

APA:

ZIFFER, P. (2023). La discusión en torno al concepto de culpabilidad. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial: Teoría del Delito*, (37), 19-45.

## LA DISCUSIÓN EN TORNO AL CONCEPTO DE CULPABILIDAD\*

PATRICIA ZIFFER\*\*

**SUMARIO:** 1. Los problemas del concepto de culpabilidad. 1.1. La inseguridad en la doctrina. 1.2. Los problemas en la praxis. 2. La discusión acerca de los elementos preventivos en el concepto de culpabilidad. 3. Las posiciones “preventivistas” en particular. 3.1. Culpabilidad y responsabilidad. La tesis de Roxin. 3.2. La culpabilidad como derivado de la prevención general positiva. La tesis de Jakobs. 4. Las críticas a las teorías “preventivistas”. 4.1. Las coincidencias con respecto a los elementos preventivos. 4.2. Las críticas a la legitimación de la pena. 4.3. Las críticas a la función limitadora del principio de culpabilidad. 4.4. Las críticas a la ampliación de la punibilidad. 4.5. La legitimación según el sistema de imputación. El modelo de Frister. 5. Consideraciones finales. 5.1. La capacidad limitadora del principio de culpabilidad. 5.2. La culpabilidad en la determinación de la pena. Bibliografía.

### RESUMEN:

La autora, en el presente artículo, realiza un análisis dogmático de la problemática del concepto de culpabilidad en el Derecho Penal. Para tal propósito realiza un recorrido por las diferentes posiciones y críticas que hay respecto al tema en cuestión.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Penal, culpabilidad, posiciones preventivas, Roxin, Jakobs, Frister, legitimación de la pena, principio de culpabilidad, ampliación de la punibilidad, determinación de la pena.

**TITLE:** The Debate Regarding the Concept of Culpability.

### ABSTRACT:

In this article, the author conducts a dogmatic analysis of the problematic concept of culpability in Criminal Law. To this end, the article reviews various positions and critiques related to the topic in question.

\* Originalmente publicado en *RPCP*, Número 3, 1994, pp. 259-290.

\*\* Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Buenos Aires.

**KEYWORDS:** Criminal Law, culpability, preventive positions, Roxin, Jakobs, Frister, justification of punishment, principle of culpability, expansion of punishability, sentencing determination.

## 1. LOS PROBLEMAS DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

### 1.1. La inseguridad en la doctrina

El principio de culpabilidad cumple dentro del sistema penal básicamente tres funciones: 1º fundamenta la punibilidad conjuntamente con la tipicidad y la antijuridicidad; 2º indica que debe existir congruencia entre ilícito y culpabilidad, que no puede haber elementos del ilícito que sean indiferentes a la culpabilidad y que no se reflejen en ella; y 3º) señala la adecuación que debe darse entre pena y culpabilidad (principio de proporcionalidad)<sup>1</sup>. La culpabilidad debe servir de principio para la medida de la pena, y la individualización de la pena no sería otra cosa que la expresión de la culpabilidad en unidades de pena<sup>2</sup>.

Si bien se le reconoce rango constitucional, en general, como derivación de la dignidad del hombre, el acuerdo doctrinario en cuanto a su necesidad es puramente formal, ya que las divergencias en torno a cuál debe ser su *contenido* concreto permiten poner en duda que efectivamente se alcancen los objetivos que se pretende lograr. Es sabido que no es suficiente con declamar que un principio ha sido acogido por la Constitución, sino que primero se debe determinar qué contenido corresponde atribuirle, y es en este punto en el que las opiniones se bifurcan.

El concepto de culpabilidad tradicional, apoyado en el libre albedrío, tal como lo concibe el BGH<sup>3</sup> (Tribunal Federal Supremo), que ve a la culpabilidad como reprochabilidad personal, en general, es rechazado por la doctrina. En lo fun-

1 KAUFMANN, ARTHUR, "Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht" en *Jura*, 1986 pp. 227 y ss.

2 HORN, ECKHARD, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5a. ed. actualizada a marzo de 1992, núm. 24, § 46.

3 BGHSt 2, pp. 194 y ss., esp. 200 y ss.: "Pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de disvalor de la culpabilidad se reprocha al autor el haberse decidido por el injusto a pesar de que podía haber actuado conforme a derecho, de que podía haberse decidido por el derecho. El fundamento interno del reproche de culpabilidad reside en que el hombre posee autodeterminación moral, libre y responsable y por ello está capacitado para decidir a favor del derecho y en contra del ilícito, de conducir su conducta conforme a las normas del deber jurídico y evitar lo prohibido jurídicamente, en cuanto ha alcanzado la madurez moral y en tanto la situación de libre autodeterminación moral no esté perturbada por uno de los llamados procesos enfermizos transitorios del §51 StGB o dañada permanentemente. Presupuesto

damental, se sostiene un concepto que esté en condiciones de prescindir de postulados de libertad, y en el que no se realizan juicios de condena moral. Así, se ve en la culpabilidad la mera “caracterización de la responsabilidad social del autor” (Bruns, entre otros), o un “derivado de la prevención general” (Jakobs), o sea, como reflejo de las necesidades que sirven primariamente al reforzamiento de la norma<sup>4</sup>.

Tampoco existe coincidencia en cuanto a cuáles son los factores que deben constituir la base del juicio de culpabilidad. La culpabilidad por conducción de vida y la culpabilidad de carácter, por un lado, y la culpabilidad por el hecho, por el otro, marcan en este punto las posiciones más extremas. En general, la tendencia es a tomar en cuenta sólo la culpabilidad por el hecho, pero numerosos factores considerados irrenunciables para la graduación de la culpabilidad son clara expresión de la culpabilidad por conducción de vida, y existe gran confusión en cuanto a la medida en que se pueden considerar, por ejemplo, la conducta anterior y posterior al hecho, y si esto influye sobre el grado de culpabilidad, o si sólo puede tomarse en cuenta en relación con los fines de prevención de la pena<sup>5</sup>.

El principio de culpabilidad debe actuar como límite, restringiendo la aplicación de la pena sólo a aquellos casos en que pueda formularse un reproche al autor, y debe constituir fundamento y parámetro para la aplicación de la pena. Pero para que una tarea de semejante complejidad pueda ser cumplida se requiere algo más que fórmulas sin contenido específico, tales como “reprochabilidad”, la “posibilidad de actuar de otro modo”, “la decisión conciente y querida en favor del ilícito”, o la “exigibilidad de otra conducta”, en cuanto esto se determina normativamente y no según el autor individual.

Pero el concepto de culpabilidad ha sufrido críticas no sólo por la indefinición de sus contenidos, sino también por el carácter retributivo que no le es ajeno, y que, sublimado, reaparece en la prevención general positiva. La culpabilidad tal como se la concibe tradicionalmente debería llevar a la aplicación de una pena a pesar de la inexistencia de una necesidad social que la justificara. La referencia a la culpabilidad elimina, bajo ciertas circunstancias, la necesidad de establecer la libertad del autor en concreto, la cual simplemente se presupone. Es una forma de imputación que no obliga a desarrollar otras formas de elaboración del conflicto social que configura la lesión de una norma, que tiendan a reemplazar a la punibilidad<sup>6</sup>. Entre otras propuestas, se plantea como alternativa reemplazar el principio de culpabilidad por el

---

para que el hombre se decida por el derecho y en contra del ilícito en libre, responsable y moral autodeterminación es el conocimiento del derecho y del ilícito...”.

4 STRENG, FRANZ, *und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg, 1984, p. 22.

5 STRENG, *Strafzumessung*, p. 22.

6 ELLSCHEID / HASSEMER, “Strafe ohne Vorwurf”, en *Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, t. IX,

principio de proporcionalidad, idea que prácticamente no ha encontrado eco en la doctrina. Entre otras objeciones, se expresa que la proporcionalidad no es suficiente como para reemplazar a la culpabilidad, ya que ella constituye tan sólo uno de sus aspectos<sup>7</sup>.

El punto crítico en donde mejor se advierte la ausencia de un concepto de culpabilidad que vaya más allá de meras fórmulas es la falta de criterios que permitan una explicación plausible de las causas de disculpa, en las cuales, a pesar de que es posible actuar de otro modo, tal conducta no es exigida por la ley en forma igualitaria.

Intrasistemáticamente, es decir, sin salir del principio de culpabilidad, no es posible explicar las limitaciones que rigen para la exclusión de la culpabilidad en los casos de inculpabilidad o de error de prohibición. Esto también lo demuestra la construcción de la culpabilidad por conducción de vida, que aparece en la base de la punición de los autores emocionales, o en los problemas de la imprudencia, en donde se encubren las necesidades preventivas, con el objeto de hacerlas compatibles con la idea de culpabilidad<sup>8</sup>. La ley y la jurisprudencia no contemplan en igual medida todos los déficits de libertad empíricamente comprobables, sino que actúan disculpando sólo frente a aquellas circunstancias cuyo reconocimiento no haga temer una pérdida relevante de estabilidad para el ordenamiento jurídico<sup>9</sup>.

