

CULPABILIDAD Y PENA

José Cerezo Mir

ADPCP, Tomo XXXIV, Fascículo II, 1980, pp. 348 - 365

<http://www.cienciaspenales.net>

Culpabilidad y pena (*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

El principio de culpabilidad, con arreglo al cual la culpabilidad constituye el fundamento y el límite de la pena, ha experimentado una crisis en la moderna Ciencia del Derecho penal de varios países europeos y entre ellos España.

La culpabilidad es concebida, en nuestro país, por la opinión dominante, como reprochabilidad personal de la conducta anti-jurídica. Al autor se le reprocha la realización de una conducta anti-jurídica cuando podía haberse abstenido de realizarla. La posibilidad concreta de obrar de otro modo constituye, pues, el fundamento de la culpabilidad de acuerdo con esta concepción (1).

La crisis del principio de culpabilidad radica en la imposibilidad o dificultad de probar si un determinado delincuente podía en el caso concreto obrar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. El propio Welzel, que ha analizado profundamente el problema del libre albedrío, en sus aspectos antropológico, caracterológico y categorial y que concibe la libertad como un acto de autodeterminación conforme a sentido (2) concluye diciendo: «Con ello se ha llegado ya al límite máximo del análisis del problema de la libertad. La pregunta acerca de cómo puede el hombre liberarse de la presión causal para la autodeterminación conforme a sentido y asumir ésta como una tarea plena de sentido, no puede ser contestada, lo mismo que la pregunta acerca de cómo consigue la causa producir el efecto» (3). Engisch, por su parte, considera que no es empíricamente comprobable si una persona en una situación concreta hubiera podido obrar de otro modo a como lo hizo (4). Esto sólo sería

(*) Ponencia mantenida en las Jornadas Internacionales de Ciencias penales y Criminológicas, celebradas en la Universidad Católica "Andrés Bello", de Caracas, en los días 19 a 21 de noviembre de 1979.

(1) Véase, por ejemplo, JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, Barcelona, Bosch 1977, págs. 15 y ss.

(2) HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, Ariel, 1964, páginas 85 y ss.

(3) H. WELZEL, *ob. cit.*, pág. 93.

(4) KARL ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1965, págs. 23 y ss.

posible, dice Engisch: «si pudiera colocarse de nuevo a esa persona, como individualidad idéntica, en la misma situación concreta y pudiera observarse entonces si alguna vez se producía una conducta distinta a la que se produjo en aquella ocasión». «Estos experimentos», dice Engisch, «no ofrecen sin embargo, perspectivas favorables en el ámbito de la vida anímica superior del hombre, relevante para la Ética y el Derecho penal, porque el ser humano... tiene memoria y por ello en una situación posterior tiene el recuerdo de la situación anterior, del hecho anterior, de sus consecuencias, de las repercusiones anímicas y por esta razón es ahora otro al que era antes». Welzel, en su réplica a Engisch (5), concede: «Las decisiones humanas no tienen que recaer única y necesariamente según las relaciones de fuerza o intensidad de los impulsos en conflicto, sino que pueden orientarse también según su contenido de sentido, su significado para la configuración de la vida. Sin embargo, en el problema de determinar cuándo sucede una cosa o la otra, en una persona concreta, en el caso concreto, estoy de acuerdo con la respuesta que da Engisch, como «determinista hipotético», de que no lo sabemos». Hace suyas Welzel a continuación las siguientes palabras de Engisch: «De acuerdo con nuestro punto de partida tenemos que dejar sin respuesta la pregunta de si el autor de acuerdo con su naturaleza, tal como se manifestaba en la situación concreta, hubiera podido hacer uso de una mayor fuerza de voluntad o de una mayor diligencia» (6)

Ante la imposibilidad de demostrar, por medio de las creencias empíricas (como la Psicología y el Psicoanálisis), que en determinado delincuente, en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado de otro modo, Gimbernat ha propuesto en nuestro país renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena (7). La pena encontraría únicamente su justificación y su medida en las exigencias de la prevención general y de la prevención especial. Esto no implica, sin embargo, según Gimber-

(5) H. WELZEL, *Gedanken zur "Willensfreiheit"*, en *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. Main, 1969, pág. 101 (puede verse también mi traducción castellana de este artículo de Welzel, *Reflexiones sobre el "libre albedrío"*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1973, fas. 2.º, pág. 229).

(6) Véase K. ENGISCH, *ob. cit.*, pág. 26.

(7) Véase E. GIMBERNAT, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, ponencia mantenida en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales, entre el 4 y el 12 de abril de 1973, *Revista de Ciencias Penales*, Tercera época, enero-abril, 1973, núm. 1, Tomo XXXII, págs. 30 y ss.; y ya antes, en sus artículos *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, págs. 495 y ss. y *El sistema de Derecho Penal en la actualidad*, separata del *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971-2 (publicado también en alemán en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, *Festschrift für Heinrich Henkel*, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1974, págs. 151 y ss.

nat, renunciar a la exclusión de la responsabilidad objetiva. El Derecho penal debe reconocer, no obstante, «la relevancia del error invencible de prohibición, excluir la responsabilidad por el resultado y aplicar a los inimputables únicamente medidas de seguridad» (8). Es posible explicar también, según Gimbernat, que se sancionen con menor pena los delitos culposos que los dolosos sin necesidad de acudir al principio de culpabilidad, atendiendo únicamente a los fines preventivos de la pena. La exclusión de la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena es, para Gimbernat, una exigencia de la racionalización del Derecho penal.

