

bilitación de la Universidad de Trier sobre *Antijuridicidad penal y exclusión del injusto penal*^{30*}. GÜNTHER sustenta la tesis de que existe una categoría especial de causas de justificación, las «causas de exclusión del injusto penal», con una función específicamente jurídico-penal: éstas disminuyen el injusto agravado, punible, que se define en el tipo penal, por debajo del nivel de merecimiento de pena. De tal modo, excluyen la punibilidad de una acción en el plano del injusto, sin que con ello eliminen a la vez la antijuridicidad general de la misma³¹. Un ejemplo de esto viene dado, para GÜNTHER, por el § 193 StGB.

a) La tesis de GÜNTHER tiene algunas consecuencias prácticas significativas. Por un lado, no funciona en las «causas de exclusión del injusto penal» la prueba de la legítima defensa³², pues una acción que sólo está amparada por una norma de tal clase continúa siendo «antijurídica» y el que defiende sus bienes jurídicos contra ella defiende a la vez el ordenamiento jurídico.

b) La discutible aplicación del artículo 103.II de la Ley Fundamental a las causas de justificación halla también una clara respuesta en el grupo que aquí se discute. Dado que las «causas de exclusión del injusto penal» constituyen normas específicamente jurídico-penales y, en última instancia, es una cuestión de mera técnica legislativa el que se consideren autónomamente o en la redacción del tipo penal, el principio de *nulla poena sine lege* debe aplicarse a estas normas sin limitación alguna³³. Simplemente debe observarse que la prohibición de analogía se transforma en una prohibición de restricción teleológica.

3. Desde luego, además existen, también para GÜNTHER, auténticas causas de justificación³⁴. Entre éstas se cuenta, por ejemplo, la legítima defensa, que, significativamente, no está regulada sólo en el Código penal, sino, como es sabido, también en el § 227 del Código civil alemán. Asimismo, deben incluirse entre ellas las numerosas autorizaciones jurídico-públicas para la lesión de bienes jurídicos individuales. En tales causas de justificación no cabe hallar una función específicamente político-criminal³⁵. Una norma como la del § 758

³⁰ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983.

* La obra de GÜNTHER aquí mencionada y comentada no ha tenido todavía en España el eco que merece, a pesar de las referencias que a ella se han hecho en diferentes obras publicadas en nuestro país. Un interesante estudio en clave crítica, favorable más bien a la teoría de la responsabilidad por el hecho, es el de BACIGALUPO, «Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad», *La Ley*, 1986-4, pp. 1198-1203. Por mi parte, me adhiero con notables matizaciones a la tesis de GÜNTHER en *ADPCP*, 1987, pp. 540-541. En Alemania, esta doctrina no ha sido aún aceptada por la opinión dominante; de modo expreso se han pronunciado contra ella, entre otros ROXIN, HIRSCH y LENCKNER; cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª, ed., p. 290, nota 2. (*N. del T.*)

³¹ GÜNTHER (nota 30), pp. 249 ss.

³² GÜNTHER (nota 30), pp. 383 ss.

³³ Sobre el punto de vista de GÜNTHER, cfr. id. (nota 30), pp. 285 ss.

³⁴ GÜNTHER (nota 30), pp. 259, 323.

³⁵ De otra opinión, al parecer, ROXIN (nota 1), 2.ª ed., pp. 46-47. Con todo, sus argumentos

de la Ley de Enjuiciamiento civil alemana, que permite al funcionario judicial de ejecución entrar en un domicilio, no tiene función alguna especialmente referida al Derecho penal, sino que atiende a la finalidad jurídico-civil de dar satisfacción al acreedor.

A este grupo de causas de justificación se aplica, sin duda, la finalidad propuesta por ROXIN: las mismas atienden a la «solución social de conflictos». Con todo, entonces se plantea la segunda de las cuestiones mencionadas al comienzo de este apartado. Tal y como se mostró, también tienen lugar «soluciones de conflictos» en el momento de conformarse un tipo penal³⁶. Es preciso, pues, aclarar qué relación existe entre estos «conflictos» y los que se resuelven en el plano de la justificación.

a) La respuesta correcta reza probablemente así: en el momento de elaborar un tipo penal se trata simplemente de ponderar los puntos de vista favorables y contrarios a una *reacción jurídico-penal* contra determinadas formas de comportamiento; en cambio, a la hora de crear una auténtica causa de justificación se trata de la cuestión relativa a si una determinada forma de actuar puede estar *permitida*. Ambos planteamientos deben distinguirse; pues el hecho de que el legislador renuncie a servirse de medios jurídico-penales contra una forma de comportamiento no quiere decir necesariamente que la permita. Por ello, el «conflicto» que resuelven las auténticas causas de justificación no es especialmente de naturaleza político-criminal. Dichas causas deciden más bien sobre el hecho de si una prohibición que ha sido establecida en algún punto del ordenamiento jurídico ha de ceder ante otras finalidades político-jurídicas³⁷. En este esquema, las finalidades político-criminales no se ven afectadas necesariamente, sino tan sólo en forma más o menos «casual», es decir, sólo si el bien jurídico que se subordina a otras finalidades político-jurídicas se halla protegido por una prohibición jurídico-penal. Consiguientemente, las auténticas causas de justificación adquieren significación jurídico-penal sólo si asocian a los otros fines político-jurídicos encarnados en ellas finalidades político-criminales, y en la medida en que ello tenga lugar: su función específica en el seno del sistema del Derecho penal se agota en integrar eventualmente

no se ven libres de objeciones. Así, a la observación de que la determinación del alcance de la legítima defensa decide sobre la protección de la vida y de la integridad, hay que oponer que ésta no es una finalidad específicamente político-criminal, sino de naturaleza político-social, perseguida de modo general —como, por ejemplo, también en el Derecho de protección del trabajo—; ello con independencia de que la legítima defensa no contribuye sólo a la protección de la vida y la integridad. Por su parte, al argumento de que la determinación de los límites de la legítima defensa tiene que ver con el «si» de la sanción penal, hay que oponer que la negación de una justificación sobre la base del § 32 StGB no implica decisión alguna sobre una exculpación que tenga en cuenta la situación de defensa, como muestra en especial el § 33 StGB. Cfr., al respecto, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 21.ª ed., 1982, § 33, n.º marginal 9, con más referencias.

³⁶ Vid. *supra*, en nota 15.

³⁷ Así, desempeñan un papel importante en el Derecho de la responsabilidad civil. Cfr., al respecto, DEUTSCH, *Haftungsrecht*, t. 1, 1976, pp. 210 s.

el «ordenamiento jurídico parcial» del Derecho penal material con el ordenamiento jurídico en su conjunto³⁸.

b) El hecho de que las auténticas causas de justificación no atiendan específicamente a fines jurídico-penales es, a mi juicio, decisivo también para la cuestión de la aplicabilidad del artículo 103.II de la Ley Fundamental en este ámbito. Para las causas de justificación de esta clase es válido el argumento de KREY, relativo a que el Derecho penal mostraría pretensiones usurpadoras si se trasladaran a normas del ordenamiento jurídico en su conjunto principios configuradores de naturaleza constitucional que rigen para aquel ámbito parcial³⁹. Tales causas, pues, no se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 103.II de la Ley Fundamental, sino sólo en el del artículo 20.III de dicha Ley. Esta solución se corresponde también con la práctica de la aplicación del artículo 103.II de la Ley Fundamental. En efecto, la historia dogmática del consentimiento o de la doctrina del estado de necesidad supralegal muestra que nunca se ha estado seriamente dispuesto, ni por asomo, a considerar la aplicación del principio de *nulla poena sine lege* ni en el desarrollo ni, mucho menos, en la limitación de las causas de justificación; piénsese simplemente en los deberes de explicación en el consentimiento⁴⁰. Ello por no hablar de las múltiples reglas contenidas en leyes cualesquiera ajenas al Derecho penal, que pueden venir al caso en alguna ocasión como causas de justificación y en cuya creación el legislador no tomó en consideración en absoluto los efectos jurídico-penales⁴¹. En cuanto a los peligros de abuso que se derivan del hecho de que el legislador formule limitaciones de los tipos como «causas de justificación», para eludir las exigencias del principio de *nulla poena*, cabe hacerles frente mediante la total aplicación del artículo 103.II de la Ley Fundamental a las «auténticas causas de exclusión del injusto penal», que atienden a los fines específicamente político-criminales⁴².

³⁸ Aunque sólo sea por esta razón, no es posible admitir la teoría de los elementos negativos del tipo, al menos en las auténticas causas de justificación. Los elementos (negativos) del tipo de una auténtica causa de justificación no pueden situarse en el mismo nivel que los elementos del tipo penal, porque, en tal caso, se eliminarían diferencias entre formas de injusto incomparables. Pues, mientras que la ausencia de los elementos típicos de una causa de justificación simplemente indica que el hecho no está permitido jurídicamente, la concurrencia de los elementos de un tipo penal alude a que dicho hecho está prohibido bajo pena.

³⁹ KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977, pp. 232 ss., 234, a propósito de la prohibición de analogía. Cfr. también íd., *JZ*, 1979, pp. 702 ss., 711-712. En cambio, este punto de vista es ignorado, por ejemplo, por JUNG, *Das Zuchtigungsrecht des Lehrers*, 1977, pp. 59 ss., 64 ss., cuando interpreta el problema de la aplicabilidad del artículo 103.II de la Ley Fundamental a las causas de justificación simplemente desde el punto de vista de la vigencia de esta norma constitucional en la Parte General del Código penal.

⁴⁰ Cfr., al respecto, TEMPEL, *NJW*, 1980, pp. 609 ss., con más referencias.

⁴¹ Cfr., al respecto, los derechos de entrada de los delegados de la autoridad en materia de construcción que confiere el § 151, párrafo 1.º, enunciado 1.º, de la Ley de la Construcción (BBauG), que en sí tienden únicamente a la creación de un deber de tolerancia en los propietarios de inmuebles, pero, en determinados casos, pueden tener significado como causas de justificación en el marco del § 123 StGB.

⁴² Vid. *supra*, en nota 33.

4. Así, a partir de los puntos de vista esbozados, se llega a conclusiones que se apartan considerablemente de las de ROXIN. Según ROXIN, el artículo 103.II de la Ley Fundamental rige para todas las causas de justificación⁴³. Dado que —siempre según ROXIN— las causas de justificación provienen de todo el ámbito del Derecho y ni siquiera tienen que estar fijadas legalmente, *lex*, a los efectos del artículo 103.II de la Ley Fundamental es, desde luego, el ordenamiento jurídico en su conjunto. Esto tiene como consecuencia natural un relajamiento del principio del *nullum crimen*. En efecto, así el mandato de determinación no opera como «principio estructural», sino sólo como «límite a la posibilidad de cambiar». Por todo ello, y de conformidad con el artículo 103.II de la Ley Fundamental, es inadmisibles limitar por consideraciones político-criminales principios reguladores subyacentes a una causa de justificación y, de ese modo, extender el ámbito de lo punible. En este punto tiene presente ROXIN, ante todo, el derecho de defensa legítima, cuyo ámbito de aplicación viene a menudo determinado por declaraciones sobre la teleología del § 32 del Código penal.

Estas consideraciones no me parecen consistentes; más aún, las estimo peligrosas. La tesis de la aplicabilidad modificada del artículo 103.II de la Ley Fundamental a las causas de justificación no crea más que una apariencia de cumplimiento de las exigencias del Estado del Derecho, ocultando el hecho de que las mencionadas modificaciones vulneran subrepticamente principios centrales que usualmente se derivan del propio artículo 103.II de la Ley Fundamental. En efecto, si aquí hay algo que puede darse por cierto, es la tesis de que los principios generales del Derecho sobre los que se basaba el estado de necesidad suprallegal, mencionado por ROXIN, no constituyen «leyes» a los efectos de la máxima del *nulla poena*⁴⁴. Si se pone esta regla en tela de juicio, apenas quedan puntos de contención en la aplicación del artículo 103.II de la Ley Fundamental, pues también dependen de ella la vigencia del mandato de determinación y de la prohibición de analogía. La prohibición de limitar el ámbito de aplicación de las causas de justificación por consideraciones de carácter puramente político-criminal, que, en cambio, deriva ROXIN del artículo 103.II de la Ley Fundamental, no suple ese cuestionable debilitamiento del principio. En efecto, los cambios de fines motivados por consideraciones puramente políticas ya están prohibidos, con total independencia del referido artículo 103.II, por la metodología jurídica general⁴⁵. Por ello, todo jurista que atribuya a las viejas normas nuevos y más estrictos fines habrá de remitirse a modificaciones precisamente de aquel «ordenamiento jurídico en su conjunto» que, según ROXIN, incluyendo el derecho no escrito, constituye «ley» a los efectos del artículo 103.II. Sin embargo, la «barrera de la modificabilidad» de ROXIN nada puede oponer a los cambios jurídicamente motivados en el ámbito

⁴³ ROXIN (nota 1), p. 31.

⁴⁴ Baste con cfr. ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, (nc a 35), § 1, nota 11, con más amplias referencias.

⁴⁵ COING, *Juristische Methodenlehre*, 1972, p. 9.

de las causas de justificación ⁴⁶. Finalmente, hay que aludir al hecho de que el artículo 103.II es una norma constitucional con carácter de derecho fundamental. Así pues, en la interpretación de tal norma deben observarse los métodos de la interpretación constitucional. Éstos no permiten que se recurra simplemente a la «naturaleza de las cosas» con el fin de debilitar la eficacia de una norma que expresa un derecho fundamental. Además, después de todo, dicho debilitamiento tampoco ofrece ventaja alguna desde la perspectiva del Estado de Derecho. Pues, como se ha dicho, las cautelas que ROXIN pretende derivar, en el ámbito de la justificación, del artículo 103.II de la Ley Fundamental, se desprenden ya de consideraciones metodológicas generales.

IV. SOBRE LA FUNCIÓN DEL TERCER NIVEL DEL DELITO

1. La función de la tercera categoría fundamental del sistema consiste, según ROXIN, en la comprobación de si el comportamiento antijurídico del autor resulta *merecedor de pena* ⁴⁷. Mientras que este tercer nivel valorativo se caracteriza en «Política criminal y sistema del Derecho penal» todavía como «culpabilidad», posteriormente ROXIN ha sustituido tal denominación por la de «responsabilidad» ⁴⁸. En lo sucesivo, la «culpabilidad» se refiere tan sólo a la capacidad consistente en poder determinarse por normas. Como tal, constituye una condición necesaria, pero no suficiente para la imposición de una pena. Más bien lo determinante para esta sanción es la «responsabilidad». Ésta sólo se da cuando, junto a la culpabilidad, concurre también la necesidad de una reacción en términos preventivo-generales y preventivo-especiales; por eso mismo, está ausente cuando interviene una causa de exclusión de la responsabilidad en los términos de los §§ 17, 33 y 35 del Código penal alemán. De este modo, la «responsabilidad», junto con las normas que se refieren a ella, se convierte en el auténtico soporte de las consideraciones político-criminales en este nivel del delito. Aunque, ciertamente, tales consideraciones desempeñan un papel también, en casos límite, en la determinación de la «culpabilidad»; así, por ejemplo, cuando se trata de establecer los límites de la imputabilidad a los efectos del § 20 del Código penal ⁴⁹.

⁴⁶ Un ejemplo de esto lo ofrece el propio ROXIN, al determinar en la actualidad los límites de la legítima defensa con ayuda de la extensión del principio de oportunidad practicada en los §§ 153, 376, 383, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento criminal alemana (StPO) y 47 de la Ley de Infracciones de Orden (OWG); cfr. ROXIN, *ZStW*, 93 (1981), pp. 68 ss, pp. 94-95. La tesis que él extrae de lo anterior, a saber, que la totalidad de la pequeña criminalidad queda fuera del ámbito de lo que puede repelerse con acciones peligrosas para la vida, difícilmente se corresponde con la situación jurídica de hace treinta años. Cfr., al respecto, SCHAFFSTEIN, *MDR*, 1952, pp. 132 ss. y 133-134.

⁴⁷ ROXIN, (nota 1), pp. 15, 33.

⁴⁸ ROXIN, «“Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien», *FS f. Henkel*, 1974, pp. 171 ss, 181 ss.

⁴⁹ ROXIN, «Zurjüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», *FS f. Bockelmann*, 1978, pp. 279 ss., 290 ss.

2. Esta funcionalización del tercer nivel del delito es probablemente el aspecto de la doctrina jurídico-penal de ROXIN que ha encontrado mayor oposición⁵⁰. Sin embargo, a mi juicio, ROXIN ha refutado convincentemente las objeciones esenciales⁵¹. Por ello no deseo entrar en este tema de modo más detallado.

En cambio, conviene que nos dediquemos aquí a otra cuestión, que viene sugerida por el estado actual del Derecho penal positivo. La concepción de ROXIN acerca de la culpabilidad y la responsabilidad tiene como punto de referencia la sanción de la «pena»⁵². Sin embargo, desde la introducción del sistema dualista de sanciones, al aplicar las normas jurídico-penales no se decide sólo sobre aquella clase de sanción. Por este motivo, es preciso cuestionarse si no debe acaso definirse la finalidad político-criminal del tercer nivel del delito de modo que abarque *tanto penas como medidas de seguridad*. Así, sería quizá más exacto hablar de «necesidad de una sanción jurídico-penal para el hecho», —aunque evidentemente cabe imaginar, para referirse a ello, expresiones más elegantes y, a lo mejor, incluso más precisas—.

Tal determinación de fines, más abstracta, tendría una ventaja: hacer perceptible en el sistema del Derecho penal que el Derecho vigente exige una decisión sobre el tema de si las normas que inciden en el tercer nivel del delito en favor del autor sólo excluyen la pena o también la imposición de una medida de seguridad. En algunos casos, el propio Derecho positivo da información expresa al respecto, como muestra, a título de ejemplo, la puesta en relación de la medida del § 63 con la exclusión de la culpabilidad en virtud del § 20 del mismo Código penal alemán. No obstante, en otros casos faltan tales regulaciones, de modo que sólo cabe responder a la pregunta planteada recurriendo a consideraciones sobre la *finalidad de la norma*.

Este planteamiento obliga a una descripción más precisa de la función político-criminal de la exclusión de responsabilidad por las normas del tercer nivel del delito. Según ROXIN, el objetivo de aquellas normas es tener en cuenta en la medida adecuada los fines de la prevención general y especial⁵³. Ahora bien, estas finalidades tienen, como es sabido, un significado diverso en el caso de las penas y en el de las medidas. Con las penas se persiguen ambos fines; con las medidas, por contra, sólo fines preventivo-especiales⁵⁴. Si se tiene cla-

⁵⁰ Cfr., por ejemplo, SCHÖNEBORN, *ZStW*, 88 (1976), pp. 369 ss.; BURKHARDT, *GA*, 1976, pp. 321 ss.; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, en especial pp. 21 ss. y 28 ss.; ZIPP, *ZStW*, 89 (1977), pp. 707 ss., 710-711; SEELMANN, *Jura*, 1980, pp. 505 ss., 509 ss.

⁵¹ ROXIN (nota 49), pp. 279 ss.

⁵² ROXIN (nota 1), pp. 15, 33; id., (nota 48), pp. 181-182; id. (nota 49), p. 284.

⁵³ ROXIN, (nota 48), pp. 182 ss.

⁵⁴ El peso recae aquí sobre la cuestión del «deber ser». Cuestión diferente es la relativa a si las medidas no tienen también *de facto* efectos preventivo-generales (cfr. al respecto, por ejemplo, BURKHARDT —nota 50—, p. 336). Es ésta una cuestión de extrema importancia, ciertamente, para la valoración crítica de una política criminal que se decide por la introducción de medidas de seguridad. Sin embargo, a la hora de elaborar un sistema dogmático que extraiga consecuencias de esta cuestionable decisión, debe quedar al margen —es esto lo «dogmático» en tal dogmática—. Cfr. al respecto también, básicamente, ALBRECHT, *GA*, 1974, pp. 381 ss., 283.

ro que, al fin y al cabo, en la aplicación actual del Derecho penal debe decidirse sobre ambas clases de sanciones, de ello se sigue que en todas las normas que excluyen una reacción en el tercer nivel debe aclararse si esta exclusión se basa sólo en razones preventivo-generales o asimismo preventivo-especiales. Si la exclusión se basa también en estas últimas, es decir, en que, según la naturaleza del hecho, parece innecesaria una intervención preventivo-especial sobre el autor, es lógico estimar inadmisibles no sólo la imposición de una pena, sino también la imposición de una *medida*.

a) Un ejemplo de ello lo proporciona el § 35 del StGB. Según ROXIN, esta norma excluye la pena porque en su caso no parece necesaria una intervención ni preventivo-general ni preventivo-especial sobre el autor⁵⁵. De ser esto correcto, en atención a la finalidad del § 35 no podría privarse del permiso de conducir, en los términos que establece el § 69 del Código penal alemán, al sujeto que obra en estado de necesidad. Del mismo modo, resultaría inadmisibles que un sujeto fuera internado en un establecimiento psiquiátrico (§ 63) a consecuencia de un hecho cometido en estado de necesidad, por encontrarse en una situación de inimputabilidad. En efecto, el hecho «disculpado» por el § 35 del Código penal alemán no puede constituir punto de partida suficiente para ninguna sanción prevista desde la perspectiva de un Derecho penal del hecho. Si en la investigación del hecho cometido en estado de necesidad se constata que el autor es peligroso, no cabe sino la imposición de una medida puramente preventiva, que no se impone *a consecuencia* del hecho, sino simplemente *con ocasión* de las circunstancias que se han conocido durante su investigación⁵⁶. Esto puede ser importante tanto en lo que hace a los presupuestos de la reacción que se han de tomar en consideración, como en lo que hace a los efectos de dicha reacción⁵⁷.

b) Otro tanto vale para el caso del § 33 del StGB —según los fines que le atribuye ROXIN^{58 59}. Por contra —como se ha apuntado—, el § 20 permite la imposición de una medida de seguridad; y éste es también el caso, según entiende la doctrina dominante, en el error de prohibición del § 17.I del Código penal⁶⁰.

⁵⁵ ROXIN (nota 48), p. 183; id. (nota 49), p. 283; una panorámica crítica sobre determinaciones de fines discrepantes se halla en ACHENBACH, JR, 1975, pp. 492 ss., 494.

⁵⁶ Así, en la conclusión, LENCKNER, «Strafe, Schuld und Schuldunfähigkeit», en GÖPPINGER WITTER (comps.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, 1972, t. I, Parte A, pp. 1 ss., 188; HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, t. I, PG, 3.ª ed., 1981 ss., § 63, n.º marginal 3; § 64, n.º marginal 10.

⁵⁷ Cfr. al respecto, últimamente Bernd MÜLLER, *Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Massregeln der Besserung und Sicherung*, 1981, pp. 127 ss.

⁵⁸ ROXIN, «Über den Notwehrzess», *FS f. Schaffstein*, 1975, pp. 105 ss., 116-117, id. (nota 49), p. 283.

⁵⁹ Asimismo, HORN, SK (nota 56), § 64, n.º marginal 10; discrepante, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 3.ª ed., 1978, p. 348.

⁶⁰ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 35), § 20, n.º marginal 4; ROXIN (nota 49), pp. 299-300. ROXIN entiende, a mi juicio con razón, que cuando el desconocimiento de la antijuridi-

3. De ser todo esto correcto, se da una nueva luz a la tradicional distinción (así llamada) entre «*causas de exculpación*» y «*causas de exclusión de la culpabilidad*»⁶¹. ROXIN se muestra escéptico frente a esta distinción⁶². Ello es debido a que LENCKNER ha tratado de demostrar a partir de ella que el principio político-criminal de ROXIN sólo tiene sentido en las llamadas «*causas de exculpación*», como los §§ 33 y 35 del Código penal, mientras que, en su opinión, las llamadas «*causas de exclusión de la culpabilidad*», como los §§ 17 y 20, sólo podrían explicarse desde una perspectiva lógico-conceptual a partir de la esencia de la culpabilidad⁶³. A ello responde ROXIN que también la configuración de los §§ 17 y 20 del Código penal alemán se ha visto determinada por consideraciones político-criminales⁶⁴; y ciertamente le asiste la razón. Sin embargo, este argumento no afecta a la distinción en sí. Más bien, el método propuesto por ROXIN sugiere una diferenciación análoga, si es que, coherentemente, se pone a las normas del tercer nivel del delito en relación con todas las consecuencia jurídico-penales, esto es, también con las medidas de seguridad y sus fines: en efecto, según lo apuntado, regulaciones como las de los §§ 33 y 35 del Código penal alemán se distinguen de modo manifiesto de las de los §§ 17 y 20 en que éstas sólo hacen inadecuadas las reacciones preventivo-generales del Derecho penal, mientras que las primeras también hacen inadecuadas las reacciones *puramente preventivo-especiales*⁶⁵.

Esta conclusión muestra, sin duda, que las eximentes tradicionalmente llamadas «*causas de exculpación*» tampoco tienen demasiado que ver con la culpabilidad, dado que, de acuerdo con su finalidad, no sólo excluyen la imposición de penas, dependientes de la culpabilidad, sino asimismo la de medidas de seguridad independientes de la culpabilidad⁶⁶. Ello debería tenerse en cuenta desde el punto de vista terminológico, hablándose aquí más bien de «*exclusión de la responsabilidad*» o algo similar.

cidad se debe a una demencia peligrosa, está indicada la imposición de una medida. Aunque, desde luego, esta frase no concuerda con la tesis, expuesta por ROXIN en el *FS f Henkel* (nota 48), p. 188, de que el sujeto que obra sin conocimiento de la antijuridicidad, y en quien la situación típica no hace surgir duda alguna, no necesita resocialización. Tales tensiones, si no contradicciones, indican que la atribución de fines que ROXIN ha efectuado en el caso del § 17.1 precisa de nuevas aclaraciones. Crítico también LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 35), n.º marginal 108 previo a los §§ 32 ss.

⁶¹ Cfr., al respecto, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 35), n.º marginal 108 previo a los §§ 32 ss.

⁶² ROXIN (nota 49), pp. 287 ss.; matizando, sin embargo, en pp. 290 y 292.

⁶³ Referencias en ROXIN (nota 49), p. 288.

⁶⁴ ROXIN (nota 49), pp. 289 ss.

⁶⁵ Discrepante para el caso del § 17, pero, a mi entender, no sin contradicciones, ROXIN (nota 48), p. 188. Vid. al respecto *supra*, nota 60.

⁶⁶ Así, en la conclusión, aunque con diferente fundamentación, la doctrina de Maurach de la «*responsabilidad por el hecho*»; cfr. MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 5.ª ed., 1977, p. 448; críticamente, JESCHECK (nota 59), p. 348, con ulteriores referencias.

Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus**

por JÜRGEN WOLTER

I. LOS ELEMENTOS DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL

La teoría de la *imputación objetiva* en Derecho penal se encuentra en un período de cambio. En la discusión más antigua se trataba aquí de la amplia cuestión relativa a cómo deslindar el propio hecho, en cuanto tal y en su totalidad, del acontecer fortuito. En el pasado más próximo, en cambio, se ha restringido el problema a la *imputación del resultado* propiamente dicho, es decir, a la atribuibilidad de la lesión del bien jurídico (o de la puesta en peligro concreto de dicho bien, que precede a aquélla). Sólo en los últimos tiempos se ha intentado ampliar el campo de visión, incluyendo en la doctrina de la imputación también las *formas peligrosas de comportamiento*, en las que encuentra su fundamento la producción del resultado¹. En efecto, la causación imputable de un resultado ha de basarse en la creación de un riesgo asimismo imputable². Una tentativa inidónea, *según el plan del autor*, que carece de toda peligrosidad objetiva imaginable, no puede combinarse con una causación del resultado objetivamente imputable (adecuada) —desviada respecto al plan del autor— para dar lugar a un delito doloso consumado. Así, no se da un

* Esta exposición reproduce una parte esencial de las consideraciones efectuadas por el autor en el escrito de habilitación titulado «Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem», 1981. Sin embargo, aquí se desarrollan aquellos principios en especial en las condiciones objetivas de punibilidad, la *aberratio ictus* y la imputación estrictamente objetiva (no personal) del injusto. Dada la amplitud del tema, muchas observaciones han tenido que expresarse sin la argumentación suficiente. Por lo demás, se enlaza con las ideas fundamentales de Rudolphi (en esta misma obra). El original se concluyó, en lo esencial, en noviembre de 1981.

¹ ROXIN, *FS f. Honig*, 1970, p. 146; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB (SK)*, t. 1, *Parte General*, 4.ª ed., 1983, n.ºs marginales 57 ss., 62 previo al § 1, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung*, 1981, pp. 180-181 (con amplias referencias, también en lo que hace a los precedentes).

² RUDOLPHI, *Gedschr. f. Schröder*, 1978, p. 83; STRATENWERTH, *FS f. Gallas*, 1973, p. 238; WOLTER, (nota 1), pp. 90, 118, 139, 160, 181, etc., así como *FS f. Leferenz*, 1983, p. 570.

homicidio consumado si la muerte del campeón de natación, de quien únicamente el autor supone erróneamente que no sabe nadar y, por ello, le arroja desde un puente, se produce en forma subjetivamente imprevista al golpearse con una de las pilastras del puente o con las tablas de la cubierta de una lancha³. El hecho consumado, con su correspondiente máximo de pena, requiere, a su vez, el máximo posible de tentativa como base; y ésta es la tentativa (acabada) idónea, es decir, la tentativa con peligro de consumación (también según el plan del autor y con el medio de ataque elegido por éste)^{3a}.

Por su parte, la *imputación del riesgo* abre camino también a una *imputación personal e individual*. Pues, para que pueda imputársele el hecho en su globalidad como injusto, el autor de un hecho doloso debe tener, en todo caso, conocimiento, en el sentido del § 16, del *riesgo* real creado (o de otro equivalente). Y asimismo, para que sea posible una imputación a título de culpabilidad, dicho sujeto debe mostrar en todo caso una relación de culpabilidad, en el sentido de los §§ 17 y 20, y con ello también en el sentido de poder actuar de otro modo, respecto a dicho *riesgo*.

En estos pocos enunciados se contiene un programa completo; y los mismos necesitan de aclaración en forma diversa. A este respecto, nos ocupará aquí en lo esencial la *imputación a título de injusto*. La *culpabilidad* sólo tendrá relevancia en la medida en que se trate de la relación necesaria (o superflua) en términos de poder actuar de otro modo, así como de cuestiones de error.

II. INJUSTO DE LA ACCIÓN (INJUSTO DE LA CONDUCTA Y DE LA PELIGROSIDAD) E INJUSTO DEL RESULTADO; NORMA DE CONDUCTA Y NORMA DE VALORACIÓN

1. Del fin de protección preventiva de bienes jurídicos, propio del Derecho penal⁴, cabe derivar —como RUDOLPHI ha hecho convincentemente en el trabajo reproducido *supra*— la conclusión de que las prohibiciones jurídico-penales por regla general sólo contienen prohibiciones de conductas *objetivamente peligrosas*. Del mismo modo que éstas son «prohibiciones de poner en peligro», los mandatos jurídico-penales contienen «mandatos de luchar contra el peligro o de disminuirlo». La tentativa inidónea, que sólo contiene una perturbación de la paz jurídica sin peligrosidad mensurable para un concreto bien jurídico, constituye una excepción a lo anterior. En ella se realiza simplemente un *desvalor «objetivo-subjetivo» de la conducta*. El autor pretende erró-

³ SCHROEDER, GA, 1979, p. 328, y en JESCHECK y otros (comps.), *StGB, Leipziger Kommentar (LK)*, 10.ª ed., 1978 ss., § 16, n.º marginal 29; cfr. al respecto, en términos diferentes, STRATENWERTH, *Strafrecht*, I, 3.ª ed., 1981, n.º marginal 278; no tan claro todavía WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 675, 694.

^{3a} Más detalladamente, WOLTER, *FS f. Leferenz*, 1983, pp. 551, 562 ss., 570.

⁴ Prescindase aquí, por de pronto, del sentido de la imposición y ejecución de la pena también como expiación y retribución de la culpabilidad.

neamente crear un riesgo (desvalor de la intención) y pone objetivamente en práctica ese plan inidóneo*. Por ello es preciso de antemano reducir el ámbito de aplicación de la tentativa inidónea. No debe admitirse una tentativa inidónea de omisión, como tampoco la sanción de tentativas comisivas de sujeto inidóneo, de los casos de actuación irreal, de los supuestos de riesgo real irrelevante por su insignificancia (así, el de la tormenta o el del tío y el sobrino heredero)** ni de aquellos en que se da una grave falta de juicio⁵.

Esta deducción de la finalidad de protección preventiva de bienes jurídicos propia del Derecho penal puede ser concretada y completada desde la perspectiva de la *teoría de las normas*. El Derecho penal no sólo actúa *preventivamente*, con ayuda de normas preceptivas y prohibitivas, sino también *represivamente*, por la vía de la desaprobación y la creación de instancias de satisfacción para la *víctima*. Así pues, el posible resultado de lesión o puesta en peligro, al igual que la propia creación de un riesgo para la víctima a consecuencia de un comportamiento peligroso, no es sólo motivo para el establecimiento de normas de comportamiento, sino también punto de partida de la desaprobación y el resarcimiento⁶. Ya aquí aparece la víctima en escena.

A lo anterior no se opone el hecho de que las funciones de eficaz protección de bienes jurídicos e intervención represiva deban ser atendidas tan sólo mediante la *prohibición* (o mandato) de un *comportamiento humano*, sin tener en cuenta necesariamente la *peligrosidad* contenida en la forma de comportamiento y con independencia de la lesión o puesta en peligro concreto que se sigan de ella. Ciertamente, la infracción de la norma de conducta surge ya con la realización de un desvalor de la conducta (esto es, del simple «desvalor de la intención» puesto en práctica o —expresado de otro modo— del «*desvalor de la tentativa de acción*» propio de la tentativa inidónea). Pero, no obstante (contra lo que señala ZIELINSKI), la creación de un riesgo simplemente supuesto en la tentativa inidónea no constituye el prototipo del injusto. El injusto no es injusto de la voluntad, sino (en primer lugar) *injusto del hecho*. Así pues, la acción delictiva no aparece prohibida, en el sentido de ser objeto de un enunciado jurídico de desvalor, por expresar una desobediencia al Dere-

* Para Wolter, la perspectiva decisiva en el análisis del injusto no es la perspectiva *ex ante*, sino una perspectiva *ex post*, aunque situada no en el momento del resultado, sino en el del peligro concreto (*ex post*). Por eso, como se verá, sitúa el prototipo del injusto en la tentativa acabada idónea e interpreta la sanción de la tentativa inidónea como una excepción. Desde una perspectiva *ex ante*, en cambio, las cosas pueden verse de modo diferente, en la medida en que resulta imposible distinguir entre tentativa idónea e inidónea: en ambas se da «peligro *ex ante*» y sólo *ex post* puede advertirse que en la inidónea no hay una puesta en peligro concreto, mientras que en la idónea sí. Así pues, si la concurrencia del injusto se decide *ex ante*, la apreciación de injusto en la tentativa inidónea será perfectamente conforme con las reglas generales. Por lo demás, sobre este tema, debatido en España, cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, pp. 69-70 y nota 93. (N. del T.)

** Se trata de casos escolares: Un criado es enviado al bosque, cuando amenaza tormenta, con la intención de que sea alcanzado por un rayo; un sobrino convence a su tío rico de que efectúe frecuentes vuelos en aviones poco seguros para que se estrelle. (N. del T.)

⁵ Más detalladamente, WOLTER (nota 1), pp. 78-79, 301 ss., con referencias.

⁶ Más detalladamente, WOLTER (nota 1), pp. 25 ss., 46 ss.

cho, sino a causa de la posibilidad real de lesión o de puesta en peligro concreto de un bien jurídico que se asocia a ella⁷. Lo prohibido es la creación de un riesgo real, efectivo. Tal comportamiento peligroso constituye el prototipo del injusto. De este modo, al *injusto de la conducta* (incluidas las modalidades de ejecución) se asocia típicamente el *injusto del riesgo* (injusto de la peligrosidad); y, con ello, el injusto de la conducta (injusto de la tentativa de acción) se recubre de injusto del riesgo (cfr., sin embargo, V.3). Sólo la conjunción de ambas clases de injusto integra de modo completo el llamado *injusto de la acción* (o de la omisión) y, a la vez, el objeto de la norma de prohibición o de mandato.

2. Si el riesgo creado a sabiendas (o de modo imprudente) por el autor se realiza en un resultado de peligro concreto o bien (a raíz de ello) en un resultado de lesión, el injusto se completa con el *injusto del resultado*. Únicamente la conjunción del injusto de la conducta, el injusto de la peligrosidad y el injusto del resultado conforma el *contenido total de injusto del hecho*. Junto a la infracción de la norma de conducta aparece la realización de la norma de valoración que abarca el injusto en su totalidad. La norma de conducta y la de valoración no son idénticas. La infracción de la norma de conducta sólo constituye una parte de la realización de lo previsto por la norma de valoración.

3. La relevancia que tienen para el *injusto* el riesgo y el resultado, así como la relación entre creación de riesgo y producción del resultado («*relación de riesgo*»), no puede fundamentarse aquí de modo más detallado. Así pues, renunciamos a poner de manifiesto que los diversos requisitos del desistimiento expresados en el § 24 del StGB hablan a favor de la relevancia de la peligrosidad (idoneidad) de la tentativa para el injusto; asimismo, baste con la referencia a que el resultado, como consecuencia necesaria (desarrollo ulterior «adecuado a la acción»⁸) del injusto del riesgo, indefectiblemente ha de poseer también relevancia en el marco del injusto⁹. Sin embargo, puede obtenerse una fundamentación complementaria desde la perspectiva de la teoría de las normas si, a la vista de la función de protección de bienes jurídicos que le corresponde al Derecho penal, se atiende a la concreta situación del sujeto lesionado o puesto en peligro —esto es, la víctima de la conducta del autor—. Así, el desvalor de la relación de riesgo, incluido el resultado¹⁰, y, a mi entender, también el desvalor del riesgo que le sirve de base¹¹, pueden derivarse de una

⁷ GALLAS, *FS f. Bockelmann*, 1979, p. 159.

⁸ GALLAS (nota 7), p. 163.

⁹ WOLTER (nota 1), pp. 27 y 123-124. Tampoco se alude aquí a las necesarias consideraciones desde la perspectiva de las ciencias sociales (al respecto, LÜDERSSEN, *FS f. Bockelmann*, 1979, p. 199; SCHÖNEBORN, *GA*, 1981, pp. 70 ss.; WOLTER (nota 1), pp. 57-58, 127 ss.).

¹⁰ GALLAS (nota 7), p. 162; KRÜPELMANN, *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 445-446; KÜPER, *GA*, 1980, pp. 215 ss; EBERT, *Jura*, 1981, p. 235.

¹¹ WOLTER (nota 1), p. 28.

norma de protección y garantía para el titular del bien jurídico (*norma de valoración*) inmanente a los tipos penales de resultado y a los tipos —subyacentes— de la tentativa —«idónea (peligrosa)»—. De la relación de peligro existente entre la acción y el resultado, y, con ello, del estado de peligro en que se encuentra el titular del bien jurídico (como ya de la propia amenaza sufrida por la víctima a consecuencia de la acción peligrosa del autor), surge una pretensión de protección por parte del afectado.

4. De este modo, la víctima se sitúa en el centro de la doctrina del injusto y de la imputación¹². La norma prohibitiva debe concebirse tanto desde la perspectiva del autor que obra como desde la de la víctima, que se ve amenazada. Tal norma, como esencia del injusto de la acción, posee una fuerza motivadora y de establecimiento de pautas valorativas. Debe obtenerse tanto a partir del desvalor de la conducta (desvalor de la tentativa de acción) como del desvalor de la peligrosidad (desvalor del riesgo).

III. EL VALOR DE LA ACCIÓN Y EL VALOR DEL RESULTADO DE SALVACIÓN EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Todas estas relaciones, surgidas en el plano de la fundamentación del injusto, se repiten, al modo de la imagen reflejada en un espejo, en el plano de las *normas permisivas* de las causas de justificación, es decir, de la exclusión del injusto; aunque este tema sólo puede ser referido aquí en forma sucinta^{12a}. Las causas de justificación, con la excepción del consentimiento, pueden concebirse como casos de aplicación del *riesgo permitido*. De conformidad con esto, se articulan en forma de *valores de la conducta* («valores de la tentativa de acción», esto es, valores de la intención llevados a la práctica), *valores de la posibilidad de salvación* y *valores del resultado*; todos ellos pueden compensar, en el caso concreto, los desvalores de la conducta, del riesgo y del resultado propios del hecho doloso.

Así pues, el contenido y los límites de las normas jurídico-penales de conducta resultan de la conjunción de las formas de comportamiento prohibidas o mandadas, por un lado, y de las acciones permitidas, por otro lado¹³. Sin embargo, la puesta en práctica de un riesgo permitido sin atención a la existencia real de una posibilidad de salvación no constituye, por sí sola, el objeto de una norma permisiva. En efecto (y contra lo señalado por ZIELINSKI) el prototipo de la exclusión del injusto no viene dado por la justificación putativa.

¹² Cfr. KÜPER, *GA*, 1980, p. 217.

^{12a} Respecto a una categoría especial de causas de justificación (impropias), las llamadas «causas de exclusión del injusto penal» cfr. AMELUNG, en esta obra y en *JZ*, 1982, p. 619; KÜPER, *JZ*, 1983, p. 95; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, pp. 253 ss.; críticamente, HASSEMER, *NJW*, 1984, pp. 351-352; WEBER, *JZ*, 1984, pp. 276 ss.

