

IN SPRAV DE ET PRO

Revista

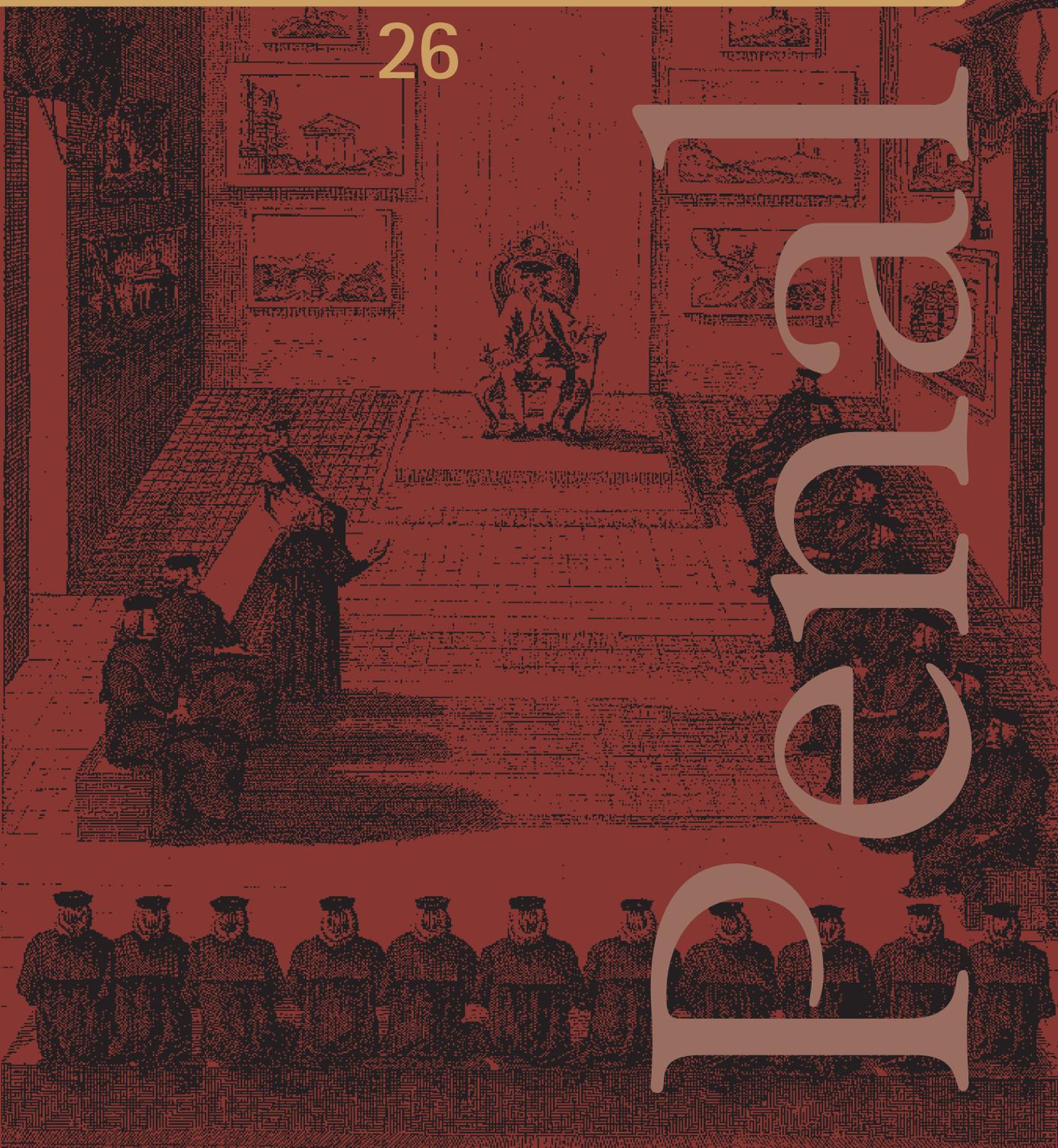
Julio 2010

26

Revista Penal

Julio 2010

Penal



Revista Penal

Número 26

Sumario

Doctrina

- Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales por *Manuel A. Abanto Vásquez* 3
- ¿Qué significa «intención de destruir» en el delito de genocidio?, por *Kai Ambos* 46
- Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir» por *Kai Ambos* y *María Laura Böhm* 65
- Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y *Ana Isabel Pérez Cepeda* 79
- La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del Código Civil por *Miguel Díaz y García Conlledo* 101
- La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger por *Iñaki Esparza Leibar* 130
- Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo, por *Francisco Muñoz Conde* 139
- Denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios (artículo 196 del C.P.): discusiones doctrinales y jurisprudenciales, por *Pedro Ángel Rubio Lara* 151
- Deconstruyendo la culpabilidad, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* 164
- La responsabilidad por actos riesgosos de gestión en las sociedades de capital: Un estudio de derecho comparado por *Stanisław Tosza* 177
- Sistemas penales comparados:** Principio de Justicia Universal 187
- Bibliografía:** Notas bibliográficas, por *Francisco Muñoz Conde* y *Juana del Carpio Delgado* 235
- Crónica**
- VII. Seminario Internacional del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, por *Salvador Herencia Carrasco* 257
- Fe de erratas** 263



Universidad de Salamanca



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Wilfried Bottke. Univ. Augsburg
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Jaume I^º
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt

Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer y Lars C. Berster (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvas (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367



Deconstruyendo la culpabilidad

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Universidad de La Laguna

Revista Penal, n.º 26.— Julio 2010

RESUMEN: La deconstrucción de la categoría de la culpabilidad muestra los distintos principios que subyacen a ésta y permiten así, su evaluación. Aquí se ofrece un primer ejemplo, en particular, sobre el principio de dignidad.

PALABRAS CLAVE: Culpabilidad, argumentación jurídica, análisis económico del Derecho.

ABSTRACT: The deconstruction of the culpability in Criminal Law shows the reasons which underlie it and allows its evaluation. This is a first example, particularly about the principle of human dignity.

KEY WORDS: culpability, legal argumentation, economic analysis of law.

SUMARIO: I. A modo de introducción, reducción argumental de un pronunciamiento jurisprudencial. II. Tres modelos dogmáticos. A. La culpabilidad en el pensamiento de Hans Welzel. B. La culpabilidad en el pensamiento de Claus Roxin. C. Culpabilidad como prevención. III. Evaluación de los modelos expuestos: recapitulación. IV. Epílogo: sobre el principio de culpabilidad, las medidas de seguridad y otros criterios de evaluación.

I. A modo de introducción, reducción argumental de un pronunciamiento jurisprudencial

En una reciente sentencia, nuestro TS absuelve a un ciudadano, Belarmino, como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, al apreciarse como completa la eximente primera del artículo veinte, anomalía o alteración psíquica. En relación con los hechos, se apunta que aquél trató de asfixiar a «Maite, apretando con fuerza [su cuello] al tiempo que... decía: 'por qué lo has hecho, por qué lo has hecho', refiriéndose al envenenamiento del acusado, pues éste creía que ella le había envenenado, dado que el acusado padece un cuadro psicótico con ideas de perjuicio por envenenamiento, que son de tipo delirante de modo que, pese a que no tienen una base real, invaden y focalizan

su actividad mental de modo irrefutable a la argumentación lógica, lo cual influye..., en las facultades volitivas del acusado, quien no tiene conciencia de la enfermedad que padece ni de la necesidad de su tratamiento»¹. En un segundo momento, se señala en relación con la estructura de la citada eximente, que «el sistema mixto del Código Penal está basado en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas, de forma que no es suficiente el diagnóstico de la enfermedad, resultando imprescindible la prueba efectiva de la afectación de las facultades mentales en el caso concreto,

¹ STS 983/2009, de 21 septiembre, hechos probados; si bien finalmente, la víctima no fallece y tras perder «el conocimiento, permaneciendo así... sin sentido, durante un tiempo», se despertó «empapada, toda mojada, hasta el pelo, sintiendo que le faltaba el aire».

lo que sucede en el presente caso siguiendo la evolución de los hechos en relación con los parámetros de conducta definidos en los informes psiquiátricos»².