Si se abandona el principio de la culpabilidad, en el sentido de que ésta constituya el fundamento y el límite de la pena, no es posible mantener al mismo tiempo todas sus consecuencias, como pretende Gimbernat. Si la pena encontrara su justificación y su medida únicamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial sería preciso llegar a consecuencias muy distintas en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de la pena para los inimputables. Desde el punto de vista de la prevención general podría justificarse la existencia de los delitos calificados por el resultado (9). La aplicación de una pena más elevada cuando de una conducta básica dolosa se derive un determinado resultado más grave culposo o fortuito, puede resultar eficaz, desde el punto de vista de la prevención general, no sólo respecto al autor de esa conducta, sino frente a terceros. Los delitos calificados por el resultado han sido interpretados precisamente como un sacrificio de las exigencias de la retribución o de la proporcionalidad del delito y de la pena en aras de la prevención general (10). Si no se reduce la prevención general a la intimidación y se incluye en ella la función de ejemplaridad de la pena [como hacen, por ejemplo, H. Mayer, Antón Oneca, Noll y recientemente Roxin (11)] se está incluyendo en la preven-

(8) Véase E. GIMBERNAT, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, lug. cit., pág. 32.

(9) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, páginas 46 y ss. y las consideraciones de BJÖRN BURKHARDT, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1976, páginas 332-33, sobre la "strict criminal liability" en el Derecho penal norteamericano, que supone la exclusión del principio de culpabilidad en un grupo de delitos denominados "public welfare offences".

(10) Véase ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1949, págs. 62 y 71.

(11) Véase H. MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, F. Enke Verlag, Stuttgart, 1936, págs. 34 y 49 y ss., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, págs. 23 y 25, y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, págs. 21-2; ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, págs. 93 y ss. y *Die modernen Straftheorien in den lateinischen Ländern*, *Z. Str. W.*, tomo 80, 1968, fasc. 2, pág. 457; NOLL, *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts. Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für H. Mayer, Duncker-Humblot, Berlin, 1966, pá-

ción general la adecuación de la pena a la medida de la culpabilidad, o al menos la exigencia de que la pena no rebase la medida de la culpabilidad. La exclusión de los delitos calificados por el resultado se basa entonces en la consideración de que sólo la pena justa, o que no rebasa la medida de la culpabilidad, es eficaz. La aplicación de la pena más elevada puede revelarse, por otra parte, en algunos supuestos de delitos calificados por el resultado, como necesaria o útil desde el punto de vista de la prevención especial, como ha puesto de manifiesto Córdoba, que cita el ejemplo de la figura del aborto con resultado de muerte o lesiones graves, del párrafo último del artículo 411 del Código penal español «cometida por quien habitualmente se dedica a la práctica del aborto con el empleo de medios absolutamente rudimentarios» (12).

En cuanto al reconocimiento de la relevancia del error de prohibición invencible hay que señalar que en favor del principio del error «iuris nocet» cabría invocar también consideraciones de prevención general (13). En un reciente informe elaborado en el Ministerio de la Presidencia del Gobierno en España, sobre el Anteproyecto de nuevo Código penal español, se postulaba una «reconsideración de la inclusión del error de derecho entre los motivos que pueden excluir o atenuar la responsabilidad». Entre otros argumentos se menciona la necesidad «de asegurar a la culpabilidad unos límites indubitados que no pueden ser objeto de una prueba difícil técnicamente y en cualquier caso proclive a ser practicada en todos los supuestos para conseguir un beneficio del presunto culpable» (14). La argumentación de Gimbernat de que la aplicación de la pena en los supuestos de error invencible de prohibición no es necesaria, es inútil, desde el punto de vista de la prevención general y especial (15), no me parece convincente. Según él la irrelevancia del error de prohibición no aumentaría el efecto inhibitorio de la pena para los que no conocen la anti-

ginas 220 y ss. (que habla de una prevención normativa); y ROXIN, *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, en *Festschrift für Paul Bockelmann*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1979, págs. 304 y ss. (que distingue, como veremos, una prevención general integradora de la simple intimidación).

(12) Véase CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pág. 48.

(13) Véase, también, en este sentido, ENRIQUE BACIGALUPO, en su intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, pág. 195, y *Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht*, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, 1974, pág. 483; CH. SCHÖNEBORN, *Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, *Z. Str. W.*, tomo 88, 1976, pág. 354; B. BURKHARDT, *Das Zweckmoment im Schulddegriff*, *lug. cit.*, págs. 336-7; y G. STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, C. F. Müller, 1977, págs. 15 y 18 y ss.

(14) *Informe sobre la reforma del Código penal* (inédito), págs. 22 a 24 y 243 (Conclusiones, Cuarto).

(15) Véase GIMBERNAT, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, págs. 283 y ss.

juridicidad de una conducta determinada, pues ignoran incluso que se encuentran en un error de prohibición. Es evidente, sin embargo, que la aplicación de una pena en los supuestos de error de prohibición invencible podría servir de acicate para examinar en cada caso, con mayor cuidado, la licitud o ilicitud de la conducta. Por otra parte, la persona que incurra en un error de prohibición invencible podría revelarse en algún caso, por esta misma circunstancia, como peligrosa y estar indicada la aplicación de una pena desde el punto de vista de la prevención especial (16). Las exigencias de la prevención general y la prevención especial entran aquí también en conflicto con el principio de culpabilidad.

Por otra parte, como señalé ya en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales de Chile, en abril de 1973 (17), la misma distinción de error vencible e invencible presupone el reconocimiento de la capacidad del delincuente de obrar de otro modo en la situación concreta en que se hallaba (18).

El aplicar a los inimputables únicamente medidas de seguridad no puede fundamentarse en las exigencias de la prevención general. Según Gimbernát: «Por la escasa o nula "motivabilidad" del inimputable, la pena no supone para él, ex ante un factor inhibitorio serio». Por otra parte, sigue diciendo Gimbernát: «La impunidad del loco en nada relaja la eficacia inlibidora de la pena frente a los "imputables", éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente» (19). No me parece convincente sin embargo, la tesis de que la aplicación de una pena a las personas comprendidas en las eximentes de enajenación mental o trastorno mental transitorio careciera siempre de sentido desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial (20). Estas personas pueden ser en algún caso y alguna medida susceptibles de intimidación y con

(16) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pág. 43 y STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, págs. 35-6. No es preciso que se trate de un inimputable, como estima ROXIN (*Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantw. wortlichkeit in Strafrecht*, págs. 299-300); piénsese en los supuestos de imputabilidad disminuida y de la llamada "ceguera jurídica".

