss., pp. 29 s.) [igualmente disponible en *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, 3.^a ed. 1995, pp. 279 ss.].

(4) Véase por último, *Direito Penal. Parte General*, Tomo I, 2.^a ed., 2007, Cap. 19, § 4.

(5) «A reforma...» (nota al pie 1), pp. 120 s.; también *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, 1976 (3.^a ed. 1995), pp. 21 ss. (= Cap. B); «Schuld und Persönlichkeit»,

de la teoría de la *culpabilidad de la voluntad* (6): ni como una *decisión consciente de voluntad ilícita* (7), ni como la *capacidad de motivación de la norma* (8), ni por último, como la *culpabilidad de voluntad referida al carácter* (9). Contra estas concepciones pronunciarse desde una perspectiva político-criminalmente orientada (una vez que ellas privilegiarían los agentes particularmente peligrosos, a quienes les sería posible alegar con éxito, que no han podido actuar de otra manera, o que no han tenido la capacidad de ser motivados por el precepto) llevaría a una contradicción insoportable entre el poder individual y el deber ser socialmente deseado (10). Por lo tanto, la culpabilidad (superando la estéril controversia entre el determinismo y el indeterminismo) tendría que ser construida sobre el fundamento jurídico-filosófico y pre-penal de un concepto «ético-existencial» de la libertad personal (11) «como característica irrenunciable del ser humano o del ser persona» (12).

1. Ser, libertad, personalidad

Figueiredo Dias desarrolla su concepto de la libertad a partir del milenar *dualismo* que subyace invisiblemente entre la realidad sensible (empirismo) y el plano del (verdadero) ser (racionalismo). Por estos motivos se hace necesaria, la ayuda de la filosofía de Platón, Kant, Schopenhauer y Bergson (13). Originariamente de Platón, es la doctrina de la autonomía del hombre y de la capacidad de decisión o elección sobre su propia existencia. A pesar de que Platón en su teoría, ha construido una culpabilidad en referencia al mundo concreto (natural y sensible), se podría deducir que la libertad de elección es la

ZStW 95 (1983), pp. 229 s.; *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19, §§ 8 ss. Sobre el estado actual de la discusión, especialmente en lo que respecta a la investigación neurobiológica, cfr. Duttge, in Duttge (Org.), *Das Ich und sein Gehirn*, 2009, pp. 13 ss.

(6) *Liberdade* (nota al pie 3) pp. 55 ss. (= Cap. C).

(7) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 59 ss.

(8) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 65 ss.

(9) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 87 ss.

(10) «Schuld...» (nota al pie 3), pp. 230 s.; *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19, § 12.

(11) *Liberdade* (nota al pie 3) pp. 117 ss. (= Cap. D). Este capítulo contiene la fundamentación indispensable para el concepto de culpabilidad penal, en Cap. E. Sobre esto, v. nota al pie 70 ss. y texto correspondiente.

(12) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 118.

(13) *Liberdade* (nota al pie 3, pp. 119 ss.; demasiado sucinto, «Schuld...» (nota al pie 3), p. 237.

matriz de toda culpabilidad (14). En lenguaje platónico: el hombre tiene en su alma los arquetipos del ser (las ideas), y entre otros, el arquetipo de la justicia (15); necesariamente posee también el conocimiento de los arquetipos y la capacidad de decidir de forma autónoma. En el contexto del pensamiento de Kant, el contraste entre el empirismo y el racionalismo que se halla en la contradicción entre el carácter empírico y el carácter inteligible, entre el mundo de los sentidos y el mundo de la comprensión, entre las leyes causales naturalistas y la razón pura independiente de la experiencia (en vano) procura fundar por sí mismo la esencia del ser, la cosa en sí (16). Esta razón pura se transforma en la razón práctica como «voluntad» o facultad de querer, en cuanto razón pura práctica, también es totalmente independiente de las determinaciones empíricas (sensibles), y es en esta independencia, que reside la libertad (17): libertad en sentido más radical, esto es trascendental (18). El carácter inteligible, es por consiguiente el fundamento de la libertad, (en el sentido del referido dualismo) independientemente del mundo empírico y por lo tanto insusceptible de valoración jurídica. Ahora se puede hablar de «la posibilidad ontológica de la libertad trascendental, fundada en el carácter inteligible» (19), pero ésta posibilidad (a pesar de las premisas kantianas) sólo es utilizable en el mundo real, empírico, en el caso que se supere el referido dualismo y que se comprenda al hombre como un ciudadano de dos mundos. De este modo, Figueiredo Dias postula un «efecto» de carácter inteligible (de la libertad por él representada) en un carácter empírico, en el mundo real, de manera que lo primero se vuelve un fundamento de lo segundo, así carácter empírico e inteligible, y la libertad (trascendental), se torna realizable (20). Figueiredo

(14) *Liberdade* (nota al pie 3) pp. 119 ss.; demasiado sucinto, Figueiredo Dias ZStW 95 (1983), p. 237: «Modus der Lebenswahl».

(15) Cfr. WEISCHEDEL, *Die philosophische Hintertreppe*, 23.^a ed., 1993, p. 46; sobre una «visión de ideas» («Schau der Ideen») idea como «visión de» («Einsicht in das, was ist») Baruzzi, en: Bayer. Landeszentrale für Politische Bildungsarbeit (Org.), *Politische Denker I*, 6.^a ed., 1987, p. 30.

(16) KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, p. 66 (TIMMERMANN, 2004, con correspondiente comentario 17, p. 146). Cf. También HÖFFE, en: Höffe (Org.), *Klassiker der Philosophie II*, 1981, pp. 19 ss. (21); FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 122 s. Sobre la incapacidad de la razón humana de ir más allá de la realidad sensible y penetrar en su esencia, cf. WEISCHEDEL (nota al pie 13), p. 184.

(17) Para mayores detalles, HÖFFE (nota al pie 14), pp. 23 ss.

(18) KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788 (Meiner, Philosophische Bibliothek, 2003), p. 38

(19) Figueiredo Dias, «Schuld...» (nota al pie 3), pp. 237 s.

(20) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 126 s. Este distanciamiento de la doctrina kantiana de carácter inteligible lleva a la crítica de Binding, según el cual esa doctrina,

Dias considera que este desarrollo se puede encontrar en la teoría kantiana en apelo de Schopenhauer a la fórmula escolástica «*operare sequitur esse*», es decir, el pensamiento del ser como motivo de acción (21). Por lo tanto, al ser le corresponde un carácter inteligible en cuanto «propia esencia» de la cosa y su exteriorización en su carácter empírico (22). De esta manera la responsabilidad moral trata de ser expresada en acciones concretas, que refieren «ostensiblemente a lo que el hombre hace, pero básicamente a lo que el hombre es» (23). De hecho, Figueiredo Dias también es consciente de que Schopenhauer aceptaba la oposición entre el (completamente determinado) ámbito sensible (carácter empírico) y en el ámbito del ser metafísico (carácter inteligible), independientemente de la experiencia, y sólo se reconoce la libertad en la etapa pre-individual (24). Así, con ésta doctrina no conseguiría anclar la libertad como fundamento de la culpabilidad en el mundo real (empírico), previamente se continuaría a mostrar que la libertad se encuentra en el «ser ético» del hombre (25). El hombre no es libre en su existencia empírica, sino que es «libre en la raíz de su ser» (26). Desde esta perspectiva, la influencia de Schopenhauer hacia un concepto de la libertad «como una característica de» ese «metafísico, del que deriva la necesidad de un obrar empírico» (27); y por lo cual es justo clasificarlo como un «clásico de la teoría de la culpabilidad de la persona (28). Figueiredo Dias da un paso más decisivo hacia la persona real y empírica de Bergson, que buscaba (sobre la base de un principio empírico) alcanzar una nueva metafísica a partir de los resultados de la investigación de las ciencias naturales» (29). Así, Bergson entiende la libertad (más allá del determinismo y el indeterminismo) como el fenómeno de la personalidad global, del

por fuerza de su separación de carácter empírico, «de nada serviría en el juzgamiento de sucesos del mundo sensible» (*Die Normen und ihre Übertretung – Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, reimpr. 4.ª edición de 1922, 1965, pp. 38 s.).

(21) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 127 s.

(22) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 128. Cfr. también Weischedel (nota al pie 13), p. 228: «... y porque él es así que debe hacer eso o aquello».

(23) SCHOPENHAUER, *Über die Grundlage der Moral*, 1860 (Meiner, Philosophische Bibliothek, 2007), p. 76.

(24) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 130 s.; cfr. también BREIDERT, en: Höffe (nota al pie 16), p. 127.

(25) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 131.

(26) WEISCHEDEL (nota al pie 13), p. 228.

(27) FIGUEIREDO DIAS, «Schuld...» (nota al pie 3), p. 238.

(28) ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963, pp. 46 ss.

(29) PFLUG, en: Höffe (nota al pie 14), p. 298.

alma entera (30), y que se encuentran en el origen de las acciones (aristotélicamente) en «nosotros» (31): «somos libres cuando nuestros actos emanan de nuestra personalidad global, cuando la expresan» (32). La libertad se considera como la expresión de la acción, «que procede del yo» y «en él se fundamenta» (33). Aunque esta teoría también podría llevar a una comprensión de la culpabilidad demasiado amplia, ya que abarca todos los actos auténticos de la personalidad, inclusive los actos de conciencia; Figueiredo Dias, sin embargo, pretende fijar su núcleo en la idea de «correspondencia del hecho con la personalidad». Según el criterio de la libertad y de culpabilidad. Figueiredo Dias retira de estas reflexiones jurídicas y filosóficas dos conclusiones: En primer lugar, la libertad se basaría en el «yo» de la personalidad, y los hechos concretos serían la expresión del «yo» y de la personalidad. En segundo lugar, una libertad racionalmente entendida, puramente inteligible, no podía resolver el problema de la libertad real como fundamento de la culpabilidad de la persona *concreta*, y diversamente sería necesario establecer una conexión con la «realidad empírica» (34) (35). Paradójicamente, la libertad del hombre debería por un lado participar de la realidad; y por otro lado, apuntar a un determinismo (36), (eso significaría la capitulación de la libertad). Por lo tanto, la libertad tendría que existir originariamente como un todo, que es determinable en el mundo real y al mismo tiempo, en su carácter originario-real fundamentar (por sí misma) la posibilidad de la determinación (37). El «lugar» de una libertad así entendida (de hecho, una libertad de autodeterminación) se encuentran en la más radical y originaria realidad: la existencia humana (38). Con la apertura de dos nuevas perspectivas sobre la libertad: que su esencia se cubre «con la particularidad irreductible de la existencia humana», o sea, después de todo, «la originalidad de un modo propio que como fundamento oculto, se expresa en el hombre y en su obra» (39). Comprender la

(30) BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, 1889, p. 75.

(31) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 132 s.

(32) BERGSON (nota al pie 28), p. 77.

(33) FIGUEIREDO DIAS, *Schuld...* (nota al pie 3), p. 238.

(34) En sentido estricto, el término «realidad empírica» es una redundancia porque lo empírico es tan real como la realidad es empírica.

(35) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 135.

(36) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 135; también «Schuld...» (como nota 3), p. 238; *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19, § 22.

(37) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 136.

(38) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 136; también en «A reforma...» (nota al pie 1), p. 124; «Schuld...» (nota al pie 3), p. 239; y *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19, § 22.

