

Elementos de la culpabilidad penal

MARIO SÁNCHEZ DAFAUCE

*Doctor en Derecho
Profesor Visitante de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

La culpabilidad penal puede ser definida como la capacidad normal de motivación (el principio de culpabilidad) y como la capacidad disminuida de motivación cuando no hay deseo o posibilidad de singularizar las dificultades de motivación como el origen del hecho antijurídico. Esto último es un fracaso del principio de culpabilidad, pues hay un sector de problemas (desigualdad y desprotección social) en los que la culpabilidad se resume en desnuda respuesta a las necesidades de protección del sistema social; por lo tanto, en una prolongación automática de la antijuridicidad.

Palabras clave: Culpabilidad, prevención general, principio de culpabilidad, asequibilidad normativa, desigualdad, desprotección.

ABSTRACT

This article analyzes criminal responsibility, which is formed by three elements: prevention, culpability and preservation of the social system. If we are to integrate the preservation of the social system as part of the culpability analysis, it is necessary to first address the impact of inequality and lack of social protection of individuals while assessing criminal responsibility.

Keywords: Culpability, general prevention, principle of culpability, normative accessibility, inequality and lack of social protection.

SUMARIO: I. Culpabilidad y prevención general.—II. Funcionalismo.—III. Prevención general positiva.—IV. Principio de culpabilidad.—V. La necesidad de persistencia del sistema.—VI. Principio de culpabilidad y sistema social.

I. CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN GENERAL

La culpabilidad por el hecho ha de ser examinada como una asociación entre pena y pretensión de ordenación de conductas, pues como afirma Roxin de modo categórico: «El fin de la conminación penal es, en primer lugar, de pura prevención general» (1). La culpabilidad es el factor que, añadido al injusto, permite la aparición de la pena. Culpabilidad e injusto definen el ámbito de la prevención general (2). El injusto constituye su materia, lo elegido como objeto de intervención, y la culpabilidad su ámbito personal de aplicación. Esta

(1) ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2006, 3/42, p. 87; también ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2.ª edición alemana (1994) por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, 3/41, p. 97. En el presente trabajo se estudia la culpabilidad por el hecho. Un esbozo de una culpabilidad cuyo conflicto no es solo el hecho antijurídico, en ZABEL, «¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de la culpabilidad», *InDret Penal*, Barcelona, 1/2018, traducción de Andrés Falcone. La culpabilidad por el hecho es, no obstante, un aspecto limitador de la culpabilidad penal, mínimo para la legitimación democrática del sistema penal, QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, Morales Prats (Colaborador), 5.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 277. «Sólo es admisible una culpabilidad por el hecho y no cabe una culpabilidad por el ánimo o el modo de vivir o por cualquier otro elemento de juicio ajeno al hombre en cuanto protagonista del hecho concreto que se está valorando y juzgando», Quintero Olivares, *PG*, 2015, p. 277.

(2) Así dice SCHÜNEMANN que entre «el fin de la pena de la prevención general por la conminación y la legitimación a través del principio de culpabilidad existe (...) plena congruencia», y ello «en la forma de delimitación de la prevención general según la capacidad individual de evitar del autor». A su vez, la cuestión de los fines de la pena debe responderse desde la perspectiva de la norma primaria, o sea, de la prevención general de conminación, «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, SILVA SÁNCHEZ (Ed.), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 96-97. Para cualquier aproximación a las relaciones entre culpabilidad y prevención, véase PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990.

última consiste en una selección de los individuos aptos para ser destinatarios y portadores de un deber, lo que significa: *para recibir un mensaje anterior a la sanción* (3).

El juicio de lo que ha de ser prevenido —aspecto objetivo de la prevención general— y el juicio de a quién se le ha de imponer el deber de hacer o no hacer —aspecto subjetivo de la prevención general— se efectúan con ayuda de diversos factores, presentados habitualmente como la traducción penal de exigencias constitucionales: para el injusto, la teoría del bien jurídico, la teoría del tipo y la teoría de la antijuridicidad material; y para la culpabilidad, el principio de culpabilidad (4).

En sede de culpabilidad, *la afirmación de un principio de culpabilidad representa la definición de un campo de pretensiones penales de prevención general más restringido que el campo de posibilidades fácticas de prevención general*. De lo contrario, no habría lugar a principio alguno. La culpabilidad, por mediación del principio de culpabilidad, queda circunscrita a un ámbito más reducido que el abierto por las posibilidades de prevención general, de modo que la inculpabilidad alcanza a más sujetos que al incapaz total de motivación. A dicho ámbito se asocia la pena como consecuencia jurídica del delito.

Si se estima que en la propia conminación penal han de hacerse valer las exigencias derivadas de una legitimación preventivo-general de la pena —la cual, como criterio legitimador, lo es de toda pena—, el campo de la prevención general será, exclusivamente, el de todas y cada una de las conductas cuya evitación es posible mediante la previsión de pena; posibilidad que, en último término, se hace depender de la asequibilidad normativa del sujeto activo o de su normalidad motivacional (5).

(3) Véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001, *passim*.

(4) LUZÓN PEÑA concibe la culpabilidad como un filtro para la atribución de la gravedad objetiva y subjetiva del hecho injusto, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, 16/11 y 26/45, pp. 223 y 492. En el mismo sentido, y con un detallado análisis crítico de los llamados elementos subjetivos de la culpabilidad, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción», *Revista Justícia e Sistema Criminal*, v. 5, n. 9, 2013, pp. 26-32.