(17) Véase "Revista de Ciencias Penales, enero-abril 1973, páginas 189 y 204.

(18) CÓRDOBA RODA se ha adherido a mi criterio en este punto, en *Culpabilidad y pena*, págs. 43-4.

(19) Véase GIMBERNÁT, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, lug. cit., págs. 282-3, y ya antes, en *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, lug. cit., págs. 517-18.

(20) En este sentido ya también, SCHÖNEBORN, *Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, pág. 351; BURKHARDT, *Das Zweckmoment im Schuldbezug*, págs. 336-7; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, págs. 39 y ss.; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, págs. 12 y ss., 16 y ss. y 43 y ss.; y MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, págs. 72 y 74-5.

mayor razón puede serlo el resto de la colectividad. En la configuración de la eximente de enajenación mental o trastorno mental transitorio en cada legislación penal o en la determinación de su contenido por la doctrina o la jurisprudencia influyen, sin duda, las exigencias de la prevención general (21). El Tribunal Supremo español, por ejemplo, ha apreciado sólo en alguna rara ocasión la eximente completa de enajenación mental en supuestos de psicopatía (S. de 27 de febrero de 1936) y durante mucho tiempo exigió, casi siempre, la existencia de un fondo patológico para apreciar la eximente de trastorno mental transitorio (22). En la aplicación de una pena a los enajenados o a las personas que padezcan un trastorno mental transitorio con fondo patológico se puede atender, hasta cierto punto (especialmente si se cumple, como en nuestro país, en el Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario) a las exigencias de la prevención especial (23). La reducción del límite de la mayoría de edad penal (en el Proyecto de nuevo Código penal español se rebaja de dieciséis a quince años) puede venir exigida no sólo por el principio de culpabilidad, sino también por consideraciones de prevención general y de prevención especial. En este último caso, por estimar insuficientes o ineficaces las medidas de seguridad de carácter educativo o protector que aplican los Tribunales Tutelares de Menores (24).

No es posible explicar tampoco la menor punición de los delitos culposos en relación con los dolosos desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial. Los delitos culposos son mucho más frecuentes y podría considerarse, por ello, necesario sancionarlos con mayor pena que los correspondientes delitos dolosos. Los homicidios por imprudencia son mucho más numerosos que los homicidios dolosos; piénsese, por ejemplo, en los homicidios culposos cometidos en el tráfico motorizado. El argumento de Gimbernat (25), de que la elevación de la pena de los delitos culposos sería ineficaz desde el punto de vista de la preven-

(21) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, páginas 39 y ss.; CH. SCHÖNEBORN, *Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, págs. 351 y ss.; y G. STRATENWERTH, *Die Zukunft des Strafrechtlichen Schuldprinzips*, págs. 12 y ss., 16 y ss. y 43 y ss.

(22) Véase mi artículo *El tratamiento de los semiimputables*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1973, págs. 23 y ss.

(23) Véase también, en este sentido, STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, págs. 35-6.

(24) En el Proyecto del nuevo Código penal español (art. 146), se prevé la posibilidad de sustituir la pena de prisión por una o varias medidas de seguridad para los jóvenes delincuentes mayores de quince años y menores de veintiuno (en el Código penal vigente existe la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por internamiento en Institución especial de reforma para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 65).

(25) Véase GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, págs. 515-6 y su intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, págs. 192-3.

ción general, porque en ellos el sujeto confía precisamente en que el resultado no se produzca y éste puede ser más grave aún que la pena, no me parece convincente. El legislador podría establecer unas penas más elevadas para los delitos de peligro, es decir, para las conductas que no observan el cuidado objetivamente debido (imprudencia sin resultado). Réplica Gimbernat, que con ello se produciría un caos valorativo, que afectaría a la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general (26). El caos consistiría, sin embargo, únicamente en que se subvertirían las valoraciones sociales actualmente vigentes, que se basan, como ha señalado Roxin, precisamente en el principio de la culpabilidad (27). Si se justifica únicamente la pena por sus fines preventivos es preciso llevar a cabo una subversión de valores. Entre las conductas que atentan o lesionan un mismo bien jurídico —por ejemplo, la vida— habría que sancionar con mayor pena aquellas cuya frecuencia sea mayor, si se atiende a las exigencias de la prevención general. Desde el punto de vista de la prevención especial, la peligrosidad del delincuente es decir la probabilidad de que vuelva a delinquir en el futuro debería ser el criterio decisivo.

Por otra parte, el concepto mismo de culpa presupone el reconocimiento de la posibilidad de obrar de otro modo en la situación concreta (28). No en cuanto al llamado elemento objetivo de la culpa, la inobservancia del cuidado objetivamente debido, elemento del tipo de lo injusto de los delitos culposos. Aquí como señaló Gimbernat (29), la simple constatación de que la conducta del sujeto no responde al cuidado objetivamente debido no implica el reconocimiento de la capacidad de obrar de otro modo. En el llamado elemento subjetivo de la culpa, en cambio, la apreciación de la capacidad del sujeto, en la situación concreta, de prever la posibilidad de la producción del resultado y de conocer el cuidado objetivamente debido implica el reconocimiento de la posibilidad de obrar de otro modo.

Dado, al menos, el nivel actual de desarrollo de la investigación criminológica, es dudoso, como ha señalado Bacigalupo (30), que se pudiera alcanzar un grado mayor de racionalización del Derecho

(26) Véase GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, págs. 509 y ss. y sus intervenciones en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, págs. 201-2.

(27) Véase la intervención de Roxin en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, pág. 206.

(28) Véase mi intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, páginas 189 y 204.

(29) Véase su intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, págs. 198.