También Stratenwerth coincide en que la influencia ejercida por las exigencias de la prevención sobre la conformación concreta del principio de culpabilidad se percibe tanto en la teoría como en las discusiones de reforma: “la medida en la cual la lesión de una norma es imputada a la culpabilidad de un autor ha sido evidentemente decidida desde el punto de vista de lo que se requiere para el mantenimiento del orden jurídico, es decir, preventivamente”<sup>10</sup>. La política criminal ha influido siempre sobre la determinación de las reglas de la imputación penal. Así, p.ej., un reconocimiento demasiado amplio del error de prohibición conduciría a una exculpación demasiado amplia para el autor. Se renuncia, pues, a la determinación de la capacidad individual, y se utiliza un concepto “general y social de culpabilidad” que no incluye ya ningún momento de reproche individualizado<sup>11</sup>. La eficacia po-

1970, pp. 27 y ss.

7 KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldgrundsatz*, p. 227, quien hace referencia al carácter puramente formal del principio de proporcionalidad; también el Talión es proporcional.

8 STRATENWERTH, GÜNTER, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, 1980, pp. 122 y ss.

9 HART-HÖNIG, KAI, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, Berlin, 1992, p. 105.

10 STRATENWERTH, *El futuro*, pp. 94, 96.

11 STRATENWERTH, *El futuro*, p. 99.

líticocriminal del derecho penal correría serio peligro si la culpabilidad dependiera realmente de la libertad individual para comportarse de acuerdo con la norma<sup>12</sup>.

## 1.2. Los problemas en la praxis

Pero la inseguridad en cuanto al concepto de culpabilidad plantea problemas no sólo en el plano teórico, sino que, como es lógico, la falta de certeza también se refleja en la aplicación práctica del derecho. Los efectos de la indefinición de la culpabilidad fueron analizados empíricamente por Streng<sup>13</sup>, quien en su escrito de habilitación presenta los resultados de una investigación cuyo objetivo era determinar cuáles son los factores que conducen a desigualdades relativas en la aplicación de las penas. Según las conclusiones a que se llegó, el principio de culpabilidad, por la diversidad de los contenidos que se le atribuyen, es uno de esos factores. Las diferencias en los parámetros valorativos del juzgador conduce a diferencias en la valoración de la culpabilidad. Pues ninguno de los conceptos de culpabilidad contiene parámetros objetivos para su cuantificación; por ello, la mensuración de la pena de culpabilidad, si bien debe reflejar los parámetros transmitidos socialmente, termina convirtiéndose en el espejo de los valores personales del juzgador<sup>14</sup>. A esto se suma la necesidad de expresar la pena en unidades (inexistentes) de culpabilidad. La utilización de conceptos de culpabilidad diferentes resulta problemática desde el punto de vista de la justicia relativa, porque se trata de un concepto con un potencial de justificación específico para la imposición de penas, y que se traduce efectivamente en penas diferentes para hechos similares. Según las conclusiones de la investigación, cuanto más grave la pena declarada como adecuada, tanto mayor la correspondencia con un concepto de culpabilidad basado en la idea de una libre decisión en favor del ilícito<sup>15</sup>. Streng propone definir el concepto en la ley, sobre la base de la relevancia social del hecho para la comunidad jurídica. De este modo, se expresaría, independientemente del reproche ético individual, que la conducta del autor no ha correspondido determinadas expectativas de conducta irrenunciables de la comunidad, y que por ello se lo hace responsable, en la medida en que esto aparece como ineludible para el mantenimiento del orden jurídico. La propuesta de definir el concepto de culpabilidad en la ley tiene por detrás la intención de poner fin, de facto, a la discusión doctrinaria en su torno. Pero esto puede ser visto con algún escepticismo, ya que las definiciones legales pocas veces logran unificar las opiniones doctrinarias,

---

12 STRATENWERTH, *El futuro*, p. 101.

13 En *Strafzumessung*.

14 STRENG, *Strafzumessung*, p. 24.

15 STRENG, *Strafzumessung*, p. 283.

y por vía de interpretación se suele llegar a las mismas conclusiones divergentes que habían sido sostenidas hasta ese momento.

## 2. LA DISCUSIÓN ACERCA DE LOS ELEMENTOS PREVENTIVOS EN EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

El reconocimiento de que la política criminal juega un papel decisivo en la determinación de la culpabilidad, y de la imposibilidad de lograr una explicación consistente de la culpabilidad penal a partir de criterios puramente individuales, tuvo como consecuencia una focalización de la discusión en los contenidos preventivos de la culpabilidad. En el momento en que comienza a juzgarse la culpabilidad no ya según criterios de posibilidades reales del individuo, comprobables empíricamente, sino a través de generalizaciones, de situaciones promedio, se introducen consideraciones de política criminal en el concepto de culpabilidad mismo, lo cual va a tener como consecuencia relaciones cada vez más complejas entre culpabilidad y prevención. La determinación del concepto de culpabilidad se realiza otorgándole contenido material recurriendo cada vez más a las teorías preventivas de los fines de la pena.

Según las concepciones preventivistas, hay culpabilidad cuando existen la oportunidad y la necesidad de evitar comportamientos futuros errados *por medio* de la pena. En este sentido, Burkhardt habla de reformulaciones teleológicas, pragmáticas, instrumentalistas o utilitarias del principio de culpabilidad<sup>16</sup>. Por cierto, no se trata de concepciones nuevas, pero sí que han entrado en la discusión con más fuerza recién en los últimos años<sup>17</sup>.

Con relación al tema del libre albedrío, se adopta un punto de partida neutral, agnóstico o levemente determinista, lo cual constituye una diferencia con respecto a quienes afirman una culpabilidad material, con estructuras a priori de culpabilidad, o que ven en ella un fenómeno metafísico, y que pueden ser calificadas como “deontológicas”<sup>18</sup>. Pero mientras que éstas “dependen” de la libertad del individuo para decidirse en contra del derecho, lo cual es imposible de determinar en el caso concreto, en aquéllas, el problema del libre albedrío puede quedar de lado, pues la imputación de culpabilidad se corresponde con una disposición *general* a aceptar la responsabilidad en la situación en que se encuentra el autor. Y esto es independiente

16 BURKHARDT, BJÖRN, “Das Zweckmoment im Schuldbegriff”, en *GA*, 1976, pp. 321 y ss.

17 Acerca de la vinculación de estas ideas con el utilitarismo de Bentham y Simmel, cf. BURKHARDT, *Zweckmoment*, pp. 323 y ss. Retrotrayendo más aún el origen de las teorías preventivas de la pena, cf. KAUFMANN, ARTHUR “Über die gerechte Strafe”, en *Festschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin, 1986, pp. 425 y ss.

18 BURKHARDT, “Zweckmoment”, pp. 321 y ss.

del libre albedrío, que sólo es necesario cuando se pretende descalificar al individuo (reprochabilidad), y no cuando lo que se quiere lograr es un determinado efecto social. No es tanto que el “poder” individual sea una mera ficción, como se afirma en la tan citada frase de Kohlrausch<sup>19</sup>, según la cual la culpabilidad es una “ficción necesaria para el Estado”, sino que se trata de una construcción normativa<sup>20</sup>.

El avance de las teorías relativas de la pena se relaciona con el reconocimiento casi mayoritario de que la mera retribución no puede verse como razón suficiente para justificar la aplicación de una pena por parte del Estado, el cual sólo puede actuar de este modo frente a un fin social que vaya más allá de la mera aplicación de un sufrimiento. Al ir desarrollándose una concepción de la pena cada vez menos “expiatoria”, y cada vez con mayor contenido preventivo, la culpabilidad misma se vuelve portadora de rasgos claros propios de un instrumento de prevención. El sentido de la pena está determinado por fines racionalmente descriptos y no por la compensación de la culpabilidad<sup>21</sup>.

En tanto la culpabilidad constituye el presupuesto para la aplicación de una pena, pero también determina la medida de una pena justa, pena y culpabilidad se vuelven conceptos inescindibles, y todo lo que vale para los fines preventivos se traslada a la culpabilidad y a la individualización de la pena, lo cual, como se verá, plantea otras dificultades.