Esta conformación de la exigente primera puede reconducirse —de forma, más o menos directa— a una comprensión del principio de dignidad, según la cual éste, «si no se quiere entender en forma puramente retórica plantea como exigencia fundamental la de tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades o circunstancias que escapan a su control»³. Ciertamente, ello debe matizarse en relación con el referido pronunciamiento. Así, frente a la comprensión débil de voluntariedad que subyace al tipo subjetivo, aquí —en sede de culpabilidad— se desarrollaría una comprensión fuerte. Con otras palabras: mientras que, por una parte, se entiende que el sujeto obra con conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, de ahí que se estime la conducta como típica en el sentido del artículo 138 del Código y se resuelva este supuesto, posteriormente, en sede de culpabilidad⁴, se atiende, por otra, a la «anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión»⁵. Esta aparente contradicción se disuelve cuando se matiza el grado de intensidad de los distintos elementos. Así, para la apreciación del tipo subjetivo bastaría con una voluntariedad débil, esto es, una mera orientación final del hecho: «sumando las expresiones

proferidas por el acusado (“por qué lo has hecho, por qué lo has hecho”) ‘mientras apretaba con todas sus fuerzas la cinta enrollada alrededor del cuello...’, cesando en dicha acción cuando consideró que había logrado su propósito. El informe del Médico Forense detalla que la lesión cerebral letal se habría producido de haberse interrumpido por más de cinco minutos el suministro de oxígeno. Los hechos anteriores se asientan en la prueba practicada y a partir de ellos la inferencia de la Sala sobre la concurrencia del dolo de matar es razonable. Se emplea una mecánica idónea para conseguir el estrangulamiento, desarrollando fuerza suficiente hasta provocar la pérdida de sentido de la víctima, y si el fatal desenlace no tuvo lugar fue por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto. En todo caso el dolo eventual es patente»⁶. Mientras que en sede de culpabilidad se exige fundamentalmente, como presupuesto del reproche, una voluntariedad susceptible de valoración moral, esto es, que permita una valoración de tal carácter —bien, mal— sobre el actuar del autor y, en el caso de una valoración negativa, la atribución de las correspondientes consecuencias⁷. De este modo, aun cuando en el presente caso, el sujeto activo agrede de forma intencionada —en el sentido débil anunciado— el bien jurídico vida, no cabe reprochar al mismo su conducta en términos de consecuencia jurídica —no cabe un reproche de la conducta e imposición de la pena, pues su acción no se entiende como ejercicio suficiente de libertad —o voluntariedad en el sentido

2 STS 983/2009, de 21 septiembre, fundamento de derecho tercero.

3 Siguiendo a *Nino*, ATIENZA, Manuel: *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 234 y s.; por lo demás, sobre la complejidad de este principio, últimamente, ilustrativo EL MISMO: «Sobre el concepto de dignidad humana», manuscrito, pp. 2 y ss., señalando en cualquier caso, p. 21: «criticar el concepto de dignidad (y proponer su abandono) alegando su falta de precisión o su carácter relativo... no es realmente de gran valor. Lo mismo podría decirse de todos los conceptos morales, si se renunciara a un uso ‘crítico’ de los mismos y nos conformáramos con su utilización ‘indiscriminada’. Todo lo que eso demuestra es, en realidad, la necesidad de someter a un análisis crítico el uso común de los términos morales»; en este último sentido, igualmente ilustrativo ROMEO CASABONA, Carlos María: «La globalizzazione e il ruolo dinamico dei diritti umani in relazione ad una prospettiva comune per la biotecnologia umana», en Raffaele Bifulco (ed.): *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e Della responsabilità intergenerazionale*, Jovene Editore, Napoli, 2008, p. 332. En concreto NINO, Carlos S.: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 287 y ss., formula este principio en los siguientes términos p. 287: «el principio de dignidad de la persona... prescribe que *los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento*». En un sentido próximo PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2003, p. 18: «el último rasgo de los contenidos de la dignidad exige la decisión personal, la autonomía o la independencia moral, que conduce a la salvación, al bien, a la virtud o a la felicidad, no puede alcanzarse por un representante que sustituya nuestra decisión»; y algo más adelante, en p. 68: «la dignidad deriva de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir»; igualmente, siguiendo a *Cattaneo*, v. p. 57. Asimismo GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 23, señalando «la escasa *potencia* desplegada por un principio al que la doctrina coincide en atribuir la posición central en el ordenamiento».

4 Cfr. STS 983/2009, de 21 septiembre, fundamento de derecho primero.

5 En particular, cfr. STS 983/2009, de 21 septiembre, fundamento de derecho tercero.

6 STS 983/2009, de 21 septiembre, fundamento de derecho primero.

7 Legitimándose así, moralmente la imposición de la pena jurídica; cfr. NINO, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, cit. n. 3, pp. 274 y ss. Igualmente HIERRO, Liborio L.: «Libertad y responsabilidad penal», ADPCP, 1989, p. 568, señalando el libre albedrío como «presupuesto valorativo general del sistema que *convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral*». Por lo demás, sobre la relación entre el discurso jurídico y el discurso práctico general, v. ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 35 y ss.

fuerte recién apuntado⁸. De esta forma, sería en esta última sede, mediante la concepción de la culpabilidad expuesta, donde se satisface esencialmente la citada exigencia del principio de dignidad.

En un segundo momento, cabría apuntar asimismo otro tipo de razones, razones jurídico-formales, en tanto que el concreto operador jurídico trata de engarzar la comprensión que hace de la eximente primera con el tenor literal de la misma —en este sentido, se apunta en la sentencia: «el sistema mixto del Código Penal está basado en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión...»— aproximándose de este modo, también, al pensamiento doctrinal mayoritario⁹. Si bien estas otras formas de argumento —vinculación al tenor literal del precepto, a la doctrina dominante, y en general, los denominados argumentos jurídico-formales— muestran un peso menor que las formas de argumento anteriormente expuestas —en particular aquí, razones relativas al principio de dignidad¹⁰.

A esta comprensión se oponen —en mayor o menor medida— otros modelos propuestos en nuestro discurso doctrinal y jurisprudencial, y ello pese al significativo peso de las razones que cabe esgrimir en favor de la misma¹¹. También encontramos elaborados constructos con diferente grado de abstracción, que aluden en su fundamento a estas u otras razones —en particular, en sede de culpabilidad, razones relativas a los principios de prevención general y especial, en sus diversas acepciones— que se hacen valer, por lo general, como mejores argumentos —frente a formas de argumentos como las antes expuestas, a saber: principio de dignidad, vinculación al tenor literal, vinculación a la comprensión mayoritaria. Otras veces, como en el caso del anterior pronunciamiento jurisprudencial, las razones no se explicitan en el desarrollo de la concreta postura, sino que es preciso inferirlas de una prospección de la misma. Y todo ello se presta a un análisis y evaluación. Por poner —otros— tres ejemplos:

II. Tres modelos dogmáticos

A. La culpabilidad en el pensamiento de Hans Welzel

En la última edición de su manual, apuntaba WELZEL: «la culpabilidad no se agota en esta relación de contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico [característica de la categoría de la antijuridicidad], sino que fundamenta el reproche personal al autor, en tanto que no ha omitido la acción antijurídica, aunque pudo omitirla. La conducta del autor no se corresponde con lo exigido por el Derecho, aun cuando hubiera podido observar lo exigido por el Derecho: hubiera podido motivarse conforme a la norma. En este 'poder para ello' ['Dafür-Können'] del autor para la conformación de su voluntad antijurídica, reside la esencia de la culpabilidad; en él se fundamenta el reproche personal que se hace al autor, en el juicio de culpabilidad, por su conducta antijurídica»¹². Mientras que en relación con los presupuestos del reproche, apunta algo más adelante: «el reproche de culpabilidad presupone que el autor hubiera podido motivarse conforme a la norma, pero no en un sentido abstracto de algún hombre en lugar del autor, sino en concreto, que esa persona en esta situación hubiera podido construir una voluntad conforme a la norma. Este reproche consta de dos presupuestos:

1. que el autor, según sus facultades intelectuales, es capaz de motivarse conforme a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la 'imputabilidad'),
2. que está en condición de motivarse conforme a la norma mediante la comprensión, a él accesible, de la antijuridicidad de su concreto propósito (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto)»¹³.

La crítica a este primer modelo señala la incertidumbre sobre la existencia de márgenes de libertad en la conformación de la voluntad humana —presupuesto de la capacidad de actuar

8 Cfr. STS 983/2009, de 21 septiembre, fundamento de derecho tercero; y ello pese a los problemas de prueba que planteaba el presente supuesto, cfr. fundamento de derecho segundo.

9 En la jurisprudencia, entre otras, cfr. STS 215/2008, de 9 mayo, fundamento de derecho cuarto; STS 314/2005, de 9 marzo, fundamento de derecho tercero; STS 1348/2004, de 25 noviembre, fundamento de derecho decimocuarto, todas ellas con ulteriores referencias. En la doctrina científica, a su vez, CERREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. PG III. Teoría jurídica del delito, Tecnos, Madrid, 2001, p. 68; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Parte general del Derecho penal, 3ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 544; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte general, 7ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pp. 367 y s. Con ulteriores referencias MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 563 marg. 1; sobre la comprensión de este autor, en cualquier caso, pp. 569 y ss. margs. 24 y ss.

10 Sobre la evaluación de unas y otras, cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable, Comares, Granada, 2009, pp. 175 y ss.

11 Al respecto, ilustrativo ATIENZA, Manuel: «Sobre el concepto de dignidad humana», cit. n. 3, pp. 1 y ss.

12 WELZEL, Hans: Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, p. 138. En nuestra doctrina, por todos, CERREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. PG III, cit. n. 9, pp. 38 y ss. Por lo demás, sobre la evolución de este pensamiento, v. EL MISMO: «El finalismo, hoy», ADPCP 1993, pp. 5 y ss., en particular, en relación con la culpabilidad, pp. 16 y s.

