

WINFRIED HASSEMER

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL

Traducción y notas de

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Cádiz

y

LUIS ARROYO ZAPATERO
Profesor titular de Derecho Penal
en la Universidad Complutense

Prólogo de

FRANCISCO MUÑOZ CONDE



BOSCH, Casa Editorial, S. A. — Urgel, 51 bis. — BARCELONA

IV. CULPABILIDAD

Una vez superado el ámbito de la antijuricidad y la justificación, se pronuncia el juicio sobre el hecho. Se constata si el comportamiento humano, analizado a la luz de los criterios de decisión que brinda el Derecho penal material, ha traspasado los límites de la libertad que rigen para todos; se constata, pues, si el comportamiento era "injusto". Pero del *autor* sólo se conocen hasta ahora algunos pocos datos casuales y desconectados, como, por ejemplo, si tenía la intención de apoderarse de la cosa (en el hurto) o de sacar provecho del perjuicio patrimonial ajeno (en la estafa), si mató con ensañamiento o alevosía (en el asesinato) o si se dedicaba habitual o profesionalmente a realizar los hechos o hacía de ello su medio de vida (en algunos delitos como la usura, la receptación o el proxenetismo). Desde luego estos datos ofrecen ya alguna información respecto al sujeto actuante. Pero no fueron recogidos en interés del autor, sino del hecho y, por eso mismo, son, desde el punto de vista de la persona actuante, fragmentarios; son los *elementos subjetivos del injusto*, que sólo cualifican el hecho (aunque para ello haya que indagar ya algo sobre el autor).

En el hurto o en la estafa se indagan el ánimo de apoderamiento o de lucro, ya que estos "delitos incompletos de dos actos" o *de resultado cortado* no esperan a que se produzca el resultado esperado criminológicamente (que el ladrón utilice también la cosa de la que se ha apropiado o que el estafador se gaste la suma defraudada), sino que ven la consumación ya en la intención a ello dirigida. Profesionalidad y habitualidad constituyen en algunos delitos un elemento subjetivo del injusto que cualifica el tipo básico.⁸⁷

Al servir los elementos subjetivos del injusto — aunque exijan también conocimiento sobre el autor — sólo para cualificar el hecho, se les localiza consecuentemente en el ámbito de la tipicidad. Sólo en el ámbito de la *culpabilidad* se reúne todo el saber sistemático sobre el autor. Quien llega a este ámbito sabe ya, tras haber pasado las anteriores etapas de la investigación, que un comportamiento humano ha realizado un injusto juridicopenal. Pero todavía no sabe si el comportamiento analizado puede ser "imputado" a una determinada persona, si hay que hacer "responsable" a esa determinada persona por ese comportamiento. En este cuarto estadio de la estructura del

⁸⁷ Los elementos subjetivos del injusto son algo así como un "descubrimiento" jurídico. Quien quiera seguir su evolución, cfr. HEGLER, *Merkmale des Verbrechens*, y MEZGER, *Subjektive Unrechtselemente*.

delito se discute y decide precisamente la *imputación subjetiva* del injusto frente a una determinada persona.

La culpabilidad y la tipicidad tienen bastantes semejanzas entre sí e igualmente se diferencian de las otras dos categorías que ya hemos estudiado (acción y antijuricidad). Mientras que en la *acción* o comportamiento se excluyen a *grosso modo* aquellas situaciones que bajo ningún punto de vista imaginable pueden ser relevantes para el Derecho penal, y en la *antijuricidad* se eliminan aquellas acciones típicas que excepcionalmente no son contrarias al orden valorativo juridicopenal; mientras que, por tanto, en ambas categorías de lo que se trata es de excluir o eliminar la imputación; en la *tipicidad* y en la *culpabilidad* se trata de lo contrario: de incluir, de fundamentar la imputación — objetiva y subjetivamente.

De todo ello cabe deducir que en la acción y en la antijuricidad se trabaja con elementos *negativos* (excluyentes), en la tipicidad y en la culpabilidad con elementos *positivos* (fundamentadores). Esto es también correcto en su mayor parte. La categoría de la acción contiene la descripción de tres situaciones en las que, desde un principio, se niega la relevancia juridicopenal. La de la antijuricidad formula causas de justificación que, excepcionalmente, eliminan el carácter injusto de un comportamiento típico. En cambio, en la tipicidad se encuentran elementos que fundamentan la relevancia juridicopenal de un comportamiento: la cualidad de autor (“quien”, “quien como autoridad”), el resultado del hecho (“perjuicio patrimonial”). Estos elementos posibilitan la imputación objetiva. ¿Se mantienen también en la culpabilidad aquellos elementos que posibilitan la imputación subjetiva?

Sí y no. Realmente se dan esos elementos en la esfera de la culpabilidad. Pero, al mismo tiempo, la culpabilidad contiene también elementos negativos (excluyentes) y, además, tampoco los elementos positivos — a diferencia de lo que ocurre con la tipicidad — son completos; en su círculo falta un elemento importante fundamentador de la imputación subjetiva.

Dolo e imprudencia son los dos elementos del actuar humano de los que se deriva positivamente la posibilidad de imputación subjetiva.⁸⁸ Expresan que el que actúa y causa objetivamente resultados (o

88 Cuando, al comienzo del Excurso 2 (*infra*), se discuta el concepto de acción se pondrá inmediatamente de relieve que la localización de estos elementos en la culpabilidad se enjuicia de un modo diferente. La *teoría final de la acción* considera que el dolo y la imprudencia son elementos de la acción típica, incluyéndolos en el ámbito de la tipicidad. De este modo vacía el ámbito de la culpabilidad, privándole de los elementos positivos de la imputación.

ificación,
tamiento
brinda el
rtad que
a “injus-
os datos
cción de
perjuicio
alevosía
a reali-
s delitos
go estos
nte. Pero
por eso
fra men-
lifican el
itor).

ento o de
tado cor-
inológica-
ropiado o
sumación
constitu-
ualifica el

le exijan
el hecho,
. Sólo en
ico sobre
usado las
to llama-
abe si el
erminada
persona
ctura del

“descubri-
kmale des

desgracias), también debe haber participado internamente en su acción para que ésta pueda imputársele: que sabía y quería también lo que hacía (*dolo*), o que los resultados por él producidos, si no los preveía o quería, por lo menos debería haberlos podido prever y evitar (*imprudencia*).

Dolo e imprudencia deciden positivamente sobre la posibilidad de imputación subjetiva. Sólo cuando se dan estos presupuestos, puede fundamentar un suceso objetivo (como la muerte de una persona) una consecuencia juridicopenal para alguien (como prisión por homicidio). En nuestro Derecho penal el elemento imprudencia decide siempre sobre los límites entre punibilidad e impunidad: un suceso no provocado por lo menos imprudentemente es caso fortuito; por el caso fortuito nadie tiene que responder en un Derecho penal de culpabilidad. Igualmente decide el elemento dolo los límites entre punibilidad e impunidad, si el suceso en cuestión era un delito de los llamados *delitos dolosos*, en el que el agente debe haber participado con conocimiento y voluntad.⁸⁹ Si el delito es también punible en su forma imprudente, el elemento dolo decide el grado de punibilidad.⁹⁰

Quien por lo menos actúa imprudentemente, ha participado en un suceso producido por él objetivamente con tal intensidad que viene en consideración la imputación subjetiva de este suceso también desde el punto de vista del Derecho penal. Si el delito sólo es punible en su forma de comisión dolosa, los presupuestos de la imputación subjetiva son todavía mayores. Pero, en ambos casos, se *fundamenta* la imputación subjetiva en el ámbito de la culpabilidad, es decir, subjetivamente.

Sin embargo, el dolo y la imprudencia no son suficientes para fundamentar la imputación subjetiva. Igualmente elementales son otros tres presupuestos: el agente tiene que ser, en base a su desarrollo corporal (§ 19, StGB) y su salud corporal y mental (§ 20, StGB), *capaz de culpabilidad*, es decir, estar en situación de comprender la ilicitud del hecho y dirigir su actuar conforme a esa comprensión. Debe haber estado en situación de *conocer la prohibición* o el mandato que infringe con su acción (§ 17, StGB). Y, finalmente, debe serle también *exigible* el comportamiento obligado por el Derecho (ejemplos: §§ 33, 35, StGB).

Estos presupuestos son lógicos: quien por su poca edad o por graves deficiencias carece de capacidad de conocer y dirigir; quien no

89 Cfr. § 15 StGB y como ejemplos los §§ 185, 246, StGB.

90 Cfr. §§ 223, 230, StGB; 212, 222, StGB.

podía sospechar que hacía algo prohibido, o quien, en situación de arrebatado o de necesidad, ha reaccionado, de un modo comprensible, lesionando un derecho de otro, no puede en un Derecho penal prudente y ponderado ser considerado responsable de un hecho ilícito. Capacidad de culpabilidad, conocimiento de la prohibición y exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma son presupuestos positivos de imputación subjetiva.

Ello sólo por dos razones es teóricamente correcto. Una mirada a la ley demuestra que no se puede estar seguro ante consecuencias juridicopenales, si falta uno de los presupuestos positivos de la imputación subjetiva en el ámbito de la culpabilidad, y que el sistema juridicopenal no maneja estos tres presupuestos de un modo positivo, sino negativo.

Conforme al StGB de 1871, la comprobación de la posible punibilidad terminaba cuando no se completaba uno de los tres presupuestos positivos de la imputación subjetiva en el ámbito de la culpabilidad: quien, por ejemplo, actuaba en situación de incapacidad de culpabilidad, tenía que ser absuelto y quedaba libre de toda consecuencia juridicopenal. También hoy tiene que ser absuelto; no se le puede imponer una pena. Pero, tras la introducción de las *medidas* de corrección y seguridad en 1933, puede imponérsele una de las consecuencias juridicopenales citadas en el § 61 StGB: no es ciertamente "culpable", pero posiblemente — a causa precisamente de su incapacidad de culpabilidad — "peligroso". La ejecución de una medida en relación con la ejecución de una pena es sólo en el plano teórico un mal menor.⁹¹ Desde el punto de vista del acusado, una absolución por incapacidad de culpabilidad sólo teóricamente puede ser hoy una buena salida de un proceso, y también el defensor cuida la estrategia de la defensa en el marco de las alternativas entre "criminalización" y "psiquiatrización".

Aunque estos tres presupuestos de la imputación subjetiva, igual que el dolo y la imprudencia, son de naturaleza positiva, en la ley se formulan de forma *negativa*; en ella se habla de incapacidad de culpabilidad, de error de prohibición y de inexigibilidad del comportamiento conforme a la norma. Del mismo modo lo hace la praxis. Ésta no comprueba la capacidad de culpabilidad y el conocimiento (o, en su caso, el deber de conocimiento) de la norma prohibitiva, sino que indaga aquellas circunstancias que excluyen la capacidad de culpabilidad o, en su caso, el conocimiento de la norma. Si no existen tales (negativas) circunstancias (por ejemplo, el acusado no padece

91 Cfr. globalmente los §§ 1, 2 y ss. y 123 y ss. StVollzG.

una perturbación mental patológica conforme al § 20, StGB), la praxis se ve legalmente legitimada para dar por supuesta la capacidad de culpabilidad o el conocimiento de la prohibición: de la doble negación resulta una afirmación. ¿A qué se debe este complicado rodeo?

El rodeo sólo aparentemente es complicado y tiene, además, un profundo sentido. La ley no exige, como presupuesto de la imputación subjetiva, que el juez demuestre positivamente la capacidad de culpabilidad, sino la demostración negativa de la inexistencia de la exclusión de la culpabilidad. Con ello se expresa que en el proceso penal no puede darse una fundamentación "real", "positiva" de la culpabilidad; hay que contentarse con menos, con algo que además sea más aprehensible: con indicadores de deficiencias. Culpabilidad, capacidad de culpabilidad, conocimiento de la prohibición, exigibilidad, no se demuestran en esta construcción, sino se presuponen. Los únicos que pueden ser probados son los indicadores, caso de que excepcionalmente falle lo que se presupone. La madurez psíquica, la responsabilidad o la capacidad de culpabilidad como presupuestos de la imputación subjetiva — a diferencia de lo que sucede con los presupuestos de la imputación objetiva — no tienen que ser fundamentadas por el juez penal. A no ser que haya indicios de lo contrario, el juez penal puede dar por supuesta la capacidad de culpabilidad del inculgado.

Ello significa que el fundamento específico de la culpabilidad está sustraído al proceso y a sus constataciones, constituyendo más bien un *presupuesto* del mismo: Si el inculgado era "responsable" del resultado producido por él, se trata en el proceso a través de indicadores, pero no se fundamenta. Esto es para el juez penal un procedimiento relativamente simple. Para la teoría del Derecho penal, un grave inconveniente. El concepto de culpabilidad es una excepción entre los presupuestos de la punibilidad, constituyendo uno de los instrumentos más difíciles y oscuros del sistema juridicopenal. Tanto en sus principios, como en cuestiones concretas es discutido y actualmente es difícil marcar por dónde transcurren propiamente los frentes de la polémica. El concepto de culpabilidad alcanza hasta lo más profundo de nuestra experiencia cotidiana y constituye, sin embargo, el concepto juridicopenal que más ampliamente se ha alejado de la misma. Cualquier exposición del concepto juridicopenal de culpabilidad debe hoy, por consiguiente, comenzar con precisiones.

Nulla poena sine culpa — "no hay pena sin culpabilidad" —, es uno de los grandes lemas del moderno Derecho penal ilustrado. Probablemente no hay nadie que no esté de acuerdo con este lema. Pero

no todos persiguen las mismas metas. A continuación intentaremos exponer las ideas que hoy se vinculan con el concepto de culpabilidad.