¹³ RUDOLPHI, *Gedrsch. f. Schröder*, 1978, pp. 80 ss.; WOLTER (nota 1), pp. 38 ss., 136 ss., 165 ss.; cfr. también KÜPER, *Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand*, 1983, pp. 45, 116.

Las causas de justificación tienen como objetivo la protección excepcional de intereses que se estiman más valiosos. Ello significa que lo permitido, en el sentido de objeto de un juicio de valor jurídico, no es la acción justificante, por sí sola, en tanto que expresión de una especie de obediencia al Derecho, es decir, la intención salvadora puesta en práctica. Si la acción salvadora se permite es, más bien, por la posibilidad *real* de protección del bien jurídico más valioso, que aparece asociada a ella («*valor de la acción*»).

Las proposiciones permisivas deben entenderse como excepciones a las prohibiciones de poner en peligro o incrementar dicho peligro, que se explican por establecer posibilidades de salvación. Así, el prototipo de la justificación es la creación de una *posibilidad de salvación*. Al valor de la conducta (valor de la tentativa de acción) se asocia típicamente el valor de la posibilidad de salvación. Sólo la conjunción de ambos (el «valor de la acción») da lugar a la aparición de la norma permisiva. También ésta tiene tanto una fuerza motivadora como otra de fijación de pautas valorativas. Debe obtenerse, pues, en la misma forma, del valor de la conducta y el valor de la posibilidad de salvación. El interés real más valorado se sitúa así en el centro de la doctrina de la exclusión del injusto.

Finalmente, cuando la posibilidad de salvación creada a sabiendas por el autor se plasma en una salvación efectiva, se completan la justificación y la exclusión del injusto con el *valor del resultado de salvación*.

IV. IMPUTACIÓN PERSONAL E INDIVIDUAL DEL RIESGO, E IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

1. El injusto es injusto objetivo de un sujeto. En los delitos dolosos, es preciso que el autor pretenda la causación del resultado típico de lesión o de peligro mediante la realización de una acción peligrosa. En los tipos imprudentes, por su parte, la peligrosidad del comportamiento debe ser subjetivamente previsible para el autor. El *dolo* y la *imprudencia* conforman el *injusto subjetivo* (personal)¹⁴ —además de lo cual poseen también relevancia para la medida de la culpabilidad—. En correspondencia con lo anterior, en la justificación el dolo del autor debe referirse a la creación de una posibilidad de salvación. La culpabilidad, en el sentido estricto de poder actuar de otro modo, sólo (pero también siempre) es necesaria respecto a la creación de un riesgo jurídicamente relevante, en la fundamentación del injusto, y respecto a una posibilidad idónea de salvación, en su exclusión. De todo ello cabe derivar significativas consecuencias.

2.a) En primer lugar, el dolo o la imprudencia, el conocimiento (potencial) de la antijuridicidad (§ 17) y la culpabilidad en el sentido estricto de po-

¹⁴ Sobre la imprudencia subjetiva como elemento subjetivo del injusto y de la culpabilidad, WOLTER (nota 1), pp. 42-43, 152 ss.; cfr., también, RUDOLPHI, *supra*; sobre la doble relevancia del dolo, ROXIN, *Gedchr. f. Radbruch*, 1968, p. 266.

der actuar de otro modo (§ 20) no precisan referirse al lapso existente entre la acción y el resultado, es decir, a la relación de riesgo, incluido el propio resultado. En el caso de los delitos dolosos, ello resulta ya del tenor del § 24, que imputa al autor el peligro de consumación, aun cuando haya abandonado el dolo, si no se ha evitado la producción del resultado¹⁵. Así pues, las mencionadas referencias subjetivas se limitan, más bien, a la creación de riesgos adecuados o de posibilidades idóneas de salvación. En lo que hace a las causas de justificación, resta observar que los §§ 16.1 y 17 deben aplicarse meramente en forma analógica, pues tales preceptos se refieren simplemente al «error negativo» sobre circunstancias que fundamentan el injusto¹⁶.

b) De lo anterior resulta, no obstante, el primer ámbito de aplicación de una *imputación estrictamente objetiva* a título de injusto. En efecto, la *relación de riesgo* entre acción y resultado, incluida la producción de este último, constituye el ámbito del injusto objetivo. Así, es posible encontrar elementos del injusto sin referencia subjetiva (de dolo o de imprudencia). Hay también —de nuevo, en contra de lo que señala ZIELINSKI¹⁷— injusto sin culpabilidad en el sentido de poder actuar de otro modo. En esta medida, también las modernas figuras de la imputación, la del incremento del riesgo (que aquí se introduce en la discusión como correcta, sin proceder a fundamentarla) y la del fin de protección de la norma, son —de conformidad con el uso casi unánime del lenguaje— criterios de la imputación objetiva del resultado.

c) Ahora bien, con todo, no se tiene suficientemente en cuenta que la imputación de un resultado tiene que basarse en la creación de un riesgo imputable (*supra*, I); y que la producción de esta acción peligrosa precisa de una referencia personal (§ 16) e individual (§§ 17 y 20). La imputación objetiva del resultado se basa, pues, en una imputación personal e individual del riesgo. Este extremo no se tiene suficientemente en cuenta en los criterios del incremento del riesgo y del fin de protección de la norma, porque, en buena medida, la aplicación de los mismos se limita al delito imprudente de resultado. En efecto, en éste la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado excluye toda punibilidad. En cambio, si se aplican tales criterios también a los delitos dolosos —para lo cual hay muchas razones—¹⁸, se obtienen consecuencias significativas. Para exponerlas, se adopta aquí el punto de partida de la doctrina dominante, que analiza el comportamiento peligroso imputable (incluidas las adecuadas posibilidades de salvación en las causas de justificación) desde una estricta perspectiva *ex ante*, mientras que la relación de riesgo y el resultado

¹⁵ ROXIN, *FS f. Württemberg*, 1977, p. 115; WOLTER, *ZStW*, (1977), p. 654.

¹⁶ Más detalladamente, LENCKNER, en SCHRÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 21.ª ed., 1982, n.º marginal 18 previo al § 13; WOLTER (nota 1), pp. 134 ss.

¹⁷ *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 146.

¹⁸ ROXIN, *FS f. Honig*, 1970, p. 144; RUDOLPHI, *SK* (nota 1), n.ºs marginales 57 ss. previos al § 1; WESSELS, *Strafrecht AT*, 13.ª ed., 1983, pp. 48 ss.; WOLTER (nota 1), p. 34.

lesivo (o bien el resultado de salvación) se enjuician desde la perspectiva *ex post*¹⁹.

Así, por ejemplo, si *ex ante* es posible advertir una acción que, en relación con un hipotético comportamiento alternativo adecuado a Derecho, incrementa el riesgo y *ex post* se constata, asimismo, un resultado imputable de incremento del riesgo, pero, en cambio, falta la referencia dolosa o imprudente a «aquello» de la acción que precisamente incrementa el riesgo, el hecho resulta impune por falta de la «*relación de injusto personal*». Otro ejemplo: Si *ex post* se ha dado un resultado de incremento del riesgo, que, sin embargo, el autor, desde una perspectiva *ex ante*, perseguía erróneamente (pues los elementos de incremento del riesgo presentes en la acción no eran objetivamente reconocibles), se da, a pesar de todo, una tentativa inidónea. En efecto, la creación —*ex ante*— de un riesgo meramente pretendido —como ya se ha expuesto (*supra*, I)— y la causación de un resultado objetivamente imputable no son suficientes para conformar un hecho doloso consumado. Ello acabaría en un *versari in re illicita* y contradiría la noción de prevención general, entendida como ejercitamiento del ciudadano en la fidelidad al Derecho²⁰. Ciertamente, en este caso el resultado imputable de incremento del riesgo no se produce por medio de un comportamiento imputable de creación o incremento del riesgo (peligroso).

Otro tanto sucede, finalmente, cuando el autor *B* obra *ex ante* en legítima defensa y, sin embargo, *ex post* se determina que el agresor *A* habría fallado, con seguridad, en su tiro de pistola contra *B*. Aquí se da, de nuevo, un desvalor del resultado objetivamente imputable (muerte de *A*), que no se ve compensado por el valor de resultado de la legítima defensa (salvación de la vida de *B*). Sin embargo, la subyacente creación del riesgo de muerte para *A* sí se compensa por la posibilidad de salvación de la vida de *B*, que existe *ex ante*, en los términos del § 32. Por lo tanto, tampoco aquí hay un riesgo (objetiva y personalmente) imputable que, finalmente dé lugar al desvalor de resultado objetivamente imputable²¹. Falta la «*relación de injusto objetivo-personal*»*.

¹⁹ Cfr. RUDOLPHI, *Gedrschr. f. Schröder*, 1978, pp. 80 ss., y en el trabajo reproducido *supra*; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 438; WOLTER (nota 1), pp. 31 ss., 68 ss., 137 ss. (cfr. en otro sentido, a propósito de las causas de justificación, ARMIN KAUFMANN, *FS f. Welzel*, 1974, p. 401). El resultado de peligro debe enjuiciarse en amplia medida, aunque no por completo, desde una perspectiva *ex post* (más detalladamente, WOLTER nota 1, pp. 197 ss., 232 ss.).

²⁰ WOLTER (nota 1), pp. 35, 69 ss.

²¹ Más detalladamente, RUDOLPHI, *Gedrschr. f. Schröder*, 1978, pp. 82-83; WOLTER (nota 1), pp. 138 ss.

* Obsérvese cómo Wolter introduce decididamente las consideraciones relativas a las causas de justificación en la estructura de la imputación del riesgo y el resultado. Ello en la línea, que es común a varios autores de esta corriente, de relativizar las diferencias entre atipicidad y exclusión de la antijuridicidad en el seno del tipo de injusto (*N. del T.*)

V. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RIESGO (E IMPUTACIÓN DEL RESULTADO) EN LAS DESVIACIONES CAUSALES

1. Si, según esto, la imputación personal e individual del riesgo, por un lado, y la imputación objetiva del resultado, por otro, deben mantenerse estrictamente separadas, también es cierto que ello precisa, en última instancia, de una doble concreción y, también, de alguna restricción en el caso concreto. Sin embargo, por de pronto, es necesario reiterar el punto de partida: la doctrina de la imputación objetiva debe «*personalizarse*» en lo relativo a la imputación del riesgo, que subyace necesariamente a la imputación del resultado. No sólo es preciso que el autor de un hecho doloso cree a sabiendas un riesgo *adecuado*. Más bien se requiere asimismo, que este comportamiento peligroso produzca un *incremento del riesgo*, en comparación con el comportamiento alternativo adecuado a Derecho, y que esté abarcado por el *fin de protección de la norma*. Así pues, también a ello ha de referirse el dolo del autor (en el sentido de la valoración paralela en la esfera del profano). De este modo, los tradicionales elementos de la imputación objetiva del resultado, el «*incremento del riesgo*» y el «*fin de protección de la norma*», adquieren, en el nivel previo de la imputación del riesgo, un «*aspecto personal e individual*». Por recurrir de nuevo a la frase hecha: la imputación objetiva del resultado se basa en una imputación personal (§ 16) e individual (§§ 17 y 20) del riesgo.

2. En lo que hace a la concreción y delimitación de este enunciado, hay que señalar, en primer lugar, que la imputación estrictamente objetiva del resultado no excluye que, al menos, deba establecerse también aquí una *relación de culpabilidad en sentido amplio —preventivo general y del Derecho de la medición de la pena—*. Con la referencia a una culpabilidad del Derecho de la medición de la pena pretende señalarse que la gravedad de la culpabilidad depende también de la medida del sufrimiento y de la pérdida de bienes²². Este concepto ampliado de culpabilidad halla aplicación en medida especial cuando la producción del resultado constituye el desarrollo consecuente, «*adecuado a la acción*», del riesgo creado, personal e individualmente imputable. Por lo que hace a la culpabilidad preventivo-general, con tal expresión se alude a la tesis que propone reducir la culpabilidad a la prevención general y, en última instancia, a una imputación objetiva, así como a elementos prospectivos, renunciándose al aspecto retrospectivo del poder actuar de otro modo. Este concepto de culpabilidad, de índole totalmente diferente, puede ser aplicable, siempre que, en lo que hace a la imputación del riesgo, se mantenga la estrecha vinculación a la culpabilidad como reprochabilidad²³.

²² STRATENWERTH, *SchwZStrR*, 79 (1963), pp. 255 ss.

²³ Más detalladamente, ROXIN, *FS f. Henkel*, 1974, pp. 181 ss; *id.*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., 1973, pp. 33 ss.; *SchwZStrR*, 94 (1978), p. 467; *FS f. Bockelmann*, 1979, p. 307; RUDOLPHI, *SK* (nota 1) n.º marginal 1.b previo al § 19; LECNKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 16), n.º marginal 103 previo al § 13; SCHÜNEMANN, *FS f. Schaffstein*, 1975, p. 162 y nota 20; WOLTER (nota 1), pp. 124 ss., con ulteriores referencias.

3. Por otro lado, resulta perfectamente concebible en el caso concreto que la imputación del injusto implique una atribución estrictamente objetiva y no personal e individual. Puede que esto, después de lo apuntado hasta aquí, sorprenda en primera instancia. Sin embargo, con ello se alude a los casos de las llamadas *desviaciones causales inesenciales*. Según opinión prácticamente unánime, no es preciso que el autor tenga conocimiento del decurso real de los hechos en sus trazos esenciales (así, por ejemplo, que la víctima, que ahora —a diferencia del ejemplo puesto en I— realmente no sabe nadar, y a la que el autor pretende ahogar, muere realmente estrellada contra las pilastras del puente). Más bien, para castigar por un hecho doloso consumado es suficiente con que el autor parta (subjektivamente) erróneamente de la creación de un determinado riesgo adecuado de muerte (peligro de ahogamiento) y que ponga en práctica objetivamente este riesgo, que al final no se realizará, realizándose en cambio otro riesgo adecuado objetivamente imputable —comparable— (peligro de un choque mortal)²⁴. Así pues, no hay error sobre el curso causal, sino simplemente «imputación objetiva al hecho doloso». De modo más preciso: el riesgo doloso-idóneo propio del plan del autor, junto con el riesgo real, imputable en términos estrictamente objetivos y realizado en el resultado, dan lugar a un hecho doloso consumado.

El plan del hecho es, en este caso, inidóneo sólo de modo «excepcional», porque en lugar del riesgo propio del plan, en sí adecuado, entra en escena una peligrosidad de signo diferente. Aunque, ciertamente, es preciso que el sentido del plan y el curso de los acontecimientos, y, con ello, asimismo el riesgo del plan y el riesgo real, sean *equivalentes* («cualitativamente iguales»; valorables de modo similar en un plano ético-jurídico; «adecuados al dolo»)²⁵. Sin

²⁴ Por ejemplo, SCHROEDER, *LK* (nota 3), § 16, n.º marginal 29; WOLTER, *ZStW*, (1977), pp. 649 ss., con referencias. La doctrina dominante (cfr., por ejemplo, BGHSt, 7, 329; LACKNER, *StGB*, 15.ª ed., 1983, § 15, nota II.2.a.aa; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 41.ª ed., 1983, § 16, n.º marginal 7) viste la problemática con un ropaje de dolo, pero llega a la misma conclusión; de otro parecer, sin embargo, OTTO, *Grundkurs Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1982, p. 85; cfr. además, HRUSCHKA, *JuS*, 1982, pp. 318 ss.

²⁵ ROXIN, *FS f. Würtenberger*, 1977, pp. 119, 125-126; WOLTER (nota 1), pp. 120-121, con un ejemplo de ausencia de equivalencia; cfr., también, BGHSt 7, 329; RUDOLPHI, *SK* (nota 1), § 16, n.º marginal 31; todos con referencias. En contra de lo que se apunta en el reproche de JAKOBS (*Strafrecht, AT*, 1983, p. 241, nota 139) aquí no se practica una mera equiparación de la tentativa acabada (con «idoneidad de resultado») dolosa más el resultado (objetivamente imputable) con la consumación dolosa. Además, debe concurrir en todo caso la equivalencia objetiva —concepto ciertamente necesitado de precisión (cfr. también *infra*, X.3-5)— entre el riesgo creado dolosamente y el riesgo objetivamente producido (la llamada «adecuación al dolo»). Y esta tesis parece mucho menos distante de la nueva propuesta de JAKOBS (pp. 241 ss., 184 ss.) de lo que una primera impresión pudiera revelar: según Jakobs, «se da una causación dolosa del resultado cuando el riesgo creado dolosamente por el autor (sólo o junto con otro riesgo) explica el desenlace dañoso»; en otras palabras, el resultado «no se produce simplemente con ocasión de este riesgo». En efecto, es precisamente esto lo que se pretende poner de relieve con el requisito de «adecuación objetiva al dolo» o con el criterio de ROXIN de la «realización del plan» (*FS f. Würtenberger*, 1977, pp. 119, 123), en suma, pues, con la «imputación objetiva al hecho doloso» (RUDOLPHI, *SK* nota 1, § 16 n.º marginal 31; en contra, JAKOBS, *op. cit.*, p. 241, nota 139). Ciertamente, en el caso de que Jakobs, con su punto de partida normativo absolutamente precisado

embargo, ésta es una cuestión que también ha de decidirse por el juez en términos objetivos, de modo que el riesgo real acaba imputándose de modo estrictamente objetivo (cfr. *infra*, X). La imputación personal (§ 16) e individual (§§ 17 y 20) se limita al riesgo equivalente, desviado de la realidad, inadecuado en el caso concreto y no peligroso (aunque, en sí mismo, no sea inidóneo). Con ello se «agota», por así decirlo, la referencia subjetiva.

La imputación estrictamente objetiva del riesgo producido (choque contra las pilas del puente) no excluye, por otro lado, que aquí, como en cualquier otro caso de imputación objetiva, pueda hablarse al menos de una relación de culpabilidad «ampliada», en sentido preventivo-general y del Derecho de la medición de la pena. Pues la gravedad de la culpabilidad depende —y ahora en un primer grado— de la medida de daño que amenaza y de la seria inminencia de una pérdida de bienes jurídicos. Ello determina la medida en que la víctima, como amenazada, entra en escena (*supra*, II).

4. Intentemos realizar un *primer balance provisional*. Hay una imputación estrictamente objetiva a título de injusto y, con ello, injusto sin culpabilidad, en el sentido de reprochabilidad, e injusto también sin referencia de dolo e imprudencia. Tal imputación se da en la relación de riesgo entre acción y resultado, incluida la producción de este último (argumento *ex* § 24). Ahora bien, tal atribución estrictamente objetiva asimismo tiene lugar excepcionalmente en la imputación del riesgo, cuando los acontecimientos toman desde el comienzo un curso que, si bien desviado respecto al plan del hecho (que sí es idóneo), resulta, por su parte, adecuado, objetivamente imputable y equivalente. En principio, la imputación objetiva del resultado requiere una imputación personal (§ 16) e individual (§§ 17 y 20) del riesgo. El autor debe crear a sabiendas, con conocimiento de la antijuridicidad y de modo reprochable, un riesgo jurídicamente relevante (adecuado, que incremente el riesgo, que esté abarcado por el fin de protección de la norma), que se realice «de modo adecuado a la acción» en el resultado. En el caso de una desviación causal inercial, esta imputación personal e individual del riesgo efectivo se sustituye por el hecho de que el autor, según su representación, así como con conocimiento de la antijuridicidad y de modo reprochable, ha llevado a la práctica el riesgo propio de su plan (que es equivalente). La peligrosidad de su comportamiento, en sí idóneo, se ve, desde luego, cubierta y «sobrepasada» por el riesgo real. Sin embargo, ello no implica que un plan inidóneo y una causación objetivamente imputable del riesgo y el resultado se fusionen para formar un hecho doloso consumado (en contra, *supra*, I). Lo que sucede es, más bien, que una tentativa en sí idónea y reprochable pero sin un riesgo ni un resultado efectivo se ensambla con una causación más eficaz, objetivamente imputable, del peligro y la lesión.

y, desde luego, merecedor de ser examinado, llegara en mayor número de casos a la exclusión de la consumación, debería plantearse la cuestión de la fuerza de convicción político-criminal de su tesis. Cfr., además, nota 58.

VI. IMPUTACIÓN PERSONAL E INDIVIDUAL DEL RIESGO EN LOS SUPUESTOS DE «INCREMENTO DEL RIESGO» Y «FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA»; «ESFERA DE RIESGO DE LO PUNIBLE» Y TIPIFICACIÓN DEL INJUSTO

1. En lo relativo a la *imputación personal e individual del riesgo* en concreto, ya está decidido desde el principio —por ejemplo, en los delitos dolosos— que el dolo y la culpabilidad han de referirse en igual medida a la adecuación, el incremento del riesgo y el fin de protección de la norma; es decir, que en caso de un eventual error entran en juego las reglas básicas de los §§ 16.1 y 17. Ni es el caso de que regulaciones especiales —por ejemplo, §§ 113.IV y 136.IV de modo analógico²⁶— pretendan obtener vigencia, ni es suficiente, por ejemplo en relación con el incremento del riesgo o el fin de protección de la norma, una referencia imprudente como requisito mínimo (una idea esta, que se introdujo en la discusión a propósito de la reducción teleológica de los §§ 186²⁷ y 306, n.º 2²⁸. Todo ello requiere una explicación desde diversos puntos de vista.

2.a) Los criterios jurídicos del incremento del riesgo y del fin de protección de la norma, limitadores de la responsabilidad y a la vez fundamentadores del injusto, deben su aparición al reconocimiento de que las normas prohibitivas en general no pueden prohibir una injerencia peligrosa en bienes jurídicos sin atender a si la observancia de la norma habría salvaguardado de modo seguro el bien jurídico abriendo para el mismo una posibilidad de salvación, o a si ese bien es puesto en juego de modo doloso o temerario por su titular o por terceros²⁹. De este modo, tales criterios delimitan el «*injusto típico*» o —más estrictamente— la «*esfera de riesgo de lo punible*». Se trata de elementos legales del injusto, no escritos, a los efectos de los §§ 16.I y 17³⁰. Así, un error sobre sus presupuestos (en el plano de la valoración paralela en la esfera del profano, o también de la co-consciencia) excluye el dolo.

b) Por ello, no deben situarse al mismo nivel que la reducción teleológica de tipos concretos como, por ejemplo, los §§ 306, número 2, o 186. En el caso del § 306, número 2, dada su elevada conminación penal y la protección de la vida que, entre otros fines, también pretende, puede ser razonable exigir, a modo de complemento, la creación de un riesgo de muerte, al menos imprudentemente. En efecto, el riesgo objetivo de muerte y la imprudencia subjetiva constituyen aquí, por así decirlo, el estándar mínimo de injusto y culpabili-

²⁶ SAX, JZ, 1976, pp. 430-431.

²⁷ HIRSCH, *Ehre und Beleidigung*, 1967, pp. 168 ss., 203; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB (SK)*, t. 2, BT, 3.ª ed., 1984, § 186, n.º marginal 15.

²⁸ RUDOLPHI., *FS f. Maurach*, 1972, p. 60; SCHÜNEMANN, JA, 1975, p. 798; WOLTER (nota 1), pp. 276 ss., 296 ss.

²⁹ STRATENWERTH (nota 3), n.º marginal 227; WOLTER (nota 1), pp. 31 y 330 ss.

³⁰ Más detalladamente, WOLTER (nota 1), pp. 350 ss.

dad. Sin embargo, tales consideraciones no afectan a principios de imputación *generales*, referidos a todos los tipos penales (también al propio § 306, n.º 2), como son los del incremento del riesgo y el fin de protección de la norma.

c) Tampoco es aplicable a estas figuras la regulación agravada «análoga al error de prohibición» de los §§ 113.IV y 136.IV, que trata el «error sobre los presupuestos» (error de tipo) del mismo modo que el propio error de prohibición. En efecto, tal regulación del error contradice en esencia el principio de congruencia entre injusto y dolo, así como entre injusto y culpabilidad; con ello, también resulta contradicho el principio de una pena proporcionadamente justa, e igualmente el punto de partida preventivo (preventivo-general y preventivo-especial) del Derecho penal.

3. Este juicio no implica, sin más, que una regulación como la del §113.IV haya de ser contraria a los principios del Derecho penal y, además, inconstitucional. En efecto, resulta perfectamente concebible la existencia de elementos del delito que no son condiciones objetivas de punibilidad, sino que poseen una función fundamentadora del injusto y, sin embargo, se hallan al margen de la «esfera de riesgo de lo punible». También estos elementos tipifican el injusto (si la «juridicidad del acto de servicio» en los §§ 113 y 136 no fuera un elemento que tipificara el injusto, tampoco se fundamentaría en el § 136 el concreto objeto de protección de la potestad coactiva del Estado, y el § 113 quedaría desvalorado convirtiéndose en la disposición de un Estado autoritario)³¹. Entre ellos se cuentan, en adhesión a Armin KAUFMANN, la «constitucionalidad de la norma» y los mandatos de la autoridad³². El injusto del hecho punible está ya suficientemente tipificado —aunque no de modo completo— «antes» de estos elementos. Puede ejercer una función de advertencia. El autor se mueve en la esfera de riesgo de lo punible. En su contra opera (fácticamente) la «presunción de lo antijurídico». Su error ya sólo puede afectar al injusto del hecho concreto, a la vigencia de la norma infringida. Se trataría en todo caso —esto es, también si lo desconocido son los presupuestos del elemento— de un error de prohibición. Y ello sería —en correspondencia con el § 113.IV y contra el § 17 —un error positivo^{32a}.

4. Todas estas consideraciones no son válidas para el incremento del riesgo ni para el fin de protección de la norma. En efecto, dado el punto de partida de *teoría de la norma prohibitiva* esbozado al principio (VI.2), el autor no alcanza todavía la «esfera de riesgo de lo punible» si, desde la perspectiva de una plena imputación personal e individual del riesgo, además de la adecua-

³¹ RUDOLPHI, SK (nota 27), § 136, n.º marginal 30; SAX, JZ, 1976, pp. 15-16 y nota 42; WOLTER (nota 1), p. 162.

³² *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 96 ss., 158-159.

^{32a} Dado que no se encuentran circunstancias correspondientes que excluyan el injusto, se derivan de aquí objeciones contra la doctrina del «tipo total de injusto» (al respecto, WOLTER nota 1, pp. 133 ss., 143 ss., 360).

ción, no se le pregunta por hipotéticas posibilidades de salvación o por una puesta en peligro intencionada del bien jurídico, a cargo del propio titular o de un tercero.

VII. LA IMPUTACIÓN EN LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Las consideraciones efectuadas sobre la «adecuación a Derecho del acto de servicio» y otros elementos análogos (VI.3) no pueden interpretarse en el sentido de que, en materia de las llamadas «*condiciones objetivas de punibilidad*», en la medida en que posean relevancia ya en el injusto, deba entrar en juego una regulación correspondiente a la de los §§ 113 y 136³³. Más bien, en las condiciones objetivas de punibilidad es preciso realizar una *triple* distinción, aunque, ciertamente en este ámbito las cosas continúan estando en gran parte pendientes de aclaración.

1. Se da, en primer lugar, una serie de condiciones de punibilidad que deben situarse al margen del injusto y de la culpabilidad y que, en consecuencia, afectan únicamente a la *necesidad de pena*. Entre ellas se cuentan la «existencia de relaciones diplomáticas y la garantía de la reciprocidad» en el § 104.a, y el hecho realizado en embriaguez, en los términos del § 323.a, siempre que se conciba el «tipo de embriaguez plena» (*Vollrauschtatbestand*) como un delito de peligro abstracto y se estime merecedor de pena ya el embriagarse de modo culpable, peligroso en términos generales³⁴; el requisito del hecho cometido en estado de embriaguez conduce aquí a la limitación de la punibilidad.

2. Por contra —y esto constituye la segunda distinción—, en el caso de que se entienda, debido a la elevada conminación penal y, sobre todo, debido al § 323.a.II, que el hecho realizado en estado de embriaguez es un elemento constitutivo, a todos los efectos, del injusto del § 323.a, resulta recomendable también una plena relación de culpabilidad —por ejemplo, también en el sentido del § 17³⁵—. Pues el autor, con el mero hecho de embriagarse de modo culpable y la realización inculpable del hecho en estado de embriaguez, en absoluto ha traspasado la «esfera del riesgo de una pena privativa de libertad de hasta cinco años».

3. El tercer grupo de condiciones de punibilidad, por ejemplo, la «muerte de un hombre» en el § 227, plantea dificultades. En primer lugar, parece claro, a la vista de la considerable conminación penal establecida, que la cau-

³³ Cfr., sin embargo, SAX, *JZ*, 1976, p. 430.

³⁴ Más detalladamente, WOLTER, *NSiZ*, 1982, pp. 55 ss.

³⁵ WOLTER (nota 34). Así y todo, se da una plena referencia de dolo «natural».

sación de un homicidio se cuenta entre los elementos de tipificación del injusto³⁶. Incluso habrá que ir más allá y partir de que la creación de un riesgo de muerte (y su realización) forma parte de la delimitación de la «esfera de riesgo de lo punible» y que únicamente de la causación de este peligro de homicidio se deriva una función de advertencia. En tal caso, está fuera de lugar aquí la idea jurídica que subyace al § 113.IV. Sin embargo, por otro lado, una plena sujeción a los §§ 16.1 y 17 contradice la voluntad del legislador y el tenor literal del § 227. En el caso del hecho en estado de embriaguez, esta sujeción debe postularse ante todo (y excepcionalmente) debido al § 323.a.II. Por tanto, para este caso hay que proponer —al igual que en los §§ 186 y 306, número 2 (*supra*, VI.2.b)— la limitación al requisito mínimo (y «mínimo común denominador») de la imprudencia subjetiva. Así pues, el autor del § 227 debe crear, en forma por lo menos imprudente, un riesgo de muerte, que se realice de modo objetivamente imputable en la muerte de un hombre.

VIII. «PERSONALIZACIÓN» DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y OBJETIVIZACIÓN DE LA IMPUTACIÓN PERSONAL

1. Es ésta la ocasión para un *segundo y breve balance provisional*. La imputación objetiva a título de injusto debe «*personalizarse*» (e individualizarse) en diversos aspectos. En primer lugar, se basa en una imputación personal (e individual) del riesgo (IV, V.1). Precisamente por ello, criterios de imputación generales, como los del incremento del riesgo y el fin de protección de la norma, deben someterse a las reglas de los §§ 16.I y 17. Ellos tipifican en un primer nivel el injusto y delimitan la «esfera de riesgo de lo punible» (VI.2).

De lo anterior hay que diferenciar aquellos elementos objetivos del injusto que, aunque también contribuyen a la «función de advertencia» del injusto, debido a su carácter especial para un tipo penal concreto, tienen suficiente con la referencia personal de la imprudencia subjetiva como estándar mínimo —muerte o, de modo más preciso, riesgo de muerte en el § 227— (VII.3).

Por contra, aquellos elementos del injusto que, aunque tipifican el injusto, deben situarse ya al margen de la «esfera de riesgo de lo punible» (p. ej., «constitucionalidad de la norma») pueden dotarse de una regulación análoga a la del error de prohibición, agravada, y (en cambio) sin el requisito de la referencia de dolo. De ello ha hecho uso el legislador en los §§ 113 y 136 a propósito de la «adecuación a Derecho del acto de servicio» (VI.3).

2. No obstante lo anterior, por otro lado es preciso también «*despersonalizar*» (y «desindividualizar») la teoría de la imputación. Ello, aunque pueda sorprender, es necesario en un doble aspecto. Por una parte, numerosos problemas de imputación objetiva se visten de un ropaje de dolo o de culpabi-

³⁶ Cfr. también SAX, *JZ*, 1976, p. 430; de otro modo, por ejemplo, ESER, *Strafrecht*, III, 2.^a ed. 1981, caso 9.A.48.

lidad, a pesar de que el planteamiento objetivo que así se oculta es el primordial³⁷.

Así, por ejemplo, en el caso del sobrino o de la tormenta, no es que falle la imputación en el dolo, sino ya por la existencia de un riesgo objetivo de muerte irrelevantemente pequeño. Asimismo, las diversas soluciones «ajustadas a la culpabilidad» en el § 323.a (por ejemplo, imprevisión de «todo» hecho antijurídico en estado de embriaguez) contienen ya una previa limitación objetiva³⁸. Ciertamente, también debe abogarse aquí, en un segundo plano, por la exclusión del dolo o de la culpabilidad³⁹.

Las cosas son de modo diferente en los casos de desviaciones causales inesenciales (*supra*, V). Aquí, la ubicación del problema en el ámbito del dolo supone una disposición errónea. El riesgo desviado desde el principio (p. ej., en el caso de las pilastras del puente; V.3) se imputa (al hecho doloso) en forma estrictamente objetiva —y no también, en una segunda línea, subjetiva—. Así pues, aquí la imputación personal ha de «objetivizarse».

IX. IMPUTACIÓN ESTRICTAMENTE OBJETIVA A TÍTULO DE INJUSTO

A modo de conclusión, cabe apuntar lo siguiente sobre la imputación estrictamente objetiva a título de injusto. Ésta entra en consideración cuando la imputación personal (e individual) no es «necesaria», se ha «agotado» en otro lugar, o resulta «imposible», según la naturaleza de las cosas. Las controversias anteriores han proporcionado ya ejemplos de cada uno de estos grupos de casos. Así, la imputación personal e individual no es necesaria en el lapso existente entre acción y resultado (relación de riesgo), incluida la propia producción del resultado (arg. ex § 24). Por su parte, se ha «agotado», por así decirlo, en las desviaciones causales inesenciales, antes mencionadas. Mientras que el riesgo efectivo se imputa de modo estrictamente objetivo, el dolo y la culpabilidad se refieren a otra peligrosidad, en sí idónea, pero que se ve cubierta o «sobrepasada» en el caso concreto por el riesgo real (*supra*, V).

Sin embargo, el supuesto de las desviaciones causales inesenciales cobija en su seno también al tercer grupo de casos —el de «imposibilidad» de imputación personal—. Como ya antes se ha observado (*supra*, V), para la imputación de un hecho doloso consumado no es suficiente con que el autor cree, por un lado, un riesgo adecuado e imputable objetivamente y, en cambio, sólo quiera y ponga en práctica de modo reprochable otro peligro contenido en su conducta. Más bien resulta obligado que el riesgo real y el riesgo del plan sean «cualitativamente equivalentes» (objetivamente «adecuados al dolo»). El riesgo objetivo y real debe venir ya establecido en el riesgo del plan, puesto en

³⁷ Sobre ello es fundamental W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983.

³⁸ LACKNER, *JuS*, 1968, p. 218.

³⁹ ROXIN, *FS f. Honig*, 1970, p. 137; WOLTER (nota 1), p. 79 y nota 56, p. 182.

práctica de forma consciente y reprochable. Sólo en tal caso podrá decirse que la lesión se ha producido en la «ejecución» del hecho, y no meramente «con ocasión» del mismo. Así, en el ejemplo de las pilastras del puente, el impacto mortal de la víctima contra una de ellas no sólo es objetivamente previsible a partir del acto de tirar —dolosa y reprochablemente— por la barandilla del puente a un sujeto que no sabe nadar, sino que, además, se halla contenido típicamente en él. Esta cuestión de la igualdad cualitativa y la adecuación del dolo constituye un problema estrictamente objetivo, que debe ser resuelto por el juez. Por tanto, nada tiene que ver con el dolo ni con la reprochabilidad, referidos ambos únicamente al riesgo del *plan* y «agotados» allí. El juez practica, en consecuencia, una imputación estrictamente objetiva del riesgo. Ni es preciso que el autor tenga conciencia del riesgo efectivo, ni, desde luego, podría tenerla de su equivalencia con el riesgo del plan ^{39a*}.

X. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RIESGO E IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LA *ABERRATIO ICTUS*

Ante un planteamiento muy similar al anterior nos hallamos en el caso de la *aberratio ictus*, que vuelve a discutirse intensamente en los últimos tiempos, a pesar de que la misma —anticipémoslo ya— no constituye una auténtica desviación del curso causal ⁴⁰. En efecto, también en ella se plantea el problema de la «equivalencia cualitativa» y de la «adecuación del dolo». Ello aunque, de todos modos, aquí, por regla general —y a diferencia de lo que sucede en los casos tradicionales de desviaciones causales—, el espectador objetivo se decidirá en contra de la equivalencia. Todo esto puede sonar raro, pero es posible argumentarlo.

1. En primer lugar, en lo que hace a la incompatibilidad de la *aberratio ictus* con los grupos de casos tradicionales de *desviación del curso causal* (incluido el *dolus generalis*), puede advertirse, en efecto, una clara diferencia. Mientras que en la desviación causal sucede simplemente que la *forma* de la causación del resultado es diferente de lo planeado, pero recae sobre una misma víctima predeterminada por el autor, en la *aberratio ictus* se lesiona a una *víctima diferente* de la individualizada por el autor ⁴¹. El disparo dirigido adecuada-

^{39a} Desde un punto de vista sistemático, se añade, a las cuestiones de la tipicidad objetiva y subjetiva, el problema objetivo anejo de la equivalencia entre el riesgo real objetivamente típico (y el resultado) y el riesgo del plan, dolosamente realizado; cfr., asimismo, SAMSON, *Strafrecht*, I, 5.ª ed., 1983, caso 17, pp. 94-95.

* La solución de Wolter no es, desde luego, la única posible a partir del rechazo de las tesis tradicionales. Por mi parte, he seguido una línea diferente en mi trabajo «*Aberratio ictus* e imputación objetiva», *ADPCP*, 1984, pp. 347-386, pp. 372 ss. (también *ZStW*, 101 —1989—, pp. 374 ss.), donde sostengo que éste es un problema de congruencia entre dolo y riesgo y, por tanto, subjetivo. (*N. del T.*)

⁴⁰ De otro parecer, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 73.

⁴¹ Cfr. ESER, *Strafrecht*, I, 3.ª ed., 1980, caso 18.A.15.

mente contra *X* desde una larga distancia, mata a *Y*, de modo no intencionado pero sí absolutamente previsible en el plano objetivo. En esa medida podría hablarse aquí de una «desviación causal considerablemente intensificada». Ciertamente no sólo resulta que el camino hacia un idéntico resultado se desvía; además, y esto es lo esencial, sucede que por ese camino equivocado también se alcanza a una víctima diferente. La *aberratio ictus* constituye, pues, un caso especial y extremo de desviación causal.

Vistas las cosas de este modo, cabe plantear inmediatamente, en términos problemáticos, criterios muy diversos de solución de los casos de *aberratio ictus*. Así, por ejemplo, el que, apoyándose parcialmente —de modo expreso— en la doctrina de las desviaciones causales, se conforma con la mera previsibilidad objetiva del curso desviado⁴². Tal criterio exige para el homicidio consumado de *Y* significativamente menos que en la desviación causal clásica, que, por su parte, constituye un fenómeno no tan grave. En efecto, renuncia a la comprobación complementaria de la equivalencia, que, además, en la *aberratio ictus*, debido a la no identidad de las víctimas, ha de someterse a condiciones más estrictas. Por otro lado, y contra lo que señala la doctrina dominante (tentativa frente a *X*; homicidio imprudente de *Y*), no está en absoluto decidido que la comprobación de la equivalencia siempre haya de acabar beneficiando al autor⁴³, de modo que en última instancia se estime superflua. Ciertamente, si al autor le resulta indiferente de antemano⁴⁴, la identidad de la víctima que ha individualizado⁴⁵, o tal individualización parece por completo arbitraria⁴⁶, cabe perfectamente apreciar un delito consumado (en los términos que se mostrarán), aun en el caso de que se produzca un error sobre los medios del hecho.

Además, la —ordinaria— solución de la tentativa no puede apoyarse en el hecho de que el autor no ha previsto en sus rasgos esenciales el curso causal real⁴⁷. En efecto, tal relación subjetiva carece de importancia aquí, al igual que en las desviaciones causales clásicas. El § 16 no abarca esta clase de error, de modo que la concreción de la víctima del hecho no se cuenta entre los elementos relevantes a efectos de error⁴⁸. Por ello mismo —viceversa— también es, en definitiva, irrelevante si el autor tiene, respecto a la víctima *Y*, un *dolo*

⁴² Por ejemplo, WELZEL (nota 40), p. 73 (en contradicción con el requisito de supradeterminación final; cfr., asimismo, SAMSON —nota 39a—, caso 18, p. 97; en contra, PUPPE, GA, 1981, p. 18).

⁴³ Cfr. HERZBERG, JA, 1981, p. 471; PRITTWITZ, GA, 1983, p. 111.

⁴⁴ A fin de eludir la objeción del *dolus subsequens* (cfr. SCHROEDER, LK —nota 3—, § 16, n.º marginal 10).

⁴⁵ En esta línea, HERZBERG, JA, 1981, p. 473; ROXIN, FS f. *Württemberg*, 1977, p. 123; RUDOLPHI, ZStW, 86 (1974), pp. 96-97; SCHROEDER (nota 44); DREHER/TRÖNDLE (nota 24), § 16, n.º marginal 6; WOLTER, FS f. *Lefferenz*, 1983, p. 551; en otro sentido —sin convencer—, PRITTWITZ, GA, 1983, pp. 132-133.

⁴⁶ SCHROEDER, *op. cit.* (nota 44).

⁴⁷ Así, sin embargo, BACKMANN, JuS, 1971, p. 118.