(39) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 136.

relación entre el ser y la libertad inherentes implica, a su vez, vías diversas para fundamentar la esencia del hombre: por un lado, un concepto material-social (es decir, anti-idealista) del hombre como sujeto realmente existente en el desarrollo histórico, donde el espíritu y el alma se comprenden apenas como meros auxiliares de realización de procesos orgánicos, dando así respuesta (a la última interrogante) al significado de la vida y la existencia (40). En cambio, por otro lado, una nueva comprensión de la «conciencia «que, más que a una existencia *general* del hombre, se refiere al hombre en una situación concreta, concebido como persona actuante y consciente, como «la esencia que se verifica en sus actos» (41). De aquí se seguiría la determinación de la esencia del hombre como especie particular, es decir, la «determinación simultánea de su posibilidad interna y su necesidad» (42) y por lo tanto «lo que hace es verdaderamente lo que es» (43). Y así, destruir para siempre el concepto de una libertad inteligible del hombre como «sujeto abstracto» y por lo tanto «individuo aislado», ya que el verdadero hombre no podría ser entendido de forma abstracta, sino que solamente como ser social (44). Por otra parte, la esencia del hombre no residiría en algo que hubiese sido previamente dado, *a priori*, a su naturaleza, ya que tendría que realizarse concretamente en el mundo y «en su concreto existir» y ahí debería procurarse, y encontrar la libertad concreta, personal y existencial (45) (46). En conclusión, el problema de la libertad sólo puede ser adecuadamente tratado a través de una *fusión entre los enfoques antropológicos, biológicos y ontológico*: una teoría positiva de la libertad

(40) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 137 s.

(41) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 138. también *Direito Penal* (como nota al pie 2), Cap. 19, § 22.

(42) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 138.

(43) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 138.

(44) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 139: «como tipo concreto, *como hombre socializado*»; ya así en «A reforma...» (nota al pie 1), p. 124; véase también «Schuld...» (nota al pie 3), p. 239; *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19, § 20.

(45) En esta parte Figueiredo Dias se remite a Max Müller, voz «Freiheit», en: Görres Gesellschaft (Org.), *Staatslexikon III*, 6.^a ed., 1959, pp. 530 s. No se trata de existencialismos en sentido de corriente filosófica homónima (en este contexto véase, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal – Parte Geral*, Vol. II, 2004, § 824), una clarificación fundamental «de esencia del hombre concreto», a saber, del concreto «existir humano»: cfr. *Liberdade* (nota al pie 3), p. 136 y nota 30, así como, supra, el texto correspondiente a las notas 35 ss. En esta medida, los referidos conceptos «concreto», «personal» y «existencial» son fungibles entre sí (así también) HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*, 1981, p. 196 y nota 159).

(46) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 139.

humana sólo puede obtenerse a partir de una fundamentación ontológica con vista a una concentración antropológica (47).

Las consideraciones precedentes conducen a una mejor clarificación del concepto de libertad. En primer lugar, la libertad que se muestra en el nivel más profundo de la existencia humana: en sus impulsos e *instintos* (48). Estos serían tan característicos del hombre que el se entrega a ellos en la realización (personal) del propio ser. El instinto de auto-realización personal, para cumplir con su existencia, podría sugerir un modo característico de realización humana: «la *realización personal de la libertad*» (49). Por otra parte, en lo que respecta a los motivos, sería posible establecer que estos determinaron la acción, pero sólo a través de la «afirmación» del hombre concreto como «reales» y «determinados» como «la función de su real existencia» (50). Si la existencia es entendida en esos términos, como una realización fundada en la libertad, entonces sólo se ganará su determinación final a través de una «elección profunda» como una expresión de la libertad personal, encontrándose el elemento de la libertad en el fondo de estructura de la motivación. Por último, la especificidad de la existencia humana que muestra la posibilidad del hombre para compensar su insuficiencia como ser que nace «demasiado pronto» (51), o como ser «defectivo abierto al mundo» (52) a través del comportamiento (activo), donde expresaría su libertad. Porque «el hombre no es como las cosas inanimadas, que meramente se deja ser, sino que tiene que ser él mismo, una tarea que absolutamente debe cumplir» (53). De todos modos, sería necesario un «mediador» entre la perspectiva bio-antropológica del carácter incompleto humano y la perspectiva filosófica-trascendental de la existencia humana (54).

(47) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 139. En *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19 § 7, el autor habla en este contexto, de un «axioma onto-antropológico».

(48) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 140 ss.

(49) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 142.

(50) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 142: «(...) se torna em motivo real e determinante (...) na medida em que foi “afirmado” pelo homem concreto como função do seu real existir». Cfr. también con MÜLLER (nota al pie 43), p. 532.

(51) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 143: «*chegar ao mundo ... “cedo mais” ...*» (con referencia a PORTMANN).

(52) «Schuld...» (nota al pie 3), p. 239; *Liberdade* (nota al pie 3) p. 142: «*abertura*», «*essência aberta*».

(53) «Schuld...» (nota al pie 3), pp. 239 s.

(54) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 143: «(...) “mediador” entre a abertura e o inacabamento (...) de um lado, e a incomensurabilidade e transcendência do existir humano, de outro».

Este mediador es, como resulta de las siguientes consideraciones (55), la compleja *personalidad* del hombre.

La concreta libertad del hombre real no debería mostrarse ahora tan negativa en el sentido de «ser libre...», sino como algo positivo, en el sentido de que él tiene la decisión de su propia persona, lo que revela que «todo hombre se posee a sí mismo» (56). Se trataría allí (trivialmente) de una libertad apenas relativa (negativa y positiva), teniendo en cuenta los límites planteados por las condiciones básicas del medio ambiente y la sociedad (57). La decisión de medidas concretas podría ser reconducida a una decisión previa de cada hombre «sobre sí mismo», con el que «crea su propio ser» o «afirma su propia esencia» (58). El hombre que actúa de determinada manera «porque es como es» (59). Por lo tanto todo lo que acontece «a través del hombre» se inscribe en su «ser-libre» (60). Éste ser libre sería la «esencia» del hombre y una parte del «*puro ser*», y la libertad personal (concreta, existencial) estaría vinculada a la libertad ontológica (61). La libertad se convierte así, en la característica central del sujeto actuante (62).

2. Libertad en la personalidad y culpabilidad penal

El concepto desarrollado de *concreta libertad personal* constituye para Figueiredo Dias, la base de la culpabilidad en general y en particular de la culpabilidad penal (63). El autor une las consideraciones *supra* mencionadas: la libertad del hombre sería *en concreto* libertad de decisión, no en el sentido de cualquier decisión que el hombre tiene que hacer a través de él, sino que como decisión de él y sobre él: que

(55) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 143 ss. También «Schuld...» (nota al pie 3), p. 241 y nota 87.

(56) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 144.

(57) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 145.

(58) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 147. Cfr. «A reforma...» (como na nota p. 124 s.; e, posteriormente, «Schuld...» (nota al pie 3), p. 240.

(59) *Liberdade* (nota al pie), p. 147; también *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19 § 22.

(60) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 148.

(61) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 150.

(62) *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19 § 20, con referencia a RAHNER, en: Frey (Org.), *Schuld-Verantwortung-Strafe*, 1964, p. 153: «*Auszeichnung des handelnden Wesen im ganzen*». (La reproducción de la citación ofrecida por Figueiredo Dias no es totalmente exacta).

(63) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 151; también *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19 § 7.

puede determinar su acción en la medida que libremente, decide sobre sí mismo (64). Esta libertad de decisión (como libertad sobre la propia esencia) sólo se realizaría verdaderamente en la acción concreta, que depende de las condiciones sociales, con lo que, en última instancia, la decisión sobre la acción sería «conformada» y «mediada» por la sociedad (65). En este contexto, operaría una «responsabilidad» como concepto mediador (66) entre libertad y culpabilidad, lo que significaría «tener que responder por su conducta como fundamento de su existencia, cuya esencia es el ser-libre» (67). La responsabilidad permitiría la imputación del comportamiento a la existencia, y por lo tanto, se transformaría en culpabilidad en la existencia (ser libre) que infringe a través de ciertos comportamientos; determinaciones que se presentan como su «deber ser» y que pertenecen «a su propio ser» (68). La culpabilidad es entonces, «la propia autoría o participación en el existir (y del ser-libre) en contradicción con las exigencias del deber ser, que son dirigidas a través de las características del modo de ser (del ser libre)» (69). Por lo expuesto, Figueiredo Dias fundamenta la culpabilidad penal; simultáneamente como plena responsabilidad del hombre por su comportamiento y por su personalidad la cual reside en la libertad personal (como parte de la existencia del ser): «porque existir (...) es ser libre y por lo tanto responsable y capaz de culpabilidad» (70). En otras palabras: culpabilidad no por causa de la libertad, sino que a causa de la *libertad del ser* (71). Siguiendo este razonamiento, Figueiredo Dias se ocupa de la conexión entre la culpabilidad penal y la *culpabilidad de la persona* (72). De este modo, la «culpabilidad en el existir» se presentaría como la culpabilidad en la decisión de su propia esencia y en este sentido, como culpabilidad existencial, esencial o «ética» (73). Ella radicaría en hechos (empíricos) del hombre y de su comportamiento desconforme con las exigen-

(64) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 151.

(65) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 152.

(66) También «Schuld...» (nota al pie 3), p. 240.

(67) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 152.

(68) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 152.

(69) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 152.

(70) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 153. Sobre la libertad como fundamento de la culpabilidad ver también «Sobre o estado...» (nota al pie 1), pp. 12-14.

(71) Cfr. en este sentido, THOMAS MANN; *Der Zauberberg*, 7.^a Ed. 1964, p. 421: «*Im Tun...herrsche freilich Determination, hier gebe es keine Freiheit, wohl aber im Sein*» (cit., p. ex., en «Schuld...» (nota al pie 3) p. 238, nota 74, y en *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19 § 21 y nota 41.

(72) *Liberdade* (nota al pie 3) pp. 155 ss. (Cap. E).

(73) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 158; también *Direito Penal* (como nota 2), Cap. 19 §§ 6, 7.

cias ético-existenciales del deber ser. Estas exigencias derivarían de «las características del modo de ser de la existencia» y son «obra del ser-libre» (74) «referidas a las «condiciones existenciales del hombre» (75). El deber ser residiría en la realización, desarrollo y promoción del ser libre y la culpabilidad ética consistiría precisamente en la violación de ese deber (76). El paso de estas formulaciones de la culpabilidad penal, aunque sea muy abstracta, se refleja en la comprensión de las normas de la *prohibición penal* y de los *bienes jurídicos* protegidos como parte del deber-ser (77). La culpabilidad penal sería «una visión particular de la culpabilidad ético-existencial» y se presenta como la violación de los deberes del hombre para conformar su propia existencia, de modo que, con su conducta, no viole o ponga en peligro bienes jurídicos protegidos (78). Con esto queda claro que el contenido y *el alcance de la culpabilidad* no resultan del concepto de libertad, sino que anteriormente de forma más concreta, de normas de protección del derecho positivo. La diferencia entre el fundamento y la medida de libertad subyacente es reiteradamente subrayada por Figueiredo Dias (79).

Por otra parte, la culpabilidad penal estaría ligada al *hecho (externo)* y esto en un doble sentido: en primer lugar, el propio derecho penal partiría desde el mundo exterior de los hechos de la interioridad del agente; y en segundo lugar, como se ha señalado, la libertad personal sólo puede tener lugar en el hecho concreto (80). Con esto, en verdad, el vínculo decisivo entre el hecho y la «persona» del agente no estaría establecido aún, porque la libertad existencial como fundamento del hecho y parte de la persona sería exteriormente imperceptible, apenas se revelaría el hecho exteriorizado en su «carga espiritual» que pertenece al agente individual (81). Figueiredo Dias pretende ahora establecer ese vínculo sobre la *personalidad* del agente: si se entiende, como se mencionó anteriormente (82), como mediador entre

(74) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 158.

