

Derecho penal y Derecho tributario, se manifiestan, por ejemplo, en las exigencias del principio de culpabilidad y del "nullum crimen" en Derecho penal, mucho más estrictas que en Derecho tributario, donde la responsabilidad objetiva y la interpretación extensiva tienen mayor cabida.

BILSDORFER, Peter: "Die Entwicklung des Steuerstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts". (El desarrollo del Derecho penal fiscal y de contravenciones), págs. 2997-3001.

Bilsdorfer examina la jurisprudencia de los años 1982 a 1984 referida a Derecho penal fiscal y Derecho de contravenciones, dado el interés surgido en la opinión pública alemana por estas cuestiones a raíz del asunto de los donativos a los partidos políticos.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA

Encargado de Curso de Derecho penal
Universidad de León

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Tomo 96, 1984, Fascículo 3

ROXIN, Claus: "Zur Problematik des Schuldstrafrechts". (Acerca de la problemática del Derecho penal de culpabilidad).

1. Con su habitual estilo, clarísimo y profundo a la vez, Claus Roxin nos ofrece en esta ocasión un amplio resumen de su concepción de la pena y de la culpabilidad; aprovechando una ligera discusión doctrinal con el penalista portugués Figueiredo Dias, Roxin recopila aquí sus opiniones anteriormente expuestas en otros trabajos (1); el interés de la contribución que hoy es objeto de recensión reside más que en decir cosas nuevas, en globalizar y recapitular cuestiones parciales estudiadas con más profundidad en otros lugares. A continuación se ofrece un resumen de este artículo.

2. Roxin parte de que el principio de culpabilidad ha posibilitado los avances decisivos en la dogmática y en la política criminal de los últimos doscientos años; estos avances consisten en la impunidad de los

(1) La mayor parte de sus artículos sobre la culpabilidad y sobre la pena están traducidos al castellano: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, tr. e introducción de MUÑOZ CONDE; los dos primeros artículos de *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, tr. y notas de LUZÓN PEÑA, hacen referencia especialmente a la concepción roxiniana de la pena; fundamental para la noción de culpabilidad en Roxin son sus trabajos recogidos en su obra *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, 1981, tr., introducción y notas de MUÑOZ CONDE.

niños, de los jóvenes incapaces de comprensión y de los enfermos mentales o afectados por otras enfermedades psíquicas; también deben su reconocimiento a un Derecho penal de culpabilidad la exclusión de la responsabilidad por el resultado o del "versari in re illicita", la exigencia —como mínimo— de imprudencia respecto al resultado más grave en los delitos cualificados por el resultado y la exclusión de la responsabilidad penal en el error invencible de prohibición. Incluso el reciente reconocimiento del Tribunal Constitucional Federal alemán de que en los casos de reclusión perpetua la pena debe rebajarse —contra el propio tenor literal del StGB— si la culpabilidad del autor no está proporcionada a dicha sanción, obedece a la idea de culpabilidad.

Sin embargo, Roxin no acepta el concepto tradicional de culpabilidad: según éste, un sujeto es culpable porque, a pesar de haberse podido decidir por una conducta conforme a Derecho, no obstante actuó antijurídicamente. Para él hay dos motivos muy claros de rechazo; en primer lugar, y al margen del problema del libre albedrío, empíricamente es imposible demostrar que el sujeto pudo actuar en concreto de otra manera: ningún especialista en psicología o psiquiatría está en condiciones de constatar retroactivamente tal capacidad individual; y en segundo lugar, la configuración del Estado basada en la soberanía popular impide entender la pena como una compensación de la culpabilidad, como una mera imposición de un mal para saldar otro mal, pues los ciudadanos delegan su poder no para compensar males sino para vivir en paz y tranquilidad; según esto, la tarea del Estado no es la de retribuir culpabilidades, sino la de prevenir delitos; en este marco jurídico-político no es aceptable una teoría absoluta de la pena, habiéndose de optar por una teoría relativa de la pena.

Ahora bien, un Derecho penal puramente preventivo tampoco le satisface a Roxin. Y ello es debido a que el principio de la prevención es incapaz de limitar el "ius puniendi" estatal; la prevención busca la eficacia social de las amenazas penales y, por tanto, no está en condiciones de ofrecer garantías al destinatario de la pena; conforme a esto, un Derecho penal que sustituyera la culpabilidad por la prevención supondría un retroceso histórico, en cuanto que, dada la eficacia social que persigue esta última, podría castigar el caso fortuito, declarar irrelevante el error o crear delitos de peligro abstracto sin referencia a la culpabilidad. Frente a los intentos de los partidarios de la prevención por salvaguardar estas conquistas —la limitación del "ius puniendi", la prohibición del "versari", la relevancia del error, etc.—, Roxin cree que no han alcanzado su objetivo. Así, Ellscheid y Hassemmer proponen sustituir la culpabilidad por el principio de proporcionalidad para que la pena resulte limitada; pero Roxin objeta que, desde un punto de vista preventivo, el criterio de referencia de la proporcionalidad sólo puede ser el interés público en la lucha contra la criminalidad, de manera que una pena sólo sería desproporcionada si no resultara exigida por los fines preventivos; pero entonces, según Roxin, no se limita la amenaza penal: tal límite sólo lo puede ofrecer algo que garantice el interés individual de libertad, es decir, la culpabilidad. En opinión de Gimbernat, otro partida-

rio de la prevención, la pena sólo puede producir efectos frente al delincuente y frente a la sociedad cuando es razonable, por lo que una pena excesivamente elevada, el castigo del "versari" o del error invencible de prohibición no pueden ser aceptados, dado el nivel cultural actual, ni por la sociedad ni por el autor del hecho y, en consecuencia, no serían remedios eficaces para un Derecho penal preventivo; contra esta opinión Roxin dice dos cosas: una, que sabemos aún muy poco del efecto empírico de la pena como para extraer de él consecuencias científicas, y otra, que "si sólo los resultados a los que conduce el principio de culpabilidad son capaces de motivar al autor y a la población a una conducta fiel al Derecho, no se abandona la idea de culpabilidad, sino que se presupone y se provee de una legitimación preventiva adicional". Un último parecer, el de Muñoz Conde, entiende que a través del dualismo sancionador que opera con penas y medidas, se produce una burla del principio de culpabilidad, en cuanto que las medidas no requieren culpabilidad y en cuanto que las mismas suponen importantísimas restricciones de derechos; Roxin se defiende de esta objeción alegando que un panorama en el que se prodigan medidas consistentes en privación de libertad no tiene lugar en Alemania y que, de todas maneras, tal panorama debe ser completamente excepcional en un Estado de Derecho y justificarse únicamente como una situación de necesidad.