### 3. LAS POSICIONES “PREVENTIVISTAS” EN PARTICULAR

#### 3.1. Culpabilidad y responsabilidad

##### La tesis de Roxin

Las dificultades para encontrar un principio material común a todos los casos de exclusión de la culpabilidad llevaron en su momento a Maurach a dividir la imputabilidad en dos niveles; “responsabilidad por el hecho” y “culpabilidad”, partiendo de que la culpabilidad es la posibilidad de actuar de otra manera: decidirse en favor del ilícito. Todos los demás casos son casos de falta de responsabilidad por el hecho -nivel que precede al de la culpabilidad-, y en el que no se toma en cuenta la capacidad individual, sino que se “presume el poder de actuar promedio”. Pero en verdad, la capacidad individual tampoco se tiene en cuenta en la culpabilidad, en la medida en que ésta no resulta comprobable<sup>22</sup>. Maurach advierte parte del pro-

---

19 En *Güterbock Festgabe*, pp. 1 y ss. esp. p. 26.

20 Así, JAKOBS, GÜNTHER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2a. ed. Berlín - New York, 1991, 17 /23.

21 Acerca de esta evolución, cf. STRATENWERTH, *El futuro*, passim.

22 Cf. ROXIN, CLAUUS, “Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien”, en

blema, pero en tanto no encuentra un denominador común para todas las causas de exclusión de la culpabilidad, poco es lo que se avanza. La búsqueda de este principio común constituye el hilo conductor de las argumentaciones de Roxin sobre este tema. Su tesis central es que la categoría sistemática “culpabilidad” lleva en sí los principios políticocriminales de la teoría de los fines de la pena: mientras que los tipos muestran modelos de prohibiciones dirigidas a los ciudadanos, teniendo en cuenta la prevención general, la culpabilidad tiene que ver con el hecho de si desde el punto de vista penal es necesaria una sanción contra el autor individual<sup>23</sup>. Lo que importa no es si el individuo pudo haber actuado de otro modo, sino si el legislador quiere hacerlo responder por ese acto. De allí que Roxin prefiera hablar de “responsabilidad”<sup>24</sup>.

Sólo la teoría de los fines de la pena permite explicar por qué en situaciones en las que existe la posibilidad de actuar de otra manera, y en este sentido, hay culpabilidad, al renunciar a la aplicación de una pena, el legislador lo hace sólo parcialmente, como ocurre, por ejemplo, en el caso del bombero, que no podría salvar su propia vida en perjuicio de una víctima del incendio, amparándose en una situación de estado de necesidad disculpante<sup>25</sup>.

Las causas de exclusión de la culpabilidad son casos de falta de responsabilidad por razones de finalidad, solución que es preferible a hablar de una reducción de la reprochabilidad, pues esto no explica la punibilidad de ciertos casos que, en principio, resultarían idénticos<sup>26</sup>.

Sin embargo, Roxin no quiere abandonar totalmente algunos de los postulados de las posiciones tradicionales, lo cual resulta parcialmente contradictorio en algunos puntos, especialmente en lo que se refiere a la función limitadora de la culpabilidad. El carácter antitético de culpabilidad y prevención no debería ser abandonado totalmente, según él, y la culpabilidad debería tomar sólo algunos de estos fines preventivos<sup>27</sup>, actuando como límite únicamente para la individualización de la pena con relación a los fines de prevención especial y general negativa. A su vez, la prevención especial podría llevar a limitar la prevención general en los casos en que

---

*Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin, 1974, pp. 179 y ss.

23 ROXIN, *FS-Henkel*, p. 181.

24 Esto ha sido fuertemente criticado, pues representaría en gran medida sólo un cambio de terminología innecesario.

25 ROXIN, *FS-Henkel*, p. 181 y ss.

26 ROXIN, CLAUS, “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, en *Festschrift für Bockelmann*, Munich, 1979, p. 282.

27 ROXIN, *FS-Bockelmann*, p. 308.

se pudiera llegar a la desocialización<sup>28</sup>, pero en tanto categoría fundamentadora de la pena, la culpabilidad no cumpliría ya ninguna función limitadora.

### 3.2. La culpabilidad como derivado de la prevención general positiva

#### La tesis de Jakobs

Sin lugar a dudas, Jakobs<sup>29</sup> es el sostenedor más radical de las ideas preventivistas en materia de culpabilidad, llevando al máximo las consecuencias de esta orientación. Su punto de partida es establecer que la finalidad del derecho penal es compensar las defraudaciones a las expectativas mediante la imputación a un autor cuya conducta es tematizada como errada. Quienes actúan en forma fiel al derecho deben poder confiar en el cumplimiento general de las normas; y esta confianza se ve perturbada cuando uno de los miembros de la comunidad jurídica rechaza el carácter decisivo de la norma. En este contexto, la pena aparece como la contradicción del quebrantamiento de la norma<sup>30</sup>. El derecho penal debe lograr la estabilización de un determinado orden, objetivo que, con graves falencias, es alcanzado en líneas generales en la actualidad, y para ello, una de las condiciones es la vinculación de la pena a la culpabilidad<sup>31</sup>.

Si el derecho penal tiene una finalidad, y se trata de un derecho penal de culpabilidad, es inevitable que la finalidad tñia la culpabilidad. La culpabilidad tiene su fundamento en la prevención general, y se mide de acuerdo con ella<sup>32</sup>.

Todos los intentos por determinar el contenido material de la culpabilidad tienen algo en común: la culpabilidad aísla una de las condiciones dadas del hecho decepcionante, un defecto de motivación, como penalmente relevante, y al mismo tiempo, se cercena la cuestión de la causa del defecto de motivación, la cual sólo incumbe al autor. En una sociedad en la que los contactos sociales están regulados ampliamente por reglas jurídicas, los hombres son definidos como personas competentes por su propia voluntad motivada suficientemente al cumplimiento de la norma. La culpabilidad debe ser vista en el contexto de la misión del derecho penal

28 ROXIN, CLAUS, "Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke", en *Festschrift für Schultz*, Bern, 1977, p. 477.

29 Especialmente, cf. "Schuld und Prävention", en *Recht und Staat*, Cuaderno 452/3, Tübingen, 1976.

30 STÜBINGER, STEPHAN, "Nicht ohne meine Schuld! Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs", en *Kritische Justiz*, año 26, cuaderno 1, p. 35.

31 JAKOBS, "Schuld und Prävention", p. 3.

32 JAKOBS, "Schuld und Prävention", p. 9.

de ejercitar en el reconocimiento de la norma. No existe previamente al derecho penal, sino que es introducida y legitimada por él<sup>33</sup>.

Únicamente la finalidad otorga contenido al concepto de culpabilidad. Esto se advierte con mayor o menor claridad en los grupos de problemas individuales; pero donde mejor se puede ver es en el hecho de que los datos psíquicos son reformulados normativamente: el objeto de la valoración es sólo una construcción<sup>34</sup>.

En los casos de error, la vinculación con la finalidad no es tan clara. El reconocimiento de la posibilidad de error es una distribución de los riesgos en perjuicio del derecho, necesaria para que la factibilidad general del derecho resulte aceptable, o cuando menos, tolerable<sup>35</sup>. Aquel que es fiel al derecho siempre es capaz de cumplir la norma, y dado que el “logro” de la fidelidad al derecho le es atribuida al individuo como tarea autónoma, con respecto a la capacidad, no interesa un resultado psíquico, sino un elemento normativo, cuyo contenido está determinado por la finalidad<sup>36</sup>.

También las causas de exculpación estado de necesidad y exceso son explicables a partir de su finalidad. Se trata de un conflicto poco frecuente, y que puede ser reelaborado sin recurrir a la pena, y sin que se presente la necesidad de estabilizar la confianza en el ordenamiento. Esto se ve aun más claramente cuando se analizan las excepciones, los casos de aquellos a quienes sí se les exige el cumplimiento de la norma. Sólo se disculpa en la medida en que esto resulte tolerable para el ordenamiento jurídico<sup>37</sup>. Idéntica situación psíquica no conduce a idéntica culpabilidad cuando la finalidad no es también la misma, tal como ocurre, por ejemplo, en los casos en los cuales es el autor mismo quien se colocó en la situación de peligro, que se resuelven mediante la teoría de la *actio libera in causa*<sup>38</sup>.

La estabilización está limitada a ámbitos en los cuales la producción de defraudaciones es evitable con buena voluntad, y debe estar limitada a aquello que ya no resulta tolerable, cuando supera incluso a aquellos que tienen buena voluntad<sup>39</sup>. Este es el fundamento de la atribución de imputación a procesos motivacionales, reales o contruados.

33 STUBINGER, “Kritik”, p. 37.

34 “Schuld und Prävention”, pp. 14 y ss.

35 “Schuld und Prävention”, pp. 18.

36 “Schuld und Prävention”, pp. 19.

37 “Schuld und Prävention”, pp. 21.

38 “Schuld und Prävention”, pp. 22.

39 “Schuld und Prävention”, pp. 24.