(75) «Schuld...» (nota al pie 3), p. 240.

(76) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 159; también *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 10 § 68 y Cap. 19 § 6.

(77) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 159.

(78) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 160 s.; también *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19 § 23.

(79) Cfr. *supra* o texto depois da nota 69; también «Schuld...» (nota al pie 3), pp. 241, 244, 255.

(80) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 161 s.; «Sobre o estado...» (nota al pie 1), p. 14.

(81) *Liberdade* (nota al pie 3) p. 162.

(82) *Supra* notas 53 ss), y texto correspondiente.

la perspectiva antropológica-empírica y filosófico-trascendental (es decir, entre el empirismo y el racionalismo), y como resultado de la capacidad del hombre para determinar la propia esencia. Entonces ella se muestra, por un lado, como «puro efecto de su libertad esencial» (83) y por otro, la personalidad sería igualmente la «realización» de la conducta por la cual el ser libre (hombre libre) se plasma en el mundo; fundamentando así su ser libre, y simultáneamente su personalidad. De esta manera, a través de la libertad, la persona y el hecho serían la misma cosa, es decir la expresión del «yo» ante el mundo, ambos pertenecientes al mismo existir» (84). Por consiguiente, «*la libertad realizada en el hecho, al final es idéntica a la libertad de la persona: es su manera de ser*» (85). Sin embargo, si la personalidad tiene este significado en la fundamentación de los hechos, entonces también debe demostrar la culpabilidad, que debería entenderse como personal, es decir, «*culpabilidad de la persona*». Y por otro lado, el fundamento de la culpabilidad penal se encuentra, como se mencionó anteriormente (86), en la deficiente conformación de la existencia de los mandamientos jurídicos penales. Por último la culpabilidad se realiza en el hecho, entonces la culpabilidad penal es en conclusión: «*el tener que responder por una personalidad que se fundamenta en un hecho-ilícito típico*» (87). Tiene por lo tanto, tres puntos de referencia: el hecho, los bienes jurídicos protegidos (como fundamento) y la personalidad (88), siendo posible hablar de esto, en una doctrina *de la personalidad y de la culpabilidad de la personalidad*.

3. Objeciones anticipadas

Figueiredo Dias anticipa, (él mismo) algunas de las posibles objeciones a su doctrina, distinguiéndola de otras teorías y de posibles interpretaciones erróneas (89). En primer lugar, el autor delimita la

(83) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 164.

(84) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 164 s.

(85) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 165.

(86) *Supra* nota 78 y texto correspondiente.

(87) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 165. Cfr. también «Schuld...» (nota al pie 3), p. 242: «*Einstehenmüssen für die Persönlichkeit, in der die Begehung eines Unrechts tatbestands ihren Grund hat*». Sobre «*as qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade*», *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19 § 23, *in fine*.

(88) Explícitamente en éstos términos, aunque en un orden diferente, *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19 § 23.

(89) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 165 ss.

culpabilidad penal en la fase de *culpabilidad moral* (90). El punto de partida puede residir en ambos casos, en la «medida de la culpabilidad ética», la culpabilidad moral, que pertenece a la «esfera íntima de la individualidad», serviría de defensa de valores morales, en cuanto la culpabilidad penal proporcionaría respeto a la protección de bienes jurídicos. Del mismo modo, el valor o desvalor moral de un comportamiento, previamente su desvalor penal, tal como se encuentra fijado en el derecho positivo. Problemática es su contraposición a la *teoría de la culpabilidad del carácter* (91). Las teorías de la culpabilidad del carácter, que refieren o fundamentan la culpabilidad penal en el carácter convertirían la culpabilidad del hecho en la culpabilidad del carácter (92), no se mostraran convincentes, pues el «mismo carácter» puede originar las acciones más dispares (93). Del mismo modo, el desvalor de la personalidad no se deduce automáticamente de una acción desvaliosa, porque cualquier persona puede, por ejemplo cometer actos potencialmente negligentes, sin tener que ser añadido a la fuerza la expresión de un carácter reprochable; sino que por el contrario, tal desvalor provendría de la «anormalidad» de hecho, de su realización sin motivo y del correspondiente desvío en relación con la personalidad «normal» (fiel a derecho) (94). Sin embargo es decisivo para Figueiredo Dias la diferencia material entre carácter y personalidad (95): por supuesto, a una acción concreta podría ser reconocida tanto el carácter como la personalidad, en la que ambos muestran una «ductilidad» y «preparación» de la conducta, tales como el arrepentimiento, porque podría ser la base de una verdadera *metanoia* (96); siendo el carácter psicológico-naturalista de la personalidad un modo de realización ético-existencial (97). Se trataría de una visión «total», no «atomista» de la personalidad, es decir, el reconocimiento de la

(90) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 166 ss.; también «A reforma...» (nota al pie 1), pp. 139 ss.; y «Schuld...» (nota al pie 3), p. 242 y nota 89.

(91) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 167 s.; también «A reforma...» (nota al pie 1) pp. 121 ss.; y «Schuld...» (con nota 3), pp. 236 s., 242 ss., *Direito Penal* (nota al pie 2) Cap. 19, §§ 16 ss.

(92) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 180 s., véase especialmente Engisch.

(93) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 181.

(94) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 180, 218; también «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243 («Vergleich mit dem von der Rechtsordnung vorausgesetzten Persönlichkeitstypus»; véase también p. 244, 248); *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 10, § 70.

(95) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 169 ss. Sobre las consecuencias en el juicio de inimputabilidad, cfr. con nota 242 y texto correspondiente.

(96) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 173 s.; también en «*O Problema...*» (nota al pie 1), p. 239 y nota 14. Sobre la equiparación de principio entre carácter y personalidad., ver también *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19, §§ 16, 25.

(97) Ver sobre todo *Liberdade* (nota al pie 3), p. 171 y nota 25.

personalidad «total» (98). Apoyaría la teoría psicológica naturalista, a la teoría del carácter como soporte esencial de la libertad (indemostrable) de la voluntad, cambiando sólo el punto de referencia material (el carácter en su conjunto en relación con el hecho específico), no el fundamento del reproche de la culpabilidad (99). Diferentemente, la personalidad englobaría todos los singulares elementos del carácter, incluyendo (100) lo que se sería «la expresión actualizada de una decisión ... sobre el sentido y ser (del hombre) de su existir», la «objetivación realizada de decisión ético-existencial» (101). En consecuencia, el reproche de la culpabilidad va a la persona, incluida la obligación de cumplir con los requisitos legales o éticos que le corresponden (102). Quienes violen este deber revelaría una personalidad disvaliosa (sin valor) y por lo tanto una «personalidad reprochable» (103). El sustrato de la culpabilidad residiría, no sólo en las propiedades reprochables del agente (voluntad final, afecto, emoción y estado de ánimo), sino que en la totalidad de su personalidad y por lo tanto también en la libertad personal y en la «posición» o «actitud» del agente ante las exigencias del deber-ser (104).

Estas propiedades del carácter son designados por Figueiredo Dias (utilizando una conceptualización Alemana) como «*Gesinnung*» en un sentido caracterológico y distinto de «*Gesinnung*» vinculado a la personalidad en sentido ético-existencial (105). En este sentido, de un derecho penal de la culpabilidad de la «actitud interior» (106), digno

(98) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 182: «personalidad total», «visión atomística de La personalidad» versus «visión totalista».

(99) «A reforma...» (nota al pie 1), pp. 122 s.; *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 19 § 17; «Schuld...» (nota al pie 3), p. 236. Con este propósito véase FIGUEIREDO DIAS, «A reforma...» [nota al pie 1], p. 123. Ya Eduardo Correia había aportado una solución correcta, al postular como fundamento de la culpabilidad la violación de un deber de conformación de la personalidad con las exigencias del derecho (EDUARDO CORREIA, «A doutrina da culpa na formação da personalidade», *Rivista de Direito e de Estudos Sociais* 1 (1925-26), pp. 30 ss.; sobre la teoría de EDUARDO CORREIA, Cfr. HÜNERFELD (nota al pie 43), pp. 186 ss), asimismo en «A reforma...» (nota al pie 1) pp. 122 s.

(100) En este sentido también «Schuld...» (nota al pie 3), pp. 242 s.

(101) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 171.

(102) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 175; *Direito Penal* (como nota 2), Cap. 19 § 19.

(103) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 176; y «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243; *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 10 § 70.

(104) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 183 s.

(105) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 184: «“Gesinnung” en su estructura puramente caracterológica», «“Gesinnung” en su estructura ético-existencial».

(106) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 177 ss.; en este sentido también *Direito Penal* (nota al pie 2), Cap. 10 § 71.

de calificar a su doctrina como *Gesinnungsstrafrecht*, pero no en sentido de criminalización exclusiva de la actitud (como momento puramente interno), y de un *Gesinnungsstrafrecht* que es, en esta acepción de rechazar: la personalidad tiene que *manifestar un hecho*, no pudiendo una personalidad (actitud) enemiga de derecho fundamental, por sí sola exteriorizar la culpabilidad penal (107). Por lo tanto, Figueiredo Dias también nos advierte contra el reproche del peligro de abuso político de su doctrina en el sentido de posibilitar el regreso de un derecho penal que discrimine o domine contra el agente de una forma totalitaria, exaltando (108), por un lado a *Bettiol* (109), y por otro lado a la razón última de tal abuso, no en su doctrina, sino en la renuncia del Estado de Derecho, la pérdida de la conexión entre el deber ser ético, y el derecho positivo (110). Pues diversamente, su propuesta sería una nueva objetivación de la doctrina de la culpabilidad, la personalización del reproche y la responsabilidad de su propia personalidad, independientemente de determinadas propiedades intermedias entre el subjetivismo alemán-oriental de un poder de actuar de otra manera y el concepto alemán-oriental de culpabilidad social (socialista) (111).

La distinción entre *Gesinnung* referida al carácter y *Gesinnung* referida a la personalidad: que también tiene relevancia para los debates de Figueiredo Dias en referencia a la *modificabilidad de la personalidad*: una propiedad del carácter, dictada por el destino, podría ser modificada, ya que el comportamiento en la vida en sociedad podría ser alterado en la medida en que el hombre se decidiera (innovadoramente) «sobre sí mismo» y por lo tanto modificaría su «actitud personal» hacia otro destino (112). Esta «actitud personal» no debe confundirse con *Gesinnung* que se refiere al carácter, ni a una posición moral-subjetiva, buena o mala diversamente, sería algo mucho más profundo, anterior a toda experiencia y a toda la actividad volitiva: una «opción previa y fundamental», la «*decisión del hombre sobre sí mismo*», basada en la personalidad (113). Por lo tanto, la per-

(107) Cfr. supra nota 78 y texto correspondiente. De forma explícita también en «Sobre o estado...» (nota al pie 1), p. 14.

(108) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 217 s.

(109) Sobre este Autor, para mayores detalles véase, *infra* notas 126 y 144 y texto correspondiente.

(110) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 219 ss.; también «Schuld...» (nota al pie 3), p. 255.

(111) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 218 s.

(112) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 178; asimismo véase «A reforma...» (nota al pie), p. 138; y en «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243.