Tras exponer y criticar la concepción de Figueiredo Dias en torno a la culpabilidad, Roxin pretende superar las dificultades teóricas de la idea de culpabilidad entendida en sentido tradicional y las dificultades prácticas que conlleva la prevención. En primer lugar, estima que la aceptación de la culpabilidad no presupone afirmar la libertad humana como un dato realmente existente; el Derecho penal no requiere la constatación fáctica de la libertad, sino que se contenta con una postura normativa: hay que tratar al ciudadano como un ser libre y responsable. Esto se fundamenta en el reconocimiento constitucional de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, principios que no suponen una toma de postura sobre el determinismo o el indeterminismo, sino un mandato dirigido a los tres poderes del Estado en el sentido de que deben tratar al ciudadano como libre. No se trata, pues, de una declaración ontológica sino de un principio jurídico regulativo. La aceptación de la libertad de decisión humana no es en opinión de Roxin una "ficción necesaria para el Estado" —como dijo en una ocasión Kohlrausch—, sino por el contrario, un principio jurídico para garantizar la libertad y para mantener el poder estatal dentro de unos límites. Ahora bien, una vez aceptado que el hombre es normativamente libre, Roxin se plantea la necesidad de establecer un criterio de distinción entre los que tienen libertad de decisión y los que no la tienen, es decir, los incapaces de culpabilidad. Para ello parte de que el Derecho penal se basa en el reconocimiento de que los hombres se pueden determinar en sus conductas mediante normas y valores, sobre todo cuando estas normas y valores se imponen a través de la coacción; cuando esto ocurre, la sociedad consigue la paz y seguridad jurídicas. El que infringe las normas penales genera una perturbación de la conciencia jurídica (y en consecuencia, descontenten-

to e inseguridad), que desaparece al reafirmar las normas su validez mediante el castigo del delincuente. Pero si el hombre no es susceptible de motivación por las normas (por enfermedad mental, v. gr.), nadie espera de él que las cumpla; por consiguiente, en caso de que las infrinja, ni se frustra una expectativa social ni resulta conmocionada la conciencia jurídica general. Luego son incapaces de culpabilidad los que carecen de capacidad de respuesta ("Ansprechbarkeit") frente a las normas; sólo el que comete un injusto teniendo una capacidad de respuesta normativa —lo que se deberá probar empíricamente con los medios de que disponen la psiquiatría y la psicología— es culpable.

En cuanto a la segunda crítica dirigida contra la culpabilidad —que conlleva a la pena retributiva y tal pena es incompatible con un Estado democrático de Derecho—, Roxin piensa que su superación depende del paso de una concepción bilateral a una concepción unilateral de la culpabilidad; la primera es defendida por los partidarios de las teorías absolutas y supone que no sólo la pena tiene que corresponder a la culpabilidad, sino también que la culpabilidad requiere necesariamente y en todo caso de pena; sin embargo, la concepción unilateral, preconizada por Roxin, entiende que la pena exige culpabilidad, pero que no por existir culpabilidad tiene que imponerse necesariamente una pena: ésta entrará en juego únicamente cuando las necesidades preventivas, tanto generales como especiales, así lo exijan. La culpabilidad entendida unilateralmente manifiesta sus efectos en la teoría jurídica del delito así como en la medición de la sanción penal. Por lo que respecta a la teoría jurídica del delito, la unilateralidad mencionada implica una nueva interpretación de las llamadas "causas de exclusión de la culpabilidad" como el estado de necesidad exculpante del § 35 StGB o el exceso en legítima defensa del § 33 StGB: el que actúa bajo su amparo, según Roxin, no carece de capacidad de respuesta —es por tanto culpable—, sino que no hay razones preventivo-especiales o preventivo-generales para imponerle una pena. De ahí que este autor añada al injusto la categoría de la "responsabilidad", que se compone de la culpabilidad por un lado y de las necesidades preventivas por otro. Para ser responsable no basta con ser culpable; es preciso que para la sociedad y para el propio autor sea necesaria la pena. Por lo que respecta a la determinación de la sanción punitiva, también la concepción unilateral muestra ahí sus efectos: la culpabilidad limita el tope máximo de la pena, pero no el tope mínimo; éste puede ser rebajado si la prevención lo hace aconsejable.

Roxin termina su artículo aludiendo a un par de cuestiones, en las que, a pesar del diferente punto de partida, llega a las mismas conclusiones que Figueiredo Dias. Particularmente importante es el tema sobre el error consistente en el desconocimiento de prohibiciones de leyes penales especiales, cuya antijuridicidad material no es fácilmente constatable valiéndose sólo de las convicciones sociales; Figueiredo y el artículo 16 del Código penal portugués de 1983 —precepto que está inspirado en la concepción de este autor— tratan dicho error como un error de tipo y, por lo tanto, con el efecto de excluir el dolo. Por su parte Roxin coincide con esta solución: para él, en estos casos de error no se

requiere, desde una perspectiva preventiva, de una pena por delito doloso, pues ni el autor necesita resocialización ni la conciencia jurídica general se siente alterada. Para hacer compatible esta solución con el StGB alemán (en cuyo § 17 no se prevé la exclusión del dolo sino la de la culpabilidad, en caso de ser invencible el error), Roxin propone que en estos casos el error se considere siempre invencible para alcanzar así la impunidad.

3. A continuación me propongo, más que efectuar una crítica completa a las opiniones de Roxin desarrolladas en este artículo (2), hacer unas concretas objeciones a algunos puntos muy concretos y extenderme algo más en las llamadas "garantías derivadas del principio de culpabilidad".

3.1. En primer lugar, no me parece correcto, metodológicamente hablando, situar la propia posición respecto a la teoría de la pena en una perspectiva distinta de las posiciones que se rebaten. Roxin desarrolla su opinión a partir de una concepción muy concreta, mientras que las críticas que dirige a otras teorías las efectúa en un plano abstracto, en un plano de puros principios; así, cuando estima que la culpabilidad —entendida en el sentido de la teoría retributiva— limita el *ius puniendi* pero las teorías preventivas —en cuanto persiguen la eficacia social— son incapaces de poner cortapisas al poder estatal sancionador. Al expresar esta opinión Roxin está situando la culpabilidad en una perspectiva concreta y dentro de unos marcos legales ya determinados, en tanto que la prevención está siendo abordada en abstracto; ante esta comparación de términos heterogéneos parece que tiene razón: la culpabilidad limita, la prevención no. Pero si por un momento planteamos la discusión en un mismo nivel, las cosas resultan de manera distinta: abstractamente la prevención no limita, tiende al terror estatal, pero lo mismo ocurre con la retribución, que idealmente debe entenderse en el sentido de la ley del talión, es decir, de compensar un mal, imponiendo el mismo mal a su autor (3). Pues es indudable que un Estado sancionador que mata al homicida, que desposee al ladrón, que corta el brazo al que ha provocado una amputación, conduce al terror absoluto y tiene que contar con unos costes sociales francamente insoportables: duplicar el número de muertos, desposeídos o lesionados. Y si en vez de analizar retribución y prevención en un nivel abstracto, nos dedicamos ahora a estudiarlas desde el punto de vista del Derecho positivo, la pena retributiva resulta limitada por el principio constitucional que prohíbe las sanciones inhumanas o degradantes, en tanto que la pena preventiva encuentra su tope en la garantía penal derivada del principio de legalidad, que exige unas sanciones concretas y determinadas en su contenido y en su extensión; se

(2) A la teoría de la "responsabilidad" de Roxin, elaborada en obras anteriores de este autor, he planteado ya algunos otros reparos en CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984, pp. 207 ss.

(3) BACIGALUPO, "Significación y perspectivas de la oposición 'Derecho penal-Política criminal'", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, núm. 1, p. 20, ha dicho con toda razón: "La teoría de la retribución sólo podría ser consecuente si se aplicara al autor el mismo mal que éste produjo a la víctima" (la cursiva en el original).

observa, pues, que la fijación de la frontera de cada concepción penal es extrínseca a ella misma y reside en otros criterios. En definitiva, considero un tanto cómoda la postura de Roxin de criticar a los demás un problema que en realidad también se encuentra en su propia concepción y que elude absolutamente.