13 WELZEL, Hans: Das deutsche Strafrecht, cit. n. 12, p. 141; sobre estos dos elementos, con detalle, pp. 152 y ss.

de otro modo— y en particular, la indemostrabilidad del libre albedrío¹⁴. Sin embargo, se trata de una crítica desenfocada. Particularmente, porque el Derecho como cualquier otro constructo cultural «no puede entrar en contradicción con la auto-comprensión general» que de sí mantienen los miembros de la sociedad en la que funciona¹⁵. En este sentido, se apunta con razón, que «vivimos según la idea de que podemos actuar de otro modo a como lo hacemos y de que los demás también pueden hacerlo... La duda determinista no se limita pues, a poner en tela de juicio la culpabilidad; sino que, involuntariamente, va mucho más allá: todo el lenguaje de la acción queda deslegitimado por ella»¹⁶. Luego, carece de sentido hacer valer frente a una concreta concepción jurídico-penal de la culpabilidad un posible déficit de racionalidad que concierne a los cimientos de nuestra cultura, pues aquella —y en general, la teoría jurídica del delito— sólo debe preocuparse de cierta coherencia con ésta¹⁷. Si bien tal cuestión reviste carácter secundario en la presente investigación¹⁸.

En este marco, interesa primeramente, señalar los márgenes que ofrece este concepto para articular un discurso coherente con una comprensión del principio de dignidad como la antes apuntada. Si se trata de juzgar

«a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades o circunstancias que escapan a su control», un primer criterio para ello, pudiera ser, por ejemplo, establecer si esa concreta persona en el momento de la acción «hubiera podido construir una voluntad conforme a la norma»¹⁹. De esta forma, mediante el establecimiento de la posibilidad de obrar de otro modo («*Andershandelnkönnen*») se determina la existencia de alternativas y con ello, también, de márgenes de voluntariedad en su actuación; y ello en particular, frente a otras concepciones como las que atienden a razones de prevención. Luego, cabe advertir aquí, a favor de este primer modelo, razones significativas relativas al citado principio —de dignidad. En un segundo momento, cabe apuntar igualmente razones jurídico-formales, dada la acentuada preocupación de este autor por la coherencia interna de su pensamiento —por la idea de sistema— enlazando también, la culpabilidad con el concepto de acción: «dado que la voluntad es lo que hubiera permitido al autor orientar su conducta conforme a la norma, la voluntad constituye el objeto primario del reproche de culpabilidad y sólo a través de ella, también la totalidad de la acción... Por ello, con igual razón,

14 Al respecto, cfr. WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, cit. n. 12, pp. 142 y ss. Críticamente, a su vez, MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, cit. n. 9, pp. 538 y s. marg. 40. Anteriormente, también CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español*. PG III, cit. n. 9, pp. 38 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 142 y ss.; relativizando esta cuestión MUÑOZ CONDE, Francisco: «Über den materiellen Schuldbegriff», GA, 1978, pp. 68 y s. Por lo demás, ampliamente URRUELA MORA, Asier: *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada 2004, pp. 23 y ss.

15 HIRSCH, Hans Joachim: «Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht», ZStW, 106, (1994), p. 763. Más recientemente, ilustrativo PRINZ, Wolfgang: «Willensfreiheit als soziale Institution», en Thomas Hillenkamp (edit.): *Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 51 y ss, en particular, pp. 59 y ss.

16 VIVES ANTÓN, Tomás S.: «El principio de culpabilidad», en José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá (eds.): *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 231 y s. Igualmente GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús: *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 99 y ss., 113 y ss., 107: «la noción misma de derechos humanos supone un rechazo frontal de las consecuencias normativas de las teorías deterministas»; HIERRO, Liborio L.: «Libertad y responsabilidad penal», cit. n. 7, pp. 561, 569 y s.; MIR PUIG, Santiago: «Límites del normativismo en Derecho penal», en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè editore, Milan, 2006, pp. 463, 467 y ss.; NINO, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, cit. n. 3, pp. 91 y ss., 269 y ss., 285 y ss., no obstante, también, pp. 279 y ss.; PRINZ, Wolfgang: «Willensfreiheit als soziale Institution», cit. n. 15, pp. 51 y ss, concluyendo en p. 61: «Demokratien sind... auf die Idee des autonomen Individuums und des freien Willens angewiesen». Por lo demás, en relación con las diferentes categorías de la teoría jurídica del delito, HILLENKAMP, Thomas: «Das limbische System: Der Täter hinter dem Täter?», en el mismo (edit.): *Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 96.

17 En este sentido, con razón, JAKOBS, Günther: «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica» (trad. castellana de Bernardo Feijóo Sánchez) en Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (ed.): *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 201: «el que no tiene que resolver el problema de la teodicea, no necesita para la imputación negativa el libre albedrío, sino sólo la igualdad del autor con los otros, determinada según los parámetros» al uso. También HIERRO, Liborio L.: «Libertad y responsabilidad penal», cit. n. 7, p. 568: «el libre albedrío actúa... no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que convierte a la *reacción penal* en un reproche con contenido moral».

18 Al respecto, ampliamente URRUELA MORA, Asier: *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, cit. n. 14, pp. 23 y ss.

19 WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, cit. n. 12, p. 141.

pueden calificarse tanto la voluntad de la acción [*«Handlungswille»*] como la acción en su integridad como ‘culpables’²⁰. Si bien se advierten igualmente algunas carencias. En este otro sentido, cabe apuntar a su vez, razones problemáticas, esto es: un modelo que atiende únicamente a la concurrencia de márgenes de actuación alternativa se presta quizá, de forma principal, para la solución de casos fáciles —concurrencia o ausencia de márgenes de actuación alternativa, pero no para los difíciles que empujan, entre otros aspectos, a considerar ulteriores factores en el juicio de culpabilidad²¹, así como a valorar, como relevantes o irrelevantes, los márgenes de actuación alternativa —por lo general— concurrentes²². Desde esta otra perspectiva, cabe señalar también las denominadas causas de inculpabilidad²³, cuya solución empuja a atender a una serie de factores normativos ajenos —por tanto— a los márgenes de actuación del sujeto: «el mal que amenaza no ha de haber sido provocado responsablemente por la persona que actúa para evitarlo»²⁴, «el mal que amenace sea un peligro para sus propios bienes jurídicos o para los de una persona con la que exista una especial vinculación afectiva»²⁵ o la asunción «libre y voluntariamente... [de] una función de protección de bienes jurídicos respecto a determinados peligros»²⁶, por poner tres ejemplos en relación con la eximente de miedo insuperable²⁷.

B. La culpabilidad en el pensamiento de Claus Roxin

En este último sentido, el modelo que esbozara ROXIN a comienzo de los años 70 puede entenderse como una superación del anterior. En concreto, apunta este autor: «la categoría delictiva que tradicionalmente denominamos *culpabilidad* tiene en realidad mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, algo empíricamente difícil de constatar, que con el problema normativo de si y hasta qué punto en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionadas por la situación conviene una sanción penal a una conducta que, en principio, está amenazada con una pena. Para responder a esta cuestión deben incluirse en el trabajo dogmático tanto la función limitadora de la pena que representa el principio de la culpabilidad como las consideraciones de prevención general y especial. El que una persona perteneciente a una determinada profesión destinada a prevenir el peligro (por ejemplo, un policía o un bombero), no pueda disculparse, invocando una situación de necesidad, más fácilmente que otra, se debe a la protección de bienes jurídicos, es decir, a un interés de la comunidad que exige aquí una sanción; mientras que puede permanecer impune el que actúa en una situación parecida, pero sin tener un deber social específico, porque no necesita la resocialización y, dado lo excepcional de la situación, no puede dar un mal ejemplo»²⁸.

20 WELZEL, Hans: Das deutsche Strafrecht, cit. n. 12, p. 139. En relación con las estructuras lógico-objetivas, igualmente v. CEREZO MIR, José: «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», en Problemas fundamentales del Derecho penal, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 39 y ss., en particular, pp. 49 y s., 55 y ss.

21 Así, en relación con la denominada «zona oscura o de incerteza de la imputabilidad», v. URRUELA MORA, Asier: Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, cit. n. 14, pp. 142 y ss. Con carácter general, también MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general, cit. n. 9, p. 539 marg. 41.

22 Últimamente, cfr. URRUELA MORA, Asier: Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, cit. n. 14, pp. 218 y ss., 234 y ss., 246 y ss., 252 y ss., 282 y ss., 303 y ss., 323 y ss.

23 WELZEL, Hans: Das deutsche Strafrecht, cit. n. 12, p. 178: «Mit der Bejahung sowohl der Zurechnungsfähigkeit wie auch der Möglichkeit der Unrechtkennntnis ist die Schuld, das ‘Dafür-Können’ des Täters für seine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung, sachlich begründet. Dennoch bedeutet das nicht, daß damit die Rechtsordnung den Schuld-Vorwurf wirklich erheben müßte. Sie kann vielmehr Gründe haben, auf den Schuld-Vorwurf gegen den Täter zu verzichten, ihm seine Schuld nachzusehen und ihn insoweit zu ‘entschuldigen’ und von Strafe freizustellen. In Betracht kommen außergewöhnliche Motivationslagen, in denen die Möglichkeit normgemäßer Motivation stark beeinträchtigt und somit auch die Schuld, das Dafür-Können, vermindert ist», si bien, apunta en p. 179: «daß die sog. ‘Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens’ in diesen außergewöhnlichen Motivationslagen kein Schuldaußschließungsgrund wie die Zurechnungsunfähigkeit oder der unvermeidbare Verbotsirrtum, sondern nur ein faktischer Entschuldigungsgrund in dem Sinne ist, daß die Rechtsordnung trotz bestehender Schuld vom Schuldvorwurf absieht und dem Täter Nachsicht gewährt».