(113) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 178.

sonalidad *Gesinnung*, que alude Figueiredo Dias en este punto, como un valor ético de la actitud personal y que la convierte en una categoría de gran importancia para la comprensión de la culpabilidad penal (114): en la medida en que la actitud personal se modifica, modificándose también la personalidad y con ello su propio destino (115). Con esta tesis de la modificabilidad, queda claro el cuadro ideal y optimista del hombre como ser capaz de lo bueno, propuesto por Figueiredo Dias, simultáneamente al *principio anti-determinista* de su teoría: en virtud de la decisión fundamental del hombre «sobre sí mismo», la comisión del delito no está predeterminada, sólo su posibilidad integra la personalidad, aunque no es una consecuencia necesaria, ya que la personalidad es, en realidad modificable. Por otro lado, Figueiredo Dias toma posición contra el indeterminismo de un concreto poder de actuar de otra manera, una vez que defiende la libertad personal (toma de decisión «sobre sí mismo») es una libertad indeterminista (116).

En resumen: la distinción entre «*Gesinnung*» referida al carácter y «*Gesinnung*» referida a la personalidad, entre el carácter naturalista y la personalidad ético-existencial, lleva de nuevo al dualismo entre carácter empírico y carácter inteligible y su superación, postulada por Figueiredo Dias a través de la «acción» de la primera sobre la segunda (117), sólo se consigue por medio de la consideración de los fundamentos filosóficos, jurídicos y pre-penales del mismo, que, por desgracia (como algunos otros aspectos (118) tienen una expresión muy baja y reducida. Por éstas razones es notorio que la teoría de Figueiredo Dias (119), reposa sobre el *respeto por el hombre y su dignidad*, y en su consideración sobre el ser ético-jurídico, sobre la existencia, la personalidad y la libertad personal: es el hombre con su personalidad total que es colocado en pleno centro (también aquí, en perspectiva centrada y orientada por la personalidad) y se diferencia

(114) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 178 s.

(115) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 179.

(116) Cfr. también «Schuld...» (nota al pie 3), p. 237; *Direito Penal* (nota al pie 4), Cap. 19 § 20.

(117) Cfr. notas 17 ss. y texto correspondiente.

(118) La diferencia aquí expuesta de concepto de «*Gesinnung*» no se retira en «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243, porque el término «*Gesinnung*» es usado en referencia a la personalidad.

(119) *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 220 s. («respeito e amor pela pessoa do homem»); «Schuld...» (nota al pie 3), p. 225; «Sobre o estado...» (como na nota 1), p. 13; *Direito Penal* (como nota 4), Cap. 10 §§ 66, 67, 69, Cap. 19 § 6. Cfr. también MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, 1995, p. 445.

de modo fundamental de una teoría construida sobre la base de juicios de culpabilidad o sobre consideraciones (aisladas) de un determinado hecho delictivo (120).

II. RECEPCIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA

En este momento se hace necesaria una presentación relativamente detallada de la doctrina de la personalidad y, en particular de sus fundamentos jurídico-filosóficos, para mostrar que una gran parte de las críticas se asientan en equívocos (infra 1), y no atienden a algunas objeciones pertinentes (infra 2.). En primer lugar, tal vez sea conveniente afirmar de forma clara que la recepción de esta teoría en Alemania (121), y en la doctrina penal italiana, portuguesa y latinoamericana (122) ha sido (hasta ahora) muy escasa. La barrera idiomática (que desgraciadamente sigue existiendo en la ciencia penal alemana) no puede explicarlo plenamente: Figueiredo Dias presentó un resumen de su teoría [aunque en algunos aspectos, demasiado sintética (123) en ZStW, asimismo los países que figuran son de lengua portuguesa (Brasil, Portugal) (124) y los idiomas que están relacionados en virtud de una raíz romana (Italia, España). Del mismo modo cabe señalar que su teoría fue divulgada también en otros idiomas (125). En cualquier caso, mientras que en Portugal, un país pequeño tiene cinco colegas que se han ocupado de la teoría de Figuei-

(120) Cfr. también *Liberdade* nota al pie 3), pp. 220 s.

(121) Cfr. HÜNERFELD (nota al pie 45), pp. 190 ss.; ROXIN, ZStW 96 (1984), 641 (645, 648 ss.); AT I, 4.^a ed., 2006, § 19, n.º marginales 28 ss.

(122) En este punto, me dirijo a la investigación realizada en *Göttinger Bibliothek für ausländisches und internationales Strafrecht*, así como la información obtenida de la Prof. Dra. Maria da Conceição Valdágua (Lisboa, Portugal), Prof. Dr. Pedro Caeiro (Coimbra, Portugal), Roberto Wenin (Trento, Italia), Prof. Dr. Fábio D'Ávila (Porto Alegre, Brasil). Agradezco también a mis colaboradores científicos Rodrigo González Fuente-Rubilar (Chile) y Laura Ruffino (Italia) por el importante trabajo preparatorio.

(123) Crítica anteriormente desarrollada supra notas 11, 12, y (texto correspondiente).

(124) Hay pequeñas diferencias entre el portugués escrito de Brasil y el de Portugal que no pueden ser aquí desconsideradas.

(125) En italiano, cfr. «Il codice Penal Portoghese del 1982 e la sua riforma», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, fasc. 1, pp. 25 ss., y «Sullo stato die rapporti fra politica criminale e dogmatica giuridico-penal», en: Canestrari (Org.), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio* etc., 1998, pp. 216 ss.; en español, ver «Culpa y personalidad etc.», *Cuadernos de Política Criminal* 31 (1987), pp. 5-38.

redo Dias (126), en Brasil (127) Italia (128) y España (129) (países numéricamente importantes en términos de la ciencia penal) sólo un pequeño número de autores así lo hizo, y por regla general, dando preferencia a los artículos y opiniones de la obra fundamental «*Liber-tad-culpa-Derecho Penal*», que acabamos de analizar. Por otra parte, hasta donde sabemos, ningún otro autor ha tratado con más detalle los fundamentos jurídicos-filosóficos de la doctrina de la personali-dad (130).

1. Interpretaciones incorrectas

Las objeciones que se dirigen hacia a la doctrina de la personali-dad se centran en la premisa de la imposibilidad de comprobar, en general, la libertad de la voluntad y, en especial, el poder actuar de

(126) Siguiendo su perspectiva de un concepto de culpabilidad fundada en la ética y en la libertad, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Introdução à Actual Discussão sobre o Problema da Culpa em Direito Penal*, 1994, pp. 86 ss.; TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal* (nota al pie 43), §§ 824 s., 893; siguiendo la misma doctrina, con consecuencias en el plano de la determinación de la medida de la pena MIRANDA RODRIGUES (nota al pie 117), pp. 402 ss., 471 ss.; contra, PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, 2005, p. 66 ss.; CURADO NEVES, *A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Dissertação de doutoramento, Lisboa, 2006 (aún no publicada), Cap. VII n.º 3 ss.; de forma expositiva, MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral*, II, 1998, pp. 145 s.

(127) A pesar de su conexión histórica con la ley penal portuguesa, sólo tres de más de treinta tratados sobre la parte general del Derecho Penal se refiere a la teoría de la personalidad (ASSIS TOLEDO, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5.ª ed. 2002, pp. 241 s.; REALE JR., *Teoria do Delito*, 2.ª ed., 2000, p. 159 = *Instituições de Direito Penal, Parte Geral*, Vol. I, 2.ª ed. 2006, pp.187 s.; REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, I, 5.ª ed. 2005, pp. 428, 446) y apenas se discute (críticamente) su significado (Assis Toledo); en monografías (superficialmente): BITENCOURT, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, 3.ª ed. 2003, 4.ª ed. 2007, pp. 64 s., e PAGANILLA BOSCHI, *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, 4.ª ed. 2006, p. 195.

(128) Cfr., especialmente BETTIOL, «Colpa d'autore e certezza del diritto», *FS Bockelmann*, 1979, pp. 333 (341); véase también infra nota al pie 144 ss y texto correspondiente. Por otros particulares, la doctrina referida en algunos tratados, sin mayores discusiones: BRICOLA, «Teoria generale del reato», en *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I (1960-1973), 1997, p. 608 (como referencia para la literatura alemana); MANTOVANI, *Diritto Penale*, 5.ª ed. 2007, p. 281 (como derecho penal de «Gesinnung»). También MORSELLI, *El ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, 1989 (citado aquí a partir de la traducción española *La función del comportamiento interior en la estructura del delito*, Bogotá 1992, p. 107 nota al pie 14) se refiere solo al problema (nota al pie 1) en referencia a la relación *Gesinnungsstrafrecht*.

(129) COUSO SALAS, *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad*, 2006. Se trata de una disertación española pero el autor es chileno.

(130) También exposición de HÜNERFELD (nota al pie 45), p. 191 y nota 136, se refiere en este punto a Figueiredo Dias (y también ídem, p. 196).

otra manera, ellas son erróneas una vez que tal premisa es por regla aceptada (131). Tampoco se puede criticar a Figueiredo Dias por el recurso de *construcciones metafísicas* (132). Este recurso es impuesto por la naturaleza de un fundamento jus-filosófico y continua siendo necesario en relación con fenómenos como el mundo, el hombre y la culpabilidad, ya que no pueden ser explicadas en términos puramente naturalistas, es decir, mediante la aplicación de los conocimientos de las ciencias naturales. Incluso los filósofos que se inclinan a explicaciones naturalistas están obligados a reconocer que «no es con argumentos filosóficos que se pueden establecer» las cuestiones fundamentales de nuestro ser «si se espera tener respuesta algún día» (133). En cuanto a los filósofos clásicos es más evidente que el «yo» no se limite a sus descripciones científico-naturales (134). El recurso de las consideraciones metafísicas para la *fundamentación* de la culpabilidad y de la pena no contradice (a partir del correspondiente desdoblamiento racional teológico y funcional de la culpabilidad) (135) estas consideraciones en la *aplicación* de la sanción (136). Es ampliamente reconocido (Figueiredo Dias no lo niega) (137) que el juzgamiento del ser existencial no compete al juez humano, pero si quizás, a una ulterior (divina) instancia (138), la razón por la cual sobrepasa la idea de culpabilidad-retaliación por medio de un tribunal humano (terrestre) (con un moderno y democrático sistema de derecho penal) que es incompatible (139). La comprensión de los fundamentos jus-filosóficos de la doctrina de la personalidad muestra también una luz

(131) Cfr. solamente ROXIN, *ATI* § 19, n.º marginal 21, asimismo REALE JR. (nota al pie 125), p. 156, relativa a la empatía por la que se puede entender la situación del agente, como la empatía de un tercero que en nada altera la indemostrabilidad de poder actuar de otra manera.

(132) ROXIN *ATI*, § 19, n.º marginal 29; en similar sentido REALE JR. (nota al pie 125), p. 159 = p. 188, por lo general se niega a colocar el tema de la culpabilidad en «un plano superior».

(133) Así, el filósofo de Berlín PAUEN, en *Süddeutsche Zeitung* de 9/10.8.2008, p. 13.

(134) WETZEL, en *Süddeutsche Zeitung* de 14/15.8.2008, 13.

(135) Cfr. STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, pp. 11 ss.

(136) Cf., al respecto la conocida frase de *AE-AT*, 2.ª ed. 1969, p. 29 (fundamentación de § 2), según la cual se «la pena no es un ente metafísico». La formulación, según STRATENWERTH (nota al pie 133), p. 11, proviene de SCHULTZ, *JZ* 1966, p. 114.

(137) «Schuld...» (nota al pie 3), p. 221, rechaza vínculos metafísicos. En el mismo sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE (nota al pie 124) p. 76.