Excursus 1: Coincidencias en el concepto de culpabilidad: imputación subjetiva; responsabilidad por el resultado; grados de participación interna y su normatividad; proporcionalidad

A pesar de las discrepancias y como trasfondo a todas ellas, se dan hoy (¿todavía?) cinco coincidencias fundamentales. Estas coincidencias son materiales y nada tienen que ver con cualquier tipo de uso de la palabra "culpabilidad".

La primera coincidencia se refiere al hecho de que debe haber un cuarto estadio en la estructura del delito, en el que se pueda tratar la imputación subjetiva de un acto antijurídico a una persona determinada. Incluso autores, cuya mordaz crítica al Derecho penal ya se advierte en el color de la portada de sus libros,⁹² no terminan exigiendo que se deje abandonado u olvidado el delito, el injusto, el hecho lesivo de cualquier forma y se le impute a la "sociedad", pues aun cuando son también de la opinión de que la sociedad es responsable del hecho, ven, no obstante, que hay un "autor" instrumental con el que hay que hacer algo: por lo menos, protegerlo de la reacción de la víctima y de los que se consideran víctimas, y quizá también ofrecerle ayuda técnica para superar los factores que precisamente han manifestado en esta persona la presión social general a la desviación criminal.

La renuncia a una categoría en la que se pueda llevar a cabo la imputación subjetiva significaría hoy — más allá de toda crítica al Derecho penal — hacer una política de avestruz, no querer ver la realidad. Existen lesiones que unas personas, intencionada o imprudentemente, infligen a otras; hay personas que padecen estas lesiones, y hay también personas que observan todo esto. Y existen modelos socialmente configurados de reacción individual y social a la criminalidad. Nada de esto puede ser cambiado por la mejor crítica al Derecho penal. Lo único que se puede conseguir es que la Política criminal y la Administración de Justicia penal procedan racionalmente con estas circunstancias. Uno de los instrumentos irremplazables para tal

92 CH. PLACK, *Abschaffung des Strafrechts*, esp. págs. 207-289, 595-400; OSTERMEYER, *Bestrafte Gesellschaft*, págs. 81-107, 147-154, 215-222.

la praxis
cidad de
de nega-
o rodeo?
emás, un
imputa-
cidad de
ia de la
proceso
a" de la
además
abilidad,
exigibili-
nen. Los
de que
psíquica,
upostos
con los
ndamen-
ontrario,
abilidad

dad está
nás bien
" del re-
ndicado-
procedi-
enal, un
xcepción
de los
il. Tanto
y actual-
los en-
a lo más
mbargo,
do de la
culpabi-

l" — es
do. Pro-
na. Pero

proceder es ese cuarto estadio de la estructura del delito. En él hay que responder a la cuestión de qué es lo que hay que hacer con el hecho antijurídico en relación con quien en todo caso lo ha producido externamente: si realmente es "su" hecho, si se le puede "imputar subjetivamente".

La segunda coincidencia se refiere a que en el estadio de la imputación subjetiva hay que garantizar igualmente una cosa: la exclusión de la responsabilidad por el resultado. Con ello se consensúa y elabora una primera declaración material sobre la misión que incumbe a la constatación de la culpabilidad. Al mismo tiempo, se cubre un importante elemento del concepto de "culpabilidad" que es ampliamente aceptado.

Exclusión de la responsabilidad por el resultado significa introducir un criterio de imputación subjetiva, que todavía de un modo vago y provisional presupone la responsabilidad del sujeto agente por su acción. Los partidarios del determinismo disientirán de que haya aquí coincidencia, porque precisamente mantienen la afirmación de que el hombre es un ser determinado, dirigido por factores causales, que consecuentemente es incapaz de una decisión libre y que, por tanto, hay que liberarse de cualquier sospecha de "responsabilidad". Pero hasta ahora, que se sepa, los partidarios del determinismo no se han manifestado sobre la cuestión de la responsabilidad por el resultado. Si alguna vez lo hacen, tendrán que trazar los límites entre el caso fortuito y la imprudencia (es decir, los límites de la responsabilidad por el resultado).⁹³ Y estos límites no pueden ser trazados, si no se acepta un criterio de "responsabilidad". Este criterio no necesita ser homologado con lo que en el lenguaje cotidiano se entiende por "culpabilidad"; "responsabilidad" quiere decir aquí solamente que hay sucesos que no se producen exclusivamente por factores causales, sino por personas que los dirigen. Si no se aceptase tal criterio, no podría excluirse del Derecho penal la responsabilidad por el resultado — con todas las consecuencias que ello tendría para la racionalidad de nuestra cultura jurídica.⁹⁴

La tercera coincidencia se da en relación con la existencia de grados de "responsabilidad", de grados de dirección del suceso por parte de una persona, de grados de participación interna en el suceso externo. Esto es un paso en la dirección que ya había indicado la segunda coincidencia. Para los penalistas es la distinción entre dolo e impru-

93 Cfr. *supra*, págs. 230, 235.

94 Cfr. *supra*, págs. 235 s.

dencia.⁹⁵ Más tarde aparecen en Derecho penal con esta distinción los conceptos que reflejan una disposición o tendencia subjetiva.

La diferenciación en grados de participación interna en el suceso externo no es una consecuencia sistemáticamente obligada de la segunda coincidencia. También quien pretenda eliminar del Derecho penal la responsabilidad por el resultado puede aceptar en consecuencia un criterio de imputación subjetiva que exprese una participación interna, sin que tenga luego por qué distinguir también formas y grados de participación interna. Puede simplemente limitarse a imputar subjetivamente el suceso externo (en caso de responsabilidad) o a no imputarlo (cuando existe caso fortuito). La diferenciación en grados de participación interna es, sin embargo, obvia, si ha aceptado ya la participación interna como criterio de imputación, pues ella representa una elaboración de este criterio de imputación, una diferenciación. Esta diferenciación corresponde a "criterios de Justicia", a esquemas de racionalidad, que dominan nuestra vida cotidiana y determinan nuestra cultura. No es obligada sistemáticamente, sino históricamente.

Autores como PIAGET y KOHLBERG han demostrado⁹⁶ que el juicio moral está profundamente enraizado en nuestra cultura. La experiencia cotidiana que tiene cualquiera que se disculpa y se hace culpable, que reprocha algo y que se defiende diciendo que no es responsable, comienza ya en la niñez. Casi se puede decir que las líneas de evolución de la imputación subjetiva, tal como la encontramos en la historia del Derecho, pueden observarse en la biografía de las personas. Hasta aproximadamente los siete años el niño desconoce los grados de imputación subjetiva; juzga si la acción es una infracción de la regla o no; juzga el grado de antinormatividad, de "antijuricidad". Sólo después aprende el niño, a partir del propio desarrollo cognitivo y de la experiencia cotidiana social, a incluir en las bases de su juicio el ámbito de la imputación subjetiva, la "culpabilidad", y a valorar las intenciones, las "disposiciones" subjetivas del agente.

95 Dolo e imprudencia son sólo los puntos intermedios más destacados de una larga escala de grados de participación interna en el suceso externo. Esta escala va desde la imprudencia consciente hasta la intención, pasando por la imprudencia, negligencia, el dolo eventual y el dolo directo.

96 Sobre estos problemas y sobre lo que se expone en el texto en relación con la existencia en la vida cotidiana de grados de participación interna en el suceso externo, puede encontrarse más información y referencias bibliográficas en BIERBRAUER-HAFFKE, *Schuld*, págs. 138-144. Merece la pena leer también la breve exposición de FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, que aunque es de los años 20, ha tenido gran influencia en la posterior investigación empírica a la que se alude en el texto. Quien quiera leer la propia fuente cfr. PIAGET, *Urteil beim Kinde*; KOHLBERG, *Entwicklung des Kindes*.

En la misma dirección ha indagado y descubierto la "teoría de la atribución", es decir, la teoría de la atribución de responsabilidad, datos empíricos que demuestran que la imputación subjetiva no sólo es un medio profundamente anclado y tempranamente asimilado, sino sobre todo un medio de acción social que se emplea en la vida cotidiana de un modo extraordinariamente diferenciado. En la exposición de conjunto que hacen BIERBRAUER-HAFFKE se pueden leer hasta cinco interpretaciones a la cuestión: ¿"es el actor responsable del resultado de su acción"?:

"En el primer estadio (association) se hace responsable al actor de todos los resultados, que de cualquier modo están asociados con él (A es responsable, si B atropella con el automóvil de A a un ciclista);

En el segundo estadio (commission) se hace responsable al actor de un resultado en cuya producción ha participado directamente, incluso aunque no hubiera podido prever el resultado (se hace responsable del accidente a A, aunque el ciclista se cayó, al perder el equilibrio, sobre el automóvil);

En el tercer estadio (forseeability) se hace responsable al actor sólo de un resultado, siempre que hubiera podido prever las consecuencias, aunque no hubiera querido producirlas (A es responsable del accidente, si no ha observado cuidadosamente lo que pasaba en la calle);

En el cuarto estadio (intentionality) el actor es responsable de todos los resultados que ha previsto y querido (A es responsable del accidente, si también había querido arrollar al ciclista);

En el quinto estadio (justification) no se puede hacer responsable al actor por su comportamiento, aunque lo haya querido, si el resultado se debe a circunstancias que estaban más allá de su control (por ejemplo, en el Derecho de guerra de algunos países no se hace responsable de crímenes de guerra a un soldado, cuando han sido ordenados por un superior amenazándole de muerte) — brevemente cuando "anybody would have felt and acted as he did under the circumstances".

Como en un viejo espejo — roto, pero que todavía refleja bien la imagen — se pueden encontrar en la vida cotidiana todos los estadios de la imputación subjetiva que ordena el Derecho penal. El primer estadio es el de la imputación mágica (venganza, sacrificio), dicho técnicamente: el estadio de la causalidad de la equivalencia, que todavía no ha sido limitada e iluminada por las ideas de causalidad adecuada. El segundo estadio es el de la responsabilidad por el caso o por el resultado, que todavía desconoce criterios de responsabilidad, de participación interna en el suceso externo. El tercer estadio elabora tal criterio, al marcar el límite mínimo de participación interna; dicho técnicamente: la imprudencia. A partir de este momento se ha esta-

blecido en la estructura del delito ese estadio que llamamos "culpabilidad" y que constituye objeto ahora de nuestro estudio. El cuarto estadio es lo que constituye la "tercera coincidencia";⁹⁷ aquí se distinguen grados de participación interna en el suceso externo. Por encima del límite mínimo de imputación subjetiva aparece el dolo como forma ampliada de participación. También el estadio de la *intentionality* es conocido en nuestro Derecho penal y se encuentra realizado en los delitos dolosos, es decir, en las formas de acción que sólo son punibles si se da esa forma ampliada de participación (como, por ejemplo, sucede en la estafa, en el hurto o en la apropiación indebida).⁹⁸ El quinto estadio es el de las causas de exculpación: no exigibilidad del comportamiento conforme a la norma, estado de necesidad disculpante,⁹⁹ estado de necesidad supralegal que excluye la culpabilidad, error inevitable de prohibición¹⁰⁰ o exceso en la legítima defensa.¹⁰¹

Naturalmente no puede decirse que el Derecho penal tenga la misión de incluir en su seno las atribuciones de responsabilidad que se hacen en la vida cotidiana, otorgándoles la dignidad jurídica e imponiendo consecuencias juridicopenales. Lo que el Derecho penal incluye, debe incluirlo como "justo", como "correcto"; el Derecho penal debe valorar las instituciones e instrumentos de la vida cotidiana, y no sólo una vez, sino siempre.

Los modelos y contenidos de las relaciones intrapersonales son sospechosos de peligrosidad e irracionalidad — precisamente los modelos relacionados con la "atribución de responsabilidad".

Pero tampoco debe (ni puede) el Derecho penal alejarse demasiado de los modelos culturales de acción, aunque los considere irracionales. Ello se debe, por un lado, a que los modelos más básicos (el de la causalidad,¹⁰² el de la responsabilidad) determinan las instituciones, y no a la inversa. El Derecho penal por sí solo no está en situación de cambiar esos modelos. Qué se basa en qué, qué es lo que debe ser explicado con qué, quién ha sido causa, quién culpable — hay que

97 Cfr. *supra*, pág. 272.

98 Cfr. § 246 StGB en relación con el § 15 del mismo cuerpo legal.

99 Cfr. § 35 StGB, compárese sus presupuestos con los del § 34 del mismo cuerpo legal y pregúntese por qué el § 34 "ya" justifica y el § 35 "sólo" disculpa. Aquí se puede ver la diferencia entre justificación y exculpación en la estructura del delito.

100 Ya nos hemos ocupado antes, pág. 122, del § 17 StGB.

101 Cfr. el § 33 StGB y compárese con el § 32, igual que antes se ha hecho con los §§ 34 y 35 StGB.

102 Cfr. *supra* § 15, III, 3, donde ya hemos discutido esta cuestión desde el punto de vista de la racionalidad del derecho probatorio.

remontarse muy atrás o ir muy lejos, para encontrar todavía modelos alternativos.

El Derecho penal no puede, por tanto, alejarse demasiado de las atribuciones de culpabilidad que se dan en la vida cotidiana. Y tampoco puede pretender tal alejamiento. Una Política criminal racional debe contar con irracionalismos sociales, debe elaborarlos, cambiarlos a largo plazo, pero no puede negarlos simplemente. Una Política criminal que sea muy avanzada para su época, pierde la vinculación con su tiempo y se convierte, alejada de la realidad, en irracional, en algo peligroso.¹⁰³

Por lo demás, no existe ningún argumento razonable para desterrar del pensamiento juridicopenal precisamente lo que hemos denominado grados de participación interna en el suceso externo que ya se encuentran en la experiencia cotidiana. Es correcto y justo hacer las distinciones que en ella se hacen: valorar de manera diferente una lesión según se haya hecho por descuido (imprudencia), por ligereza (negligencia) o intencionalmente (dolo). Detrás de estas distinciones se encuentran actitudes que determinan de un modo fundamental las relaciones intrapersonales y sin las que no existiría punibilidad, capacidad de diferenciación, atención y respeto a los demás y la comunicación y la regulación argumentativa de los conflictos tampoco existiría o sólo toscamente. Una vida cotidiana y un sistema juridicopenal que no saben distinguir grados de participación interna en sucesos externos, sólo pueden facilitar la convivencia humana de un modo deficitario y atávico.