⁴⁸ Correcto en esto HERZBERG, JA, 1981, p. 371; PUPPE, GA, 1981, p. 3.

genérico⁴⁹. Esta cuestión (al igual que su paralela en el *error in persona*) no interesa en absoluto y, además, su afirmación constituye una ficción⁵⁰.

Más bien, nos encontramos ante un problema especial, que debe situarse entre los frentes del *error in persona*, o error de tipo, y de la desviación causal clásica. Se trata, pues, únicamente, de la cuestión *normativa* de cómo es posible, al margen de la imputación subjetiva del § 16, por un lado y de la imputación objetiva del riesgo y del resultado en la desviación causal clásica, por otro, dominar el error en el golpe producido en el hecho⁵¹. Así las cosas, debe hallarse una solución que tenga en cuenta tanto el principio de culpabilidad, como las necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales, como, en fin, la convicción jurídica del ciudadano.

2. Casi siempre se pasa por alto que algunos ejemplos significativos de *aberratio ictus* pueden resolverse ya con las reglas generales de imputación (*supra*, V), sin necesidad de una comprobación complementaria de la equivalencia; es decir, con consideraciones de adecuación, en el sentido de «previsibilidad objetiva», y sin que se precise de antemano una contemplación complementaria desde perspectivas normativas. Éstos pueden quedar al margen de nuestra atención como *casos «impropios» de aberratio ictus*.

a) Así sucede, por ejemplo, en el caso en que *T* dispara contra *X* de un modo que, ya *ex ante*, resulta objetivamente incorrecto (inidóneo), alcanzando de forma objetivamente previsible a *Y*, que se encontraba al lado. La doctrina general de la imputación (sin necesidad de una comprobación complementaria de la *equivalencia*) excluye la concurrencia en este ejemplo de un hecho doloso consumado respecto a *Y*. En efecto, una tentativa inidónea, por mucho que a ella se asocie una causación objetivamente imputable del riesgo y del resultado, no puede conformar un hecho doloso consumado (*supra*, I). Esto sucede en el ejemplo donde, según se ha apuntado, el medio de ataque proyectado y puesto en práctica por *T* resulta inidóneo respecto a *X*, con lo que el resultado objetivamente imputable no se basa en la creación de un riesgo real, imputable, a la vez, objetiva y personalmente. Falta una «*relación de injusto objetivo-personal*» Por tanto, las cosas aparecen configuradas de modo distinto de lo que sucede en el ejemplo de las pilastras del puente (*supra*, V.3), caso paradigmático de desviación causal. En él, el riesgo del plan, que en sí resulta idóneo y es personalmente imputable, se ve meramente sobrepasado, «adelantado», por el riesgo real, que produce la muerte.

b) El segundo caso impropio de *aberratio ictus* está tomado del abanico de ejemplos que se hallan en las inmediaciones del *error in persona*⁵². En di-

⁴⁹ En esto basa LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 310, su apoyo a la tesis del delito consumado.

⁵⁰ RUDOLPHI, *SK* (nota 1), § 16, n.º marginal 33; *id.*, *ZStW*, 86 (1974), p. 96; *cfr.*, sin embargo, también (en términos clarificadores) SCHROEDER, *LK* (nota 3), § 16, n.º marginal 8, nota 8.

⁵¹ *Cfr.* ESER, (nota 41), caso 18.A.17; SCHROEDER, *LK* (nota 3), § 16, n.º marginal 9; STRATENWERTH (nota 3), n.º marginal 284.

⁵² HERZBERG, *JA*, 1981, p. 473; *cfr.*, asimismo, JAKOBS (nota 25), p. 248, con el argumento,

cho caso, *T*, disfrazado de camarero, lleva coñac envenenado a la habitación que su enemigo mortal *X* habría de ocupar en un hotel; efectivamente, oye ruido de un cliente en el baño, pero, sin embargo, se trata de *Y*, con quien *X*, por precaución, ha intercambiado la habitación. Tanto el cambio de habitaciones como la muerte de *Y* —concretamos así el ejemplo, de momento— sólo pueden ser conocidos por el espectador objetivo *a posteriori*; es decir, *ex ante* resultan objetivamente imprevisibles. Por ello, en mi opinión, debe excluirse la concurrencia de un hecho doloso consumado. En efecto, el comportamiento de *T*, contemplado *ex ante*, constituye una tentativa de homicidio (contra *X*) idónea, dolosa, adecuada y objetivamente imputable; sin embargo, la misma no se realiza (en un resultado) en forma adecuada ni objetivamente imputable. En lugar de *X*, quien muere es *Y*, lo cual resultaba objetivamente imprevisible en el momento de la tentativa acabada (en el que se dispuso y se ofreció el coñac). Por tanto —en tales términos podría formularse un segundo principio general de imputación—, falta aquí la adecuada «relación objetiva de injusto» («relación de riesgo») entre acción y resultado. El resultado no es el desarrollo consecuente, objetivamente imputable, del riesgo creado de modo imputable. Por el contrario —contemplado desde el momento del comportamiento peligroso—, constituye un mero *azar*, no «adecuado a la acción». Debido a la falta de previsibilidad objetiva del proceso global, la muerte de *Y* no puede imputarse ni a un hecho consumado doloso (no hay siquiera una tentativa), ni a uno imprudente.

En casos así no nos hallamos ante la situación característica de la *aberratio ictus*. Ello se muestra en que aquí no es posible imputar al autor, además de una tentativa contra *X*, una imprudencia respecto a la muerte de *Y*. Sin embargo, todo aparece de modo mucho más claro si la hipótesis se transforma en un caso tradicional de desviación causal. En efecto, si la víctima, herida mortalmente con dolo de homicidio, fallece en un accidente de la ambulancia o en un incendio del hospital, no cabe proponer más solución que la de una mera tentativa (idónea) de homicidio⁵³. De nuevo aquí la concreta producción del resultado —contemplada objetivamente desde el momento de la realización del comportamiento peligroso— no es «adecuada a la acción», sino mero azar. Aunque es preciso reconocer que no resulta obligado ver las cosas así. En efecto, cabría contentarse con la idoneidad del medio de ataque⁵⁴.

c) Si se quisiera expresar en una fórmula la concepción que aquí se sostiene, podría señalarse que, para la previsión *objetiva* (previsibilidad) —aunque

que aquí (esto es, en caso de imprevisibilidad objetiva de la concreta víctima del hecho) no convence, relativo a la «irrelevancia típica de la individualización complementaria» (cfr., sin embargo, nota 57); de modo análogo, BLEI, *Strafrecht*, I, AT, 18.ª ed., 1983, pp. 121-122; SCHROEDER, *LK* (nota 3), § 16, n.º marginal 13; BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 119; PRITTWITZ, *GA*, 1983, pp. 119, 127 ss., 130, con el rechazable criterio de la «percepción sensorial del objeto del ataque» (cfr. también el caso de la bola de nieve en el texto, *infra* 4).

⁵³ PUPPE, *GA*, 1981, p. 16, WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), P. 684.

⁵⁴ Así, SCHROEDER, *LK* (nota 3), § 16, n.º marginal 29; *íd.*, *GA*, 1979, pp. 321, 328; en contra, WOLTER, *FS f. Leferenz*, 1983, p. 551.

no necesariamente para el dolo del autor en el sentido del § 16—, la *individualidad de la víctima* tiene un significado decisivo. El espectador objetivo no puede decidir ni sobre la idoneidad o inidoneidad de una tentativa —en el caso mencionado en el apartado a), relativo a un disparo fallido— ni sobre la idoneidad del proceso en su conjunto y de la relación de riesgo entre acción y resultado (en el ejemplo del coñac), sin atender a la concreta víctima del hecho, sobre todo cuando la víctima estaba individualizada en el plan del autor. En consecuencia, el ejemplo del coñac constituye, más que un caso de auténtica *aberratio ictus* (o —como sugiere HERZBERG— de *error in persona*, lo que nos llevaría a la consumación), un supuesto perteneciente a la doctrina general de la imputación objetiva (del riesgo y del resultado).

3. Ciertamente, la cosa cambia en cuanto se varían tales casos límite de modo que, por ejemplo, en el supuesto del coñac, el cambio de habitaciones y la puesta en peligro de Y hubieran podido conocerse, por lo menos *objetivamente*. En tal caso, nos hallamos ante un segundo caso de *aberratio ictus*, esta vez «propio» y paradigmático, que posee una gran relevancia práctica, en especial en un grupo de supuestos equivalentes: T dispara a X y alcanza —de modo objetivamente previsible— a Y, que se interponía con voluntad salvadora. Desde luego, debe ponerse de relieve una peculiaridad que concurre aquí. En efecto, la bala o el golpe no tienen por qué desviarse, sino que pueden seguir «en línea recta» el itinerario hacia la víctima errónea, no concretada⁵⁵. No obstante, y con el fin de agotar todas las posibilidades, también cabe imaginar el caso de modo que el medio de comisión del hecho tome un curso desviado —siempre que ello suceda en forma objetivamente no imprevisible, por razón de la distancia—. De todos modos, lo decisivo es que la alternativa contraria al plan resulte reconocible objetivamente en cualquier fase del proceso típico y que acabe realizándose. En fin, conviene apuntar que estos casos paradigmáticos de *aberratio ictus* pueden distinguirse claramente de los casos límite de *error in persona*, con lo cual desaparece una última objeción⁵⁶. En efecto, si, por ejemplo, un sujeto que desea injuriar a otro por teléfono se equivoca al marcar e insulta a Y en vez de a X, el consiguiente *error in persona* irrelevante se deriva del hecho de que el error tiene lugar y halla su conclusión en la fase preparatoria, penalmente irrelevante⁵⁷. En cambio, los medios del hecho en la fase ejecutiva (las palabras ofensivas) no toman un curso contrario al plan, ni dirigido a una víctima errónea, no concretada.

Volvamos al caso inicial, en el que Y se interpone con ánimo salvador, de modo objetivamente previsible. Se trata, ciertamente, de una *aberratio ictus*.

⁵⁵ Cfr. también HERZBERG, JA, 1981, p. 472, nota 37; SCHROEDER, LK (nota 3), § 16, n.º marginal 9.

⁵⁶ Cfr., sin embargo, también HERZBERG, JA, 1981, p. 474; PUPPE, GA, 1981, p. 4; PRITTWITZ, GA, 1983, p. 134.

⁵⁷ Cfr. también BACKMANN, JuS, 1971, p. 119; JAKOBS (nota 25), p. 248, con el argumento de la individualización complementaria, típicamente irrelevante; ROXIN, FS f. Würtenerberger, 1977, p. 123 y nota 53; en contra, PUPPE, GA, 1981, p. 17.

Sin embargo, tanto la doctrina general de la imputación objetiva (esto es, las reglas de la adecuación, en el sentido de previsibilidad objetiva, el fin de protección de la norma y el incremento del riesgo) como la imputación subjetiva en los términos del § 16 llevan a apreciar aquí un hecho doloso consumado. En efecto, el § 16 no tiene en cuenta en absoluto la concreción de la víctima. Por lo demás, la lesión de *Y* se basa en un riesgo imputable objetiva y personalmente (que se puso en marcha contra *X* y que *Y*, por así decirlo, adelantó).

Con todo, la sanción por consumación se halla expuesta a dudas considerables. En efecto, en lo anterior se ha prescindido de considerar el segundo —objetivo— nivel de imputación de la doctrina de las desviaciones causales. En este nivel se examina la *equivalencia* (adecuación objetiva del dolo) entre el curso planeado y el real. Pues bien, si esta comprobación de la equivalencia es necesaria en el caso de las desviaciones que tienen lugar en el curso hacia un resultado idéntico y concretado, la misma resulta indispensable en la *aberratio ictus*. Ciertamente, en ésta, o se da una desviación más importante, en lo relativo a la propia víctima, o incluso ambas cosas a la vez: ni el curso hacia el resultado ni la víctima en sí se corresponden con el plan preestablecido. Por tanto, es preciso reconocer que en ambos casos —aunque el medio del hecho no se desvíe— el alejamiento del proceso objetivo respecto al dolo es más importante que en las clásicas desviaciones del curso hacia el resultado. El autor se ve mucho más afectado por el fracaso de su acción cuando no consigue alcanzar a la víctima seleccionada —cuya elección aparece motivada (ya objetivamente)—. Por otro lado, en este caso la víctima real resulta lesionada no «en ejecución del hecho», sino sólo «con ocasión» del mismo⁵⁸. En consecuencia, pues, la comprobación objetiva de la equivalencia habrá de resultar, por regla general, contraria a la adecuación del dolo y favorable a la apreciación de una *tentativa en concurso con un hecho imprudente*. Ello está, además, en concordancia con el principio de culpabilidad, así como con las exigencias de la prevención general y la prevención especial; aunque es preciso reconocer que los baremos de la comprobación de la equivalencia se hallan pendientes de una aclaración en detalle (cfr., sin embargo, 4).

4. Ciertamente, según se ha apuntado, se dan excepciones a la sanción por tentativa que pueden obtener, como tales, un consenso general. Éstas se refieren a aquellos casos en los que al autor (y también al espectador objetivo) le resulta de antemano indiferente la identidad de la víctima concretada, o bien la concreción del titular del bien jurídico aparece inmotivada (también objetivamente); en ellos puede entenderse que la decisión adoptada contra una víctima lleva en sí también *a limine* el dolo respecto a otra víctima. Por tanto, la lesión de la víctima efectiva tiene lugar «en la ejecución del hecho». Así sucede

⁵⁸ Sobre esta distinción entre «en ejecución» y «con ocasión» del hecho, cfr. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, p. 110, y WOLTER (nota 1), p. 343 (sobre el fin de protección de la norma); WOLTER, *JuS*, 1981, p. 175, con referencias (sobre el delito cualificado por el resultado); JAKOBS (nota 25), pp. 241 ss. (sobre la desviación causal; al respecto, *supra*, IX).

en el ejemplo en que *T* quiere alcanzar con una bola de nieve al primer transeúnte *A* y, sin embargo —con o sin desviación de la bola—, alcanza al transeúnte *B*, que iba detrás (o le adelantaba rápidamente). Aquí cabe excepcionalmente fusionar el actuar doloso y adecuado *ex ante* (contra *A*), con el riesgo y el resultado (contra *B*), que muestran una correspondencia típica (lesión «de otro» en el sentido del § 223) y además una «equivalencia», a fin de conformar un delito doloso consumado contra *B*.

Esta «fusión» se hace posible porque el § 16 no abarca el error sobre el concreto objeto de la acción y el concreto curso causal. Por otro lado, la misma puede fundamentarse normativamente y resulta conveniente desde un punto de vista político-criminal, pues la lesión de *B* en vez de *A* no puede ser sentida por el autor como un fracaso, ni «impresionar» a la comunidad como un yerro en el objetivo^{58a}. En efecto, a la vista de la individualización que *T* hace de su víctima —inmotivada (también objetivamente), indiferente y casi aleatoria—, la puesta en peligro objetivo y la lesión de *B*, víctima efectiva, se hallan vinculadas específicamente con la puesta en práctica («ejecución») del riesgo del plan contra *A* y, por tanto, no constituye un menoscabo producido meramente «con ocasión» de dicho hecho doloso.

5. Intentemos finalmente volver al punto de partida de nuestras consideraciones. Se trataba de la cuestión de si la *aberratio ictus* («propia») constituye un problema de imputación objetiva o subjetiva; esto es, si lo afectado aquí es el dolo, según cree la doctrina dominante⁵⁹, o la imputación objetiva del riesgo y el resultado (en lo que el resultado se imputa siempre en forma meramente objetiva; *supra*, IV). En realidad, pueden aducirse argumentos en favor de uno y otro punto de vista, a pesar de que la *sedes materiae* no viene dada ni por el § 16, ni por la asimilación al *error in persona*, ni por la equiparación con los casos tradicionales de desviación del curso causal. Más bien, la *aberratio ictus* mantiene su autonomía, entre el error de tipo y el *error in persona*, por un lado, y la desviación causal clásica, por el otro⁶⁰. En favor de la imputación subjetiva opera el hecho de que la atención se centre en la concreción del dolo. En efecto, si en general se excluye la consumación dolosa, ello se debe a que el autor alcanza a una víctima distinta, no individualizada por el dolo. Así, habla HERZBERG de un «error en el curso del hecho que excluye la consumación»⁶¹.

^{58a} Sobre la fundamentación de este aspecto preventivo-general y preventivo-individual en el marco de los delitos cualificados por el resultado, cfr. WOLTER, *GA*, 1984, pp. 443 ss.

⁵⁹ Por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 3.ª ed., 1978, p. 251; OTTO (nota 24), p. 87; LACKNER (nota 24), § 15, nota II.2a.bb; RUDOLPHI, *SK* (nota 1), § 16, n.º marginal 33, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2.ª ed., 1975, 10/45, y *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/55-56; cfr. también SCHROEDER, *LK* (nota 3), § 16, n.º marginal 9; WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), p. 650, nota 5; JAKOBS (nota 25), p. 247.

⁶⁰ Cfr. ahora también KIENAPFEL, *Strafrecht AT*, 3.ª ed., 1983, p. 259. Sobre otros argumentos, CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 16), § 15, n.º marginal 56 (doble lesión; en contra, HERZBERG, *JA*, 1981, p. 372, nota 17); JESCHECK (nota 59), p. 251 (caso de la legítima defensa; en contra, PUPPE, *GA*, 1981, p. 19 —sobre la modificación del caso Rose/Rosahl—).

⁶¹ *JA*, 1981, p. 374; en contra, WOLTER, *FS f. Lefferenz*, 1983, p. 552.

De todos modos, se dan más argumentos en favor de su calificación como problema de estricta *imputación objetiva*, que debe ser decidido por el juez. Ello se manifiesta ya en el caso de la bola de nieve, es decir, el ejemplo en el que, pese a haber una *aberratio ictus*, cabe apreciar un hecho doloso consumado. En efecto, a pesar de que aquí la tentativa dolosa de lesionar a *A* se fusiona con el riesgo y el resultado de lesión en *B*, objetivamente imputables, dando lugar a un hecho consumado doloso, el autor no tiene que preocuparse por el riesgo real ni por su equivalencia con el riesgo del plan. El dolo del autor se «agota» con la puesta en práctica del plan lesivo contra *A*; y la cuestión del dolo queda resuelta en ese mismo momento. En esa medida parece también adecuada al sistema una «despersonalización» y «objetivización» de la *aberratio ictus*. Ciertamente, en su ámbito «propio» de aplicación (sobre los casos «impropios», vid. *supra*, 2), lo decisivo es la *imputación objetiva* del riesgo (y el resultado) producidos sobre *B*, no abarcados por el dolo, pero que tampoco precisan de dicha referencia dolosa. No se trata, pues, de un error con relevancia jurídico-penal, sino de la equivalencia objetiva del decurso del plan, puesto conscientemente en práctica, con el curso objetivo de los acontecimientos reales; en definitiva, pues, de un caso de «*imputación objetiva al hecho doloso*». Desde luego, esta cuestión de la equivalencia objetiva ha de resolverse teniendo presente lo que el autor pretendía. Sin embargo, tal comparación de lo querido con la realidad no convierte el problema en una cuestión subjetiva⁶².

Lo mismo vale para el caso normal de *aberratio ictus*, en el que no es posible afirmar la concurrencia de un hecho doloso consumado, debido a la falta de equivalencia entre el plan y la realidad (por ejemplo, en el caso, construido *supra*, 3, de la interposición salvadora de *Y*). Así pues, ¡en lugar de exclusión del dolo por error, exclusión de la imputación del riesgo y el resultado (al hecho doloso), debido a la falta de equivalencia objetiva entre el plan y la realidad (debido a la inadecuación objetiva al dolo)! De todos modos, no se pone en cuestión la existencia de un dolo de homicidio (intentado) contra *X*⁶³. Simplemente sucede que este hecho doloso no se puede fusionar objetivamente con el intento salvador y la muerte de *Y*, previsible objetivamente, para dar lugar a un homicidio doloso consumado de *Y*. A esta ausencia de imputación objetiva parece referirse ROXIN cuando habla de *falta de «realización del plan»* por la desigualdad cualitativa entre el resultado pretendido y el producido⁶⁴. Aquí solo se ha tratado de expresarlo con otras palabras que acentuaran el carácter objetivo de la valoración (más detalladamente *supra*, 4), al aludir a una lesión de la víctima «con ocasión del hecho» y a su «concreción, que aparece absolutamente motivada»*.

⁶² De otro modo, HERZBERG (nota 59), p. 370, pero cfr. también p. 374, nota 31; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 16), § 15, n.º marginal 55; SAMSON (nota 39a).

⁶³ HERZBERG (nota 60), p. 371; SAMSON (nota 39a).

⁶⁴ *FS. f. Württemberg*, 1977, pp. 119 y 123 (no obstante la crítica, por lo demás correcta, a este criterio: RUDOLPHI, *SK* —(nota 1)— § 16, n.º marginal 35-36; PRITTWITZ, *GA*, 1983, pp. 115 ss.).

* Una concepción de la *aberratio ictus* discrepante de la de Wolter se contiene en mi trabajo citado, *ADPCP*, 1984, pp. 347 ss. (*N. del T.*)

XI. IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA TENTATIVA INIDÓNEA Y EN LA DETERMINACIÓN ALTERNATIVA

La diversidad de casos de imputación estrictamente objetiva (cfr. IX y X) puede ampliarse todavía más. Sin embargo, baste aquí con la remisión a dos ejemplos. El primero se refiere a la determinación de la pena. En efecto, la cuestión de la «*burda falta de entendimiento*» en la tentativa inidónea debe responderse de forma estrictamente objetiva por el juez, dado que el dolo del autor se ha agotado en su error sobre la idoneidad. El segundo, por su parte, alude a la imputación del injusto y de la culpabilidad en la condena mediante *determinación alternativa*. En efecto, en el caso concreto, el autor es declarado culpable y condenado por el delito menos grave, a pesar de que sólo ha cometido de modo doloso y reprochable el más grave. Por tanto, esta imputación estrictamente objetiva del injusto (y de la culpabilidad) afecta también a la comprobación de la equivalencia en la *determinación alternativa**.

XII. PERSPECTIVAS

Los resultados y consecuencias de este estudio se ilustran de la mejor manera si se tienen presentes las ventajas que proporcionan las consideraciones contenidas en él. Así, es de esperar que la desconcentración de la imputación objetiva y la imputación personal que se propone contribuya a la *claridad sistemática en el nivel del injusto*. Por este motivo se trató de personalizar en parte la imputación objetiva (IV y VIII.1) y, viceversa, de objetivizar en parte la imputación personal tradicional (VIII.2 y XI).

Con las consideraciones de teoría de las normas —que parten también de la amenaza y puesta en peligro sufridas por el titular del bien jurídico— se obtiene una visión intensificada de la importancia de la *víctima* para el injusto (II). Por otro lado, al vincularse ciertas condiciones objetivas de punibilidad (así, la muerte en el § 227) a la concurrencia del requisito mínimo de causación imprudente (del riesgo de muerte), se reconcilia la conminación penal de este precepto con el principio de culpabilidad (VII.3). En fin, con la distinción de desvalores de la conducta, de la peligrosidad y del resultado en la fundamentación del injusto, y de valores de la conducta, de la posibilidad de salvación y del resultado en las causas de justificación, avanzamos algunos pasos en la línea de una medición racional de la pena (II y III). Asimismo, se hace posible

* La *determinación alternativa (Wahlfeststellung)* alude a aquellas situaciones en que, según el convencimiento del juez, resulta evidente que el acusado, de no haber cometido el hecho del que se le acusa (y del que habría de ser absuelto por aplicación del principio de *in dubio pro reo*), necesariamente tiene que haber cometido otro. Se trata de decidir si puede castigarse por este otro. En Alemania, en estos casos se admite una sanción por la ley que imponga la pena menos grave, con una fundamentación alternativa de los hechos. Es, pues, una excepción político-criminal a la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Sobre la imposibilidad de admitirla en Derecho español, cfr. MUÑOZ CONDE, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, 1981, p. 203. (N. del T.)

explicar numerosas decisiones del legislador (los diversos presupuestos del desistimiento en el § 24; la atenuación —facultativa— en la tentativa; o la impunidad de la imprudencia no seguida de consecuencias).

El principio normológico en virtud del cual las normas prohibitivas se conciben como prohibiciones de poner en peligro (II) no sólo confirma el cambio de tendencia producido en la nueva legislación penal, en dirección a los delitos impropios de emprendimiento dolosos e imprudentes (p. ej. §§ 130 y 311.d)*, sino que, además, sienta las bases de importantes decisiones del legislador penal en el futuro. En efecto, éste habrá de ocuparse de una mayor limitación de la tentativa inidónea, figura ajena al sistema (p. ej., de la impunidad en caso de burda falta de entendimiento), al igual que de la supresión parcial de delitos de resultado, en especial de los delitos de peligro concreto, difícilmente concebibles. En otras palabras, habrá de conceder un mayor espacio al prototipo del injusto —la creación dolosa o imprudente de un riesgo—, y, con ello, al comportamiento peligroso. También debe pensarse, a este respecto, en la introducción de *tentativas imprudentes* (idóneas-acabadas). Por otro lado, puede recomendarse la renuncia en el caso concreto a la comprobabilidad de una causalidad general, debiendo introducirse, en su lugar, «delitos de riesgo con una causalidad general meramente potencial» (cfr. también §§ 151 y 157 del Proyecto Alternativo)⁶⁵. El Derecho penal es, pues, en primer término, *Derecho penal del riesgo imputable personal e individualmente*.

No en último lugar, este estudio ha demostrado otra cosa, que merece la pena seguir el camino marcado por ROXIN en sus trabajos pioneros.

* Los delitos de emprendimiento pueden ser «propios» o «impropios». Los delitos de emprendimiento propios se caracterizan por la equiparación practicada en ellos entre consumación y tentativa; en los impropios, por su parte, se produce la incriminación de la actuación con determinada tendencia. (N. del T.)

⁶⁵ Sobre todo esto, WOLTER (nota 1), pp. 77 ss., 181 ss., 184 ss., 247 ss., 299-300, 236-237.

Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*

por HANS ACHENBACH

La dogmática de ese ámbito parcial de la teoría del Derecho penal que nos hemos acostumbrado a llamar *doctrina de la culpabilidad* ha vuelto a ponerse en movimiento en los últimos tiempos, y de modo acelerado. Por su parte, los trabajos elaborados al respecto por ROXIN han contribuido esencialmente a determinar la intensidad y la dirección de ese movimiento¹. Permítaseme, pues, poner de manifiesto aquí algunas observaciones sobre un punto central de la concepción de ROXIN, aunque ello deba hacerse de modo muy elemental, y renunciando a un aparato científico exhaustivo. En otras palabras, mediante una exposición de tesis, sin el consiguiente apoyo argumentativo.

I. OBSERVACIONES TERMINOLÓGICAS PRELIMINARES

1. Valga, en primer lugar, una observación sobre el objeto de este reciente debate. En efecto, respecto a las discusiones más antiguas sobre el principio de culpabilidad², cabe advertir aquí un cambio esencial en el planteamiento de la cuestión. Ciertamente, ya no se trata de derivar la doctrina de la culpabilidad de principios supremos o de estructuras lógico-objetivas, esto es, de hipótesis de carácter principalmente prejurídico o metajurídico. Se trata, más bien, del «concepto material de culpabilidad», en el sentido de la búsqueda del *principio teleológico* fundamental que aglutina al conjunto de elementos

* El texto responde al estado de la cuestión en otoño de 1981. La evolución posterior se ha considerado, en la medida de lo posible, en las notas a pie de página.

¹ *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1/2.ª ed., 1970/1973, pp. 15 ss., 33 ss., 47-48; *FS f. Heinitz*, 1972, pp. 251 ss., 273-274; *MSchrKrim*, 56 (1973), pp. 316 ss.; *FS f. Henkel*, 1974, pp. 171 ss.; *FS f. Schaffstein*, 1975, pp. 105 ss., 125-126; *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 279 ss. Sobre la «culpabilidad en la medición de la pena», además: *Festgabe für Hans Schultz = SchwZStR*, 94, 1977, pp. 463 ss.; *FS f. Bruns*, 1978, pp. 183 ss.

² Resumiéndolas Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1/2.ª ed., 1961/1976; recientemente, OTTO, *GA*, 1981, pp. 481 ss., y SCHILD, *Der Strafrichter in der Hauptverhandlung*, 1983, y *SchwZStR*, 99 (1982), pp. 364 ss.

que nuestro concreto Derecho positivo acoge en la posición sistemática de la «culpabilidad». Si se intenta encuadrar este concepto en el esquema de ordenación que propuse en su día, en el que la «idea de culpabilidad», entendida en sentido general y previo al Derecho positivo, se opone a los conceptos de aplicación del Derecho de la «culpabilidad como fundamento de la pena» y la «culpabilidad en la medición de la pena»³, se muestra que dicho concepto ocupa una posición de nivel medio. Esto es, por debajo de la idea de culpabilidad, en el ámbito de los conceptos de culpabilidad propios de la aplicación del Derecho, pero, en este marco, a su vez, por encima de los elementos que conforman el contenido de dichos conceptos.

Ello ha sido constatado hace poco por ROXIN⁴ con las palabras de que «también en la culpabilidad como concepto de aplicación del Derecho[...] se cuestiona en medida intensificada qué conforma la sustancia material de este concepto, qué se oculta tras la «reprochabilidad» y tras la «medida de la culpabilidad»; a lo que, por mi parte, puedo añadir con pesar que la distinción estructural entre la «culpabilidad» en el ámbito de la fundamentación de la pena y en el de la medición de la pena no siempre se reconoce en su significado fundamental⁵.

2. Una segunda observación preliminar se refiere a la diferencia terminológica entre *culpabilidad* e *imputación*. Ya anteriormente me he pronunciado de modo enérgico contra la idoneidad del término «culpabilidad» para una aplicación conceptual-sistemática científicamente reflexionada⁶, y ahora me mantengo en ello. El hablar de culpabilidad, como si supiéramos o, mejor, como

³ ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, pp. 3 ss. De acuerdo, de modo expreso, LACKNER, *StGB*, 15.ª ed., 1983, nota 4 previa al § 13; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 21.ª ed., 1982, n.º marginal 107, previo a los § 13 ss.; ROXIN, *FS f. Bockelmann* (nota 1), pp. 279-280, 282; MAURACH/ZIPF, *StrafR AT*, t. 1, 6.ª ed., 1983, § 30, n.º marginal 2, p. 390. Por lo demás, la distinción es acogida de manera creciente en la bibliografía.

⁴ En el *FS f. Bockelmann* (nota 1), p.280.

⁵ En este punto radica una de las diferencias esenciales con el trabajo de JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, con el que, por lo demás, creo coincidir en muchos aspectos. Cuando JAKOBS, recientemente, en su *Tratado (AT)*, 1983, p. 385, nota 1 al 17/1) fundamenta el rechazo de esta diferenciación, apelando al temor de que, al separarse de la culpabilidad como fundamento de la pena, la culpabilidad en la medición de la pena se abra «a todos los posibles elementos de medición», «los cuales se verían en apariencia legitimados por tal integración en un “concepto de culpabilidad”», me parece incurrir en el mismo anacronismo metodológico contra el que se dirige el texto. En efecto, el recurso a un concepto de culpabilidad, sea cual sea la forma en que éste se construya, no puede legitimar absolutamente nada, sino que lo decisivo son en todo caso los puntos de vista materiales. Y a éstos pertenece, en mi opinión, la distinción funcional tradicional, que incide profundamente incluso en el proceso penal, entre imputación del hecho y medición de la sanción, así como la distinción estructural de los supuestos de hecho en los que se apoyan tales fenómenos diversos categorialmente.

⁶ *Schuldlehre* (nota 3), pp. 218 ss., 220; allí se expone también (pp. 219-220) que, a la vista de las diferencias de significado y estructura existentes entre la «culpabilidad» en el sentido de los § 17, 19, 20, 29 y 35 StGB, por un lado, y en el sentido del § 46 StGB, por otro, la terminología del StGB no puede ser vinculante para la ciencia.

si estuviéramos de acuerdo en qué es, constituye la fuente fundamental de los cientos de malentendidos que lastran la discusión sobre este tema de modo tan persistente. Por ello no puedo estar de acuerdo con ROXIN cuando apunta que, precisamente si se quiere avanzar un paso en la comprensión de la materia, resulta útil para el conocimiento no abandonar sin necesidad una terminología con la que nos hallamos familiarizados⁷. Ello merecería aprobación si la expresión acostumbrada, por su parte, no constituyera, en verdad, un importante impedimento para una aprehensión diferenciada y estrictamente jurídica de la materia, libre de implicaciones de psicología profunda y de asociaciones perturbadoras. Por el contrario, precisamente si se desea alcanzar un progreso material en la comprensión de las relaciones a las que aquí se alude, se debe *renunciar* por completo al *término* impreciso y confuso de «culpabilidad». Naturalmente que, en un determinado modelo de razonamiento, cabe atribuirle al mismo un significado concreto y delimitado de modo preciso. Sin embargo, en todo caso no se conseguiría mover al lector o al oyente a abandonar su prejuicio, esto es, su comprensión prejurídica, e incluso preconceptual, de la «culpabilidad». A mi juicio, esto lo muestra claramente la historia de la dogmática.

Ciertamente, ROXIN pretende asignar a la culpabilidad tan sólo un lugar en el seno de la categoría sistemática de la «responsabilidad», que introduce con fuerza y a la que concibe como la verdaderamente central en el sistema. Sobre ello conviene hacer inmediatamente algunas observaciones. Desde luego, esta propuesta, que se remonta al uso del lenguaje de VON LISZT y Hellmuth MAYER⁸, constituye terminológicamente una importante ganancia en racionalidad. Si, a pesar de todo, continúo sin aceptarla⁹, ello es debido a que esta terminología no expresa con la suficiente claridad qué es lo que aquí realizamos: esto es, que no nos limitamos a determinar una responsabilidad ya preexistente, sino que la *imputamos*, que *hacemos responsable* al autor¹⁰. A este reconocimiento, fundamentado de nuevo en la actualidad, el concepto que se ajusta en mayor medida es el tradicional de *imputación*. Así, en el nivel de la «culpabilidad como fundamento de la pena» inquirimos acerca de los elementos que nos autorizan a imputar un evento socialmente dañoso no sólo a una persona humana en general, sino a ese concreto autor, esto es, individual.

⁷ FS f. Bockelmann (nota 1), p. 303.

⁸ Sobre VON LISZT, cfr. mis *Grundlagen der Schuldlehre* (nota 3), pp. 41-42; sobre Hellmuth MAYER, cfr. su exposición en *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, pp. 228 ss., 262 ss.; de otro modo, *id.*, *StrafR AT*, 1953, pp. 210 ss. («imputabilidad subjetiva»).

⁹ Cfr. ya *Schuldlehre* (nota 3), p. 220.

¹⁰ Este punto de vista se ha visto favorecido por la teoría de la atribución (vid. al respecto BIERBRAUER/HAFFKE, en HASSEMER/LÜDERSSEN (comps.) *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, t. III, 1978, pp. 130 ss., 155 ss., pero se halla también al margen de ésta en la nueva bibliografía jurídico-penal. Cfr. también la interesante exposición de W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, pp. 197 ss.; lamentablemente no podemos entrar aquí en la cuestión de las coincidencias y discrepancias con esta concepción, publicada tras la conclusión del presente original.

Se trata, en fin, de la «*imputación individual*» y, con ello, de la «posibilidad de imputar individualmente» el hecho injusto.

Este concepto es *equivoco* simplemente en la medida en que puede sugerir la errónea interpretación de que esta imputación individual debería asentarse sobre elementos individuales, esto es, de que se exige necesariamente una individualización de los elementos que fundamentan la imputación. Algo que constituiría un pleno desconocimiento de la función que le puede corresponder a la imputación de un hecho injusto al individuo en el proceso de realización del Derecho, en las reales condiciones de la Administración de justicia por el Estado. Insertadas estas condiciones de realización en la formulación de la teoría del delito ¹¹, debe reconocerse que el ordenamiento jurídico no puede renunciar en absoluto al procedimiento de la *generalización* en el marco de la imputación individual; ello en interés de la obtención de criterios concretables y demostrables.

Con esta reserva general, los conceptos de imputación individual y de imputabilidad me parecen, del conjunto de posibilidades que considerar ¹², la más atinada denominación de la materia de la que se trata aquí.

II. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Entremos ahora en el punto subrayado al principio y central en la concepción de ROXIN de la culpabilidad como fundamento de la pena, esto es, de la imputación individual. Se trata de la *relación* de «culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico-penales.

Como es sabido, desde *Política criminal y sistema del Derecho penal* ¹³ ROXIN profesa que la categoría del delito tradicionalmente denominada «culpabilidad» se «configura político-criminalmente a partir de la doctrina de los fines de la pena», sirviéndose del concepto de «*responsabilidad*» para expresar esta relación ¹⁴. Sin embargo, ello no ha podido ser entendido en el sentido de que la categoría de la responsabilidad, así concebida, sustituya al destronado concepto de culpabilidad. Por el contrario, e incluso de forma creciente con la evolución de este punto de vista, se mantiene la existencia, en el marco de la responsabilidad, de una «culpabilidad» entendida en términos tradicionales que significa que «el autor ha actuado de modo contrario a Derecho, a pesar de que habría podido comportarse de modo conforme al mismo» ¹⁵. En este sentido, se señala últimamente de modo conceptuoso que «la

¹¹ Como ha exigido recientemente NAUCKE, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre*, 1979, pp. 23 ss., aunque para un concepto prepositivo de delito, superior en racionalidad al Derecho positivo.

¹² Cfr. al respecto mis *Grundlagen der Schuldlehre* (nota 3), p. 221.

¹³ Como *supra*, nota 1, pp. 15-16 y 33-34; la cita de la p. 33.

¹⁴ Así *FS f. Heinitz*, p. 274, nota 68; *FS f. Henkel*, p. 182 y *pássim*; *FS f. Schaffstein*, p. 126; *FS f. Bockelmann*, pp. 284-285 y *pássim* (todos como en nota 1).

¹⁵ *FS f. Henkel* (nota 1), p. 181.

culpabilidad ni se toca ni se define de otro modo, sino que se mantiene en toda su dimensión como presupuesto de la punibilidad»¹⁶. Ambos aspectos, la orientación a los fines de la pena y el poder actuar de otro modo, se hallan, pues, *recíprocamente limitados* en el sentido de que la «culpabilidad», si bien es condición necesaria de la punibilidad, no es suficiente, fundamentándose aquélla sólo en virtud de la concurrencia complementaria de la «responsabilidad».

En mi opinión, radica en ello una *innecesaria complicación* de una concepción que quizá haya de defenderse de este modo contra las críticas provenientes del campo de los partidarios de las fórmulas tradicionales sobre la culpabilidad en Derecho penal, pero que en realidad está lo suficientemente asentada como para que tales críticas no le afecten en medida alguna. Por mi parte, creo que la imputación individual de un comportamiento como presupuesto de la imposición de una pena a ese concreto autor únicamente se puede derivar y delimitar a partir de una *interpretación preventiva* de los elementos que fundamentan la imputación; la cuestión de si el autor habría podido actuar de otro modo, inaccesible a una determinación empírica, no desempeña aquí papel alguno.

III. LA PREVENCIÓN DE INTEGRACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN INDIVIDUAL

1. En primer lugar, me parece indiscutible que la *imputación individual*, como factor *constitutivo* para la fundamentación de la pena como consecuencia jurídica específica, sólo puede determinarse en cuanto al contenido a partir de su relación con la pena misma. Sin embargo, de ello se sigue sin violencia alguna que éste es el *lugar sistemático* en el que las consideraciones sobre el *fin de la pena* pueden hacerse fructíferas para el delito concreto. La idea de que las teorías de la pena no sólo constituyen un tema de fundamentos, cargado con un diverso aparato histórico, sino que poseen un inmediato significado práctico para la fundamentación de la pena en el caso concreto, me parece una noción esencial y, además, con un gran poder de fascinación.

2. Ciertamente, éste no puede ser el lugar de afrontar en detalle la cuestión de la legitimación y función de la pena¹⁷. A modo de conclusión, diré que

¹⁶ FS f. Bockelmann (nota 1), p. 285.

¹⁷ En especial, no es posible afrontar los principios de una diferenciación según los diversos niveles de realización del delito (ROXIN, *JuS*, 1966, pp. 381 ss. = *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 12 ss.; MÜLLER-DIETZ, *Strafbegriff und Strafrechtspflege*, 1968, pp. 111 ss., con ulteriores referencias), según los diversos grupos de delitos (NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 4.ª ed., 1982, pp. 68 ss.), o según las diversas experiencias de sentido en el proceso de sancionar (SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.ª ed., 1971, pp. 87 ss.; íd., *StrafR AT*, 2.ª ed., 1975, pp. 52 ss., Cap. 3/15 ss.); admítase esto, en la medida en que este contexto se trata tan sólo de la vinculación entre fin de la pena y fundamentación de la misma.

soy en todo caso de la opinión de que la pena, como aplicación agravada del poder del Estado, en las condiciones reales de conocimiento y eficacia de la Administración de justicia penal, no puede hallar su legitimación en un *sentido ideal*, sea éste el restablecimiento de la justicia vulnerada, o la reconciliación del autor consigo mismo o con la sociedad, sino únicamente en su *necesidad «preventiva»*, esto es, en su *función social*. El que se crea obligado a rechazar esto por estimarlo manifestación de un execrable «utilitarismo» desconoce que una institución estatal como la de la Administración de justicia penal, tan costosa y cara y que, a la vez, incide de forma tan profunda en la vida social, precisa necesariamente de una legitimación por su necesidad y utilidad social.