(138) Cfr. también ASSIS TOLEDO (nota al pie 125), pp. 247 s.

(139) Instrutivo ROXIN, «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *ZStW* 96 (1984), p. 644.

crítica, ya que tal doctrina no podría servir como «*fundamento para una concepción empírico-racional del derecho penal*» (140). Con esto, y en particular desde el punto de vista jurídico- filosófico, se aglutinan conceptos que son de orden (empírico-racional) y se construyen falsos pares antagónicos (racional *versus* metafísico). Sin embargo, de acuerdo con la comprensión jus-filosófico de la doctrina de la personalidad (I.1), los conceptos «empírico» y «racional» se muestran como contrarios (en el sentido de lo visible y sensible de un lado y por otro lado, reservándose oculto) y la doctrina de la personalidad debe ser considerada en este sentido como racional, una vez que se pregunta (siguiendo las reglas de la razón) por el verdadero fundamento de la culpabilidad. Pretender afirmar, desde una perspectiva puramente político-criminal, que la doctrina de la personalidad no es empírica ni racional, porque es metafísica, sería no hacer justicia a su matriz filosófica. Del mismo modo, no procede la objeción de que la teoría de la personalidad sea «*materia de ciencia filosófica*» (141). Desde luego porque es naturaleza de las cosas en una doctrina fundamentada filosóficamente y además los «dogmas» son una parte esencial de las ciencias normativas porque estas al contrario de las ciencias de la vida, no tienen comprobación. Se podría también afirmar que todas las doctrinas de la culpabilidad se asientan en dogmas, incluyendo la doctrina de la permeabilidad a los comandos normativos (142), con que la objeción retorna a su autor.

Anteriormente se rechazó el reproche de un derecho penal de «*Gesinnung*» (143) y lo que se dijo fue que no se aplica por igual a las teorías tradicionales del carácter, ya que también se refieren a un hecho concreto (144) y no sólo se puede punir a la mera actitud (145). Bettiol, que a través de su «derecho penal de la actitud interior»

(140) ROXIN, *ATI*, § 19, n.º marginal 29.

(141) ROXIN, *ATI*, § 19, n.º marginal 29.

(142) Es decir, las personas son permeables, incluso las normas jurídicas-penales. Cfr. también las objeciones presentadas por el propio ROXIN, *ATI*, § 19 n.º marginal 40 (y, naturalmente, refutadas por el autor, n.º marginal 41).

(143) *Supra* notas 104 s. y texto correspondiente.

(144) HEINITZ, «Strafzumessung und Persönlichkeit», *ZStW* 63 (1951), p. 73; Engisch (nota al pie 28), p. 52 (nadie pensaría en «punir a personalidades delictivas independientemente de sus factores concretos»); EB. SCHMIDT, «Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform», *ZStW* 69 (1957), p. 387; HERTZ, *Das Verhalten des Täters nach der Tat: ein Beitrag zu § 13 StGB und zu den Straftheorien*, 1973, pp. 81 ss.; también BURKHARDT, en: Lüderssen/Sack (Org.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht* Vol. I, 1980, p. 87 (105).

(145) Contra aquel reproche, y por eso, correctamente, EB. SCHMIDT (nota al pie 142), p. 386; Hertz (nota al pie 144), p. 84.

(*diritto penale dell' atteggiamento interiore*) defiende una concepción cercana a la de Figueiredo Dias (146), y que con ella concuerda con él sobre el significado de la personalidad libre para la fundamentación de la culpabilidad (147). Distinguiendo su «actitud criminal» (*Gesinnungsstrafrecht*) referido al hecho (*in maleficiis animus*) (148) de un «derecho penal de voluntad» (*Willensstrafrecht*) independientemente del hecho (*in maleficiis voluntas*) (149). A través de la conexión del hecho se resuelven eventuales reservas decurrentes del Estado de Derecho (150), una vez que ellas se dirigen de la misma forma a un derecho penal del hecho, y que concuerdan con Figueiredo Dias (151), en el peligro de un distanciamiento genérico del Estado de Derecho.

2. Objeciones relevantes

2.1 PERSONALIDAD VERSUS CARÁCTER

La doctrina de la personalidad fue integrada por algunos autores en las doctrinas de carácter (152). Esto requeriría, sin embargo, una justificación, (todavía omitida por regla general para estos autores) una vez que el propio Figueiredo Dias distingue su doctrina de las

(146) Por primera vez, BETTIOL, «Il diritto penale dell' atteggiamento interiore», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1971, 8 ss.; luego (Stato di Diritto e «Gesinnungsstrafrecht»), en *FS Welzel* 1974, pp. 187 ss.; *FS Bockelmann*, 1979, pp. 333 ss., y *Diritto Penale, Parte Generale*, 1976, pp. 59 ss. Sobre Bettiol, véase. recientemente PAGLIARO, «Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol», *RIDPP* 2008, 31 ss.

(147) Cfr. por un lado, BETTIOL, *FS Bockelmann*, p. 341; y por otro lado, FIGUEIREDO DIAS *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 217 s. En BETTIOL, se trata de *Gesinnung* en la actitud interior como parte de la personalidad, y así de su revalorización en cuanto punto de referencia de un sistema penal ético-normativo (*FS Welzel* (nota al pie 144), pp. 188, 193, 196; *Diritto Penale*, (nota al pie 144) p. 60: «fatto appartenga personalisticamente e quindi spiritualmente al soggetto»). El autor se apoya igualmente en el principio de responsabilidad jurídico-criminal fijado por el art. 27 de la Constitución italiana [*FS Bockelmann*, p. 337; *Diritto Penale* (nota al pie 144), p. 59].

(148) El autor utiliza explícitamente el concepto alemán, aunque en forma equívoca, por ejemplo, en *FS Welzel* (nota al pie 144), p. 196.

(149) BETTIOL, *FS Bockelmann*, p. 340, contra la crítica pormenorizada de BRICOLA, «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano* Vol. XIX, 1973, p. 66.

(150) De forma explícita, BETTIOL, *FS Welzel* (nota al pie 144), p. 190; concordando, FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade* (nota al pie 3), pp. 217 s.

(151) Cfr. *supra* nota 108 y texto correspondiente.

(152) PAGANILLA BOSCHI (nota al pie 127), p. 195; ROXIN, AT I, § 19 n.º marginal 28; también DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, p. 243 y nota 234.

teorías del carácter (153). En primer lugar, debe cuestionarse si la delimitación conceptual por él adoptada (carácter psicológico-naturalista *versus* personalidad ético-existencial) (154) convence de forma de aclarar si de facto existe una diferencia de contenido entre su doctrina y las teorías del carácter. Si sustituimos el aparato conceptual filosófico por criminológico-psicológico, que domina la praxis jurídico-penal, diremos que, *conceptualmente*, la personalidad y el carácter no pueden distinguirse, ni a través de los contenidos de Figueiredo Dias, ni en un plano más general.

Charakter (gr.) significa etimológicamente «clavecín, grabado, impreso, marcado», y en un sentido figurado, aristotélico, es «característica peculiar de una persona registrada a través de la cual es reconocida y se distingue de los demás» (155). Según otra definición, el carácter significa «indivisible y particular (individual) especificidad de la persona (*rectius*, su propio yo) que se expresa en determinados modos de experiencia ordenados en una totalidad, que permanecen en su esencia (156). El concepto de la personalidad no puede ser densificado inmediatamente de su etimología, ya que deriva del latín «persona» (originalmente máscara teatral) y se le puede atribuir diversos significados (157); no existe una definición genéricamente válida pero sí más de 50 tentativas de definición (158). La clásica definición de Allport (1959): «Personalidad es la organización dinámica en el interior del individuo de aquellos sistemas psico-físicos que determinan su singular adaptación al medio social» (159). Los elementos comunes son la «singularidad, estabilidad, capacidad de organización y de adaptación» (160). Es interesante, en nuestro contexto, a referencia de una determinada imagen del hombre y de la antropología filosófica: el significado trascendental de «*personalitas*» en la Edad Media y más tarde, utilizando este concepto para enfatizar ciertas capacidades del hombre (por ejemplo, la

(153) Cfr. *supra* notas 89 ss., 110 y texto correspondiente.

(154) *Supra* nota al pie 95.

(155) Cfr. KOCH, en: Lersch/Thomae (Org.), *Persönlichkeitsforschung und Persönlichkeitstheorie*, 2.^a ed. 1960, p. 6 (con referencia a Arnold); cfr. También PEKRUN, en: Pawlik (Org.), *Grundlagen und Methoden der Differentiellen Psychologie*, 1996, p. 86.

(156) ARNOLD, en: Arnold/Eysenck/Meili (Org.), *Lexikon der Psychologie* (1980), Tomo I, p. 312.

(157) KOCH (nota al pie 153), p. 4; HÄCKER, en: Asanger/Wenninger (Org.), *HdWörterbuch Psychologie*, 5.^a ed., 1994, p. 530.

(158) HÄCKER (nota al pie 155), p. 530; DÖRNER/SELG, *Psychologie*, 2.^a ed. 1996, p. 213; KOCH (nota al pie 153), p. 3 (con referencia a la perspectiva dos autores anglo-americanos según los cuales no existiría una definición consensual) y pp. 21 s.

(159) Citado por HÄCKER (nota al pie 155), p. 530.

(160) DÖRNER / SELG (nota al pie 156), p. 213.

facultad de razón en la filosofía kantiana) y la individualidad (o idealismo de los siglos XVIII y XIX) (161). Según Arnold (1957), el término indica «la conexión trascendental del hombre» (162). En el siglo XX, más precisamente, desde la Segunda Guerra Mundial, se ha efectuado un proceso de *revaloración del concepto de personalidad* en detrimento de conceptos como el de carácter (163). Esto se debe principalmente al hecho de que la «personalidad» (*personality*) tiene una mejor recepción en la terminología anglo-americana, donde el concepto de «carácter» nunca consiguió afirmarse verdaderamente, en virtud de su carga despreciativa (164). Hoy en día, el «carácter» es una noción obsoleta –al menos como concepto psicológico–; y ya no se encuentra en los índices de los libros de psicología. Además, parece difícil llevar a cabo una definición precisa de ambos conceptos. Desde una perspectiva psicológica, el «carácter», destaca el elemento estático, mientras que el concepto de personalidad hace hincapié en el «elemento funcional, dinámico, auto-mutable» (165). Para Rohracher, «la *personalidad* humana es lo que, bajo la influencia del medio ambiente, se ha generado por su carácter hasta el momento presente; y su carácter incluye todo lo que desde una perspectiva psíquica se puede considerar» (166). Del mismo modo, Arnold ve el carácter como «huella de la persona y los pasos para el desarrollo de la personalidad» (167). Por lo tanto, se basa y parte de la personalidad, que en esta medida, es amplia y dinámica. Por otro lado, los conceptos son equiparados con frecuencia, incluso no se trata de realizar su delimitación (168). En resumen, se puede afirmar una comunión entre los conceptos ya utilizados, para la designación del individuo, observado desde una perspectiva psicológica en su particular individualidad» (169).

La aludida revalorización de los conceptos de la personalidad se verifica a expensas del carácter, asimismo, en la terminología jurídica, y en especial en derecho constitucional (derecho general de la personalidad) y

(161) KOCH (nota al pie 153), pp. 3, 8 ss.; PEKRUN (nota al pie 153), pp. 85 s.

(162) *Cit.* por KOCH (nota al pie 153), p. 3.

(163) KOCH (nota al pie 153), p. 18; PEKRUN (nota al pie 153), p. 86.