(5) La asequibilidad normativa como fundamento material del juicio de culpabilidad es aquí tomada como un mero presupuesto de trabajo. En profundidad, GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140-161. En opinión de ROXIN, con este presupuesto no se afirma «que el hombre sea libre en el sentido de las ciencias de la naturaleza, sino que debe ser *tratado como libre* dada una capacidad intacta de autoconducción y, con ello, una dirigibilidad normativa. La presunción de libertad es

Todos aquellos casos, desde el fortuito hasta, como aquí interesa, la anormalidad motivacional, en los que se estima que dicha evitación no puede obtenerse, constituirán un *imposible preventivo-general*, y la impunidad será el resultado de una ausencia de conminación obligada por el propio fundamento de la pena. El inculpable no puede ser utilizado con fines preventivo-generales, pues la renuncia a la pena implica la expulsión automática del inculpable del ámbito de la prevención general intimidatoria, de modo que para él *no hay fase de conminación penal en tanto no hay amenaza de pena* (6).

II. FUNCIONALISMO

La vinculación entre culpabilidad y prevención general pone de relieve que la creación de un contenido material del principio de culpabilidad basado en la capacidad de motivación es una consecuencia

así para el determinista una regla del juego social, cuyo valor en la sociedad es completamente independiente del problema epistemológico y científico-natural del libre albedrío», «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?», *Cuadernos de Política Criminal* (CPC), n.º 30, 1986, p. 685, traducción de Silva Sánchez. También KELSEN estima que para «reconciliar la idea de libertad, que prevalece en la sociedad como orden normativo, con la ley de causalidad, que prevalece en la naturaleza como orden causal, no es necesario recurrir a la concepción metafísico-religiosa que subyace al indeterminismo. La reconciliación es posible dentro de la Ciencia racional siempre que reconozcamos que la imputación es un principio diferente de causalidad pero análogo a él. El uno realiza en las ciencias sociales lo que el otro en las naturales. Esta explicación parece satisfactoria. Así se diluye el problema ficticio de una supuesta antinomia indisoluble entre la necesidad natural y la libertad social. Lo que parece ser una contradicción entre dos filosofías que difieren de modo fundamental y [son] irreconciliables –una visión empírico-racional del mundo y otra visión, metafísica– es de hecho un paralelismo entre dos sistemas de conocimiento distintos –ambos racionales y empíricos–, entre dos métodos diferentes mediante los cuales el conocimiento relaciona los objetos entre sí. Ambos métodos son perfectamente compatibles entre sí: es el dualismo de la causalidad y la imputación», «Causalidad e imputación», en *¿Qué es Justicia?*, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 250-251. KARG critica esta perspectiva: con la asequibilidad normativa se pasa de una mera hipótesis de libertad a una mera hipótesis de motivabilidad, *Kritik des Schuldprinzips: eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht*, Campus, Frankfurt, New York, 1982, p. 246. Véase, también, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984 (2.ª reimpresión, 1992), pp. 449-452.

(6) Tampoco la hay para el *normativamente* incapaz de motivación, salvo que se le amenace con una medida de seguridad; al respecto, SÁNCHEZ DAFUAUE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 87-94. En el núcleo de la prevención general negativa está encerrada una *prevención especial conminatoria*. La intervención coactiva y directa sobre el inimputable es siempre posdelictiva.

predecible dado un fundamento preventivo de la pena, y obliga con ello a desviar la habitual crítica al principio material de culpabilidad hacia el terreno de la teoría de los fines de la pena. Esto último es precisamente lo que hace Jakobs cuando, con la confirmación de la vigencia de la norma, excluye toda vocación preventiva de la pena y convierte en teoría de la pena la teoría de los *fines* de la pena (7). Esta limitación, no obstante, solo aporta un contenido explicativo propio si con la idea de fin de la pena desaparece igualmente la idea de fin de la norma. De no ser esto así, y si se estima que el fin de la norma es la evitación de un hecho, la pena, al confirmar la norma, confirmará un fin, y la aportación de Jakobs en este punto consistirá en que, de decir que el fin de la pena es la evitación del delito, se habrá pasado a decir que la pena sirve al fin de la evitación del delito con la confirmación de la norma (8).

Hay que decir, por lo tanto, que la confirmación de la vigencia de la norma –que es la confirmación de la estructura social– *se produce cada vez que no se realiza un delito y no solo cada vez que se aplica una pena* (9). La confirmación de la vigencia de la norma encierra un momento consistente en la confirmación de la determinación preten-

(7) «En todo caso, tal fin [el fin de la pena], si es que se quiere hacer uso de ese término, recibiría una denominación completamente desdibujada con un *ne peccetur*. ¿Por qué iba a entregarse la sociedad a la ilusión de que previene delitos? Su configuración se ve confirmada y sigue siendo el esquema de orientación determinante, y ello tanto para la determinación de lo que es fidelidad al Derecho como para la determinación del delito. Se previene algo, pero no un delito futuro cualquiera, sino que los delitos ya no se conciben como delitos», JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 15-16, traducción de Cancio Meliá.

(8) Así entiende MOLINA FERNÁNDEZ que «lo que no tiene sentido es pretender que la norma de conducta cuya infracción es la antijuridicidad, tiene ya como función proteger su propia validez», *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 72, nota 65. Con la supresión de la noción de bien jurídico, era clara la progresiva difuminación del contenido aflictivo de la pena como violencia punitiva del Estado. La exclusión de una de estas cuestiones del debate científico implicaba la exclusión de la otra. Esto lo expone con claridad Mir Puig cuando afirma que una razón importante para oponerse a la propuesta de Jakobs de prescindir de la noción de bien jurídico y sustituirlo por el de lesión de la vigencia de la norma es su deriva autoritaria. Así, mientras que «el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan, la concepción de JAKOBS invierte en cierto modo el planteamiento y convierte a la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado», MIR PUIG, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-02 (2004), p. 7.