En segundo lugar, encuentro muy débil el fundamento constitucional de la culpabilidad en el modo de pensar de Roxin. Según él, el criterio jurídico regulativo de que hay que tratar al hombre como un ser libre y responsable tiene su base en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad. Pero si estos principios son considerados como derechos fundamentales —como establece la Ley Fundamental alemana en sus artículos 1.1 y 2.1— o como base del orden político y de la paz social —según impone el artículo 10.1 de la Constitución Española—, parece que están dirigidos más a ofrecer unas garantías individuales o por lo menos a indicar a la actividad estatal una pauta de respeto a los ciudadanos, que a servir de base para una de las premisas —la culpabilidad, en opinión de Roxin— del delito y, por lo tanto, del ejercicio del “ius puniendi”. No creo que estos principios, creadores de un margen de libertad personal inatacable por los poderes públicos, puedan utilizarse para explicar por qué el Estado, mediante el Derecho penal, interviene de forma tan radical en los derechos individuales. Recordemos además que para Roxin los culpables, los que han decidido libremente, son los que tienen capacidad de respuesta frente a las normas, mientras que los inculpables son los que carecen de esta capacidad de respuesta; así es incapaz de respuesta e inculpable el que está afectado por graves anomalías psíquicas, el niño y algunos jóvenes. Ahora bien, en estricta lógica esto presupone que estos individuos no pueden ser tratados en absoluto por los poderes públicos como seres libres ni pueden disfrutar de dignidad humana ni siquiera aspirar a la más mínima autodeterminación personal: si los culpables son libres porque tienen derecho a la dignidad y a la autodeterminación, los inculpables no son libres porque no tienen tales derechos. Evidentemente en esto último no está de acuerdo Roxin, pues en otro lugar (pág. 648) de este mismo artículo objeto de *recensión* reconoce que “es completamente correcto que también se tiene que reconocer en toda su extensión personalidad y dignidad humana a los incapaces de culpabilidad”; pero no obstante la deducción lógica anterior —la de que los inculpables no gozan de dignidad humana ni autodeterminación personal— sigue en pie en cuanto se adopte el fundamento constitucional de la culpabilidad ofrecido por Roxin. A mi juicio los principios reconocidos en el artículo 10.1 de la Constitución Española tienen tan poca concreción, que no son adecuados para ser traídos a colación en Derecho penal nada menos que para fundamentar la categoría de la culpabilidad.

3.2. Pero lo que más me interesa destacar del pensamiento roxiniano son las “garantías derivadas del principio de culpabilidad”, denominadas de esta forma porque para este autor —como para otros muchos— constituyen victorias del Derecho penal moderno que no permiten ya ningún retroceso. Según esto, la proporcionalidad entre delito y pena, la exclu-

sión del *versari* o la diferenciación entre dolo e imprudencia, etc., son logros derivados de un Derecho penal de culpabilidad. En ocasiones, incluso, estas llamadas garantías son la razón, expresada abiertamente o encubierta, de que algunos penalistas continúan aceptando el principio de culpabilidad, a pesar de las serias dudas que manifiestan en la aceptación del libre albedrío o del reproche que implica la culpabilidad. En mi opinión, sin embargo, tales logros no se derivan en su totalidad del concepto tradicional de culpabilidad —se reprocha al autor el haberse decidido por el injusto, a pesar de que podía elegir lo conforme a Derecho— bien porque éste no los garantiza completamente, bien porque sólo son compatibles con un esquema causalista de la culpabilidad, pero no con otros sistemas de la teoría del delito. Paso, pues, a razonar esta opinión.

3.2.1. Tanto Roxin como los partidarios de la culpabilidad aducen en favor de ella que garantiza la proporcionalidad entre delito y pena, limitando así el *ius puniendi* del Estado; conforme a esta opinión, a mayor culpabilidad, mayor pena y a menor culpabilidad, menor pena, de manera que en cualquier caso debe existir una adecuada correlación entre culpabilidad y sanción. Veamos a continuación si ese concepto tradicional de culpabilidad es capaz de cumplir la finalidad de establecer un baremo objetivo y material con el que sea posible graduar la gravedad de la pena. Imaginemos que un sujeto A comete un asesinato y que un sujeto B realiza un hurto; imaginemos también que tanto A como B podían haberse decidido libremente por no matar ni sustraer lo ajeno; ninguno de ellos tiene reducida la imputabilidad ni actúa bajo causa alguna de exculpación (4). Con ello queda fundamentado el reproche de culpabilidad: a ambos les era exigible otra conducta. Una vez sentado esto, analicemos si es posible determinar la pena conforme a su culpabilidad. ¿Es A más culpable que B y por lo tanto le corresponde más pena al primero que al segundo? De ninguna manera: la culpabilidad no puede ser más alta en un caso que en otro, puesto que esta categoría entendida en sentido tradicional sólo nos dice que el autor se decidió por el injusto aunque le era exigible acatar el Derecho sin que hubiera ningún obstáculo para ello; no se puede decir que a A le es más reprochable que a B optar por una conducta no delictiva; no es cierto que A —el asesino— podía evitar el injusto más que B —el ladrón—, puesto que una vez aceptado que ambos “podían” sin ningún tipo de dificultades, no hay manera de establecer graduaciones. En estos casos de plena culpabilidad los conceptos de libertad y poder no son susceptibles de baremo cuando son afirmados positivamente: en una decisión no hay más libertad que en otra ni en una situación existe más capacidad de poder que en la otra. En consecuencia, tanto el asesino como el ladrón han manifestado la misma culpabilidad y coherentemente con esto, a ambos se les debería imponer la misma pena. De lo que se deduce que la culpabilidad entendida en sentido tradicional no ofrece un criterio para imponer penas proporcionales

(4) Para Roxin estas últimas causas no tienen repercusión en la culpabilidad sino en la categoría de la responsabilidad por él creada.

al delito en los casos en que se formula un completo reproche. El propio Roxin reconoce que es muy difícil, pero no imposible, determinar el grado exacto de culpabilidad que corresponde en un caso concreto (5); yo estimo por el contrario que con una concepción tradicional de la culpabilidad, es imposible graduarla positivamente (6).

De esta manera llegamos a una primera conclusión: los partidarios de la culpabilidad como reproche por haberse decidido libremente a realizar un hecho antijurídico no están en condiciones de explicar por qué los delitos se castigan con diferente penalidad en los casos en que la culpabilidad no está reducida. Su concepto de (plena) culpabilidad ni limita en estos casos el *ius puniendi* ni sirve para determinar la gravedad de la pena. Tales objetivos sólo se alcanzan en un estrecho margen: en el de los semiculpables, es decir, el ámbito de aquellos sujetos a los que se puede formular un menor reproche porque intervinieron determinadas circunstancias que hicieron disminuir su libertad de decisión. Pues aquí sí se podrían establecer mediciones y graduaciones si se lograra determinar en qué medida esas circunstancias rebajan la plena culpabilidad.

Lo mismo ocurre si se utiliza el concepto de "capacidad de respuesta" que propone Roxin: si esa capacidad no está en absoluto alterada, no es posible determinar una pena proporcionada respecto a ella; tanta capacidad tiene en nuestro ejemplo el asesino como el ladrón. Tampoco varían las cosas si se opta por la nueva concepción "general" o "social-comparativa" de la culpabilidad: según esta reformulación, el "poder actuar de otro modo" no se debe constatar respecto al hombre cuya responsabilidad penal está en juego sino respecto al hombre medio; de manera que la pregunta no es si el autor del hecho pudo actuar de otro modo, sino si el hombre medio se hubiera podido comportar de forma distinta (7).