24 VARONA GÓMEZ, Daniel: El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, Comares, Granada, 2000, pp. 214 y ss.

25 VARONA GÓMEZ, Daniel: El miedo insuperable, cit. n. 24, p. 231; en la doctrina alemana, en relación con el estado de necesidad exculpante, igualmente ilustrativo ZIESCHANG, Frank: § 35, en Leipziger Kommentar StGB, 12 ed., Walter de Gruyter, Berlin, 2006, margs. 30 y ss.

26 VARONA GÓMEZ, Daniel: El miedo insuperable, cit. n. 24, p. 253.

27 Con carácter general, v. MELENDO PARDOS, Mariano: El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad, Comares, Granada, 2002, p. 610.

28 ROXIN, Claus: Política criminal y sistema del Derecho penal (traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, pp. 40 y s.; igualmente, en p. 67, señalando que esta categoría «viene acuñada desde el punto de vista policriminal por la teoría de los fines de la pena»; EL MISMO: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, pp. 15 y s. Críticamente, a su vez MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción a Claus Roxin: Política criminal y sistema del Derecho penal (trad. castellana de Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, p. 12.

Esta otra comprensión del tercer peldaño de la teoría jurídica del delito le lleva a dotarlo de una doble estructura, la culpabilidad en sentido estricto —frente al concepto más amplio de responsabilidad («*Verantwortlichkeit*»), que comprende a aquélla— así como, en un momento posterior, las necesidades de prevención. Según este modelo, el autor actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal, aun cuando en la concreta situación en la que se halle resulta accesible a la función de motivación («*Appellwirkung*») de la norma y disponga de una suficiente capacidad de autocontrol («*Selbststeuerung*»), de forma que le sea posible psíquicamente una alternativa de conducta conforme a Derecho²⁹. Si bien, por lo general, la realización de injusto culpable determinará ya la concurrencia de necesidad preventiva de pena, no siendo precisa una ulterior justificación al respecto; lo cierto es que, en determinados supuestos, esta necesidad puede faltar, excluyendo de esa forma la responsabilidad del sujeto³⁰. Ahora bien, la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ninguna magnitud de «necesidad preventiva de pena puede justificar una sanción penal, que sea contraria al principio de culpabilidad»³¹.

La preocupación de ROXIN por el principio de culpabilidad, así como la conformación que ofrece de esta categoría —la culpabilidad— en el marco de la responsabilidad permite igualmente, significativos márgenes de satisfacción del principio de dignidad, esto es, «tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias»³². En este sentido, la atención por la función de motivación de la norma o la capacidad de autocontrol del sujeto merecen una valoración positiva desde la citada perspectiva de enjuiciamiento: tanto los márgenes de motivación como la capacidad de autocontrol permiten atender, en definitiva, a los márgenes de voluntariedad en el actuar del sujeto. En un segundo plano, la explícita asunción por parte de este autor de costes sistemáticos —«¿para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista políticsocial erróneo?»³³—

no oscurece sus esfuerzos por ordenar los diversos contenidos, en particular, las citadas razones de política criminal³⁴. En sede de culpabilidad, ello se concreta en un notable enriquecimiento del discurso mediante la explícita introducción de razones de prevención: «un efecto de prevención especial en personas, a las que no se le puede reprochar su conducta, es innecesario o, como sucede con los enfermos mentales, no se puede alcanzar por medio de la pena»³⁵ o, en relación con el desistimiento, «una prevención general es superflua y también es improcedente el fin cautelar o educativo de la pena»³⁶.

Asimismo, su mayor componente normativo y la doble estructura de la que dota al tercer peldaño de la teoría jurídica del delito, facilita una mejor comprensión de la problemática propia de esta categoría —más allá de los casos fáciles de inimputabilidad. Por poner otro ejemplo: «en las situaciones coactivas, configuradas por la ley como causas de extinción de la culpabilidad..., no falta en absoluto la posibilidad de actuar de una manera distinta... [es] la irrepetición irregular de tales situaciones [la] que hace innecesario los efectos de prevención general y especial porque la —mínima— culpabilidad no puede justificar como tal una pena estatal. De hecho sería quizá más exacto hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad, pues la culpabilidad es sólo uno de los factores que deciden sobre la responsabilidad jurídico-penal. Precisamente, el hecho de que para las profesiones peligrosas..., rijan otros criterios de exculpación, demuestra que en el caso de un mismo grado de culpabilidad son los puntos de vista preventivos los que pueden decidir sobre la necesidad de una sanción»³⁷.

Sin embargo, en este desarrollo reside también la principal debilidad de su modelo: en el excesivo componente intuitivo que se advierte en relación con las razones de prevención. Así, cuando este autor sostiene que «un efecto de prevención especial en personas, a las que no se le puede reprochar su conducta, es innecesario o, como sucede con los enfermos mentales, no se puede alcanzar por medio de la pena»³⁸. Se trata de eso, de una aserción carente de base

29 ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2006, I § 19 A marg. 3; sobre todo ello con detalle § 20 A margs. 1 y ss.

30 ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, cit. n. 29, I § 19 A margs. 3 y ss., 6.

31 ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, cit. n. 29, I § 19 A marg. 7; en nuestra doctrina, en un sentido próximo MIR PUIG, Santiago: «Límites del normativismo en Derecho penal», cit. n. 16, pp. 473 y s., insistiendo en que «la función de prevención (que en sí misma exige eficacia empírica en la evitación de daños reales) ha de estar limitada por los principios que garantizan el respeto que hoy consideramos debido al individuo en atención a su dignidad psico-física». Críticamente, a su vez, JAKOBS, Günther: *Schuld und Prävention*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976, pp. 5 y s., 32: «*Der Zweck, der in die Schuld eingeht, kann durch Schuld nicht limitiert werden, und die Schuld, in die der Zweck eingegangen ist, begründet Strafe*».

32 Por lo demás, sobre la evolución del pensamiento de este autor, últimamente v. MARTÍN LORENZO, María: *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 97 y ss.

33 ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 28, p. 19.

34 Paradigmático ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. n. 28, pássim.

35 ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit. n. 28, p. 68; EL MISMO: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, cit. n. 28, pp. 33 y ss.

36 ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit. n. 28, p. 72.

37 ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit. n. 28, p. 68.

38 ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit. n. 28, p. 68.

empírica. Lo mismo cabe afirmar del discurso que desarrolla en su explicación del desistimiento: «lo decisivo es más bien que el desistimiento se presente como irracional según el criterio del operar delictivo y que con ello aparezca desde el punto de vista legislativo como retorno a la legalidad. Si éste es el caso..., debe afirmarse siempre la voluntariedad. Pues lo que el autor mismo ha reparado antes de que se produzca el resultado, no es necesario retribuírselo. Una prevención general es superflua y también es impropia el fin cautelar o educativo de la pena»³⁹. Estas últimas aserciones se agotan en eso, en meras convicciones del propio autor. Ahora bien, las cuestiones relativas a la necesidad de retribución, el carácter superfluo de la prevención general o la procedencia o improcedencia del fin cautelar o educativo de la pena siguen estando abiertas⁴⁰. Pues, más allá de su mera opinión intuitiva, ROXIN no ofrece razones al respecto⁴¹.

Estos riesgos y carencias del discurso preventivo se aprecian particularmente en la argumentación de nuestra jurisprudencia, donde se apuran los márgenes de culpabilidad sobre razones empíricamente muy endeblés o, simplemente, carentes de cualquier base al respecto⁴². Sin embargo, se pretende justificar así efectivos costes iusfundamentales. En este sentido, resulta ilustrativa la denominada ley epistémica de la ponderación: «cuanto mayor sea

una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención»⁴³. También los márgenes de racionalidad posibles al discurso preventivo general: «operar con ‘experiencia’ y ‘common sense’ en el vacío de la ignorancia empírica»⁴⁴. Con ello, no se sugiere aquí renunciar sin más a este tipo de argumentos, sino su racionalización, lo cual pasa por tomar en consideración —entre otros aspectos— el citado déficit a la hora de establecer el peso de este tipo de razones en el discurso científico y jurisprudencial. Pero sobre estas y otras cuestiones, ya me he pronunciado en otro lugar⁴⁵.