La culpabilidad es definida por Jakobs como la “competencia por una falencia en la motivación conforme a derecho”<sup>40</sup>. La función que debe cumplir este concepto es caracterizar a la no motivación conforme a derecho como fundamento del conflicto. Para la determinación de la culpabilidad se debe resolver cuánto de coacción social se puede cargar al autor, y cuántas de las cualidades perturbadoras del autor deben ser aceptadas por el Estado, por la sociedad y por la víctima misma<sup>41</sup>.

## 4. LAS CRÍTICAS A LAS TEORÍAS “PREVENTIVISTAS”

### 4.1. Las coincidencias con respecto a los elementos preventivos

Si bien estas posiciones han sido objeto de numerosas críticas, aun los autores más tenaces en su defensa del principio de culpabilidad reconocen la imposibilidad de determinar un concepto de culpabilidad con total independencia de los fines preventivos.

Así, por ejemplo, Arthur Kaufmann, uno de los más decididos sostenedores de un concepto tradicional de culpabilidad, coincide con Jakobs en que a partir *sólo* de la culpabilidad no es posible determinar el tipo y medida de la pena. No admite que el concepto sea meramente formal, pero define a la culpabilidad como la decisión conciente y querida del ilícito<sup>42</sup>, y reconoce que esto es demasiado genérico, con lo cual el fin de la pena codeterminaría la culpabilidad; pero aunque la pena deba reafirmar el ordenamiento jurídico, ésta no es su función principal, sino la de resocializar al autor. Sin embargo, sostiene que en ciertos casos, a pesar de la innecesariedad de una intervención resocializadora, de todos modos corresponde aplicar una pena que confirme la vigencia de la norma.

Horn se expresa decididamente en favor de una absoluta coincidencia entre ilícito, culpabilidad y medida de la pena, y pone en duda la capacidad de estas tendencias para modificar el estado actual de las decisiones, pero admite su valor para lograr una mejor explicación de las causas de exclusión de la culpabilidad<sup>43</sup>, punto en el que también coincide Stratenwerth, quien no cree que las consideraciones preventivas sean suficientes para interpretar el principio de culpabilidad, o que sean capaces de reemplazarlo; pero tampoco se puede dejar de reconocer que las exigencias

---

40 AT, 17/1.

41 AT, 17/21.

42 “Schuldgrundsatz”, p. 229.

43 K, § 46, núm. 45.

de la culpabilidad jurídicopenal en su propia consideración contienen elementos más o menos amplios de política criminal<sup>44</sup>.

Burkhardt realiza una encendida crítica de las teorías utilitaristas, pero limitada sólo a ciertos aspectos, pues tampoco él niega ni la necesidad ni la importancia de los elementos preventivos de la culpabilidad, los cuales también impregnan la definición de Wolter<sup>45</sup>: “culpabilidad es el no alcanzar el autor la medida de conducta que se espera del ciudadano promedio en la situación de hecho concreta”. Hart-Hönig, aun cuando considera ilegítimo determinar la pena basándose directamente en fines preventivos<sup>46</sup>, advierte que es en este punto, justamente, en el que se hace más marcada la imposibilidad de un derecho penal con una culpabilidad libre de elementos preventivos<sup>47</sup>. La diferencia de los marcos penales legales se apoya en la diferente valoración de los respectivos bienes jurídicos, y contradice el principio de la culpabilidad por el hecho individual; pues si la culpabilidad fuera determinada por el poder de actuar de otro modo, el ámbito potencial de la culpabilidad sería igual para todos los delitos. La diferencia de los ilícitos según su gravedad se debe a razones de prevención general. Es decir, que ya los marcos penales mismos no están orientados a la retribución de la culpabilidad sino a la prevención general<sup>48</sup>.

## 4.2. Las críticas a la legitimación de la pena

A pesar de que la prevención general positiva podría ser calificada como la “opinión dominante”, y de que la mayoría de los autores coinciden en la imposibilidad de definir la culpabilidad sin hacer referencia a contenidos preventivos, se suele sostener que una culpabilidad que se nutre de estos fines no está en condiciones de “legitimar” la pena<sup>49</sup>.

Se afirma que la pena necesita para su justificación, además de su utilidad preventiva, de un principio autónomo de legitimación, para lo cual sólo podría entrar

44 Cf. nota 11, y op. cit., p. 121. Un criterio similar en SCHÜNEMANN, BERND, en “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”, en *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, passim, esp. p. 159.

45 WOLTER, JÜRGEN, “Schuldinterlokut und Strafzumessung, Rechts-und Sozialstaat, Rechts-und Sozialwissenschaften im Strafprozeß”, en *GA*, 80, p. 86.

46 “Strafzumessung”, p. 128.

47 “Strafzumessung”, p. 31.

48 “Strafzumessung”, p. 32 y 40.

49 Los argumentos que se utilizan son en general, una reiteración de las críticas a la prevención general positiva en el ámbito de las teorías de la pena, por lo que son reproducidos aquí sólo parcialmente

en consideración la culpabilidad<sup>50</sup>. Una y otra vez se hace referencia a que el reemplazo del concepto de culpabilidad por un concepto preventivista tendría funestas consecuencias para la vigencia del estado de derecho<sup>51</sup>. En realidad, la mayoría de estas críticas se dirigen con especial énfasis hacia Jakobs y su trasfondo funcionalista: se sostiene que un principio normativo derivado de la teoría de los sistemas acabaría cayendo en una apología del sistema de que se trate, y conduciría sólo a justificar el sistema actual de derecho penal<sup>52</sup>. Pero, en verdad, esto alcanzaría a muchos de los autores de los que parten las críticas, en la medida en que también ellos se basan en la necesidad de la pena para la estabilidad de un determinado ordenamiento jurídico, y que, en este sentido, también hacen una “apología del sistema”. La distancia existente entre la concepción de Jakobs y los restantes sostenedores de la prevención general positiva es más aparente que real. Lo que sí posiblemente constituya una diferencia es que Jakobs es menos tímido en las formulaciones, pero sin que los contenidos difieran sustancialmente de los de otros preventivistas.

### 4.3. Las críticas a la función limitadora del principio de culpabilidad

Otro argumento de peso que se esgrime en contra de estas concepciones se funda en que el concepto de culpabilidad debe cumplir una importante función restrictiva de la injerencia penal del Estado, y que esta función limitadora no se desprende de una interpretación de la culpabilidad a partir de los fines de la pena.

El principio de culpabilidad aparece en su desarrollo histórico como un principio restrictivo, que debe limitar el marco dentro del cual es legítimo tender al logro de fines preventivos, con lo cual la introducción de estos fines en la culpabilidad misma resulta paradójica<sup>53</sup>. Sólo el principio de culpabilidad puede evitar que el Estado llegue a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los cuales no se le puede dirigir ningún reproche personal<sup>54</sup>.

Con una interpretación del principio de culpabilidad como la de Jakobs -se afirma-, éste no resulta apto para poner límites a la intervención del Estado en favor de la prevención general<sup>55</sup>. El conflicto sólo puede existir respecto de la prevención

50 Así, SCHÜNEMANN, *La función*, p. 162.

51 SCHÜNEMANN, *La función*, pp. 160, 167. Cf. asimismo PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1986, p. 255

52 Tal es caso de las críticas que formulan PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 208 y SCHÜNEMANN, *La función*, p. 167.

53 BURKHARDT, “Zweckmoment”, p. 336.

54 SCHÜNEMANN, *La función*, p. 163.

55 STRATENWERTH, *El futuro*, p. 106.

especial, la cual no ha entrado en la culpabilidad. En efecto, Jakobs sostiene: “si la culpabilidad está determinada por la finalidad: la finalidad no puede ser limitada por la culpabilidad, y la culpabilidad con finalidad es la que fundamenta la pena”<sup>56</sup>. Pero sí se puede limitar aquello que es necesario para alcanzar aquellas finalidades que no entran en la culpabilidad. La culpabilidad como derivado de la prevención general limita la pena necesaria para la prevención especial, y sólo una culpabilidad con finalidad permite reconocer una medida y constituir un límite<sup>57</sup>. El principio de culpabilidad sólo significa que la imputación del hecho al autor es necesaria porque no existe otra forma de solución del conflicto (por lo menos, no sin que la norma se desestabilice)<sup>58</sup>. Para algunos, esto representa la caída del principio de culpabilidad y la consagración de la instrumentalización del individuo en pos de fines sociales: no se lo declara culpable por su aporte al hecho sino porque no existe la posibilidad de procesar el conflicto de otra manera<sup>59</sup>. Cuando se sostiene, siguiendo a Kant, que la dignidad del hombre prohíbe convertirlo en un mero objeto de la acción estatal, es decir, que nadie puede ser penado sólo para el logro de un fin, se deja de lado que, sin demasiados fundamentos, el “argumento de la instrumentalización” sólo es esgrimido con relación a la pena, sin que se lo haga valer frente a otros casos en los que se admite convertir a la persona en “objeto” para alcanzar fines penales. Así, por ejemplo, nadie afirma que la obligación de testimoniar vaya contra la dignidad del hombre<sup>60</sup>.