(30) Véase BACIGALUPO, intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril

penal sustituyendo el principio de culpabilidad por las consideraciones de prevención general y prevención especial como fundamento y medida de la pena. Nuestros conocimientos sobre la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general son escasos e imprecisos. La eficacia de la pena, especialmente de la pena privativa de libertad, desde el punto de vista del tratamiento, como aspecto más relevante de la prevención especial, es desgraciadamente escasa. Es muy sintomático que en el informe número 5 del Comité Nacional Sueco para la Prevención del delito, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», publicado en julio de 1978, se niega la posibilidad de justificar las sanciones en virtud de las exigencias del tratamiento. Se habla, incluso, del abandono de la ideología del tratamiento. Este debe realizarse, cuando el delincuente lo acepte voluntariamente, pero nunca se puede justificar una sanción por las exigencias del tratamiento, dada la escasa eficacia de sus resultados (31).

Ante la imposibilidad o la dificultad de probar que el delincuente podría obrar de otro modo en la situación concreta en que se hallaba, Roxin formuló la tesis de que la culpabilidad no debía constituir el fundamento, pero sí el límite de la pena (32). Considera Roxin que «el concepto de la culpabilidad ha cumplido hasta ahora en el Derecho penal dos funciones prácticas diversas, que hay que separar estrictamente y que deben ser apreciadas en forma absolutamente diferente. Su primera tarea ha sido darle una justificación al fin de retribución de la pena. Una retribución en el sentido de infligir un mal compensatorio de la culpabilidad presupone lógicamente una culpabilidad que puede ser compensada («saldada», «expiada»). En este sentido se traduce, entonces, la culpabilidad como desventaja para el acusado, ya que legitima el mal que se le inflige. La segunda función del concepto de culpabilidad es de índole contrapuesta: consiste en que limita la pena, o sea, que pone una barrera a la facultad de intervención estatal, en cuanto la medida de la culpabilidad señala el límite superior de la pena. Esta segunda función del concepto de culpabilidad... no grava al delincuente, sino que lo protege. Impide una ingerencia más severa en su libertad personal, por razones preventivas, que

1973, págs. 194-5, y 206-7, y *Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht*, lug. cit., págs. 482-3.

(31) Véase la traducción de este Informe por José Luis Díez Ripollés, profesor ayudante de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza y mi Introducción al mismo, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1979, fasc. 1.º, págs. 179 y ss.

(32) Véase KLAUS ROXIN, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, ponencia en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales, entre el 4 y el 12 de abril de 1973, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, págs. 16 y ss.; *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, Mo-

la que corresponde a su culpabilidad» (33). El principio de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, dice Roxin, «no procede, como el principio de la retribución de la culpabilidad, de fuentes metafísicas. Es, más bien, un producto del liberalismo iluminista y sirve al fin de limitar el poder de intervención del Estado. De él se pueden derivar una serie de consecuencias que pertenecen a las más efectivas garantías del Estado de Derecho y que, por tanto, de ninguna manera debiera prescindirse de ellas» (34). Roxin es consciente de que si la medida de la pena se determina exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general se puede llegar al establecimiento y aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad de los delitos. Esto implicaría un atentado contra la dignidad de la persona humana, pues se sacrificaría la libertad del individuo al interés de la intimidación general. Si la medida de la pena se determinara exclusivamente en función de las exigencias de la prevención especial podrían aplicarse penas de larga duración a delincuentes peligrosos, cuya peligrosidad se hubiera puesto de manifiesto a través de la consumación de un delito de escasa gravedad. «En este caso» —dice Roxin— «el principio de la culpabilidad también fuerza a limitar la duración del tratamiento —independientemente de su éxito— conforme a la insignificancia del delito. Preserva así la autonomía del individuo respecto a intromisiones desmesuradas del Estado» (35).

El que la medida de la pena no deba rebasar la medida de la culpabilidad no implica, según Roxin, una contradicción con la afirmación de la imposibilidad de probar la capacidad de obrar de otro modo en el caso concreto. El legislador al establecer que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad no «estaría pronunciando un juicio, que no le compete, sobre la libertad de la voluntad humana. No se trata en este caso de una afirmación sobre el ser, sino de un postulado de política criminal dirigido al juez: «Ustedes deben tratar al ciudadano por su inclinación a la libertad individual como un hombre capaz de una decisión autónoma y responsable, mientras la motivación normal de su hacer no esté excluida por perturbaciones espirituales». Según Roxin, se

natschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, tomo 56, 1973, páginas 316 y ss.; *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, en "Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft", Festschrift für Heinrich Henkel, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1974, págs. 171 y ss. y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, Festschrift für Paul Bockelmann, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1979, págs. 279 y ss.

(33) Véase ROXIN, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, lug. cit., pág. 17, y *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, lug. cit., págs. 316-7.

(34) Véase ROXIN, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, lug. cit., pág. 18, y *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, lug. cit., pág. 318.

(35) Véase ROXIN, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, lug. cit., pág. 19, y *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, lug. cit., págs. 319.

trata de un principio regulador normativo y estos principios «no deben ser enjuiciados de acuerdo con los criterios de "verdadero" o "falso", sino con los de su fecundidad social o dañosidad» (36).

La medida de la culpabilidad sirve, según Roxin, de límite a la medida de la pena, pero dentro de este límite la pena debe estar únicamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial (37). La culpabilidad es una condición necesaria pero no suficiente para la imposición de una pena. Esta sólo debe aplicarse si es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. Roxin interpreta, por ejemplo, el estado de necesidad como causa de inculpabilidad (art. 35 del Código penal alemán) y el exceso en la legítima defensa, por confusión, miedo o pánico (art. 33) como supuestos en que se considera que el sujeto podía actuar de otro modo, existía por tanto, culpabilidad, pero la aplicación de la pena no es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. En el estado de necesidad, el que «en una situación de peligro actual para la vida, la integridad corporal o la libertad, que no puede evitar de otro modo, realiza un hecho antijurídico para apartar este peligro de sí, algún pariente u otra persona a él allegada» no necesita un tratamiento de prevención especial porque se encuentra plenamente integrado en la sociedad. Ha realizado esta conducta por hallarse en una situación excepcional. Desde el punto de vista de la prevención general no es necesaria tampoco la aplicación de una pena, porque, dada la rareza de estas situaciones excepcionales, casi siempre distintas, resulta superfluo el castigo de la conducta antijurídica en atención a los demás. Por otra parte, el ciudadano medio, dice Roxin, que no está preparado para «actuar en situaciones de peligro», si alguna vez se encuentra en una situación de este tipo, difícilmente podrá tener en cuenta la norma y ser motivado por ella. Si se trata, en cambio, de personas que habían creado ellas mismas la situación de peligro o que por su oficio o cargo están obligadas a sacrificarse (soldados, bomberos, policía, etc.), la aplicación de una pena aparece como necesaria desde el punto de vista de la prevención general (38). En la regulación del exceso en la legítima defensa, se exime de responsabilidad al que incurre en él por confusión, miedo o pánico, pero no al que lo hace por cólera o ira. Esta diferencia en el tratamiento legal no puede explicarse, según Roxin, en función de la culpabilidad, pues ambas reacciones son igualmente comprensi-