Con ello llegamos a la cuarta coincidencia, que trata no sólo de distinguir grados de participación interna en sucesos externos, sino también de valorarlos. El dolo y la imprudencia no sólo son fenómenos descriptivos, sino también normativos. Así nos lo enseña la experiencia cotidiana. En la vida cotidiana no se distinguen grados de participación interna por un simple interés teórico, sino para actuar con ellos. Reproche, defensa, disculpa suponen partes naturalmente descriptivas (por ejemplo, el hecho que se reprocha, con sus particularidades); pero lo que los distingue como acto lingüístico de otros es su carácter normativo, valorativo. Medimos el reproche (también) por el grado de participación interna que vemos o suponemos en el curso externo. Y lo mismo ocurre en el Derecho penal. En relación con la imprudencia, el dolo es la forma más grave de la culpabi-

103 El interesado expresamente en estas ideas encontrará más información sobre la relación entre racionalidad politicocriminal e irracionalidad social en HASSEMER, *Theorie*, págs. 240-246, y en HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, pp. 165-172.

lidad; los grados de participación interna van desde la imprudencia inconsciente hasta la intención, formando también una escala normativa. Es difícil saber y calificar con precisión las razones que sirven de base a la normatividad de la escala. ¿Cuál es el plus negativo que tiene el dolo frente a la imprudencia? Todo lo más pueden aducirse suposiciones plausibles.

Aunque, externamente considerada, la lesión es la misma en todos los casos, y así, por ejemplo, desde este punto de vista, es indiferente que se atropelle con el automóvil a alguien por negligencia o por venganza; desde el punto de vista de la víctima y del de otras personas que observan y valoran el caso desde la perspectiva de la víctima no se considera del mismo modo. El que actúa dolosamente lesiona — también desde su perspectiva — de un modo más intenso que el que lo hace imprudentemente; no, desde luego, en sentido médico-empírico, sino en uno sociopersonal. Más allá de la lesión misma, es un símbolo frente a la víctima y la totalidad de las víctimas potenciales. Y este símbolo también lesiona (a veces incluso más que el instrumento material con el que se ha producido el hecho).

Es evidente que el tipo de símbolo lesivo, que se realiza con el hecho doloso, depende de dos factores: de la clase de delito y de las relaciones existentes entre el autor y la víctima antes de y en la comisión del hecho. El estafador suscita una reacción diferente que el matón o el violador. La víctima de la estafa se siente engañada, quizá despreciada o incluso humillada, pero en un sentido cognitivo, externo. La víctima de una lesión corporal dolosa o de una violación se siente deshonrada, lesionada en el centro de su personalidad. El autor del delito doloso conoce esta perspectiva de la víctima y la víctima sabe que el autor la conoce y en esto radica el símbolo lesivo: sobre todo en los delitos que necesariamente se consuman en presencia del autor y de la víctima, el autor del delito doloso realiza un acto de sometimiento social y personal de la víctima, del que está muy lejos el autor de un delito imprudente.

Esto no lo explica todo. Nuestro Derecho penal conoce también delitos sin víctimas, que se regulan con una distinción valorativa según se cometan dolosa o imprudentemente; formas delictivas cuya lesión descrita típicamente no se inflige a una víctima determinada individualmente, sino en cierto modo a todos nosotros.¹⁰⁴ En estos delitos aparece un segundo plus normativo (que naturalmente es también eficaz en los delitos con víctima).

104 Cfr. §§ 154-156, 163 StGB (perjurio, falso testimonio).

modelos

as atribu-
ico puede
de contar
go plazo,
sea muy
convierte,

ra deste-
os deno-
que ya se
hacer las
ente una
ligereza
tinciones
da mental
nibilidad,
y la co-
tampoco
juridico-
na en su-
a de un

o sólo de
nos, sino
fenóme-
ña la ex-
n grados
para ac-
s natural-
con sus
ístituto de
che (tam-
nemos en
En rela-
culpabi-

nformación
l social en
p. 165-172.

El autor de un delito doloso aparece en una relación con la norma que lesiona, distinta a la del autor de un delito imprudente. Naturalmente también el autor de un delito imprudente "lesiona" la norma que infringe, pero en un sentido sofisticado, que permite decir que "cumple" la norma (su comportamiento "realiza" el tipo). El autor de un delito doloso hace más, ya que sabe y quiere que se produzca el resultado prohibido, y quiere también la lesión del mandato que está tras la norma y que ésta expresa. Igualmente aparece ante los demás como mucho más peligroso que el autor de un delito imprudente. Desde el punto de vista empírico y actual, ambos realizan la misma lesión, pero potencial y normativamente el autor del delito doloso hace más, amenaza, al mismo tiempo, a la norma, al Ordenamiento jurídico.

Esto se puede entender mejor si se pregunta qué clase de "disculpa" pueden alegar en sus respectivos casos el autor de un delito doloso y el autor de un delito imprudente; o dicho técnicamente: qué datos pueden ofrecer sobre una socialización o resocialización todavía por conseguir o ya conseguida. El autor de un delito imprudente puede prometer ser más cuidadoso en el futuro o tomar mayores precauciones ante el peligro. El autor de un delito doloso tiene, en cambio, que dar cuenta de haber dado un "giro normativo", de que ha cambiado o va a cambiar su relación con la norma. La intensa reacción social frente al terrorismo político o social se explica actualmente en parte porque los autores del terrorismo actúan con un "dolo ampliado", ya que no amenazan expressis verbis solamente a las personas o al suministro de aguas, sino también a las normas que constituyen el Derecho y el Orden.

Aunque todo ello sólo sean hipótesis que requieren una explicación empírica, sirve también para apoyar el conocimiento de que es justo y correcto no sólo distinguir grados de participación interna en el suceso externo, sino también valorarlos.

Ello conduce a una quinta coincidencia que, sin embargo, en el ámbito de atribución que es la culpabilidad sólo se prepara, correspondiendo su total realización a un estadio posterior de la actividad decisoria jurídicopenal, al ámbito de la medición de la pena. Esta coincidencia se refiere a que la valoración de los grados de participación interna debe tener consecuencias en la reacción jurídicopenal al comportamiento delictivo: la reacción debe ser proporcionada al grado de participación interna.

El acuerdo de deducir de los diferentes grados normativos de par-

participación interna distintas consecuencias es resultado, en primer lugar, del principio de igualdad (art. 3.º, GG) que prescribe tratar desigualmente lo que es desigual. Por eso, este acuerdo constituye un mandato constitucional. Los distintos grados de participación interna como criterios de desigualdad de los comportamientos pueden, sin embargo, valorarse desde otro principio constitucional. El comportamiento humano, que califican desigualmente, es motivo de una reacción juridicopenal (pena). Consecuentemente tienen que ser proporcionados a esta reacción, a su duración y gravedad. Esta relación no sólo está pensada en nuestra cultura jurídica como algo puramente superficial o formal; el principio de proporcionalidad, de prohibición de exceso o de igualdad en el sacrificio, que en el texto legal sólo en algún lugar se formula expresamente,¹⁰⁵ pero que también sirve de base como principio jurídico al Derecho penal,¹⁰⁶ exige más. Exige una concordancia material entre acción y reacción, causa y consecuencia, delito y consecuencia juridicopenal. Constituye parte del postulado de Justicia: nadie puede ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas. Dolo e imprudencia como grados desiguales de participación interna exigen, pues, una distinta incidencia de la consecuencia juridicopenal en el afectado por ellas.

“Desmesuradamente”, este término tan vago constituye el reverso del principio de proporcionalidad. Este principio — como los de justicia e igualdad — no es más que un marco que tiene que ser completado con concretas experiencias e instrumentos del sector jurídico en el que rige. Con el principio de Justicia o con el postulado de igualdad tampoco se sabe todavía qué es en el caso concreto lo “justo” o lo “equitativo”. Lo que se sabe es poco. Se sabe generalmente en qué dirección hay que dirigir la búsqueda de criterios de Justicia y de igualdad; y de un modo negativo se sabe lo que, en todo caso, es injusto o desigual: la condena de alguien que no haya tenido oportunidad de defenderse; la concesión del derecho de cuidado de los hijos sólo a la esposa. Pero curiosamente la más reciente Filosofía del Derecho, dedicada de forma intensiva a elaborar estos principios en estadios generales, ha callado siempre cuando se trataba de formular criterios positivos de Justicia, igualdad y proporcionalidad, convirtiéndose en una “philosophia negativa”, en una Filosofía de la indignación y de la denuncia frente a la injusticia concreta, pero no en una Filosofía que indique el Derecho positivo justo.¹⁰⁷

105 Cfr. §§ 62, 74, b, StGB (principio de proporcionalidad de medidas y comiso).

106 Expresamente: BVerfGE 45, 187 ss. (259 ss.).

107 El interesado en este fenómeno de la “philosophia negativa” puede en-

la norma
Natural-
la norma
lecir que
El autor
produzca
dato que
te los de-
prudente.
la misma
to doloso
niento ju-

“discul-
to doloso
qué datos
la por
te puede
recaucio-
nbio, que
mbiado o
ocial fren-
arte por-
”, ya que
uministro
echo y el

ación em-
y correc-
o externo,

en el
a, corres-
actividad
ena. Esta
participa-
openal al
al grado

is de par-

Se puede comprender por qué es esto así. Lo que tras los principios de Justicia, igualdad y proporcionalidad sirve de base a la decisión concreta, son los criterios de estos principios: bajo qué aspectos (edad, sexo, color del cabello, renta?) y bajo qué datos tiene que tratarse como igual y como desigual; bajo qué aspectos debe determinarse la proporcionalidad entre delito y consecuencia jurídica (intensidad del resultado, edad del autor o de la víctima, grados de participación interna en el suceso externo, probabilidad de buen comportamiento futuro?). Sólo el Derecho positivo sabe algo exacto sobre estos criterios, la Filosofía del Derecho sólo sabe lo fundamental. Y, sobre todo, el Derecho positivo sabe cosas diferentes. Así, por ejemplo, la renta juega en el Derecho tributario un papel preponderante como criterio de igualdad, en el Derecho penal un papel más bien secundario.¹⁰⁸ En el Código civil, en materia de indemnizaciones por daños, la distinción entre lesión dolosa e imprudente desempeña un papel secundario como criterio de prestación sustitutiva proporcional por el daño causado; en el Código penal es esta diferencia, sin embargo, como ya vimos, de importancia fundamental en la determinación de las consecuencias jurídicas.

En los criterios, que prácticamente completan y determinan la proporcionalidad como principio, se incluyen las experiencias respectivas del Derecho positivo, donde son elaboradas.

Criterios de proporcionalidad entre el delito y la consecuencia juridicopenal son, por ejemplo: el rango del bien jurídico lesionado (vida versus propiedad); la intensidad de la lesión del bien jurídico (daño versus destrucción de una cosa; destrucción de una bicicleta versus destrucción de una casa); los diferentes medios de comisión del hecho (ocasionalidad versus habitualidad); el comportamiento de la víctima antes del hecho;¹⁰⁹ la relación entre autor y víctima;¹¹⁰ los grados de participación interna en el autor (intención versus imprudencia inconsciente); los efectos que la pena puede tener en la vida futura del condenado.¹¹¹ Desde la reincidencia (§ 48, StGB) hasta el formar parte de una banda (§§ 244, I, Nr. 3; 250, I, Nr. 4), desde una especial situación social y psíquica (§ 217, StGB) hasta una protección especial de objetos religiosos (§§ 243, I, Nr. 4; 306, Nr. 1, StGB), con-

contrar información y sugerencias en ARTHUR KAUFMANN, *Schuldprinzip*, pág. 16, y RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, págs. 352-355.

108 Cfr. § 40, I, III, StGB (determinación de los días-multa).

109 Cfr. § 312 StGB.

110 Cfr. § 247 StGB.

111 Cfr. § 46, I, 2, StGB.

tiene la Ley una gama diferenciada de criterios de proporcionalidad entre delito y consecuencia juridicopenal. Uno de ellos es la distinción entre grados de participación interna en sucesos externos.

Excurso 2: Puntos discutidos en el concepto de culpabilidad.

Teorías de la acción; reproche de culpabilidad: libertad de voluntad; fundamento y límites de la pena; el "poder general para actuar de un modo distinto"; concepto de culpabilidad y fines de la pena; presupuestos y consecuencias del reproche

Con lo dicho anteriormente quedan enumeradas las coincidencias. La impresión de que son muy amplias se pierde tan pronto como se observa la importancia fundamental de los problemas en los que hay discusión. El primer punto conflictivo se refiere a la localización de los grados de participación interna en la estructura del delito. Tras esta cuestión, aparentemente inofensiva, hay una discusión fundamental que ha ocupado intensivamente a la Ciencia del Derecho penal en los años cincuenta y la primera mitad de los sesenta, sin que se haya llegado a una conclusión: la discusión en torno al concepto juridicopenal de acción.

Al lector le sorprenderá que hayamos ya tratado el estadio de imputación correspondiente a la "acción" en la estructura del delito¹¹² y que ahora nos ocupemos de él en el estadio de imputación de la "culpabilidad". Aquí está precisamente el punto importante. La polémica se planteaba, y todavía se plantea, en torno a si la participación interna califica ya la acción (y, por tanto, debe ser comprobada también en el tipo), o si, por el contrario, como aquí se admite, es un elemento de la culpabilidad.