Del principio de culpabilidad, con esto, no quedaría sino la idea de que la finalidad de prevenir delitos exige, en cierta medida, la imputación al autor de la contravención de la norma, y que se le haga responder por ella. El reproche vinculado al juicio de culpabilidad caería, sin embargo, y con él precisamente aquel momento mediante el cual la imputación a título de culpabilidad se diferencia de cualquier otra especie de responsabilidad<sup>61</sup>.

Roxin no ve en la introducción de la “responsabilidad” como categoría sistemática ninguna consecuencia respecto del principio de culpabilidad, en tanto ésta se mantiene como presupuesto de la punibilidad. De lo único que se trataría es de

56 “Schuld und Prävention”, p. 32.

57 “Schuld und Prävention”, p. 32.

58 Cf. *AT*, 17 /29.

59 Cf. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 170.

60 Este argumento es desarrollado con mayor amplitud por FRISTER, HELMUT, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlín, 1988, pp. 28 y ss. en una interesante conjunción de las perspectivas constitucional, penal y procesal.

61 STRATENWERTH, *El futuro*, p. 106.

reconocer que no toda culpabilidad supone una pena<sup>62</sup>. Ante la objeción de que su concepción restringe la función limitadora del principio de culpabilidad, responde que, en realidad, ella sólo importa admitir un nuevo límite: de este modo se explica por qué, a pesar de que hay culpabilidad, se renuncia a la aplicación de una pena. Pero esta respuesta no parece ser suficiente, ya que en verdad en ella se invierte la cuestión. Lo que los críticos plantean como problemático no es que se deje de aplicar pena en ciertos casos a pesar de que hay culpabilidad, sino que se la aplique en otros que normalmente son reconocidos como supuestos de disminución de la reprochabilidad hasta el límite necesario para admitir la disculpa.

#### 4.4. Las críticas a la ampliación de la punibilidad

Justamente, vinculado con la debilitación del principio de culpabilidad en su función limitadora, se sostiene que siguiendo estas concepciones se debería producir una expansión de la punibilidad que alcanzara incluso a los inimputables. Sólo el principio de culpabilidad permite explicar por qué no se les aplica pena<sup>63</sup>. ¿Quién asegura que la prevención general no exigirá penar a los anormales o a los incapaces de culpabilidad? ¿Por qué no aplicar pena a los inimputables, si es sabido que, por ejemplo, los niños, son susceptibles a las sanciones?<sup>64</sup> Y, por lo demás, aun cuando la pena no pudiera tener efecto preventivo sobre ese autor, podría tener efecto sobre los demás. El punto de partida “sencillo” de que una pena sin culpabilidad no tiene efectos preventivos no permite excluir que también una pena sin culpabilidad disminuya la cantidad de hechos punibles. En verdad, la sociedad daría signos más bien contrarios a esto; no está para nada claro que la población viva como injusta una pena sin culpabilidad<sup>65</sup>.

En realidad, ni Roxin ni Jakobs afirman nada que deba conducir necesariamente a estos extremos, y por lo demás, ambos se hacen cargo de esta objeción, dando explicaciones plausibles de por qué no es así. Por otro lado, en esta crítica se pierde de vista que, precisamente, lo que se presenta como problemático es que de hecho -y de derecho!- el sistema no trata de igual modo situaciones en que la culpabilidad, tomada como posibilidad de actuar de otro modo, es la misma. Con relación a la imposibilidad de limitar los fines de prevención general, Roxin afirma

62 En *FS-Bockelmann*, p. 296.

63 STRATENWERTH, *El futuro*, p. 116.

64 BURKHARDT, “Zweckmoment”, pp. 300, 336.

65 FRISTER, *Schuldprinzip*, p. 21, nota 16, quien cita como uno de los ejemplos más espectaculares el caso de los Estados Unidos, en donde luego del atentado de Hinckley contra Reagan en el año 1982, en más de veinte estados hubo propuestas -en parte, algunas con éxito- para restringir o excluir las defensas con base en la inimputabilidad (cf. el informe publicado en *Newsweek* del 24-5-82, pp. 56 y ss.)

que la voluntad de limitar no puede ser sólo función del principio de culpabilidad, sino que esto también constituye un componente firme de los objetivos de política criminal. El estado actual de la cultura no permitiría penar a quien no tiene culpabilidad, sin que esto deba ser impedido por el principio de culpabilidad. El principio de culpabilidad y una política criminal racional coinciden en que carece de sentido penar a alguien que no es motivable por la norma. Si la psiquiatría afirma que alguien es inimputable, no hay razones preventivas para aplicar una pena, lo cual, por lo demás, sería contradictorio dentro de un sistema de doble vía<sup>66</sup>.

De esto surge claramente que no es el objetivo ampliar la punibilidad, si bien esto no siempre aparece fundamentado con argumentos lo bastante sólidos. De todos modos, aun cuando se admitiera la posibilidad de que se llegara a penar a los niños o a los inimputables, este riesgo no se elimina con ninguna teoría. Hasta el momento, el principio de culpabilidad tradicional nunca logró evitar que las restricciones para la aplicación del derecho penal de menores, o de la edad límite para la imputabilidad misma, se ampliara o se redujera en forma más o menos arbitraria. Y en este sentido, parece cierto que sin una política criminal con voluntad garantizadora difícilmente el principio de culpabilidad pueda constituir un límite real y efectivo.

Los argumentos de Jakobs se orientan, en parte, en otra dirección, sosteniendo que en el caso de los inimputables se trata de personas respecto de las cuales la no imputación como culpables indica, al mismo tiempo, que no entran en consideración como miembros completos del ámbito social regulado por el derecho. Son factores de perturbación, similar a lo que ocurre con una desgracia de la naturaleza. El conflicto es redefinido como desgracia natural, y de este modo, se pone de manifiesto que la expectativa fue errada, y la norma es preservada, manteniéndola fuera del conflicto<sup>67</sup>.

Objeciones similares se realizan con respecto al error de prohibición inevitable, sosteniéndose que desde una perspectiva estricta de prevención general también aquí resultaría eficiente la aplicación de una pena, pues nada cuestiona más la vigencia de una norma que su desconocimiento<sup>68</sup>.

Stratenwerth propone reformular la idea de Jakobs, a partir de la posibilidad de concebir un comportamiento contrario a la norma no ya como la defraudación a una expectativa normativa, si aquél no aparece como una decisión personal contra el derecho. La regla general debería formularse, por lo tanto, de esta manera: la validez de una norma no está en tela de juicio cuando el autor carece de capacidad

66 En *FS-Bockelmann*, pp. 297, 302.

67 “Schuld und Prävention”, p. 17.

68 STRATENWERTH, *El futuro*, p. 114; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 151 y ss.

para cumplirla. Otra forma de elaboración del conflicto resultaría prescindible -tesis inversa a la de Jakobs-, en la medida en que pueda explicarse que al autor no puede reprochársele culpabilidad. De este modo, el principio de culpabilidad readquiriría primacía objetiva<sup>69</sup>. Pero de todas maneras, como señala Achenbach<sup>70</sup>, parece inevitable reconocer que si en la imputación individual para la imposición de una pena no se determina individualmente un poder (actuar de otro modo o evitar), sino que se imputa a partir de expectativas de comportamiento que la sociedad estima legítimas, esto conmueve las bases de la definición tradicional del principio de culpabilidad.

Pero antes de mirar con excesivo recelo esta reformulación es necesario preguntarse si, en realidad, esto no ha sido siempre así, si detrás de un principio de culpabilidad “material” que debía actuar como un bastión frente a la injerencia penal del Estado, las excepciones no se habían convertido en regla.

#### 4.5. La legitimación según el sistema de imputación

##### El modelo de Frister

Teniendo en cuenta las objeciones que se formulan a la prevención general positiva con relación a su incapacidad para dar un fundamento suficiente para la pena, resulta interesante el análisis que realiza Frister<sup>71</sup>. Su trabajo tiene por finalidad determinar si la pena presupone la culpabilidad desde el punto de vista constitucional. Para lograr este objetivo no se puede utilizar como base una interpretación de la culpabilidad orientada únicamente a fines de prevención. “La comprensión de la culpabilidad como mera atribución según la medida del interés de prevención no es compatible con el objetivo de la investigación de fundamentar constitucionalmente el principio “no hay pena sin culpabilidad”<sup>72</sup>, pues este concepto de culpabilidad parte de que no es posible tal fundamentación sobre la base de una teoría relativa de la pena en la que se parta de que la culpabilidad no fundamenta la admisibilidad de una pena (adecuada a los fines) sino que la adecuación a los fines de la punición fundamenta la culpabilidad.