(164) KOCH (nota al pie 153), pp. 17, 20; PEKRUN (nota al pie 153), p. 87.

(165) KOCH (nota al pie 153), pp. 20 s.; TAKUMA, en. Arnold/Eysenck/Meili (Org.) *Lexikon der Psychologie* (1980), Tomo II, p. 1582.

(166) *Cit.* por TAKUMA (nota al pie 163), p. 1582.

(167) ARNOLD (nota al pie 154), p. 312.

(168) KOCH (nota al pie 153), pp. 18, 23 s. ARNOLD (1957) define a la personalidad [*«eine aus Anlage und Umwelt erzeugte Charakterprägung»*] (citado por KOCH [nota al pie 153], p. 3); para TAKUMA (nota al pie 163), p. 1582, se trata de expresiones equivalentes «*von denen aber keiner genau sagen kann, was sie richtig bedeuten»*.

(169) KOCH (nota al pie 153), p. 23.

en derecho civil (tutela de la personalidad, derechos de la personalidad, etcétera) (170). Con respecto a la ciencia global del derecho penal, la prioridad del concepto de personalidad se revela también en criminología, donde las teorías de la personalidad y el carácter procuran explicar la criminalidad (171). Aquí, la personalidad es definida como «un correlato de la conducta, único para cada persona, y relativamente duradero y estable» (172). Del mismo modo, el concepto de personalidad también ha ganado importancia en la dogmática penal a partir de la Segunda Guerra Mundial, aunque el concepto de carácter se ha mantenido, pero por cierto no se ha podido alcanzar aún una clara delimitación entre ambos conceptos (173).

Mezger, un reconocido defensor de la teoría de la culpabilidad en la conducta de vida, «del ser que se convierte en tal» (174) nos reconduce a los rasgos de personalidad (innata) y a su entorno social (175). Por carácter, este autor designa las particularidades *personales* del delincuente (176). El hecho es la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente (177). Según Exner, la «personalidad» es constituida por el conjunto de características espirituales y anímicas en un determinado momento temporal (178). A ella pertenecen, con exclusión de todas las dimensiones corporales las particularidades de la vida volitiva, emocional, instintiva y racional de la persona (179). Del mismo modo, para Exner, los rasgos característicos son la base de formación de la personalidad, en la medida en que se establecen desde el inicio, su esencia (por ejemplo, género, color de cabello, etc), mientras que la personalidad en el curso de la vida se convertiría en aquello que es (180). Como factores de desarrollo de la personalidad, Exner también refiere a los rasgos psicológicos de carácter (181), y en ese contexto se habla de «personalidad con sus

(170) Cfr. KOCH (nota al pie 153), pp. 18 ss.

(171) Sobre la relevancia a los factores de la personalidad, en este contexto, KAISER, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1996, § 22, n.º marginal 2, § 40, n.º marginal 1; sobre las teorías criminológicas de «referencia personal», BOCK, in: GÖPPINGER, *Kriminologie*, 6.^a ed. 2008, § 9.

(172) KAISER (nota al pie 169), § 42, n.º marginal 1; para una definición diferente, MEYER, *Kriminologie*, 3.^a ed., 2007, § 3, n.º marginal 34.

(173) Una conclusión también KOCH (nota al pie 153), p. 19, que en todo caso subvaloriza el significado de concepto de carácter.

(174) MEZGER, «Die Straftat als Ganzes», *ZStW* 57 (1938), pp. 688 s.

(175) MEZGER *Kriminologie*, 1951, p. 103.

(176) MEZGER (nota al pie 173), p. 156.

(177) MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3.^a ed. 1949, pp. 247 ss.

(178) EXNER, *Kriminologie*, 3.^a ed. 1949, p. 27.

(179) EXNER (nota al pie 178), p. 27.

(180) EXNER (nota al pie 176), p. 28.

(181) EXNER (nota al pie 176), p. 34

elementos del carácter» (182), y las disposiciones caracterológicas de la personalidad (183). Engisch, quizás el mejor conocido defensor de la teoría de la culpabilidad del carácter entiende por carácter «la naturaleza de la persona», a través del cual está dotado de ciertas disposiciones, características y cualidades» (184). Este autor otorga un significado prácticamente equivalente a la «culpabilidad del carácter» y a la «culpabilidad de la personalidad» (185); y considera la culpabilidad del carácter como «una expresión de la personalidad» (186). Hay otros autores que se afierran a la culpabilidad en la personalidad sin distinguirla del carácter (187).

A partir de estas consideraciones conceptuales dominantes, se concluye que el uso del concepto en la teoría de la personalidad de Figueiredo Dias convence a penas parcialmente, es decir, solamente en su perspectiva de comprensión trascendental de la personalidad, pero no como total negación del contenido normativo del concepto de carácter (188). La difícil delimitación entre personalidad y carácter así como la equiparación entre ambos conceptos (no es esencial para Figueiredo Dias) (189) con una preferencia a la «personalidad» hacen que la clasificación conceptual de la doctrina parezca secundaria. En verdad, también en la literatura penal se debería discutir (en consonancia con la literatura psicológica y criminológica especializada) por una *sustitución del concepto de carácter*. Todas estas teorías referidas de la personalidad del agente, y, en particular las doctrinas de carácter

(182) EXNER (nota al pie 176), p. 181.

(183) EXNER (nota al pie 176), p. 180.

(184) ENGISCH (nota al pie 28), p. 51.

(185) ENGISCH (nota al pie 26), p. 48; del mismo autor, «*Um die Charakterschuld*», *MSchrKrim* 50 (1976), pp. 109, 117 s.; sobre un tratamiento semejante, *infra* nota 214 y texto correspondiente.

(186) ENGISCH (nota al pie 26), p. 57.

(187) Cfr. DOHNA, *ZStW* 66 (1954), pp. 508 s.: «Grundgesetz des sozialen Daseins, daß Jedermann einzustehen hat für das, was er tut, insoweit es Ausfluß ist seiner Persönlichkeit...»; HERTZ (nota al pie 142), pp. 63 ss., 81 ss., p. 64: «*Tat muß auf ihre Wurzeln in der Persönlichkeit zurückgeführt werden*»; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 149 s. «einmaliges Versagen», «bleibender».

«Persönlichkeitsschicht», «vorwerfbarer Charakterfehler»); también STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, pp. 5 s.; BURKHARDT (nota al pie 142), pp. 87, 94 s., 97, 102, 107; MIRANDA RODRIGUES (nota al pie 117), pp. 402 ss.; TAIPA DE CARVALHO (nota al pie 43), § 893.

(188) El potencial normativo del concepto de carácter se manifiesta en definiciones como «beharrliche Verfassung der Seele, wonach alle Willensakte durch dauernd in ihr aufgerichtete Grundsätze eindeutig bestimmt ist, die dem Sittengesetz der jeweiligen Zeit entsprechen» (KERSCHENSTEINER [1911], luego KOCH [nota al pie 153], p. 16).

(189) Cfr. *supra* nota 94.

tradicional, deberían ser categorizadas como teorías de la personalidad (190). Simultáneamente, el concepto difuso de la personalidad se muestra, de hecho, menos apto a fundamentar un entendimiento material de la culpabilidad, ya que, en última instancia, la personalidad puede corresponder con todo lo que un determinado autor quiera ver desde una perspectiva normativa-trascendental.

En este contexto, debe también lamentarse que la doctrina de la personalidad, tal como el resto de las teorías del carácter tradicional (191), *desatiende los diversos factores* que, según los conocimientos de la criminología, influyen en el desenvolvimiento de la personalidad y que, de forma alternativa o acumulativamente condicionan ciertas formas de comportamiento criminal (192). Si determinadas disposiciones comportamentales pueden favorecer la comisión de delitos (193) de ahí, no resulta inmediatamente la sumisión de la personalidad y del hecho a una relación mono-causal de causa-efecto, ni tampoco niega que la personalidad pueda ser afectada por ciertas condiciones del medio social. Por un lado, no pueden revelar automáticamente la reprochabilidad. (194), y por otro lado, pueden servir de explicación autónoma de hechos delictivos (195). Por otra parte, estas condiciones constituyen un argumento adicional a renunciar incondicionalmente a la libertad de acción (196). Fracasada la comprobación de la relación causa-efecto, entre el hecho y la personalidad resulta frecuentemente subvalorado el significado de aquellos factores situa-

(190) En este sentido WELZEL (nota al pie 187), p. 149 («culpabilidad y personalidad»); por el contrario la doctrina tradicional ROXIN AT I, § 19 n.º marginal 27 («Einstehenmüssen für den eigenen Charakter»).

(191) ENGISCH (nota al pie 183), pp. 108, 112 s., acepta la fórmula de «disposiciones-ambiente social», pero sólo en cuanto a la cuestión de su compatibilidad con la libertad de la voluntad (en caso afirmativo) H. KAUFMANN, «Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?» JZ 1962, pp. 196 ss.; contra, WELZEL (nota al pie 187), p. 148.

(192) Críticamente también COUSO SALAS (nota al pie 129), p. 153; y TAIPA DE CARVALHO (nota al pie 43), § 825, a extraer las consideraciones de socialización primaria; CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII, n.º 6.

(193) KAISER (nota al pie 171), § 42, n.º marginal 1.

(194) Cfr. *supra* nota 209 y texto correspondiente, así como ASSIS TOLEDO (nota al pie 125), p. 246.

(195) Ampliamente sobre las teorías de la criminalidad de referencia social, orientadas por la víctima e integradas, BOCK-MÜNSTER, en Göppinger §§ 10-12. Sobre la fórmula clásica «innato-adquirida», Véase LISZT, «*Das Verbrechen als social-pathologische Erscheinung*», en: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Vol. 2, 1905, reimp. 1970, p. 234.

(196) NASSEHI, en *Süddeutsche Zeitung* de 22.8.2008, p. 13.

cionales (197). Esto significa que el reproche de la culpabilidad no se deja fundamentar sobre una perspectiva disposicional (como un juicio de reprobación de la personalidad del agente) pero en todo caso, sobre una perspectiva *episódica*, en relación a los factores efectivamente perpetrados (198). Debe tenerse en cuenta, por un lado los límites (subjetivos) entre el comportamiento punible y no punible, y por otro lado, que la práctica de crímenes no pueda ser siempre vista como una expresión de una determinada personalidad (reprobable) (199). Creo que es sólo a modo de ejemplo, la «normalidad» de los hechos delictivos cometidos en la juventud (200) o en situaciones extremas (201). Si, por lo tanto, no se puede negar completamente la influencia de la personalidad (entendida en un sentido amplio, que abarca las variables ambientales) sobre el comportamiento criminal, la verdad es que la personalidad no es suficiente por sí sola para revelar la forma de éstas condiciones (202). En otras palabras: lo que es confirmado por las doctrinas de la personalidad de forma mono-causal a una personalidad (además, difusa) puede ser provocada por otras *causas* (alternativas) o adicionales (acumulativas). Si se quisiera deducir la personalidad y las características a partir de un comportamiento potencial, habría entonces, en primer lugar que identificar y valorar esas características a través de una evaluación integral de la personalidad, sin embargo, sigue habiendo dudas sobre el peso de la viabilidad de este tipo de evaluaciones, en particular en cuanto a su objetividad, fiabilidad y validez (203).