(9) Como dice ADORNO, «funcionar como un fin en sí mismo, separado de eso para lo que funciona, no es menos contradictorio que cualquier contradicción lógica, y la ciencia que enmudeciera ante ello sería irracional», «Introducción a *La disputa*

da por la norma; momento debido a la amenaza de pena. Lo que ocurre es que ello está de tal forma interiorizado que solo raramente es tomado en consideración. Esta interiorización es el punto de partida de cualquier teoría de la prevención general positiva.

Jakobs ha suavizado el rigor de su funcionalismo en obras posteriores. Así, en «Diez años después: el Derecho penal del enemigo» (10), estudia la coacción jurídica y la orientación por instituciones jurídicas (11). La coacción jurídica «despersonaliza al sujeto obligado; decir algo diferente sería palabrería bella, pero palabrería al fin y al cabo. La coacción jurídica es, sin embargo, jurídicamente una administración adecuada del ámbito de organización del sujeto obligado, pero dicha coacción es, precisamente, una *heteroadministración* y –con ello– una disminución del ámbito personal del obligado» (12). Jakobs estima que «en la coacción jurídica el Derecho permite u obliga a "maltratar" al sujeto a quien se obliga como parte de la naturaleza, esto es: en ese sentido no se le trata como persona, aunque sea su propia personalidad la que haya debido primeramente desencadenar ese permiso o ese mandato» (13); sin olvidar que «la coacción jurídica es provocada mediante una acción antijurídica» (14). Asimismo, «una expectativa normativa requiere de una corroboración cognitiva si pretende servir para la orientación real de los ciudadanos y no únicamente para la orientación abstracta. Y, por eso mismo, por la cimentación cognitiva, ¡es por lo que se vincula el Derecho con la facultad para coaccionar!» (15). Por ello, «el sistema únicamente podrá "sobrevivir" a largo plazo cuando la comunicación, en tanto que afecte a actos reales, represente los actos dañosos como no debidos y los actos admisibles como perfectamente debidos» (16).

Como no se puede decir sino que la pena es la *cimentación cognitiva de la coacción jurídica predelictiva tendente a evitar los actos dañosos para la supervivencia de la sociedad*, y como –a medio plazo– no parece viable una orientación de conductas sin coacción conminatoria, esta construcción de Jakobs desemboca en la sencilla tesis clásica de que la aplicación de la pena confirma la realidad de la amenaza inherente a la conminación penal.

del positivismo en la sociología alemana», *Escritos sociológicos I*, Obra completa, 8, Akal, Madrid, 2004, p. 286, traducción de González Ruiz.

(10) *Cuadernos de Política Criminal* (CPC), 2011, n.º 105, pp. 5-25.

(11) JAKOBS, 2011, pp. 6-16.

(12) JAKOBS, 2011, p. 8.

(13) JAKOBS, 2011, p. 8.

(14) JAKOBS, 2011, p. 9.

(15) JAKOBS, 2011, pp. 11-12.

(16) JAKOBS, 2011, pp. 10-11, nota 20.

III. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

La prevención general positiva tiene un acomodo complejo en el ámbito de la culpabilidad penal (17). Una estupenda definición de prevención general positiva puede encontrarse, *avant la lettre*, en Spinoza, quien afirma que «como la razón enseña a practicar la piedad y a mantener el ánimo sereno y benevolente, lo cual no puede suceder más que en el Estado; como, además, no se puede conseguir que la multitud se rijan como por una sola mente, cual debe suceder en el Estado, a menos que goce de derechos establecidos por el dictamen de la razón; no resulta tan inadecuado que los hombres que están habituados a vivir en el Estado llamen pecado a lo que contradice el dictamen de la razón, puesto que los derechos del mejor Estado (...) deben estar fundados en ese dictamen» (18).

Se trata de una manifestación *moderna* de la política como educación, el problema teórico clásico del que no debe desprenderse su última manifestación técnica, es decir, la prevención general positiva. La política como educación es la pretensión de superar la fragmentación de la conciencia sin renunciar al individuo, cuya protección y servicio es el fin del Estado, y no al revés. La recta razón es el único modo posible de legitimar la coacción, pues, en tanto la norma es de todos, el infractor disiente de sí mismo. Este disenso es la prolongación organizada del pecado contra uno mismo propio del estado de naturaleza. La legitimidad de la coacción en conciencia procede de un mandato previo, la propiedad ideal de la norma, que permite intervenir en la esfera interna del sujeto para retrotraerle a su ser originario y completo, el correspondiente a su participación intelectual en la ley. Ahora bien, si se quiere mantener este planteamiento, ha de llegarse inexorablemente a una conclusión, en parte hoy desatendida: la reflexión sobre la prevención general positiva es, en realidad, una reflexión sobre la idea de justicia, pues sin esta justicia no puede darse en ningún caso la requerida unidad de la conciencia. Por ello, el grado de realización de esta idea de justicia (de los principios normativos) es parte del problema preventivo. Un fundamento de la pena que conciba la culpabilidad

(17) ROXIN enumera los fines y efectos distintos, pero imbricados entre sí, de la prevención general positiva: el efecto de aprendizaje –motivado socialpedagógicamente–, el ejercicio en la confianza del Derecho y la pacificación social por la tranquilidad de la conciencia general que supone considerar solucionado el conflicto con el autor en virtud de la sanción, *PG* (tr. 2.^a), 1997, 3/27, pp. 91-92; *ATI*, 4. Auflage, 2006, 3/27, pp. 80-81.