Conforme a esto, ROXIN pretende analizar en el ámbito de la responsabilidad únicamente «si una sanción es obligada por razones político-criminales (esto es, preventivo-generales o preventivo-especiales)»¹⁸. A este respecto, me parece posible en la actualidad alcanzar un consenso acerca de que la *prevención general negativa* en el sentido de mera *intimidación* de terceros mediante el ejemplo establecido sobre el autor, constituye un fin de la pena absolutamente *ilegítimo*. Por tanto, si se aludiera únicamente a ésta, se instauraría ciertamente una profunda contraposición entre culpabilidad y prevención. Se necesitaría no sólo el principio de la culpabilidad como medida (pena según la medida de la culpabilidad) para limitar el máximo de la pena, sino asimismo el principio de la culpabilidad como fundamento (no hay pena sin culpabilidad), a modo de escudo protector frente al ejercicio desproporcionado del poder del Estado con ocasión de una infracción del Derecho. Este extremo lo ponen de manifiesto con la requerida claridad las referencias que en los últimos tiempos se hacen de modo reiterado a los intentos —y a la tentación— de eludir dificultades de prueba inherentes al supuesto de hecho mediante una sanción independiente de la culpabilidad, esto es, que tendría lugar aun en caso de falta de evitabilidad o previsibilidad¹⁹. Sin embargo, me parece que esta objeción, por mucho que se revista de un carácter teórico-didáctico, tiene significado únicamente para la prevención general intimidatoria, cuya naturaleza ilegítima se confirma precisamente así. En esta medida es seguramente correcto hablar de una «tendencia al terror estatal» inherente a la prevención general²⁰.

Con todo, la más reciente discusión ha mostrado que una concepción de la prevención general como mera intimidación no agota el contenido particular y necesario de esta figura conceptual, sino que aquí impera, más bien, la confusión de dos principios conceptuales sumamente heterogéneos, lo que constituye un impedimento para una aprehensión diferenciada de los fenómenos²¹.

¹⁸ FS f. Henkel (nota 1), p. 183.

¹⁹ BURKHARDT, GA, 1976, pp. 337-338; SCHÖNEBORN, ZStW, 92 (1980), p. 689; SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, pp. 173-174, 202-203, 209-210.

²⁰ ROXIN, JuS, 1966, p. 380 = Strafr. Grundlagenprobleme (nota 17), p. 9.

²¹ Cfr. de la amplia bibliografía existente, simplemente, HAFFKE, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976, pp. 58 ss., así como HASSEMER y LÜDERSSEN, en NAUCKE/HASSEMER/LÜDERSSEN, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, pp. 38 ss., 57 ss., todas con ulteriores referencias.

Por ello, si hoy cabe constatar un renacimiento de la prevención general, por lo común se trata de la *prevención general positiva*, en el sentido de *confirmación del Derecho* mediante la sanción pública de la infracción de las normas elementales de conducta. ROXIN ha propuesto²² expresar esta contraposición, distinguiendo entre la «prevención intimidatoria» y la «prevención de integración». En mi opinión —y éste es el lugar de una de las declaraciones anunciadas al principio—, en ella reside la función primaria de la conminación penal, así como de la persecución e imposición de la pena. Integra la necesidad individual o colectiva de retribución y venganza en un procedimiento regulado jurídicamente y hace patente la vigencia de la norma de conducta infringida mediante una sanción visible, con el fin de garantizar así la *orientación normativa* de los ciudadanos a estas reglas elementales y por encima de las mismas. Se trata, por tanto, de «*ejercitar en la fidelidad al Derecho*»²³, es decir, de una relación entre infracción de la norma y sanción entendida en términos de psicología social.

3. En este punto, sin embargo —y aquí radica, según entiendo, una diferencia esencial respecto a la derivación teórico-sistemática, que hoy se discute de modo predominante—, entra en juego de nuevo el aspecto *positivo* de la teoría de la *retribución*, que, con SCHMIDHÄUSER²⁴, habría que denominar, de modo más correcto, teoría de la justicia. Esto se ha mostrado con frecuencia desde Hellmuth MAYER y NOLL²⁵, pero continúa negándose o ignorándose repetidamente. Con todo, si la Administración de la justicia penal tiende hacia la orientación normativa y al mantenimiento de la fuerza motivadora de normas sociales importantes, debe estar atenta, en lugar de al mero adiestramiento mediante el terror desnudo, a la cuestión de la *aceptación social* de las sanciones. En efecto, únicamente la pena que se sienta justa podrá ser admitida por los miembros de la comunidad jurídica como reacción adecuada y, en suma, desencadenar el *proceso de motivación* que se desea. Ahora bien, las doctrinas tradicionales de la culpabilidad y de la retribución también tratan de obtener la más precisa determinación de la idea de justicia, y ello —lo que debe subrayarse expresamente— no sólo en el ámbito de la medición de la pena, sino incluso también en el de la fundamentación de la pena. La idea de que pudiera ser conveniente, desde una perspectiva preventivo-general, sancionar a

²² FS f. Bockelmann (nota 1), p. 306.

²³ JAKOBS, *Schuld und Prävention* (nota 5), p. 10; asimismo, aunque partiendo de una base metodológica diferente, DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels*, 1979, pp. 105 ss., 113 ss.

²⁴ *Vom Sinn der Strafe* (nota 17), p. 44; *Strafrecht AT, Studienbuch*, 1982, p. 15, Cap. 2/6.

²⁵ H. MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes* (nota 8), pp. 3-4, 26 ss., 195 ss. (pese a las perceptibles reminiscencias de la ideología «nacional», sumamente apreciable todavía hoy); *id.*, AT, 1953 (nota 8), pp. 23-24 y 32-33; NOLL, FS f. H. Mayer, 1966, pp. 219 ss., 221 ss.; BOKKELMANN, *Strafrecht AT*, 3.^a ed., 1979, p. 8; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 3.^a ed., 1978, pp. 53-54; ROXIN, FS f. Bockelmann (nota 1), p. 305 —convincientemente todavía en este sentido, en tiempos recientes, Armin KAUFMANN, *Die Aufgabe des Strafrechts*, 1983, en especial pp. 7-8 y 15 ss.

autores inimputables o exculpables en el sentido tradicional, ha sido rechazada, con razón, por ROXIN, como indefendible en términos político-criminales²⁶. Sólo en la medida en que nuestra sociedad se muestra dispuesta a aceptar la imputación de un comportamiento socialmente dañoso como algo de lo que es *responsable* el autor respectivamente sospechoso, le corresponde a la persecución penal y a la imposición de la pena también una *función de orientación normativa*. Sin embargo, el principio de culpabilidad correctamente entendido, que, como parte de nuestra cultura jurídica, incide sobre la aceptación psicológico-social de la pena (reconocida aquí como factor decisivo), también trata de formular esta relación. Expresado de otro modo, en la prevención de integración se trata de cómo «procesar» las defraudaciones de expectativas, aunque en ello debe plantearse también, a la vez, la cuestión de la legitimidad o ilegitimidad de tales expectativas de comportamiento protegidas por sanciones penales²⁷.

Con ello se afirma la corrección de un enunciado que había sido declarado «evidentemente erróneo» nada menos que por STRATENWERTH²⁸: concretamente, que la *prevención general*, en el sentido positivo de confirmación del Derecho mediante una orientación normativa, acoge en sí el *contenido material del principio de culpabilidad*. En cambio, si, como STRATENWERTH, se entiende que sólo puede ser necesaria en términos preventivo-generales la imputación de culpabilidad como hecho psicológico-social y no la «culpabilidad real», derivando de ello que entonces lo decisivo no será la discusión material sobre las espinosas cuestiones de fondo de la doctrina jurídico-penal de la culpabilidad, sino el respectivo estado de la opinión pública, en mi opinión no se ha entrado seriamente en el contexto a que se alude aquí. Pues, en efecto, lo que cabe perfectamente discutir es la evidencia de la idea de que pueda haber «verdadera culpabilidad» al margen de la atribución social de responsabilidad. Por otro lado, lo que subyace, en última instancia, a la contraposición efectuada por STRATENWERTH entre culpabilidad y prevención no es sino la caricatura de la prevención general meramente intimidatoria, guiada por necesidades fácticas de retribución de la colectividad (e incluso, en determinadas circunstancias, manipuladas por los medios de comunicación)²⁹. Sin embargo, el baremo de la idea de confirmación del Derecho no viene constituido por la conmo-

²⁶ FS f. Bockelmann (nota 1), pp. 300, 301; además, LÜDERSSEN, *Generalprävention* (nota 21), pp. 57-58, con ulteriores referencias.

²⁷ Vid. ya ACHENBACH, JR, 1975, p. 495; análogo, aunque absolutizando criterios concretos, MUÑOZ CONDE, GA, 1978, pp. 72 ss.

²⁸ STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, p. 30 —sin embargo, la crítica a esta posición está, por lo demás, como ya se apuntó, ampliamente extendida; cfr., por ejemplo, la exposición y polémica con ella en MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979, pp. 16 ss., que lamentablemente debe someterse a la misma salvedad hecha al principio—.

²⁹ Esto lo prueba la remisión que hace STRATENWERTH, aunque no sin reservas, a la investigación de SCHÖNEBORN, ZStW, 88 (1976), pp. 349 ss., que parte por completo de esta caricatura (como en nota 28, p. 30, nota 71); de modo muy similar a lo que se señala aquí, DORNSEIFER (nota 23), p. 117.

ción producida en la opinión pública, sino por la búsqueda de una fijación justa de los *límites de la imputación jurídico-penal*, apoyada en las «relaciones de hecho»³⁰, determinada por la función de protección, propia del monopolio estatal de la Administración de justicia, y que satisfaga de modo duradero un acendrado sentimiento jurídico.

4. Desde luego, a esta forma de ver las cosas cabe oponer con razón la objeción relativa a la *falta de fundamentación empírica*³¹. Sin embargo, tal objeción también es válida, con la misma o mayor razón, para la «culpabilidad» en el sentido tradicional. A este respecto, me parece indiscutible que toda la doctrina general del Derecho penal procede de modo ampliamente especulativo y sin una fundamentación empírica suficiente. Pero entonces, precisamente porque se trata de una deficiencia general, de ahí no puede extraerse argumento alguno para servirse, contra una hipótesis ciertamente teórica, de otra no menos teórica. En el marco de una dogmática así configurada, esto es, con mala conciencia, estimo que la correlación entre confirmación del Derecho y sanción justa, que aquí se sostiene (en adhesión a mayores ingenios), constituye una hipótesis comprensible y que evita algunas aporías. Así pues, no es el caso de que se abandone una institución tradicional, firmemente asentada y perfectamente asegurada en lo relativo a sus detalles, en favor de un viaje a lo incierto de una categoría funcional absolutamente diferente, expuesta a meras suposiciones y determinada además por un arbitrio plebiscitario. Más bien, en mi opinión, existe una absoluta unanimidad material, aunque oculta tras el velo abstracto de la contraposición esquematizante de culpabilidad y prevención, sobre el hecho de que tan sólo la concreta discusión de las «delicadas cuestiones» de la imputación jurídico-penal puede conducir a conocimientos capaces de superar la situación actual. Ello con independencia de que éstos se tengan en cuenta para una concepción reflexionada del principio de culpabilidad o para una perspectiva diferenciada de la prevención general.

La más reciente discusión ha mostrado suficientemente, según entiendo, hasta qué punto la delimitación de la eficacia exculpante de la *inimputabilidad* y del *error de prohibición invencible* aparece determinada por la atención a reales o supuestas necesidades de confirmación del Derecho³². Por tanto, la

³⁰ Cfr. STRATENWERTH (nota 28), p. 31.

³¹ Vid, por ejemplo, STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, 1, 3.ª ed., 1981, n.ºs marginales, 29, 30, pp. 24-25, cfr., al respecto, las referencias de H. J. ALBRECHT/DÜNKEL/SPIESS, *MschKrim*, 64 (1981), pp. 311 ss.

³² Cfr., por ejemplo, KRÜPELMANN, *ZStW*, 88, (1976), pp. 6 ss. y pássim; STRATENWERTH, *Zukunft* (nota 28), pp. 12 ss., 17 ss.; ROXIN, *FSf. Bockelmann* (nota 1), pp. 289 ss.; H. L. SCHREIBER, *NSStZ*, 1981, pp. 46 ss. Este enunciado se muestra en los últimos años cada vez más como el punto central, del que tendría que partir el desarrollo del punto de vista acogido en el texto. Este desarrollo no puede exponerse aquí. Debe aludirse, sobre todo, a P. A. ALBRECHT, *GA*, 1983, pp. 193 ss.; JAKOBS, en GÖPPINGER/BRESSER (comps.), *Sozialtherapie - Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht* (kriminologische Gegenwartsfragen, Heft 15), 1982, pp. 127 ss.; *id.*, *AT* (nota 5), Cap. 18; KRÜPELMANN, *GA*, 1983, pp. 337 ss.; TIMPE, *GA*, 1984, pp. 51 ss.

cuestión decisiva no puede ser ya si tales consideraciones son legítimas o ilegítimas, sino en qué medida son lo uno o lo otro. Y, en lo que se refiere a las causas de exculpación en sentido estricto, precisamente ROXIN ha mostrado, de modo —a mi entender— convincente, que una interpretación preventiva de las mismas es adecuada para superar el estado de discusión que se ha alcanzado y en el que, en parte, nos hemos quedado encallados³³.

5. Por contra, tengo ciertas dudas en lo relativo a derivar de la prevención *especial* cuestiones concretas de la imputación individual. A mi juicio, la *prevención especial o individual*, en el sentido de corrección del autor o de aseguramiento de la colectividad frente a él, no constituye una función primaria de la pena en el Derecho penal de adultos. En efecto, si castigáramos realmente por motivo de la (re)socialización, pronto deberíamos abandonar tal empresa debido a la manifiesta falta de idoneidad de los instrumentos. Por otro lado, no requiere mayores pruebas la afirmación de que las regulaciones legales concretas sobre imputación individual —y, además, sobre medición de la pena— no pueden ser explicadas con la idea del aseguramiento e incluso resultan a menudo contrarias a la misma. Con todo, ruego que no se me *malinterprete* en este punto: nada más lejos de mi intención que abogar por una teoría de la pena orientada al pasado, que tienda a la retribución y a la intimidación como únicos fines de la pena. No soy en absoluto de la opinión de que la prevención individual no pueda constituir una función legítima de la pena. Por el contrario, la corrección del autor, en el sentido de ayuda (prestada por una sociedad consciente de su corresponsabilidad por los factores criminógenos) a llevar a cabo una vida de orientación social, constituye una función esencial, que permite que el Estado social pueda asumir un fenómeno que, como el punitivo, tiene bases atávicas³⁴. Sin embargo, en lo que hace a la *fundamentación de la pena*, ello no es más que una función secundaria. En efecto, sólo en el marco de la pena necesaria por otras razones, concretamente por razón de la confirmación del Derecho, tiene un lugar fijo, aunque de segundo orden, la prevención individual³⁵. Y lo mismo vale también para el aseguramiento de la colectividad (§ 2, párrafo 2, de la Ley penitenciaria —StVollzG—).

El mismo significado secundario debe atribuirse, en mi opinión a la argumentación preventivo-especial en el marco de la *imputación individual*. Ella tan sólo puede servir para reforzar la primordial interpretación preventivo-

³³ Vid. *Kriminalpolitik*, pp. 33-34; *FS f. Heinitz*, ibidem; *FS f. Henkel*, pp. 187 ss.; *FS f. Schaffstein*, cit. (todos en nota 1).

³⁴ Vid, al respecto, en especial, STRATENWERTH, *FS f. Bockelmann* (nota 1), pp. 901 ss., 916 ss.; id., *AT*, I (nota 31), p. 29, n.º marginal 47; HAFFKE, en LÜDERSSEN/SACK (comps.) *Seminar: Abweichendes Verhalten*, III, t. 2, 1977, pp. 291 ss.; SCHREIBER, *ZStW*, 94 (1982), pp. 292 ss. Aquí radica la diferencia respecto al concepto de un sistema rígido de tasas de intimidación, que elimina de su campo de atención al ciudadano reincidente, como el que, bajo la bandera de un llamado «neoclasicismo», según un informe de Nils CHRISTIE (*KrimJ*, 1983, pp. 14 ss.), está en boga actualmente en Escandinavia y en los Estados Unidos; tendencialmente como aquí, LÜDERSSEN, *JuS*, 1983, pp. 910 y 913.

³⁵ Coincidente, HAFFKE, en HASSEMER/LÜDERSSEN, *Sozialwissenschaften*, III (nota 10), p. 72.

general, realizada en el sentido de la prevención de integración, pero debe decaer en los casos de conflicto³⁶. En mi opinión, pues, sólo puede ser decisiva en todo caso para la imputación individual de un hecho antijurídico la idea de *confirmación del Derecho mediante la sanción justa*^{37*}.

IV. RESPONSABILIDAD Y PODER ACTUAR DE OTRO MODO

Con lo anterior se muestra justificada una interpretación político-criminal, orientada a los fines de la pena, de los elementos de la imputación individual. No obstante, queda abierta la cuestión de qué significado puede tener junto a ella una «culpabilidad» entendida en el sentido del poder actuar de otro modo y del poder evitar. Como ya se ha expuesto, ROXIN ha subrayado últimamente de modo muy expresivo esta coexistencia de «responsabilidad» y «culpabilidad». Sin embargo, el análisis detallado muestra enseguida que aquí no se trata de una circunstancia susceptible de ser determinada por vía forense, sino de la culpabilidad «en el sentido de un poder actuar de otro modo teórico, que debe afirmarse con los más estrictos requisitos, no obtenido empíricamente, sino “establecido” normativamente»; en suma, de un «poder actuar

³⁶ También se encuentran en ROXIN principios para tal entendimiento; cfr. para el estado de necesidad exculpante: *FS f. Henkel* (nota 1), pp. 183-184; para el exceso en la legítima defensa: *FS f. Schaffstein* (nota 1), pp. 116-117, 120.

³⁷ Cfr., recientemente, AMELUNG (*Supra* en esta obra), que propone la realización, en el ámbito del «tercer nivel del delito», de una diferenciación en relación con la distinción entre causas de exculpación y causas de exclusión de la culpabilidad (cfr., por ejemplo, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER —nota 3—, n.ºs marginales 108 ss. previos a los §§ 32 ss., con ulteriores referencias), advirtiendo que la distinción se basa en que las últimas (esto es, §§ 17.1 y 20, frente, p. ej., a los §§ 33 y 35 StGB) «sólo hacen inadecuadas las reacciones preventivo-generales, mientras que las primeras también excluyen las reacciones preventivo-especiales del Derecho penal». Desde luego, es cierto que las causas de exculpación tienen significado también para el ámbito de las medidas de seguridad —lo que el StGB más bien encubre al caracterizar, por ejemplo, el § 35 como estado de necesidad «exculpante». Sin embargo, habría que advertir contra la mera traslación de este reconocimiento a nuestro planteamiento. En efecto, más bien me parece dudoso, sin una más profunda investigación de este sector de la dogmática, todavía insuficientemente estudiado, pese al impulso producido hace más de treinta años por la doctrina de Maurach de la responsabilidad por el hecho que, en esa medida, aparezca en el sustrato, en lugar de una fundamentación preventivo-general (de integración), una de naturaleza preventivo-especial (a propósito de MAURACH, cfr. mis *Grundlagen der Schuldlehre* [nota 3], pp. 210-211; actualmente, MAURACH/ZIFF, *AT*, [nota 3], § 31, pp. 405 ss.

* El tema de la prevención de integración, al que aquí se ha aludido, se cuenta entre los debates con mayor interés por la doctrina española de los últimos años. Valga, a título meramente ejemplificativo, citar tres trabajos publicados en nuestra lengua y que han tenido un eco importante, apuntando posturas diferentes: LUZÓN PEÑA, «Prevención general y psicoanálisis», en MIR PUIG (com.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra, 1982, pp. 141-157; BARATTA, «Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», trad. García Méndez/Sandoval Huertas, *CPC*, 1984, pp. 533-551; MIR PUIG, «Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva», *ADPCP*, 1986, pp. 49-58. Recientemente, la monografía de PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990. (N. del T.)

de otro modo en el sentido de las expectativas normativas que cabe dirigir a un hombre sano»³⁸.

Al respecto, debe ponerse de relieve, en primer lugar, que la perseverancia de ROXIN en la categoría de la culpabilidad como presupuesto necesario de la pena, no implica una adhesión a la hipótesis de la existencia fundamental del *libre albedrío* humano. Existe acuerdo en que la imputación de un hecho antisocial y constitutivo de un tipo de delito en el marco del proceso penal del Estado no puede hacerse depender de una hipótesis indemostrable tanto en general como en el caso concreto³⁹. Sin embargo, me parece todavía más importante la afirmación de que la «culpabilidad», en el sentido de «poder actuar de otro modo», tampoco es otra cosa que una *fijación normativa*. Aquí se encuentra ROXIN cerca del concepto «pragmático» de culpabilidad de SCHREIBER, el cual ha definido la culpabilidad como «uso defectuoso de un poder que en la práctica nos atribuimos unos a otros reciprocamente»⁴⁰. Se hable aquí de un concepto «general» o «social» de culpabilidad, o no⁴¹, en todo caso me parece inevitable reconocer que, en la imputación individual a efectos de imposición de una pena, no es que se *determine* individualmente un poder (actuar de otro modo o evitar), sino que éste se *imputa* a partir de expectativas de comportamiento que la sociedad estima legítimas.

Sin embargo, de ser esto cierto, ya no es posible apuntar que las bases tradicionales del principio de culpabilidad no se han visto conmovidas, que la culpabilidad ni se ha tocado ni se ha definido de otro modo. Si el poder ya sólo se entiende como el poder esperar de los otros, se ha dado un paso decisivo para distanciarnos de la tradición del principio de culpabilidad, que normalmente no se suele separar de sus raíces indeterministas. Este paso es correcto y necesario y, precisamente por ello, merecía ser acometido claramente.

Desde luego, es posible que —como entiende ROXIN— la categoría de la «responsabilidad», interpretada en términos preventivos, pueda resultar aceptable en idéntica medida para deterministas e indeterministas, agnósticos y creyentes⁴². Con todo, en la medida en que la «culpabilidad» se llena de contenidos permanentemente cambiantes y en conclusión acaba siendo declarada irrelevante, en la práctica puede decirse que ha sido abandonada⁴³.

Por mi parte, desearía incitar al reconocimiento de esta consecuencia. Quiero decir que el que ROXIN haga salir de nuevo de la caja de Pandora de la dog-

³⁸ *FS. f. Bockelmann* (nota 1), pp. 289-290 (sobre la vencibilidad del error de prohibición) y pp. 290-291 (sobre la inimputabilidad).

³⁹ Así, decididamente, ROXIN, *FS f. Henkel* (nota 1), pp. 185-187; cfr. también *MschKrim*, 56 (1973), p. 323; *FS f. Bockelmann* (nota 1), p. 297.

⁴⁰ SCHREIBER, en *Der Nervenarzt*, 48 (1977), p. 245; cfr. *id.*, en IMMENGA (comp.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, pp. 289-290.

⁴¹ Cfr. simplemente, KRÜPELMANN, *ZStW*, 88 (1976), pp. 31-33, con ulteriores referencias; *id.*, *GA*, 1983, pp. 337 ss.; SCHREIBER, como en nota 40; *vid. ya* MAIHOFER, *FS f. Hellm. Mayer* (nota 25), pp. 185 ss.: «culpabilidad social típica».

⁴² *FS f. Bockelmann* (nota 1), pp. 297-298.

⁴³ Así, también, MUÑOZ CONDE, *GA*, 1978, p. 70; cfr. igualmente DORNSEIFER (nota 23), p. 106.

mática jurídico-penal al camaleón recién domesticado de la culpabilidad no significa otra cosa que regalar la decisiva ganancia en racionalidad que implica una concepción político-criminal de la responsabilidad. No, ésta es una concepción *agnóstica* de la imputación individual, que deja sin resolver el problema irresoluble de la libertad. Consiguientemente, habría que abandonar la alusión, por lo menos equívoca, a un poder actuar de otro modo o a un poder evitar, reconociendo que se trata de una *imputación social de poder*, que, de modo análogo, puede hallar su lugar en el seno de la «responsabilidad». Por tanto, no hace falta una *separación de culpabilidad y responsabilidad* en el seno de la imputación individual.

V. CONCLUSIÓN

De hecho, nos hallamos ante la misma relación entre confirmación del Derecho y justicia que ya habíamos mostrado al principio. El ordenamiento sólo parte de la hipótesis de que el autor podía actuar de otro modo allí donde aparece como legítima una expectativa social de comportamiento en este sentido, o mejor dicho: el ordenamiento jurídico excluye la existencia de un poder de evitación del autor mediante ciertos criterios tipificantes, allí donde la correspondiente expectativa de comportamiento aparece como ilegítima. Así se confirma desde el lado de la «culpabilidad», como un «poder actuar de otro modo», lo que ya había mostrado el análisis de la prevención general de integración: que *no existe contradicción alguna entre culpabilidad y prevención*, esto es, aquí, entre imputación individual y confirmación del Derecho. No se precisa la culpabilidad para la limitación de necesidades ilegítimas de prevención, porque la justicia de la reacción a las infracciones del Derecho y la legitimidad de las expectativas de comportamiento amparadas por sanciones jurídico-penales constituyen un límite inmanente a la prevención general rectamente entendida en el sentido de orientación normativa. Así, la idea que se expresa aquí es, en verdad, más bien trivial. La noción de culpabilidad, como concreción de la idea de Derecho, remite al principio rector de la *justicia*, siendo éste, por su parte, la condición esencial para la *aceptación social* de la concreta reacción estatal, básica para la confirmación del Derecho. Es indiscutible que este modelo, con la integración del criterio de la legitimidad en un contexto de eficacia social-psicosocial, vincula dos principios opuestos en su punto de partida. Sin embargo, ello no supone ningún truco de prestidigitador, que establezca la compatibilidad de culpabilidad y prevención de modo contrario a la realidad, sino una consecuencia del planteamiento de la cuestión en la discusión sobre los fines de la pena, en la que no se trata en ningún caso de relaciones de eficacia meramente fáctica, sino precisamente de la legitimidad de la pena. Una vez reconocido esto, no es forzada la conclusión de que la imputabilidad individual y la prevención de integración se encuentran en una relación de mutación recíproca. Así pues, podemos *renunciar* tranquilamente al concepto de *culpabilidad (como fundamento de la pena)*.

La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*

por BERND SCHÜNEMANN

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Si se sigue a lo largo de la historia del Derecho penal el significado y el valor del *principio de culpabilidad*, llama especialmente la atención una *curva* que se produce en el vértice de la evolución; ésta se ha manifestado ya por completo en el ámbito jurídico escandinavo¹ y comienza a perfilarse también en el desarrollo del Derecho penal alemán, aquí ciertamente con una mayor amplitud. Me refiero al sorprendente fenómeno de que el principio de culpabilidad, después de haber necesitado de siglos para su plena realización y aceptación como principio jurídico-penal fundamental «*kat'exojen*»**, en muy poco tiempo vuelve a abandonarse y a estimarse superfluo e incluso nocivo. Desde luego, resulta muy difícil juzgar si la polémica en torno al concepto y al principio de culpabilidad, que últimamente ha tenido lugar entre nosotros tanto en el plano dogmático como en el de la política criminal, implicará una auténtica y definitiva revolución, acabando en un total abandono de aquél. Sin embargo, queda fuera de toda duda el extraordinario dramatismo de la evolución actual, caracterizada por la simultaneidad del proceso de construir definitiva-

* Versión reelaborada y ampliada sustancialmente de la conferencia pronunciada por el autor en Tokio, el 8 de septiembre de 1982, a invitación de la Universidad de Seikei, y en Giessen, al 20 de diciembre de 1982, a invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Justus Liebig.

¹ Sobre la renuncia al Derecho penal de retribución de la culpabilidad en favor de un Derecho penal preventivo, consumada en Suecia desde hace decenios, cfr. SIMSON *ZStW*, 64 (1952), pp. 347 ss.; AGGE, *ZStW*, 71 (1959), pp. 100 ss.; Íd., *ZStW*, 76 (1964), pp. 109 ss.; SIMSON, *MschKrim*, 1969, pp. 49 ss.; Íd., en *Das schwedische Kriminalgesetzbuch vom 21. Dezember 1962* (Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher 96), pp. 17 ss., 28 ss.; AGGE/THOMSTEDT, en MEZGEN/SCHÖNKE/JESCHECK (comps.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, t. 5, 1976, pp. 259 ss. y 306 ss.; THOMSTEDT, en LÜTTGER (comp.), *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, 1979, pp. 68 ss. Cfr., por cierto, sobre la reciente crisis de la ideología del tratamiento en Suecia, SIMSON, *FS f. Dreher*, 1977, pp. 755 ss., con ulteriores referencias; ANTILA, *ZStW*, 95 (1983), pp. 739 ss.

** En griego en el original. La expresión «*Kat'exojén*» (Κατ'ἐξοχήν) viene a significar «por excelencia», «en el más alto grado». (N. del T.)

mente el principio de culpabilidad hasta en sus ramificaciones más sutiles, y del de sacudir, minar y socabar sus fundamentos más importantes. En efecto, hasta el año 1952 el Tribunal Supremo no declaró al error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad², contribuyendo así al triunfo del principio de culpabilidad en la dogmática de la Parte General del Derecho Penal. Por su parte, el Tribunal Constitucional no reconoció de modo vinculante hasta *finales de los años cincuenta*, sentando una jurisprudencia constante desde entonces, que el principio de culpabilidad se halla establecido en las garantías de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, especialmente en la dignidad humana y el principio de Estado de Derecho³. Sin embargo, ya en la discusión de la reforma penal de los *años sesenta*, las teorías de la pena orientadas a la idea de la *retribución de la culpabilidad*⁴ tro-

² Cfr. BGHSt 2, 194 ss.

³ Cfr. BVerfGE 20, 331 ss. En sentencias anteriores, la derivabilidad del principio de culpabilidad de los postulados de la Ley Fundamental o bien sólo se mencionó ocasionalmente (cfr. BVerfGE 6, 389, 439; 7, 305, 319), o bien incluso llegó a limitarse considerablemente (Cfr. BVerfGE 9, 167, 173-174).

⁴ La orientación de la pena a la idea de retribución de la culpabilidad, absolutamente dominante en torno a 1960, se sostuvo en tres variantes diversas: su configuración más clara venía dada por el concepto de «pena retributiva» en sentido estricto (defendido, p. ej., por MAURACH, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1958, pp. 59-60; JAGUSC, en *LK zum StGB*, 8.ª ed., 1957, t. 1, p. 89; PREISER, *Ff. Mezger*, 1954, p. 77, 79; JESCHECK *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, 1957, p. 23; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 5.ª ed., 1956, pp. 190-191). La segunda variante implicaba una diferencia básicamente terminológica, al sustituir la idea de retribución por la «expiación» (cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 9.ª ed., 1959, pp. 78, 86; SCHWARZ/DREHER, *Strafgesetzbuch*, 25.ª ed., 1963, nota 1.A previa al § 13; BOCKELMANN, *Schuld und Sühne*, 1957, pp. 6-7, 27-28; no debe confundirse con ello el intento de ARTHUR KAUFMANN en *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, 1983, pp. 17 ss., de hacer confluír elementos preventivos en el principio de culpabilidad, mediante la idea de expiación). También la teoría de la unión, que consideraba asimismo la finalidad preventiva de la pena (cfr., al respecto KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43.ª ed., 1961, p. 63; BAUMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1961, pp. 9, 14-15; BRUNS, *Strafzumessungsrecht Allgemeiner Teil*, 1.ª ed., 1967, pp. 168-169, 225 ss., 250-251, 259 ss.; BGHSt 3, 268; 5, 334; 6, 127; 7, 32; 16, 353; 20, 267), hundía sus raíces de modo determinante en la idea de retribución de la culpabilidad, cuya prevalencia se expresaba en el hecho de que no pudiera, en virtud de consideraciones preventivas, imponerse una pena inferior a la ajustada a la culpabilidad. Así pues, y dado que en la cuestión decisiva, relativa a si puede imponerse una pena y cuál ha de ser su grado, la idea de retribución de la culpabilidad obtuvo, en la teoría de la unión, la victoria sobre las exigencias preventivas, debe concluirse que dicha teoría de la unión en verdad no es otra cosa que una teoría retributiva con concesiones puramente verbales a los principios de la prevención (correctamente, NOLL, en BAUMANN —comp—, *Misslingt die Strafrechtsreform?*, 1969, p. 52). También se asentaba en esta base el Proyecto de 1962, como se desprende de sus fundamentaciones sobre la medición de la pena, en especial sobre la interpretación de la «fórmula básica»: El precepto del § 2.2 propuesto en el Proyecto de 1959 («La pena no puede superar la medida de la culpabilidad») no fue acogido en el Proyecto de 1962 porque «entraña el peligro de que la medición de la pena pueda desviarse demasiado por debajo de la medida obligada por la gravedad de la culpabilidad. Pues tal enunciado no prohíbe que la pena se quede por detrás de la medida de la culpabilidad» (Proyecto de 1962, Fundamentación, p. 96). Por ello, en la Fundamentación se declara expresamente que la pena «en primer lugar ha de expiar el delito» (*op. cit.*, p. 216), y este principio se expresa finalmente de forma absolutamente inequívoca en el hecho de que la retribución de la culpabilidad haya de constituir una barrera para todas las medidas motivadas por razones preventivo-especiales: la suspensión de las penas

pezaron con la resistencia enconada de los cada vez más numerosos defensores de un *Derecho penal puramente preventivo*⁵. En los últimos tiempos ha llegado a ser seriamente discutido si acaso el principio de culpabilidad no habría de ser desterrado del sistema del Derecho penal, y, con ello, suprimido por completo⁶.

2. Para poder juzgar mejor el valor de esta evolución y de su prosecución en el futuro, es preciso distinguir *tres diversos grados* de intensidad en la caracterización del Derecho penal por la noción de culpabilidad. Esta noción posee el efecto configurador más intenso en un *Derecho penal de retribución de la culpabilidad*, en el que la función de la pena se halla *únicamente* en retribuir la culpabilidad que el autor ha cargado sobre sí al realizar el hecho punible, y en restablecer así la justicia⁷. En un Derecho penal configurado de tal mo-

de prisión de hasta nueve meses se excluye por el § 72, párrafo 1, del Proyecto de 1962, si la culpabilidad del condenado obliga a la ejecución de la pena, y la sustitución de la pena corta privativa de libertad por pena pecuniaria se excluye asimismo por el § 53 del mismo Proyecto, si la culpabilidad del autor requiere una pena privativa de libertad.

⁵ Se ha hecho famoso el enunciado programático del Proyecto Alternativo: «Imponer la pena no es un fenómeno metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres» (así, BAUMANN y otros, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil*, 2.ª ed., 1969, p. 29), Cfr., además, H. SCHULTZ JZ, 1966, pp. 113 ss.; BAUMANN (comp.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968; id. (comp.), *Misslingt die Strafrechtsreform?*, 1969; NEDELMANN/THOSS/BACIA/AMMANN, *Kritik der Strafrechtsreform*, 2.ª ed., 1969; numerosas referencias ulteriores en JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 3.ª ed., 1978, pp. 80 ss. El eje de empuje decisivo del Proyecto Alternativo se orientó precisamente contra el rígido aferramiento del Proyecto de 1962 (reflejado en la nota 4) al principio de retribución de la culpabilidad, también en la determinación del límite inferior de la pena (Cfr. ROXIN, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 23-24, 36 ss.).

⁶ Ello mediante la «configuración político-criminal de la culpabilidad a partir de la doctrina de los fines de la pena» (cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., 1973, p. 33), o bien mediante su reconducción a la prevención general (cfr. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 9). El hecho de si el concepto de culpabilidad, tras esta revolución en su contenido, se mantiene en el sistema como término básicamente obsoleto (así, por ejemplo, JAKOBS, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 384 ss.) naturalmente no cambia nada en lo relativo a la abolición del concepto sistemático tradicional de culpabilidad en el sentido de «reprochabilidad individual por la posibilidad de obrar de otro modo».

⁷ Cfr., al respecto, KANT, *Werke*, 6 vols., comp. por W. WEISCHDEL, 1963, t. IV, *Schriften zur Ethik und zur Religionsphilosophie*, p. 453; HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, comp. por BOLLAND, 1902, p. 94; además, la exposición en MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allg. Teil*, t. I, 6.ª ed., 1983, pp. 72 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.ª ed., 1971, pp. 18 ss.; KÄNEL, *Die Kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss 1981*, pp. 48 ss.; también, no obstante, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, pp. 11 ss.; SEELMANN, *JuS*, 1979, pp. 687 ss.; Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 266 ss.; SCHILD, *SchwZStR*, 99 (1982), pp. 364 ss.; CATTANEO, HÖFFE y FORSCHNER, en BRANDT (comp.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, 1982, pp. 321 ss., 364 ss., 383 ss., que en conjunto proponen una interpretación diferenciada de la teoría de la pena de Kant y Hegel. Si bien estos nuevos intentos de mostrar el concepto de pena de Kant y Hegel como precursor de la pena preventiva del Estado de Derecho (últimamente, SCHILD, *ARSP*, 70 —1984—, pp. 71 ss.), no son capaces de convencer (cfr. en contra, simplemente, el «famoso» —de mala fama— «ejemplo de la isla» de Kant, *op. cit.*, p. 455), ciertamente tendrá que dar que pensar el hecho

do, la culpabilidad jurídico-penal es, por sí sola, condición suficiente de la imposición de una pena y, con ello, el *concepto absolutamente central* del Derecho penal y su sistema. Como grado más próximo, pero ya más débil, hay que aludir a aquel en que se sostiene la sujeción de la medición de la pena a la medida de la culpabilidad. Esta concepción deja abierta en primer lugar la cuestión de si con el Derecho penal se persiguen otros fines además, o en lugar, de la retribución de la culpabilidad; simplemente se considera que, en la determinación de la *cuantía de la pena*, la medida de la culpabilidad ha de proporcionar la pauta vinculante. Esta concepción, sostenida por la doctrina dominante, que se denomina «*de la unión*»⁸, se divide, por su parte, en dos subformas, diferenciadas entre sí por su afinidad con el Derecho penal retributivo del primer grado o bien con el Derecho penal preventivo del tercer grado. En efecto, mientras que la sustitución, motivada por razones preventivo-especiales, de la pena privativa de libertad orientada a la medida de la culpabilidad, por la suspensión de la pena o una pena pecuniaria, tenía lugar en los §§ 53 y 72 del Proyecto de 1962 bajo la salvedad de que la culpabilidad pudiera exigir la sanción más rigurosa, este «pasador de cierre» aparece constituido en los §§ 47 y 56 del StGB de la redacción de la Parte General de 1975 por el criterio de la «defensa del ordenamiento jurídico», esto es, por los requisitos mínimos de la *prevención general*⁹. Finalmente, la noción de culpabilidad ejerce el influjo más débil en términos relativos, en el tercer modelo. En éste, sólo se hace depender de la culpabilidad del autor, en el sentido de reprochabilidad individual de la lesión objetiva del bien jurídico, la cuestión de *si puede imponerse una pena*. En cambio, se sitúa la función de la pena en la protección de bienes jurídicos, y, con ello, en la prevención general o especial, orientándose la medida de la pena, de conformidad con esto, únicamente a criterios *preventivos*. También aquí cabe distinguir dos subformas, según que se continúe atribuyendo a la medida de la culpabilidad la función de determinar el límite superior de la pena o que se estime absolutamente errónea la idea de una correlación entre medida de la culpabilidad y magnitud de la pena¹⁰.

3.a) En nuestro país, el modelo mencionado en primer lugar y la variante del segundo que le resultaba más próxima (es decir, la concepción de un Dere-

de que nuestra práctica judicial actual en materia de Derecho penal patrimonial, comparada con el principio del talión, a menudo tachado de arcaico, opera en forma francamente draconiana.

⁸ Cfr. las referencias en nota 4, así como JESCHECK, *op. cit.* (nota 5), pp. 59 ss., con numerosas referencias.

⁹ Cfr., sobre el concepto de defensa del ordenamiento jurídico, en especial BGHSt 24, 40; MAIWALD, GA, 1983, pp. 49 ss.; NAUCKE y otros *Verteidigung der Rechtsordnung*, 1971; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 21.ª ed., 1982, observaciones previas a los §§ 38 ss., n.º marginal 19 y ss., con ulteriores referencias. Una recaída atávica en la ideología del Proyecto de 1962 se encuentra, por contra, en el § 57.a, párrafo 1, n.º 2, StGB, y en BVerfGE, 64, 261-271 ss.