(5) Cfr. ROXIN, "La culpabilidad como criterio limitativo de la pena", *Revista de Ciencias Penales* (Chile), 3.ª época, t. 32, núm. 1, enero-abril 1973, p. 23; el mismo: "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad" en su libro *Culpabilidad y prevención*, como en nota 1, p. 50.

(6) Fundamental en este sentido GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo* a la 1.ª ed. del Código penal de la Edit. Tecnos, 1983, p. XVII. Ya anteriormente SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, París, 1898, p. 141 (citado por GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, p. 78, nota 47) negó que la libertad individual fuera susceptible de medición. En sentido similar al expuesto por mí, ETCHEBERRY, "La culpabilidad como fundamento y medida de la pena", *Revista de Ciencias Penales* (Chile), 3.ª época, t. 32, núm. 1, enero-abril 1973, pp. 9 ss., quien no obstante admite la culpabilidad como fundamento de la pena. BACIGALUPO, como en nota 3, pp. 19-20, duda de la posibilidad de determinar la justa retribución.

(7) En este sentido: en Alemania JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* PG, t. 1, 1981, p. 565, tr. y adiciones de Derecho español de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE; BOCKELMANN, *Strafrecht* AT, 3.ª ed., 1979, pp. 112-113; y en España BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", en *Estudios Penales I*, 1977, pp. 42-43. Cfr. críticamente sobre esta concepción "social-comparativa" o "general" SCHEFFLER, *Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts*, 1985, pp. 49 ss.; TORIO LÓPEZ, "El concepto individual de culpabilidad", *ADPCP*, t. 38 (fasc. 2), 1985, pp. 285 ss.

Desde esta perspectiva sólo cambia el objeto de referencia de la medición, pero se siguen planteando los mismos problemas a la hora de graduar positivamente la culpabilidad; da igual que el baremo sea el sujeto en cuestión o el criterio institucionalizado del hombre medio: respecto de ninguno de ellos se va a poder cuantificar su libertad o su poder individual o general.

Esta crítica —que la libertad no es medible positivamente, sino en todo caso negativamente— sólo se podría rebatir de la siguiente manera: alegando que la culpabilidad también está en función de la gravedad del injusto material del hecho, con lo que a mayor injusto, mayor culpabilidad y a menor injusto, menor culpabilidad; el reproche sería menor si se usa la libertad para robar que si se usa para matar. Pero frente a esta explicación de la culpabilidad que pretende vincular la proporcionalidad a lo injusto de un hecho, surgen inevitablemente dos grupos de preguntas. En primer lugar: ¿qué tipo de vinculación lógica hay entre injusto y culpabilidad que permita una correlación entre ambas?, ¿en qué se basa tal equivalencia cuantitativa de los dos conceptos? Y en segundo lugar: ¿no carece ya de sentido hablar de culpabilidad como requisito fundamental del delito si depende del contenido de injusto?, ¿no resulta redundante admitir la culpabilidad cuando el injusto ya contiene los datos fundamentales para graduar la pena? Intentaré ahora responder a estas cuestiones desde la interpretación tradicional. Respecto al primer grupo de preguntas no creo que se pueda explicar racionalmente que el reproche es mayor cuando la cuantía de lo injusto es más alta: tanto el asesino como el ladrón fueron libres al optar por la comisión de un hecho antijurídico, luego entonces el reproche debe ser el mismo. Da la impresión de que cuando los partidarios de un concepto tradicional de culpabilidad definen esta categoría, se olvidan de la necesidad de crear un concepto graduable, pero a la hora de servirse de él en la medición de la pena, recuerdan entonces la necesidad de disponer de un criterio culpabilístico proporcional y no ven otra salida que recurrir al injusto. En cualquier caso, desde esta perspectiva nunca se ha explicado convincentemente por qué el reproche depende esencialmente de lo injusto. Pero aunque se respondiera a este interrogante, aún quedaría por resolver la segunda cuestión relativa a la conveniencia sistemática de mantener una categoría delictiva cuya graduación coincide esencialmente con la de otra. Si la pena debe ser proporcional a la culpabilidad, pero esta última se corresponde al contenido de injusto del hecho, entonces podemos ciertamente ahorrarnos un eslabón de esta cadena y exigir directamente que la pena tenga una adecuada correspondencia al grado de antijuridicidad material del hecho; si un elemento del delito no cumple una función autónoma, simplemente nos podemos deshacer de él.

Por todo lo anterior se hace preciso buscar otra fundamentación al principio de proporcionalidad, que es básico en Derecho penal. La correlación entre delito y pena viene impuesta constitucionalmente por el principio de igualdad, pues es preciso tratar igual lo igual y de forma

desigual lo desigual (8). Político-criminalmente la proporcionalidad viene exigida por la necesidad de que el Derecho penal no sea criminógeno, lo que ocurre cuando se castigan con la misma pena hechos de escasa gravedad y hechos de notoria gravedad (9). Pero también dogmáticamente se hace preciso una correlación delito/pena: ya que la sanción punitiva consiste en la lesión de bienes jurídicos (libertad, patrimonio, libertad de residencia, derecho al sufragio, derecho al trabajo, etc.), tal lesión debe justificarse mediante la debida proporción con la lesión del bien jurídico ocasionada por la infracción cometida (10). Pero —lo que es más importante— el principio de proporcionalidad aparece además recogido y exigido en el vigente Código penal: no sólo en el momento de la conminación típica, cuando se observan en los diversos preceptos de la correlación entre delito y pena; no sólo en la determinación judicial de la sanción, como exigen las reglas 4.^a y 7.^a del artículo 61; sino además, incluso va más allá de la propia actividad jurisdiccional en cuanto que en virtud del párrafo segundo del artículo 2, los Tribunales deben (no se trata de una facultad) acudir al Gobierno en los casos en que la pena sea notablemente excesiva o el hecho no debiera estar castigado, proponiendo la conmutación o la remisión total o parcial de la pena (11). De manera que el artículo 2 desborda (hacia abajo) la propia garantía penal derivada del principio de legalidad (12). Ahora bien, que la proporcionalidad

(8) En este sentido ROXIN, "La culpabilidad como criterio...", como en nota 5, p. 21; HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, 1984, p. 279, tr. y notas de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO. Para BACIGALUPO, "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?", *La Ley*, 1982, t. 2, p. 941, el principio de proporcionalidad se fundamenta implícitamente en la prohibición constitucional de las penas inhumanas o degradantes, en cuanto que sólo la pena proporcionada es humana y respetuosa de la dignidad de la persona.

(9) Así, sobre todo, BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), capítulos XV, XVI y XXIII de la edición de TOMÁS y VALIENTE, Aguilar, 1976 (pp. 111 ss., 114 ss. y 137 ss.). Sobre el principio de proporcionalidad en la época de la Ilustración cfr. GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, 1985, pp. 45 ss. En la actualidad fundamentan también la proporcionalidad de la misma manera, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?", en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2.^a ed., 1981, pp. 118-119; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, 1979, pp. 24 s.; GARCÍA ARÁN, como en nota 6, pp. 110-111. Expone amplias reservas OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1984, pp. 142 ss. y p. 277, nota 778.