(18) SPINOZA, *Tratado político*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, pp. 102-103, traducción de Atilano Domínguez.

como rebelión frente al Derecho debe hacer un sitio a la solución dogmática de la rebelión frente a la *imperfección* del Derecho (19).

IV. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Culpabilidad y ámbito personal de la prevención general son términos intercambiables, lo cual no significa que el ámbito personal de la prevención general –o prevención general pretendida– se corresponda con el ámbito personal de la prevención general posible. La afirmación de un principio de culpabilidad representa la definición de un campo de pretensiones penales de prevención general más restringido que el campo de posibilidades fácticas de prevención general.

Las razones que limitan la posibilidad de pena son consideradas por Mir Puig un «momento *normativo* esencial» añadido al no poder actuar de otro modo o a la no motivabilidad normativa, pues, «en un Estado social y democrático de Derecho no se considera *justo* llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma». Ello representa un «planteamiento valorativo que conduce a imponer un *límite* a la posibilidad de castigar al que actúa en situación de anormalidad motivacional». Según este planteamiento, «la responsabilidad penal no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que *la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de responsabilidad penal*» (20).

Este límite normativo a la posibilidad de pena mencionado por Mir Puig, como criterio que permite flexibilizar la política de incriminación, es un elemento añadido a otro límite, procedente de la necesidad de pena, y que, al vincular pena y pretensiones preventivo-generales, hace que la pena para el incapaz de motivación no sea jurídicamente posible, y ello como consecuencia de un planteamiento

(19) Gómez Benítez sintetiza esta exigencia de forma contundente: la comunicación espiritual con una norma o un sistema injustos es una comunicación espiritual con la injusticia (en conversación personal). Véase GÓMEZ BENÍTEZ, «Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad», *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, SILVA SÁNCHEZ (Ed.), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 269-277. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad», *Nuevo Foro Penal*, n.º 82, enero-junio 2014, Universidad EAFIT, pp. 127-131.

(20) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, 20/49, p. 558. Véase, también, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 465-472; en particular, p. 470.

miento también *valorativo*, como es la legitimación preventivo-general de la pena (21). No obstante, con esta segunda exigencia normativa queda atrás la sola legitimación preventiva de la pena y se penetra en el principio de culpabilidad.

La creación de un principio de culpabilidad independiente de los criterios preventivo-generales de legitimación de la pena, es decir, el uso de algún elemento para la imputación penal personal que haga menor el ámbito de la pena que el ámbito de la posibilidad de pena, requiere de la elaboración de factores añadidos a la capacidad de actuar de otro modo o a la capacidad de motivación. Esto es así porque la incapacidad de actuar de otro modo o la incapacidad de motivación, definidas sin otras matizaciones, son los casos que excluye del ámbito de aplicación de la pena su misma legitimación preventivo-general. Toda teoría que maneje este criterio de imputación en estado puro deposita sus esperanzas de justicia y de selección en la sola prevención general, y convierte, como tantas veces se ha dicho, la culpabilidad en desnuda prevención general.

La desnuda prevención general puede llevar a un excesivo rigor punitivo. Así entiende Roxin que, «a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena» (22). Roxin defiende un Derecho penal preventivo de la culpabilidad que emplea la pena por motivos exclusivamente preventivos, renuncia a la retribución, también deja realmente sin respuesta la pregunta incontestable de la realidad empírica de la libertad de voluntad, permite que por motivos preventivo-especiales la pena quede por debajo de la culpabilidad hasta los límites de las necesidades preventivo-generales mínimas, «pero preserva en toda su magnitud las funciones limitadoras de la pena del principio de culpabilidad» (23).

El principio de culpabilidad, dada una cierta capacidad de motivación, reposa habitualmente en criterios cuantitativos: capacidad normal y capacidad disminuida de motivación. La diferencia se establece entre un posible y otro también posible, pero anormal, acceso a la

(21) Sus efectos en la medición de la pena, en GÓMEZ BENÍTEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», en *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001, pp. 37-91; en particular, pp. 81-82. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema de Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 175-181.

(22) *PG* (tr. 2.ª), 1997, 3/46, p. 99; *ATI*, 4. Auflage, 2006, 3/51, p. 91.

(23) «El principio de culpabilidad y sus cambios», en *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, p. 201.

norma como factor orientador de conductas –otra cosa es que la propia inculpabilidad impida hablar de acceso alguno a la pena como método de obtención de la orientación pretendida–. La misma afirmación de una norma de determinación dirigida al inimputable presupone que la interacción comunicativa es aún posible (24).

La aceptación de situaciones en las que la interacción comunicativa es aún posible pero la pena no se considera la respuesta correcta puede proceder de diversas fuentes, como el principio de proporcionalidad, si bien lo habitual es que sea entendida como el resultado de la necesaria definición valorativa de los contornos de todo concepto jurídico. Es decir, como una profundización en el rendimiento que puede obtenerse del propio contenido material del principio de culpabilidad. Así lo manifiesta Roxin: «En la concepción aquí defendida, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo. Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce (con ello no se niega que en la zona límite de dicha asequibilidad normativa confluyen valoraciones, pero eso sucede en todos los conceptos jurídicos)» (25). En este caso, aunque los resultados materiales sean los mismos, no hay que desatender que los contornos valorativos del concepto jurídico que se está perfilando son los de la prevención general como título de imputación, y ello a pesar de que se maneje un principio de culpabilidad independiente. Normalmente, la relación entre momento valorativo y prevención general suele provocar un cierto rechazo doctrinal, pues se estima que esta última representa la alternativa de la utilidad enfrentada a la justicia, encarnada, en lo que aquí interesa, en el principio de culpabilidad. Pero esto no es del todo cierto, pues, si la prevención general es comprendida como una exigencia comunicativa mínima entre norma y sujeto activo, anterior al hecho delictivo, ella misma encierra un momento valorativo esencial, como es el de la ilegitimidad de la aplicación –a un sujeto– de una pena que resulta inútil en el momento de la conminación penal, es decir, que no puede convertirse en un factor para la evitación de la conducta desvalorada. Por ello, la utilización de criterios de utilidad para la limitación del ámbito de la intervención penal encierra ya en sí misma la toma en consideración de un cierto