¹⁰ La primera subforma se realizó en el Proyecto Alternativo, cfr. § 2, párrafo 2, de dicho Proyecto, así como ROXIN, *op. cit.*, (nota 5), pp. 20 ss.; NOLL, *op. cit.* (nota 4), p. 54, y ya *id.*, en *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, p. 22; cfr., al respecto, también LACKNER, *Über neue Entwicklungen in der Zumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis*, 1978, p. 23, con ulteriores referencias. La segunda subforma se desarrolla en este trabajo.

cho penal puramente retributivo de la culpabilidad, así como la de la culpabilidad como pasador de cierre para una sustitución de la pena privativa de libertad motivada por razones de prevención especial) fueron abandonados definitivamente en los años sesenta, cuando se celebró el «adiós a Kant y Hegel»¹¹, y el proyecto de Código penal de 1962, con sus elementos íntimamente ligados a la teoría retributiva¹², se desplomó ante los ataques de los partidarios del Proyecto Alternativo de modo tan súbito que quedó probado lo sumamente rancio de tal concepción. Un renacimiento de ésta a corto plazo puede excluirse de antemano, en la medida en que la idea de retribución de la culpabilidad mediante una pena que lleve en sí su propio fin, en orden a restablecer la justicia, no sólo es en sí misma altamente problemática, sino que además acaba en un programa metafísico, que no es de la incumbencia del Estado en una democracia pluralista y neutral en el plano ideológico, y que queda al margen de las funciones admisibles del Estado.

b) Así, no restan más que aquellas formas menores de influencia de la noción de culpabilidad en Derecho penal que, aunque en el extranjero ya se han abandonado en parte, en Alemania siguen siendo aceptadas y sostenidas por la doctrina dominante. De conformidad con el § 46 StGB, redactado de nuevo en la reforma penal, la culpabilidad del autor continúa siendo el fundamento de la medición de la pena, lo que por la jurisprudencia, con la aprobación de lo que aún es opinión dominante en la doctrina, se entiende en el sentido de que la pena impuesta no puede alejarse ni por encima ni por debajo de la medida de la pena ajustada a la culpabilidad¹³. A la vista de esta relevancia fundamental de la culpabilidad para el «cómo» de la pena, los representantes de la doctrina dominante, naturalmente, hacen depender también el «si» de la pena de la preexistencia de una culpabilidad en el sentido de reprochabilidad individual del hecho¹⁴. Así pues, mientras que el fin de la pena radica

¹¹ Así, el título programático del trabajo de KLUG en BAUMANN, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, cit. (nota 5), pp. 36 ss.

¹² En especial en forma de la aplicación del principio retributivo como barrera frente a las reformas político-criminales, cfr. los §§ 53 y 72 del Proyecto de 1962.

¹³ Cfr., sobre la culpabilidad como límite superior: BGHSt 20, 264, 266-267, y BGH VRS, 28, 359, 362; sobre la culpabilidad como límite inferior: BGHSt 24, 132, 133-134; 29, 319, 321; de acuerdo en la bibliografía: BRUNS, *Leitfaden des Strafzumessungsrechts*, 1980, pp. 85 ss. id., ZStW, 92 (1980), pp. 729-730; G. HIRSCH, en JESCHECK y otros (comp.), *Leipziger Kommentar zum StGB(LK)*, 10.ª ed., 1978 ss., n.ºs marginales, 12 ss., en especial 16, 19 y 23, previos al § 46; JESCHECK, *op. cit.* (nota 5), pp. 703 ss.; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 15.ª ed., 1983, § 46, nota 3.a.aa y bb; MAURACH/ZIPF, *op. cit.* (nota 7), pp. 90-91; id., *Strafrecht Allg. Teil*, t. 2, 5.ª ed., 1978, pp. 432 y 447 ss; sobre la culpabilidad como límite superior, cfr. también BVerfGE 45, 187, 259-260; 50, 1, 11-12.

¹⁴ Cfr. BAUMANN, *Strafrecht Allg. Teil*, 8.ª ed., 1977, pp. 367-370; BLEI, *Strafrecht*, 1, 18.ª ed., 1983, pp. 173 ss., en especial 175-176; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 41.ª ed., 1983, n.º marginal 28 previo al § 1; JESCHECK, *op. cit.* (nota 5), pp. 157, 328-329; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 9), n.º marginal 103, 114 previo a los §§ 13 ss.; MAURACH/ZIPF, *op. cit.* (nota 7), pp. 390-391; RUDOLPHI en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, t. 1, *Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 1982 ss., n.º marginal 1 previo al § 19.

ahora, según la concepción dominante, en la protección de bienes jurídicos mediante la prevención general y especial¹⁵, su imposición y magnitud deben seguir siendo determinadas de modo decisivo por la culpabilidad del autor. No obstante, esta separación de fin y contenido da lugar a suspicacias, puesto que en un ordenamiento jurídico moderno es, en general, usual que la determinación y conformación detallada del contenido de las consecuencias jurídicas tengan lugar a partir de su función¹⁶, y, mientras que el papel dominante de la idea de culpabilidad en un Derecho penal retributivo se entendía de suyo, su prevalencia, todavía perceptible, en un sistema moderno del Derecho penal construido sobre la finalidad preventiva precisa sin duda de una deducción y una justificación autónoma.

c) Por tanto, la noción de culpabilidad constituye en sí un cuerpo extraño en el seno de un moderno Derecho-penal preventivo, cuya inclusión, desde un punto de vista político-criminal y sistemático, o se fundamenta de una forma nueva respecto al viejo Derecho penal retributivo, o debe ser rechazada. De las diversas propuestas de solución desarrolladas al respecto en la bibliografía, y dado el limitado espacio de que aquí dispongo, procederé a tomar las tres más importantes y a examinarlas críticamente a continuación. Éstas son: en primer lugar, la tesis de la conservación del principio de culpabilidad como una *ficción* creada en *favor* del autor; en segundo lugar, la sustitución de la culpabilidad como categoría del sistema del Derecho penal por la reciente categoría de la *responsabilidad*; y, en tercer lugar, la teoría llamada del «*espacio de juego*», como intento de orientar por completo la medición de la pena al baremo de la culpabilidad, dejando sin embargo campo abierto a la consideración de finalidades preventivo-generales y preventivo-especiales.

II. LA CULPABILIDAD, ¿UNA FICCIÓN EN FAVOR DEL AUTOR?

1. La crítica (victoriosa) al Derecho penal retributivo ha obtenido buena parte de su poder de convicción del argumento de que la posibilidad de la culpabilidad tiene como premisa la existencia del libre albedrío humano, premisa cuya corrección no es comprobable ni de modo general ni especial, porque ni el libre albedrío humano ni la posibilidad de actuar de otro modo en una situación concreta son demostrables de modo exacto¹⁷. La doctrina dominante ha

¹⁵ Cfr. al respecto simplemente DREHER/TRÖNDLE, *op. cit.* (nota 14), § 46 n.º marginal 3; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 9), nºs marginales 1 ss., en las observaciones previas a los §§ 38 ss. MAURACH/ZIPF, *ob. cit.* (nota 7), pp. 80 y ss; BGHSt 24, 40, 42; BVerfGE 36, 45, 187, 254.

¹⁶ Cfr. al respecto mi trabajo introductorio en esta obra.

¹⁷ Sobre la crítica al dogma del libre albedrío en general, o a la posibilidad de probarlo en el caso concreto, cfr. DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 4.ª ed., 1977, pássim (desde un punto de vista psicológico; análogo, WEINSCHENK, *Entschluss zur Tat, Schuldfähigkeit, Resozialisie-*

advertido que este argumento en sí no es refutable y, en consecuencia, ha tratado de esquivarlo mediante una reducción del concepto de culpabilidad; así, en vez de la libertad individual de actuar de otro modo, pasa a exigirse el juicio generalizador relativo a que un *hombre medio* en la situación del autor habría podido evitar el hecho y a que el autor también posee de modo general las capacidades de un hombre medio. Por lo demás, se piensa que el Derecho ha de postular la existencia del libre albedrío humano de modo general, porque los hombres sólo pueden existir con conciencia de libertad y responsabilidad. Desde el punto de vista de la justicia, esta «ficción necesaria para el Estado» se justifica de modo parcial aludiendo a que el requisito de reprochabilidad individual opera sólo en favor del autor, dando lugar a la impunidad de todas las acciones inculpables y a la función de la medida de la culpabilidad como límite superior de la pena.

a) Esta concepción, sostenida con ciertas modificaciones por la doctrina dominante¹⁸, esto es, por ejemplo, por BOCKELMANN y JESCHECK, LECKNER

rung, Prävention, 1981, pp. 424 ss.); PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, pp. 207 ss. (desde un punto de vista psicoanalítico); HADDENBROCK, en GÖPPINGER/WITTER (comps.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, II, 1972, pp. 893 ss. (desde un punto de vista psiquiátrico); POTHAST, *Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise*, 1980, pássim (desde un punto de vista filosófico); KARGL *Kritik des Schuldprinzips*, 1982, pp. 236 ss. (desde un punto de vista ecléctico). Sobre la recepción en Derecho penal de la crítica al indeterminismo, cfr. simplemente JESCHECK, *op. cit.* (nota 5), pp. 330 ss.; BOCKELMANN, *ZStW*, 75 (1963), pp. 372 ss.; ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.^a ed., 1965, pp. 1 ss., 23 ss.; SCHREIBER, *Nervenarzt*, 1977, p. 245; id., *NSfZ*, 1981, p. 51; id., en IMMENGA (comp.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, pp. 282-283; HAFFKE, *GA*, 1978, pp. 43-44; KRÜPELMANN, *ZStW*, 88 (1976), p. 31; GIMBERNAT ORDEIG, *ZStW*, 82 (1970), pp. 379 ss.; id., *FSf. Henkel*, 1974, pp. 151 ss.; todos con numerosas referencias ulteriores. Cfr. también, sobre la defensa del indeterminismo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, pp. 145-146; id., *FSf. Engisch*, 1969, pp. 91 ss. (con réplica de POTHAST, *op. cit.*, pp. 329 ss.); GRIFFEL, *ARSP*, 1983, p. 430, con numerosas referencias ulteriores tanto de las posiciones deterministas como de las indeterministas; DREHER, *ZStW*, 95 (1983), pp. 340 ss.; además, desde un punto de vista analítico, WEINBERGER, *Studien zur formal-finalistischen Handlungstheorie*, 1983, pp. 115 ss.

¹⁸ La famosa expresión de la «ficción necesaria para el Estado» proviene de KOHLRAUSCH, *Festgabe f. Güterbock*, 1910, p. 26; sobre la reducción del concepto de libre albedrío a las capacidades de una «personalidad a la medida», cfr. NOWAKOWSKI, *FSf. Rittler*, 1957, p. 71; sobre la «tesis de la limitación», cfr., ante todo, ROXIN, *op. cit.* (nota 5), pp. 20 ss.; id., *MschKrim*, 1973, pp. 320 ss.; críticamente al respecto, sin embargo, Arthur KAUFMANN, *JuS*, 1967, p. 555; LENCKNER, en GÖPPINGER/WITTER, *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, I, 1972, p. 18; ulteriores referencias en KARGL, *op. cit.* (nota 17), pp. 196-197. Cfr., por lo demás, sobre la doctrina dominante (muy diversificada en lo concreto), que aúna un agnosticismo templado con un «indeterminismo normativo», JESCHECK, *op. cit.* (nota 5), pp. 331-332; BOCKELMANN, *ZStW*, 75 (1963), p. 388; id., *Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 1979, p. 110; LANGE, en *LK*, cit. (nota 13) § 51, n.º marginal 6; RUDOLPHI, en *SK* (nota 14), § 20, n.º marginal 25; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 9), n.º marginal 110 previo al § 19; KRÜPELMANN, *ZStW*, 88 (1976), p. 12; BLEI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 18.^a ed., 1983, p. 177; STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 1981, p. 157; ZIFF, *Kriminalpolitik*, 2.^a ed., 1980, pp. 64-65; todos con numerosas referencias ulteriores. Cfr., además, las referencias *supra*, en nota 17, así como en KRÜPELMANN, *GA*, 1983, pp. 337-338; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, p. 17; JAKOBS,

y ROXIN, produce, en primera instancia, una cierta distensión de la antiquísima polémica entre determinismo e indeterminismo; sin embargo, tras una consideración más detallada, se muestra en parte insuficiente y en parte innecesariamente recatada. Resulta *insuficiente* porque la ficción legal de una posibilidad de actuar de otro modo que no concurre en realidad difícilmente puede aceptarse en un Estado de Derecho para el caso de que opere en perjuicio del reo, y porque la prueba que pretende aportar ROXIN relativa a que esta ficción sólo opera en favor del autor¹⁹, no convence, al menos en lo relativo al acto de la determinación judicial de la pena. En efecto, si, según la doctrina dominante, la pena que imponer *no puede quedar por debajo* del límite inferior del marco adecuado a la culpabilidad²⁰, entonces resulta que aquí el principio de culpabilidad impide una atenuación de la pena, operando de forma indudablemente *perjudicial* para el autor.

Esta conclusión no puede eludirse ni siquiera aunque se distinga de modo estricto, siguiendo a ACHENBACH²¹, entre culpabilidad como fundamento de la pena y culpabilidad en la medición de la pena. Ciertamente, como prueban la exclusión de culpabilidad en los casos de una intensa perturbación mental y la atenuación de la pena en los casos de perturbación mental menos intensa, la culpabilidad en la medición de la pena constituye únicamente una ampliación de la culpabilidad como fundamento de la pena al ámbito de lo cuantitativo, mientras que, por otro lado, la culpabilidad como fundamento de la pena se ve implicada por el reconocimiento de una culpabilidad en la medición de la pena.

b) Sin embargo, la solución por la que opta la doctrina dominante no sólo es inadmisibles, sino también *innecesaria*, puesto que los ataques que desde las filas del determinismo se dirigen a la idea de culpabilidad en Derecho penal pueden ser desarmados de forma mucho más eficaz. En efecto, la forma en que usualmente se pone en duda el libre albedrío humano, en especial en Derecho penal, constituye una elucubración irreal, que no sólo amenaza con desterrar al Derecho penal de nuestra realidad social global, sino que también articula un *malentendido* básico en torno a la función del concepto de libre albedrío en el contexto social y de su contenido, que sólo se concibe en el seno de dicho contexto. Ciertamente, el libre albedrío no es un mero dato biofísico, sino una parte de la llamada *reconstrucción social de la realidad*²² e incluso,

Strafrecht Allgemeiner Teil, 1983, p. 397; análogo en la conclusión también ENGLISH, *op. cit.* (nota 17), pp. 38 ss.

¹⁹ Cfr. ROXIN, *op. cit.* (nota 5).

²⁰ Cfr. las pruebas en nota 13, así como BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2.ª ed., 1974, pp. 263 ss., en especial pp. 264 y 284; DREHER/TRÖNDLE, *op. cit.* (nota 14), § 46, n.ºs marginales 7 y 8; ZIPF, *Die Strafzumessung*, 1977, p. 43; id., *Die Strafmassrevision*, 1969, p. 80. Entretanto, también ROXIN se ha inclinado por esta posición, dado que se ha adherido a la pena del «espacio de juego» y sólo ha estimado excepcionalmente permitido que la pena quede por debajo de la medida de la culpabilidad (en *SchwZStR*, 94 —1977—, pp. 469 ss., 479).

²¹ En *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, p. 13 y pássim; de acuerdo, ROXIN, *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 282, 297, 304; por contra, como aquí, KÖHLER, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983, p. 28.

²² Cfr., al respecto, BERGER-LUCKMANN, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*,

según creo, pertenece a una capa especialmente elemental, al menos de la cultura occidental, cuyo abandono sólo sería concebible en caso de liquidación de esta cultura en su globalidad. Dado que las singularidades lingüísticas de una sociedad y, en especial, la gramática de su lengua, de conformidad con la convincente tesis central de la teoría del lenguaje de HUMBOLDT y WHORF²³, ponen de manifiesto una determinada visión del mundo, difícilmente podrá discutirse, al menos en el caso de las lenguas indogermánicas, lo arraigado del libre albedrío en las más elementales formas gramaticales. En efecto, la construcción de las frases con un sujeto agente y un objeto que padece la acción, así como las formas gramaticales de la voz activa y la pasiva muestra una visión del mundo conformada por el sujeto activo, y, en última instancia, por su *libertad de acción*, que constituye un punto de partida del que no se puede prescindir en tanto en cuanto tales estructuras lingüísticas dominen nuestra sociedad. Ello por no aludir más que a un débil reflejo de las modificaciones que habrían de tener lugar antes de que pudiera pensarse en una real eliminación del libre albedrío del contexto social (y que convertirían la totalidad de la historia europea hasta nuestros días en una *quantité négligeable*). Sólo en el momento en que fuera natural para cada uno de nosotros no concebir las propias elucubraciones en términos de sujeto, predicado y objeto, activa y pasiva, sino, por ejemplo, pensar en términos de que «cabe la posibilidad de que en las elecciones al *Bundestag* se me encuentre en la urna»²⁴, *cabría imaginar*,

1969, pp. 36 ss., 128 ss.; sobre el paradigma de la etnometodología que subyace a ello, WEINGARTEN/SACK/SCHENKEIN (comps.), *Ethnomethodologie-Beiträge zu einer Soziologie des Alltagshandelns*, 1976, pássim, y de modo especialmente expresivo WEINGARTEN/SACK, *ibid.*, pp. 20-21 («La significación de la Etnometodología radica en que la misma, mediante esta imagen formulada teóricamente y mostrada empíricamente de hombres que actúan de modo competente, ha roto los vínculos con los modelos deterministas de teóricos behavioristas y funcionales-estructurales en las ciencias sociales e, instruida por la tradición filosófica de la fenomenología, ha mostrado las vías para observar al individuo que obra en forma orientada a fines en la construcción de la realidad social y descubrir a ésta por medio de ello»); además, también ZIMMERMAN/POLLNER, *ibid.*, pp. 64 ss., 53 ss. («La permeabilidad de las realidades»).

²³ Sobre la teoría del lenguaje de Humboldt, cfr. W. VON HUMBOLDT, *Gesammelte Schriften*, 1903 ss. t. VI, pp. 16, 22-23, 160 ss., así como t. VII, pp. 53 ss., 94 ss.; VON KUTSCHERA, *Sprachphilosophie*, 2.ª ed., 1975, pp. 289 ss.; WEISGERBER, *Vom Weltbild der deutschen Sprache*, 2.ª ed., 1953-1954, t. 1, pp. 11 ss.; t. 2, pp. 126 ss. De modo muy análogo, SABIR, *Language*, 5 (1929), p. 209; *id.*, *Science*, 74 (1931), p. 578, así como Whorf, con cuyo nombre se asocia hoy comúnmente la hipótesis «estructura del lenguaje = visión del mundo» (cfr. WHORF, *Sprache —Denken— Wirklichkeit*, comp. y trad. del inglés por Krausser, 1963, pp. 7 ss., 51 ss., 74 ss. y pássim, así como la exposición en VON KUTSCHERA, *op. cit.*, pp. 300 ss.; HARTIG, *Einführung in die Sprachphilosophie*, 1978, pp. 138 ss.; HENLE, en HENLE —comp.—, *Sprache, Denken, Kultur*, del inglés, 1969, pp. 9 ss.; cfr. además la exposición exhaustiva y la discusión en HOIJER —comp.—, *Language in Culture*, 7.ª ed., Chicago London, 1971 pássim). Una exposición del aspecto temporal de los lenguajes en atención a la hipótesis de Whorf se encuentra en WEINRICH, *Tempus*, 2.ª ed., 1971, pp. 300 ss. La crítica a la hipótesis de Whorf (cfr., por ej., BLACK, en *The Philosophical Review*, 1959, pp. 228 ss.; CARROLL, *Language and Thought*, Prentice Hall, N. J., pp. 106 ss.; DE SAUSSURE, *Grundfragen der allgemeinen Sprachwissenschaft*, 2.ª ed., 1967, pp. 273 ss.) se refiere esencialmente a la cuestión de si la visión del mundo expresada en una estructura lingüística es irreversible y no contradice la corrección del principio fundamental.

²⁴ En donde el ejemplo dado en el texto es todavía muy incompleto, pues —por falta de una

también en el Derecho penal, la posibilidad de prescindir del fundamento del libre albedrío que, entretanto, le corresponde de modo necesario a partir de la realidad social.

Las conclusiones de la lingüística comparada prueban que esta interpretación de la estructura gramatical básica de las llamadas lenguas-SAE²⁵ no constituye una sobrevaloración de una variante idiomática casual, en sí misma irrelevante. En efecto, ya WHORF contrapuso a la estructura de sujeto-predicado, propia de las lenguas-SAE, el tipo de oración de los indios nootka, en el que (al igual que sucede en ciertos verbos de los indios hopi) no existe una separación de sujeto y predicado, con lo cual estas lenguas serían más adecuadas para una descripción de fenómenos de la naturaleza sin una autoría agente²⁶. LEE, por su parte, ha puesto de relieve, mediante el ejemplo de la lengua wintu, que los verbos de ésta adoptan dos formas semejantes: una que se refiere al sujeto como agente libre y otra que expresa un estado del ser, en el que no se ha pensado a la vez ningún individuo que actúe libremente. A la raíz verbal de la segunda categoría se le añade un sufijo, cuya función parece ser la de expresar la necesidad natural y que toma como punto de referencia un futuro inevitable, respecto al que el individuo se halla indefenso. Pues bien, en opinión de LEE esta gramática se corresponde con la metafísica del pueblo wintu, según la cual el wintu dispone únicamente de un pequeño ámbito en el que poder elegir y tomar decisiones, mientras que el mundo de la necesidad natural es mucho más amplio²⁷. Finalmente, HOIJER ha constatado que el modelo de oración «agente-acción», propio de las lenguas-SAE, es ajeno a la lengua de los navajos, dado que éstos no conciben la acción como algo que parte de un sujeto, sino como inherente a un objeto²⁸.

2. El que aboga por un completo abandono de la idea de libre albedrío en Derecho penal se comporta, por tanto, en el fondo, de forma tan ingenua como desvalida. Se comporta *ingenuamente* porque no advierte que el libre albedrío se halla asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y, por ello, tiene una presencia real en la sociedad. Así las cosas, no cabe prescindir de él en la planificación de modificaciones sociales, como tampoco es posible combatir la existencia de una administración estatal de eliminación de basuras con el argumento de que todavía no se ha advertido la

posibilidad lingüística alternativa— mantiene la estructura gramatical de sujeto y objeto y simplemente elimina un sujeto personal reconocible.

²⁵ Con este término, introducido por Whorf, se alude al estándar de lengua media europea (*Standard Average European*). Sobre la cualidad de las lenguas europeas occidentales, en las que la oración tiene como centro al sujeto, cfr. también la observación de BROEKMANN, *Rechtstheorie*, 1980, p. 27.

²⁶ Cfr. WHORF *op. cit.* (nota 23), pp. 43-44.

²⁷ Cfr. LEE, en *Philosophy of Science*, 5 (1939), pp. 90 ss., así como HENLE, *op. cit.* (nota 23), pp. 21 ss., 29-30.

²⁸ En *Language*, 27 (1951), pp. 111 ss.; cfr., al respecto, HENLE, *op. cit.*, (nota 23), pp. 36 ss.

«cosa en sí» que subyace a la basura y de que el hedor de los desechos constituye únicamente una errónea percepción de la realidad por el hombre²⁹. Y obra *sin apoyo alguno* porque está completamente excluido el poder retroceder más allá de las estructuras profundas de nuestra existencia social, de modo que sería completamente imposible la puesta en práctica consecuente de un Derecho penal que partiera de la ausencia de un libre albedrío en el hombre. Esto se ilustra muy bien mediante la agudeza de aquel juez que, ante la objeción del acusado de que no podía ser condenado debido a la inexistencia del libre albedrío humano, le replicó con pesar que también él —el juez— carecía de libre albedrío y no podía hacer otra cosa que condenarle. Con esta apostilla se alude a la aporía irresoluble del determinismo jurídico-penal, el cual —aplicado al propio juez penal— conduciría a una renuncia al carácter normativo del ordenamiento jurídico en su totalidad, acabando en un cambio de paradigma incompatible tanto con las premisas culturales del Derecho penal como con la estructura fundamental de nuestro Derecho. Los defensores de este cambio de paradigma desconocen que la visión del mundo del jurista no reside en teorías esotéricas, sino en la vida diaria conformada por el lenguaje ordinario³⁰.

3.a) Así pues, al menos en el Derecho penal europeo, no puede ponerse en duda la existencia del libre albedrío humano como fenómeno social, de lo que se sigue necesariamente que, en el caso de un autor medio en una situación media, debe partirse *eo ipso* de la posibilidad de actuar de otro modo. A partir de esta base arquimediana pueden recopilarse aquellas condiciones empíricas de la «capacidad de respuesta a la norma», que conducen a que la mayoría de ciudadanos en la mayoría de las situaciones de decisión reciban motivaciones conformes a Derecho y cuya ausencia determina el fracaso de la emancipación humana de instintos e impulsos mediante una orientación cognitiva a valores.

b) En definitiva, el problema del libre albedrío no nos obliga necesaria-

²⁹ Del mismo modo que no sería posible invocar la «cosa en sí» kantiana como prueba de la insensatez de la garantía de la propiedad del artículo 14 de la GG, tampoco cabría servirse del solipsismo filosófico como argumento de que la garantía de los derechos fundamentales es superflua. Y, contemplándolo de modo más preciso, el determinismo jurídico-penal puede desenmascarse como un quijotismo, pues conduciría a una destrucción de todos los principios modernos de limitación del Derecho penal; así, por ejemplo, una descriminalización a fin de respetar la libertad general de acción, como la que se ha llevado a término en los delitos sexuales por la 4.^a Ley de reforma del Derecho penal, carecería de sentido en un sistema determinista.

³⁰ Curiosamente, en la filosofía, tanto el neokantiano Lask como partidarios de la filosofía analítica del lenguaje han intentado renovar la demostración, emprendida ya por Epicuro, de que el determinismo, aplicado consecuentemente, se contradice a sí mismo (cfr. la exposición y crítica en POTHAST, *op. cit.* —nota 17—, pp. 251 ss., así como, sobre Epicuro, POPPER, en POPPER/ECCLÉS, *Das Ich u. sein Gehirn*, 1977, p. 106); sin perjuicio de la réplica filosófica dirigida contra ello por POTHAST (*op. cit.*), esta autocontradicción podría ser irrefutable en todo caso en el marco de nuestro concepto de Derecho. Por lo demás, sobre el mundo diario, estructurado en el lenguaje ordinario, como objeto del Derecho, cfr. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.^a ed., 1965, 23-24.

mente a fundar la noción de culpabilidad en Derecho penal, por razones epistemológicas, sobre la base de una ficción, ni a limitarla simplemente a constituir una valoración en favor del autor. Aunque, ciertamente, con ello no se ha dado respuesta a la cuestión de dogmática jurídico-penal relativa a si la idea de culpabilidad puede cumplir alguna función legítima en un Derecho penal moderno, dominado por la finalidad preventiva, o se ha convertido en un cuerpo extraño en el seno de éste. A tal cuestión quiero dedicarme en lo que sigue.

III. ¿SUSTITUCIÓN DE LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD POR LA PREVENCIÓN GENERAL?

1. Según se observó al principio, la categoría dogmática de la culpabilidad —en el sentido de *reprochabilidad individual*—, como requisito de la fundamentación de la pena, se considera obsoleta, en la más reciente discusión, por autores notables, si bien con fundamentaciones diversas en los detalles. Según la posición comparativamente poco radical, de ROXIN³¹, las llamadas «causas de exclusión de la culpabilidad» de la Parte General, como, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante, el error de prohibición y el exceso en la legítima defensa, no se basan en el hecho de que en estos casos *se excluya la posibilidad de actuar de otro modo* sino en la consideración de índole puramente político-criminal, en virtud de la cual una pena no resulta exigida, ni por razones *preventivo-generales ni preventivo-especiales*, cuando al autor no se le puede exigir una observancia de la norma debido a la intensa presión motivatoria, y, por otra parte, tampoco sería justo exigir a la población una más firme fidelidad a la norma. Como ejemplo de ello, menciona ROXIN, entre otras, la regulación del estado de necesidad exculpante del § 35 StGB, según el cual se excluye la culpabilidad del autor cuando éste ha cometido un delito en una situación de peligro para la vida o la integridad física no evitable de otro modo, pese a lo cual se rechaza la aplicación de la exigente cuando el autor, por ejemplo en su calidad de bombero o policía, estaba obligado a hacer frente al peligro³². Dado que tal deber jurídico objetivo-normativo no pue-

³¹ Desarrollada en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1.ª ed., 1970; 2.ª ed. 1973, pp. 33 ss.; completada en *MschKrim*, 1973, pp. 316 ss.; *FS f. Henkel*, 1974, pp. 171 ss.; *FS f. Schaffstein*, 1975, pp. 105, 116 ss.; *SchwZStR*, 94 (1977), pp. 470-471 (con explicación de la problemática específica de la medición de la pena en *FS f. Bruns*, 1978, pp. 183 y 190 ss.); *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 279 ss. De acuerdo en la esencia, RUDOLPHI, en BÖNNERLE/DE BOOR (comps.), *Unrechtsbewusstsein*, 1982 (Heft 7 de la Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung); MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979, pp. 18 ss.; en parte, también STRATENWERTH, *op. cit.* (nota 18), pp. 42 ss. Crítico, por ejemplo, STRATENWERTH, *MschKrim*, 1972, pp. 196-197; ZIPF, *ZStW*, 89 (1977), pp. 710 ss.; MUÑOZ CONDE, *GA*, 1978, pp. 70-71; SCHÖNEBORN, *ZStW*, 88 (1976), pp. 349 ss.; BURKHARDT, *GA*, 1976, pp. 336 ss. Cfr. por lo demás, sobre la discusión generada por el principio de Roxin, las referencias en RUDOLPHI, *SK* (nota 14), n.º marginal 1.b previo al § 19; ZIPF, *Kriminalpolitik* (nota 18), p. 62; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., 1973, pp. 45 ss.

³² *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (nota 31), pp. 33-34, etc.

de proporcionar a bomberos o policías una mayor dosis de libertad de acción fáctico-subjetiva que la que tiene el ciudadano medio, que no se halla sometido a ningún deber de sacrificio, la concreta regulación legal del estado de necesidad exculpante de hecho sólo puede explicarse entendiendo que el legislador, por razones político-criminales, en el caso del ciudadano medio, estima suficiente para la impunidad una mera reducción de la libertad de acción, mientras que sigue castigando, aun con una libertad de acción reducida, a los bomberos o policías que infringen los deberes de su cargo. A ello subyace la consideración de que la sociedad depende de la intervención de estas personas para la protección de bienes jurídicos, de modo que es obligado, por razones preventivo-generales y preventivo-especiales, prescindir de tener en cuenta las limitaciones de su libertad de motivación. En conclusión, incluso la lesión de un bien jurídico evitable para el autor sólo se sanciona cuando ello es necesario por razones preventivo-generales para el mantenimiento de la fidelidad al Derecho de la población en su conjunto o, en todo caso, de la fidelidad al Derecho de los funcionarios más importantes. Por esta razón, el legislador no sólo renuncia a la pena cuando la libertad de decisión del autor está excluida de modo completo, sino ya cuando la libertad de decisión se ha reducido hasta tal punto que, desde perspectivas preventivo-generales, no parece necesaria una sanción jurídico-penal para la salvaguardia del bien jurídico.

Así pues, según esta concepción de ROXIN, la categoría dogmática tradicional de la culpabilidad debe completarse mediante la exigencia complementaria de una *necesidad preventivo-general de pena*. Una conclusión que estimo plenamente acertada, y ello por dos razones: En primer lugar, porque la concreta regulación legal de las llamadas causas de exclusión de la culpabilidad sólo puede entenderse si se reconoce como fundamento de la renuncia a la pena por parte del Estado, además de la imposibilidad de actuar de otro modo, el decaimiento de una necesidad preventivo-general de pena a causa de una intensa reducción de la libertad de acción. Y, en segundo lugar, porque de este modo la dogmática de la Parte General se armoniza de un modo admirable con la nueva orientación de la doctrina de los fines de la pena, consistente en el tránsito de un Derecho penal retributivo a un Derecho penal preventivo. Ciertamente, en un Derecho penal preventivo la intervención penal del Estado no la puede desencadenar la culpabilidad por sí sola, sino únicamente la necesidad preventiva de pena. Por todo ello merece una adhesión sin reservas la propuesta de ROXIN de completar la categoría sistemática de la culpabilidad con la necesidad preventiva de pena, creando para la conjunción de ambos elementos la *nueva categoría sistemática de la responsabilidad*³³.

2.a) Resta por cuestionar si acaso no deben extraerse consecuencias más

³³ Como interesante reminiscencia histórica, debe tomarse nota de que esta expresión fue ya elegida por VON LISZT para la caracterización de la culpabilidad, (cfr. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14/15.ª ed., p. 157). Aunque, naturalmente, sólo tiene un significado terminológico el que a esta categoría sistemática se la denomine «responsabilidad» o «reprochabilidad» o, no obstante, «culpabilidad», en sentido amplio.

radicales de la transformación de un Derecho penal retributivo en un Derecho penal preventivo y, en consecuencia, no se debe sustituir de modo completo la categoría de la culpabilidad, como presupuesto de la punibilidad, por la necesidad preventivo-general de pena (o reconducirse a ella), tal como exige JAKOBS³⁴ y alguna vez ha insinuado³⁵ ROXIN. Adelantando la conclusión, diré que estimo que tal propuesta extrema es dogmáticamente incorrecta; es más, que un abandono de la noción clásica de culpabilidad llevaría a una seria puesta en peligro de nuestro Derecho penal, presidido por los principios del Estado de Derecho. La sustitución del concepto de culpabilidad por las exigencias de la prevención general destruiría, por tanto, la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad y que es absolutamente fundamental para el Derecho penal de un Estado de Derecho, puesto que las consideraciones preventivo-generales pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena, pero no su defendibilidad en términos axiológicos³⁶. En un Estado en el que el principio de «el fin justifica los medios» no constituye la pauta suprema de la actuación del Estado, sino que, de conformidad con el artículo 1.º de la Ley Fundamental, se ha hecho del respeto a la dignidad humana del ciudadano individual el fin fundamental, la imposición de una pena criminal, como medio de fuerza más enérgico e incisivo de que dispone el Estado, precisa de una legitimación especial, además de la comprobación de su utilidad funcional. En efecto, la pena criminal debe legitimarse de modo que su imposición a un concreto ciudadano, con el a menudo consiguiente aniquilamiento de la existencia social

³⁴ Por primera vez en *Schuld und Prävention*, 1976. Desarrollada después en *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 392 ss. De modo análogo, HAFFKE, *Mschkrkrim*, 1975, p. 53-55; *id.*, *GA*, 1978, p. 45; *id.*, en HASSEMER/LÜDERSSEN (comps.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, III, 1978, pp. 166 ss.; STRENG, *ZStW*, 92 (1980), pp. 637 ss.; *id.*, *JZ*, 1984, p. 114; DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels*, 1979, pp. 108 ss.; críticamente, BURKHARDT, *GA*, 1976, pp. 335 ss.; SCHÖNEBORN, *ZStW*, 92 (1980), pp. 682 ss.; STRATENWERTH, *ZStW*, 91 (1979), pp. 915 ss.; *id.*, *op. cit.*, (nota 18), pp. 29 ss.; SEELMANN, *Jura*, 1980, pp. 508 ss. El que JAKOBS continúe manteniendo en su sistema el término «culpabilidad» (cfr. *Strafrecht AT*, p. 384 y pássim), naturalmente no modifica el juicio de que, de hecho, ha abandonado por completo el concepto tradicional de culpabilidad.

³⁵ Cfr., en especial, sus observaciones en esta línea en el *FS f. Henkel*, 1974, pp. 181-182, 186.

³⁶ Sobre la distinción, efectuada en el texto, entre lo funcional y lo axiológico, cfr. MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1, 1.ª ed., 1920, pp. 12-13; *id.*, *Rechtssoziologie* (ed. por Winkelmann), 2.ª ed., 1967, pp. 331 ss.; LOOS, *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, 1970, pp. 117 ss.; cfr. también MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, pp. 130 ss. Que una argumentación funcional precisa siempre de un complemento axiológico, se sigue, en una perspectiva lógica, del hecho de que, con la determinación de la utilidad de una determinada medida (aquí, la pena criminal) para la obtención de un determinado fin, todavía no se ha dicho nada acerca de si ese fin es más importante que otros fines concurrentes (concretamente: si los bienes jurídicos del autor menoscabados por la pena son menos valiosos que el efecto preventivo que se pretende alcanzar con la pena). La solución de esta cuestión de la prioridad sólo puede hallarse mediante un principio normativo, de cuyo complemento precisa todo pensamiento funcional (así pues, la «equivalencia funcional» que NAUCKE, en *ZStW*, 94 —1982—, p. 534, proclama existente entre legitimación y funcionalidad, no es correcta; en contra, correctamente en la base, OTTO, *GA*, 1981, pp. 490-491). Sobre los problemas de legitimación, cfr. por lo demás, de modo general, R. SCHMIDT, *JZ*, 1983, pp. 725 ss.; ZEDLER, *Zur Logik von Legitimationsproblemen*, 1976, pássim.

del mismo, aparezca como una medida justa y defendible también frente a él. La cuestión de la legitimación habría de plantearse incluso aunque tuviéramos perfecto conocimiento de los mecanismos de eficacia de la prevención general y la prevención especial y sólo se impusieran las penas absolutamente necesarias en términos tanto preventivo-generales como preventivo-especiales. Sin embargo, en lugar de ello, la amarga realidad es que la invocación de la idea de la prevención especial no hace más que ocultar el efecto preponderantemente criminógeno de las sanciones conectadas con la privación de libertad³⁷. Por

³⁷ Que esta constatación, que se impone por sí misma a todo conocedor de la ejecución penitenciaria y puede extraerse en cualquier momento de la lectura de las estadísticas de reincidencia, haya tenido que ser importada de los Estados Unidos y de Escandinavia bajo la expresión del «abandono de la ideología del tratamiento» (cfr., al respecto, KAISER, en KAISER/KERNER/SCHÖCH, *Strafvollzug*, 3.ª ed., 1982, pp. 32 ss.; JESCHECK, *op. cit.* —nota 5—, pp. 608 ss.; id., *ZStW*, 91 —1979—, pp. 1037 ss.; ESER, *FS f. Peters*, 1974, pp. 505 ss.; SIMSON, *FS f. Dreher*, 1977, pp. 747 ss.; WEIGEND, *ZStW*, 94 —1982—, pp. 801 ss.; todos con numerosas referencias ulteriores) da lugar a un juicio no demasiado favorable sobre la adecuación a la realidad de la discusión político-criminal alemana de finales de la década de los sesenta (cfr., sin embargo, también las referencias de signo contrario en KAISER, *FS f. Würtenerberger*, 1977, pp. 366-367). Por tanto, continúa siendo utópica una fundamentación empírica de la teoría preventivo-especial de la pena (cfr. la valoración de KAISER, *Kriminologie*, 6.ª ed., 1983, pp. 129 ss.; HARTUNG, *Spezialpräventive Effektivitätszumessung*, Tesis de Göttinga, 1981, así como PFEIFFER, *Kriminalprävention im Jugendgerichtsverfahren*, 1983, pp. 106 ss., junto con las consecuencias que allí mismo, p. 113, se extraen a propósito de la ideología educativa de la práctica dominante en los tribunales de menores, completamente ciega a la realidad; sobre los criterios sociológicos de explicación, cfr. simplemente VON TROTHA, *Recht und Kriminalität*, 1982, pp. 108 ss.). A pesar de todo ello, sería completamente erróneo extraer de aquí la conclusión de que la ejecución penitenciaria no tiene por qué configurarse como ejecución de tratamiento o bien que esto es deseable únicamente por razones humanitarias (así, en especial SCHNEIDER, en SIEVERTS/SCHNEIDER (comp.), *Handwörterbuch der Kriminologie*, t. 2, 1977, pp. 549, 552; id., *Kriminologie*, 1974, p. 168). En efecto, precisamente porque la ejecución de la pena privativa de libertad tiene un efecto básicamente criminógeno, unido ello al principio evidente de que el Estado no puede, mediante la pena, hacer al autor de peor condición, es posible deducir un deber del Estado de dar al recluso, mediante un sistema de ayudas que se le ofrezcan durante la ejecución penitenciaria, la posibilidad de compensar tales efectos criminógenos; por tanto, no hay «alternativa alguna al tratamiento» (KAISER, en *Loccumer Protokolle*, 20/1980, p. 102). En esta derivación de la «pretensión del recluso a una ejecución de tratamiento» queda claro sin más que es difícilmente sostenible la práctica ya hoy extendida, y creciente sin duda en la conformación de los establecimientos de terapia social, de reservar el tratamiento y la mayoría de las restantes ayudas al autor sobre el que se efectúa un pronóstico favorable. Pues, en primer lugar, los métodos de pronóstico siguen siendo tan inseguros (cfr. simplemente FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983, pp. 27 ss., 108 ss.; id., *ZStW*, 94 —1982—, pp. 585-586), que la usual clasificación de los reclusos corre el peligro de adoptar el carácter de una *self fulfilling prophecy* (cfr. MÜLLER-DIETZ, —comp.—, *Recht und Gesetz im Dialog*, 1982, p. 62). Y, por otro lado, resulta que también el autor con peor pronóstico (¿quizá precisamente por los efectos criminógenos especialmente intensos que en él tiene la ejecución penitenciaria!) tiene lógicamente un derecho a que se le ofrezcan las correspondientes ayudas, aunque, por tal principio de «vasos comunicantes», disminuyan las posibilidades de resocialización en otro lugar. De otros modos, dado lo limitado de los medios que el Estado ha puesto a disposición en este ámbito y de la aporía, cuya resolución no parece posible en un tiempo no lejano, de la «educación para la libertad en condiciones de privación de libertad», no puede caber duda alguna acerca de que una derivación funcional de la pena a partir de la idea de prevención especial constituiría una necesidad y de que el concepto de resocialización únicamente puede tener la finalidad de combatir en la medida de lo posible las consecuencias dañosas de una pena que resulta necesaria por otras razones.

otro lado, sigue siendo una cuestión pendiente de resolución hasta hoy la relativa a en qué condiciones opera el Derecho penal de modo preventivo-general o bien hasta qué punto puede disminuirse la medida de sanción y renunciarse a la pena antes de que se aniquile la necesaria eficacia preventivo-general del Derecho penal³⁸. En una situación así, a mi juicio, no puede haber la más mínima duda acerca de que la pena necesita, para su justificación, además de su utilidad preventiva, todavía no aclarada de modo definitivo, de un principio autónomo de legitimación, para lo cual sólo puede tomarse en cuenta la culpabilidad. Pues bajo la vigencia del principio de culpabilidad cabe argumentar a cualquiera que él, al actuar, sabía o podía saber qué le esperaba y que, en consecuencia, sólo recibe lo que pudo prever y evitar. Por tanto, únicamente el principio de culpabilidad autoriza al Estado a hacer responsable al individuo por sus delitos y a imponerle sanciones que afectan al núcleo de su personalidad³⁹.