(10) En este sentido NOWAKOWSKI, "Freiheit, Schuld und Vergeltung", en su libro *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik*, 1981, pp. 60-61, quien llega a decir expresamente: "La pena es un caso de aplicación de la justificación según el principio del valor preponderante" (p. 61).

(11) Sobre la exigencia de proporcionalidad derivada del pfo. 2 del art. 2, cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 92; GARCÍA ARÁN, como en nota 6, pp. 13-14; OCTAVIO DE TOLEDO, como en nota 9, pp. 286-287.

(12) De forma similar el art. 11 de la Ley Provisional de 18-6-1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, requiere que se presenten, entre otras, razones de "equidad" para la concesión del indulto total.

lidad venga exigida por razones constitucionales, político-criminales, dogmáticas y de Derecho positivo, no significa necesariamente que este principio se haya realizado con plena efectividad. Es notoria y conocida la obsesión histórica del legislador español por la llamada "dosimetría aritmética", por calcular hasta el mínimo detalle todas las circunstancias que inciden en la gravedad de la sanción penal (13). Y, no obstante, no han faltado voces que proclamaran (antes de la Reforma de 1983) que algunas de las penas del Código eran crueles y desproporcionadas (14). Esta aparente contradicción se explica porque la manía de una aritmética penal expresa una desconfianza, cuyo origen se encuentra en la época de la Ilustración, hacia el poder judicial, por lo que se limitaba el arbitrio de jueces y Tribunales en la determinación de la pena. Pero eso no se opone a que algunas sanciones no guardaran ninguna correlación con el hecho delictivo; esto obedece a que la proporcionalidad como tal es una fórmula vacía que requiere de un contenido valorativo, y ese sistema de valores puede ser injusto o quedar desfasado, como ocurrió en el caso de los delitos patrimoniales; lo importante entonces es modificar el sistema valorativo subyacente a la proporcionalidad. Por otro lado, la fundamentación que he indicado del principio de proporcionalidad puede coexistir con una desproporción sociológica en la aplicación de las penas, como ha constatado Baratta (15): a pesar de que las normas son las mismas, la amenaza penal se dirige y aplica con más intensidad a las clases sociales inferiores que a las clases dominantes.

Sin embargo, que la realidad sea así no implica que deba seguir siendo así. Con esta finalidad se hace preciso hallar un criterio de valoración que permita rellenar el principio de proporcionalidad. Como la culpabilidad no cumple este cometido en la mayoría de los casos, según se ha visto, pienso que es el injusto el que debe servir de base para la determinación de la pena proporcional, ya que, éste sí, tiene un contenido material que es graduable en todos los casos (16). La mejor prueba de

(13) Cfr., por ej., GALLEGO DÍAZ, como en nota 9, pp. 229 ss. Respecto al CP vigente antes de la Reforma de 1983 cfr. GARCÍA ARÁN, como en nota 6, p. 209.

(14) Cfr., por ej., QUINTERO OLIVARES, "El problema de la determinación de la pena y los presupuestos político-criminales de la reforma del Código penal", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, núm. 1, p. 271.

(15) Vid. BARATTA, "Criminología crítica y política penal alternativa", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, núm. 1, p. 46.

(16) En este sentido GIMBERNAT ORDEIG, como en nota 9, p. 118: "Un Derecho penal no basado sobre el libre albedrío determina la gravedad de las penas del mismo modo que lo determinan, en lo fundamental, todas las leyes penales actualmente vigentes en el mundo, a saber: en primer lugar sobre la base del bien jurídico protegido"; de este mismo autor cfr. ya antes *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, p. 165; MUÑOZ CONDE, "Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform", en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, ed. por MADLENER/PAPENFUS/SCHÖNE, 1974, pp. 323 s.; MIR PUIG, como en nota 11, pp. 158 ss.; LUZÓN PEÑA, como en nota 9, pp. 37-38, nota 84; BAURMANN, "Schuldlose Dogmatik?", en *Seminar: Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht*, ed. por LÜDERSSSEN/SACK, 1980, pp. 217-223; GARCÍA ARÁN,

que la culpabilidad no sirve para fijar el alcance de la pena es que el sistema retributivo por excelencia —la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente— utiliza únicamente el desvalor del resultado, lo que pertenece al injusto según la opinión mayoritaria, para determinar la sanción.

3.2.2. Una segunda garantía que según Roxin emana de la culpabilidad es la exclusión de la responsabilidad objetiva. Desde una perspectiva estrictamente causalista de la teoría del delito es cierto que sólo existen dos formas de culpabilidad, la dolosa y la imprudente, y que no cabe por tanto sanción penal por la responsabilidad objetiva, esto es, que no hay culpabilidad en la mera causación de un resultado lesivo para un bien jurídico que no ha sido querida ni era previsible en absoluto. Conforme a la estructura causalista, la exclusión de la responsabilidad objetiva tiene pues lugar en el marco de la culpabilidad: puesto que no existe una “forma objetiva” de culpabilidad —sino sólo la forma dolosa y la forma imprudente— una garantía derivada de la exigencia de culpabilidad es la imposibilidad de fundamentar la responsabilidad penal en la mera causación de resultados lesivos derivada del azar.

Sin embargo, para el finalismo la explicación es distinta; el dolo y la imprudencia ya no son formas de culpabilidad, sino que dan lugar a diferentes tipos de injusto, quedando ya excluida la responsabilidad objetiva en el marco de la antijuridicidad. Dado que los tipos sólo pueden ser dolosos o imprudentes, no es posible exigir responsabilidad penal a quien de forma puramente fortuita causa un resultado lesivo: no hay determinación final de cursos causales en los accidentes plenamente imprevisibles. En consecuencia, resulta incompatible mantener que el principio de culpabilidad garantiza la exclusión de la responsabilidad objetiva y adoptar simultáneamente la estructura finalista del delito; una cosa es que la culpabilidad subsista con el finalismo y otra muy distinta es que de ella quepa deducir la exclusión de la responsabilidad objetiva, puesto que su contenido no coincide con el que tiene en la concepción causalista del delito. De ahí que varios autores españoles que admiten el postulado finalista de que hay que distinguir entre tipos de injusto dolosos y tipos de injusto imprudentes, insistan en diferenciar culpabilidad por un lado y exclusión de la responsabilidad objetiva por otro (17),

como en nota 6, pp. 169, 214 y 221; OCTAVIO DE TOLEDO, como en nota 9, pp. 287 y 367; MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 2.ª ed., 1985, pp. 83-84; QUERALT, “De algunas bases del Derecho penal español”, *ADPCP*, t. 38 (fasc. 2), 1985, pp. 321-322.