(24) No obstante, la motivación del inimputable por medio de la pena no puede ser un fin de la pena, pues el principio de culpabilidad circunscribe el campo de aplicación de la pena al ámbito de la culpabilidad, SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, p. 63; para la punibilidad, 2016, pp. 483-494.

(25) *PG* (tr. 2.^ª), 1997, 19/39, p. 810; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 19/46, pp. 872-873.

concepto de justicia: el mismo, por ejemplo, que excluye del campo de lo penal la responsabilidad por el resultado.

La afirmación de un principio de culpabilidad que permita tratar los casos de asequibilidad normativa disminuida como casos de ausencia de asequibilidad normativa (si se sigue el criterio de Roxin, la zona límite valorativa de este concepto jurídico), es el resultado de la definición de un umbral de dificultad de motivación que pueda concebirse normativamente asimilable a la incapacidad propiamente dicha. Por lo tanto, el elemento nuclear del juicio de culpabilidad es la misma ausencia de asequibilidad normativa y no el factor que la motiva. Toda tesis que haga depender la culpabilidad del autor de su capacidad, normativamente definida, de motivación, debe, si no desea salirse del campo de los principios, atender, única y exclusivamente, al grado normativo de dificultad de motivación o de orientación de la propia conducta, y nunca, y en ningún caso, a los factores que han provocado dicha dificultad, a salvo, por supuesto, de la *actio libera in causa*.

La creación de un «momento normativo» en sede de culpabilidad –la construcción de un principio de culpabilidad–, representa quizás la aportación teórica más importante realizada por la dogmática penal para la solución justa de los problemas político-criminales, es decir, para la conversión de la política criminal en política de *principios*. Y esto es precisamente lo que se pretende con el empleo del principio de culpabilidad en el sistema del delito.

Pero el respeto a un concepto de culpabilidad circunscrito al uso de la asequibilidad normativa –o mayor o menor capacidad de motivación– exige que, a la lista habitual de causas de exención, se acompañe la prueba de que la falta de atención a otros factores, en diversos supuestos de desigualdad –en diversos supuestos, por lo tanto, en los que es fácilmente perceptible una diferencia respecto del grupo de casos considerado normal o de referencia–, es el resultado de su menor incidencia en la motivabilidad normativa del sujeto activo (26).

Mir Puig apunta en esta dirección cuando afirma que las circunstancias de desigualdad social han de ser tomadas en consideración «para *atenuar* la pena en la medida en que supongan una presión motivacional en favor del delito superior a la media normal», de modo que el principio de culpabilidad ofrezca «una vía para una mayor rea-

(26) La normal motivabilidad presupone, como es obvio, un canon de normalidad, no necesariamente de salud psíquica, y, por lo tanto, contiene en su mismo núcleo la idea de igualdad.

lización de la exigencia de igualdad material y efectiva que impone el Estado democrático» (27).

Mir Puig asocia así al principio de igualdad real ante la ley la necesidad de una respuesta jurídica diferente para los casos de anormalidad motivacional y, consecuentemente, hace recaer en la intensidad de la presión motivacional el elemento decisorio del juicio de responsabilidad penal, de modo que, si en los casos de desigualdad social no pierde su sentido «la apelación racional que supone la prohibición penal», ello se debe a que las desigualdades de orden social no llegan a «afectar tan profundamente las leyes psíquicas de la motivación, que ésta pueda considerarse por completo "anormal" (28).

Este perfecto planteamiento teórico de Mir Puig descansa, no obstante, en un dato que, en último término, nos es desconocido, y que no es otro que el hecho de que *en todos los casos de desigualdad social*

(27) PG, 10.^a, 2016, 20/51, pp. 559-560. MIR PUIG, que concibe todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad (el principio de personalidad de las penas, el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal) como expresión del principio superior de protección de la dignidad humana (art. 10.1 de la Constitución), estima que el *principio de igualdad real de los ciudadanos*, confirma la exigencia de imputación personal como presupuesto de la pena. El principio de igualdad «exige no sólo tratar de igual forma a los iguales, sino también tener en cuenta las desigualdades. Se opondría a esto último imponer una pena, prevista para el que puede ser motivado normalmente por la ley penal, a personas que no gozan de dicha capacidad de motivabilidad normal. Si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no es lícito castigarles como si no poseyeran esta inferioridad», *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 130-131. Tratar a los inimputables desconociendo que carecen de una capacidad normal de determinación «vulneraría el *principio de igualdad real ante la ley*», MIR PUIG, PG, 10.^a, 2016, 20/50, p. 559. CANCIO MELIÁ orienta el problema particular de la psicopatía hacia la noción de igualdad: a quienes padecen psicopatía se los puede distanciar de su conducta, y atribuir ésta a su falta de capacidad de *sentir* la infracción de la norma, pues no son iguales a los demás, «Psicopatía y Derecho Penal: algunas consideraciones introductorias» en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, FERNÁNDEZ TERUELO (Dir.), Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 543.