C. Culpabilidad como prevención

Unos años después de la presentación del modelo anterior, JAKOBS reformula la culpabilidad en los siguientes términos: «la determinación de la culpabilidad en la aplicación del Derecho penal vigente consiste en la justificación de la necesidad de castigar en una determinada medida, para confirmar la vigencia del Ordenamiento frente al ciudadano fiel al mismo; la culpabilidad se fundamenta mediante la prevención general... y se mide según la misma»⁴⁶. De esta forma, sobre una concepción de la prevención general positiva, mantiene que «sólo el fin da conte-

39 ROXIN, Claus: Política criminal y sistema del Derecho penal, cit. n. 28, p. 72, cursiva añadida.

40 Críticamente, también MARTÍN LORENZO, María: La exculpación penal, cit. n. 32, pp. 107 y ss., señalando en p. 109, que «ese carácter maleable del principio preventivo y su vaguedad ponen en tela de juicio su idoneidad» explicativa, y algo más adelante, en p. 111, que mediante el mismo «sólo se ofrecen fórmulas vacías, donde falta el principio normativo exculpante».

41 No obstante, tratando de limitar su alcance, ROXIN, Claus: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, cit. n. 28, p. 48: «Die Aufgabe des Interpreten geht nur dahin, bei der konkretisierenden Anwendung der Gesetznormen und bei der behutsamen Fortentwicklung der Schulddogmatik in den vom geschriebenen Recht offengelassenen Räumen... die gesetzgeberischen Strafzweckabwägungen zur Richtschnur der Rechtsfindung zu machen».

42 Paradigmática STS 778/2004, de 17 junio; en particular cfr. fundamento de derecho segundo.

43 ALEXY, Robert: «La fórmula del peso» (trad. castellana de Carlos Bernal Pulido), en Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 370; EL MISMO: Teoría de los derechos fundamentales (trad. castellana de Carlos Bernal Pulido), 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 552 y s. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, igualmente ilustrativa BVerfGE 17/34, p. 314: «Je mehr dabei der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, um so sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden. Das bedeutet vor allem, daß die Mittel des Eingriffs zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet sein müssen und den Einzelnen nicht übermäßig belasten dürfen».

44 BOCK, Michael: «Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen», JuS, 1994/2, p. 99: «für die Generalprävention aber bleib gar nichts anderes übrig, als im Vakuum des ‘empirischen’ Nichtwissens mit ‘Erfahrung’ und ‘common sense’ zu operieren». En el mismo sentido HIRSCH, Hans-Joachim: «Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht», cit. n. 15, p. 758: «Die Begründung der Strafe mit Präventionsgesichtspunkten ist alles andere als freier von theoretischen und empirischen Problemen als diejenige durch Schuld. Die durch die Strafe tatsächlich erreichbare Präventionswirkung ist schwer vorhersehbar und meßbar. Daher wäre die strafrechtliche Prüfung mit erheblichen Unwägbarkeiten belastet und eine nachvollziehbare Strafzumessung fast unmöglich»; con ulteriores referencias en n. 60; más recientemente, EL MISMO: «Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre», en Festschrift für Harro Otto, Carl Heymann, Köln, 2007, pp. 322 y ss. En nuestra doctrina, también MARTÍN LORENZO, María: La exculpación penal, cit. n. 32, pp. 106 y ss., señalando en p. 108, que este discurso «remite a una cuestión empírica psico-sociológica que no sólo no está lo suficientemente investigada, sino respecto a la cual se duda incluso de la posibilidad de hacerlo».

45 SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 10, pp. 175 y ss.

46 JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, cit. n. 31, pp. 8 y s., 13, por ejemplo. Últimamente, por ejemplo v. EL MISMO: «La culpabilidad de los foráneos» (trad. castellana de Jorge Fernando Perdomo Torres) en Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (ed.): Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 116 y ss.

nido al concepto de culpabilidad⁴⁷, entendiendo por fin la «prevención general en el sentido de garantía de aquellas expectativas, cuyo aseguramiento [*«Enttäuschungsfestigkeit»*] precisa el Ordenamiento para su preservación»⁴⁸. Sin embargo, este autor no obvia el proceso de motivación en el actor, si bien relativiza su importancia en el marco de la prevención general positiva: «sólo cuando concurre otra posibilidad de procesar el conflicto cabe discutir la exculpación»⁴⁹. Luego, por poner un ejemplo, en los casos de anomalía o alteración psíquica no se trata —ciertamente— de medir, sino de valorar, y cabe su consideración como causa de exclusión de la culpabilidad «cuando existe la posibilidad de otro modo de procesamiento del conflicto»⁵⁰. De este modo, no se prescinde de otros posibles contenidos como —en particular, aquí— el principio de dignidad, sino que se relativiza la significación de los mismos en el marco de esa comprensión de la prevención general⁵¹.

En este sentido, la crítica a este modelo no puede señalar tanto la inobservancia del principio de dignidad en

la imputación de culpabilidad, como la relativización del mismo⁵². No se señalan máximos en los posibles costes para el citado principio, simplemente se asumen los mismos en tanto que sean precisos y ello, en función de un valor tan difuso como las necesidades comunicativas del Ordenamiento jurídico⁵³. Frente a este modelo cabe oponer, primeramente, que la función que asigna al principio de dignidad no se corresponde con el valor de este principio en nuestro marco jurídico⁵⁴. Igualmente, cabe objetar, en el fondo, una excesiva simplificación en la descripción del perenne conflicto entre libertad y seguridad: no se trata únicamente de las necesidades comunicativas del Ordenamiento jurídico o de «la confianza en la vigencia de la norma»⁵⁵. Sobre ello resulta ilustrativo el reciente discurso público relativo a la necesidad de reforma de la LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y en particular las resistencias del Ministerio de justicia a ulteriores endurecimientos, frente a lo reclamado por determinados colectivos⁵⁶. Se trata de que también, hay

47 JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, cit. n. 31, p. 14.

48 JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, cit. n. 31, p. 24.

49 JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, cit. n. 31, p. 25; en particular, ilustrativo pp. 15 y ss.

50 JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, cit. n. 31, p. 17: «Bei den nach § 20 StGB, also wegen 'biologischer' Defekte Unfähigen handelt es sich um Personen, bei denen mit dem Fehlen der Zurechnung als schuldhaft zugleich deutlich gemacht wird, daß sie als vollwertiger Partner des sozialen Bereichs, den das Recht regelt, nicht in Frage kommen. Sie sind nicht das, was man im rechtmäßigen wie rechtswidrigen Verhalten selbst ist, sondern Störfaktoren, wie Naturkatastrophen Störfaktoren sein können. Sofern die Störung nicht im Bereich des eher Lästigen und darum entscheidungsirrelevant bleibt, ... schützt man sich durch Umgestaltung der Lage vor weiterer Enttäuschung: Man heilt oder verwahrt oder... man begnügt sich mit der Erklärung durch Krankheit, d. h. der Umdefinition des Verbrechens in natürliches Unglück, also in den Bereich, in dem Enttäuschung normativer Erwartung nicht möglich ist»; expresamente, también en p. 21: «entschuldigt wird nur, solange die Ordnung das verträgt».

51 Expresamente JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, cit. n. 31, p. 20: «die Fähigkeit ist kein feststellbarer Zustand, sondern eine Zuschreibung, die erfolgt, weil ein Konflikt verarbeitet werden muß und anders als durch Zurückführung auf eine Person nicht verarbeitet werden kann»; asimismo v. p. 31.

52 JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, cit. n. 31, p. 24: «Die Stabilisierung ist auf Bereiche beschränkt, in denen die Herbeiführung von Enttäuschungen mit gutem Willen vermeidbar ist, und muß darauf beschränkt sein, weil sie nicht mehr toleriert wird, wenn sie selbst die Gutwilligen überfordert. Dies ist der Grund für die Zurückführung der Zurechnung auf reale oder konstruierte Motivationsvorgänge». Últimamente EL MISMO: «La culpabilidad de los foráneos», cit. n. 46, pp. 120 y ss., apuntando igualmente, en p. 141: «el concepto funcional de culpabilidad no destruye los conceptos de culpabilidad corrientes, sino que menciona solamente lo que los «mantiene», precisamente las necesidades del ordenamiento jurídico concreto»; EL MISMO: «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», cit. n. 17, p. 198.

53 Expresamente JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, cit. n. 31, p. 33: «Es geht nicht um das, was der Delinquent nach allgemeiner Meinung 'verdient' hat, sondern um das zur Erhaltung des Vertrauens Notwendige». Últimamente, de forma crítica al respecto MARTÍN LORENZO, María: La exculpación penal, cit. n. 32, p. 127, «señalando la vaguedad del concepto no falsable empíricamente de la necesidad de confirmación de la norma»; no obstante, también v. pp. 343 y ss.

54 Asimismo, ilustrativa BVerfGE 27/1, p. 6: «In der Wertordnung des Grundgesetzes ist die Menschenwürde der oberste Wert»; en relación con nuestro marco jurídico, no obstante, también GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: Dignidad de la persona y derechos fundamentales, cit. n. 3, pp. 214 y s., señalando su deficitario reconocimiento en nuestro texto constitucional. Sin embargo, con todo, apunta JAKOBS, Günther: «La culpabilidad de los foráneos», cit. n. 46, p. 118: «una verdadera solución sólo puede aportar un punto de vista intermedio que supere el abstracto: la estructura de la sociedad en su configuración real concreta, que recoja en el Derecho el bienestar». Por lo demás, sobre el significado del principio de dignidad en la conformación de la ética pública política, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, cit. n. 3, pp. 13, 21 y ss., 67. Con carácter general, también ROMEO CASABONA, Carlos María: «Diversidad cultural y pluralismo en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos», en María Casado (coord.): Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derecho Humanos UNESCO, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 345.