(197) De modo convincente BURKHARDT (nota al pie 142), pp. 87, 92 ss., 93, 97. Sobre la «explicación» circular de ciertos comportamientos en virtud de cierta personalidad, que a su vez infiere previamente en estos comportamientos, MEYER (nota al pie 170), § 3 n.º marginal 40. En otro sentido véase MIRANDA RODRIGUES (nota al pie 117), p. 476, cuando se aprecia la diferencia entre las doctrinas tradicionales de la personalidad y la doctrina de Figueiredo Dias, en el que este último se muestra claramente el nexo entre la personalidad y el hecho.

(198) BURKHARDT (nota al pie 144), pp. 87, 106, 107 s. Sobre la difusión «disposicional»-«episódica», *idem*, p. 104.

(199) Y por eso defiende CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII, n.º 4 después nota 56, una distinción entre factores relevantes e irrelevantes de la personalidad. Asimismo Figueiredo Dias considera este problema, *supra* nota 93 y texto correspondiente.

(200) MEYER (nota al pie 172), § 5, n.º marginal 60.

(201) Cfr. también CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII, n.º 5, dando el ejemplo del asesino en serie que, en un accidente de tráfico, rescata a su hijo y causa la muerte de otra víctima del accidente.

(202) MEYER (nota al pie 172), § 3, n.º marginal 39, § 6, n.º marginal 2.

(203) BURKHARDT (nota al pie 142), p. 108; con reservas, también ASSIS TOLEDO (nota al pie 125), pp. 249 s.

2.2 LA CUESTIÓN DE LA LIBERTAD

La principal objeción de Figueiredo Dias a la teoría del carácter deriva del hecho de que esta doctrina (antes y hoy) se estructura desde un punto de vista psicológico-naturalista; la libertad (improbable) de la voluntad (204). Este argumento debe, desde luego, cuestionarse, ya que se asienta en la presunción (ya criticada) de un contenido puramente naturalista del concepto de carácter. Lo que, sin embargo, no hace justicia al diseño diferenciado de Engisch y a su intento de superar el problema de la libertad. Al considerar que la reprochabilidad de la culpabilidad recae en el «carácter» (205) y en él radica (206), alcanzando al agente en la consecución de sus «ser» (207). Engisch incita primeramente a superar la cuestión de la libertad al referirse a las fallas de carácter como presupuesto del reproche de la culpabilidad (208). Por lo tanto, la culpabilidad no depende (a diferencia de lo que ocurre con las teorías de la culpabilidad en la conducta de la vida o la culpabilidad en la decisión de la vida) (209) de las razones, e incluso la responsabilidad del agente, ya que se ha convertido en «...el saber si el “puede hacer algo”» «contra el hecho de ser “tal”» (210). Ya es conocida la objeción de que por esta vía se responsabilice al agente por aquello contra lo cual por falta de libertad, no puede realizar (disposición de carácter) (211). Engisch apunta nuevamente a la cuestión de la libertad porque contra esta objeción no se puede argumentar con éxito que el agente sea reprochado «en relación» a las «fallas de fuerza de voluntad o de cuidado»

(204) Cfr. *supra* nota 97 y texto correspondiente.

(205) ENGISCH (nota al pie 26), p. 52.

(206) ENGISCH (nota al pie 28), p. 65.

(207) ENGISCH (nota al pie 26), p. 48; ID. (nota al pie 183), pp. 109 s., 118.

(208) Cfr. también BURKHARDT (nota al pie 142), pp. 104, s., 111.

(209) Sobre el concepto de modo de (conducta de) vida errado o reprochable., JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.^a ed. 1991, 17/34; BAUMANN, *AT*, 8.^a ed., 1977, p. 371; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11.^a ed., 2003, § 18, n.º marginal 29, con más referencias, de forma inexacta, JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht AT*, 5.^a ed., 1996, p. 423, cuando se refiere a la culpabilidad de la conducta de vida como «culpabilidad del autor, de personalidad, de carácter» ENGISCH (nota al pie 26), pp. 50 s. e ID., (nota al pie 183) p. 110, explícitamente se distanció de esta posición, en contra, también *AE* (nota al pie 134), p. 29; STRATENWERTH (como nota pp. 6 s.; ID. (nota al pie 133), pp. 43 s.; BAUMANN, *loc. cit.*, p. 372; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *loc. cit.*, § 18, n.º marginal 31.

(210) HEINITZ (nota al pie 142) p. 74; EB. SCHMIDT (nota al pie 142), p. 387.

(211) En este sentido, ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.^a ed. 1976, pp. 279 s., cuando considera a la libertad irrenunciable, también; ENGISCH (nota al pie 28), pp. 16, 48; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, 1979, pp. 292 s., que por un lado trata como imposible a la diferencia entre las disposiciones de carácter y las decisiones libres, y por otro lado, hace hincapié en la influencia de estas disposiciones relativas a las decisiones de la vida.

expresadas en el hecho (212) (por lo que afirmó que las propiedades del carácter no juegan ningún papel) (213), ni de que tales fallas o defectos podrían, en cualquier caso, ser valorados negativamente (214), o podría ser corregida por medio de la pena (porque así se argumenta con fin preventivo de pena en sentido exclusivamente «criminal-pedagógico») (215). Sólo el reconocimiento de un *hipotético poder de actuar de otra manera* en una concreta existencia de defectos de carácter y por lo tanto *dentro del cuadro de la disposición caracterológica de la personalidad* (216), lo hace sostenible, o al menos comprensible, al reproche del carácter, pero esto es sólo porque precisamente, es legítimo reprochar al agente en el poder actuar de otra manera. En este caso, se puede dejar abierta la cuestión de saber si este argumento es convincente, una vez que somete el interés de conocer si la doctrina de la personalidad puede resolver el dilema descrito: culpabilidad sin libertad, o la culpabilidad con la libertad (de alguna manera) comprobable. La diferencia decisiva entre la teoría del carácter y la doctrina de la personalidad radica en que esta última reconoce inequívocamente la libertad, no en el sentido naturalista de la facultad de actuar de otra manera, sino en el sentido de la libertad ético-existencial sobre el propio ser, un libertad que se expresa en una decisión fundamental sobre el hombre en sí mismo (217). Con esto se puede exhortar a primera vista y en todo caso (ahora desde una perspectiva empírico-fenomenológica) que se renuncia a la comprobación de la libertad concreta en el hecho *concreto*, ya que la cuestión de la libertad como tal no se soluciona (como culpabilidad en la conducta / decisión de vida (218) y también en la doctrina de

(212) ENGISCH (nota al pie 183), pp.115, ss.

(213) En este sentido también, ENGISCH, «*Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?*», ZStW 66 (1954), p. 359, para los que toda culpabilidad sería una culpabilidad de carácter y no solamente «culpabilidad de determinadas personalidades menos valiosas».

(214) ENGISCH (nota al pie 183), p. 111.

(215) ENGISCH (nota al pie 26), p. 53; Id. (nota al pie 183), pp. 111, 118; sobre esto cfr. también BURKHARDT (nota al pie 142) p. 115.

(216) Cfr. ENGISCH (nota al pie 28), p. 26 «*Der Konkrete Täter hätte in der konkreten Situation, in der er sich befand, in dem Sinne...anders handeln können, als er gehandelt hat, als er seinen allgemeinen Anlagen entsprechend...in der konkreten Situation anders hätte handeln können*». Cfr. también ENGISCH (nota al pie 28), p. 65: «... *daß es im Spielraum unserer Persönlichkeit gelegen hätte, bei mehr Willenskraft und mehr Besorgnis... das Richtige zu tun*». Cfr. también *ídem* 55; Id. (nota al pie 183), pp. 114 s., 118.

(217) Cfr. *supra* notas 56, 112 s., 116 y texto correspondiente. COUSO SALAS (nota al pie 129), p. 151, trata una «versión corregida» de la culpabilidad del carácter.

(218) Luego ella implica la toma de las correspondientes decisiones libres (también BURKHARDT [nota al pie 144], p. 105); en este sentido, es correcta la clasifi-

Eduardo Correia (219) ya mencionada), considerablemente distante del propio hecho (220). El poder real de actuar de otra manera, es por consiguiente sustituido por un «*poder ser otro*» (221) mucho más complejo y menos susceptible de prueba que la libertad en el hecho concreto (222). Es cierto que la doctrina de la personalidad no fundamenta el reproche de la culpabilidad con el puro modo de ser de la personalidad (como tal no es reprochable), previamente al nexo entre la libertad personal y el ser (223); por consiguiente se declara decididamente por una *culpabilidad en la libertad*. Y, sin embargo, esta objeción, en virtud a la superficialidad dada por un abordaje fenomenológico, no hace justicia al punto de partida dualista (filosófico) de la doctrina de la personalidad. De lo que resulta, en particular, que el problema de la prueba se resuelve, en primer lugar a nivel filosófico (en relación con el mundo trascendental de la comprensión) (224) y luego se conecta con el mundo empírico a través de la construcción antropológica del hombre como prematuro fisiológico («como ser inacabado abierta al mundo») (225). Con esto, queda claro que el hombre es algo más que un mero ser natural, en la medida en que diferentemente «es dada la responsabilidad por la disciplina de su existencia (...) en cuanto sentido de vida vinculante» (226). Es posible conformar con sentido, la causalidad natural (227), y por eso tiene que construir una relación con un hecho concreto sobre la perso-

cación de JAKOBS (nota al pie 207, pp. 17-34 y nota 77) de entender la doctrina de Figueiredo Dias como culpabilidad en la conducta de vida.

(219) Esto es porque a insuficiente conformación de personalidad con las exigencias del derecho (supra nota 97) implica la posibilidad de decidir libremente (cfr. luego, críticamente, FIGUEIREDO DIAS, «A reforma...» [c] (nota al pie 1) pp. 122 s.; también TAIPA DE CARVALHO [nota al pie 43] § 821; y MARQUES DA SILVA [nota al pie 124], p. 145).

(220) ROXIN (nota al pie 137), p. 648; también CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII n.º 1 *in fine*. Esto debe ser comparable, ya que el nivel estructural, anticipando el momento de la culpabilidad en la doctrina de la *actio libera in causa*.

(221) HÜNERFELD (nota al pie 43), p. 197 (en sentido crítico cuanto sobre la incertidumbre que rodea a la cuestión de la libertad, también nota 161).

(222) En este sentido, críticamente, ASSIS TOLEDO (nota al pie 125), p. 244 («esfuerzo inútil»); COUSO SALAS (nota al pie 127), p. 153 (un momento de decisión existencial no es demostrable).

(223) Explícitamente FIGUEIREDO DIAS, «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243 y nota 92; también HÜNERFELD (nota al pie 43), p. 197. De forma análoga, al referirse al mundo sensible, PAUEN, en Duttge (nota al pie 3), pp. 91 s.: la libertad como autonomía y autoría, como actuación auto-determinada reducible a persona, nexo entre culpabilidad y libertad y la existencia de posibilidades de acción alternativas.

(224) *Supra*, notas 11 ss.

(225) *Supra*, nota 52 y texto correspondiente

(226) WELZEL (nota al pie 185), p. 143.

(227) WELZEL (nota al pie 185), p. 149.

nalidad y el complejo concepto de libertad conectados a él (228). Por lo tanto, «el poder de ser otro» normativo no puede ser identificado con el naturalista poder de actuar de otra manera (229). Visto desde esta perspectiva, no se impone a una persona una responsabilidad ética desmedida, no se responsabiliza al hombre en lo que no pudo dominar (230), desde luego porque el posee ya, en el fondo de su alma los arquetipos del ser y con él también la capacidad de decidir autónomamente (231) y por lo tanto (como persona racional en el sentido kantiano) de decidir por derecho (232). Nuevamente, la elección fundamental no es definitiva, *pero modificable* (233). Ella no determina de forma definitiva (concreta) el comportamiento posterior y de este modo también las personalidades con una inclinación criminal pueden decidir libremente, siempre y en todo momento, por derecho. Dicho de otro modo: la concreta decisión de cometer el hecho está *condicionada* por la opción fundamental (encontrada antes) donde expresa la actitud del agente ante el derecho, y al igual que como voluntad «libre», está condicionada por el contexto corpóreo-neuronal y social (234).