(28) MIR PUIG, PG, 10.^a, 2016, 20/51, pp. 559-560. GIMBERNAT ORDEIG afirma que «tal vez el progreso de las ciencias empíricas pueda [junto a menores y enfermos mentales] segregar en el futuro ulteriores grupos de los "normales"», «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed, 1990, p. 157. Este autor admite como muy posible que existan «notables divergencias, desde el punto de vista de la "motivabilidad", dentro de los sujetos a los que hoy en día calificamos de "imputables"». Pero «esas divergencias no constituyen aún un patrimonio científico fuera de discusión; por ello, no están tampoco claramente definidas y, por ello también, no han podido incorporarse a la conciencia popular a la que se dirige el Derecho penal», «El sistema de Derecho penal en la actualidad», *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., 1990, p. 176.

las leyes psíquicas de la motivación no llegan a verse afectadas tan profundamente como *en cualquier caso* reconocido de inimputabilidad. Y es que, para completar el juicio de culpabilidad, es necesario añadir ahora un tercer elemento: un factor corrector del «momento valorativo» (29).

El hecho de que en relación con las desigualdades sociales no exista, ni por asomo, el mismo intento de verificación *caso por caso* del grado de asequibilidad normativa que se realiza cuando se trata del padecimiento de una específica enfermedad mental, no revela que ya se conozca la incidencia de todos los grados de desigualdad social en las leyes psíquicas de la motivación. Por el contrario, es la ausencia para tales casos de un proyecto político de respuesta alternativa a la pena la que provoca que una investigación más detenida sobre la apariencia de algo irrelevante para la teoría del delito y se acomode en cuarentena en el ámbito científico de la criminología. La creación de medidas de seguridad que actúen sobre un factor social concebido como el origen único de la ausencia de culpabilidad es una propuesta político-criminal impensable en la actualidad. En consecuencia, las desigualdades sociales carecen –por lo general– de traducción teórica en el sistema del delito (30).

En el proceso de resocialización del autor de un delito se pone de manifiesto que son perfectamente conocidos los elementos de origen social que pueden registrarse como un factor causal del delito realizado, de modo que se conciben como programa penitenciario la oferta y la prestación de medidas tendentes a erradicarlos: educación, alternativas profesionales, etc. Estos factores criminógenos de origen social, en aplicación estricta del principio de culpabilidad, habrían de

(29) Como señala SARTORI, «incluso cuando no especificamos nada, cuando usamos "igualdad" en singular, incluso entonces nos fijamos relativamente en *pocas diferencias*: aquellas que se perciben, en determinados períodos históricos, como *relevantes*, evidentemente *injustas* e, implícitamente, *remediables*», *Elementos de teoría política*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 105, versión de M.^a Luz Morán.

(30) MUÑOZ CONDE expone este problema con precisión cuando afirma que «resocializar al delincuente sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto social normativo, significa, pura y simplemente, aceptar como perfecto el orden social vigente, sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido». «En un Estado democrático y social de derecho el concepto de culpabilidad debe servir para realizar la tarea protectora del individuo y de la sociedad que tiene asignada el derecho penal y no para entorpecerla. Para ello habría que empezar por abandonar el concepto tradicional que ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que solo afecta al autor del delito», *Derecho penal y control social*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pp. 53 y 93. *Vid.* MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 354-356.

conducir a la creación de modelos de medidas de seguridad –sin detrimento del conjunto de garantías ya aceptado– que permitieran la socialización sin el recurso al castigo. «Igual como hoy creemos preferible tratar al enfermo mental con una medida adecuada a su personalidad, a medida que vayamos conociendo las causas sociales y personales que explican cada grupo de delitos y de delincentes iremos aceptando sustituir las penas por las medidas que en cada caso aparezcan como indicadas» (31).

Todo esto, evidentemente, constituye un problema político de muy difícil solución, y esta dificultad es la causa del divorcio entre desigualdades sociales y principio de culpabilidad. El Derecho penal, en estos casos, no puede dejar de intervenir, pues ha de manifestar su interés por el hecho, y no puede aplicar una medida de seguridad porque ello supone aceptar una corresponsabilidad del Estado en el hecho. La solución es la pena, es decir, un problema sin entidad sistemática. No obstante, planteamientos como el ya mencionado del profesor Mir Puig son muy valiosos, pues permiten hacer de la atención a determinados casos de desigualdad social una consecuencia impuesta por un principio de culpabilidad de corte clásico, y no un problema de otra dogmática o de la ausencia de dogmática.

Las alternativas teóricas que se pueden derivar del progresivo conocimiento apuntado por Mir Puig son variadas: negar el fundamento preventivo de la pena y volver para estos casos a la retribución; modificar el principio de culpabilidad –la que, personalmente, considero correcta–; no modificar el principio de culpabilidad y dejarlo vivir como una abstracción gozosa en el mundo de las ideas –la crítica de Jakobs a este recurso es su gran aportación a la culpabilidad penal–; por último, acudir a la prevención general positiva.

En este último caso, la asequibilidad normativa debe incluir algo más que miedo a la pena. Debe incluir la posibilidad de comunicación con el valor de la norma. En sentido estricto, debe incluir una comunicación espiritual con el bien jurídico protegido. Esto, evidentemente, no es un fin legítimo de la norma cuando el sujeto ha carecido durante su vida de una protección social adecuada respecto del bien jurídico en cuestión. No puede tener una noción *correcta*, por ejemplo, de la función social de la propiedad quien ha vivido en la miseria. Hay que olvidar, en tales casos, el sentimiento de culpabilidad. Lo que habrá que manejar, por el contrario, será un *sentimiento de inculpabilidad* (32).