Aquí no vamos a seguir con detalles la polémica sobre el concepto juridicopenal de acción.¹¹³ Y ello por dos razones. Por un lado, porque el tema pertenece a la historia de la Dogmática. Ahora todos los penalistas se adhieren a una determinada estructura del delito y con ello localizan los grados de participación interna, sin que, por tanto,

112 *Supra*, § 22, I.

113 Una exposición de conjunto se encuentra en NAUCKE, *Einführung*, páginas 254-259; el interesado en la dimensión básica de la discusión debe leer ARTHUR KAUFMANN, *Handlung*, quien ofrece un esquema fundado juridicofilosóficamente para la inordinación sistemática de las distintas posturas y de sus puntos de vista.

se vean ya obligados a fundamentar esta localización. Por otra parte, porque pertenece con razón a la historia de la Dogmática. Pocas veces se ha derrochado tanta agudeza científicojurídica y tanta profundidad filosófica en una discusión juridicopenal básica y se ha conseguido con ello tan escaso resultado práctico y politicocriminal. Desde el punto de vista sociológico, es importante estudiar en toda esta polémica sobre el concepto de acción y en el abandono, que no terminación, de sus fundamentos, la evolución que experimentó la Ciencia del Derecho penal a mediados de los años sesenta, al pasar de una orientación dogmática, característica de las ciencias del espíritu, a una empírica, politicocriminal.

Hasta esa fecha el sistema del hecho punible había ocultado su "philosophy", su autocomprensión y las formas de su intervención en la realidad que han sido expuestas, tras un lenguaje cuidado y con la modesta pretensión de suministrar solamente un esquema, claro y completo, de comprobación de las acciones punibles, tal como propugnaba con todo el énfasis WELZEL, el fundador y mentor de la teoría final de la acción desde la Segunda Guerra Mundial. Invocando la Filosofía fenomenológica (HARTMANN, SCHELER), WELZEL basó su sistema final del hecho punible en la Ontología, es decir, en la estructura visible de lo existente, del mundo. Esta estructura no es resultado de una "constitución de la realidad", ni de la intervención humana, ni es constituida por prejuicios;¹¹⁴ está más allá del conocimiento humano y es asequible a éste, con lo que consecuentemente puede determinarse en ella la verdad del conocimiento humano.

Con tan poderosas armas, determinaba WELZEL la estructura ontológica de la acción como realización de fines propuestos, como planteamiento final (dirigido a una meta) de las relaciones causales objetivas, naturales, como dirección de procesos causales.¹¹⁵ De esta concepción se apartaba la teoría de la acción llamada ahora causal, entendida como un conjunto de superficialidades y trivialidades (acción como modificación voluntaria del mundo externo). Casi paralelamente a la teoría final se desarrolló una teoría "social" y "personal" de la acción, que quería aprovechar lo que había de correcto en las concepciones causales y finales, evitando los excesos; pero no ha podido perfilarse entre las otras dos grandes alternativas.

114 Cfr. *supra*, págs. 105 y s.

115 Es conveniente leer y meditar los pasajes referidos al concepto de acción en WELZEL, *Lehrbuch zum Strafrecht*, § 8, págs. 32-42 (hay traducción española de Bustos Ramírez y Yáñez, Santiago de Chile, 1972).

Las consecuencias de la teoría final de la acción son forzosas si se aceptan sus bases, es decir, la, así denominada, "estructura ontológica" de la acción. Si ésta consiste en la dirección final del proceso causal, entonces la participación interna en el suceso externo no pertenecerá al estadio de la culpabilidad, sino al de la acción, pues esta participación es el núcleo mismo de la acción. El banco de prueba de este elemento no es el primer estadio de la imputación, el comportamiento humano (que hemos llamado "acción"), sino el lugar, en la estructura del delito, donde se discute la concreta acción del hecho (matar, estafar, injuriar). Esto, en todo caso, representa para el estadio de la culpabilidad en la estructura del delito una sensible pérdida. Si se traslada el grado de participación interna al tipo, como su parte "subjetiva", en la culpabilidad sólo queda, junto a la capacidad de culpabilidad y las causas de exculpación, una imagen vacía de contenido: la "reprochabilidad" del hecho antijurídico.

Lo que en todo caso ha quedado de la discusión, en torno al concepto de acción, son dos sistemas de estructura del delito. Entre ellos hay que decidirse, tanto si se conocen los problemas básicos en los que se apoyan, como si no se les conoce. Tan correcto es mantener, por razones prácticas (por ejemplo, porque se ha aprendido esta estructura o porque parezca más clara), el sistema final (grados de participación interna en el "tipo subjetivo"), como el sistema causal (grados de participación interna en la "culpabilidad").

El segundo punto discutible se refiere a la cuestión de bajo qué presupuestos puede hacerse a una persona un reproche de culpabilidad y si estos presupuestos se dan en Derecho penal. Ello plantea al mismo tiempo la cuestión de la libertad de voluntad. La cadena de pensamiento parece sin fisuras: contenido del reproche de culpabilidad es siempre la constatación de que el culpable tenía una alternativa al comportamiento que se le ha reprochado, es decir, que podía actuar de un modo distinto. Si no tenía esta alternativa, no hay ningún sustrato, ninguna parte del comportamiento en el tiempo y en el espacio al que pueda reprochársele algo. En consecuencia, debe haber dirigido él mismo el comportamiento que se le reprocha, no puede haber sido dirigido (completamente) por otro. Es decir, debe haber tenido la posibilidad de libre formación de voluntad y actuación libre. Sin libertad de voluntad no hay alternativas de comportamiento y sin alternativas de comportamiento no hay reproche de culpabilidad.

Esta cadena de pensamiento ha inquietado desde siempre a la Ciencia del Derecho penal y la ha impulsado a buscar ayuda en otras

tra parte,
Pocas ve-
a profun-
ra conse-
al. Desde
toda esta
no termi-
a Ciencia
r de una
itu, a una

ultado su
nción en
y con la
claro y
omo pro-
la teoría
cándo la
só su sis-
estructura
ultado de
ana, ni es
humano
determi-

ctura on-
mo plan-
ales obje-
De esta
ra causal,
lades (ac-
si parale-
personal"
to en las
ha podi-

pto de ac-
traducción

ciencias. Especialmente la filosofía, pero también la psicología y la fisiología han sido los consejeros; pero, como era de esperar, han aumentado aún más las confusiones sobre el reproche de culpabilidad en lugar de apartarlas. Por un lado, tampoco están de acuerdo estas Ciencias en lo que respecta al poder personal para actuar de un modo distinto. En segundo lugar, los penalistas han cargado sobre sus espaldas los problemas que siempre lleva consigo la integración de dogmáticas extrañas en el Derecho penal, planteándose las mismas cuestiones que se dan en las Ciencias sociales: se puede discutir que las otras Ciencias tengan algo que decir al respecto ("culpabilidad jurídica no tiene nada que ver con culpabilidad moral"), y quien, menos radicalmente, participa en intentos integradores, se enfrenta con una montaña de dificultades a la hora de traducirlos ("Qué partes de la concepción de la psicología profunda sobre la culpabilidad son aplicables, con qué modificaciones y en qué lugares de la dogmática juricopenal de la culpabilidad").¹¹⁶

La discusión desencadenada en la Ciencia del Derecho penal en torno al reproche de culpabilidad mezcla todos estos problemas de manera confusa. No es por ahora previsible una aclaración y mucho menos una solución; al contrario: actualmente, se caracterizan las tendencias por aumentar el ámbito de los criterios relevantes y aportar nuevos planteamientos críticos y conceptuales a la discusión sobre la culpabilidad, sin haber intentado nunca relacionarlos con los planteamientos discutidos anteriormente.¹¹⁷

Una parte de la discusión se introduce en la siempre inacabada polémica de la antropología filosófica sobre si la persona actúa determinada o indeterminadamente, y si su comportamiento es el resultado de leyes causales o es ella quien dirige estas leyes.¹¹⁸ Para los deterministas su concepción del mundo es un arma en contra del reproche de culpabilidad, pues si la persona está gobernada por sus instintos, miedos y emociones, no tiene la posibilidad de poder actuar de un modo distinto en la situación real de la acción, sino en la cabeza de otros. Los indeterministas aceptan el reto y se remiten a filósofos reconocidos, que igualmente son indeterministas, y a la experiencia según la

116 Ilustrativa es la polémica que, desde un punto de vista psiquiátrico y otro jurídico, han mantenido SCHÖRCHER, *Willensfreiheit*, y BOCKELMANN, *Erwiderung*.

117 Ejemplo de una posición indeterminista JESCHECK, AT, págs. 328-336; ejemplo de una posición determinista DANNER, *Freier Wille*, esp. págs. 67-87.

118 Una visión global de las modernas posiciones filosóficas en POTHART, *Freies Handeln*.

cual toda persona se ve, a diferencia de la naturaleza, como "ser espiritual" dotado de conciencia, que tiene por ejemplo sentimientos de culpa y siente satisfacción por acciones moralmente valiosas. Pero los deterministas sólo esperaban esto. Para ellos la experiencia de la culpabilidad no es más que el resultado de la represión de los instintos a través de la socialización, y el Derecho penal de culpabilidad, un instrumento destacado de represión social y estatal. Pero los deterministas se callan cuando se les plantea la cuestión de cómo se configura o debe configurarse su concepción determinista ante el delito y la reacción al mismo, ante una Política criminal y juridicopenal determinada.

X La polémica entre determinismo e indeterminismo seguirá, pues, eternamente sin decidir, porque realmente no existe. Los oponentes no discuten entre sí, sino conversan y pasean juntos. En la polémica no se emplean argumentos en favor o en contra de la libertad de voluntad, sino que se dan por supuestos. Antes de que comience la polémica ya se ha decidido el problema de la libertad de voluntad. Y la decisión se toma allí donde se busca la respuesta. Quien argumenta empíricamente, alegando, por ejemplo, argumentos como vivencias de libertad o represión de los instintos, jamás podrá fundamentar la libertad; todo lo más podrá discutirla, o — si sus argumentos son lo suficientemente consistentes — limitarla. Ello se debe a que mira el fenómeno de la libertad a través de un microscopio con el que sólo puede ver lo contrario: el mundo de las vinculaciones causales.

Esto lleva a primera vista a la estupenda conclusión, a la que por lo demás estamos inclinados, de admitir la libertad de una persona, tanto más cuanto menos sepamos sobre los impulsos bajo los que actúa. Dicho de otro modo, en este aspecto el progreso de las ciencias empíricas humanas sería el proceso progresivo de la limitación de la libertad: Mientras más factores causales conozcamos que nos muestren una determinada conducta en una determinada situación como condicionada por ellos, tanto menor será el espacio en el que alojar la libertad. Y no es una de las peores formas de defensa penal abrumar al Tribunal con informes periciales sobre la necesidad e imperatividad de los procesos causales que, en última instancia, han "condicionado" el hecho, de tal modo que ya no pueda el juez hablar de libertad y de poder actuar de un modo distinto ante esta batería de conocimientos científicos en pro de la determinabilidad del acusado que precisamente no demuestran el poder actuar de otro modo, sino el tener que actuar de este modo. Bajo el microscopio de la comprobación empírica se encuentran dependencias causales, determinantes

ogía y la
han au-
pabilidad
rdo estas
un modo
sus espal-
de dog-
mas cues-
ir que las
idad juri-
n, menos
con una
tes de la
son apli-
ática juri-

l e torno
anera con-
a solución;
umentar el
os críticos
intentado
ite.¹¹⁷

abada po-
determi-
resultado
determi-
proche de
ntos, mie-
un modo
de otros.
reñoci-
según la

quiátrico y
ANN, Erwi-

s. 328-336;
67-87.
1 POTHART,

y otras cosas más, aunque lo que se busque sea precisamente lo contrario: la libertad de la dependencia causal.

Con la libertad pasa como con la verdad o con la situación ideal para hablar.¹¹⁹ En el mundo de la experiencia sólo hay modos deficientes, mentiras y medias verdades, comunicación más o menos deteriorada. Sin embargo, permanentemente recurrimos a estas condiciones trascendentales de posibilidad y nos referimos a ellas. No es imaginable la vida humana sin recurrir a la libertad de los otros y a mi libertad. La persona sólo puede hablar, pensar, amar o alegrarse porque se siente como dirigente y no sólo como dirigida. Sólo me puede mover a observar y a respetar la dignidad ajena si pienso en su libertad y sé que los demás proceden respecto a mí de la misma manera. Lo que, por tanto, puedo saber, son aproximaciones a la libertad y la referencia de los demás a su y a mi libertad. En Derecho penal sobre lo que habría que discutir es sobre cómo se producen estas aproximaciones a la libertad, y no sobre determinismo o indeterminismo.

La mayor parte de los participantes en la polémica entre determinismo e indeterminismo va poco a poco abandonándola por considerarla inútil o, en todo caso, infructuosa en Derecho penal. Esto dicho superficialmente. En el fondo, es difícil sustraerse a la inexorabilidad de la crítica determinista, o por lo menos no sin sacrificio.

En primer lugar, está el problema de si, una vez aceptado el dato de la "culpabilidad" humana, éste se puede emplear para limitar las consecuencias juridicopenales,¹²⁰ dejando simplemente a un lado su fundamentación. Con ello se pretende evitar la consecuencia, difícilmente comprensible hoy, de que no sólo la pena presupone culpabilidad, sino que también toda culpabilidad exige una pena. A ello se responde que la cuestión de si una culpabilidad dada debe ser castigada, es una decisión politicocriminal que incumbe al legislador y que no viene prejuzgada por el principio de culpabilidad. Pero el argumento es sutil: ¿Cómo no va a estar vinculado el legislador al principio de culpabilidad, si éste es un principio jurídico tan fundamental como se afirma? Y, ¿cómo se puede limitar las consecuencias juridicopenales con un principio que no es susceptible de fundamentación?