55 JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, cit. n. 31, p. 33.

56 Cfr.: <http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/noticia/100006716/Se+reabre+el+debate+sobre+la+eficacia+de+la+Ley+del+Menor>

buenas razones para asumir tales costes preventivos, y que a veces, en cierta medida, se asumen.

En un segundo momento, cabe objetar a JAKOBS igualmente la debilidad del principio explicativo adoptado, «la estabilización de la confianza en el Ordenamiento afectado mediante la conducta delictiva»⁵⁷. En este sentido, apuntábamos más arriba los limitados márgenes de racionalidad que permite el discurso de prevención general: «operar con ‘experiencia’ y ‘common sense’ en el vacío de la ignorancia empírica»⁵⁸. Estas carencias se acentúan en relación con la prevención general positiva, orientada a un inaccesible plano comunicativo: aquí la base empírica se agota en la mera intuición subjetiva del hablante, y ello cuando no se cae en la mera elucubración —¿«confianza en la vigencia de la norma»? Este déficit argumentativo puede aceptarse en un determinado tipo de discurso científico⁵⁹, pero debiera resultar inasumible en un discurso orientado a su aplicación, pues se trata ya de justificar efectivos costes sustanciales⁶⁰.

Una opinión distinta merece el desplazamiento del principio de culpabilidad y con ello, en particular, los modelos que atienden a los márgenes de actuación alternativa por razones de prevención. Así, por ejemplo, según estos otros modelos, en los supuestos de anomalía o alteración psíquica ya no se trata de si el sujeto pudo —o no, en la situación concreta— obrar conforme a Derecho, o por concretar algo más el ejemplo, si concurren «los presupuestos existenciales de la reprochabilidad» señalados anteriormente por WELZEL⁶¹. El objeto de este otro discurso se desplaza de los concretos márgenes de actuación alternativa, a supuestas necesidades de prevención. Así, por ejemplo, arguye GIMBERNAT ORDEIG

que, en los casos de la eximente primera, «la pena... no tiene sentido ni desde un punto de vista de prevención especial ni desde el de prevención general. Por la escasa o nula «motivabilidad» del «inimputable», la pena no supone para él, *ex ante*, un factor inhibitorio serio; y, *ex post*, una vez ya cometido el delito, el método más adecuado para su readaptación social es, no el de la pena, sino el del tratamiento médico. Por otra parte, y desde el punto de vista de la prevención general, la impunidad del loco en nada refleja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los «imputables»; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente»⁶².

Frente a los modelos anteriores (en particular II, A y B), la reducción de la culpabilidad a consideraciones preventivas merece una valoración negativa desde una concepción del principio de dignidad como la aquí apuntada. Pues ya no se trata de juzgar «a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias», estableciendo los posibles márgenes de decisión en su comportamiento, sino precisamente, de todo lo contrario: de acuerdo con «otras... circunstancias que escapan a su control»⁶³. En concreto, las citadas razones de prevención general y especial. En cuanto al contenido especulativo de este tipo de consideraciones, cabe subrayar lo manifestado sobre ello. Así, entiende GIMBERNAT ORDEIG, que «desde el punto de vista de la prevención general, la impunidad del loco en nada refleja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los «imputables», «que éstos no se identifican con aquél, se saben distintos», y puede tener razón este autor, pero puede también no tenerla, dada la endeblez de la base empírica de esta forma de ar-

57 JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, cit. n. 31, p. 31.

58 BOCK, Michael: «Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen», cit. n. 44, p. 99.

59 E incluso político criminal; al respecto, cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: «Öffentliche Meinung und Strafrecht», ZIS 2008/4, pp. 195 y ss.

60 No obstante, v. STS 2147/2002, de 5 marzo, fundamento jurídico undécimo, aludiendo entre otros aspectos, a «que el suceso produjo alarma social». Más recientemente, también, STS 626/2005, de 13 mayo, fundamento jurídico octavo, arguyendo «la indudable alarma social que crearon» los hechos. Por lo demás, igualmente v. VAN AAKEN, Anne: „Rational Choice« in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorien im Recht, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 54 y s.

61 WELZEL, Hans: Das deutsche Strafrecht, cit. n. 12, p. 141.

62 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en Estudios de Derecho Penal, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 176 y s.; sobre el error de prohibición, igualmente v. 178 y s.; por lo demás, fundamental EL MISMO: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?», cit. n. 14, pp. 148 y ss., 157: «proceder con una pena frente a los enfermos mentales o a los menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario». En el mismo sentido CUERDA RIEZU, Antonio: El legislador y el Derecho penal (una orientación a los orígenes), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 68 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Prevención general y psicoanálisis», en Santiago Mir Puig (edit.): Derecho penal y Ciencias sociales, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 145 y ss., apuntando la potencialidad garantista de este discurso. Críticamente, con razón, señala MUÑOZ CONDE, Francisco: «Über den materiellen Schuldbegriff», cit. n. 14, p. 70, que «die Frage der Verantwortlichkeit des geistig Kranken nur mit präventiven Argumenten nicht beantwortbar: dabei spielen psychologische und psychiatrische Einsichten eine Rolle, die die kriminalpolitische Entscheidung erst bedingen». Críticamente, también CEREZO MIR, José: «Der materielle Schuldbegriff», ZStW, 108, (1996), pp. 10 y ss.; EL MISMO: Curso de Derecho Penal español. PG III, cit. n. 9, pp. 57 y ss.; HIERRO, Liborio L.: «Libertad y responsabilidad penal», cit. n. 7, pp. 566 y ss. En la doctrina alemana, sobre razones de legitimidad STRATENWERTH, Günter: El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad (trad. castellana de Enrique Bacigalupo), Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 119 y ss.

63 ATIENZA, Manuel: Tras la justicia, cit. n. 3, pp. 234 y s.

gumentados⁶⁴; de hecho, en sentido contrario, piénsese, por ejemplo, en las reacciones en relación con la criminalidad de los menores o frente a los supuestos de psicopatías. En cualquier caso, si se trata de justificar la imposición a un sujeto de una pena de 10, 15 o 20 años de privación de libertad serían deseables razones más firmes al respecto⁶⁵.

En sentido contrario, cabría apuntar a su vez, los esfuerzos que hace este autor por racionalizar —en el sentido de sistematizar— los contenidos propios de esta categoría —la culpabilidad; en particular, en relación con los contenidos relativos a la categoría de la antijuricidad, en función de los márgenes de actuación —que entiende— accesibles al legislador en los correspondientes marcos problemáticos⁶⁶. Se trata, por tanto, una vez más, de razones jurídico-formales relativas a la coherencia interna del concreto planteamiento dogmático.

III. Evaluación de los modelos expuestos: recapitulación

Según se ha avanzado hasta ahora, los diferentes modelos dogmáticos —propuestos para la explicación de la categoría de la culpabilidad— son susceptibles de evaluación conforme a diversos criterios. En el marco de la presente investigación, tal evaluación se ha abordado fundamentalmente, desde una concreta comprensión material —particularmente accesible— del principio de dignidad: «tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no

según otras propiedades o circunstancias que escapan a su control»⁶⁷. Conforme a este parámetro de enjuiciamiento, modelos como los ofrecidos por *Welzel* o *Roxin* merecen una valoración positiva, en tanto que atienden a los posibles márgenes de voluntariedad en el establecimiento de la culpabilidad del sujeto. Frente a ello, el modelo esbozado por autores como *Gimbernat Ordeig* merecen una valoración negativa, en tanto que sugieren desplazar este tipo de referencias —poder obrar de otro modo, capacidad de autocontrol del actor y en definitiva, los posibles márgenes de voluntariedad en la conducta— atendiendo en su lugar a «circunstancias que escapan» al control del sujeto de imputación. En concreto, a las posibles necesidades de prevención —general o especial. En un segundo momento, la importancia de las ideas preventivas en la explicación de esta categoría nos ha llevado a una sucinta evaluación de las mismas, subrayando su excesivo componente intuitivo —en particular, en contraposición con los efectivos costes iusfundamentales que, por lo general, en un discurso de aplicación del Derecho, se trata de justificar⁶⁸. Y ello puede expresarse en otros términos.

Si se entiende que tanto la comprensión de *Welzel* como la de *Roxin*, permiten cuando menos una satisfacción media del citado principio, y se parte, siguiendo a ALEXY, de una escala triádica como la de «leve», «medio» y «grave» a la que aparejamos —correspondientemente— la serie numérica «1», «2» y «3»⁶⁹. Ello permitiría ya, esbozar un primer cuadro⁷⁰:

64 Al respecto, con detalle BOCK, Michael: «Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen», cit. n. 44, pp. 93 y ss. En relación con el concepto de culpabilidad, HIRSCH, Hans-Joachim: «Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht», cit. n. 15, p. 758: «Die Begründung der Strafe mit Präventions Gesichtspunkten ist alles andere als freier von theoretischen und empirischen Problemen als diejenige durch Schuld. Die durch die Strafe tatsächlich erreichbare Präventionswirkung ist schwer vorhersehbar und meßbar. Daher wäre die strafrechtliche Prüfung mit erheblichen Unwägbarkeiten belastet und eine nachvollziehbare Strafzumessung fast unmöglich»; con ulteriores referencias en n. 60; más recientemente, EL MISMO: «Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre», cit. n. 44, pp. 322 y ss. En nuestra doctrina, últimamente, MARTÍNEZ GARAY, Lucía: La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 205: «resulta imposible establecer cuándo una pena en concreto es necesaria para que los demás ciudadanos tomen la prohibición penal en serio, o para que el propio autor escarmiente o se enmiende, y lo mismo cabe decir respecto del establecimiento de un *quantum* de la medida de la pena en función de lo necesario para la prevención, sea ésta de la clase que sea».