(31) MIR PUIG, *PG*, 10.ª, 2016, 22/15, p. 584.

(32) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, «Culpabilidad y pecado. Reflexiones sobre los límites al poder de la voluntad», en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María*

La general desatención de estos factores que pueden incidir en la capacidad de motivación hace que el trazado de las fronteras del juicio de culpabilidad haya de realizarse con la participación de un criterio de otro orden: las posibilidades y el interés existentes en el manejo del problema por otras vías diferentes del castigo. Y aquí aparece la importante aportación ofrecida por la teoría de Jakobs para la comprensión de la categoría dogmática de la culpabilidad: la necesidad de mantenimiento del sistema. Sin ella, quedaba desatendido un aspecto esencial del proceso social de imputación penal personal (33).

La culpabilidad del autor puede ser así definida como la capacidad normal de motivación (el principio de culpabilidad) y como *la capacidad disminuida de motivación cuando no hay deseo o posibilidad de singularizar las dificultades de motivación como el origen del con-*

Lidón, ECHANO BASALDÚA (coord.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 249-262. En tanto los poderes públicos deben velar por el cumplimiento del principio de igualdad, y si la desigualdad social manifiesta es una de las causas del delito, en las instituciones públicas recae una proporción *concurrente* de responsabilidad. Así, Silva Sánchez estima que «el Estado sólo puede calificar como sujetos de responsabilidad –dirigiéndoles un juicio de reproche sobre su conducta– a aquellos sujetos que simultáneamente quepa calificar como sujetos de protección», «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad», en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, FERNÁNDEZ TERUELO (Dir.), Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 725. En otro contexto, el mismo autor afirma que la protección estatal de los bienes jurídicos del infractor es decisiva, pues el incumplimiento por parte del Estado de los deberes de protección inherentes a su posición de garante determina un serio debilitamiento de su vinculación con el sujeto cuyas conductas delictivas tienen que ver precisamente con este debilitamiento, «Derecho penal y fractura comunitaria», *InDret Penal*, Barcelona, 4/2017, p. 2, nota 4.

(33) «La misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo del conflicto», JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª edición, corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 579, traducción de la 2.ª edición alemana (1991) por Cuello Contreras y Serrano Gómez de Murillo. Para Jakobs no existe un elemento de la culpabilidad previo a la sociedad que tenga que ser respetado por ella, sino que es la percepción social de la realidad la que determina bajo qué condiciones debe imputarse. De este modo, el fundamento material de la culpabilidad se diluye en la condicionalidad a la estructura determinada de la sociedad. Una determinada estructura social impondrá unas determinadas condiciones de atribución, persiguiendo, en todo caso, la persistencia del sistema. Por lo tanto, la pregunta más precisa que se puede formular en relación con el principio de culpabilidad es la siguiente: ¿para qué clase de orden social el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia?, «El principio de culpabilidad», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas-Univ. Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, p. 366, traducción y estudio preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá.

flicto (las necesidades de mantenimiento del sistema). Esto último es un fracaso del principio de culpabilidad, que Jakobs explicita (34).

V. LA NECESIDAD DE PERSISTENCIA DEL SISTEMA

La Psiquiatría es la ciencia reina en el ámbito dogmático de la culpabilidad penal. Las ciencias sociales son desplazadas a lugares periféricos. Esto es así porque, en los casos de enfermedad mental, la desviación del tanto de culpa se realiza a cuenta del destino, una vez despojadas la naturaleza de un fin y la locura de un designio. En el ámbito de las ciencias sociales esto es mucho más difícil, pues entre el destino y la sociedad están las instituciones. Si, por ejemplo, en los casos de marginación desde la cuna se desvía a ellas una cuota, digamos, sociológica de culpabilidad, nos llega a todos el eco del reproche, lo cual repugna a nuestro sentido común, atornillado en la idea de infracción y en la protección del Derecho como fin en sí mismo (35).

Roxin ha construido la responsabilidad penal sumando a la noción clásica de culpabilidad la idea de necesidad preventiva de sanción

(34) Por ello, la crítica de HIRSCH al concepto de culpabilidad de JAKOBS es en parte acertada, pero en parte no lo es: si las «necesidades preventivas de estabilización de la norma forman el *parámetro de contenido*; de ahí resulta, finalmente, una posibilidad total de manipular el concepto de culpabilidad. Un tal principio no puede, por ende, tener una función orientadora para la conformación de Derecho Penal. Esto podría llevar al desarrollo de una estructura casi universal y arbitrariamente adaptable, que también podría ser utilizada por regímenes antijurídicos. La función de garantía y protección del concepto de culpabilidad como "carta magna" del infractor a la norma se pierde totalmente», HIRSCH, «El principio de culpabilidad y su función en el Derecho penal», *Derecho penal. Obras completas*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, p. 158, traducción de Daniel R. Pastor.