119 Cfr. *supra*, págs. 165 y s. y nota 131.

120 Ésta es, por ejemplo, la posición de ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 384. (Cfr. sobre esta posición ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción, introducción y notas de F. Muñoz Conde, Madrid, 1981. (N. del T.)

Con una concepción politicocriminal se puede responder en última instancia satisfactoriamente a estas cuestiones.¹²¹ *Inquietante es el problema de qué es lo que queda como base para un reproche de culpabilidad, si se destruye la fortaleza del indeterminismo tan dañada por los ataques del determinismo.*

Si se rechaza la afirmación de que la persona en el momento de actuar se ha decidido libremente por el delito y que se puede medir y aprehender la diferencia entre decisión real criminal y el poder ideal de actuar de un modo distinto adecuado a la norma, hay que abandonar además otro bastión, el de la pretensión de apoyar el reproche de culpabilidad en el poder individual para actuar de un modo distinto. Efectivamente, nada se sabe sobre las posibilidades individuales en una acción alternativa; tal saber supondría que existe libertad real y que su diferencia con la acción realmente elegida se puede conocer y medir. Consecuentemente, sólo queda como índice para el juicio de culpabilidad un criterio sutil: el poder medio para actuar de un modo distinto.¹²²

Al mismo tiempo que se va abandonando paulatinamente el concepto "psicológico" de culpabilidad, basado en los fenómenos psíquicos empíricos del dolo y la imprudencia, en favor de un concepto "normativo" reducido a puros procesos valorativos,¹²³ se va produciendo también en el criterio del reproche de culpabilidad una "normativización", una reducción progresiva de los sustratos empíricos que hay en la Dogmática de la culpabilidad; un fenómeno realmente sorprendente, si se tiene en cuenta la tendencia que hay en la ciencia del Derecho penal a lo empírico, a la Política criminal y a las ciencias empíricas de la sociedad y del hombre. Quizás un fenómeno que tras el método científico-espiritual de la Dogmática juridicopenal de los años cincuenta y sesenta se venía padeciendo desde hace ya tiempo.

Este fenómeno de la normativización no sólo es sociológicamente interesante, sino también — y esto es lo que aquí interesa — de gran

121 Inmediatamente volveremos a ocuparnos de este problema.

122 Esta es, por ejemplo, la posición de BOCKELMANN, AT, págs. 112-113. También JESCHECK, AT, se decide, a pesar de su posición indeterminista, por la figura del "hombre medio" (cfr. vol. I, pág. 565, de la edición española, Barcelona, 1982).

123 Interesantes las referencias y crítica a esta diferenciación en STRATEN-WERTH, AT, núm. marg. 502-504 (hay traducción española de Gladys Romero, Madrid, 1982). Una evolución histórica de esta diferenciación se encuentra en ACHENBACH, *Schuldlehre*, págs. 56 s., 97-112. *Infra* pág. 293, volveremos a ocuparnos de esta diferenciación.

e lo con-

ción ideal
odos defi-
nos dete-
condicio-
o es ima-
s y a mi
arse por-
ne puede
su liber-
manera.
libertad
ho penal
zen estas
idetermi-

rminismo
i inútil o,
ialmente
determi-

o el dato
mitar las
lado su
1, difícil-
culpabi-
A ello se
ser cas-
islador y
Pero el
sla or al
n funda-
cuencias
ndamen-

n, p. 384.
ho penal,
N. del T.)

importancia, aunque a veces se olvide, para los fundamentos del juicio de culpabilidad juridicopenal. Con el cambio de un criterio individual a uno general en la fundamentación y en la medición del reproche de culpabilidad, no sólo se modifica el instrumental metódico, sino también materialmente la base en la que descansa.

El objeto del reproche de culpabilidad deja de ser un dato evidente y mensurable para convertirse en una construcción. El poder individual de actuar de un modo distinto es una afirmación empírica. El que alguien haya equivocado la posibilidad de comportarse de un modo distinto a como lo ha hecho, supone que tenía fácticamente la posibilidad alternativa. La equivocación individual no se puede demostrar si no se explican y mencionan las posibles alternativas reales que tenía el agente concreto en su concreta situación de acción. La "ventaja" de la normativización consiste exactamente en que se renuncia a explicar y mencionar las posibles alternativas. Pues, naturalmente, no puede decirse que el juez penal que prepara el reproche de culpabilidad tiene que investigar las posibilidades de poder medio para actuar de un modo distinto con la sonda de la explicación empírica y real. El hombre medio, por cuya capacidad se mide al acusado a la hora de reprochársele su culpabilidad, no es un homo, sino un homunculus, una imagen ideal, y sólo en sentido metafísico se le puede considerar como un "fenómeno".¹²⁴

Este cambio facilita, naturalmente, la tarea investigadora y fundamentadora del juez penal y posibilita el reproche de culpabilidad. El criterio del hombre medio, en lugar del real, es la forzosa consecuencia del conocimiento correcto de que con los medios del proceso penal no se puede comprobar las alternativas a la acción que realmente se pueden elegir. En el proceso penal se trata de producir un caso, es decir, un suceso real, con ayuda de los instrumentos de la observación empírica: inspección ocular, testimonios de testigos y de peritos sobre sus observaciones. Las alternativas de acción realmente elegibles, el poder individual de actuar de un modo distinto, no son accesibles, como ya hemos visto, a esta observación; accesibles a ella son sólo los modos deficientes de libertad: sus limitaciones por factores causales. El poder individual de actuar de otro modo es una letra que nunca se podrá pagar en un proceso penal. Por eso, constituye la normativización del criterio del reproche el ejemplo adecuado de los condicionamientos inmodificables en el proceso penal.

¹²⁴ Ya nos hemos ocupado anteriormente, § 19, IV, de un fenómeno similar en el concepto necesitado de complemento valorativo de "buenas costumbres".

Por lo demás, esto coincide con la ley. Con buenas razones, como ya sabemos, el Código penal no exige en ningún momento que se demuestre una alternativa de acción realmente elegible. Al contrario, sigue el modelo que también rige el trato diario de la libertad humana: dar por supuesta la libertad, salvo que se demuestre lo contrario. Las normas legales que se enfrentan con la culpabilidad, no se ocupan de fundamentarla, sino de su exclusión, de exculpación: ausencia (§§ 19, 20) o atenuación de la capacidad de culpabilidad (§ 21), error de prohibición (§ 17), estado de necesidad (§ 35), exceso en la legítima defensa (§33), insoluble colisión de deberes e inexigibilidad del comportamiento conforme a la norma. La ley ofrece al juez en el ámbito de la culpabilidad sólo datos para su búsqueda en la medida en que el juez puede encontrar algo con los medios de que dispone en el proceso penal, pero le exime de buscar lo que empíricamente no se ve. Con más o menos precisión, el juez puede constatar y, en su caso, graduar, si el acusado tenía una idea errónea sobre el derecho, la edad de un niño o una perturbación psíquica patológica, es decir, limitaciones de la libertad. La construcción dogmática de un poder general para actuar de un modo distinto puede ser especificada por el juez con ayuda de la dogmática de la culpabilidad y con ello resolver estos problemas.

No resueltos, sino agudizados quedan estos problemas cuando han sido formulados de forma más precisa. Especialmente dos grandes cuestiones, surgidas de la normativización del criterio del reproche, dominan la controvertida moderna dogmática de la culpabilidad: el contenido del criterio "poder general" y el carácter de reproche del juicio juridicopenal de la culpabilidad.¹²⁵

Mientras se pueda creer en la existencia de un poder individual para actuar de otro modo, el contenido del criterio del reproche no ofrecerá problemas. Dicho reproche no es más que las posibilidades de actuación alternativa, que existían para el concreto acusado en su situación. Estas posibilidades deben ser aclaradas con los medios del proceso penal. Para ello no se precisa una teoría. El dato de que las alternativas individuales no se pueden utilizar como criterio y el cambio a un criterio general sí exigen, en cambio, la estructuración de una teoría que sirva para utilizar este elemento. Esta teoría debe indicar qué es lo que importa a la hora de determinar el "poder general". Sin una teoría que lo concrete este criterio queda vacío y es, por tanto, peli-

125 Como lectura recomendada para lo siguiente cfr. STRATENWERTH, *Zukunft* (hay traducción española de Bacigalupo y Zugaldia, Madrid, 1980).

del juicio individual procho de sino tam-

o evidente
 ler indivi-
 ca. El que
 un modo
 a posibili-
 mostrar si
 se tenía el
 aja" de la
 explicar y
 puede de-
 dad tiene
 ar de un
 . El hom-
 de repro-
 ulus, una
 arar como

y funda-
 ilidad. El
 secuencia
 penal no
 te se pue-
 es decir,
 ión empí-
 sobre sus
 es, el po-
 les como
 los modos
 El poder
 se podrá
 ación del
 amientos

meno simi-
 stumbres".

grosso e inaceptable para el Derecho penal. El juez penal quizá no note esto, porque realmente se ocupa poco de fundamentar la culpabilidad y más bien se basa en la concreción de la exculpación que la ley le ofrece. Pero es evidente que exculpación y fundamentación de la culpabilidad están inseparablemente unidas y que, por tanto, la interpretación de las causas de exculpación forzosamente viene dirigida por las ideas materiales que el intérprete tiene sobre el fundamento de la culpabilidad; piénsese, por ejemplo, en los límites del § 20 StGB y concretamente en el concepto de "otra grave anomalía psíquica".

La moderna dogmática de la culpabilidad busca criterios para precisar el concepto de poder general en un campo próximo: en los fines de la pena.¹²⁶ Evidentemente, los fines de la pena, como teorías que indican la misión que tiene la pena pública, son un medio adecuado para concretar el juicio de culpabilidad. Al dar sentido a la pena, pueden también dársele al juicio de culpabilidad. Una concreción del juicio de culpabilidad desde el punto de vista de los fines de la pena promete, además, una armonización del sistema juridicopenal, un encañamiento material de dos sectores fundamentales, que son objeto hoy de los más graves ataques por parte de los críticos del Derecho penal.

Pero sólo las llamadas teorías "modernas" de la pena pueden venir en consideración como fuente de inspiración, es decir, las teorías de la prevención especial, que ven el sentido de la pena en el mejoramiento del delincuente individual, en su resocialización o socialización, y de la prevención general, que esperan de la amenaza y ejecución de la pena una intimidación de los delincuentes potenciales y, en general, una estabilización de la conciencia normativa social. Sólo estas modernas teorías preventivas dicen algo sobre los fines que la pena debe perseguir; por eso, se las llama también teorías "relativas": referidas a fines.

Las teorías "clásicas" retributivas y expiacionistas son, por el contrario, inidóneas para delimitar el poder general para actuar de un modo distinto y concretar así el juicio de culpabilidad. Son teorías «absolutas»: desvinculadas de cualquier fin. La teoría preventiva especial fracasa si no se consigue la resocialización (los índices de reincidencia siguen y seguirán siendo elevados); la teoría preventiva general también fracasa cuando los

126 Concretando y profundizando ROXIN, Schuld, y JAKOBS, Schuld. (Los trabajos de ROXIN se encuentran recopilados en *Culpabilidad y Prevención en Derecho penal*, cit.). (N. del T.)

delincuentes potenciales, más que por la amenaza penal, se preocupan por la probabilidad de ser descubiertos. La teoría retribucionista no es afectada por esta clase de fracasos, ya que o no espera efectos fácticos de la pena o, en todo caso, no se preocupa por tales efectos. Para la idea del Derecho de esta teoría es suficiente con que el injusto y la culpabilidad sean retribuidos justa, equitativa y proporcionalmente y con que el delincuente expíe (objetivamente) su delito. Con ello se satisfacen las teorías absolutas de la pena.¹²⁷

Según lo dicho, la unión entre el juicio de culpabilidad y los fines de la pena se produce de la siguiente manera. Sólo allí donde el Derecho penal puede esperar la consecución de un fin preventivo (resocialización del delincuente, intimidación de los delincuentes potenciales, estabilización de la conciencia normativa en la población), puede tener sentido reprochar al delincuente una desviación del poder general para actuar de un modo distinto, pronunciar un juicio de culpabilidad. Donde sea previsible que en ningún caso se va a conseguir el fin de la pena, no tiene sentido y es injusto construir índices del poder general, pues estos índices no reflejarían ya la realidad, ni la realidad de este delincuente concreto (posibilidades de resocialización), ni la realidad de otras personas (posibilidades de intimidación y de estabilización de la norma). De este modo, como ya se ha dicho alguna vez,¹²⁸ se pueden explicar y analizar especialmente las causas de exculpación, que la Ley y la Dogmática juridicopenal ofrecen, como consecuencias de una comprensión de la culpabilidad basada en los fines preventivos de la pena.

Tras esta concepción está algo más importante que el encomiable esfuerzo de elaborar criterios del poder general para actuar de un modo distinto y concretar así el juicio de culpabilidad. En tanto lo concretan de este modo, le quitan, al mismo tiempo, una buena parte de su anterior carácter. Esto se refleja ya en la façon de parler: "responsabilidad" en lugar de "culpabilidad". Frente al tradicional carácter estigmatizante del juicio juridicopenal de culpabilidad, se alega ahora la racionalidad de una meditada persecución de fines. El juicio de culpabilidad no expresa ya que el autor "se ha pasado", sino, sobre todo, que hay que hacer algo lógico con él, mientras cumple su pena

127 Más adelante, *infra*, §§ 25 a 27, volveremos a ocuparnos del problema de las teorías de la pena. Ahora se puede ya producir la relación y volver después al problema del juicio de culpabilidad.