(17) En este sentido GIMBERNAT ORDEIG, “La culpabilidad como criterio regulador de la pena”, *Revista de Ciencias Penales* (Chile), 3.ª época, t. 32, núm. 1, enero-abril 1973, pp. 31-32: “... el caso fortuito no afecta a la culpabilidad sino a la antijuridicidad: como el legislador lo único que puede motivar son conductas *correctas*, ahí está el límite de lo que racionalmente puede prohibir: si el sujeto se comporta cuidadosamente (lo único que está en su mano hacer) y, no obstante, lesiona fortuitamente un bien jurídico (lo que cae ya fuera de su control), ello no puede constituir una conducta prohibida; pues lo que el Derecho quería —y podía— producir se ha producido; que se actuase diligentemente al ejecutar la acción” (la cursiva en el original); el mismo, como en nota 9, pp. 108-109, nota 12; MUÑOZ CONDE, como en nota 16, p. 319: “la inadmi-

o bien en configurar el caso fortuito —que excluye la responsabilidad penal por falta de dolo o imprudencia— como una causa de justificación o como una causa de atipicidad (18). Para evitar equívocos, creo acertada la propuesta de Luzón Peña (19) de denominar “principio de responsabilidad subjetiva” a la necesidad de que la pena presuponga dolo o imprudencia y, en definitiva, de que sea eliminada la responsabilidad objetiva.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, podría dirigirse a Roxin la crítica de que se está contradiciendo al aceptar el esquema finalista y al deducir de la culpabilidad la supresión de la responsabilidad por el resultado y del *versari*. Pero Roxin podría responder tranquilamente a esta objeción diciendo que le es irrelevante en cuanto que mantiene la doble posición del dolo (20): puesto que el dolo forma parte no sólo del tipo de injusto sino también de la culpabilidad, no resulta nada descabellado —diría Roxin— seguir aceptando que la culpabilidad constituye una garantía indeclinable para proscribir la imposición de penas por la causación fortuita de resultados lesivos. Pero frente a esta hipotética réplica cabe alegar que tal garantía culpabilista resulta superflua, pues si el injusto entendido finalmente ya impide que sean típicas las causaciones de resultados no dirigidas finalmente, no se ve la necesidad de que sea preciso volver a alcanzar este objetivo en el campo de la culpabilidad. La culpabilidad sería entonces nuevamente innecesaria a los efectos de garantizar la exclusión de la responsabilidad objetiva.

sibilidad de la responsabilidad por el resultado que se suele ver como una consecuencia del principio de culpabilidad, resulta por tanto de la propia función del tipo” y p. 324; el mismo: *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, 1972, p. 58; MIR PUIG, como en nota 11, pp. 153 ss.; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 1977, p. 22 (sin rechazar no obstante el concepto tradicional de culpabilidad); LUZÓN PEÑA, como en nota 9, p. 44, nota 93; MUÑOZ CONDE, *Adiciones al Tratado de Derecho penal* de JESCHECK, t. 1, 1981, p. 36; ZUGALDIA ESPINAR, “Acercas de la evolución del concepto de culpabilidad”, en *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, 1982, p. 560; QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, 1983, pp. 27 s.; OCTAVIO DE TOLEDO, como en nota 9, pp. 119 y 364; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*. Derecho penal PG, 1984, p. 445, nota *; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, p. 78.

(18) Como causa de justificación lo califica LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 122 y 251. BUSTOS, *Manual de Derecho penal* PG, 1984, p. 222, entiende que es una causa de atipicidad. Por su parte, MIR PUIG, *Derecho penal...*, como en nota 16, pp. 443 ss. admite, según los supuestos, que hay casos de atipicidad y casos de justificación.

(19) LUZÓN PEÑA, como en nota 9, p. 44, nota 93. Desde una perspectiva causalista también distingue entre culpabilidad y responsabilidad subjetiva RODRÍGUEZ MOURULLO, “La nueva regulación del caso fortuito”, en *Comentarios a la legis'ación penal*, t. V, vol. 1.º, 1985, pp. 92 ss.

(20) Cfr. ROXIN, *Política criminal...*, como en nota 1, pp. 80 s.; el mismo: *Problemas básicos...*, como en nota 1, pp. 119 s. y 143. Críticamente en España, GIMBERNAT ORDEIG, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, pp. 147-148, nota 44; MUÑOZ CONDE, *Introducción a Política criminal y sistema de Derecho penal* de Roxin, 1972, p. 12; CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1981, pp. 35 y 200 ss.

3.2.3. Otra consecuencia que se suele derivar del principio de culpabilidad es la distinción entre dolo e imprudencia; para muchos autores la mayor gravedad del dolo en comparación a la imprudencia sólo es explicable a partir de una mayor culpabilidad en el hecho doloso que en el hecho imprudente. Ahora bien, si se entiende con el finalismo —como ya se ha visto— que no existe una culpabilidad dolosa y otra culpabilidad imprudente, sólo el injusto nos puede dar una razón suficiente de la mayor sanción del delito doloso frente al delito imprudente. Desde este punto de vista, esta diferente gravedad se justifica por la doctrina, de forma que creo convincente, acudiendo a diferentes explicaciones. Para unos el criterio de distinción es la dañosidad social (21) o la peligrosidad objetiva de la conducta (22): el hecho doloso aumenta el grado de peligro para el bien jurídico, dado que el autor pone los medios necesarios para alcanzar el fin de su acción, que es la lesión del bien jurídico; la actuación imprudente es, sin embargo, menos peligrosa para el bien jurídico, porque el autor no quiere menoscabarlo, sino que únicamente se comporta de forma descuidada respecto a él. Para otros (23), y de forma similar al criterio anterior, la amenaza para la vigencia de la norma y del orden jurídico es superior en el injusto doloso que en el injusto imprudente, por lo que si el autor que actúa con dolo quiere volver a la comunidad jurídica, tiene que prometer en mayor medida que cambiará su actitud respecto a las normas; el autor imprudente, en cambio, sólo tiene que garantizar que en el futuro será más cuidadoso en su comportamiento (24). Otros penalistas recurren al grado de motivación que debe ejercer la norma para evitar las infracciones (25): la motivación, la llamada de atención al sujeto debe ser más intensa cuando se quieren prevenir delitos dolosos que cuando se quieren evitar delitos imprudentes; porque el homicida doloso, por ejemplo altera de forma radical la convivencia social, es preciso que la norma pretenda disuadirle de su intención de matar con mayor intensidad. Un último criterio que prescinde de la culpabilidad para explicar la mayor gravedad de lo intencional, acude a la perspectiva de la víctima (26); la agresión dolosa —sobre todo la efectuada violentamente y en presencia del sujeto pasivo— es mucho más vejatoria socialmente que el hecho imprudente, pues además del resultado dañino que el delito contiene, implica una deshonra ante la comunidad de mayor intensidad para la víctima.

Con esta relación no exhaustiva de posibilidades —que creo compatibles entre sí— de distinguir lo doloso de lo imprudente y de fundamen-

(21) Así BAURMANN, como en nota 16, pp. 223-224.

(22) En este sentido, MIR PUIG, como en nota 11, p. 58; el mismo: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., 1982, p. 76.

(23) Cfr. en este sentido HASSEMER, "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", *CPC*, núm. 18, 1982, p. 478, tr. de MUÑOZ CONDE.

(24) Cfr. además HASSEMER, como en nota 8, p. 278.

(25) En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, como en nota 9, p. 122 ss.; el mismo, como en nota 20, p. 152; MUÑOZ CONDE, *Adiciones...*, como en nota 16, p. 319; MIR PUIG, *Función de la pena...*, como en nota 22, p. 76 ss.

(26) Así HASSEMER, como en nota 23, pp. 477-478; el mismo, como en nota 8, p. 277.

tar su diversa gravedad, se pone de manifiesto que es factible prescindir de la culpabilidad en este punto y explicar las cosas mucho más plausiblemente que acudir a diferencias cuantitativas de mayor o menor culpabilidad. Pero esta solución fundamentada en el injusto resulta además obligada cuando se acepta el esquema finalista como ocurre con Roxin.