³⁸ Ciertamente, parece exagerada la tesis de W. HASSEMER de que «una política criminal asentada sobre bases preventivo-generales se halla expuesta a la refutación en mucha menor medida» que la prevención especial y que, en concreto, una concepción preventivo-general que tratara al Derecho penal como factor general de socialización «en la práctica podría estar completamente asegurada contra la refutación» (en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, pp. 35-36; en este punto, Hassemer pasa por alto, en especial, que las premisas empíricas de la prevención general pueden ser perfectamente sometidas a comprobación en el marco general de referencia de las ciencias sociales; cfr., por ejemplo, en lo relativo a la psicología del aprendizaje, BRELAND, *Lernen und Verlernen von Kriminalität*, 1975, pp. 75 y ss.; id., *ZRP*, 1972, pp. 183 ss.). Sin embargo, por otro lado, no es posible negar que hasta nuestros días apenas sabemos nada de modo seguro acerca de qué conductas socialmente indeseadas deben ser criminalizadas con el fin de mantener la conciencia jurídica general y de con qué intensidad ha de recaer la sanción sobre el infractor del Derecho para conseguir este mismo fin (cfr., simplemente, HASSEMER, *op. cit.*, pp. 42 ss.; id., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, pp. 287 ss. [trad. española de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984 (N. del T.)]; MÜLLER-DIETZ, *Strafbegriff und Strafrechtspflege*, 1968, pp. 91 ss.; ANDENAES, *Punishment and detence*, Ann Arbor, 1974, pp. 45 ss. y pássim; ALBRECHT, en *Forschungsgruppe Kriminologie* —comp—, *Empirische Kriminologie*, 1980, pp. 305 ss.; DIEKMANN, *Die Befolgung von Gesetzen*, 1980, pp. 106 ss., 122 ss.; OPP, *Soziologie im Recht*, 1973, pp. 207 ss.; KAISER, *Kriminologie* —nota 37—, pp. 88 ss.; MÜLLER-DIETZ, *op. cit.* —nota 37—, pp. 65 ss.; DÖLLING, en KERNER/KURY/SESSAR, *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätentstehung und Kriminalitätskontrolle*, t. 6/1, 1983, pp. 51 ss., con numerosas referencias ulteriores, en especial de las investigaciones americanas; KÖBERER, *MschKrim*, 1982, pp. 200 ss.; MÜLLER, *Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert*, 1984, pp. 12-13; KUBE, *Prävention von Wirtschaftskriminalität*, 1984. Cfr., además, las investigaciones más antiguas sobre el efecto preventivo-general de las sanciones en el Derecho penal del tráfico, de KAISER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, 1970, pp. 365 ss., 409 ss.; SCHÖCH, *Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz*, 1973, pp. 192 ss., 209 ss., así como, sobre el nuevo «criterio económico» en la discusión preventivo-general, OTTO, *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle*, 1982, pp. 129 ss. y pássim; VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, 1982, pp. 37 ss. y pássim).

³⁹ Naturalmente, por ello mismo precisan las medidas de seguridad de un principio de legitimación en lugar del principio de culpabilidad. Dicho principio, sin embargo, en contra de lo apuntado por una concepción tan incorrecta como extendida (cfr. ZIPF, *JuS*, 1974, pp. 274-278 = ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1974, p. 101; de modo análogo, id., *Kriminalpolitik* —nota 18—, p. 66; PREISDANZ, *Strafgesetzbuch. Lehrkommentar*, 30.ª ed., 1978, § 62, nota 1; con mayor alcance, ELLSCHIED/HASSEMER, *Civita*, 9 —1970—, pp. 27 ss., reimprimido en LÜDERSSEN/SACK —comps.—, *Seminar Abweichendes Verhalten*, II,

b) Por otro lado, sólo el principio de culpabilidad puede evitar también que el Estado, en interés de una protección preventiva de bienes jurídicos, lleve a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los

1, 1975, pp. 266 ss., 281 ss.; CALLIESS, *Theorie der Strafe*, 1974, p. 187; BAUMANN, en LÜDERSEN/SACK, *Seminar Abweichendes Verhalten*, IV, 1980, pp. 211-212, 242-243, que admiten la posibilidad de una plena reconducción o sustitución del principio de culpabilidad por el de proporcionalidad —crítico al respecto, por ejemplo, SCHULZ, *JA*, 1982, p. 536—, no puede venir dado por el principio de proporcionalidad, porque éste no aporta nada a la prevalencia del interés estatal de aseguramiento realizado con las medidas a costa del interés individual. Tanto menos cabe derivar la justificación de la medida de la referida necesidad de aseguramiento —como pretende STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *op. cit.* (nota 9), n.º marginal 2 previo al § 61—, puesto que la utilidad funcional no puede contener a la vez la legitimación. La requerida legitimación de las medidas sólo puede hallarse, por tanto, en el «estado de necesidad para los bienes jurídicos» (cfr. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 200-201; análogo, SAX, en BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHNEIDER, *Die Grundrechte*, t. 3/2, 2.ª ed., 1972, pp. 964 ss. HANACK, en *LK*, cit. —nota 13—, n.º marginal 29 previo al § 61, que conectan con la noción de la legítima defensa —que, desde luego, amplía demasiado las posibilidades de intervención del Estado—). La importancia de este principio de legitimación radica ante todo en su mayor rigor en comparación con el principio de proporcionalidad, más bien embotado en la práctica (típica a este respecto, BGHSt 24, 134 y ss., un ejemplo pavoroso lo constituyen también las sanciones del Derecho penal de jóvenes, cuya «prestación defensiva» frente a una criminalidad que, en la mayoría de los casos, es episódica, parece francamente mezquina, en su globalidad, sobre todo a la vista del asentamiento de las carreras criminales que con frecuencia produce), como puede ejemplificarse a propósito de la discusión sobre los establecimientos de terapia social. En efecto, las investigaciones realizadas hasta la actualidad han puesto de manifiesto que para la confirmación de la ley ofrece unas perspectivas algo mejores la ejecución de la pena con tratamiento que la ejecución de mera custodia (cfr. DÜNKEL, *Legalbewährung nach sozialtherapeutischer Behandlung*, 1980; REHN, *Behandlung im Strafvollzug*, 1979; REHN/JÜRGENSEN, en KEMER/KURY/SESSAR, *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätentstehung* —nota 38— t. 3, pp. 1910 ss.); sin embargo, todavía no hay pruebas suficientes de que las medidas terapéuticas adoptadas durante la ejecución de la pena, puedan compensar el efecto en principio criminógeno de toda ejecución que parta de la privación de libertad e incluso puedan tener un efecto excedente de «corrección». Con estos datos empíricos, sin embargo, parece posible excluir la legitimación de la medida, prevista en el § 65 StGB a partir del 1 de enero de 1985, relativa al internamiento en un establecimiento de terapia social, pues dicha institución, en su concepción actual, no es ni necesaria ni apropiada para resolver un estado de necesidad para bienes jurídicos. La falta de idoneidad resulta del hecho de que el efecto terapéutico se ve paralizado, como mínimo en su mayor parte, por los efectos criminógenos de la privación de libertad; y, por otro lado, no es necesario porque los presupuestos del estado de necesidad de bienes jurídicos se formulan en el § 65 de forma demasiado vaga. Así, a la vista de la imposibilidad de un pronóstico fiable, la pena-base de dos años en el § 65.1, o incluso de sólo un año en el § 65.II, aparece como demasiado leve para fundamentar un internamiento de hasta cinco años —§ 67.d.I.2 antiguo— (en lo que, además, de la diferencia temporal entre la pena y el internamiento, incide el carácter de intervención cualificada propio de la terapia social, la cual —dado el carácter utópico de una terapia social emancipadora, independiente de la forma de terapia concretamente preferida— significa, en comparación con la pena, una intensificación de la intervención sobre la personalidad). Por tanto, las medidas preventivo-especiales sólo pueden legitimarse allí donde contribuyen a la reducción de los efectos nocivos de una pena privativa de libertad impuesta por otros motivos, o donde eliminan los efectos criminógenos de la pena privativa de libertad al sustituirla por medidas ambulatorias. En cambio, en el estado actual de las posibilidades terapéuticas, queda vetado aprovechar la ideología del tratamiento, no fundada empíricamente, en perjuicio del reo, de manera que el establecimiento de terapia social no puede legitimarse, desde la perspectiva del Estado de Derecho, como una medida autónoma, sino sólo en el marco de una «solución de ejecución de la pena» (contra la defensa de la «solución de las medi-

cuales no se le puede dirigir ningún reproche personal. De este modo, el principio de legitimación conocido como «culpabilidad» opera, a la vez, de modo necesario, como principio de limitación y, más allá de todas las causas de exclusión de la culpabilidad configuradas preventivamente, ha propiciado una extraordinaria depuración del Derecho penal. Baste pensar en la eliminación de la responsabilidad por el resultado en los delitos cualificados por el resultado⁴⁰, en la supresión de las presunciones de dolo⁴¹, o en la distinción entre condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias⁴². Por doquier ha ejercido el principio de culpabilidad una influencia benéfica y hoy en día, en lo esencial, indiscutida, lo que jamás habría podido ser aportado mediante un análisis global de la resolución del conflicto por otros sistemas⁴³.

Precisamente estos ejemplos muestran que llenar de contenido la idea preventivo-general mediante la *capacidad de respuesta a la norma*, que se caracteriza como «culpabilidad», constituye una aplicación en todo caso posible, pero en absoluto obligada y desde luego no convincente, de la prevención general. Para una teoría de la prevención general orientada exclusivamente a la *efectividad de la protección* de bienes jurídicos, que se confirma en virtud de su resultado social y viene a ser así contrastable empíricamente, no es cierto, contra lo que apuntan JAKOBS y ROXIN⁴⁴, que la necesidad preventivo-general de pena requiera la prueba de la evitabilidad individual. Más bien es preciso tener presente que, en la propuesta de un Derecho penal con eficacia preventivo-general, lógicamente han de tomarse en consideración todas las condiciones de su realización, entre las que se cuentan en especial notorias dificultades de

das» por los autores del Proyecto-Alternativo en ZRP, 1982, pp. 207 ss., convincentemente los partidarios de la «solución de la ejecución», cfr. BLEI, *op. cit.* —nota 18—, p. 437; KAISER/DÜNKEL/ORTMANN, ZRP, 1982, pp. 198 ss., en especial, pp. 205 ss.; SCHWIND, NStZ, 1981, pp. 121 ss.].

⁴⁰ Mediante la introducción del § 56 StGB por la 3.ª StAG de 4 de agosto de 1953 (BGBl, I, p. 735), lo que, en principio, no impidió que el Tribunal Supremo Federal declarara la posibilidad de valorar en la medición de la pena también las consecuencias del hecho no imputables al autor (cfr. BGHSt —Grosser Senat—, 10, 259 ss., 264-265, con un apoyo implícito en la noción de *versari in re illicita* —ahora excluida por el § 46, párrafo 2, e *contrario*—).

⁴¹ Cfr. las presunciones de culpabilidad de los §§ 245.a y 259 StGB, derogadas por la 1.ª StrRG de 4 y 14 de agosto de 1969 (BGBl, I, pp. 1065, 1112, 1136) y por la EGStGB de 2 de marzo de 1974 (BGBl, I, p. 469), por entender que las mismas eran incompatibles con el Estado de Derecho (así, ya, la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962, pp. 400 y 457). Que los referidos preceptos no vulneraban las garantías mínimas de un proceso penal conforme al Estado de Derecho, sino el principio de culpabilidad, se sigue de su construcción «jurídico-material», que tenía como consecuencia la punibilidad de un comportamiento antijurídico e inculpa-

⁴² Cfr. al respecto, por todos, JESCHECK, *op. cit.* (nota 5), pp. 449 ss., con ulteriores referencias.

⁴³ Pues este criterio de JAKOBS, como se expondrá a continuación en el texto, es tan vago que con él se podría justificar básicamente cualquier resultado. Cfr., por lo demás, el diagnóstico de HASSEMER, que llega a conclusiones análogas, en BAUMGARTNER-ESER (comp.), *Schuld und Verantwortung*, 1983, pp. 89, 93 ss.

⁴⁴ Cfr. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 9 ss; *id.*, *op. cit.* (nota 34), pp. 395 ss.; ROXIN, *FS f Bockelmann*, 1979, pp. 300; de modo análogo, ya NOLL, *FS f. H. Mayer*, 1964, p. 225; GIMBERNAT ORDEIG, *FS f. Henkel*, 1974, pp. 161 ss.

prueba en la determinación del tipo subjetivo y de la evitabilidad individual. Así, por ejemplo, en la moderna criminalidad económica que tiene lugar en el marco de las empresas, es preciso advertir la existencia de una significativa escasez de pruebas en lo relativo a la constatación de la culpabilidad individual⁴⁵, y tampoco puede haber duda alguna respecto a que en los círculos de la criminalidad económica se cuenta muy directamente con esa precariedad probatoria cuando se cometen delitos de esta naturaleza. En consecuencia, un sistema del Derecho penal formulado únicamente a partir del criterio de la eficacia preventivo-general habría de prever para estos casos necesariamente *penas sin culpabilidad*. De ello se seguirían, sin duda, significativos efectos preventivo-generales, puesto que todo el mundo advertiría lo ilusorio de su confianza en una precariedad probatoria en el momento de constatar la culpabilidad, al no tener siquiera que practicarse tal prueba. En casos así, pues, prevención general y principio de culpabilidad conducen a consecuencias absolutamente diferentes⁴⁶. Por ello mismo no puede haber duda alguna acerca de que únicamente un principio de culpabilidad dotado de significado jurídico-penal autónomo está en condiciones de erigir una barrera garantística contra la aplicación de penas sin culpabilidad, que en tales casos sería funcional pero carece de legitimación en un Estado de Derecho⁴⁷.

c) Contra esta argumentación no cabe aducir⁴⁸, por ejemplo, que precisamente en tales casos no se trata de la imposición de penas, sino de la aplicación de medidas de seguridad en las que, naturalmente, la culpabilidad no desempeña papel alguno y, por tanto, tampoco hay que considerar la posibilidad de aunar culpabilidad y prevención general. En efecto, si no se desea caer en una argumentación circular, es necesario dar un criterio de distinción entre pena y medida que sea independiente del concepto de culpabilidad y esté fijado ya antes de su elaboración. Dicho criterio, evidentemente, sólo puede residir

⁴⁵ Cfr. al respecto, más detalladamente, SCHÜNEMANN, *op. cit.* (nota 39), pp. 44 ss.

⁴⁶ Cfr. ya STRATENWERTH, *Zukunft des Schuldprinzips*, 1977, pp. 30-31; BUKHARDT, *GA*, 1976, pp. 336 ss.; id., en BAUMGARTNER-ESER, *op. cit.* (nota 43), pp. 51, 71 ss.; SCHÖNEBORN, *ZStW*, 88 (1976), pp. 351; id., *ZStW*, 92 (1980), pp. 687-688. En ello se sustenta también la *strict liability* (responsabilidad sin culpabilidad) del Derecho penal norteamericano, que fue estimada admisible por la *Supreme Court* de los Estados Unidos en la famosa sentencia *US v. Baelint* del año 1922, con la fundamentación, aplicada desde entonces por una jurisprudencia constante, de que el legislador es libre de asumir la posible injusticia de someter a pena a un acusado inculpable, antes que abandonar la protección de los bienes jurídicos renunciando a la *strict liability* obligada por razones probatorias (cfr. las referencias en SCHÜNEMANN, *op. cit.* —nota 39—, pp. 191-192). En la crítica de BAURMANN, *op. cit.* (nota 39), pp. 252 ss., se ignora, en cambio, la problemática de la prueba.

⁴⁷ En el mercado de la inviolabilidad constitucional del principio de culpabilidad está excluida la posibilidad de justificar medidas represivas independientes de la culpabilidad mediante otros principios de legitimación (p. ej., el estado de necesidad de los bienes jurídicos), de modo que una pena sin culpabilidad no podría tener existencia —a los ojos de la Constitución— contra individuos, sino sólo contra agrupaciones de personas como «multa anónima a la agrupación» (vid. al respecto mi propuesta de reforma, *op. cit.* —nota 39—, pp. 236 ss.).

⁴⁸ Así ROXIN, *FS f. Bockelmann*, 1979, p. 299.

en el hecho de que una medida se aplica para evitar un peligro futuro proveniente del autor individual y que ha sido puesto de manifiesto por el hecho, esto es, responde a una motivación puramente preventiva-especial, mientras que la pena constituye una respuesta represiva a la infracción de la norma, obligada para el mantenimiento general de ésta. De tal modo, se muestra rápidamente que una sanción independiente de la culpabilidad indicada para la represión de un comportamiento antinormativo y que, únicamente por razón de la precariedad probatoria, se hace independiente de un reproche individual, constituye una pena y no una medida.

d) La reducción de la prevención general admitida a la llamada «*prevención de integración*» que pretende «ejercitar en la fidelidad a la norma»⁴⁹ no puede, por tanto derivarse de una mera aplicación utilitarista de la pena, sino que significa una «domesticación» de la pena funcional por medio del principio autónomo de culpabilidad. Tal pena funcional sufre una disminución en su efectividad por la incidencia del principio de culpabilidad, en especial en lo relativo a la necesidad procesal de prueba, que, desde el punto de vista preventivo —y expresándolo en términos sociológicos—, pone de manifiesto los «costes del lujo del Estado de Derecho». En suma, si bien es absolutamente razonable construir el nivel sistemático de la «responsabilidad» como síntesis de culpabilidad y prevención, lo cierto es también que no resulta posible reconducir ambos elementos a un único principio básico.

3. Dado, pues, que el intento de JAKOBS, entre otros, de *reconducir el principio de culpabilidad a la prevención general* resulta ya insostenible por principio, no preciso entrar en los discutibles aspectos *metodológicos* de su argumentación más que a título ejemplificativo.

a) Desde su punto de partida, según el cual el núcleo de la culpabilidad, entendida como determinada por los fines, debe verse en la distribución de ámbitos de responsabilidad entre subsistemas⁵⁰, JAKOBS llega, para el caso del § 20, a la conclusión de que aquí la autonomía no se constata, sino que se

⁴⁹ Cfr. ROXIN, *SchwZStR*, 94 (1977), pp. 470 y ss; *id.*, *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 304 ss.; partiendo de ello, ACHENBACH, *supra*, análogo también, NOLL, *FS f. H. Mayer*, 1966, p. 244; GRÜNWALD, *ZStW*, 80 (1968), pp. 89 ss.; HAFFKE, *MschKrim*, 1975, p. 54; LÜDERSSEN, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *op. cit.* (nota 38), pp. 64 ss.; HASSEMER, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, p. 65; BOCKELMANN, *Strafrecht, Alleg. Teil*, 3.ª ed., 1979, p. 229, sobre la relación entre prevención general y culpabilidad en la medición de la pena. Sobre la concepción utilitarista de BENTHAM, muy similar, cfr. BAURMANN, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, 1981, pp. 19 ss.), que, por su parte, deriva el por él llamado «principio de responsabilidad individual» de una teoría contractual (*ibid.*, pp. 50 ss.).

⁵⁰ En *Schuld und Prävention*, 1976, p. 29; asimismo en *Strafrecht AT*, 1983, p. 399, etc. La teoría sociológica de los sistemas le proporciona el paradigma científico para ello: cfr., simplemente, LUHMANN, *Rechtsoziologie*, 1, 1972, pp. 31 ss.; *id.*, *Aus differenzierung des Rechts*, 1981, pp. 193 ss., 241 ss., con ulteriores referencias.

imputa como capacidad, en el caso de que ello sea funcional, y, por tanto, sólo podrá faltar cuando exista la posibilidad de procesar el conflicto de otro modo⁵¹. Contra esta paráfrasis de la teoría de los sistemas no habría nada que objetar si se entendiera en el sentido de ROXIN, según el cual, en los casos de escasa culpabilidad (p. ej., de capacidad de respuesta a la norma intensamente disminuida), la cuestión de si puede renunciarse por completo a una intervención del Estado, o si por lo menos dicha reacción no tiene por qué adoptar la forma jurídica de la pena, debe decidirse desde puntos de vista preventivos⁵². Sin embargo, JAKOBS no puede haber pretendido señalar eso, dado que él concibe la culpabilidad como derivada completamente de la prevención general. Pero a consecuencia de ello se ve obligado a sustituir algo parcialmente conocido por algo completamente desconocido, con lo cual toda su concepción, en el caso de que se pretenda hacerla fecunda para la aplicación del Derecho, en el mejor de los casos se volatiliza en una argumentación circular. En efecto, mientras nosotros, a la hora de dar respuesta a la cuestión de cuándo es posible en una medida normal el control de los impulsos mediante una motivación conforme a la norma y cuándo el mismo se dificulta de modo manifiesto por una estructura anormal de la personalidad del autor, continuamente hallamos respuestas aprovechables de modo general en la psiquiatría y en la psicología⁵³, no existe ninguna respuesta fundada empíricamente acerca de cuándo se da la *posibilidad de procesar el conflicto de otro modo*, cuestión esta que JAKOBS toma como eje de su sistema. Ciertamente, a pesar de todos los esfuerzos, hasta el momento sabemos muy poco acerca de cuáles son las auténticas leyes que rigen nuestro sistema social. Por ello no es posible actualmente derivar de los principios de la teoría de los sistemas decisiones sobre la bondad del sistema y sobre las alternativas al mismo. Así, la fecundidad del razonamiento de la teoría de los sistemas se limitará, a corto plazo, a una crítica ideológica, esto es, a poner de manifiesto el sustrato y las necesarias implicaciones de un sistema dado. En la práctica, por tal motivo, un principio normativo derivado de la teoría de los sistemas acaba cayendo en una apología del sistema de que se trate en cada caso⁵⁴ y también la exposición de JAKOBS

⁵¹ *Schuld und Prävention*, 1976, p. 17; de modo análogo, en *Strafrecht AT*, 1983, pp. 395 ss.

⁵² Cfr. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (nota 31), pp. 34 ss.

⁵³ En esto se funda el «concepto empírico-pragmático» de culpabilidad, materialmente dominante en la actualidad; cfr., últimamente, P. A. ALBRECHT, *G.A.*, 1983, pp. 202 ss., con numerosas referencias, así como ya SCHREIBER, *Nervenarzt*, 1977, p. 245; id., *NSiZ*, 1981, p. 51; id., en IMMENGA (comp.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, pp. 289-290; ya análogo BOCKELMANN, *ZStW*, 75 (1963), pp. 372 ss.; JESCHECK, *op. cit.* (nota 5), p. 346, así como el «concepto social de culpabilidad» de KRÜPELMANN, *ZStW*, 88 (1976), pp. 11-12, 31 ss.; id., *GA*, 1983, pp. 337 ss.; todos con ulteriores referencias. Desde un punto de vista psiquiátrico, por último, WITTER, *FS f. Leferenz*, 1983, pp. 441 ss.; cfr., además, el interesante intento de LÜDERSSEN de conciliar el concepto de libertad del psicoanálisis con la imputación subjetiva en Derecho penal, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht* (nota 49), pp. 71 ss.

⁵⁴ Por eso se ha defendido expresamente Luhmann contra el malentendido de que su análisis funcional del «proceso como sistema social» tenga como fin una legitimación normativa de los resultados del proceso (cfr. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 3.ª ed., 1978, pp. 1 ss., 6.

conduce realmente tan sólo a justificar el sistema actual del Derecho penal con la afirmación de que no existe una posibilidad de procesar el conflicto de otro modo. En realidad, el criterio de JAKOBS no puede llevar a otra conclusión: puesto que discute la existencia de una capacidad cuantificable para motivarse conforme a la norma y construye todo como una distribución de funciones sociales entre los diversos subsistemas, sin poder dar factores reales de la capacidad de prestación de tales subsistemas, e incluso sin querer darlos (pues quiere dar contenido al subsistema «personalidad = culpabilidad» únicamente a partir de la finalidad preventiva), al final resulta que ya no dispone de ningún criterio material para una decisión real de las cuestiones valorativas.

Por contra, resulta que, en realidad, la *efectiva capacidad de las personas de responder a las normas* constituye la base firme sobre la cual debe construirse el Derecho penal, de modo que, en último término, la capacidad de los diversos subsistemas para resolver el conflicto y, con ello, los requisitos de la prevención general según el criterio de JAKOBS, sólo pueden ser dotados de contenido a partir del concepto de culpabilidad, con lo cual toda la argumentación amenaza con convertirse en circular.

b) Además, tengo la impresión de que la formulación de teoría de los sistemas de JAKOBS no circunscribe adecuadamente los problemas valorativos reales de los que se trata, por ejemplo en el ámbito del § 20. La decisión legislativa de prever una posibilidad de exculpación también fuera del «concepto psiquiátrico de enfermedad» en los supuestos de mera estructura anormal de la personalidad sin defecto biológico se basó en la convicción (alcanzada al oír el dictamen de los peritos psiquiatras y psicólogos) de que en los llamados «psicópatas» no se daba una autodeterminación relativamente libre hacia la maldad, sino más bien una limitación de la capacidad de dar respuesta a las normas comparable a la de los enfermos mentales de base orgánica. Por tanto, una vez que, por razón del principio de culpabilidad, pareció obligado establecer una identidad de tratamiento con las psicosis propiamente dichas para los casos más graves de alteraciones psíquicas, dejó ya de ser decisiva la cuestión político-criminal de si ello era defendible desde una perspectiva preventiva (negándolo el «memento» de la psiquiatría ortodoxa al «efecto de ruptura de diques»)⁵⁵. Que el legislador estuviera dispuesto a asumir la infracción de la norma por una personalidad intensamente anormal como un accidente, y no como una conmoción de la confianza en la norma, ha sido, pues, consecuencia de estimar una intensa reducción del ámbito de libertad, de modo que también aquí lo decisivo fue la cuestión de la culpabilidad y su medida, y no, como JAKOBS pretende⁵⁶, la perspectiva preventivo-especial de la posibilidad

⁵⁵ Cfr. la exposición del proceso legislativo en KRÜPELMANN, *op. cit.* (nota 53), pp. 15 ss.; SCHREIBER, *NStZ*, 1981, p. 47. La crítica de la psiquiatría ortodoxa tampoco se refería a la cuestión de la posibilidad de tratarlos, sino a cómo diagnosticar el grado de reducción de la capacidad de dar respuesta a las normas: cfr., simplemente, LANGELÜDDEKE/BRESSER, *Gerichtliche Psychiatrie*, 4.ª ed., 1976, pp. 215-216.

⁵⁶ En *Schuld und Prävention*, 1976, p. 17.

de tratar a los autores impulsivos, cuestión esta que más bien despierta escepticismo⁵⁷.

c) Por lo demás, JAKOBS malinterpreta la relación entre ciencia jurídica dogmática y sociología cuando reformula la determinación del contenido material del concepto de culpabilidad, tarea que le corresponde a la dogmática, como una atribución con el fin de posibilitar las soluciones de conflictos⁵⁸. Pues, en efecto, es una constatación empíricamente correcta la de que, en la realidad social, las propiedades que desempeñan una función como presupuesto para un ulterior comportamiento pero no son perceptibles por los sentidos («conceptos que reflejan una disposición»)* no se determinan empíricamente, sino que se atribuyen en virtud de teorías de la vida cotidiana; asimismo, es correcto que la «culpabilidad» no resulta perceptible por los sentidos y, por tanto, se cuenta entre los conceptos que expresan disposiciones. Sin embargo, todo ello no modifica en nada la función de la dogmática de obtener para tales «construcciones teóricas» adecuadas definiciones operativas. Ello ha de suceder mediante una desnormativización, esto es, en términos de teoría del lenguaje, definiendo los términos normativos con términos de observación, y, desde un punto de vista metodológico, mediante una cadena de reducciones de fin a medio de la mano de las estructuras que se hallan en la realidad⁵⁹. Dada la opción del legislador por la «capacidad de dar respuesta a la norma», se trata, por ejemplo en el ámbito del § 20, de indagar cuáles son las condiciones reales de la capacidad humana media para una motivación conforme a la norma y

⁵⁷ Pues los autores que padecen una alteración mental grave constituyen, como puede oírse en cualquier visita a un establecimiento psiquiátrico, el «campo problemático» de los internos, y aún hoy la posibilidad de tratar a los autores de delitos sexuales se enjuicia en forma más bien reservada; cfr., al respecto, HOFFET, *Kriminalstatistik*, 1969, pp. 405 ss.; LASCHET, en GÖPPINGER/WITTER (comps.), *Kriminologische Gegenwartsfragen*, Heft 9, 1970, pp. 174 ss.; SCHNEIDER-JANIEZ, ibídem, pp. 180 ss.; WIESER, en GÖPPINGER/WITTER, *op. cit.* (nota 18), pp. 833 ss., 846 ss.; RIEBER/MEYER/SCHMIDT/SCHORSCH/SIGUSCH, *MschKrim*, 1976, pp. 216 ss.; STREITBERG, *ZfStrVo*, 1977, pp. 147 ss.; HEIM, en NASS (comp.), *Kriminalätiologie und Prophylaxe*, 1977, pp. 7 ss.; id., *Die Kastration und ihre Folgen bei Sexualstraftätern*, 1980; KAISER, *Kriminologie, Lehrbuch*, 1980, p. 37; R. KAISER, *Die künstliche Unfruchtbarmachung von sexuellen Triebtätern*, 1981.

⁵⁸ En *Schuld und Prävention*, 1976, p. 20, etc.; asimismo, en *Strafrecht AT*, 1983, p. 398, etc.; de modo análogo, STRENG, *FS f. Leferenz*, pp. 405-406.

* Sobre estos *Dispositionsbegriffe*, conceptos que reflejan una disposición o tendencia anímica, cfr. la exposición de HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde/Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, pp. 227-230. (N. del T.)

⁵⁹ Sobre la atribución de culpabilidad, cfr. BIERBRAUER y HAFKE, en HASSEMER/LÜDERSSEN (comps.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, III, 1978, pp. 130 ss., así como el trabajo de HAFKE, en este tomo, *infra*; sobre la teoría de la atribución propia de las ciencias sociales, en general, MEYER/SCHMIDT, en FREY (comp.), *Kognitive Theorien der Sozialpsychologie*, 1978, pp. 99 ss.; BLUM/McHUGH, en LÜDERSSEN/SACK (comp.), *Seminar Abweichendes Verhalten*, II, 1975, pp. 171 ss. Sobre los conceptos dispositivos y su explicación, cfr., en fin, STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, II, 1970, pp. 213 ss.; BUNGARDT, *Operationalisierung eines Dispositionsbegriffes am Beispiel der Glaubwürdigkeit*, 1981; BURKHARDT y W. HASSEMER, en LÜDERSSEN/SACK (comp.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, 1980, pp. 87 ss., 229 ss.

valorarlas en su significado cuantitativo. Y, dado que esta idea de la «capacidad de respuesta» se refiere a datos previos de naturaleza antropológica, es necesario indagar en éstos con el fin de una ulterior concreción; mientras tanto, un recurso global al fin de «resolución del conflicto», así como una atribución en términos de una teoría de la vida ordinaria, lleva al error. Al igual que el principio de la teoría de los sistemas, el principio de la teoría de la atribución es, pues, valioso como crítica ideológica, pero no puede sustituir al genuino trabajo dogmático.

d) Así pues, el error metodológico fundamental de JAKOBS radica en su normativismo, el cual —como polo opuesto al naturalismo jurídico-penal, también inaceptable— ignora las decisiones adoptadas por el legislador, que se sirve de conceptos descriptivos e interpretables mediante un análisis avalorativo del estado de hecho descriptivo («sustrato»), transformándolos en conceptos adscriptivos (pseudodescriptivos, «carentes de sustrato») ⁶⁰. En virtud de ello (p. ej., en la culpabilidad) pretende hacer «estipular» «cuanta coacción social se le puede cargar al autor afectado por la imputación de culpabilidad y cuántas propiedades perturbadoras del autor deben ser aceptadas por el Estado y por la sociedad o soportadas por terceros —incluida la propia víctima—» ⁶¹. Sin embargo, ello, por su parte, depende de la cuestión, que por su generalidad puede responderse según el propio arbitrio, relativa a «qué condiciones son, según la concepción dominante, irrenunciables para la estabilidad del sistema en su globalidad y de sus subsistemas esenciales», de modo que, por ejemplo, el contenido de la culpabilidad puede «establecerse en todo caso en un sentido general por referencia al marco», y en un «sistema perfilado de modo concreto sólo aparece determinado de modo tan preciso como lo esté el fin de la pena» ⁶². Así se retrae al pasado la labor de desnortativización parcialmente llevada a término por el legislador mediante el empleo de conceptos con contenido material y se empuja la «isla de certidumbre» creada por el núcleo conceptual de los términos legales hacia el mar difuso de los principios valorativos abstractos no formulados expresamente por el legislador y cuya concreción sólo es posible con grandes dificultades.

⁶⁰ Cfr., por ejemplo, la exposición de JAKOBS, en *Schuld und Prävention*, 1976, p. 14, relativa a que en el concepto de culpabilidad sólo está claro que no se trata de la determinación de una causalidad que es un concepto formal y ni siquiera determina cómo se conforma el sujeto, de modo que sólo el fin le atribuye contenido; cfr. además, *id.*, en *Strafrecht AT*, 1983, p. 398. aludiendo a que al autor se le «atribuye una alternativa de comportamiento» cuando falta una alternativa de organización, de manera que el «poder» es una construcción normativa. Sobre la distinción de la filosofía del lenguaje, que se remonta a Hart, entre conceptos descriptivos y adscriptivos, cfr. KINDHÄUSER, *GA*, 1982, pp. 493 ss., con ulteriores referencias, así como el trabajo de HAFKE en esta obra, *infra*; sobre la aplicación al desvalor del resultado, SCHÖNEBORN, *GA*, 1981, pp. 70, 78 ss. Ciertamente, no queda muy claro en el planteamiento de Jakobs si por «imputación» entiende una atribución propia de la teoría de la vida ordinaria (en el sentido de la psicología social) o una pseudodescriptividad (en el sentido del análisis del lenguaje).

⁶¹ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht AT*, 1983, pp. 396-397; *id.*, en GÖPPINGER—BRESSER (comp.), *Kriminolog. Gegenwartsfragen*, H. 15, 1982, pp. 128, 137.

⁶² Así JAKOBS, *Strafrecht AT*, 1983, pp. 396-397.

Explicuémoslo mediante el ejemplo del § 20 StGB: dado el núcleo de significación relativamente amplio del concepto de «perturbación patológica de la mente»⁶³, y en vista del contenido descriptivo de la definición tradicional de culpabilidad como «posibilidad de actuar de otro modo», resulta posible aplicar razonablemente el difícil concepto de «cualquier otra alteración mental grave» mediante un procedimiento empírico-pragmático⁶⁴, si no a todas las formas de perturbación mental, sí a un ámbito no irrelevante de las mismas, pues se trata de buscar aquellas anomalías de la vida psíquica que, de modo análogo a la perturbación mental patológica, eliminan la capacidad normal del autor de ser interpelado por normas y representaciones valorativas. La cuestión que, en lugar de ésta, se plantea en el sistema de JAKOBS, relativa a «qué es lo que se le puede cargar al autor afectado por la imputación de culpabilidad», ignora, por contra, todas estas ayudas que proporciona el legislador y remite a unas valoraciones abstractas, sobre las que nunca se puede llegar a alcanzar un acuerdo intersubjetivo.

e) Por tanto, la concepción de la culpabilidad de JAKOBS se basa en una «falacia normativista», que, por su parte, hunde sus raíces en una teoría inaceptable de la aplicación del Derecho: en efecto, JAKOBS niega expresamente una vinculación del intérprete de la norma al núcleo de significación de los términos legales, tal como se emplean en el lenguaje ordinario⁶⁵. Para fundamentarlo, alega que «para todos los términos que no se utilizan de forma extremadamente inusual puede ofrecerse, por regla general, un arsenal tan amplio de significados en el lenguaje ordinario, que la construcción de conceptos en Derecho penal no se limita de forma que merezca tal nombre»⁶⁶. De este modo, no obstante, pasa por alto la *dependencia* del significado de un término del *contexto*, esto es, la noción usual en la lingüística moderna de que el significado de un término depende sustancialmente de la relación de sentido en que se enmarca⁶⁷. Dada la enorme reducción del ámbito de significación de los términos que se produce mediante el contexto, normalmente puede determinarse, ya por vía semántica, un núcleo de significación relevante de los preceptos dictados por el legislador, que fije y dirija la aplicación del Derecho⁶⁸. Preci-

⁶³ Sobre el valor del núcleo de significación, en los términos del lenguaje ordinario, para la obtención del Derecho, cfr., en general, SCHÜNEMANN, *FS f. Klug*, I, 1983, pp. 177 ss., con numerosas referencias ulteriores. Sobre el concepto psiquiátrico de enfermedad, cfr. WITTER, en GÖPPINGER/WITTER, *op. cit.* (nota 18), pp. 477 ss. y 968-969; *id.*, *FS f. Lange*, 1976, pp. 726-727; críticamente, VENZLAFF, *ZStW*, 88 (1976), pp. 60 ss.

⁶⁴ Cfr. las referencias *supra*, en nota 53.

⁶⁵ Cfr. al respecto, además de mi trabajo en el *FS f. Klug*, I (*supra*, nota 63), también las consideraciones específicamente referidas al principio de *nulla poena* y el Derecho penal en mi estudio *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 19-20, así como en el *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 124-125, con ulteriores referencias.

⁶⁶ Así, JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 70.

⁶⁷ Cfr., al respecto, HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, pp. 70-71; LYONS, *Einführung in die moderne Linguistik*, 6.ª ed., 1984, p. 419; SCHNELLE, *Sprachphilosophie und Linguistik*, 1973, pp. 236-237; KAMLAH-LORENZEN, *Logische Propädeutik*, 2.ª ed., 1973, pp. 68-69.

⁶⁸ Debido a la dependencia del contexto, no se permite toda utilización léxica del lenguaje, incluida la metafórica, sino que se garantiza una enorme reducción de los ámbitos de aplicación concebibles; por ejemplo, del elemento típico «apoderamiento» del § 242 StGB se sigue que por «cosa» debe entenderse un objeto susceptible de apoderamiento y, por tanto, corporal, de modo que la argumentación de JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 70, que se basa en un empleo metafórico del término «cosa», cae en el vacío.

samente el desprecio de este extremo constituye la más grave y elemental objeción contra la reconducción, difundida por JAKOBS, de la dogmática del Derecho penal a la teoría de los sistemas.

4. En suma, pues, el intento de JAKOBS de aunar culpabilidad y prevención general no sólo es susceptible de ser atacado desde perspectivas materiales, sino que también debe ser rechazado desde la óptica metodológica. Debe insistirse en que es necesario por razones de peso mantener la *separación de culpabilidad y prevención general*, y en que no es posible sustituir completamente la categoría jurídico-penal de la culpabilidad por la necesidad preventivo-general de pena. Lo correcto es más bien, tan sólo, *completar* la culpabilidad con la prevención general y, en consecuencia, ampliar la sistemática de la Parte General con la categoría de la *responsabilidad*.

IV. LA FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA MEDICIÓN DE LA PENA

1. Las consideraciones anteriores han mostrado que, si bien la culpabilidad ha agotado su papel de fundamento determinante de la punibilidad, tal como éste se configuró en el Derecho penal retributivo, sigue manteniendo una *función de delimitación*, en el sentido de que es inadmisibles una pena sin culpabilidad. Así pues, la necesidad de la pena surge exclusivamente de consideraciones preventivas, junto a las cuales, no obstante, debe mantenerse a la culpabilidad como base complementaria de legitimación. Expresado sumariamente: *la finalidad preventiva fundamenta la necesidad de la pena, el principio de culpabilidad limita su admisibilidad*⁶⁹. Así las cosas, parece claro que la relación entre culpabilidad y prevención tampoco puede ser otra en la determinación de la magnitud de la pena, esto es, en la medición de la pena, pues resultaría paradójico que el principio de culpabilidad, que es insuficiente para fundamentar el «si» de la pena, fuera determinante a la hora de fundamentar el «cuánto» de la misma. Ciertamente, la jurisprudencia y la doctrina dominante son, hasta el momento, de una opinión diferente, en la medida en que sostienen la llamada «teoría del espacio de juego»⁷⁰. Según esta teoría, la pena ha de

⁶⁹ Que, en consecuencia, la culpabilidad continúa siendo una condición de la pena —subrayado por Arthur KAUFMANN, *JZ*, 1967, p. 555; LENCKNER, en GÖPPINGER/WITTER, *op. cit.* (nota 18), p. 18— es, desde luego, correcto en términos formales. Sin embargo, no puede eliminar la distinción entre una necesidad funcional y una admisibilidad en términos axiológicos.