(36) Véase ROXIN, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, lug. cit., pág. 20-1, y *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, lug. cit., pág. 320.

(37) Véase ROXIN, "*Schuld*" und "*Verantwortlichkeit*" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 181 y ss.

(38) Véase ROXIN, "*Schuld*" und "*Verantwortlichkeit*" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 183 y ss., y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lug. cit., págs. 282 y ss.

bles. La diferencia cobra sentido, en cambio, en función de las exigencias de la prevención general. «Pues las pasiones agresivas son en general mucho más peligrosas y tienen que ser contenidas por todos los medios (por consiguiente, incluso, mediante el precio de la pena) en interés de la tutela de los bienes jurídicos, mientras que la «confusión, el miedo o el pánico» no incitan a la imitación y pueden ser tratados, por ello, de un modo más benévolo». Las personas que actúen en virtud de estos impulsos están, además, socialmente integradas (39). La aplicación o no de una pena, no depende, pues, únicamente de la culpabilidad, de la posibilidad de obrar o no de otro modo, sino de las exigencias de la prevención general y la prevención especial. El término culpabilidad debería ser sustituido, por ello, por el de responsabilidad, para designar este elemento del concepto del delito. Si no hay culpabilidad no hay responsabilidad, pero aunque se dé la culpabilidad faltará la responsabilidad si la pena no es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial (40), (41).

La culpabilidad, según Roxin, carece en realidad de trascendencia para la exclusión de la responsabilidad. Si falta la culpabilidad, como en la conducta del inimputable o en el que actúa en un error de prohibición invencible, la pena no es tampoco necesaria, desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. En la culpabilidad como fundamento de la pena es posible hacer abstracción, por ello, del problema del libre albedrío (42). El principio de culpabilidad sólo resulta imprescindible como límite para la medida de la pena. La atenuación de la pena, que establece el Código penal alemán (art. 21) (43) para los semi-

(39) Véase ROXIN, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 189-190, y Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, lug. cit., págs. 282 y ss.

(40) Véase ROXIN, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 181 y s., y Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, lug. cit., págs. 284-5.

(41) Roxin analiza también desde el punto de vista de la categoría de la "responsabilidad" el desistimiento voluntario en la tentativa, diversas cuestiones referentes a los delitos culposos, el estado de necesidad como causa supralegal de exclusión de la culpabilidad y los problemas planteados por el autor por convicción; véase ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín 1973, páginas 35 y ss., "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 190 y ss. y 194 y ss. y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lug. cit., pág. 285. No es posible, evidentemente, exponer y examinar aquí sus argumentos en cada una de estas cuestiones.

(42) Véase ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, lug. cit., pág. 33; "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 185 y ss., y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lug. cit., páginas 297 y ss., 302-3 y 308.

(43) Según el art. 21 del Código penal alemán: "Si la capacidad del autor de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar con-

imputables, por enajenación mental o trastorno mental transitorio, por ejemplo, está en función de la medida de la culpabilidad. Desde el punto de vista de la prevención general y la de prevención especial podría ser necesaria la aplicación de una pena de mayor duración. La aceptación del principio de culpabilidad como límite de la pena implica también, según Roxin, una decisión en favor de la concepción de la prevención general como prevención integradora y no como simple intimidación. La prevención general integradora consiste, según él, en el robustecimiento de la conciencia jurídica general mediante la satisfacción del sentimiento jurídico (44).

La tesis de Roxin de que la culpabilidad no debe constituir el fundamento, pero sí el límite de la medida de la pena implica, a mi juicio, una contradicción. Si la existencia de la culpabilidad, es decir, la capacidad individual de obrar de otro modo en la situación concreta no puede ser demostrada, ¿cómo puede servir luego la culpabilidad de límite a la medida de la pena? Aunque se trate únicamente, como dice Roxin, de un principio regulativo, de carácter normativo y no de una afirmación del ser, ¿cómo puede medirse la culpabilidad, algo cuya existencia sólo se presume, para que sirva luego de límite a la medida de la pena? (45). El problema no se resuelve aceptando, como hace recientemente Roxin, la distinción de Achembach entre la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad como criterio de la medición de la pena (46). Pues aun partiendo de esta distinción, que me parece sumamente discutible, no es posible establecer una separación neta, tajante, entre ambas. La medida en que el sujeto podía conocer el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a este conocimiento o en que podía vencer el error de prohibición —aspectos entroncados con la culpabilidad como fundamento de la pena— no puede dejar de influir en la medida de la misma. Por otra parte, si la medida de la pena no debe rebasar la de la culpabilidad, si la culpabilidad es una condición necesaria, aunque no suficiente, para

forme a ese conocimiento se hallaba considerablemente disminuida al realizar el hecho por alguna de las razones mencionadas en el art. 20, puede atenuarse la pena de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49, apartado (1)". En el art. 20 se dispone: "Actúa sin culpabilidad el que al cometer el hecho carezca de la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a ese conocimiento a causa de una perturbación morbosa de la mente, de una profunda perturbación de la conciencia, imbecilidad u otra grave anomalía mental.

(44) Véase ROXIN, "*Schuld*" und "*Verantwortlichkeit*" als *Strafrechtliche Systemkategorien*, lug. cit., pág. 186 y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lug. cit., páginas 304 y ss. y 308.