Según Frister, una perspectiva constitucional debe recurrir a un concepto tradicional de culpabilidad, cuyos rasgos característicos son: 1º) que se trate de una

69 STRATENWERTH, *El futuro*, pp. 113 y ss. Pero cuándo el autor carece de capacidad ¿es determinado normativamente!

70 ACHENBACH, HANS, “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”, en *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 145.

71 *Schuldprinzip*.

72 *Schuldprinzip*, p. 16.

conducta propia del penado; 2°) que la conducta lesione una norma jurídica; y 3°) que el penado sea responsable por su conducta antijurídica<sup>73</sup>.

Estos constituirían los presupuestos mínimos, y la amplitud de su formulación permite anticipar su compatibilidad casi con cualquier concepción preventivista. Si se afirma que la Constitución exige esos tres requisitos, que constituyen el contenido del principio de culpabilidad, a partir de ese momento, toda construcción que los respete estará avalada constitucionalmente; y con esto quedará también sin efecto la objeción de la falta de legitimación, pues la pena estará fundamentada en la culpabilidad exigida constitucionalmente.

Para fundar la necesidad de una fundamentación constitucional, pasa revista a la mayoría de los argumentos que se utilizan, exponiendo sus falencias para lograr los fines que hipotéticamente el principio de culpabilidad debería cumplir. Así, por ejemplo, se suele afirmar que la pena requiere una legitimación especial por constituir la mayor injerencia posible sobre el individuo, pero luego no se da una explicación plausible de por qué esto no se aplica también a las medidas de seguridad<sup>74</sup>.

La afectación de derechos y bienes del individuo puede justificarse de dos formas:

- en el principio del interés preponderante, sin hacer referencia a la persona del afectado, o en
- principios de imputación, en donde al interés preponderante se agrega la existencia de una relación menos digna de protección del afectado con la causa de la injerencia<sup>75</sup>.

Como consecuencia del reconocimiento de la dignidad del hombre -como reacción al nacionalsocialismo-, rige una concepción del Estado en la cual no es posible legitimar el actuar estatal sólo a partir del provecho social general. La afectación de un tercero ajeno al conflicto tiene el límite constitucional de la indemnización, y si se prescindiera de la imputación, a través de la aplicación de una pena se estaría imponiendo al afectado un sacrificio *inadmisibile* en favor de la generalidad<sup>76</sup>. La pena sólo se puede justificar por la existencia de fines de prevención general, a través de la necesidad de evitar los peligros que se desprenden de una lesión al derecho para el reconocimiento y respeto de la norma por parte de la generalidad. Pero el legislador sólo puede utilizar principios de imputación que puedan justificarse constitucionalmente. La imputación del interés en evitar lesiones al derecho es un pre-

73 *Schuldprinzip*, p. 17.

74 *Schuldprinzip*, p. 29.

75 *Schuldprinzip*, p. 30.

76 *Schuldprinzip*, p. 32 y ss.

supuesto necesario para la garantía de los derechos, como ocurre con las medidas de policía y de seguridad. Sin esto, todo conflicto debería resolverse no según normas abstractas sino mediante una ponderación de bienes en el caso particular<sup>77</sup>. Pero el principio de culpabilidad no es un principio constitucional derivado de la dignidad del hombre o del estado de derecho. El “derecho” a no ser penado sin culpabilidad está contenido, antes bien, en toda garantía de derechos fundamentales<sup>78</sup>. Esto es de vital importancia dentro de este modelo, pues de esta forma queda excluida la posibilidad de legitimar excepcionalmente una pena sin culpabilidad mediante la ponderación, lo cual sí sería factible si se tratara de un derecho fundamental no escrito. Pero esto no puede hacerse en tanto el principio “no hay pena sin culpabilidad” ya es el resultado de la ponderación constitucional entre los derechos fundamentales del individuo y los intereses de la generalidad, por lo cual ya no puede ser relativizado por ponderación<sup>79</sup>. Esto tiene como consecuencia la vigencia absoluta del principio, es decir, que una pena sin culpabilidad *siempre* es inconstitucional. El autor puede ser afectado penalmente por el peligro para la aceptación de la norma que deriva de su hecho punible sólo porque ha creado ese peligro por su hecho cometido responsablemente en forma evitable; una culpabilidad puramente formal no permite una valoración ética del hecho<sup>80</sup>. Al llegar a este punto aparentemente se cae en una concepción de la culpabilidad, o bien demasiado declarativa, o bien con las mismas falencias que las que dieron origen a la discusión. Pero, más adelante, se afirma que “los límites materiales para las normas de prohibición penal surgen de otras normas constitucionales, especialmente del principio de proporcionalidad: las prohibiciones penales contienen siempre una injerencia en la libertad de acción general o en derechos fundamentales más específicos, y por ello, sólo son constitucionales cuando la injerencia es adecuada, necesaria y proporcional para el logro de un fin legítimo”<sup>81</sup>.

La injerencia penal se justifica por tratarse de una aplicación de la justificación material de injerencias en los derechos fundamentales por medio del principio de imputación. El afectado debe tolerar la injerencia penal porque a él le es imputable el peligro que se deriva de su conducta para la aceptación de la norma sobre la base de su culpabilidad<sup>82</sup>. Si el legislador parte de que el ilícito culpable no funda-

77 *Schuldprinzip*, p. 34 y ss.

78 *Schuldprinzip*, p. 37 y ss.

79 Cuando se habla de “ponderación” se hace referencia, en este contexto, al método utilizado en el derecho constitucional, según el cual dado un principio constitucional X, éste nunca es absoluto, sino que puede ser relativizado por la vigencia simultánea del principio Y, de tendencia contraria, siendo necesario recurrir a la argumentación para determinar a cuál ha de darse prioridad, y cómo debe solucionarse la tensión entre ambos. Por ejemplo, “Estado liberal - Estado social”.

80 *Schuldprinzip*, p. 41.

81 *Schuldprinzip*, p. 45.

82 *Schuldprinzip*, p. 48.

menta por sí solo el interés en la punición, entonces, la pena es inadmisibles. Puede haber sí fundamentos materiales para no evitar, en ciertos casos, un peligro para la aceptación de la norma que deriva de una conducta culpable<sup>83</sup>.

El trabajo concluye con el rechazo de la pena de sospecha y con la consiguiente inconstitucionalidad de todas aquellas normas que la impliquen, y con la formulación de los alcances procesales del principio de culpabilidad, que constituiría la contracara del principio de inocencia, y que impone la necesidad ineludible de que la culpabilidad sea constatada en un proceso por condena firme<sup>84</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

### 5.1. La capacidad limitadora de la culpabilidad

Las ideas que reinterpretan el principio de culpabilidad teniendo en cuenta su vinculación con la política criminal, como se ha visto, son objeto de un encendido debate. Sin embargo, por momentos parece perderse de vista que para que críticas tan vehementes tengan verdadera razón de ser es necesario demostrar previamente la capacidad de rendimiento del concepto de culpabilidad para cumplir efectivamente la función garantizadora que se le atribuye. Por cierto, a pesar de las críticas, hasta ahora no se ha logrado elaborar una explicación alternativa plausible acerca de por qué se aplica pena a pesar de que, tomando estrictamente la definición de la que ellas parten, no habría culpabilidad, y sin que tampoco se manifieste seriamente la voluntad de renunciar a continuar aplicando penas en estos casos. Las “excepciones” al principio de culpabilidad tienen demasiado peso como para que se pueda eludir la explicitación de cuál es su fundamento.

La mayoría de las críticas se alimentan de la supuesta ampliación de la punibilidad a que conduciría la incorporación de fines de prevención general positiva a la culpabilidad<sup>85</sup>, pero no están en condiciones de brindar una alternativa válida, y parten de un principio de culpabilidad cuyo contenido no tiene la definición suficiente como para poder dar una solución adecuada para los casos límite, que son, por cierto, los que verdaderamente ponen en crisis la posición tradicional.

83 *Schuldprinzip*, p. 49 y ss.

84 Esto parece obvio, pero tiene importantes consecuencias, como por ejemplo, la inconstitucionalidad de algunas condiciones objetivas de punibilidad y del § 153a StPO, en el que se prevé la posibilidad de prescindir de pena, en los casos en que se dan determinados presupuestos, por aplicación del principio de oportunidad, y que acarrea como consecuencia la asunción de ciertos deberes por parte del imputado que el Estado no estaría legitimado para imponer por la falta de comprobación procesal de la culpabilidad. Cf. *Schuldprinzip*, pp. 130 y ss.