65 Por lo demás, sobre el peso abstracto, margen de satisfacción y base empírica de las razones preventivas, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 10, pp. 182 y ss.

66 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Introducción a la parte general del Derecho Penal español, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, pp. 61-3; el mismo: «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en Estudios de Derecho Penal, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 224 y ss., sugiriendo, en concreto, ubicar en la culpabilidad lo que el legislador quiere y no puede combatir, mientras que en la antijuricidad lo que puede y no quiere inhibir mediante pena. Más recientemente, también v. el mismo: «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», en Albin Eser y Walter Perron (Hrsg.): Rechtfertigung und Entschuldigung III, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 74 y ss.

67 ATIENZA, Manuel: Tras la justicia, cit. n. 3, pp. 234 y s.

68 Con detalle, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 10, pp. 182 y ss.

69 ALEXY, Robert: «La fórmula del peso», cit. n. 43, p. 357; igualmente, v. EL MISMO: «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales» (trad. castellana de Carlos Bernal Pulido), REDC, 2002/66, p. 33.

70 Luego, en principio, cabe asumir «daß es in juristischen Diskursen immer möglich sein kann, mehrere relativ richtige Antworten auf eine praktische Frage zu geben. Wenn es immer möglich ist, daß mehrere relativ richtige Antworten auf eine praktische juristische Frage gegeben werden können, ist es unmöglich, auf eine praktische juristische Frage eine einzig richtige Antwort zu geben. Diese

	MODELO II, A (<i>Welzel</i>)	MODELO II, B (<i>Roxin</i>)
Principio de dignidad:	2,0	2,0

Frente a ello, el modelo de *Gimbernat Ordeig*, en tanto que renuncia a posibles márgenes de voluntariedad y se centra en las señaladas necesidades de prevención, no sumaría réditos por la satisfacción del citado principio; luego, 0 o ausencia de puntuación —satisfacción.

En un segundo momento, cabría añadir los diversos márgenes jurídico-formales consecuencia de la preocupación mostrada por ambos autores por el elemento sistemático. Luego, si se conviene en otorgar al primer modelo —cuando menos— un grado de satisfacción media —2,0— y en relación con éste, —tratándose por tanto de una evaluación relativa, esto es, en relación con el modelo anterior— un grado de satisfacción leve al modelo II, B, reflejándose así la explícita asunción de costes sistemáticos en el planteamiento de *Roxin*: «¿para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista políptico-criminal erróneo?»; resulta un cuadro aproximado al siguiente:

	MODELO II, A (<i>Welzel</i>)	MODELO II, B (<i>Roxin</i>)
Principio de dignidad:	2,0	2,0
Coherencia sistemática:	2,0	1,0

En este último sentido, si se estima asimismo que en términos sistemáticos, el modelo esbozado por *Gimbernat Ordeig* merece igualmente una valoración leve, su incorporación al cuadro —como modelo II, C— se concretaría en los términos siguientes:

	MODELO II, A	MODELO II, B	MODELO II, C
Principio de dignidad:	2,0	2,0	
Coherencia sistemática:	2,0	1,0	1,0

Y la prevalencia de las primeras razones —relativas al principio de dignidad— frente a las segundas —razones jurídico-formales, en concreto, razones sistemáticas⁷¹— pudiera expresarse mediante la introducción de multiplicadores, por desarrollar algo más el ejemplo:

	MODELO II, A	MODELO II, B	MODELO II, C
Principio de dignidad: (3·)	2,0	2,0	
Coherencia sistemática: (1·)	2,0	1,0	1,0

En un siguiente momento, cabría añadir a su vez la valoración de las necesidades preventivas⁷². Sin embargo, la diversa naturaleza de este tipo de razones exigiría un mayor grado de desarrollo al respecto. Pues se alude, por ejemplo, a que «la impunidad del loco en nada refleja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los «imputables»; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente». Más allá del déficit relativo a su base empírica, estas referencias genéricas a la idea de prevención no permiten asignar un peso abstracto a las mismas ni establecer los posibles márgenes de satisfacción; con otras palabras: ¿prevenir qué?, y sólo entonces, cabe proceder a ponderaciones: ¿en qué medida? En la STS 983/2009, de 21 septiembre antes citada, se trata de una tentativa de homicidio; luego, de riesgos que afectan al bien jurídico vida. Mientras que en la STS 778/2004, de 17 junio, se trata de riesgos que afectan al bien jurídico salud pública⁷³, por poner otro ejemplo. De este modo, las primeras razones pesarían más que las segundas, dada la preeminencia del correspondiente bien al que refieren la idea de prevención —vida, en relación con el bien jurídico salud pública⁷⁴. Y sobre ello, ya es —en mayor medida— posible establecer los correspondientes márgenes de satisfacción.

Unmöglichkeit ergibt sich zwingend aus der nicht-idealen Natur tatsächlicher Diskurse, die es nur erlaubt, relative Richtigkeiten zu erkennen», BÄCKER, Carsten: «Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Flexibilität im Recht», ARSP 2005 (103), pp. 96 y ss., 109; si bien la relatividad en relación con la corrección no excluye la ponderación y evaluación dentro de lo discursivamente posible. En este último sentido, igualmente ilustrativa VAN AAKEN, Anne: «Rational Choice» in der Rechtswissenschaft, cit. n. 60, pp. 73 y ss., 181 y ss.; p. 150: «juristische Entscheidungen [sind] nicht vollständig determiniert... und daher [entstehen] Wertungsspielräume bei der Rechtsanwendung..., die durch eine Folgenorientierung ausgefüllt werden können». En un sentido distinto, NEUMANN, Ulfried: «Theorie der juristischen Argumentation», en Kaufmann/Hassemer/Neumann: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 342: «Aus der internen Perspektive des Richters kann es nur eine richtige Entscheidung geben».

⁷¹ Sobre todo ello, con detalle, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 10, pp. 175 y ss.

⁷² Si bien, se trata obviamente de una ilustración metafórica del discurso subyacente; en este sentido, asimismo ALEXY, Robert: EL MISMO: Teoría de los derechos fundamentales, cit. n. 43, p. 540: «en la argumentación jurídica, sólo por analogía puede trabajarse con cocientes».

⁷³ Cfr. fundamento jurídico segundo.

⁷⁴ Sobre todo ello, con mayor detalle, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 10, pp. 175 y ss.

Se trata de que esta forma de argumentos, argumentos preventivos, muestra un acentuado carácter referencial, esto es, a un concreto bien o interés en relación con el cual cobra sentido y peso como argumento, un principio vacío como el de prevención. Estamos, por ello, ante argumentos que, frente a lo que suele ser usual⁷⁵, tornan evaluables en relación con el caso concreto o cuando menos, con mayores márgenes de concreción. Una vez que se aprecian estos, entonces procede —además— diferenciar el peso abstracto del principio de dignidad y las razones sistemáticas del peso correspondiente a los argumentos relativos a estos otros principios —lo cual puede reflejarse metafóricamente, a su vez, mediante la introducción de multiplicadores: (2·), (1,5·) o (1,25·), por poner tres ejemplos— y sobre los réditos de uno y otro establecer los márgenes de eficiencia de los distintos constructos⁷⁶. En cualquier caso, con carácter general, el desplazamiento de criterios que permiten una concreción directa en márgenes de satisfacción del principio de dignidad por modelos referentes a principios —como los de prevención— carentes de peso abstracto —luego, dependientes de las circunstancias del caso concreto⁷⁷— y con un excesivo déficit empírico parece difícilmente justificable en estos términos —de eficiencia⁷⁸.

Frente a los modelos anteriores, el desarrollo de Günther Jakobs se mantiene en un abstracto nivel descriptivo, esto es, no pretende desarrollar una concreta comprensión de la culpabilidad sino bosquejar las ideas que a su juicio, subyacen a éstas; si bien cuando describe, fundamenta —pues,

insisto, señala las razones que, a su juicio, subyacen a esa categoría dogmática. En cuanto al concreto cuadro que esboza, la idoneidad de sus razones así como su excesiva simplificación, podemos aquí remitirnos a lo manifestado con anterioridad.