(45) Véase ya, en este sentido, mi intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, pág. 190.

(46) Véase ROXIN, *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lug. cit., págs. 282 y 304 y ss.

la aplicación de la pena, la culpabilidad constituye, al menos, uno de los fundamentos de la misma (47).

En la crítica de la tesis de Gimbernat se puso ya de manifiesto que no es posible deducir de las exigencias de la prevención general y la prevención especial que se apliquen a los inimputables únicamente medidas de seguridad y que deba eximirse de responsabilidad en el error invencible de prohibición. La autonomía del principio de la culpabilidad, en este sentido, como en la exclusión de la responsabilidad por el resultado, es indudable (48). La culpabilidad aparece aquí como baluarte, en aras del respeto a la dignidad de la persona humana, frente a las exigencias desmesuradas de la prevención. En la terminología de Roxin diríamos, que la culpabilidad desempeña también un papel decisivo en la exclusión de la responsabilidad y no sólo como límite en la medida de la pena. Esta trascendencia se ve sólo en parte afectada por la influencia indudable de las exigencias de la prevención general y la prevención especial en la formulación e interpretación de la eximente de enajenación mental y trastorno mental transitorio núm. 1.º del art. 8.º del Código penal español y art. 20 del Código penal alemán). La ampliación del ámbito del error de prohibición invencible, que propone Roxin (49), en función de la «fidelidad normal al Derecho», sin exasperar el contenido de los deberes de reflexión e información es deseable, pero no es consecuencia de las exigencias de la prevención general o de la prevención especial. En los supuestos en que el error era muy difícilmente vencible al autor podía obrar de otro modo, pero su culpabilidad no alcanzaba gravedad suficiente para justificar la aplicación de una pena.

El estado de necesidad se considera como causa de inculpabilidad, por la opinión dominante en la Ciencia del Derecho penal española, cuando dándose todos los requisitos del número 7 del artículo 8.º el mal causado es aproximadamente igual que el que se quería evitar (conflicto de bienes iguales) (50). La apreciación de la eximente no supone tampoco aquí que en algún caso no fuera

(47) En este sentido también Lenckner; véase ROXIN, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, lug. cit., pág. 320.

(48) No me parece convincente, por ello, la tesis de JAKOBS (*Schuld und Prävention*, Recht und Staat, 1976) que reduce el principio de la culpabilidad a una exigencia de la prevención general; véase una exposición y crítica detallada de la tesis de Jakobs, en STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, págs. 23 y ss. y 29 y ss.

(49) Véase ROXIN, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 187-8, y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lugar citado, págs. 289-290.

(50) Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al "Tratado de Derecho Penal"* de Mezger, I, Madrid 1955, págs. 450-1; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, pág. 266; RODRÍGUEZ DEVEZA, *Derecho Penal español, Parte General*, 5.ª ed., Madrid, 1976, pág. 501; y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, 2.ª ed., 1961, páginas 348 y ss.

necesaria la aplicación de la pena desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. Piénsese, por ejemplo, en el requisito segundo, del núm. 7.º del artículo 8.º: «Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto». El adverbio intencionadamente es interpretado por la opinión dominante en la doctrina española como comprensivo de todo el dolo (51) y quedan incluidos, por tanto, en la causa de inculpabilidad aquellos supuestos en que el estado de necesidad fue provocado por una conducta imprudente o culposa del sujeto. No puede asegurarse, a mi juicio, que en estos supuestos no fuera necesaria la aplicación de una pena desde el punto de vista de la prevención general o de la prevención especial. La prueba de ello es que el Tribunal Supremo español, apartándose de la opinión más extendida en la doctrina, ha negado en ocasiones la eximente en supuestos de provocación culposa del estado de necesidad (52). Al referirse, según la opinión dominante, la provocación intencional o culposa al estado de necesidad mismo y no a la conducta antijurídica realizada en dicha situación (53), podría considerarse que estamos ante una manifestación de la culpabilidad por conducta de vida, que encubre una ponderación, correcta o incorrecta de las exigencias preventivas. El legislador habría considerado, erróneamente, que la aplicación de una pena no era necesaria, desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial en los supuestos de provocación culposa del estado de necesidad. Si se refiere, en cambio, la intención (y la culpa) al hecho delictivo realizado en el estado de necesidad y no sólo a la provocación de este mismo («actio libera in causa») no estaremos ante una manifestación de la culpabilidad por conducta de vida, sino ante diferencias en la gravedad de la culpabilidad por el hecho. En los supuestos en que el sujeto estaba obligado por su oficio o cargo a sacrificarse no queda, por esta circunstancia, completamente al margen de la causa de inculpabilidad. En la fijación del nivel más riguroso de exigibilidad de obediencia al Derecho influyen, sin duda, las exigencias de la prevención general y de la prevención especial, pero no únicamente. El propio Roxin concede que: «No se puede exigir a un bombero que acepte conscientemente una muerte sumamente probable» (54). La medida en que haya quedado reducida la capacidad de obrar de otro modo constituye también un factor decisivo. El criterio de la disminución

(51) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 268; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, pág. 493; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, Ariel, 1972, pág. 296; y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, págs. 392-3.

(52) Véase CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código Penal*, I, página 296.

(53) Véase, a este respecto, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, págs. 493-4.

(54) Véase ROXIN, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, *lug. cit.*, págs. 184.

de la capacidad de motivación por la norma no resulta, en cambio, satisfactorio, pues, como dice Bacigalupo: «La prevención general por sí sola no puede explicar por qué la mayor capacidad de motivación exige una pena más elevada que la menor» (55). La culpabilidad aparece, pues, también en el estado de necesidad como un principio independiente de las exigencias de la prevención general y la prevención especial.