85 De hecho, pareciera que esto no es así, cf. STRENG, *Strafzumessung*, p. 283.

El carácter secular del Estado impone que sólo sea legítima una pena que no sea inútil. No es función del Estado implantar la justicia en la Tierra, y retribuir todos los hechos cometidos culpablemente, sino que sólo se debe aplicar una pena cuando esto resulta necesario para mantener el orden social, pues toda medida estatal, para estar justificada, requiere una finalidad. El principio de culpabilidad es presentado como el principio que debe establecer los límites dentro de los cuales es legítimo tender al logro de ese fin, lo cual plantea un dilema de difícil solución: debe limitar los fines, pero por regla general esto significará que esos fines no puedan ser alcanzados, con lo cual la pena se habrá tornado ilegítima. El único medio de quebrar el dilema es reconocer que también la culpabilidad tiene una finalidad<sup>86</sup>.

Parece haber coincidencia en cuanto a que la culpabilidad no sólo contiene elementos preventivos, sino que nunca fue independiente de la política criminal. Pero el reconocimiento de fines de prevención general positiva no significa necesariamente que éstos puedan imponerse sin restricción alguna, o que esto suponga la supresión de todas las garantías del estado de derecho<sup>87</sup>. Las frecuentes referencias a criterios “sociales” que hacen los sostenedores de la prevención general positiva suelen tener poco que ver con las opiniones “efectivas” de la sociedad, y mucho menos con incorporar a la pena supuestos reclamos de venganza frente a un crimen espectacular, sino más bien con el intento de interpretar las valoraciones sociales a partir de la norma, es decir, *ex ante* y en forma general y abstracta, y sin que haya que precaverse de que el juez utilice al autor para satisfacer los oscuros deseos de las masas<sup>88</sup>. La consecuencia que sí puede extraerse es la necesidad de que toda argumentación referida a la graduación de la culpabilidad esté apoyada en pautas normativas, lo cual parece estar vinculado no a la caída sino a la esencia del estado de derecho.

Es posible partir de que un principio de culpabilidad que incorpora elementos de prevención general, o bien que se identifica con ella, está en condiciones de cumplir una función limitadora, en la medida en que indica la necesidad de buscar dentro del ordenamiento jurídico una pena justa, que es la única que puede refirmar la norma.

86 Cf. JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, “Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften”, Vorträge, G 319, Tübingen, 1993, pp. 7 y ss. En este punto se ve que la argumentación de JAKOBS es, cuando menos, más coherente, sin aferrarse a una culpabilidad de contenido indescriptible.

87 Como parecen sugerirlo algunos párrafos de BURKHARDT, quien afirma que JAKOBS tiene en cuenta la seguridad en las expectativas de la sociedad, pero no la seguridad en las expectativas de aquél que entra en conflicto con ella, “Zweckmoment”, p. 341. En realidad, también para JAKOBS, la seguridad de las expectativas de quien entra en conflicto con la sociedad, es decir, el respeto de las garantías, forma parte de las expectativas de la sociedad.

88 Y cuando esto ocurre efectivamente no es necesario buscar fundamentos en los teóricos de la prevención general positiva.

Contra esto se ha dicho que las penas injustas o excesivas también podrían tener efecto preventivo. Si de lo que se trata es de reforzar la norma, no es cierto que una pena injusta no cumpla con este requisito. Pues para la prevención general positiva la pena sirve no para influenciar argumentativamente al hombre sino que es más bien un medio psicológico de conducción de la conducta<sup>89</sup>.

En primer lugar, no es cierto que no haya un intento argumentativo, como lo demuestran las referencias constantes a la relevancia “comunicativa” como criterio interpretativo en Jakobs, lo cual revela el intento por conocer qué es lo que se expresa a la sociedad mediante la aplicación de la pena y cómo es recibido ese mensaje. Y en segundo lugar, no se advierten las razones por las cuales cuando se hace referencia a una pena “injusta” sólo se entiende por tal una pena excesiva, y no una dictada, por ejemplo, en violación de principios procesales, con relación a los cuales se producen reacciones sociales similares. Y es aquí donde se advierte la “ventaja” de encerrarse en un sistema que tiene por objeto garantizar seguridad en las expectativas. En este sentido, sólo una pena justa, es decir, adecuada al ordenamiento jurídico, puede servir para reafirmar ese ordenamiento. El contenido del principio de culpabilidad, dentro de esta línea, está complementado, asimismo, por la vinculación de la pena a un cierto principio de responsabilidad y mesura. Esto viene impuesto, entre otras cosas, por la imposibilidad fáctica de reprimir la totalidad de los hechos delictivos, lo cual genera desigualdades y la obligación de renunciar a un exceso de dureza en las penas<sup>90</sup>.

Es frecuente que en la discusión se pierda de vista que los fines de prevención general positiva, en gran medida, están predeterminados. Los fines preventivos están incorporados de antemano al ordenamiento jurídico, a través de la determinación de los marcos penales y de las relaciones de los bienes jurídicos entre sí; es a partir de su interpretación de donde surgen los fines preventivos y las valoraciones sociales, los cuales se encuentran preestablecidos. De esto se deriva, asimismo, que una parte importante de las funciones garantizadoras que se atribuyen al principio de culpabilidad pueden ser asumidas, más eficientemente, por el principio de legalidad.

## 5.2. La culpabilidad en la determinación de la pena

Sin lugar a dudas, la idea de culpabilidad adquiere verdadera relevancia en la medición de la pena, y es justamente allí donde las dificultades parecen multiplicarse.

---

89 Cf. FRISTER, *Schuldprinzip*, p. 22.

90 Cf. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, Stuttgart, 1991, p. 12.

En primer lugar, no todos admiten que la culpabilidad que fundamenta la pena sea la misma que la de la medición de la pena. Por ejemplo Wolter, al proponer un modelo procesal para el interlocutorio de culpabilidad, dentro del cual es posible la consideración de la culpabilidad individual éticonormativa, por un lado, y la asunción de responsabilidad social frente al autor, por el otro, sostiene que la culpabilidad fundamentadora de la pena debe diferenciarse de la culpabilidad para la mensuración de la pena<sup>91</sup>. Un criterio similar sostienen Achenbach<sup>92</sup> y Roxin, para quienes la culpabilidad de la teoría del delito se distingue de la de la mensuración de la pena<sup>93</sup>, porque los elementos que configuran aquélla son diferentes, y no son graduables. Una pena adecuada a la culpabilidad es una pena adecuada a los fines preventivos. En cierto sentido, el monto de la culpabilidad está influenciado por la prevención general; pues al depender de la gravedad de la lesión al bien jurídico, que a su vez se refiere al valor del bien en la sociedad, el interés preventivo se convierte directamente en un factor determinante para el monto de la culpabilidad. Es en el ámbito de la individualización de la pena en donde es especialmente importante poner freno a las necesidades preventivas de sanción<sup>94</sup>.

Correspondientemente, Roxin se inclina por la teoría del ámbito de juego<sup>95</sup>, pues no habría una medida exacta de la culpabilidad a ser determinada por el juzgador, sino que sólo se trataría de limitar las necesidades preventivas<sup>96</sup>. La prevención general determina el mínimo dentro del ámbito de la culpabilidad, y la prevención especial permitiría aumentar, dentro de él, la pena a aplicar. En principio, no sería posible que la pena quedara por debajo del límite mínimo del marco de culpabilidad, pues esto perjudicaría la prevención general; sin embargo, esto sería eventualmente admisible, pues si el legislador se interesa por el efecto desocializador de las penas de prisión de corta duración, no podría concluirse sin más ni más que acepte este efecto para las penas largas<sup>97</sup>.

Ahora bien, si se parte de que los fines de prevención general ya han sido incorporados por el legislador al determinar el marco penal, la discusión acerca de si se puede o no fijar la pena por debajo de la culpabilidad pierde parte de su contenido. Pues dentro de la escala penal, siempre sería posible ubicar el mínimo de la culpabi-

91 “Schuldinterlokut”, p. 95.

92 En “Imputación”.

93 Cf. *FS-Bockelmann*, p. 282.

94 Cf. *FS-Henkel*, p. 186.

95 Según esta teoría, que es la sostenida por la jurisprudencia en Alemania, al determinar la pena, el juez cuenta con un ámbito libre de decisión “limitado hacia abajo por la pena ya adecuada a la culpabilidad, y hacia arriba, por la pena todavía adecuada” (*BGH St 7*, 89).

96 Cf. *FS-Schultz*, pp. 466 y ss.

97 Cf. *FS-Schultz*, p. 478.

lidad un poco por debajo, partiendo de que una pena que desocializa, a largo plazo, también perjudica la prevención general.