⁷⁰ Cfr. las referencias *supra*, en notas 13 y 20, así como BLEI, *op. cit.* (nota 18), pp. 425-426; SCHAFFSTEIN, *FS f. Gallas*, 1973, pp. 101 ss.; VON WEBER, *Die richterliche Strafzumessung*, 1956, p. 12. Después de que ROXIN, todavía en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 20 ss., defendió la tesis de la culpabilidad como límite superior de la pena, se adhirió verbalmente a la teoría del espacio de juego (en *SchwZStR*, 94 —1977—, pp. 465 ss., así como en *FS f. Bockelman*, 1979, pp. 306-307); con la admisión excepcional de la posibilidad de desbordar por debajo el marco de la culpabilidad por razones preventivo-especiales (*SchwZStR*, 94 —1977—, pp. 476 ss.), abandona ROXIN ciertamente la línea de la teoría del espacio de juego y se aproxima a la concepción

corresponder a la medida de la culpabilidad, debiendo darse un marco limitado, en su parte superior, por la pena que *todavía* es adecuada a la culpabilidad y, en su parte inferior, por la pena que *ya* es adecuada a la culpabilidad. En el seno de este espacio de juego, el juez ha de poder determinar la pena atendiendo a criterios preventivos, mientras que resulta inadmisibles desbordar el espacio de juego tanto por encima como por debajo de los límites establecidos en virtud de la medida de la culpabilidad.

2. Con todo, esta concepción de la medición de la pena, que proviene del Derecho penal de retribución de la culpabilidad, no es ya defendible, según entiendo, en un Derecho penal preventivo moderno, puesto que una pena que sirve únicamente a una función preventiva sólo puede ser determinada, en lo relativo a su contenido, por el mismo fin preventivo, y su magnitud debe establecerse también desde un punto de vista preventivo. En efecto, dado que la prevención general se obtiene —en lo que no puedo extenderme por razones de espacio— a través del proceso de internalización de normas y valores culturales por la población⁷¹, el Derecho penal, en interés de una protección eficaz de los bienes jurídicos, debe reaccionar a las lesiones de tales bienes en forma distinta, escalonada en función del valor de los concretos bienes y del grado de su puesta en peligro que se exprese en el hecho. Así, la medida de la pena depende, desde perspectivas preventivas, en primer lugar, de la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos y, en segundo lugar, de la intensidad de la energía criminal. Al principio de culpabilidad le corresponde aquí, como en la fundamentación de la pena, una mera función de limitación, impidiendo que se tomen en consideración todas aquellas circunstancias que el autor no pudo conocer y que, por tanto, no se le pueden reprochar.

3. En una perspectiva dogmática, se sigue de aquí la necesidad de un «cambio de paradigma», debiendo modificarse el punto de partida del conjunto de la discusión sobre la medición de la pena, concretamente la forma de hablar que alude a una «pena adecuada a la culpabilidad», y ello con total independencia de que bajo tal expresión se entienda una pena puntual (*Punktstrafe*), un espacio de juego, o una limitación de la pena, fijada en términos preventivos, por la culpabilidad como frontera superior⁷². Pues, en efecto, sólo po-

de la teoría del valor posicional (*Stellenwert-Theorie*), que, por lo demás, rechaza (en *FSf. Bruns*, 1978, pp. 186 ss.).

⁷¹ Cfr. HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, 1976, p. 80; ENGELHARDT, *Psychoanalyse der strafenden Gesellschaft*, 1976, pp. 212 ss.; STRENG, *ZStW*, 92 (1980), pp. 637 ss.; KOLLER, *ZStW*, 91 (1979), pp. 71 ss., 82 ss.; HASSEMER y LÜDERSSEN, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, pp. 36. 43 ss., 58 ss. Respecto a la prometedora revivificación del concepto racionalista de prevención por el «paradigma económico» (Cfr. las referencias *supra*, en nota 38, in fine), rigen las consideraciones que a continuación se efectúan en el texto.

⁷² Sobre la teoría del espacio de juego, cfr. *supra*, 1 s referencias en nota 70; sobre la teoría de la culpabilidad como límite superior, *supra*, nota 10 sobre la teoría de la pena puntual, cfr. BRUNS, *Strafzumessungsrecht Allgemeiner Teil*, 1.ª ed., 1967, p. 280; id., *FSf. Engisch*, 1969,

dría haber una «pena adecuada a la culpabilidad» si la culpabilidad tuviera necesariamente algo que ver con la pena, si la pena fuera la respuesta lógica o, por lo menos, razonable, a la culpabilidad. Sin embargo, éste sería el caso únicamente bajo las premisas de la teoría de la retribución, que en la actualidad ha sido rechazada, con razón, de modo general. A consecuencia de ello, y en un correcto uso del lenguaje, está asimismo excluido continuar aludiendo todavía a una «pena ajustada a la culpabilidad», puesto que la pena como respuesta a la culpabilidad ya no es tema de conversación una vez que se ha derrocado la teoría retributiva. Cuando, en lugar de ello, se señala que el significado del principio de culpabilidad para la medición de la pena sólo puede consistir en la exigencia de que únicamente se utilicen en la medición de la pena aquellos aspectos que se encuentran sometidos al poder de evitación del autor, se produce no una mera variación terminológica, sino un auténtico cambio de orientación teórica. En efecto, en la forma de hablar tradicional relativa a una «pena adecuada a la culpabilidad» se esgrime en verdad, tácitamente, la teoría de la retribución, que hace tiempo que se estima ilegítima. Si, por contra, se toma en serio su abandono, se hace inmediatamente evidente que el factor de conversión de la culpabilidad en pena, que han buscado desesperadamente tanto los defensores de la teoría del espacio de juego, como los de la pena puntual y los del valor posicional*, constituye una quimera, cuya sola búsqueda ha de desorientar por completo. Me atrevo a conjeturar que el giro de ROXIN desde la teoría dialéctica de la unión a la teoría del espacio de juego⁷³ estaba determinado por la insatisfacción ante el hecho de que no existe una conversión precisa de la culpabilidad del hecho en una pena adecuada a la culpabilidad; pues bien, mediante la crítica lingüística que he esbozado —totalmente sobre la base de la concepción de la culpabilidad de ROXIN— podría allanarse el camino para una doctrina realista de la medición de la pena, libre de esencialismos.

4. Si se pregunta por las modificaciones prácticas que pueda tener como

p. 708; *id.*, *NJW*, 1979, p. 289; FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, 1971, pp. 175 ss.; *id.* *NJW*, 1973, p. 1345; Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 65; SCHNEIDWIN, *JZ*, 1955, p. 507. Sobre la teoría del valor posicional (defendida por HENKEL, *Die «richtige» Strate*, 1969, p. 23; HORN, *FS f. Bruns*, 1978, pp. 165 ss.; *id.*, en *SK* —nota 14—, § 46, n.ºs marginales 21 ss.) vale naturalmente lo mismo, puesto que ésta orienta completamente el primer paso en la obtención de la medida de la pena a la culpabilidad. La tesis de que la idea de culpabilidad en verdad no aporta nada a la determinación de la medida de la pena fue subrayada con razón ya por von Liszt en su Programa de Marburgo (citado aquí de OSTENDORF —comp.—, *Von der Rache zur Zweckstrafe*, 1982, pp. 39 ss.); de modo análogo, SCHREIBER, *ZStW*, 94 (1982), p. 291; ELLSCHEID, en WADLE (comp.) *op. cit.* (nota 37), pp. 78-79, 88 ss.; HART, *Prolegomena zu einer Theorie der Strafe*, aquí citado por BIRNBACHER-HOERSTER (comp.) *Texte zur Ethik*, 1976, p. 228.

* Además de la ya comentada «teoría del espacio de juego», aquí se alude a la teoría de la pena puntual o exacta (*Punktstrafe*) y a la teoría del valor posicional (*Stellenwerttheorie*). La primera de ambas es una teoría que entiende que el juez ha de hallar la pena exacta que le corresponde a la culpabilidad del reo. La segunda, en cambio, estima que a la culpabilidad le corresponde constituir el criterio de decisión de la duración de la pena, mientras que la prevención ha de decidir sobre su suspensión o sustitución por una medida (atendiendo a la prevención especial). (*N. del T.*)

⁷³ Cfr. *supra*, las referencias en nota 70.

consecuencia este cambio de orientación teórica, debe prevenirse, en primer lugar, de un malentendido: el de que el abandono de la culpabilidad como base de medición de la pena pudiera conducir de nuevo a una medición puramente formal, que enlazara con los aspectos exteriores casuales de la lesión del bien jurídico, según el modelo de los sistemas de composición de la época de las migraciones⁷⁴. En efecto, y dado que la necesidad preventivo-general de pena depende de la magnitud de la amenaza al orden social de paz⁷⁵ que se manifieste en el delito, para la medición de la pena desempeñan un papel importante, además del valor del bien jurídico lesionado, y del alcance de la referida lesión, en el marco de la intensidad de la energía criminal relevante para la medición, la peligrosidad de la motivación del autor que se expresa en el hecho y otras circunstancias análogas que contribuyen a configurar el aspecto subjetivo del hecho. Asimismo, son relevantes, desde el punto de vista de cómo se haya de sentir la pena y del aspecto del principio de igualdad, los efectos de la pena sobre la vida futura del autor en sociedad mencionados en el § 46, párrafo 1, enunciado 2, StGB⁷⁶. Por contra, deben eliminarse del programa de la medición de la pena aquellas «sutilezas de la personalidad del autor» cuya consideración se exige según la concepción tradicional del principio de culpabilidad y lleva a la realización más sutil y sublime de tal idea⁷⁷. En realidad, esta pretendida consideración de los matices de la personalidad no conduce a otra cosa que a una total dispersión por regiones, a una desigualdad y, con ello, en fin, a una irracionalidad de la medición de la pena, puesto que no hay ni un canon vinculante, ni un criterio vinculante de ponderación para estos matices, que, según la doctrina dominante, escapan incluso a una comunicación lingüística, puesto que se trata frecuentemente de impresiones indivi-

⁷⁴ Cfr. al respecto, por ejemplo VON BAR, *Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, 1882, pp. 51 ss. —en especial p. 55—, 61 ss.; SCHRÖDER, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 2.ª ed., 1894, pp. 80-81, 338 ss.; LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, 1895, pp. 32 ss., en especial p. 35; Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.ª ed., 1965, p. 25; NASS, *Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens*, 1963, pp. 29-30.

⁷⁵ Cfr., sobre la vivencia de la amenaza por la comunidad, ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976, pássim, en especial pp. 5, 11 ss., 60 ss.; id., *JBl*, 1987, pp. 173 ss.; MURCK, *KrimJ*, 1978, pp. 202 ss.; KERNER, *Kriminalitätseinschätzung und Innere Sicherheit*, 1980, pássim; VOLK, *JZ*, 1982, pp. 86-87.

⁷⁶ En cambio, no sería admisible agravar la pena, apelando al § 46, párrafo 1, enunciado 2, StGB, con el fin de obtener una eficaz influencia preventivo-especial sobre el autor (como corresponde a la ideología educativa del Derecho penal de jóvenes), pues una medida así, como sabemos desde el decaimiento de la euforia del tratamiento, carecería ya de la necesaria idoneidad (cfr. *supra*, las referencias en nota 39).

⁷⁷ Cfr. al respecto, en especial, también desde el punto de vista de la revisión, FRISCH, *op. cit.* (nota 72), pp. 268 ss., 273 ss., con ulteriores referencias; BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2.ª ed., 1974, pp. 704-705; LACKNER, *FS f. Gallas*, 1973, pp. 117, 131. La exigencia de ZIPF (en *Die Strafmassrevision*, 1969, pp. 119 ss.; *Die Strafzumessung*, 1977, pp. 24-25, con ulteriores referencias) y STRATENWERTH (en *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, pp. 28 ss.), relativa a excluir la personalidad del autor de la valoración de la culpabilidad del hecho y contemplarla sólo desde la perspectiva de la prevención, no ha podido imponerse hasta ahora (cfr. JESCHECK, *ob. cit.*) nota 5—, p. 711, con ulteriores referencias).

duales imponderables⁷⁸. Ya antes, al aludir a que la dogmática tradicional de la medición de la pena no sólo no elimina sino que, en la práctica, agrava la arbitrariedad de la medición de la pena, he intentado atacar⁷⁹ la consecuencia de incomparabilidad e irracionalidad, vinculada necesariamente con ello, y que encuentra su expresión más clara en la irrevisabilidad de la medición de la pena⁸⁰, conectada necesariamente con la carencia de posibilidad de comunicar. Por medio de la refutación aquí emprendida de la teoría del espacio de juego a partir de sus premisas dogmáticas, me parece posible probar, también en el plano teórico, la necesidad de una reducción drástica de las circunstancias de las que cabe servirse para la medición de la pena.

5. a) En la medición de la pena de un Derecho penal preventivo y moderno es, pues, preciso renunciar radicalmente a la doctrina dominante en la actualidad, que pretende considerar de forma incontrolable, en la medición del «espacio de juego» de la pena adecuada a la culpabilidad, todas las sutilezas del comportamiento del autor. En lugar de ello, la requerida medición de la pena orientada a la prevención general ha de hacer referencia, en primer lugar, a la magnitud de la lesión del bien jurídico (la *gravedad del injusto*) y, en segundo lugar, a la *energía criminal* manifestada en el hecho, en la medida en que éstas podían ser conocidas por el autor y, por tanto, serle *imputadas subjetivamente*. Las consideraciones puramente preventivo-especiales deberían desempeñar un papel —y sólo en este punto estimo convincente la teoría del valor posicional— simplemente en el marco de decisiones de pronóstico, como las que se exigen en los casos de suspensión de la pena conforme al § 56 StGB, de modo que las mismas nunca pueden incidir sobre la pena preventivo-general en perjuicio del autor sino sólo (en caso de pronóstico favorable) en favor de

⁷⁸ Cfr., al respecto, FRISCH, *op. cit.* (nota 72), p. 282.

⁷⁹ En *Pönometrie*, Heft 3 der Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, München o. J., pp. 73 ss. Investigaciones empíricas realizadas entretanto en el marco del *Sonderforschungsbereich* 24 de Mannheim ha mostrado que la práctica, en los delitos pobres en elementos, se separa intuitivamente del papel que le atribuye la doctrina dominante en materia de medición de la pena, e intenta por su cuenta llegar a una mayor homogeneidad mediante una drástica reducción de la materia de la medición de la pena (cfr. R. HASSEMER, *MschKrim*, 1983, p. 26; SCHÜNEMANN y otros, *Art und Gewicht der Bestimmungsgründe richterlicher Sanktionsentscheidungen bei Straftaten nach § 316 StGB*, Forschungsbericht aus dem Sonderforschungsbereich 24, Mannheim, 1983).

⁸⁰ A pesar de que en los últimos años se ha incrementado de modo notable la intensidad del control en vía de revisión de la medición de la pena (cfr. BGHSt 24, 132, 268; 27, 2, 212; 29, 370; 30, 166; 31, 102; exhaustivas referencias en MÖSL, *NSiZ*, 1982, pp. 148, 453; 1983, pp. 160, 493, evolución ésta apoyada por la bibliografía: cfr., simplemente, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 18.ª ed., 1983, p. 321; BRUNS, *ZStW*, 94 —1982—, pp. 124-125; MÖSL, *DRiZ*, 1979, p. 165), el juez de primera instancia sigue teniendo en materia de medición de la pena un importante ámbito de libre enjuiciamiento, que no se ve afectado por los Tribunales de Revisión (cfr. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2.ª ed., 1974, pp. 87, 645 ss.; SCHIEL, *Unterschiede in der deutschen Strafrechtsprechung*, 1969; PIKART, en *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 1982, § 337, n.º marginal 32; HADDENHORST, en *Pönometrie* (nota 79), pp. 29 ss. [En el texto original éste era el contenido de la nota 79 y viceversa; he debido intercambiarlos al cambiar el orden de los términos de la frase por necesidades de la traducción. (N. del T.)]

él. Con ello, además, se atiende a las visiones realistas acerca de las posibilidades limitadas de una «corrección mediante la pena».

b) Naturalmente, ni puede ni debe negarse que también en esta concepción se dan problemas de delimitación de la materia relevante para la medición de la pena, y que, en especial, el *topos* de la «energía criminal», elegido aquí para caracterizar el grado de amenaza, requiere una ulterior explicación⁸¹. Sin embargo, la ventaja decisiva radica en el hecho de que se restablece la posibilidad de comparar y calcular la medición de la pena, que, en la doctrina dominante en la actualidad, aparece cegada en la espesura de los imponderables de la personalidad; en consecuencia, se hace posible calcular la pena y disponerla mejor como medio de la prevención general. A la vez, de este modo, y sólo de este modo, es posible satisfacer las exigencias mínimas de la *justicia*, las cuales, dados nuestros modestos conocimientos sobre la magnitud de la pena necesaria a efectos preventivos, exigen al menos una *uniformidad en la aplicación del Derecho*. El que conoce la práctica judicial sabe del alto grado de casualidad y arbitrariedad de la medición real de la pena, sobre la cual la individualidad del juez continúa ejerciendo, con mucho, una influencia mayor que la de la doctrina actual de la medición de la pena y la del control de revisión por el Tribunal Supremo Federal.

c) También la objeción, relacionada con lo anterior, de que la concepción aquí desarrollada no es compatible con la *fórmula básica* del § 46, párrafo 1, del StGB, es fácil de invalidar. En efecto, la interpretación de la fórmula básica en el sentido de la teoría del espacio de juego no es ni obligada ni convincente (puesto que la teoría del espacio de juego está presa en la ideología del Derecho penal retributivo); así, se hace imprescindible una nueva interpretación adecuada a la decisión básica del legislador en contra de un Derecho penal retributivo. Y, en tal caso, nada más obvio que hacer confluir las nociones fundamentales sobre la relación entre culpabilidad y prevención en nuestro moderno Derecho penal también en la interpretación del § 46, párrafo 1, enunciado 1, y entender este precepto de modo que el fundamento fáctico de la medición de la pena aparezca constituido sólo por las circunstancias que se pueden atribuir al autor, es decir, que éste podía conocer y evitar.

6. En resumen, cabe formular los siguientes principios básicos para la futura reorientación de la medición de la pena: Debe abandonarse el uso lingüístico relativo a una «pena ajustada a

⁸¹ Así, la energía criminal depende, con seguridad, también del *quantum* de las alternativas que están a disposición del autor en lugar del hecho, lo que —debido a la limitación por el principio de culpabilidad— acabará, por lo regular, en la posibilidad de considerar las tradicionales causas de disminución de la culpabilidad situadas por debajo del § 21 StGB. En todo caso, sin embargo, el criterio preventivo-general asegura que sólo se considerarán aquellas circunstancias que, en el sentido de la doctrina referida a la culpabilidad de ZIPF y STRATENWERTH, constituyen la «culpabilidad del hecho» (cfr. las referencias *supra*, en nota 78), de modo que se evite el total desbordamiento de la materia de la medición de la pena, favorecido por la doctrina dominante desde el punto de vista de la culpabilidad por la conducción de la vida.

la culpabilidad», pues induce a error. En lugar de la total individualización de la medición de la pena que domina la dogmática actual en esta materia, y es responsable de la extrema desigualdad que a este respecto cabe observar en la práctica, ha de aparecer en el futuro una medición de la pena calculable y previsible, que garantice el principio de igualdad. La magnitud de la pena ha de graduarse en función de la magnitud del injusto imputable y del efecto de amenaza producido por el delito, mientras que las consideraciones preventivo-especiales (prescindiendo de la sensibilidad de la pena) deben limitarse a las decisiones de pronóstico expresamente exigidas en la ley. Sólo una vez que esta concepción de una medición de la pena preventiva limitada por el principio de culpabilidad se haya llevado a la práctica, cabrá hablar de que ha concluido por completo la transformación de un caduco Derecho penal retributivo en un moderno Derecho penal preventivo.

V. RESUMEN

En suma, mis consideraciones sobre la función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo han conducido, ante todo, a *tres conclusiones*. En primer lugar, que el abandono del Derecho penal retributivo no implica de por sí, en absoluto, el abandono de la noción de *culpabilidad*, que puede continuar manteniéndose contra la crítica del determinismo. En segundo lugar, que debe mantenerse la culpabilidad como principio de *limitación* junto a la prevención como principio de fundamentación de la pena, lo que hace necesaria una ampliación de la sistemática tradicional del Derecho penal con la categoría de la *responsabilidad*. Y, en tercer lugar, que la abolición del Derecho penal de retribución de la culpabilidad no debe detenerse ante la *medición de la pena*, de modo que en lugar de una pena por la culpabilidad, concebida en el sentido de la teoría del espacio de juego, ha de aparecer una pena preventiva, orientada a la medida de la amenaza del delito para la sociedad y, por tanto, garantizadora del principio de igualdad, en la que la culpabilidad sólo mantiene su significado como principio de limitación de la pena.

En esta versión reducida, como principio *limitativo*, el dogma de la culpabilidad no sólo es, en la actualidad, adecuado a los tiempos, sino que resulta incluso *irrenunciable*.

Reincidencia y medición de la pena*

por BERNHARD HAFFKE

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA CIENCIA

1. El de la «reincidencia y la medición de la pena» produce, a primera vista, la impresión de ser un tema de gala para la cooperación interdisciplinaria de juristas y cultivadores de las ciencias sociales, con perspectivas fundadas de obtener un resultado sólido y serio. Sin embargo, en cuanto se entra en detalles, se pone de manifiesto aquella situación que tan plásticamente describiera MITSCHERLICH en 1970¹, a la vista de los problemas de comunicación y conciliación existentes entre los sociólogos y psicoanalistas colaboradores del Instituto Sigmund Freud de Francfort:

«Llevar a término tal comunidad de trabajo es sustancialmente más fácil en la imaginación que en la realidad. Comprobamos —algo que, por cierto, describió Robert K. MERTON a propósito del proceso de adoctrinamiento durante la formación médica— que la identificación con el *status* y la dignidad del propio grupo profesional, o con la forma de sus interpretaciones de la realidad, hunde sus raíces de modo mucho más profundo de lo que al principio creíamos posible. Así, en cuanto entran en casa especialistas “de fuera”, da comienzo un penoso camino de malentendidos, de no entender absolutamente nada, de agravios involuntarios y provocaciones recíprocas. En primer plano lo que aparece es la confusión de lenguas.»

Debido a esta situación, mi interés por el tema elegido no es, fundamentalmente, ni hermenéutico ni político-jurídico, sino *analítico y metodológico*; a ello, y como afectado personalmente por aquella escalada del malentendido hasta la provocación recíproca, puedo añadir que también es un interés *autoterapéutico*. Así pues, el apremiante interés por el tema y por la conclusión material del mismo ha de ceder, en un primer momento, ante el paciente y sosegado análisis de las causas de ese «hablar sin entenderse», de esos malentendidos y esa «confusión de lenguas», ante el planteamiento sereno y cuidadoso del problema, y el esfuerzo penetrante por obtener un bagaje conceptual preciso y diferenciado.

* Versión reelaborada del trabajo publicado en *Kriminalsoziologische Bibliografie*, 1981 (Jg. 8, H. 31), pp. 11 ss.

¹ En *Psyche, Zeitschrift für Psychoanalyse und ihre Anwendungen*, XXIV, 1970, pp. 157 ss., 160-161.

2. Los problemas específicos de la comunicación entre juristas y teóricos de las ciencias sociales —si es que puedo adelantar así, a modo de tesis, la esencia de las consideraciones que siguen— resultan del hecho de que, *en primer lugar*, en el lenguaje de la ley y de la ciencia jurídica se emplean *conceptos descriptivos*; sin embargo, *en segundo lugar*, el contenido descriptivo de estos conceptos no se hace efectivo y, como se mostrará, tampoco puede hacerse efectivo; es decir, que la descriptividad (quizá por necesidad) se simula; y, *en tercer lugar*, por fin, el teórico de las ciencias sociales, al que se le pide una información competente, se toma en serio su función de dictaminador, sin darse cuenta de que el mandante, el jurista, no desea en absoluto que cumpla seriamente tal función de dictaminar.

3. Desearía mostrar esta confusión de lenguas, así como el callejón sin salida que resulta de la misma, de la mano del presupuesto material de la reincidencia del § 48 StGB*, la llamada «*fórmula de la advertencia*». Para ello tomaré como base el marco analítico de la *tesis de la adscriptividad* de H.L.A. HART², en lo que consideraré también, según convenga, su tardía recepción, así como su crítica, modificación y precisión³. La elección de este marco categorial y de este instrumento conceptual analítico requiere, sin embargo, una breve fundamentación, preferentemente pragmática:

a) El debate entre la *descriptividad* y la *normatividad* (¿alias adscriptividad?)⁴ no es, en sí, nuevo para el penalista. Baste evocar la intensa discusión científica habida en los años veinte de este siglo sobre los elementos descriptivos y normativos del tipo: ésta halló su punto más elevado y su conclusión provisional, pero también su manifestación más extrema, en la conocida tesis de Erik WOLF⁵ de que todos los elementos típicos, incluidos los aparentemen-

* El § 48 StGB, como ya se ha apuntado, fue derogado por la 23.^a Ley de Reforma penal de 13 de abril de 1986, con posterioridad, pues, a la edición alemana de esta obra. Sin embargo, el carácter metodológico y general de este trabajo hace que mantenga, pese a la modificación legal, todo su interés científico. (N. del T.)

² «The ascription of responsibility and rights», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, XLIX, 1948/1949, pp. 172 ss. A los receptores de lengua alemana de la tesis de la adscriptividad se les ha escapado, por lo visto, que HART, influido por la crítica de GEACH y PITCHER (cfr. en *Analytische Handlungstheorie*, t. I, *Handlungsbeschreibungen*, comp. por Georg MEGGLE, 1977, pp. 225 ss., 239 ss.) se ha distanciado luego de aquel trabajo (cfr. el prólogo a su colectánea *Punishment and Responsibility*, 1968).

³ Cfr., al respecto, KUHLEN, *Die Objektivität von Rechtsnormen*, 1978, pp. 91 ss., con ulteriores referencias; KÜHL, *KrimJ*, 1981, pp. 214 ss.

⁴ El signo de interrogación hace referencia al problema que se plantea cuando se trata de traducir conceptos desarrollados en un contexto jurídico a términos de la moderna filosofía del lenguaje, como adscriptividad, prescriptividad, etc. (cfr., p. ej., HARE, *Die Sprache der Moral*, 1972; al respecto, ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, pp. 82 ss.). En vista de la pluralidad y diversidad de trabajos y principios de filosofía del lenguaje, así como de la necesidad de continuar elaborando los paralelismos y conexiones, baste aquí con esta alusión. La cuestión planteada no puede, desde luego, resolverse honradamente de pasada.

⁵ «Der Sachbegriff im Strafrecht», en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, t. V, 1929, pp. 44 ss.; *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, 1931. Para obtener una visión gene-

te descriptivos, son de naturaleza normativa, y que, en consecuencia, no resulta posible distinguir entre elementos típicos descriptivos y normativos, sino únicamente entre conceptos con *contenido valorativo* y conceptos *precisados de un complemento valorativo*, en el seno de la clase única de los elementos normativos del tipo. En todo caso, no pretendo tomar dicho debate interno del Derecho penal como punto de referencia, pues previamente habría que establecer la relación del mismo con la discusión sobre la adscriptividad, que tiene unas raíces muy diversas.

b) Por contra, parece recomendable tomar como referencia la tesis de la adscriptividad, ante todo por la siguiente razón: esta tesis ha sido desligada, principalmente en trabajos de Fritz SACK⁶, de su contexto originario de filosofía del Derecho y del lenguaje, y convertida en elemento central de fundamentación de una nueva e influyente concepción de sociología criminal o, mejor, de sociología del Derecho penal⁷: concretamente, el llamado *labelling approach*. Se imputan aquí *etiquetas* jurídico-penales; por tanto, también en la lógica interna de los conceptos jurídico-penales y en su empleo pragmático debe mostrarse precisamente el fenómeno de la adscriptividad, que los teóricos de la imputación creen haber hallado más bien en un punto de vista macroteórico, es decir, externo al Derecho penal. En efecto, el proceso de atribución no se detiene, por así decirlo, ante el sistema del Derecho penal y de su dogmática, sino que, por contra, es precisamente ahí donde toma su punto de partida. Consiguientemente, también deben estar establecidas en este sistema las condiciones de posibilidad o necesidad de tal imputación. La prueba de la existencia de *imputación* en este micromundo interior del Derecho penal, y la designación de los vehículos y transformadores que están disponibles aquí, no sólo depuraría e ilustraría el *labelling approach*, haciéndolo más justificativo para el jurista que trabaja en la dogmática del Derecho penal, sino que, como se mostrará, también abriría nuevas perspectivas de cuestionamiento, muy concretas y específicas, las cuales permitirían un sereno trabajo interdisciplinario en detalle, dejando al margen tópicos, celos y reacciones a pretendidas ofensas⁸.

Hasta aquí mi objeto de análisis y su ubicación teórica.

ral, cfr. ENGISCH, «Die normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», *FS f. Mezger*, 1954, pp. 127 ss.; KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, 1958, en especial pp. 40 ss.; SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957, pp. 62 ss.; SCHLÜCHTER, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983.

⁶ «Neue Perspektiven in der Kriminologie», en *Kriminalsoziologie*, comp. SACK/KÖNIG, 1968, 2.ª ed., 1974, pp. 431 ss., 466 ss.

⁷ Cfr., a propósito de este desarrollo ulterior de la sociología criminal en una sociología del Derecho penal, extraordinariamente fructífera y plenamente consecuente en el plano teórico, según me parece, Fritz SACK, «Probleme der Kriminalsoziologie», en *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, comp. por KÖNIG, t. 12, 2.ª ed., 1978, pp. 192 ss., 365 ss.

⁸ Cfr. al respecto ya mi trabajo «Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie», *GA*, 1978, pp. 33 ss. (reimpreso en *Kriminologie im Strafprozess*, comp. por JÄGER, 1980, pp. 133 ss.).

II. LA FUNCIÓN DOGMÁTICA DE LA «FÓRMULA DE LA ADVERTENCIA»

1. Junto a los dos requisitos *formales*, a saber, que el autor «haya sido condenado ya al menos dos veces por un delito doloso en el ámbito espacial de vigencia de esta ley» (§ 48, párrafo 1, enunciado 1, n.º 1 StGB), y que el mismo «haya cumplido pena privativa de libertad por uno o varios de estos hechos durante un tiempo de tres meses al menos» (§ 48, párrafo 1, enunciado 1, n.º 2, StGB), el § 48 establece dos requisitos materiales más: *en primer lugar*, el hecho que genera la agravación por reincidencia ha de ser un delito doloso, conminado con una pena privativa de libertad de un máximo de un año o superior; y, *en segundo lugar* debe «serle reprochable al autor, en atención a la naturaleza y circunstancias de las infracciones», «no haber tenido en cuenta como advertencia las condenas anteriores». En el caso de que se aplique el § 48, la pena mínima se eleva a una privación de libertad de seis meses, mientras que el máximo de la pena conminada permanece inalterado (§ 48, párrafo 1, StGB). En lo que hace a la *fórmula de la advertencia*, sobre la que queremos concentrar aquí nuestra atención, es preciso señalar que se discutió intensamente durante las largas deliberaciones de la ley⁹ (sobre lo que se harán en lo que sigue algunas consideraciones) y que también su interpretación da lugar a diversos y difíciles problemas en la práctica, como, por ejemplo, su aplicación a delitos heterogéneos¹⁰, a los llamados «delitos impropios de bagatela»¹¹ o a casos excepcionales, como los hechos pasionales, impulsivos, de desamparo social¹², etc. Nuestro tema no aparece constituido por la reconstrucción de la historia de la ley, ya efectuada en otro lugar¹³, ni tampoco por la pormenorización hermenéutica. Lo que nos ocupa en este contexto es más bien lo siguiente: la fórmula de la advertencia ha de garantizar la compatibilidad del precepto de la reincidencia con el *principio de culpabilidad por el hecho*; algo *extremadamente importante*, puesto que el significado de aquel precepto no se agota en la mera elevación de la pena mínima, sino que, como ZIPF ha expuesto correctamente, «mediante él se ha creado un esquema de ordenación, nuevo en su globalidad, para la mediación de la pena en sentido estricto»¹⁴. Esta forma de entender la fórmula de la advertencia, la única capaz de preservar el precepto de la reincidencia de un veredicto de inconstitucionalidad por

⁹ Cfr. la panorámica en FROSCHE, *Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB*, 1976, pp. 13 ss.; KÜRSCHNER, *Die materielle Rückfallklausel des § 48 StGB*, 1978, pp. 7 ss.

¹⁰ Cfr., p. ej., STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 21.ª ed., 1982, § 48, n.º marginal, 10, con ulteriores referencias; FROSCHE (nota 9), pp. 76 ss., 112 ss.

¹¹ Cfr., al respecto, MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, t. 2, 5.ª ed., 1978, p. 495; sobre la constitución de la regulación del § 48, estimada en general poco adecuada a la materia, cfr. BVerfGE 50, pp. 125 ss., 138 ss.

¹² Cfr. STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 10), § 48, n.º marginal 17, *in fine*, con ulteriores referencias.

¹³ Cfr. las referencias en nota 9.

¹⁴ MAURACH/ZIPF (nota 11), p. 496, contra FROSCHE (nota 9), pp. 144 y 147.

propiciar una pena excesiva con objetivos preventivo-especiales¹⁵, ha sido profundizada en la bibliografía, sobre todo por HILLENKAMP¹⁶, MIR PUIG¹⁷ y FROSCH¹⁸, y confirmada expresamente por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 16 de enero de 1979¹⁹. Ahí se señala:

«La agravación conforme al § 48 StGB requiere que al autor, “en consideración a la clase y circunstancias de los delitos, se le pueda reprochar, que no ha tomado como advertencia las anteriores condenas”. Con esta formulación, la cláusula material de la reincidencia, el precepto atiende al principio de culpabilidad. En concreto, parte de que “quien prescinde de los impulsos de contención establecidos en las condenas anteriores, actúa, en determinadas circunstancias, con incremento de energía criminal y, por tanto, con incremento de culpabilidad” (así HORSTKOTTE, *JZ*, 1970, p. 152 [153]; siguen otras citas). Así pues, el legislador hace depender la aplicación del § 48 del hecho de que recaiga sobre el autor, en atención a la función de advertencia de las condenas previas, un reproche de culpabilidad. No señala que sobre quien, pese a una previa condena, vuelve a incurrir en una pena, recaiga *siempre* un reproche de culpabilidad incrementado, sino que conmina al autor con una pena agravada, dándose otras circunstancias concretas, *cuando* resulta posible, en atención a sus condenas previas, dirigirle el reproche de una culpabilidad aumentada.

»Si es éste el caso —y aquí siguen indicaciones del Tribunal Constitucional sobre la realización práctica, procesal, del postulado constitucional de la culpabilidad— es algo que le corresponde investigar de oficio al juez de instancia. Que tal investigación debe incluir, en el seno de la exigida valoración global, también factores psíquicos, propiedades caracterológicas del acusado y sus circunstancias vitales es algo que se entiende por sí solo [...] si se dispone como base del enjuiciamiento de un concepto de culpabilidad por el hecho entendido en forma no demasiado estrecha. Si de tales averiguaciones se desprende la conclusión de que a las condenas anteriores no les corresponde ningún efecto de advertencia en el sentido de la cláusula material de reincidencia, se excluye la aplicación del § 48 StGB. Si, por contra, el Tribunal constata que el acusado no ha tomado como advertencia las anteriores condenas y que esto se le puede *reprochar* en atención a la clase y circunstancias de los delitos, se fundamenta, en relación con el delito que se ha de enjuiciar, el reproche de una culpabilidad por el hecho agravada, y, con ello, justifica también una agravación de la pena.»

2. Con lo anterior se cierra la introducción y la aclaración de mi tema, Ahora puedo esbozar brevemente y fundamentar el razonamiento que seguiré, que se desarrolla en once pasos. Metodológicamente, procedo tomando como punto de partida fijo, esto es, sin fundamentarlo ni problematizarlo, el estado de la discusión y de conocimiento tal como se formula, aunque sea de modo escueto y abreviado, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1979 y que expresa el resultado de una consecuente realización del postulado constitucional, vigente sin excepción, de *nulla poena sine culpa*²⁰. En efecto, sólo si se acepta aquí de momento, como *premisa*, la tesis de que la aplicabilidad del § 48 requiere una culpabilidad por el hecho *agravada*, es posible comprobar la corrección y consistencia internas de los argumentos que

¹⁵ Cfr. al respecto, HORN, *ZStW*, 89 (1977), pp. 547 ss., 566-567; en otro sentido, MAURACH/ZIPF (nota 11), pp. 491-492.

¹⁶ *GA*, 1974, pp. 208 ss.

¹⁷ *ZStW*, 86 (1974), pp. 175 ss.

¹⁸ Cfr. nota 9.

¹⁹ BVerfGE 50, pp. 125 ss., 134, 136. Los subrayados son míos.

²⁰ Jurisprudencia constante desde BVerfGE 20, 323, 331; cfr. las referencias en BVerfGE, 50, 125 ss., 133.

parten de dicha premisa. Finalidad *primera* de este análisis de la argumentación, es, pues, mostrar las contradicciones y fracturas, las tensiones y dislocaciones que se producen si se lleva consecuentemente hasta el final el vigente principio de culpabilidad por el hecho. Sin embargo, *en segundo lugar*, estas perceptibles disonancias no deben ser resueltas precipitadamente, como sucede demasiado a menudo bajo la influencia de una poderosa y profundamente arraigada pretensión de consonancia y armonía; por contra, deben mantenerse muy conscientemente, y analizarse y reflexionarse, desde perspectivas de sociología jurídica y psicología social, de modo mucho más preciso que lo que ha sucedido hasta ahora en la bibliografía²¹. Sólo tras estas consideraciones se planteará la tarea, todavía no cumplida por la ciencia del Derecho y que tampoco aquí puede llevarse a término, de una reformulación de la «justificación dogmática y crítica político-criminal de la agravante de reincidencia»²². Una tarea que, tras esta operación de análisis y crítica inmanentes al Derecho penal, se ha hecho mucho más compleja y fundamental de lo que sería en el caso de un acceso al tema libre de lastres, a la vez externo al Derecho penal y abstracto, que prescindiera de la concreta magnitud del material que emplear y de los aspectos que considerar y que, en suma sería, por cierto, sospechoso de ideología.

III. LA PSEUDODESCRIPTIVIDAD DEL PROGRAMA FORMAL Y SU SUPERACIÓN

1. La *primera premisa* puede formularse en los siguientes términos: Si se toma como base la idea fundamental que sustenta la citada sentencia del Tribunal Constitucional, así como las correspondientes opiniones y precisiones sobre este «concepto de aumento de la culpabilidad por el hecho»²³ defendidas en la bibliografía y en la deliberación de la ley, al analizar el requisito material de la reincidencia (la llamada fórmula de la advertencia) es preciso efectuar una cuidadosa separación entre *factores relevantes para la culpabilidad por el hecho*, es decir, que la agravan, y *factores irrelevantes* para la misma.

2.a) Que al autor reincidente le corresponda siempre un reproche de culpabilidad agravado no es algo que, simplemente, se declare o se finja normativamente. En efecto, a primera vista, esta idea contradice el dogma constitucional de que toda pena presupone culpabilidad y de que pena agravada presupone culpabilidad aumentada. Sin embargo, en una segunda percepción se observa que tal suposición ficticia de una culpabilidad agravada no es tan extraña ni inusual; si uno se libera del encantamiento de aquel dogma o prohibición

²¹ Cfr. ya HAFFKE, *MSchrKrim*, 58 (1975), pp. 54-55; id. (nota 8), pp. 52-53.

²² Así el título del trabajo de MIR PUIG citado en nota 17.

²³ Cfr. HORN, en *Systematischer Kommentar zum StGB*, t. 1, 9.ª ed., 1971 ss. § 17, n.º marginal 8; refiriéndose a KOFFKA, en BALDUS (comp.), *StGB Leipziger Kommentar (LK)*, 9.ª ed., 1971 ss., § 17, n.º marginal 2, y ahora también Günther HIRSCH, *LK*, 10.ª ed., § 48, n.º marginal 1.

de razonamiento, una contemplación imparcial de las diversas conminaciones penales de la Parte Especial enseña que el grado del injusto, de la culpabilidad y de la pena discurren paralelamente; en otras palabras, que, dado un incremento de injusto, se finge el incremento de culpabilidad²⁴.