128 Cfr. aquí ROXIN, *Schuld*, esp. págs. 182 y ss., y el mismo, *Diskussion*, esp. págs. 282 y ss. (Versión española en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, introducción, traduc. y notas de Muñoz Conde, Madrid, 1980.) (N. del T.)

quizá no la culpa-
ón que la
tación de
tanto, la
iene diri-
el funda-
ímites del
anomalía

para pre-
n los fines
orías que
adecuado
pena, pue-
rección del
de ● pena
ial, un en-
son objeto
el Derecho

eden venir
orías de la
joramiento
ción, y de
ción de la
n general,
estas mo-
pena debe
: referidas

el ● trario,
do distinto
utas": des-
isa si no se
y seguirán
cuando los

Schuld. (Los
evención en

(resocialización), o que la pena que se le ha impuesto tenga un sentido razonable para los demás (intimidación, estabilización normativa).

Estas concepciones concuerdan con su época. No por casualidad se apoyan sus tesis más amplias en la teoría funcional sistemática de LUHMANN, de la que ya nos hemos ocupado.¹²⁹ El juicio de culpabilidad se adapta así con bastante plenitud a todo el sistema juridicopenal, convirtiéndose realmente en un "subsistema" y desempeñando este rol frente a las metas que el Derecho penal pretende conseguir. Estas metas, los fines de la pena, sólo son admisibles en la medida en que reflejan la racionalidad de nuestra cultura jurídica y están dirigidas a resultados empíricamente comprobables, es decir, en la medida en que son preventivas; el fin retributivo (¿antiguo?) queda fuera.

Se puede preguntar si con ello no se ha concedido demasiado a lo moderno. Recordemos las palabras de FRANZ V. LISZT que calificaba al Derecho penal de "Magna Charta del delincuente" y de "barrera infranqueable de la Política Criminal" y analicémoslas con mayor detenimiento. Tras ellas se encuentra la idea de que se garantiza al delincuente algo que puede invocar con éxito frente al poder punitivo del Estado. El Derecho penal sólo puede ser "Magna Charta" si sus límites realmente no pueden ser franqueados por la Política criminal. Las dos determinaciones están, por tanto, forzosamente unidas. Traducido al lenguaje de la teoría de los sistemas, esto quiere decir que V. LISZT pone al Derecho penal y a la Política criminal en una relación disfuncional: el Derecho penal no tiene que adaptarse a la Política criminal, ni puede convertirse en su subsistema (funcional), sino que tiene que oponerse a ella, frenándola e incluso, en caso necesario, obstaculizándola. Ello es consecuencia de una concepción de la Política y del Derecho en la que los poderes están divididos y que es característica del Estado de Derecho. Si el Derecho penal no cumple su misión de barrera entre el delincuente y la Política criminal, si se convierte, por tanto, en funcional para la Política criminal y se inserta en sus fines, el delincuente queda enfrentado sin protección formal al interés politicocriminal, que pretenderá corregirlo y tratarlo e intimidar a los demás a través de su persona. El Derecho penal es la única protección que el delincuente tiene, no sólo frente al interés politicocriminal, sino también frente a las víctimas y a todos aquellos que se sienten víctimas. Esta protección es tanto más necesaria, cuanto que el delincuente no puede (¿todavía?) expresarse política y conflictivamente como los consejos de fábricas, los albañiles o los ecologistas.

Una de las metas políticas más importantes es precisamente la de hacer realidad que este límite no sea franqueado por nadie.

Los conceptos que, por razones preventivas, desarrollan el criterio del poder general para actuar de otro modo, corren el peligro de hacer franqueable el Derecho penal a la Política criminal.

Este peligro se dio ya con el concepto normativo de culpabilidad,¹³⁰ que privó al Derecho penal del arma que lo convertía en un adversario potente y mordaz frente al interés politicocriminal en el sector de la culpabilidad: el sustrato psíquico empírico, sobre cuya presencia o ausencia no se podía pasar de largo "valorativamente" y que el interés politicocriminal tiene que elaborar hasta el posible fracaso. El concepto normativo de culpabilidad ni frena, ni obstaculiza ya a nadie con sus confusos y difusos criterios y, en todo caso, no limita el potente interés politicocriminal en el tratamiento y la intimidación.

Un último dato, demostrativo de la potencia del Derecho penal para frenar la intervención del interés politicocriminal en la persona del delincuente, lo ofrecen los casos en los que es evidente la necesidad de tratamiento del delincuente, pero su "culpabilidad" es escasa, con lo que apenas hay tiempo durante el cumplimiento de la pena de llevarlo a cabo; son los casos de los delincuentes por tendencia que cometen delitos de escasa gravedad. Desde que se suprimió el establecimiento de trabajo,¹³¹ estos casos que llegan a los jueces inferiores ponen de relieve el conflicto que V. LISZT planteó entre Derecho penal y Política criminal (). El camino correcto para resolverlo, como*

130 Ya hemos caracterizado brevemente, *supra*, pág. 286, el contraste entre concepto normativo y psicológico de culpabilidad.

131 Hasta 1969 el juez penal tenía la posibilidad legal (§ 42, a, núm. 3 StGB, anterior redacción) de imponer a los delincuentes habituales de delitos de escasa gravedad el internamiento en una "casa de trabajo", tras el cumplimiento de la pena, satisfaciendo así el interés politicocriminal en controlar a esta gente y en defender a la sociedad de ella con una medida, ya que no se podía hacer otra cosa con el concepto de culpabilidad. Afortunadamente, el legislador ha suprimido esta medida teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, dejando en tales casos al juez penal ante el conflicto citado en el texto.

* En el Derecho penal español se ha producido un progresivo debilitamiento de la reacción penal frente al delincuente habitual. Y ello es comprensible porque la principal forma de reacción era la agravación e incluso exasperación de la pena con la agravante de reincidencia. La crisis de esta agravación, insostenible, como ha demostrado MR PUG, *La reincidencia*, Barcelona, 1974, desde cualquier punto de vista, ha llevado a intentar solucionar el problema, por lo menos en el plano de *lege ferenda*, en el terreno de las medidas (cfr. art. 150 del Proyecto de 1980 y art. 100 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983), pero dejando a un lado el principio vicarial y admitiendo la imposición conjunta, para su cumpli-

un senti-
rmativa).
asualidad
nática de
pabilidad
licopenal,
lo este rol
uir. Estas
la en que
irigidias a
vedida en
ra.
siado a lo
calificaba
"barrera
mayor de-
1 d. delin-
nitivo del
si sus li-
criminal.
idas. Tra-
decir que
una rela-
a la Polí-
mal), sino
necesario,
de la Po-
y que es
io cumple
inal, si se
se inserta
ón formal
rlo de inti-
enal es la
al interés
s aquellos
ia, cuanto
y conflic-
cologistas.

ya indicó VON LISZT, consiste en comprender y sostener que no se puede resolver en el plano del Derecho penal, que el interés político-criminal en mantener detenida a la gente que con toda probabilidad buscará nuevas víctimas, fracasa en el "Derecho penal".¹³²

Por último, debe tenerse en cuenta que el legislador mira con agrado la tendencia de rebajar los límites del Derecho penal en favor de la Política criminal, al recargar incluso al juez, que tiene que vigilar esos límites, con la persecución de fines politicocriminales; así, por ejemplo, amplía los marcos penales de los tipos delictivos, ofrece al juez diversas posibilidades de sobrepasar el proceso,¹³³ de reservarse la pena¹³⁴ o de dispensarla,¹³⁵ o incluso le exige la "defensa del Ordenamiento jurídico", sin decirle detalladamente cómo tiene que hacerlo.¹³⁶⁻¹³⁷

A estas tendencias modernas corresponde también el intento de concretar el concepto de culpabilidad desde el punto de vista de los fines de la pena y darle una directriz. Esta directriz es político-criminal y en ella se encuentran todos los intereses politicocriminales que el Derecho penal tenía propiamente que limitar. Es evidente el peligro de que esta concepción de la culpabilidad vaya todavía más

miento sucesivo, de la pena y de la medida de internamiento en un centro de terapia social. Con ello, se introduce en el fondo el mismo criterio agravatorio de prolongación de la pena que se consigue con la agravante de reincidencia. De todos modos hay que reconocer que razones preventivas, generales y especiales, exigen un tratamiento diferenciado de la delincuencia habitual que difícilmente se puede llevar a cabo en el terreno de la pena, pero ello no debería excluir a estos delincuentes del sistema vicarial. (N. del T.)

132 Conviene recordar que el contraste entre "Política criminal" y "Derecho penal", tal como lo formuló V. LISZT y tal como se acoge en el texto, ni es forzoso, ni tampoco moderno. Es posible e incluso hoy frecuente utilizar un concepto más abstracto de Política criminal, que está por encima del contraste planteado por LISZT y que no se oponga al "Derecho penal", sino que elabore la discusión dentro de sí. Para mayor información HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, páginas 133-142.

133 Cfr. §153, a, StPO.

134 Cfr. §§ 59 y 59 a, StGB.

135 Cfr. § 60 StGB.

136 Cfr. §§ 47 y 56, III, StGB y piénsese qué alternativas decisorias se favorecen con la referencia a la "defensa del Orden jurídico" y cuáles no. Para el interesado en la evolución de este concepto y en su problemática es interesante leer el libro (surgido de un seminario sobre este concepto) de NAUCKE y otros, *Verteidigung der Rechtsordnung*. Más adelante, *infra*, pág. 371, nos volveremos a ocupar de este concepto.

137 Lo que puede tener consecuencias para el sistema del hecho punible en su totalidad, cfr. al respecto *infra*, § 22, VI.

allá de la problemática del concepto normativo de culpabilidad. Si este último había abierto el ámbito de la culpabilidad, hasta cierto punto a regañadientes y no sin oposición, a las valoraciones que también dejaban entrar intereses politicocriminales, en la dogmática de la culpabilidad, concebida desde los fines de la pena, se produjo una invitación formal a la Política criminal para que invadiese el ámbito del Derecho penal e incluso no respetase eventualmente los límites existentes.

Sin embargo, aún no se ha dicho la última palabra en esta concepción y es de esperar que pueda elaborar y tomar sobre sí el conflicto entre Derecho penal y Política criminal. Una cuestión completamente diferente es si tal concepción deja algo de lo que propiamente es el reproche de culpabilidad que se hace al autor. Evidentemente no demasiado.¹³⁸

El regreso a un poder general de actuar de otro modo (normativización del criterio de culpabilidad) ha cuestionado por su parte ya la posibilidad de un reproche de culpabilidad frente al autor. La concepción de la dogmática de culpabilidad orientada en los fines de la pena, es sólo la inclusión de este interrogante en el edificio conceptual e ideal de una Ciencia moderna del Derecho penal, orientada e interesada en la Política criminal.

¿Qué es lo que realmente se reprocha al delincuente cuando se constata que no ha cumplido los criterios del "poder general" y se ha comportado de manera diferente al "hombre medio"? En un diálogo socrático este delincuente respondería que es trivial decir que una persona real se diferencia de una "persona media" y que no se puede ver en esta diferencia un reproche. Se le podría objetar que esta diferencia es sólo en lo negativo, en lo contrario al valor, y que es grande. Pero seguro que respondería que efectivamente él ve también esta diferencia y que la deplora, pero que le gustaría saber por qué se le reprocha esta diferencia, qué culpa tiene él, qué hubiera debido hacer realmente. ¿Qué se le puede responder? Si nada se sabe sobre el poder individual para actuar de otro modo, y sólo se puede operar con el "hombre medio", honestamente no se le podrá responder otra

138 El texto repite, con algunas precisiones, las ideas mantenidas ya en ELLSCHEID-HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*. Esta concepción ha sido criticada por ARTHUR KAUFMANN, *Verhältnismässigkeitsgrundsatz*; se recomienda, pues, leer también esta crítica. (Un resumen de las ideas expuestas en el texto puede verse también en HASSEMER, *¿Alternativas del principio de culpabilidad?*, en "Cuadernos de Política Criminal", núm. 18, 1982, publicado también en "Doctrina Penal", año 5, núm. 18, abril-junio 1982, traducción de Muñoz Conde. (N. del T.)

cosa que esto: lo que tú hubieras debido hacer, no lo sabemos. Tampoco sabemos, pues, si tú eres responsable de la diferencia. Pero para el tipo de reproche que hacemos, no tenemos ninguna necesidad de saber todo esto. Para ello es suficiente la diferencia con el "hombre medio" que hemos medido con precisión. El hombre real considerará este reproche como un reproche raro, quizá como un "reproche forense". En la vida cotidiana este hombre está efectivamente acostumbrado a considerar como inmorales reproches de esta clase y a contestar algo así: tú no tienes ni idea de lo que a mí me pasa y qué es lo que ocurre en mi interior; mejor sería que dejaras de juzgar precipitadamente.

Pero en el proceso penal, como ya hemos visto, las cosas suceden de un modo distinto a como suceden en la vida cotidiana socrática. Los datos, que el juez recibe de la ley material y de la dogmática de la culpabilidad, le ordenan por buenas razones terminar exactamente en el lugar en el que también el texto ha terminado el diálogo: el poder individual para actuar de un modo distinto no se puede investigar en el proceso penal, ni siquiera con un acusado dispuesto al diálogo. El juez penal que haya estudiado la dogmática de la culpabilidad orientada en los fines de la pena, terminará ya antes. Su problema central no es la comprobación orientada en el pasado de las diferencias de comportamiento; su programa es la investigación orientada en el futuro de las posibilidades de prevención y el acoplamiento de culpabilidad y pena en este concepto empírico; los temas que aquí se han discutido están al margen de su interés.