La *evaluación* definitiva de la doctrina de la personalidad desde la óptica de la cuestión de la libertad, depende decisivamente de la *perspectiva* que se adopte: si se acepta la opinión dualista de la doctrina de la personalidad (primero racional-trascendental, después empírico-sensible) que ofrece una explicación de por sí concluyente de la cuestión de la libertad, con la que, en todo caso, permanece oculto el pasaje por el mundo (exclusivamente) racional para el mundo empírico y, por consiguiente, a continuación, necesaria intervención mediadora de un concepto de personalidad (235). Si nos fijamos en la doctrina de la

(228) Sobre la función mediadora de la personalidad, *supra*, nota 53 ss. y texto correspondiente

(229) Esta medida, es correcta, a contra-crítica de FIGUEIREDO DIAS, «Schuld...» (nota al pie 3), p. 243.

(230) Así PALMA (nota al pie 123), pp. 68 s.

(231) Sobre la reflexión de Platón de PALMA, *idem*, interpreta todavía incorrectamente, cf. *supra*, nota 13 e texto correspondiente.

(232) Si por KANT (nota al pie 14, p. 28, y respectivo comentario 12, p. 111), consideramos que la persona en cuanto tal «racional», y la conducta racional como orientada por el derecho y, por tanto, adecuada a la persona, la decisión autónoma (libre) no es neutral, pero siempre orientada por el derecho, por lo que la decisión correcta. La acción orientada por el derecho es de este modo libre, mientras que la acción no es contraria a derecho no es libre. (Cfr. también MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 168).

(233) *Supra*, nota 110 s. y texto correspondiente.

(234) NASSEHI (nota al pie 194).

(235) Contrariamente COUSO SALAS (nota al pie 124), Cap. VII n.º 3, luego nota 36, el ordenamiento jurídico no es totalmente autónomo frente a otros ordenamientos, como por ejemplo, sistemas de naturaleza moral o religiosa, antes puede

personalidad *a limine*, apenas desde un punto de vista empírico y político-criminal, sin tener en cuenta su fundamentación filosófica, la cuestión de la libertad sigue sin ser resuelta. Además: la tesis de la opción fundamental aparece como demasiado teórica (236) y plantea más cuestiones de las que resuelve: ¿Dónde debe colocarse en ese caso o momento temporal la opción fundamental? ¿Cómo se manifiesta ésta decisión para terceros? ¿Por cuánto tiempo debe valer? ¿Cuándo y cómo puede ser modificada?

2.3 OTRAS OBJECIONES

La teoría de la personalidad en su conformación práctica se convierte en parte, en una *doctrina de la culpabilidad funcional moderada*, una doctrina, por consiguiente, con la oposición tanto en el funcionalismo extremo como en una «eticización» extrema: ya que, por un lado, surge la culpabilidad ética en el sentido expuesto en el presupuesto autónomo de la pena; pero por otro lado, comprende también la culpabilidad como «funcional» en el sentido del derecho penal preventivo racional-teleológico (237). Se diferencia de la doctrina de Roxin especialmente en relación con la fundamentación jurídica y filosófica del concepto de culpabilidad. En su aplicación a través de la doctrina de violación del deber (238) con su parámetro de personalidad «normal» (239) y su orientación del deber socialmente deseado (240).

basarse en el mínimo, ser por el influenciado, porque un concepto de culpabilidad ético-existencial también puede servir como fundamento de un concepto de culpabilidad penal. Por consiguiente, diversamente (ibídem n.3 nota 40) la teoría de violación del deber (supra notas 66, 76, 100 y texto correspondiente) no puede ser vista como totalmente desligada de fundamentación jurídico-filosófica.

(236) También críticamente en este punto, HÜNERFELD (nota al pie 43), p. 197.

(237) Cfr. FIGUEIREDO DIAS (nota al pie 2), Cap. 10 §§ 24 ss., 68, Cap. 19 § 5; también en lo que respecta a la medida de la pena, Figueiredo Dias defiende la culpabilidad y la prevención como criterios de orientación (*Direito Penal Português. Parte Geral II, As consequências jurídicas do crime*, 1993, §§ 280 ss.). Su crítica a la categoría roxiniana de la responsabilidad radica en la mezcla de criterios incomparables. («Sobre o estado...» [nota al pie1], p. 30; «Schuld...» [nota al pie 3], pp. 234 s.; también TAIPA DE CARVALHO [nota al pie 43], p. 301), parece ser la naturaleza formal. Sobre la denominada «viraje preventiva» de Figueiredo Dias, véase CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII n.º 2 y notas 20-21.

(238) *Supra*, notas 66, 75, 99 y texto correspondiente. Esta doctrina se encuentran defensores de la culpabilidad del carácter, por ejemplo, Dohna (nota al pie), p. 509: «... las exigencias de la sociedad fundamentan el reproche y (...) la responsabilidad».

(239) *Supra*, nota al pie 92 y texto correspondiente.

(240) *Supra*, nota al pie 8 y texto correspondiente.

Reside en todo caso en último término en la atribución (social) de la culpabilidad como acontece, (en términos normativos) con la tesis roxiniana de la «permeabilidad» de los comandos normativos (241), sin embargo el parámetro utilizado no debe sustituir a la libertad personal del agente como fundamento de la culpabilidad (242).

Si cambiamos el punto de vista del sistema a *las cuestiones concretas*, vemos que la doctrina de la personalidad alcanza resultados similares a los de la teoría político-criminal (243). Por ejemplo, para Figueiredo Dias, la inimputabilidad deja «intacta» la personalidad del agente (y por tanto también su responsabilidad) (244), en la medida en que la oculta, se torna invisible e incomprensible (para el juez), de modo que un juicio de valor (sobre el hecho y la personalidad que lo expresa) se hace imposible. Por lo tanto, en última instancia, la inimputabilidad constituye un obstáculo factual a comprobación de la culpabilidad (245). Independientemente de la fuerza persuasiva de la argumentación (246), ella conduce al igual que la doctrina dominante a la no punición, que sin embargo no se basaría en la negación de la culpabilidad, en su exclusión, sino más bien en un «*non liquet*» relativo a la posibilidad de su establecimiento. Finalmente, en lo referente a la *medida de la pena*, es sorprendente que Figueiredo Dias no retire su doctrina (de la personalidad) de las consecuencias prácticas; tomando la misma como el «horizonte de la comprensión» y el «sen-

(241) Así explícitamente, ROXIN, AT I, § 19, n.º marginal 37: el autor es «tratado como libre» y su suposición de libertad es una «afirmación normativa»; n.º marginal 46: atribución normativa de posibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

(242) A favor de la compatibilidad entre una comprensión social de la culpabilidad entendida de esta forma y la libertad de la personalidad, en sentido de la doctrina de personalidad, MIRANDA RODRIGUES (nota al pie 117), p. 444 s. Críticamente sobre el concepto social de la culpabilidad, en virtud de lo referido, véase. por último SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, 2008, p. 106 s., con otras referencias.

(243) Cfr. también ROXIN (nota al pie 137), p. 657: «se encuentran puntos cruciales ... decisivos».

(244) Así también ENGISCH (nota al pie 183), p. 116; y EB. SCHMIDT (nota al pie 142), p. 386: ningún imputable podría evadir la «responsabilidad personal –caracteriológica».

(245) *Liberdade* (c), p. 185 ss.; críticamente CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII n.º 6, luego nota 62, para que la personalidad se modifique en virtud de la anomalía que subyace a la inimputabilidad, y por lo tanto no permanece «intacta».

(246) Críticamente, ROXIN (nota al pie 137), p. 649; del mismo autor, AT I, § 19 n.º marginal 32. Para Figueiredo Dias, contrariamente a Roxin, no se trata de una comunicación personal naturalista, entre el juez y el agente en la audiencia, sino de una comprensión entre el juez y el agente (así también CURADO NEVES [nota al pie 124], Cap. VII n.º 6 nota al pie 63).

tido fundacional» (247). En Alemania siempre fue un argumento nuclear de los defensores de la teoría del carácter para conseguir establecer a través de ella las razones de la pena, un puente entre la culpabilidad y la pena (248). Asimismo, también una discípula de Figueiredo Dias trató de aplicar su doctrina hacia un concepto unitario de la culpabilidad como presupuesto o factor de medida de pena (249).

EPÍLOGO

Las legítimas objeciones dirigidas a la doctrina de la personalidad en nada modifican su gran mérito: de haber colocado al hombre (más allá de la realidad positiva que lo envuelve y depara) en el centro de la doctrina jurídica penal de la culpabilidad. La mirada que lanza más allá del mundo empírico posibilita una irrenunciable *fundamentación para una dogmática de la culpabilidad éticamente fundada* (250). Ciertamente, se puede cuestionar la utilidad (práctica) de una fundamentación de la culpabilidad ético existencial arraigada en el mundo trascendente, cuando los resultados que ofrece en el mundo sensible compiten con la teoría político-criminal dominante. Para obtener una precisa objeción de un punto de vista práctico-empírico, que en nada altera el hecho de que la fundamentación jurídico-filosófica de la doctrina de la personalidad *ayuda* a conferir una legitimación más sólida (imprescindible) de la *atribución de la culpabilidad* como mero propósito político-criminal y racional-teleológico (251). Al mismo tiempo, debería verse en la doctrina de la personalidad un requisito

(247) *Liberdade* (nota al pie 3), p. 182. Cualquier otra solución sería un «error metodológico» por la problemática de la medida de la pena que tiende a presentar problemas específicos. También en este sentido su trabajo sobre consecuencias jurídicas del delito (nota al pie 245) se refiere a «personalidad del agente» solamente como punto de relación genérico entre la doctrina general del delito y la medida de la pena. (§ 287).

(248) Cfr. para todo, EB. SCHMIDT (nota al pie 142), p. 372, defiende la teoría de la culpabilidad en la conducta de vida, así como Id., «*Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs*», NJW 1967, 1929, p. 1939 s., critica las medidas de la pena previstas § 59 1-1, do AE (nota al pie 133) por ser «vacías», ya que no resultaría cualquier criterio relativo a la personalidad, a excepción de § 59 1-4, que refiere al «comportamiento posterior al hecho» Cfr. también HERTZ (nota al pie 142), p. 65, *passim*, a favor de una unidad de juicio de la culpabilidad del hecho típico y de la medida de la pena.

(249) MIRANDA RODRIGUES (nota al pie 117), pp. 476 ss.

(250) En un sentido similar, HÜNERFELD (nota al pie 43), p. 197.

(251) También [probablemente reconocido por CURADO NEVES (nota al pie 124), Cap. VII n.º 3 después nota 43].

decisivo y convincente a favor de un *sistema penal jurídico filosóficamente referido y aclarado*. Finalmente, el significado de la personalidad para el hecho, como la fundamentación dada por la doctrina no sólo fortalece el vínculo (también subraya la teoría del carácter) entre la culpabilidad como presupuesto y como factor de medida de pena, y sugiere también una *consideración de la personalidad del agente* diferenciada, en un determinado momento temporal de establecimiento de la culpabilidad (en principio, relacionada con el hecho).