4. Sólo quiero subrayar por último que las denominadas garantías derivadas de un Derecho penal de culpabilidad o bien no quedan completamente aseguradas con un concepto tradicional de culpabilidad (caso del principio de proporcionalidad) o bien son incompatibles con un esquema finalista (caso de la exclusión de la responsabilidad objetiva y de la diferenciación entre dolo e imprudencia). Estas conquistas de la ciencia penal han adquirido ya carta de naturaleza por sí mismas; se puede suprimir el pretendido principio-madre de la culpabilidad sin que desaparezcan al mismo tiempo sus pretendidos principios-hijos. Si se aceptan estas conclusiones tal vez no existan tantos reparos para rechazar el concepto tradicional de culpabilidad.

HRUSCHKA, Joachim: "Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa". (Imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Acerca de la historia y significado de la diferencia entre actio libera in se y actio libera in su causa).

En todos los manuales y tratados de Derecho penal aparece la figura de la "actio libera in causa" a propósito de la embriaguez y de la imputabilidad, si bien, en ocasiones, también es tratada en el ámbito de la acción. En la obra del filósofo alemán Pufendorf se encuentra recogida esta expresión, pero analizándose su significado no aisladamente sino en un marco más complejo y más ambicioso. En el presente artículo Hruschka se propone desarrollar esta estructura no con el ánimo de desempolvar una antigualla histórica, sino con la intención de plantear a la ciencia penal de hoy un sistema de imputación fundamentado racionalmente; Pufendorf, en opinión de Hruschka, tiene todavía algo que decir al penalista de la actualidad si se quiere formular el Derecho penal sobre unas bases lógicas y racionales.

En la obra "Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo" (1660) Pufendorf formula su primer axioma como sigue: "toda acción dirigible a una norma moral y cuya realización o no realización está en poder de un hombre puede ser imputada. Y a la inversa: lo que no estuvo en poder de alguien ni en sí mismo considerado ni en su causa, no puede ser imputado". Hruschka estima como equivalente la máxima de Martini ("De Legi Naturali Exercitationes sex", 1770) según la cual las "acciones que no son libres ni en sí mismas consideradas ni en su causa, no son susceptibles por eso mismo de imputación", lo que viene a ser el mismo axioma de Pufendorf pero expresado de manera negativa. A partir de ahí Hruschka distingue dos formas de imputación: imputación ordinaria e imputación extraordinaria. La primera se da cuando la persona de

que se trate se encuentra en situación, en el momento decisivo, de evitar la aparición del resultado o de realizar la acción en cuestión; imputación extraordinaria significa que la persona no se encuentra en situación, en el momento decisivo, de evitar la aparición del resultado o de llevar a cabo la acción, pero se le puede reprochar el encontrarse en tal situación de imposibilidad o incapacidad. Según Hruschka esta diferenciación se mantuvo a lo largo del tiempo hasta el siglo XIX, apareciendo por última vez en las obras de Frank y Kohlrausch, hacia los años treinta del presente siglo, olvidándose a partir de ahí lo que aquél denomina imputación ordinaria; hasta hoy ha llegado el concepto de "actio libera in sua causa", perdiéndose sin embargo la figura de la "actio libera in se".

Las dos formas de imputación pueden resultar más claras con la ayuda de un ejemplo que se puede deducir del comentario de Pufendorf a su axioma: si B golpea una ventana de cristal ajena sin estar obligado a ello, se le puede imputar ordinariamente la acción de daños. Pero si A golpea el codo de B con fuerza física insuperable contra la ventana, no se puede imputar ordinariamente a B la acción de daños; ahora bien, en este segundo caso subsiste la posibilidad de una imputación extraordinaria, lo que ocurrirá cuando se pueda hacer responsable a B de encontrarse bajo la coacción de A, es decir, cuando B se halla así "por desenfreno o por vana curiosidad", para decirlo con las propias palabras de Pufendorf.

Junto a estas formas de imputación Hruschka distingue dos niveles de imputación: la "imputatio facti" y la "imputatio iuris". Estos dos niveles no fueron tratados por Pufendorf sino por Daries años después ("Observationes Iuris Naturalis", 1754), pero en opinión del autor del artículo objeto de recensión son necesarios para hacer comprensible una teoría de la imputación. El primer nivel —la "imputatio facti"— se define por Daries como "acto mediante el cual la aparición o no aparición de un determinado acontecimiento se atribuye a la voluntad de una persona, o bien como acto por el que se declara a alguien como autor del hecho". Sin embargo, la "imputatio iuris" como segundo nivel consiste según Daries en un "acto por el que se determinan los méritos que corresponden al autor". Entre ambos niveles se encuentra la "applicatio legis ad factum", es decir, la aplicación de la ley al hecho. Hruschka interpreta el primer nivel como la simple atribución del hecho activo u omisivo a su autor; la subsunción del hecho en la ley supondría la constatación de la antijuridicidad del hecho; y por último, la imputación de segundo nivel consistiría en determinar si el hecho antijurídico puede o no ser imputado a la culpabilidad.

Hruschka está convencido de que estos conceptos deben ser recibidos por la ciencia penal actual y desarrollados más allá de lo efectuado por Pufendorf. El artículo objeto de recensión concluye con dos anexos en los que se expone la evolución posterior a Pufendorf de estos conceptos.

**BLOY, René: “Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?”.
(¿Detención ilegal sin lesión de la autonomía ajena?).**

El artículo se plantea dos grupos de casos relacionados con el tipo de detención ilegal que plantean especiales problemas: el primero de ellos se da cuando se encierra a alguien que, no obstante, no tenía intención de marcharse del lugar de encierro; el segundo grupo de casos consiste en la reclusión de un sujeto dormido o inconsciente. La doctrina dominante alemana, tanto en la ciencia como en la jurisprudencia actual, llega a la conclusión de que a pesar de la falta de voluntad de marcharse por parte del encerrado hay detención ilegal, mientras que si el recluso no tiene la posibilidad de conformar su voluntad —lo que sería el caso del dormido y del inconsciente— no hay detención ilegal, puesto que falta una lesión de la libertad personal del afectado. Para analizar estos supuestos Bloy se sirve de argumentos históricos, sistemáticos y ante todo de una interpretación del bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal como lesión de la autonomía ajena. Con la misma intención profundiza en el problema del consentimiento prestado por el sujeto pasivo mediante medios subrepticios. A la vista de todo ello, Bloy mantiene soluciones contrapuestas a las de la doctrina dominante: en el caso de que un privado de libertad carezca de intención de marcharse no puede apreciarse una lesión de la autonomía ajena, con lo que queda excluida la posibilidad de castigar por detención ilegal. Por el contrario, si una persona dormida o inconsciente es encerrada, la calificación no puede depender de la voluntad potencial de trasladarse a otro sitio —en cuyo caso, opina Bloy, estaríamos convirtiendo un delito de lesión com es la detención ilegal en un delito de peligro— sino de la voluntad hipotética de traslado, de forma que sólo en caso de atentar contra ella se daría un delito de detención ilegal.

BOTTKE, Wilfried: “Wahrheitspflicht des Verteidigers”. (El deber de veracidad del abogado).