El reproche juridicopenal es, pues, un reproche de especial naturaleza. Las bases de conocimiento y comprensión en las que puede apoyarse para su justificación son sistemáticamente reducidas frente a las posibilidades de acción cotidiana. Las personas aprenden a ser cuidadosas en los reproches a otras, o dejarlos en suspenso, si se han hecho, a la espera de más datos, porque nunca se puede conocer a las otras personas con tal exactitud como para formular contra ellas un reproche definitivo. Pero el Derecho penal se comporta de otra manera. Ciertamente, la base de legitimación de sus reproches culpabilistas son estrechas; pero ello no le impide, sin embargo, formular un reproche o incluso darle todavía una mayor consistencia: declararlo "firme" con carácter de cosa juzgada e inscribirlo en el Registro de penados (aunque esto último tenga la sabia cualidad de ser temporal).¹³⁹

139 El § 43, I y II de la BZAG, dice: "I. Tras el transcurso de un determinado plazo se cancelarán las inscripciones de condenas. II. Una inscripción que deba ser cancelada lo será definitivamente una vez transcurridos seis meses a par-

Del mismo modo que hay una "verdad forense", puede haber también un "reproche forense" — el término es lo de menos, si se sabe con claridad qué es lo que se califica con él —. Aquí no vamos a discutir sobre si el concepto de "reproche" debe ser expulsado de la dogmática de la culpabilidad (y sustituido por términos como "responsabilidad"). En relación con este problema sólo vamos a exponer algunas reflexiones y cuestiones que están estrechamente relacionadas con los fundamentos del Derecho penal.

El hecho de que se haga al condenado un reproche es el fundamento de una de las más importantes instituciones de nuestro sistema juridicopenal: el dualismo. El dualismo significa que, desde que en 1933 fueron introducidas en el Código penal alemán las medidas de seguridad y corrección,¹⁴⁰ las consecuencias juridicopenales tienen una doble vía: la pena, que supone culpabilidad (y reproche), y las medidas que suponen un peligro específico del delincuente.¹⁴¹ "Culpabilidad" y "peligrosidad" son las dos cualidades distintivas del delincuente en las que se basa nuestro sistema dualista de consecuencias juridicopenales. Si se elimina el reproche de culpabilidad, queda amenazada la clara diferenciación de este sistema y la posibilidad de imponer una pena; en última instancia se amenaza la idea de un aparato tecnocrático con el que doblegar al delincuente o, si ello no es posible, mantenerle en silencio.

Estos temores son exagerados. En la praxis no existe esta diferenciación tan marcada entre penas y medidas, y paralelamente va produciéndose una evolución que conduce a una oferta cada vez mayor de medidas adecuadas y a un mejoramiento y diferenciación del sistema de ejecución de la pena. El sistema penitenciario y el de ejecución de las medidas vienen haciendo ya tiempo aproximándose.¹⁴² Las posibilidades de tratamiento en el establecimiento penitenciario incorporan los fines de las medidas; las diferencias

del momento de la cancelación. Durante ese tiempo no podrá darse información sobre la inscripción (*).

(*) El régimen para la cancelación de antecedentes penales que ofrece el artículo 118 del Código penal español difiere bastante del sistema alemán, para una mayor información, cfr. GROSSO GALVÁN, *Los antecedentes penales*, Barcelona, 1983. (N. del T.)

140 Fueron introducidas por ley de 24-11-1933, Ley del delincuente habitual, aunque no se apoya en las concepciones jurídicas del nacional socialismo, sino en las de la República de Weimar; se contenían ya en el Proyecto de 1930 (§ 55 ss.).

141 Cfr. § 61 StGB.

142 Para más detalles e información sobre esto y lo que sigue, cfr. MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen*, págs. 67-79.

entre el sistema de ejecución de las medidas y el de ejecución de las penas son menores que las existentes entre los distintos establecimientos penitenciarios. Tan pronto como se introduzcan de un modo general los establecimientos de terapia social,¹⁴³ se hará más estrecha la relación entre el sistema de penas y el de medidas. El legislador ha estrechado aún más esta relación con el principio "vicarial", que ordena que la ejecución de una medida de seguridad y corrección se cumpla antes que la pena y se compute el tiempo de duración de la medida en el de la pena (es decir, ejecución de la medida en lugar de la ejecución de la pena):¹⁴⁴ la clara separación entre culpabilidad y peligrosidad, entre pena y medida procede de un Derecho penal dominado por el fin vacío de la retribución en lugar de por los intereses materiales preventivos y desconocedor todavía de un sistema diferenciado de ejecución de la pena y de la medida.

Ante la evolución alcanzada hoy en el sistema de ejecución de las penas y medidas, la gran tarea juridicoconstitucional y politicocriminal no consiste en reactivar el contraste entre culpabilidad y peligrosidad, sino en el desarrollo de instrumentos que, por un lado, determinen que se imponga al delincuente una consecuencia juridicopenal que sea una respuesta lo más precisa posible a su hecho y a su personalidad y que, por otro lado, garanticen que el delincuente, tanto en el ámbito de las medidas, como en el de las penas, quede protegido en sus derechos ante intervenciones desproporcionadas. Ante esta tarea la distinción entre penas y medidas es de importancia secundaria ().*

En ningún caso puede decirse que esta tarea esté resuelta o haya sido tomada en serio. La Ciencia del Derecho penitenciario es joven, el interés de la Ciencia del Derecho penal en las consecuencias juridicopenales está todavía a la sombra del interés en los presupuestos de

143 Cfr. § 65 StGB y allí se verá que en una nota a pie de página se dice que el precepto entrará en vigor el 1-1-1985.

144 Cfr. § 67 StGB.

(*) La situación en el Derecho penal español, vigente todavía la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, no se puede decir que sea muy halagüeña, pues, a diferencia de lo que se dice en el texto, la simple peligrosidad social puede ser ya motivo de reacción juridicopenal, medida predelictual, que puede ser ejecutada después de la pena. Respecto a los semiimputables la situación ha cambiado con la reforma de 25 junio 1983, ya que se introduce el sistema vicarial (cfr. art. 9.º, 1.º) y es previsible que esta evolución se consolide en el futuro, ya que ésta es la línea que siguen el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Para más detalles, cfr. MUÑOZ CONDE, *Monismo y Dualismo en Derecho penal*, en "Estudios de Derecho penal", edit. de Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1983 (también en GA, 1984); QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1984, 2.ª ed., págs. 79 y s. (N. del T.)

la penalidad; las relaciones entre Derecho penal y Derecho constitucional, en lo que atañe a la sintonización de la evolución científica, son más bien movedizas, en gran parte no existe el necesario conocimiento empírico que exige esta tarea.¹⁴⁵ Pero una cosa es ya previsible: el hecho de que el Derecho penal siga formulando un reproche de culpabilidad, no sólo no facilita su solución, sino que la dificulta.

El reproche de culpabilidad desvía la atención. Desvía la atención de las importantes limitaciones a las que necesariamente está sometido y que lo convierten en un fenómeno "forense". Como se ha visto, la reflexión juridicopenal sobre las posibilidades de un reproche de culpabilidad exige ya relevante paciencia, esfuerzo y capacidad de diferenciación antes de ver lo que propiamente puede ser el contenido de tal reproche, y mucho más hay que decir en relación con la opinión pública que el Derecho penal quiere y debe reflejar. La opinión pública entenderá el "reproche" juridicopenal como el "reproche" de la vida cotidiana, es decir, de un modo excesivamente amplio. El sistema juridicopenal no puede darse por satisfecho formulando exigencias al autor del delito que se derivan de la categoría del "poder general para actuar de otro modo"; tiene que preocuparse de si el uso del término "reproche" para el profano no insinúa otra cosa distinta, es decir, el poder individual para actuar de otro modo.

El reproche de culpabilidad desvía la atención del hecho cada vez más conocido de que el delito nunca es sólo obra del individuo, sino el resultado de un conjunto de factores internos y externos, que van desde la evolución de las cotas de desempleo hasta las alteraciones habidas en la niñez en las relaciones maternofiliales. Hemos visto que el Derecho penal no puede renunciar a imputar subjetivamente el comportamiento antijurídico,¹⁴⁶ a hacer responder al sujeto individual de "su" hecho. Pero de aquí no se deduce, al mismo tiempo, que tenga que profundizar aún más esta imputación con un reproche, que sólo de forma general puede ser formulado. No sin razón ha hecho notar la llamada "teoría del chivo expiatorio" un peligroso mecanismo psicosocial que "depura" los diversos factores intervinientes en un delito, vinculándolo a un individuo en el que solamente se exterioriza un problema que es de todos.¹⁴⁷ la competitividad agresiva de la sociedad

145 El especialmente interesado encontrará en el libro de MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen*, una profusión de informaciones y sugerencias, que impulsarán la discusión.

146 Cfr. *supra*, págs. 272 ss., págs. 275 ss.

147 La "teoría del chivo expiatorio" se encuentra expresamente en MECHLER, *Sündenbock*, y OSTERMEYER, *Sündenbockprojektion*. Exposición de conjunto

las penas
s peniten-
estableci-
e el siste-
más esta
n de una
se compu-
ejecución
separación
de un De-
de por los
tema dife-

ón de las
ticocrimi-
| peligro-
un lado,
ju. dico-
ho y a su
ente, tan-
de prote-
las. Ante
ancia se-

ta o haya
es joven,
ias juridi-
uestos de

ina se dice

la Ley de
hal. niña,
ocial puede
de ser eje-
n ha cam-
na vicarial
futuro, ya
nteproyec-
o en Dere-
r, Santiago
IOZ CONDE,
del T.)

del trabajo y las formas de convivencia braquiales del "broken home". Si ya una cultura más diferenciada y sensible se esfuerza por dejar en suspenso reproches para seguir haciendo posible la convivencia humana aunque se produzcan agresiones entre las personas, el sistema juridicopenal no debería obstaculizar esta evolución, sino apoyarla con sus medios. El Derecho penal no necesita la profundización moral de la imputación subjetiva para conseguir sus fines y justificar su actuación, más bien sucede lo contrario.

La justificación de la consecuencia juridicopenal no se deriva de la culpabilidad reprochable del delincuente, sino de la misión del Derecho penal como institución social y estatal; la "culpabilidad" del autor del delito, es decir, la imputabilidad subjetiva, no es el fundamento, sino sólo un medio para limitar la consecuencia juridicopenal. Una frase patética hace ya tiempo que recorre la bibliografía juridicopenal: la pena es una "amarga necesidad". Esta frase hay que tomársela en serio. Traducida a un lenguaje más preciso, significa que el origen y fundamento de la actividad juridicopenal no es que una persona sea culpable, sino más bien que se ha producido un conflicto que no puede elaborarse con medios menos intensivos que los del Derecho penal. La justificación eticosocial de la consecuencia juridicopenal no reside en el ámbito individual — en la "culpabilidad" de un individuo —, sino siempre en el ámbito social. Por eso, el sistema juridicopenal, regido por sus normas juridicomateriales y juridicoprocesales, renuncia con razón, incluso en casos de grave culpabilidad humana, a intervenir cuando el conflicto surgido por un acto culpable no tiene relevancia social; piénsese, por ejemplo, en los defectos educativos o en las "mentiras vitales" que se dan en las relaciones íntimas. La Administración de Justicia se justifica por la formalización de la elaboración del conflicto, es decir, por su capacidad para desarrollar y elaborar graves conflictos intrapersonales con una tranquilidad relativa, con distanciamiento y garantizando los derechos de los protagonistas. La "culpabilidad" de estos protagonistas sólo la necesita la Administración de Justicia como límite de la imputación subjetiva, no como fundamento de su actuación.

La proporcionalidad de la consecuencia juridicopenal sigue siendo un problema sin resolver, pero no porque se renuncie al reproche de culpabilidad, sino porque no hay una teoría de la pena y las medidas (todavía) que pueda poner en una relación mensurable la gravedad del

sobre los modernos planteamientos psicosociales sobre la "sociedad punitiva" en STRENG, Schuld.

hecho y la intensidad de la sanción. Tal teoría tendría que hacer declaraciones estimables sobre la intensidad de la lesión al bien jurídico, la jerarquía graduable de los bienes jurídicos (vida, salud, propiedad, etc.), los grados normativos de los estadios de la participación interna en el suceso externo (dolo, imprudencia), receptividad y sensibilidad a la pena del condenado; y tendría que hacer corregibles estas declaraciones, porque precisamente estos contenidos están sometidos al cambio histórico continuo (aunque difícilmente mensurable). El reproche de culpabilidad mismo no aporta nada a la evolución de tal teoría y tampoco asegura la proporcionalidad de la consecuencia juridicopenal.

En tanto no se tenga un conocimiento más acabado de la gravedad del hecho (externa e internamente) y de los efectos de la consecuencia juridicopenal, no queda otra cosa que trabajar y afinar los criterios diferenciados de proporcionalidad, que el Derecho positivo ofrece con amplitud y que ya hemos considerado.¹⁴⁸ Por lo demás, el legislador ha abierto ya con sus preceptos sobre culpabilidad un camino transitable para la teoría del Derecho penal. Se ha preocupado de que a nadie se le pueda imputar subjetivamente un hecho en el que no haya participado con conocimiento normativo (§ 17 StGB), con participación interna (§ 18 StGB: por lo menos imprudentemente), con posibilidad de conocimiento y dirección (§§ 19 y 20 StGB), en situación de conflicto de deberes o de no exigibilidad de actuación conforme a la norma (§ 35 StGB y las ampliaciones juridicodogmáticas basadas en él); en la práctica no hay que preocuparse, pues, de que alguien sea hecho responsable de un hecho por el que "nada podía"; "culpabilidad" para los penalistas que así trabajan no es más que la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.¹⁴⁹

V. CAUSAS PERSONALES DE ANULACIÓN Y DE EXCLUSIÓN DE LA PENA. PRESUPUESTOS PROCESALES Y OBSTÁCULOS A LA PENA

Con la comprobación de la culpabilidad en la estructura del delito queda valorado el comportamiento humano completamente, tanto en su aspecto objetivo, como subjetivo. Se ha culminado así la consideración juridicopenal. Con los criterios de la punibilidad se ha ido imputando, en pasos progresivos, un hecho a su autor y en cada uno de los estadios de imputación se ha discutido críticamente y con diversos

148 Cfr. *supra*, págs. 278 y ss.

149 Cfr. también STRATENWERTH, AT, núm. marg. 29.

criterios la responsabilidad de una persona por su conducta. Propiamente, con la imputación subjetiva debería terminar la comprobación juridicopenal en la estructura del delito.