En nuestro Código penal no existe una eximente para el exceso en la legítima defensa, similar a la del artículo 33 del Código penal alemán. Puede aplicarse, no obstante, en estos casos, la eximente de miedo insuperable. En el número 10 del artículo 8.º se declara exento de responsabilidad criminal al «que obra impulsado por un miedo insuperable de un mal igual o mayor». El límite objetivo que representa la amenaza de un mal igual o mayor (sea real o imaginario) (56) está, sin duda, en función de las exigencias de la prevención general. Puede dar lugar a la exclusión de la eximente de aquellas personas que supervaloraron el mal que les amenazaba o que aún valorándolo correctamente, obraron en virtud de un miedo insuperable. No puede decirse, por tanto, como Roxin, que al faltar la posibilidad de obrar de otro modo no es necesaria la pena desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. Se trata, sin duda, de una restricción o limitación de la vigencia del principio de culpabilidad en virtud de las exigencias de la prevención general. Si bien es cierto, que también aquí en la delimitación por la doctrina o la jurisprudencia del carácter insuperable del miedo pueden influir consideraciones preventivas (57).

(55) Véase, BACIGALUPO, *Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht*, pág. 484.

(56) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 282. El Tribunal Supremo exige, incluso, en jurisprudencia constante, que el mal sea real; véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, pág. 554 (que se adhiere al criterio del Tribunal Supremo) y CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código Penal, I*, páginas 351-2 (que se aparta del criterio jurisprudencial). Córdoba Roda considera, en cambio, en contra de la opinión dominante, que en la ponderación de los males hay que atenerse a la valoración del sujeto; véase *ob. cit.*, págs. 354-5.

(57) Véase, a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 281 (hay que atender a “la conducta exigible por ser la presumible en el hombre medio”), RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, pág. 554 (“Insuperable es el temor que hubiera determinado a una persona de constitución psíquica sana y reacciones normales a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo”) y el análisis de la jurisprudencia que realiza CÓRDOBA —*Comentarios al Código Penal, I*, págs. 336 y ss.— donde, después de defender, acertadamente, el enjuiciamiento personal en función de la capacidad del sujeto individual, del carácter insuperable del miedo, señala: “No me parece, sin embargo, que haya sido éste el sentido en el que hasta ahora ha sido fundamentalmente interpretada tal característica. Han sido, en efecto, criterios de índole objetiva y despersonalizada los que han regido en gran medida el entendimiento del requisito insuperable”.

La ira o la cólera no está incluida expresamente en el catálogo de eximentes de nuestro Código penal —a diferencia de lo que sucede con el miedo— pero en los estados emotivos o pasionales, que por su intensidad privan al sujeto de la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a ese conocimiento cabe apreciar, a mi juicio, la eximente de trastorno mental transitorio del núm. 1.º del artículo 8.º Ello es posible también en la práctica desde el momento en que nuestro Tribunal Supremo exige cada vez con mayor frecuencia la existencia de un fondo patológico para apreciar esta eximente (58). Si se considera, en cambio, como la opinión dominante hasta ahora, que en los estados emotivos o pasionales —a excepción del miedo— cabe aplicar únicamente la atenuante de arrebato u obcecación (núm. 8 del art. 9.º) la de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido (núm. 5.º del art. 9.º) o la de vindicación próxima de una ofensa grave (núm. 6.º del art. 9.º) estaríamos también ante una limitación del principio de culpabilidad en función de las exigencias de la prevención general y la prevención especial.

En la exposición anterior creo que ha quedado claramente de manifiesto la autonomía del principio de la culpabilidad frente a las exigencias de la prevención general y la prevención especial. El principio de la culpabilidad desempeña una función esencial no sólo como límite de la medida de la pena, sino en la exclusión de la responsabilidad. La culpabilidad aparece pues al menos como uno de los fundamentos de la pena. ¿Cómo puede constituir, sin embargo, la culpabilidad el fundamento o al menos uno de los fundamentos de la pena, si no se puede demostrar la capacidad del sujeto de obrar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico, en la situación concreta que se hallaba? Para contestar a esta pregunta hay que hacer en primer lugar algunas matizaciones acerca de la imposibilidad de probar la capacidad de autodeterminación individual.

Henkel, en un penetrante análisis de los límites de la comprobación empírica de la capacidad de autodeterminación conforme a sentido del ser humano, considera que algunos elementos relevantes para el juicio de culpabilidad son susceptibles de comprobación (59). Si el autor pudo o no, en la concreta situación, prever el curso externo de la acción y las repercusiones de la misma (la producción de un determinado resultado de lesión o peligro) «puede considerarse enjuiciable mediante un suficiente número de compro-

(58) Véase mi artículo *El tratamiento de los semiimputables*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1973, fasc. I, págs. 23 y ss.

(59) Véase HENKEL, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem*, Festschrift für Karl Larenz, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1973, págs. 23 y ss.

baciones del grado de inteligencia y de la experiencia de la vida del autor». «Lo mismo sucede», dice Henkel, «con la pregunta acerca de si el autor, de acuerdo con su personalidad, tal como se ofrece al que formula el juicio, podía comprender el desvalor o lo injusto de su conducta». No son susceptibles de comprobación empírica, individualizada, en cambio, otros factores: «si el autor tenía la posibilidad concreta de asumir emocionalmente el fin de su conducta considerado como "correcto" por su razón, es decir, si su razón podía desencadenar los impulsos emocionales del sentimiento del valor y del deber, que hubieran sido apropiados para mover la voluntad en esa dirección. Tiene que quedar también sin respuesta la pregunta de si el autor tenía la posibilidad de aportar mediante su voluntad la energía que hubiera sido necesaria para superar las inhibiciones y resistencias que se derivaban de las circunstancias externas y (o) de impulsos contrapuestos de la esfera vital o del sentimiento». Es cierto, por tanto, como concluye Henkel, que no cabe un juicio global empíricamente comprobable de la capacidad de obrar de otro modo del delincuente en la situación concreta. Esta comprobación sólo puede realizarse respecto a aspectos parciales, aunque de gran trascendencia para el juicio de culpabilidad.