De todos modos, este problema puede dejarse correr. En efecto, en el caso de la reincidencia, según el fallo del Tribunal Constitucional, no puede fingirse el aumento de culpabilidad, sino que debe averiguarse en cada caso concreto si el autor, en la situación fáctica actual, ha cargado sobre sí una culpabilidad (por el hecho) agravada²⁵. Como se desprende de la referencia a las observaciones básicas de HORSTKOTTE²⁶, el Tribunal Constitucional da una negativa²⁷ a otros tres posibles conceptos: *en primer lugar*, a la concepción de una agravación de la pena independiente de la culpabilidad y de origen preventivo-especial; *por otro lado* a la concepción de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida; y, *finalmente*, al modelo, estrechamente ligado a aquella concepción²⁸, del aumento de injusto y culpabilidad, que se basa en la observación normológica²⁹ de que el autor, junto al injusto de la infracción concreta sometida a enjuiciamiento, realiza otro injusto, consistente en no haber tomado en cuenta como advertencia las condenas anteriores, en forma contraria a deber. Si el autor merece un mayor reproche de culpabilidad por el nuevo hecho³⁰, ello es más bien porque, mediante las anteriores condenas y su cumplimiento, ha sentido «el concreto reproche por el hecho antijurídico no sólo de modo abstracto e impersonal a través de la ley, sino en su propia persona, “en su propia carne”»³¹; con ello, se han hecho eficaces *especiales impulsos de contención*³² que deberían haberle apartado antes y con mayor intensidad —en comparación con un autor primario— del comportamiento criminal, motivándole, en lugar de ello, a un comportamiento de fidelidad al Derecho, e incrementando su capacidad (su poder) de observancia

²⁴ Encuentro expresada esta idea de modo especialmente claro en NOLL, *FS f. H. Mayer*, 1966, pp. 219 ss., 230-231. Vid. también ZIPF, *Die Strafmasrevision*, 1969, p. 86; HORN (nota 23), § 46, n.º marginal 38; HAFFKE, en HASSEMER-LÜDERSSEN (comp.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, t. III, *Strafrecht*, 1978, pp. 153 ss., 163. En el programa de la ley y en la ejecución de ésta se finge que, en caso de incremento del injusto, también se ha incrementado la capacidad de ser motivado de modo conforme a la norma (una hipótesis extremadamente cuestionable en el plano empírico, aunque aquí no podamos entrar en ello). Por ello no es tan absurda la ficción de una culpabilidad elevada, con independencia del hecho de que sea dogmáticamente dudoso si en la reincidencia se ha incrementado el injusto (y no sólo la culpabilidad) (cfr. al respecto *infra* nota 29).

²⁵ BVerfGE 50, 125 ss., 136.

²⁶ JZ, 1970, pp. 122 ss., 152 ss.

²⁷ Cfr., al respecto, el análisis del § 48 en HORN (nota 23), § 48, n.ºs marginales 3 ss.

²⁸ Cfr. HORN (nota 23), § 48, n.ºs marginales 5 y 6.

²⁹ Cfr., al respecto, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 211-212; MIR PUIG, *ZStW*, 86 (1974), pp. 175 ss., 197 ss.; a mi entender, se halla una fundada crítica a esta concepción en HORN (nota 23), § 48, n.º marginal 6, refiriéndose a *id.*, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, pp. 144-145.

³⁰ Cfr. HORSTKOTTE, *JZ*, 1970, p. 153.

³¹ MIR PUIG, *ZStW*, 86 (1974), p. 193.

³² Cfr. HORSTKOTTE, *JZ*, 19780, p. 153.

de las normas. La «desatención a las advertencias», el no tomar en cuenta las barreras complementarias, es lo que fundamenta el mayor reproche de culpabilidad. Por consiguiente, la concepción del incremento de la culpabilidad por el hecho se refiere, implícitamente a constataciones que sólo se pueden alcanzar empíricamente: en concreto, si el autor ha advertido el impulso de contención establecido con las condenas previas, si se ha intensificado su motivación en dirección a un comportamiento de fidelidad al Derecho y si, con ello, se le ha facilitado el distanciarse del comportamiento criminal que planeaba.

b) El aplicador del Derecho, de tomar en serio este contenido descriptivo (de constatación, locucional, proposicional)³³ de la fórmula de la advertencia —y ésta es nuestra *segunda premisa*—, habría de dar personalmente respuesta a las dos cuestiones *empíricas* que siguen, o bien, dado que sus propios conocimientos en general no serán suficientes, someterlas al dictamen de un perito (de los que entran en consideración tan sólo los psiquiatras forenses y los psicólogos)³⁴.

Primera cuestión: ¿Se ha incrementado, a partir de las condenas previas y de su cumplimiento, el conocimiento de la antijuridicidad del acusado, y ha tomado éste conciencia, mediante ello, del concreto merecimiento de pena y de la punibilidad de su nuevo hecho?³⁵

Segunda cuestión: ¿Se ha concretado esta conciencia en un impulso de contención que —a diferencia de lo que ocurriría con un autor primario que actuara en idénticas circunstancias³⁶— le motivó de modo más intenso hacia un comportamiento de fidelidad al derecho y le dificultó la ejecución del hecho planeado?³⁷

Si en esta cuestión (siguiendo, por ejemplo, el arquetipo del error de prohibición vencible) deben incluirse también los casos en que el autor omite representarse el concreto merecimiento de pena y la punibilidad de su obrar o de realizar las correspondientes operaciones de internalización³⁸, es algo que pre-

³³ De nuevo debemos conformarnos con esta alusión muy general e imprecisa a la teoría del acto lingüístico y a su punto de partida, la «falacia descriptiva» (*descriptive fallacy*). «Los juristas —escribe JOHN L. AUSTIN (*Zur Theorie der Sprechakte*, 2.ª ed., 1979, p. 28, nota 3) deberían conocer cuanto antes las verdaderas circunstancias de hecho; algunos las conocen bien. Pero entonces vuelven a sucumbir a su ficción medrosa de que una determinación jurídica es la determinación de un hecho (jurídico).» No es posible, en el marco del presente trabajo, el desarrollo y discusión de esta concepción de modo más detallado, lo que, evidentemente, sería necesario. Cfr., sobre la teoría del acto lingüístico y su crítica, AUSTIN, *op. cit.*, EIKE VON SAVIGNY, *Die Philosophie der normalen Sprache*, 2.ª ed., 1980, pp. 127 ss.; ALEXI (nota 4), pp. 77 ss., con ulteriores referencias; KUHLEN (nota 3), pássim.

³⁴ Cfr. sobre los componentes intelectuales y volitivos de la fórmula de la advertencia, HORN (nota 23), § 48, n.º marginales 36-37.

³⁵ Cfr. MIR PUIG, *ZStW*, 86 (1974), pp. 175 ss., 192 ss., adhiriéndose a una idea desarrollada ya antes por MAURACH (*Deutsches Strafrecht*, AT, 4.ª ed. 1971, p. 856; ya *id.*, *Gutachten zum 43. Dt. Juristentag*, 1960, I, pp. 30 ss.); vid. además HILLENKAMP, *GA*, 1974, pp. 208 ss., 215.

³⁶ Alude correctamente a esta comparación HORN (nota 23), § 48, n.º marginal 8.

³⁷ Cfr. RUDOLPHI, *ZStW*, 85 (1973), pp. 104 ss., 112.

³⁸ Ciertamente se reconoce que el autor tiene que haber conocido y comprendido las condenas anteriores (cfr., p. ej., HIRSCH —nota 23—, n.º marginal 37; HORN —nota 23—, n.º margi-

cisaría de un análisis más detallado al que, sin embargo, renuncio —pese a la gran relevancia práctica de este aspecto parcial de nuestro tema³⁹— en interés de un razonamiento claro y resumido.

3. Suponiendo que la cuestión, tal como se ha planteado, pueda ser respondida en principio por un perito (*tercera premisa*: todavía habría que desarrollar entonces el diseño de una investigación que se adecuara a la cuestión), se hacen ineludibles, a mi entender, dos consecuencias:

Primera: La determinación positiva y concreta de una mayor culpabilidad requiere, en todo caso, como ya HORSTKOTTE⁴⁰ subrayó claramente en las deliberaciones de la *Comisión especial para la reforma del Derecho penal*, «una valoración muy sutil de la situación psicológica del autor y una apreciación muy detallada de las exigencias que haya de dirigirle»; ello constituye, como señala correctamente FROSCH⁴¹, «una empresa difícil y, seguramente, a menudo sin expectativa alguna». Afirmándose a continuación que, «si se toma en serio, la consecuencia será una frecuente sobrecarga de los tribunales, resultando el § 48 inaplicable, en beneficio del autor».

Segunda: La profunda y sutil investigación psicológica de la personalidad del autor llevará previsiblemente, según todos los conocimientos que tenemos de los reincidentes, a la conclusión de que su culpabilidad por el hecho en general podría estar disminuida. Al respecto, es significativo el resumen de FROSCH⁴².

«Pues, del mismo modo que, para la mayoría de los autores, se puede sentar como base la tesis de la libre decisión de voluntad, en todo caso se dan indicios de peso de la existencia de grupos de autores en los que dicho ámbito de libertad se halla disminuido desde la primera infracción y sus consecuencias. Sería, pues, obligado para una estimación realista del “poder de evitación” de los autores reincidentes, atender a ello en el seno de la culpabilidad por el hecho, al proceder a una valoración en “categorías generalizadas”. Aquí, consiguientemente, habría que valorar la

nal 36). Sin embargo, esto no afecta al problema relevante aquí, sino que constituye únicamente el «motivo» (cfr., al respecto, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, pp. 206 ss.; id., *SK*, cit —nota 23—, § 17, n.ºs marginales 30-31; HORN, *Verbotsirrtum* —nota 29—, pp. 84 ss.) de que el autor intensifique su conocimiento de la antijuridicidad y levante nuevas barreras internas contra el comportamiento criminal. La cuestión decisiva se refiere más bien a si, hasta aquí, son trasladables la reglas del conocimiento virtual de la antijuridicidad al ámbito problemático del conocimiento de la punibilidad (componente intelectual) y de la internalización de la punibilidad (componente volitiva).

³⁹ Si es correcto empíricamente que la resistencia al delito de los autores reincidentes en general se halla debilitada (cfr. nota 42), ello significa que, pese al conocimiento de las condenas anteriores, la mayoría de los reincidentes no pueden realizar las operaciones de internalización que postula la ley, sea porque el conocimiento del injusto no se intensifica, sea porque no se establecen frenos internos o éstos no son eficaces.

⁴⁰ En *Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, p. 375.

⁴¹ Nota 9, p. 117.

⁴² Nota 9, p. 105 (subrayado en el original).

disminución de la resistencia al delito incluso como atenuante de la culpabilidad, pero, en todo caso, de ahí se sigue, al menos, la prohibición de derivar de la reincidencia, de forma más o menos obvia e indiferenciada, un aumento de la culpabilidad.»

4. Ambas consecuencias, ineludibles sobre la base del principio de culpabilidad por el hecho, no se extraen ni en el plano legislativo ni en el judicial. No se extraen en el plano *legislativo*, dado que el § 48 constituye una agravante y no una atenuante; y tampoco en el *judicial*: en primer lugar, porque lo que se debate en el foro no es la regla en sí misma, sino su correcta aplicación; y, en segundo lugar, porque las extensas exploraciones psicológico-individuales necesarias en general, no pueden llevarse a término⁴³, sino que presuntamente la práctica habría de conformarse con el conocimiento de las condenas previas, según los casos en relación con unos pocos indicios más fáciles de obtener, y excluyéndose grupos típicos de casos excepcionales, como los hechos conflictivos, pasionales o impulsivos⁴⁴.

5. Así pues, ni en el programa de la ley ni en el cumplimiento de ésta se acoge verdaderamente el principio de culpabilidad por el hecho, dotado de dignidad constitucional: no en el plano de la ley, porque se ha invertido la relación regla-excepción; y tampoco en el plano de la aplicación de la misma, porque la fórmula de la advertencia indeterminada, y además difícilmente comprensible⁴⁵, por razones de practicabilidad no está en absoluto en condiciones de cumplir la función para la que ha sido concebida, a saber, asegurar la compatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho. Ciertamente, en todos los niveles del Derecho se sigue aferrado verbalmente al principio de culpabilidad, sin que, sin embargo, se hayan creado las condiciones que posibilitarían una realización estricta y consecuente del mismo. Así, el programa *aparente* de la ley tiene su contrapunto en un programa *latente e informal*, que

⁴³ Vid., al respecto, KRAUSS, *FS f. Schaffstein*, 1975, pp. 411 ss. (reimpreso en JÄGER —nota 8—, pp. 65 ss.); HAFFKE (nota 8), p. 56, con ulteriores referencias.

⁴⁴ Los resultados de las comprobaciones empíricas de KÜRSCHNER (nota 9), no ceñidas exactamente a la constatación de la hipótesis arriba mencionada, y que, en parte, operan con preguntas imprecisas (p. ej., la pregunta 8.^a), permiten una cuidadosa interpretación en el sentido siguiente: aproximadamente un 50 por 100 de los jueces penales no realiza averiguación alguna en torno a los efectos de advertencia (*op. cit.*, p. 72), y un 76 por 100 de los jueces encuestados respondió que, dados los requisitos formales del § 48, por regla general al autor debe dirigírsele un reproche de culpabilidad agravado (*op. cit.*, p. 74). Si bien la otra mitad de los jueces penales estima necesario realizar una investigación sobre el conocimiento del autor sobre las condenas previas, su accesibilidad a la advertencia, así como otras razones que podían excluir un efecto de advertencia, tampoco se les preguntó qué tipo de investigación estimaban precisa. Posiblemente —según nuestra experiencia, incluso muy probablemente— se habría mostrado en tal caso que tampoco este sector lleva a cabo en realidad averiguación alguna acerca de la existencia de una culpabilidad por el hecho agravada, prescindiendo absolutamente del problema de si el juicio propio de los jueces, que es al que se dirige la pregunta, coincide o no con su práctica.

⁴⁵ Como muestran ya nuestras sucintas observaciones hechas en III.1, que no agotan ni con mucho la problemática, son precisos importantes esfuerzos dogmáticos para descodificar el sentido de esta fórmula en relación con el principio de culpabilidad por el hecho. Sería interesante investigar empíricamente (lo que sólo podría hacerse mediante entrevistas orales) si y en qué medida les resulta familiar a los jueces penales esta comprensión de la fórmula de la advertencia.

es el que rige la práctica. De este modo, no sorprende que la inseguridad sobre la aplicación práctica de la fórmula, que ya se puso de manifiesto en la discusión de la *Comisión especial*, también se exprese y prosiga en la práctica, y que el temor que, a lo largo de las deliberaciones, expresó GÜDE⁴⁶, entre otros, de que el juez «por regla general se conformará con los requisitos formales», se ha confirmado en la misma medida que el temor de los autores del *Proyecto Alternativo*⁴⁷, de que el precepto de la reincidencia del § 48 abarcaría «a prácticamente todos los reincidentes, sin atenderse a la estructura de su personalidad ni a las circunstancias que les rodeen»⁴⁸.

6.a) Este fenómeno de ejecución (*Implementationsphänomen*)⁴⁹ merece especial atención por nuestra parte. Lo interpretamos⁵⁰ —al igual que otras inconsistencias y contradicciones, que descubre el consecuente análisis dogmático del Derecho vigente— como síntoma de tendencias sociales reprimidas y acalladas que contradicen la ideología oficial del Derecho penal —en la que se incluye indudablemente el principio de culpabilidad— y la obligan a un compromiso⁵¹. Por influjo de la ideología oficial el compromiso no puede descubrirse y hacerse transparente, sino que debe ser encubierto y disimulado; en efecto, la confesión de la existencia de un compromiso significaría la destrucción de la apariencia de un sistema armónico, libre de contradicciones y coherente en sí. Sin embargo, la ciencia del Derecho penal debe negarse honradamente a la producción de tal apariencia; y, desde un punto de vista de política social y de política criminal, no se ganaría nada en absoluto con negar y reprimir las fuerzas contrarias. Éstas deben ser elevadas a la conciencia social, de modo que puedan hacerse discutibles, transformables y cultivables en la sociedad.

b) Las fricciones que resultan del hecho de que el principio de culpabilidad por el hecho se mantenga de modo verbal pero fácticamente se prescindía de él, ponen de relieve que la regulación legal del § 48 se debe a consideraciones diferentes (o, eventualmente, *también* a consideraciones diferentes) de las

⁴⁶ En *Protokolle* (nota 40), p. 377.

⁴⁷ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil*, ed. por Jürgen BAUMANN y otros, 2.ª ed., 1969, p. 213. Como es sabido el *Proyecto Alternativo* no preveía ninguna agravación para los casos de reincidencia (*op. cit.*, p. 117).

⁴⁸ Cfr., por lo demás, la exposición de FROSCHE (nota 9), pp. 108-118.

⁴⁹ Cfr., al respecto, el trabajo fundamental de Renate MAYNTZ, «Die Implementation politischer Programme: Theoretische Überlegungen zu einem neuen Forschungsgebiet», en *Die Verwaltung*, 1977, pp. 51 ss. En el caso del § 48, tanto la concepción de la ley como su aplicación son un claro ejemplo del principio de principio de la ejecución (*Implementationsansatz*), como muestra por ejemplo el estudio de KÜRSCHNER (nota 9). Cfr. también TREIBER, *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, t. 2.º, comp. por LÜDERSSEN/SACK, 1980, pp. 444 ss., con ulteriores referencias.

⁵⁰ Cfr. respecto a lo que sigue mi trabajo (nota 8), pp. 51 ss.

⁵¹ Ambos conceptos se emplean aquí en su preciso sentido psicoanalítico. Cfr. los términos *Kompromissbildung* (formación del compromiso) y *Symptombildung* (formación del síntoma), en LAPLANCHE/PONTALIS, *Das Vokabular der Psychoanalyse*, 1967.

relativas meramente a la culpabilidad por el hecho. Ya en la Comisión especial se hizo patente la oposición de diversas personalidades a la «fórmula de la advertencia». Así, la posibilidad de que se excluya la agravación en ciertos casos de reincidencia fue calificada de «exageración psicológica»⁵², estimándose, por contra, que la obligatoriedad de la agravación en casos de reincidencia resultaba «obvia»⁵³ y respondía a un «sano principio» y a un «viejo uso». ¿Cuáles pueden ser las razones que se ocultan tras una agravante extraordinariamente elemental y que, sin embargo, se aplicó de modo corriente, estimándose evidente hasta el punto de que en la legislación del Derecho particular del siglo XVIII se expresó en el gráfico brocado de *iteratio auget poenam*⁵⁴? Personalmente, estimo convincente la tesis sentada al respecto ya antes por STRATENWERTH⁵⁵ y recientemente formulada por STRENG⁵⁶ en los siguientes términos:

«La tendencia a castigar a los autores previamente castigados y, en especial, a los reincidentes, de modo agravado respecto al autor primario, se basa también en la necesidad de reafirmar la norma y superar la sensación de temor. En efecto, el sujeto que resulta punible de forma reiterada pone absolutamente en cuestión la renuncia al impulso practicada por el “justo”. No sólo su hecho, sino incluso su personalidad global y su conducción de la vida parecen contradecir las exigencias de la vida en comunidad. Un desprecio tan elevado de la necesidad de una renuncia individual en favor de la comunidad genera en los conciudadanos la correspondiente necesidad de una pena agravada. Ciertamente, sólo en el caso de que se produzca el correspondiente castigo del infractor del Derecho puede mantenerse que la propia tabuización, la múltiple renuncia a los propios impulsos, es algo que merece la pena. Además, el reconocimiento de que el autor no puede ser movido a la fidelidad a la norma mediante la sanción conduce a sensaciones de una intensa amenaza que se expresan en fuertes necesidades de sanción.»

7. En el caso de que la tesis que se acaba de formular, y que naturalmente necesita ser elaborada de modo más preciso y reforzada en términos sociológicos y de psicología social, sea correcta, queda claro que no es posible ni admisible tomar en serio el contenido *descriptivo* de la fórmula de la advertencia (*segunda premisa*). En efecto, de tomarla en serio, ella pone en cuestión de modo nuclear el mismo precepto legal de la reincidencia, con todas sus raíces de psicología social. El concepto de «incremento de la culpabilidad por el hecho», que ha de legitimar verbal y formalmente la agravante de reincidencia, aplicado a la materia sustancial y de contenido, destruye por sí mismo, sin quererlo, la norma que precisamente habría de fundamentar y justificar.

8. Los baremos de imputación que subyacen al precepto de la reincidencia y que producen una impresión tan simple y arcaica no tienen cabida en el foro de la razón jurídico-penal «ilustrada», o que se tiene por tal. Así pues, es preciso buscar y hallar la conformidad con la ideología jurídico-penal do-

⁵² DREHER, en *Protokolle* (nota 40), p. 2187.

⁵³ MÜLLER-EMMERT, en *Protokolle* (nota 40), p. 2188.

⁵⁴ Cfr. FROSC (nota 9), p. 4.

⁵⁵ *Tatschuld und Strafzumessung (Recht und Staat, 406/407)*, 1972, pp. 18-19.

⁵⁶ *ZStW*, 92 (1980), pp. 637 ss., 615-616; muy plástico también HELMKEN, *DRiZ*, 1980, pp. 62 ss.

minante, con el postulado constitucional (!) del principio de culpabilidad por el hecho. Este dilema, consistente en armonizar dos principios divergentes, sólo se resuelve (aparentemente) simulando efectuar una descripción (con el fin de sugerir la coincidencia con el principio de la culpabilidad por el hecho, que en la práctica no se hace efectivo y sólo podría hacerse efectivo al precio de profundas contradicciones valorativas y disonancias en el sistema actual del Derecho penal.) Esta *pseudo-descriptividad* la caracterizo, por mi parte, como adscriptividad, puesto que, con el subterfugio de las expresiones descriptivas, en realidad tienen lugar imputaciones, cuyos baremos y criterios siguen sin estar investigados, pero que, en todo caso, no se ajustan al contenido de aquellas expresiones superficiales. Baste aquí con esta referencia. En el ámbito del presente trabajo no puede llevarse a término la necesaria precisión y examen crítico de esta nueva versión de la oscura y ambigua tesis de la adscriptividad (que nos parece de la máxima trascendencia práctica e interés teórico, pero que ni siquiera fue considerada en el excelente análisis de KUHLEN⁵⁷).

9. Así pues, lo que el jurista práctico debe realizar al aplicar la ley es una complicada operación de equilibrio entre apariencia y realidad, que requiere mucho tacto. Este movimiento entre lo fáctico y lo ficticio, específico de la profesión, al que LAUTMANN⁵⁸ se ha referido recientemente en otro contexto de modo muy gráfico, y que en la base no constituye sino una modificación y actualización del tema iusfilosófico clásico de la relación entre el ser y el deber ser, agravado y agudizado con la integración de las ciencias sociales empíricas, explica, si volvemos ahora al punto de partida de nuestras consideraciones (I), los *problemas de comunicación existentes entre juristas e investigadores de las ciencias sociales*. Si no se comprende este juego lingüístico, esto es, si el investigador de las ciencias sociales, cae, por así decirlo, en el sentido superficial de los conceptos jurídicos y le toma la palabra al jurista, entonces la confusión de lenguas es inevitable y completa. En efecto, el jurista no pretende que se le entienda tan literalmente: su interlocutor, el sociólogo, no ha advertido el guiño oculto tras la fachada de seriedad y profundo rigor, no ha percibido la señal borrosa más allá del mensaje explícito. El acuerdo sólo puede tener lugar si el jurista hace claro su mensaje desde cualquier perspectiva, o bien si el sociólogo se apercebe de aquel acto de equilibrio, descifra el mensaje secreto y, sin embargo, simula que se tomará en serio y cumplirá rigurosamente el encargo de emitir un dictamen.

10. En este punto de la discusión se impone proceder a un desarme moral: la hipocresía que pone en práctica el propio jurista y que, de modo manifiesto, exige también a su interlocutor, se advierte como algo insostenible. Así, pues, es evidente la exigencia moral de ser más honesto, y, de este modo, o

⁵⁷ Nota 3, pp. 91 ss.

⁵⁸ En *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, t. 2, comp. por LÜDERSSEN/SACK, 1980, pp. 610 ss., 619.

bien tomar realmente en serio el principio de culpabilidad, o bien expresar abiertamente y reconocer que una necesidad de pena intensificada —sea cual sea la razón en que ésta se haya sustentado— exige en los reincidentes una agravación de la pena. Sin embargo, deberíamos mantener la cabeza fría y no ceder demasiado rápidamente a esta impresión. De lo contrario, nos privaríamos de otras importantes posibilidades de conocimiento. En efecto, de modo previo a cualquier desarme moral, merece una explicación sociológica o de psicología social el sorprendente fenómeno de que no sucede ni lo uno ni lo otro, incluso que ni siquiera es posible que suceda bajo el dominio de la ideología jurídico-penal oficial y por ello debe recurrirse a la apariencia de conceptos descriptivos. En otras palabras: buscamos una explicación del hecho de que el Derecho, en especial el Derecho penal —y la fórmula de la advertencia no constituye más que un ejemplo especialmente convincente, al que sin esfuerzo cabría añadir otros cualesquiera⁵⁹—, evidentemente no puede prescindir de la apariencia de conceptos descriptivos. Así, señala POPITZ⁶⁰ que «las normas no pueden resistir la luz directa, sino que precisan algo de crepúsculo». Y que «el sociólogo constatará que esta hipocresía es funcional, en la medida en que proporciona a la norma lo que necesita: la santidad y la apariencia»*. Pese a que soy consciente de los peligros y problemas que se derivan de la transposición de un pensamiento expresado en otro contexto al razonamiento que aquí se sigue, querría sugerir que (como propuesta para la subsiguiente discusión) se tomara esta idea, al menos a título de prueba, y se desarrollara. La descripción garantiza, aunque sólo sea hipotética y aparentemente —pero se trata de tener conciencia de ello— objetividad y seguridad, mientras que a la adscripción, desde el momento en que es reconocida y analizada como tal, es inherente el factor de lo casual, arbitrario y selectivo⁶¹. Por tanto, la dignidad y santidad de la norma se garantizan mejor mediante la utilización de conceptos descriptivos, sustraídos en principio a la controversia. Sin embargo, también estabiliza la norma ese claroscuro de ambigüedades y engaños que se produce por fuerza mediante esa «alternancia entre hecho y ficción»⁶² no dirigida metódicamente, dada la falta de control racional. Y la síntesis realmente cuestionable de todo ello proporciona a la norma, por servirnos de nuevo de la cierta formulación de POPITZ⁶³, lo que ésta necesita: a saber, «la santidad y la apariencia».

11. Desearía concluir esta breve exposición con algunas observaciones sobre la utilización de la fórmula de la advertencia en la práctica jurídica.

⁵⁹ Muy instructivo sobre el contenido criptoempírico del concepto «defensa del ordenamiento jurídico», OLG Celle, JR, 1980, p. 256 con nota de NAUCKE.

⁶⁰ Sobre la eficacia preventiva del no saber (*Recht und Staat*, 350), 1968, pp. 12, 14.

* En alemán tiene lugar aquí un juego de palabras: *Scheinheiligkeit* (hipocresía), *Schein* (apariencia) y *Heiligkeit* (santidad). (*N. del T.*)

⁶¹ Cfr. un razonamiento paralelo en mi trabajo (nota 24), pp. 172 ss.

⁶² LAUTMANN (nota 58).

⁶³ Nota 60, p. 14.

a) A la interpretación de los fenómenos jurídico-penales en clave de psicología social que defiendo, se le ha reprochado «de modo harto singular», por volver esta formulación contra mi crítico JÄGER⁶⁴, que «parece proporcionar legitimación teórica a las necesidades colectivas de pena con argumentos parcialmente procedentes de las ciencias sociales y reforzar así la tendencia de la jurisprudencia a un trato de psicología superficial, “adscriptivo”, en última instancia, de las realidades psíquicas». Un reproche similar se dirigió en el Congreso celebrado en Bielefeld incluso al *labelling approach*: la deficiente práctica adscriptiva de las instancias del control social se vería legitimada por la línea de investigación. Frente a todo ello, debo insistir —y, por cierto, en lo que a mí se refiere, creo haberlo hecho más que patente en mis publicaciones anteriores— en la diferencia de principio existente entre un *análisis descriptivo* de los fenómenos jurídico-penales, por un lado, y una *valoración o justificación*, por el otro. Mediante el análisis de los fenómenos, la problemática de la valoración o la justificación «se halla preparada, pero no decidida de antemano»⁶⁵. Por ello sería irreflexivo e incorrecto derivar sin más del hecho, empíricamente contrastable, de que en la práctica judicial se procede según el simple criterio de *iteratio auget poenam*, la conclusión de que *debe* procederse así. Desde luego, y pese a esta aclaración, ni mi punto de vista ni el *labelling approach* se encuentran inmunizados contra esta falsa interpretación y transformación en una doctrina «para la mera justificación del *statu quo* jurídico-penal»⁶⁶. Pero, entonces, ¿qué se deriva en realidad de todo ello? Por mi parte, no puedo hacer más que aludir claramente a la diferencia entre ambas cuestiones, observar cuidadosamente esta diferencia en el continuo trabajo científico de detalle, y explicitar el interés científico que me guía, y que, desde luego, no tiende al mantenimiento del *statu quo*, como el propio JÄGER⁶⁷ ha advertido y reconocido. También, al peligro de que la declaración que sigue se malinterprete como expresión de mi propia sobrevaloración narcisista y, con ella, conceda demasiado honor a mis modestas publicaciones: como científico, no puedo asumir la responsabilidad por lo que otros hacen a consecuencia de interpretaciones erróneas de mis publicaciones; la única alternativa posible sería o bien la renuncia a la publicación de los resultados de las investigaciones científicas, o bien un tratamiento táctico de la verdad. Desde luego, no puede imaginarme que a JÄGER se le haya ocurrido en algún momento la propagación de tales exigencias.

b) Sin embargo, desde la perspectiva de una cuidadosa reconstrucción de la *realidad* del Derecho penal, es, según entiendo, lisa y llanamente *científico*

⁶⁴ En *Kriminologie im Strafprozess*, comp. por JÄGER, 1980, pp. 173 ss., 180, 192; vid. también STEINERT, en *Seminar: Abweichendes Verhalten*, IV, comp. por LÜDERSSEN/SACK, 1980, pp. 302 ss.

⁶⁵ HAFFKE (nota 8), p. 55; cfr. por lo demás ya en *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, 1976, pp. 167 ss.

⁶⁶ Cfr. JÄGER (nota 64), p. 193.

⁶⁷ Nota 64, pp. 193-194.

que los juristas o los sociólogos tomen literalmente los conceptos jurídicos y caigan en la apariencia de descriptividad. Una ciencia del Derecho penal, entendida en este sentido, debe traspasar dicha apariencia y destruirla si no quiere perder su carácter científico y degenerar en una mera «*ciencia de legitimación*» —aquí sí tiene plena justificación el término—, que en última instancia, se conforma con concretas correcciones marginales.

c) Frente a todo ello, en el proceso y la fundamentación de la valoración que ha de acometer y desarrollar la ciencia del Derecho penal como *ciencia normativa*, esto es, o hermenéutica o político-criminal, la descripción y análisis exacto y concienzudo de la realidad del Derecho penal interviene como *un* factor más, junto a muchos *otros*. Ciertamente, dicho análisis constituye un presupuesto indispensable de una valoración fundada, diferenciada y adecuada a la materia⁶⁸ —ello es un lugar común de la teoría del método, aunque raramente se haga efectivo de modo suficiente—, pero, desde luego, no el único. La complejidad se ha incrementado mucho con respecto al mero análisis de los fenómenos: así, por aludir únicamente a algunos problemas y cuestiones, no sólo es preciso concebir una «utopía concreta» en cuanto al trato con el comportamiento desviado, sino que es necesario a la vez desarrollar una estrategia y fundamentar cómo puede alcanzarse dicho fin. ¿Qué papel le corresponde al Derecho penal en el sistema global del control social? ¿Y cómo puede incidir sobre las insistentes tendencias, a veces de signo contrario, cuya existencia ha puesto de manifiesto el análisis de la realidad actual del Derecho penal? ¿En qué medida puede el Derecho penal sustraerse a estas tendencias y, si cabe, influir sobre ellas con el fin de superarlas y propiciar un cambio de la conciencia social y jurídica? ¿Cuáles son las consecuencias y los costes de la modificación del programa formal? ¿Y cómo puede incidirse sobre el programa informal de modo que éste no se introduzca o entrecruce con el formal? Así pues, no se trata de que (y aquí nos limitamos a recapitular lo que en la más reciente bibliografía metodológica se ha expuesto a propósito de las «cláusulas generales empíricas y normativas» o bien de las «normas jurídicas conceptualizantes» en contraposición a las «normas jurídicas que remiten a una norma social»⁶⁹) sólo pueda hacerse efectivo valorativamente lo que puede hallarse y mostrarse fácticamente. En una política criminal racional debería estar claro, asimismo, que la realidad del Derecho penal merece tomarse en serio y no puede ser disimulada ni eliminada. En efecto, tales mecanismos de defensa no resuelven los problemas sociales, sino que sólo los encubren o desvían, sin hacerlos accesibles a un tratamiento consciente y racional por la opinión pública profesional y social.

⁶⁸ Cfr., simplemente, LÜDERSSEN, *Erfahrung als Rechtsquelle*, 1972, pp. 50 ss., con ulteriores referencias.

⁶⁹ Cfr. LÜDERSSEN, en HASSEMER/HOFFMANN-RIEM/WEISS (comps.), *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, 1978, pp. 53 ss.; vid. también la nota de NAUCKE citada en nota 9.

d) Siendo la *interpretación «política criminal en lo pequeño»*⁷⁰, la complejidad aumenta todavía más: en efecto, el sujeto que aplica el Derecho no sólo tiene que decidir de modo incidental, incluso posiblemente ni siquiera consciente, las cuestiones que acabamos de plantear, sino que además ha de legitimar su decisión como conforme a la ley. Así, puede que, dado un acuerdo sobre la estrategia político-criminal que introducir, resulte plenamente razonable y funcional tomarse en serio los conceptos pseudodescriptivos, y servirse del tenor literal contra el sentido y contra la práctica tradicional, esto es, por formularlo paradójicamente, practicar *política criminal legal contra legem*. Sin embargo, a tal proceder le es propia la racionalidad y la científicidad no porque con él se cumpla la ley o la voluntad del legislador, sino porque en el discurso científico la *utopía concreta* dispuesta como base y la estrategia introducida para su realización se han mostrado como *racionales*.

⁷⁰ Cfr. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974.

ANEXO

TEXTO ESPAÑOL DE LOS PRECEPTOS MÁS REITERADAMENTE CITADOS*

Art. 20.III de la Ley Fundamental de Bonn (GG).

El poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

Art. 103.II GG.

Un hecho sólo podrá ser castigado si su punibilidad estaba determinada por ley de modo previo a su comisión.

§ 16 StGB. Error sobre elementos típicos.

(1) El que, en el momento de la comisión del hecho, desconoce la concurrencia de un elemento perteneciente al tipo legal, actúa sin dolo. Queda abierta la posibilidad de ser sancionado por comisión imprudente.

(2) El que, en el momento de la comisión del hecho, supone erróneamente la concurrencia de elementos que realizarían el tipo de una ley más benigna, sólo puede ser sancionado por comisión dolosa según esta última ley.

§ 17 StGB. Error de prohibición.

Si al autor le falta, en el momento de cometer el hecho, el conocimiento de estar obrando anti-jurídicamente, actúa sin culpabilidad siempre que no haya podido evitar dicho error. Si lo hubiera podido evitar, cabrá atenuar la pena conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1.

§ 20 StGB. Inimputabilidad por perturbaciones mentales:

Actúa sin culpabilidad el que, en el momento de la comisión del hecho, es incapaz de comprender lo antijurídico de su hecho o de obrar conforme a dicha comprensión, debido a una perturbación patológica de la mente, una perturbación profunda de la conciencia o cualquier otra alteración mental grave.

§ 23 StGB. Punibilidad de la tentativa.

(1) La tentativa de un delito grave es siempre punible; la tentativa de un delito menos grave sólo lo es cuando la ley lo establece expresamente.

(2) La tentativa puede sancionarse más levemente que el hecho consumado (§ 49, párrafo 1).

(3) Si el autor, por una burda falta de entendimiento, desconoció que la tentativa, debido a la naturaleza del objeto sobre el que había de cometerse o del medio con el que había de cometerse, no podía conducir en ningún caso a la consumación, el Tribunal puede prescindir de la pena o atenuarla según su arbitrio (§ 49, párrafo 2).

§ 24 StGB. Desistimiento.

(1) No es sancionado por tentativa el que desiste voluntariamente de la prosecución del he-

* Elaborado por J. M. Silva Sánchez.

cho o impide su consumación. Si el hecho, sin la intervención del que desistía, no llega a consumarse, éste queda impune si se esforzó seria y voluntariamente por impedir la consumación.

(2) En el caso de que hayan intervenido varios en el hecho, no es sancionado por tentativa el que impide voluntariamente la consumación. Sin embargo, es suficiente para su impunidad el esforzarse seria y voluntariamente por impedir la consumación del hecho, si éste no se consumó con independencia de su intervención o se cometió con independencia de su anterior contribución.

§ 25 *StGB*. Autoría.

(1) Se castiga como autor al que comete el hecho punible por sí mismo o por medio de otro.

(2) En el caso de que varios realicen en común el hecho punible, se castigará a cada uno de ellos como autor (coautor).

§ 26 *StGB*. Inducción.

El que determinare a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico será castigado, como inductor, con la misma pena que el autor.

§ 27 *StGB*. Complicidad.

(1) Será castigado como cómplice el que ayude a otro dolosamente a la comisión dolosa de un hecho antijurídico.

(2) La pena del cómplice depende de la conminación penal establecida para el autor. Debe atenuarse en los términos del § 49, párrafo 1.

§ 32 *StGB*. Legítima defensa.

(1) El que comete un hecho que viene exigido por una legítima defensa no actúa antijurídicamente.

(2) Legítima defensa es la defensa que resulta necesaria para apartar de sí o de otro una agresión actual y antijurídica.

§ 33 *StGB*. Exceso en la legítima defensa.

Si el autor desbordase los límites de la legítima defensa por turbación, miedo o terror, no será castigado.

§ 34 *StGB*. Estado de necesidad justificante.

El que, ante un peligro actual, e inevitable de otro modo, para la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, no obra antijurídicamente si, al ponderar los intereses contrapuestos, y en particular los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que les amenazan, el interés salvaguardado sobrepasa esencialmente al lesionado. No obstante, lo anterior sólo rige en caso de que el hecho constituya un medio adecuado de evitación del peligro.

§ 35 *StGB*. Estado de necesidad exculpante.

(1) El que, ante un peligro actual, e inevitable de otro modo, para la vida, integridad o libertad, comete un hecho antijurídico para apartar un peligro de sí mismo, de un pariente o de otra persona allegada, obra sin culpabilidad. Esto no rige en caso de que al autor, en función de las circunstancias, en particular por haber creado él mismo el peligro o porque se encuentre en una relación jurídica especial, pueda exigírsele hacer frente al peligro; no obstante, la pena podrá atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1, si el autor había tenido que hacer frente al peligro, pero no en consideración a una relación jurídica especial.

(2) Si, al cometer el hecho, el autor supone erróneamente la concurrencia de elementos que le exculparían conforme al párrafo 1, sólo será castigado en caso de vencibilidad del error. La pena debe atenuarse conforme al § 49, párrafo 1.

§ 46 *StGB*. Principios de la medición de la pena.

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

(2) El Tribunal sopesará en la medición las circunstancias favorables y contrarias al autor. Entre ellas se cuentan particularmente:

- los móviles y fines del autor.
- la actitud que se deriva del hecho y de la voluntad empleada en el mismo.
- el grado de infracción del deber.
- el modo de ejecución y los efectos atribuibles del hecho.
- la vida previa del autor, sus circunstancias personales y económicas, así como
- su comportamiento posterior al hecho, en especial sus esfuerzos por reparar el daño.

(3) No podrán ser tenidas en cuenta las circunstancias que sean ya elementos integrantes del tipo legal.

§ 63 *StGB*. Internamiento en un hospital psiquiátrico.

(1) Si alguien ha cometido un hecho antijurídico en estado de inimputabilidad (§ 20) o imputabilidad disminuida (§ 21), el Tribunal ordenará su internamiento en un hospital psiquiátrico cuando de la valoración global del autor y su hecho resulte que del mismo, a consecuencia de su estado, son de esperar graves hechos antijurídicos, y que éste es, por tanto, peligroso para la comunidad.

(2) No obstante, el Tribunal ordenará el internamiento en un establecimiento de terapia social cuando se den los presupuestos del § 65, párrafo 3.

§ 69 *StGB*. Privación del permiso de conducir.

(1) Si alguien es condenado por un hecho antijurídico en relación con la conducción de un vehículo de motor o infringiendo los deberes del conductor de tal vehículo o no es condenado sólo porque su inimputabilidad es notoria o no puede excluirse tal posibilidad, el Tribunal le privará del permiso de conducir cuando del hecho resulte que es inepto para la conducción de vehículos de motor. No es precisa una ulterior comprobación en los términos del § 62.

(2) Si el hecho antijurídico en los casos del párrafo 1 es un delito menos grave

1. de puesta en peligro del tráfico (§ 315.c).

2. de embriaguez en el tráfico (§ 316).

3. de alejamiento no permitido del lugar del accidente (§ 142), pese a que el autor sabía o podía saber que en el accidente se había matado o lesionado de modo no irrelevante a un hombre o que se habían producido daños de importancia en cosas ajenas, o

4. de embriaguez plena (§ 323.a), a que se refiera a uno de los hechos mencionados en los números 1 a 3,

el autor debe ser estimado, por regla general, como inepto para la conducción de vehículos.