Que, sin embargo, aún no ha terminado y que, por lo menos,¹⁵⁰ hay dos estadios más de comprobación, representa un nivel determinado del Derecho penal material y formal y no es, como los anteriores estadios de comprobación de imputación, elemento integrante necesario de toda estructura del delito. En los dos últimos estadios de la estructura del delito se expresa la voluntad del legislador penal de no reaccionar con pena ante cualquier comportamiento culpable, reservándose la decisión de si tiene sentido imponer una pena en todos los casos en que se dé un comportamiento culpable. Los estadios en los que se discuten las causas personales de exclusión y de anulación de la pena, los presupuestos procesales y los obstáculos a la pena, describen grupos de casos en los cuales el legislador — a pesar de existir un comportamiento antijurídico y culpable — considera conveniente renunciar a la pena o incluso prescindir de la iniciación de un proceso penal. Estos grupos de casos se basan en *decisiones politicocriminales*, en las que se puede estudiar bien el clima de un Ordenamiento juridicopenal. Al mismo tiempo, son una prueba de que la frase *nulla poena sine culpa* no es igualmente válida a la inversa, ya que, entre la culpabilidad y la consecuencia juridicopenal, existe un estadio reservado a la decisión politicocriminal.

Las consideraciones politicocriminales que inciden en este estadio son diversas. Así, por ejemplo, tras la *indemnidad de los diputados*¹⁵¹ como causa personal de exclusión de la pena,¹⁵² está el interés de alejar del Derecho penal las discusiones parlamentarias — no las electorales —. Y para la causa personal de anulación de la pena contenida en el § 24 StGB¹⁵³ vienen en consideración tres posibles explicaciones: o el legislador quería

150 Además de las causas personales de anulación y de exclusión de la pena y de los presupuestos procesales y obstáculos de la pena que aquí se incluyen en la estructura del delito, se excluyen también expresamente alguna vez del sistema del hecho punible las condiciones objetivas de punibilidad (cfr. *supra*, página 236). Esto se justifica porque, al ser elementos independientes de la culpabilidad, tienen un carácter especial. Sin embargo, no existe inconveniente en considerarlas como elementos de la tipicidad, ya que en el fondo pertenecen a ella.

151 Cfr. § 36 StGB, art. 46, I, GG.

152 Las causas de exclusión de la pena se distinguen de las causas de anulación simplemente porque las primeras se dan en el momento de cometerse el delito, y las segundas sólo surgen cuando el delito se ha cometido y luego se anula la penalidad.

153 Cfr. también §§ 31, 159 StGB, y compárense con el § 310 StGB.

ofrecer al delincuente un "puente de plata" para que regrese a la vida ordenada, antes de que su intento derive en algo peor (teoría politicocriminal); o quería premiar al que desiste de consumir el delito por haber anulado con ello la "conmoción jurídica" que despertó su hecho (teoría premial o de la gracia); o ha comprendido que en estos casos de desistimiento de la tentativa no son necesarios ninguno de los fines de la pena (teoría de los fines de la pena).¹⁵⁴ (*)

También puede considerarse como causa de anulación de la pena, y como obstáculo procesal, la *prescripción de la pena*.¹⁵⁵ La consideración como una u otra figura depende de si (desde el punto de vista juridicomaterial) se argumenta con la anulación de la necesidad de pena tras el paso del tiempo, o (desde el punto de vista juridicoprocesal) con razones derivadas de las dificultades probatorias y por ello, al mismo tiempo, con que aumente el peligro de error judicial.

Una clara naturaleza de presupuesto procesal tiene, en cambio, la querrela en los *delitos perseguibles a instancia de parte*.¹⁵⁶ La valoración legal de la relevancia social de los conflictos humanos es su fundamento. La ley parte en estos delitos de que es la víctima quien debe decidir si se persiguen penalmente. La razón de éste — en sí extraño a nuestro pensamiento juridicopenal —¹⁵⁷ poder de configuración de la víctima se puede ver en que, en estos casos, el conflicto se limita a sus protagonistas directos: autor y víctima, siendo mejor dejarlo en este ámbito, bien porque el Derecho penal con su tosco instrumental perturbaría con su intervención aún más las relaciones existentes,¹⁵⁸ bien porque el proceso penal puede incluso aumentar en lugar de disminuir el dolor de la víctima, abriendo de nuevo las heridas que ya estaban cerradas.¹⁵⁹ Hay, finalmente, un tercer grupo de delitos perseguibles a instancia de parte,¹⁶⁰ en los que su relevancia social es tan escasa que el legislador deja que sea la propia víctima la que, en ca-

154 Cfr. JESCHECK, *AT*, págs. 435-437, con mayor extensión y amplias referencias.

* Sobre el fundamento teórico y la situación sistemática de la impunidad por desistimiento voluntario de consumir el delito, cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1972. (Hay también versión alemana publicada en *ZStW*, tomo 84, 1973.) (*N. del T.*)

155 Cfr. § 78 StGB y compárese con la prescripción de la pena del § 79 del mismo cuerpo legal.

156 Cfr. § 77 StGB.

157 Cfr. *supra*, § 11.

158 Cfr. §§ 247, 294 StGB.

159 Cfr. §§ 182, II, 238, I, StGB.

160 Cfr. §§ 123, III, 194, 248, a, StGB.

a. Propia-
probación

os,¹⁵⁰ hay
terminado
ores esta-
necesario
la estruc-
no reac-
servándos-
los casos
os que se
la pena,
describen
existir un
niente re-
n proceso
riminales,
ento juri-
ase *nulla*
entre la
dio reser-

stadio son
s¹⁵¹ como
r del De-
-. Y para
f StGB¹⁵³
lor quería

de la pena
e incluyen
rez el sis-
supra, pá-
la culpa-
eniente en
ocen a ella.

as de anu-
meterse el
y luego se

GB.

sos excepcionales, se ocupe de invocar para su castigo la ayuda de la Administración de Justicia.

VI. OTRAS CAUSAS DE RENUNCIA A LA PENA

Si se sigue la tendencia de nuestra legislación penal¹⁶¹ de aumentar los márgenes de decisión del juez penal, podría ser lógico añadirle todavía un estadio más a la estructura del delito, para incluir las causas que hacen que el *proceso penal pueda ser sobreseído sin condena, se reserve la condena a una pena determinada o se renuncie a la pena*. A través de estos modernos instrumentos legales, se realiza una profunda transformación de las relaciones entre juez penal y legislador en nuestro sistema juridicopenal, un debilitamiento de la vinculación a la voluntad legal previamente dada y una creciente importancia de los jueces inferiores en la elaboración de la criminalidad. Estos instrumentos tienen, por tanto, un carácter general — y consecuentemente tienen importancia para el sistema del delito — y al plantear al juez el problema de si, una vez comprobados todos los estadios de la estructura del delito, el proceso puede terminar sin una condena penal.¹⁶²

Si hubiera que establecer una categoría (provisionalmente última) de la estructura del delito, ésta se distinguiría y caracterizaría de las demás en que en ella el juez penal tiene que aportar lo que el legislador tradicionalmente se reserva: *Política criminal* (aunque en un marco más pequeño). Las condiciones de partida de las normas del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que aquí se cuestionan, se formulan con una *vaguedad* apenas conocida en las leyes penales: el juez penal se puede mover en un amplio margen de decisión sin que la ley lo impida de un modo notable. La consecuencia jurídica (no imposición de la pena) está en una relación tan soberana con sus presupuestos que recuerda al *Derecho de gracia*, que por lo demás se reserva al soberano: aunque los presupuestos de la imposición de la pena en la estructura del delito se vayan constatando progresivamente, rige en el proceso de condena, en cierto modo desde fuera, una voluntad extraña que combina el resultado propiamente fundado y el “merecido”.

Hay, sin embargo, que abstenerse de convertir esta crítica sistemática en una crítica politicocriminal. Ciertamente, siguen intactas

161 Ya hemos hablado de esta tendencia en otro contexto, *supra*, pág. 294, y nos volveremos a referir a ella, *infra*, pág. 314.

162 Para más detalles cfr. CRAMER, *Ahdungsbedürfnis*, y ESER, *Absehen von Strafe*.

las objeciones que se derivan del postulado de la vinculación judicial y de los presupuestos legales vagos. Pero hay que tener en cuenta que los §§ 59 y 60 StGB se hacen en favor del acusado y que el § 153 a StPO exige para esta forma de terminación del proceso el consentimiento del inculpaado o, en su caso, del acusador. Por lo demás, las *tareas de distribución entre el legislador y el juez penal* no están fijadas con detalles y ahistóricamente. Debe permitirse al legislador penal que ponga en las manos más sensibles del juez penal una nueva Política criminal (orientada hacia el delincuente), ya que éste puede configurar y desarrollar continuamente las posibilidades de no imposición de pena en numerosos casos,¹⁶³ caso de que el legislador cumpla con su deber de seguir con atención la evolución de la jurisprudencia en este sector, de corregirla en su caso y de fijarla luego legalmente, cuando los tiempos así lo aconsejen.

VII. RECAPITULACIÓN. LAS APORTACIONES DEL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE

Al comienzo de este apartado se elogió el sistema del hecho punible como un sistema que, al mismo tiempo, es general, justo y esquemático.¹⁶⁴ Veamos ahora, a modo de recapitulación, si el recorrido por los diversos grados de imputación ha confirmado este juicio previo:

Como sistema *general* representa todas las posibilidades de combinación de los elementos relevantes para la punibilidad. No va referido ni al delito ni a sus protagonistas, sino que incluye todos los delitos y perspectivas de los protagonistas.

Como sistema *justo* representa, en sus grados de imputación, el proceso de progresiva imputación a la persona cuyo comportamiento se investiga; el sistema del hecho punible no sólo contiene unas reglas técnicas para la comprobación de la penalidad, sino también una jerarquía normativa de los grados de imputación. El peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de un estadio a otro.

La imputación en el estadio de la *acción* es todavía poco importante; aquí es difícil llegar a un resultado negativo de imputación, ya que prácticamente no se excluye nada de la realidad humana. El estadio de la *tipicidad* concentra la mirada en los límites que el Derecho penal traza a la libre actuación; aquí se expresan ya lesión, daño, des-

163 En los dictámenes de PETERS y SCHRÖDER a la 41 Convención de Juristas alemanes (41 DJT) de 1955 (*Grenzen des Ermessens*) se reflejan de un modo especialmente claro las posiciones a favor y en contra de este desarrollo de crecientes márgenes de decisión para el juez.

164 *Supra*, § 22, págs. 255 y 256.

gracia, el "conflicto de la desviación", la perturbación externamente registrada de la interacción cotidiana, aunque con reserva de la valoración jurídica objetiva de la lesión. El estadio de la *antijuricidad* despeja esta reserva; aquí se decide definitivamente qué cualidad jurídica tiene objetivamente la lesión, si es o no un injusto juridicopenal. El estadio de la *culpabilidad* imputa el injusto a la persona actuante y cierra con ello el círculo de la propia comprobación del comportamiento; aquí se decide si el agente había participado internamente en su acción en la forma y en el grado que exige nuestra cultura juridicopenal y si no estaba, excepcionalmente, en una situación que hacía comprensible subjetivamente su comportamiento. El estadio de las *causas de exclusión de la pena, obstáculos procesales*, etc., debilita, por último, la vinculación entre el enjuiciamiento juridicopenal del hecho y su autor, excluyendo la imposición de una pena en un grupo pequeño de casos, en los que consideraciones politicocriminales aconsejan no imponerla, aunque propiamente debería ser aplicada. Un ulterior estadio en la estructura del delito, que se refleja en los §§ 59, 60 StGB y 153 a StPO, impediría, igualmente por intereses politicocriminales, que la salida del proceso sea la imposición de una pena, sólo que la extensión del interés politicocriminal se determina esencialmente por el juez.

De la cualidad del sistema del hecho punible como elaboración de criterios de Justicia, se deduce también que la *secuencia* de los estadios de imputación, como prescribe la estructura del delito, no es disponible, sino que está *bajo la fuerza normativa*. El delincuente tiene derecho a que se respete esta secuencia; puede pretender que no se le justifique si no ha realizado ni siquiera el tipo, que no se le disculpe si no existe un injusto. También en la vida cotidiana se sigue, con intención normativa, esta secuencia. Hay diferencias entre haber lesionado, poder excepcionalmente hacerlo, no responder personalmente de la lesión o excepcionalmente no pedir cuenta por ello porque carezca de sentido. Esta fuerza normativa, bajo la que se produce la secuencia de los grados de imputación, fundamenta también la prohibición de, por ejemplo, dejar en los dictámenes juridicopenales sin tratar la difícil cuestión de la tipicidad, si a primera vista se ve con facilidad una causa de justificación; el penalista tiene que elaborar sucesivamente los grados de imputación y sólo puede pasar al grado de mayor imputación para el afectado si antes ha comprobado con certeza el grado inferior.¹⁶⁵

165 Desgraciadas excepciones se dan incluso en la más alta jurisprudencia.