Estas limitaciones, insalvables, suponen únicamente que la culpabilidad jurídica no coincide plenamente con la culpabilidad moral. Se trata de dos conceptos enraizados en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, capaz de autodeterminación conforme a sentido, pero que no coinciden plenamente en su contenido. La culpabilidad jurídica no supone siempre una culpabilidad ética [y no solamente en los supuestos excepcionales del derecho injusto (60) y del autor por convicción (61)]. Se trata de dos conceptos íntimamente relacionados, sin embargo, pues la prueba, en los aspectos parciales en que es posible, de la incapacidad de obrar de otro modo excluye no sólo la culpabilidad moral, sino la culpabilidad jurídica.

Las dificultades del enjuiciamiento de la capacidad del delincuente para obrar de otro modo, en la situación concreta, no se resuelven substituyendo este juicio por el de la capacidad de autodeterminación de otra persona, en la misma situación. Ni siquiera si para ello se recurre a la figura del ser humano dotado de una

(60) El Derecho injusto es, a mi juicio, obligatorio mientras no suponga una infracción grave de un principio material de justicia, especialmente del principio de validez a priori, del respeto a la dignidad de la persona humana; véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, I, Introducción, Madrid, Tecnos, 1976, pág. 16.

(61) La tesis de MUÑOZ CONDE (*Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en "Strafrecht und Strafrechtsreform", Carl Heymans Verlag, 1974, págs 326 y ss.) de que en la conducta del autor por convicción falta la culpabilidad jurídico-penal, pues ésta implica, en el aspecto material, que el sujeto participe en los bienes jurídicos y pueda ser motivado por la norma, no me parece convincente; véase la crítica de CORDORA RODA, en *Culpabilidad y pena*, págs. 28 y ss.

capacidad de autodeterminación media (62). La capacidad de decisión o la fuerza de voluntad media no es susceptible tampoco de comprobación empírica. Se trataría necesariamente de un criterio normativo (63) en cuya concreción influirían, sin duda, las exigencias de la prevención general y la prevención especial. Por otra parte, el criterio es sumamente insatisfactorio, pues lo decisivo es saber si el delincuente pudo obrar de otro modo en la situación en que se hallaba. Cuando se pueda demostrar que no pudo obrar de otro modo (por ser su error de prohibición invencible, por ejemplo), sería injusto afirmar la existencia de culpabilidad porque otra persona en su lugar hubiera podido hacerlo.

Es preciso atenerse, por tanto, a la capacidad de autodeterminación individual en la medida en que es susceptible de comprobación. El Derecho parte de la concepción del hombre como persona, como ser responsable, como ser capaz de autodeterminación conforme a sentido y siempre que pueda comprobarse la imposibilidad concreta de obrar de otro modo debe quedar excluida, en principio, la culpabilidad. No siempre es así, sin embargo, pues en la regulación de las causas de inimputabilidad y de inculpabilidad en los códigos penales influyen también, como hemos visto, las exigencias de la prevención general y la prevención especial (recuérdese lo dicho en relación con las eximentes de enajenación mental, trastorno mental transitorio y de miedo insuperable de los números 1.º y 10 del art. 8.º del Código penal español). El reproche de la culpabilidad jurídico-penal se basa, pues, sólo en parte en la comprobación empírica de la capacidad de obrar de otro modo y tiene siempre como substrato, en mayor o menor medida, la capacidad general de autodeterminación conforme a sentido del ser humano.

La concepción de la culpabilidad como capacidad de motivación normal por las normas jurídicas, con base en la hipótesis de-

(62) Véase, en este sentido, por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Duncker-Humblot, Berlin 1978, págs. 330-1 y 346; y HENKEL, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem*, pág. 25. También Roxin alude en su último artículo a un concepto "general" o "social" de culpabilidad en relación con la conducta posible al ciudadano medio; véase *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, págs. 294 y 298. Córdoba Roda invoca también un criterio generalizador al afirmar: "De admitir, conforme a autorizada doctrina, que existen dificultades prácticamente insuperables para poder llegar a afirmar, en virtud de un juicio *individualizador*, que el sujeto concreto disponía de la indicada libertad de actuación o sufría alguna de las referidas alteraciones, entendemos que las referidas situaciones de ausencia o amonización de capacidad deben ser concebidas como aquellos estados que producen un tal efecto de ausencia o disminución en *cualquier persona* en la que concurra el conjunto de elementos integrantes de la respectiva situación"; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pág. 70.

(63) En este sentido, expresamente, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pág. 346.

terminista (64), no presenta menores dificultades. La determinación del concepto de motivación normal implica un juicio de valor y en él pueden influir, sin duda, las consideraciones de la prevención general y la prevención especial. La comprobación de si un delincuente, en la situación concreta en que se hallaba, era susceptible de motivación normal por la norma, no presenta menores dificultades que la comprobación de si podía o no actuar de otro modo.

La culpabilidad es, por otra parte, sólo uno de los fundamentos de la pena, pues ésta además de ser justa ha de ser necesaria (65). La pena justa, adecuada a la medida de la culpabilidad, sólo debe ser aplicada en la medida en que sea necesaria para atender a las exigencias de la prevención general y la prevención especial, pues se trata de la justificación de la pena estatal. Si los fines preventivos no exigen la aplicación de la totalidad de la pena merecida, el Tribunal puede aplicar una pena inferior (dentro del margen de arbitrio judicial reconocido por el Código), o dejar de aplicarla (condena condicional). La aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico y en este sentido es retribución. No puede concebirse, en cambio, la retribución como la compensación del mal moral causado por el delito, pues esta compensación no es posible, ni es racional buscarla mediante la aplicación de otro mal al delincuente. La pena al tener su fundamento en lo injusto culpable, permite la expiación de la culpabilidad por parte del delincuente. La expiación, sin embargo, es sólo posible y no necesaria, pues no puede ser impuesta por la fuerza. Implica la aceptación voluntaria de la pena como sanción justa del delito cometido (66).

(64) Véase, en este sentido, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, págs. 66 y ss y 69 y ss.

(65) Véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I*, Introducción, págs. 24 y ss.

(66) Véase, en este sentido, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 2.^a ed. 1975, pág. 50; y Zipf, en MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, C. F. Müller Verlag, 1977, pág. 94.