A la vista de la considerable bibliografía que ofrece Bottke, uno de los temas que más preocupan a la ciencia alemana del Derecho procesal penal es el de trazar límites al ejercicio de la abogacía; los procesalistas se preguntan hasta qué punto están permitidas o prohibidas a los defensores penales conductas tales como influir con mayor o menor intensidad en los testigos para que declaren a favor de su cliente; recomendar silencio a su mandante sobre cuestiones que puedan dificultar las investigaciones destinadas a descubrir la verdad de los hechos imputados; aconsejar que el acusado se retracte de una declaración o simplemente que mienta; solicitar la declaración de falsos testigos; preparar y colaborar en las declaraciones contrarias a la verdad de un testigo antes de la vista o durante ella; solicitar a los coinculpados que impidan el esclarecimiento de los hechos; efectuar valoraciones falsas sobre los medios de prueba; e incluso se cuestiona también si es admisible que el

abogado pida la libre absolución de su defendido, aun sabiendo positivamente que es culpable. En opinión de Bottke ni el Derecho procesal ni el Derecho penal de la República Federal de Alemania dan información sobre si estas actuaciones u otras similares deben ser consideradas como coacciones, cohechos, falsificación de documentos o inducciones a falsos testimonios, pero con argumentos basados en la limpieza que debe regir el proceso penal, sostiene con la doctrina dominante que es exigible un deber de veracidad al abogado. No obstante, Bottke aclara que deja para otro artículo las sanciones procesales o penales que deban aplicarse cuando el abogado infrinja su deber de fidelidad a la verdad.

ORTMANN, Rüdiger: "Resozialisierung durch Sozialtherapie. Zur Auswahl und Behandlung von Insassen sozialtherapeutischer Anstalten". (Resocialización mediante terapia social. Acerca de la elección y tratamiento de los reclusos en establecimientos de terapia social).

Se trata de un trabajo de investigación empírica sobre los efectos y posibilidades de la terapia social. El punto de partida teórico es uno intermedio entre los que consideran que la terapia social no funciona en absoluto (Martinson) y los que estiman de forma optimista que la resocialización puede llegar a disminuir la cuota de reincidencia hasta un treinta por ciento (Kaiser, Dünkel, Palmer). A Ortmann la resocialización le parece extremadamente difícil pero no imposible. La encuesta sobre la que se basa la presente investigación fue efectuada desde finales de 1978 hasta mediados de 1982; las muestras de población elegidas fueron de tres tipos: sujetos ya reclusos en el centro de terapia social de Berlín-Tegel; sujetos que solicitaron su admisión en el mencionado establecimiento, siéndoles denegada y permaneciendo por tanto en el sistema penitenciario ordinario; y por último, sujetos que ni siquiera solicitaron su admisión en el centro de Berlín-Tegel. Los diversos tests utilizados en la prueba se rellenaron en diversas etapas, si bien todavía no hay datos sobre las cuotas de reincidencia ya que es preciso que transcurra un período de prueba de aproximadamente cinco años.

Más que relatar las consecuencias parciales de los diversos tests, puede resultar de interés hacer referencia a las consecuencias finales a las que Ortmann llega en el estadio actual de la investigación, que se encuentran sistematizadas en once tesis: 1.ª) el efecto actualmente constatable de las medidas socialterapéuticas es escaso; 2.ª) hay que incrementar las ayudas directas de terapia social: no basta con una hora semanal de psicoterapia, sino que sería necesaria una hora diaria; 3.ª) la subdivisión de los centros de terapia social en especialidades con diferentes objetivos y métodos de tratamiento requiere como presupuesto un mayor conocimiento criminológico que el actual sobre la eficacia de determinadas medidas de terapia social; 4.ª) hay que fundamentar teóricamente la especialidad denominada "Escuela", sobre todo se debería aclarar si la educación o incluso la formación profesional pueden disminuir las cuotas de reincidencia cuando no se varían simultáneamente las ac-

titudes y valoraciones de los reclusos; 5.ª) es preciso separar espacialmente los centros de terapia social y otros modelos experimentales de los establecimientos penitenciarios normales; 6.ª) deben hacerse más atractivas las medidas resocializadoras para los que se someten a ellas; 7.ª) las condiciones ambientales del sistema penitenciario ordinario tienen que ser configuradas de tal forma que se favorezca la resocialización: en particular debe crearse un mayor margen de libertad en general en la ejecución de penas privativas de libertad mediante un sensible relajamiento de las reglas, órdenes y controles; 8.ª) en la investigación alemana sobre el tratamiento se suele minusvalorar el significado de las diferencias entre los diversos grupos tal y como existen antes de la incorporación al tratamiento socialterapéutico; por ello sólo con la mayor precaución pueden apoyarse las decisiones politicocriminales en los datos empíricos de la presente investigación; 9.ª) se hace necesario facilitar las posibilidades de investigación del sistema penitenciario, sobre todo configurando el tratamiento parcial en la ejecución mediante departamentos-prototipo conforme a los principios de la ciencia penitenciaria para poder descubrir la eficacia de las medidas concretas y para poder determinar cuáles es la mejor gradación y secuencia de las medidas; 10.ª) en la valoración de las posibilidades socialterapéuticas hay que considerar que los resultados e hipótesis que se presentan en este ámbito sólo representan una parte de los posibles criterios a utilizar; y 11.ª) hay que contemplar los resultados e hipótesis de este estudio con la reserva de que todavía no se ha efectuado una convalidación con la conducta legal de los encuestados tras la excarcelación. En resumidas cuentas las consideraciones de Ortmann apuntan hacia el objetivo de intentar igualar cada vez más las condiciones de vida de los centros penitenciarios con las existentes fuera de ellos.

El presente fascículo se completa con un artículo de Weigend sobre "Consideraciones victimológicas y politicocriminales acerca de la posición del sujeto pasivo en el proceso penal"; Nemeč ofrece información sobre el coloquio celebrado el 25-2-1984 en el Instituto Max Planck de Freiburg i. Br. sobre "Resocialización mediante terapia social". La sección de información bibliográfica está dedicada al Derecho penitenciario, destacando las reseñas de Müller-Dietz dedicadas a las obras siguientes: Schwind/Böhm: *Strafvollzugsgesetz (StVollG): Grosskommentar*, Berlín, 1983; Driebold: *Strafvollzug. Erfahrungen, Modelle, Alternativen*, Göttingen, 1983; Opp: *Strafvollzug und Resozialisierung. Theoretische Überlegungen, empirische Forschungsergebnisse und praktische Empfehlungen*, München, 1979; Dünkel: *Legalbewährung nach sozialtherapeutischer Behandlung. Eine empirische vergleichende Untersuchung anhand der Strafregisterauszüge von 1503 in den Jahren 1971-1974 entlassenen Strafgefangenen in Berlin-Tegel*, Berlín, 1980; Schmitt, G.: *Sozialtherapie — eine Gratwanderung im Strafvollzug. Konzepte, Alltag und Organisationsstruktur einer Sozialtherapeutischen Anstalt*, Frankfurt a. M., 1980; Dünkel/Rosner: *Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970 - Materialien und Analysen*, 2.ª ed., Freiburg

1. Br., 1982; Meier: *Die Entscheidung über Ausgang und Urlaub aus der Haft*, Freiburg i. Br., 1982. La sección dedicada a las contribuciones extranjeras cuenta con un artículo del profesor italiano Nuvolone dedicado a "El Derecho penal italiano sobre divisas bajo una perspectiva europea" y con recensiones de Friedrich-Christian Schroeder sobre obras de Derecho comparado.

ANTONIO CUERDA RIEZU