IV. Epílogo: sobre el principio de culpabilidad, las medidas de seguridad y otros criterios de evaluación

La evaluación esbozada se asienta, principalmente, en una determinada comprensión del principio de dignidad. Si bien cabe pensar en otros parámetros de enjuiciamiento diversos de los aquí adoptados como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad, de forma que se atendiese a la idoneidad del concreto modelo para comprender la culpabilidad como magnitud graduable, o la idoneidad problemática del mismo⁷⁹. Desde esta otra perspectiva, quizá, modelos que permiten ciertos márgenes de rendimiento en relación con el principio de dignidad, pudieran mostrarse deficientes —así, en relación con la idoneidad problemática, por ejemplo cfr. II, A⁸⁰. En cualquier caso, la formulación al uso del principio de culpabilidad, «no hay pena sin culpabilidad, y... la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad»⁸¹, que se engarza, a su vez, con el principio de dignidad⁸², no se muestra particularmente idónea a estos efectos —de evaluación. Se trata de que esta fórmula, aun cuando permite cierta adaptación del imperativo categórico kantiano⁸³, en tanto que condiciona la pena a la

75 Cfr. ALEXY, Robert: «La fórmula del peso», cit. n. 43, p. 358: «el peso abstracto de un principio Pi es el peso que se le asigna a Pi en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto».

76 Por lo demás, es posible aquí remitirnos a otro lugar, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 10, pp. 175 y ss.

77 Cfr. ALEXY, Robert: «La fórmula del peso», cit. n. 43, p. 358.

78 Hablamos, por tanto, de un concepto normativo de eficiencia que atiende a la significación para el Derecho de los concretos costes y márgenes de rendimiento; al respecto ilustrativa VAN AAKEN, Anne: „Rational Choice« in der Rechtswissenschaft, cit. n. 60, pp. 19 y ss., 70 y ss., 181 y ss., 266 y ss., 296 y ss., 325 y ss., 337 y s.; con mayor detalle SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 10, pp. 175 y ss. En relación con los denominados «argumentos consecuencialistas», igualmente ilustrativo MACCORMICK, Neil: Legal reasoning and legal theory, Clarendon, Oxford University Press, 1994, p. 115: «consequentialist argument is indeed concerned to establish that a preferred ruling is the best all things considered; but that conclusion as to the 'best' is not determined by reference to a single scale of evaluation (e.g. the pleasure-pain scale as in the hedonistic utilitarianism of a Bentham); it is a final judgment passed in summation of the cumulating or competing results of evaluation by reference to a number of criteria of value».

79 Sobre el principio de igualdad, por ejemplo v. MIR PUIG, Santiago: «Límites del normativismo en Derecho penal», cit. n. 16, pp. 484 y s.; EL MISMO: Derecho penal. Parte general, cit. n. 9, pp. 541 y ss. margs. 47 y ss.

80 Empujándonos a ponderar con el principio de dignidad; en este sentido, cfr. ATIENZA, Manuel: «Sobre el concepto de dignidad humana», cit. n. 3, pp. 14 y ss., 23. En relación con la doctrina del Tribunal Constitucional, asimismo v. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: Dignidad de la persona y derechos fundamentales, cit. n. 3, pp. 116 y s.

81 CEREDO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. PG III, cit. n. 9, pp. 16 y ss., con ulteriores referencias.

82 En particular BVerfGE, de 26 febrero 2008 (Akt.Z: 2 BvR 392/07): «Der Grundsatz 'keine Strafe ohne Schuld' hat Verfassungsrang; er findet seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 Abs. 1 GG und im Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 9, 167 <169>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>). Aus diesem Grundsatz folgt für die Strafgerichte das Gebot schuldangemessenen Strafers im Einzelfall. Danach muss Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen». Asimismo STC 181/2004, de 2 noviembre, fundamento jurídico décimo tercero. En nuestra doctrina cfr. MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general, cit. n. 9, p. 124 marg. 66. Con carácter general, por ejemplo GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús: Autonomía, dignidad y ciudadanía, cit. n. 16, pp. 442 y s.

83 Ilustrativo ATIENZA, Manuel: «Sobre el concepto de dignidad humana», cit. n. 3, pp. 17 y s.

culpabilidad del sujeto y su medida a la medida de ésta, prescribiendo con ello la instrumentación del mismo —en particular, en nuestra disciplina— por razones de prevención⁸⁴, no ofrece ulteriores aproximaciones al citado concepto —de culpabilidad⁸⁵, ¿no hay pena sin culpabilidad?; mostrándose por ello, en exceso formal para permitir una evaluación de los diversos modelos.

Finalmente, la vinculación de las medidas de seguridad en nuestro marco jurídico, con las causas de inimputabilidad en los artículos 101 y siguientes del Código, se presta igualmente a una explicación desde estos presupuestos. En tanto que la culpabilidad se sustenta, en último término, en la apreciación de márgenes de libertad en la determinación de la voluntad —«tratar a las personas de acuerdo con sus

acciones voluntarias»⁸⁶— y las causas de inimputabilidad presuponen, inversamente, la ausencia o más bien, la irrelevancia de los márgenes concurrentes a efectos de reproche. Las medidas de seguridad engarzan aquí en tanto que presuponen el señalado déficit —de libertad en la determinación de la voluntad— en el ciudadano⁸⁷ y se legitiman en tanto que restituyen la misma⁸⁸. Tales presupuestos se abren también a los recientes esfuerzos tendentes a legitimar el reproche —igualmente— mediante la legitimidad de la norma⁸⁹, en tanto que enlazan con la idea de autonomía que subyace al citado principio⁹⁰. Se advierten, por tanto, ulteriores razones de coherencia —sistemática, luego, jurídico-formales; aunque no sólo. Pero sobre estas y otras cuestiones, se deberá entrar ya en otro lugar.

84 En este sentido STRATENWERTH, Günter: El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad, cit. n. 62, pp. 119 y ss.

85 A lo que quizá no sea ajena su formulación en buena medida negativa: «no hay pena sin culpabilidad»; en este sentido, con razón, señala MELENDO PARDOS, Mariano: El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad, cit. n. 27, pp. 612 y s., que este principio «no dice nada..., sobre qué conductas son reprochables y por qué». En esta línea, ya MUÑOZ CONDE, Francisco: «Über den materiellen Schuldbegriff», cit. n. 14, p. 70. Más recientemente, también GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: Dignidad de la persona y derechos fundamentales, cit. n. 3, pp. 23, 140 y s., señalando la resistencia, en la doctrina del Tribunal Constitucional, «a concretarlo mediante referencias específicas a la dignidad de la persona».

86 Últimamente, HILLENKAMP, Thomas: «Das limbische System: Der Täter hinter dem Täter?», cit. n. 16, p. 105: «Nur wenn diese Entscheidungsfreiheit existiert, hat es Sinn, einen Schuldvorwurf zu erheben»; en la doctrina, italiana, igualmente ilustrativo BARTOLI, Roberto: Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione, G. Ciappichelli, Torino, 2005, pp. 25 y ss., 71 y ss. y, especialmente, 125 y ss.

87 En esta línea, ya WELZEL, Hans: Das deutsche Strafrecht, cit. n. 12, p. 245.

88 Así ya, en relación con la ponderación de consecuencias jurídicas, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 10, pp. 220 y s.

89 GÜNTHER, Klaus: Schuld und kommunikative Freiheit, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004, p. 253: «Sowohl die legitime Geltung von Normen als auch die Pflicht zur Befolgung dieser Normen werden davon abhängig gemacht, daß die Person sich kritisch gegenüber (eigenen und fremden) Äußerungen und Handlungen verhalten kann... Die Legitimität der Rechtsnormen hängt von rechtsförmig institutionalisierten Verfahren ab, in denen Staatsbürger kritisch zu Normvorschlägen Stellung nehmen können», tratándose en la culpabilidad, p. 258, «um das Selbstverständnis der Staatsbürger als freie und gleiche Rechtspersonen». Últimamente, también JAKOBS, Günther: «La culpabilidad de los foráneos», cit. n. 46, p. 126, planteándolo primeramente, con razón, como problema de legitimidad de la norma. En la doctrina italiana v. BARTOLI, Roberto: Colpevolezza, cit. n. 86, pp. 25 y s. Anteriormente NINO, Carlos S.: Ética y derechos humanos, cit. n. 3, pp. 388 y ss.; entre nosotros MUÑOZ CONDE, Francisco: «Über den materiellen Schuldbegriff», cit. n. 14, pp. 75 y ss.. Más recientemente MARTÍN LORENZO, María: La exculpación penal, cit. n. 32, pp. 287 y ss., 291, 293 y ss., 318 y ss., 352, 413 y ss., 511, señalando, en p. 319: «la noción central de la culpabilidad penal en el sistema jurídico propio de un Estado democrático reside en el concepto de persona deliberativa»; en relación con la culpabilidad empresarial GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: La culpabilidad penal en la empresa, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 286 y ss., quien sustenta la imputación personal a estos entes sobre el hecho «de que las corporaciones participan en el proceso de formación de normas sociales y jurídicas, de que participan en la producción común de sentido» (p. 295). Con amplias referencias de la doctrina iuspublicista alemana, asimismo v. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: Dignidad de la persona y derechos fundamentales, cit. n. 3, pp. 45 y s., 56 y ss. Con carácter general, GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús: Autonomía, dignidad y ciudadanía, cit. n. 16, pp. 445 y ss.

90 En este sentido, ilustrativo PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, cit. n. 3, pp. 68 y s.