De todos modos, cuando el hecho presenta una cierta gravedad, pareciera que, en verdad, el legislador sí se desinteresa del posible efecto desocializador de la pena, como lo demuestran la subsistencia de las penas perpetuas o la inexistencia de condicionalidad de la condena para ciertos delitos, por mencionar tan sólo algunos supuestos. Y esta contradicción se refleja no sólo en la ley, sino también en la doctrina. Así, por ejemplo, Arthur Kaufmann<sup>98</sup> ve la peligrosidad de un concepto de culpabilidad como el de Jakobs en que al ser totalmente formal, y obtener su contenido sólo a partir de la prevención general, en la individualización de la pena se podría superar arbitrariamente aquello que aparece como correcto desde el punto de vista del autor. Sin embargo, reconoce como fin de la pena la necesidad de retribución, que para él constituye el núcleo de la prevención general positiva, aun cuando éste no debería constituir el fin primordial.

La distinción entre culpabilidad fundamentadora de la pena y culpabilidad de la mensuración de la pena tiene la desventaja, al dividir la culpabilidad en dos categorías, de abrir la culpabilidad de la mensuración de la pena a cualquier elemento para la medición posible, legitimándolo mediante su incorporación a un “concepto de culpabilidad”<sup>99</sup>.

Esto es puesto de manifiesto expresamente por Wolter, para quien el interlocutorio de culpabilidad aparece como el instrumento que permite quebrar la rígida frontera entre derecho penal de hecho y derecho penal de autor<sup>100</sup>. Existe una permanente tensión entre la dogmática propia del estado de derecho y la política criminal propia del estado social. En la primera parte del procedimiento se debe determinar el hecho según el derecho penal de hecho, cumpliendo la culpabilidad su función fundamentadora, y en la segunda etapa se debe poner el acento en lo social, introduciéndose criterios prospectivos, en el marco de un derecho penal que tenga como eje al autor, y en el que la culpabilidad “ampliada” permita graduar la pena<sup>101</sup>.

98 “Schuldgrundsatz”, pp. 229 y ss.

99 Cf. JAKOBS, *AT*, 17/1, nota 1, en donde se cita, críticamente a ACHENBACH Y ROXIN, entre otros. En el trabajo de Achenbach citado supra, se intenta contrarrestar las críticas de JAKOBS imputándole “anacronismo metodológico” y sosteniendo que la distinción tradicional funcional entre imputación del hecho y medición de la sanción, que incide profundamente incluso en el proceso penal, constituye un punto de vista material decisivo y responde a una distinción estructural, sin que queden en claro cuáles son las razones de esta afirmación. Cf. *op. cit.* p. 135.

100 “Schuldinterlokut”, p. 106.

101 “Schuldinterlokut”, pp. 89 y ss.

No muy diferente es lo que ocurre con aquellos institutos que tienen por detrás la construcción de la “culpabilidad por conducción de vida”, o con la “culpabilidad de carácter”, como ocurre con la reincidencia, la actio libera in causa o la culpa inconciente<sup>102</sup>, aun cuando en este caso la contraposición con la culpabilidad por el hecho, teóricamente, la única admisible sin reparos, atenuaría en parte este riesgo.

Para Jakobs, en la culpabilidad por conducción de vida no se trata tanto de cargar al autor su conducción de vida como hecho malo, sino que al imputar hechos típicos se debe mirar la causa de origen del hecho. Esta sería la única vía que permitiría introducir la inculpabilidad por conducción de vida. Similar es lo que ocurre con relación a las actitudes o ánimos en la culpabilidad por el hecho<sup>103</sup>.

También Frisch coincide en que la culpabilidad por el hecho no permite explicar la variedad de factores de la determinación de la pena, para lo cual se requiere una visión más amplia<sup>104</sup>.

Esto toca quizá uno de los puntos más importantes para determinar la base de la culpabilidad al momento de determinar la pena: en qué medida se pueden tomar en cuenta factores divergentes del “hecho” en el sentido del ilícito, sin que esto implique una renuncia total al derecho penal de hecho. Numerosas construcciones ocultan tras de sí la culpabilidad por conducción de vida, y especialmente, al individualizar la pena, se lo hace sobre la base de circunstancias que, de uno u otro modo, tienen que ver con ella, y que son las que permiten valorar, atenuando o agravando, la “personalidad del autor”, o la “conducta anterior y posterior al hecho”.

Parte de la doctrina recurre a la “función indiciaria” de estas circunstancias para determinar la culpabilidad en el momento del hecho, y como alternativa a esta posición, se propone utilizar un concepto más amplio del “hecho” para la individualización de la pena<sup>105</sup>, que haga posible otorgar relevancia para la culpabilidad a las conductas anteriores y posteriores vinculadas al hecho.

Ambas posiciones podrían presentar reparos, pero cuál de las dos es preferible, por el momento, puede quedar de lado, ya que no es el objeto de este trabajo agotar todas las cuestiones vinculadas al tema. Lo cierto es que tampoco parece que el derecho penal de hecho imponga renunciar, al graduar la pena, a circunstancias tales como el efecto atenuante de la reparación del daño (conducta posterior al hecho) o a que el autor haya hecho todo lo posible para asegurarse de la dañosidad del

102 Se cita sólo a título de ejemplo algunos de los institutos cuestionados, sin que se haya profundizado el análisis de cada uno de estos casos.

103 AT 17/35 y 36.

104 FRISCH, WOLFGANG, “Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik”, en *ZStW*, 99 (1987), p. 379.

105 Cf. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 166.

hecho (conducta anterior al hecho), ni tampoco parece que esto condujera a una individualización de la pena más eficiente, lo cual constituye -o debería constituir- el objetivo principal de todas las reflexiones que se realizan en esta materia. Pero el punto hasta el cual se puede llegar en la ponderación de todas aquellas circunstancias que no forman parte del ilícito mismo debe resultar previsible, cuando menos en cierta medida. Pues de otro modo, no sólo se renuncia al derecho penal de hecho, sino que la introducción intempestiva de circunstancias agravantes o atenuantes hace imposible una argumentación racional respecto del hecho, y se convierte en un obstáculo insalvable para el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, H. (1991). Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. En: SCHÜNEMANN, B. (Coord.) et al, *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos.
- BURKHARDT, B. (1976). Das Zweckmoment im Schuldbegriff. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 321- 341.
- ELLSCHIED, G. / HASSEMER, W. (1970). Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung. En: *Jahrbuch für Sozialwissenschaften*. (Tomo IX), pp. 27- ss.
- FRISCH, W. (1987). Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 99(3), 349-388. <https://doi.org/10.1515/zstw.1987.99.3.349>
- FRISTER, H. (1988). *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*. Duncker & Humblot.
- HART-HÖNIG, K. (1992). *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention*. Duncker & Humblot.
- HORN, E. (1992). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. (5ª ed.). Carl Heymanns Verlag.
- JAKOBS, G. (1976). *Schuld und Praventio*n. Mohr.
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Walter de Gruyter.
- JAKOBS, G. (1992). El principio de culpabilidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 45(3), 1051-1084.
- KAUFMANN, A. (1986). Über die gerechte Strafe. En: Hirsch, H. (Ed), et al, *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*. De Gruyter.

- KAUFMANN, A. (1986). Unzeitgemäße betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht. *Jura*, 227-ss.
- PÉREZ MANZANO, M. (1990). *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. UAM Ediciones.
- ROXIN, C. (1974). „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien. En: ROXIN, C. / BRUNS, H. / JÄGER, H. (Eds.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. De Gruyter*.
- ROXIN, C. (1981). De la más reciente discusión sobre culpabilidad, prevención y responsabilidad en derecho penal. En: MUÑOZ CONDE, F. (Trad.), *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Reus.
- ROXIN, C. (1981). La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. En: MUÑOZ CONDE, F. (Trad.), *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Reus.
- SCHÜNEMANN, B. (1991). La función del principio de culpabilidad en el derecho Penal preventivo. En: SCHÜNEMANN, B. (Coord.) et al, *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos.
- STRATENWERTH, G. (1972). *Tatschuld und Strafzumessung*. Mohr.
- STRATENWERTH, G. (1977). *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*. Müller.
- STRENG, F. (1984). *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*. R. v. Decker.
- STRENG, F. (1991). *Strafrechtliche Sanktionen*. Kohlhammer.
- STÜBINGER, S. (1993). Nicht ohne meine Schuld! Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs. *Kritische Justiz*, 26(1), 33–48. <https://doi.org/10.5771/0023-4834-1993-1-33>.
- WOLTER, J. (s/f). Schuldinterlokut und Strafzumessung, Rechts- und Sozialstaat, Rechts- und Sozialwissenschaften im Strafprozeß. *GA*, 80, 86-ss.