(35) Pero no hay que olvidar que «la firmeza de las convicciones en torno a lo que significa y fundamenta el derecho público estatal no ha de llegar hasta el alejamiento entre éste y sus destinatarios. *La búsqueda de un espacio de encuentro entre derecho y ciudadanía será seguramente la misión más importante de la teoría de la culpabilidad*», QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 172. «*Un déficit de protección estatal de un bien jurídico puede implicar que quien lo sufre comprenda el sentido formal de la norma sin un acceso al sentido material del orden que tal norma establece*», SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, p. 263; no obstante, la inculpabilidad no ha representado nunca hasta hoy un reparto de la responsabilidad entre el individuo y la sociedad, SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, p. 257. Véase, también, CIGÜELA SOLA, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal», *InDret Penal*, Barcelona, 2/2017; en particular, pp. 27-29, donde se afirma que, con un enriquecimiento de las categorías del delito, el déficit de legitimidad del Estado podrá convertirse en un deber de corresponsabilidad social que conduzca a la atenuación o a la exención de responsabilidad del excluido social, p. 29.

penal (36). La necesidad de pena es el núcleo de las causas de exculpación, si bien los aspectos preventivos también se pueden advertir de manera más o menos pronunciada en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (37). De hecho, también «la inimputabilidad posee zonas marginales normativas», como «los estados pasionales intensos y las neurosis graves», en las que «no se pueden excluir completamente consideraciones preventivas en su aceptación y negación». Lo contrario «refuerza un rigorismo punitivo que resulta políticocriminalmente erróneo, porque contradice la opinión aceptada en principio con carácter general de que la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente de la pena estatal» (38).

Esta «zona marginal normativa» de la responsabilidad, si se quiere mantener el contenido material de un concepto estrictamente personal de culpabilidad, ha de incluir una reflexión sobre el contexto social en el que la infracción es cometida. *Un ordenamiento no es neutral por el hecho de no reflejar un problema, sino por el hecho de no reflejar un problema que no existe*. Si no se refleja un problema que sí existe, la neutralidad decae. Si un problema político se despolitiza, «las consecuencias efectivas de un ordenamiento jurídicamente "neutral" son y siguen siendo (aunque involuntariamente) políticas» (39).

Quizás sea aplicable a la comprensión dogmática de la culpabilidad el método expuesto por Max Weber al abordar el problema de la irracionalidad en las ciencias sociales, y que consiste en descubrir con instrumentos históricos los especiales procesos de liberación que han propiciado la ciencia moderna, a partir de algunos problemas prácticos puestos al pensamiento por constelaciones concretas de las relaciones sociales. «Y también podría intentarse mostrar cómo el empleo de algunas "concepciones" de la realidad permite a la vez maximizar el grado de satisfacción de ciertos intereses decisivos de determinados

(36) Así, donde el autor sea aún normativamente susceptible de exigencias y tenga la posibilidad de elegir entre distintas alternativas de comportamiento, el legislador prescinde de una sanción penal cuando la misma no resulta exigible ni desde el punto de vista preventivo-general ni desde el punto de vista preventivo-especial. Ello es lo que sucede en el estado de necesidad exculpante. De este modo, como la pena puede ser excluida por ausencia de culpabilidad o por ausencia de necesidad preventiva de punición, es más correcto hablar de causas de exclusión de la responsabilidad que de causas de inculpabilidad, pues el primer concepto comprende tanto la ausencia de culpabilidad como la ausencia de necesidad de prevención: ROXIN, «Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena», *Cuadernos de Política criminal* (CPC), n.º 46, 1992, p. 174, traducción de Polaino-Navarrete.

(37) ROXIN, *PG* (tr. 2.ª), 1997, 19/4, p. 792; *ATI*, 4. Auflage, 2006, 19/5, p. 853.

(38) ROXIN, *PG* (tr. 2.ª), 1997, 19/49, p. 815; *ATI*, 4. Auflage, 2006, 19/57, pp. 877-878.

(39) SARTORI, 2005, p. 26.

estratos sociales, al igual que podría llevarse a la práctica, aunque obviamente en un sentido profundamente diverso [sin una dirección histórica necesaria], el enunciado del "materialismo histórico", según el cual la "superestructura" ideal sería una función de la situación social global, también en el ámbito del pensamiento: el enunciado según el cual, en última instancia, acostumbra *a valer* como "verdadero" sólo aquello que es "útil", estaría en cierto sentido históricamente confirmado» (40).

La dogmática penal elabora un tipo ideal racional, pero un tipo ideal para un sistema de valores dado (41). Por lo tanto, la aceptación de que es dado un sistema de valores es presupuesto de la neutralidad valorativa como punto de partida de la interpretación técnica del Derecho penal (42).

Como es sabido, la racionalidad formal crea sujetos iguales para el Derecho; ahora bien, el principio de igualdad obliga a una construcción parcialmente material de los criterios de racionalidad formal, pues pretende una igualdad *en* el Derecho. Como señala Max Weber, al Derecho, desposeído de su dignidad supraempírica, «se le ha puesto al descubierto, de manera demasiado patente en la gran mayoría de los casos, y precisamente en muchas de sus determinaciones más importantes, como producto y medio técnico de un compromiso de intereses» (43). Si no se atiende a la exigencia científica de investigar la incidencia en la asequibilidad normativa de la desigualdad social extrema, entonces la culpabilidad es puro mantenimiento del sistema, deviniendo correcto un concepto funcional como el de Jakobs. Si esa investigación se elude, el principio de culpabilidad *no es ciencia*

(40) MAX WEBER, *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales*, Tecnos, Clásicos del pensamiento 9, Madrid, 2001, pp. 69-70, traducción de Lioba Simón y García Blanco.

(41) La metafísica alemana «orgánica» del Estado por contraposición a la concepción «comercial» norteamericana «reviste una eminente significación práctica; con otras palabras: también aquí las ideas *prácticas* en las cuales se tiene *fe* en cuanto valen o deben valer y el *tipo* ideal teórico, construido con fines cognoscitivos, se confunden y muestran la tendencia a traspasar las unas en el otro», MAX WEBER, «La "objetividad" cognoscitiva de la ciencia social y de la política social», en *Ensayos sobre metodología sociológica*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2001, p. 89, traducción de José Luis Etcheverry.

(42) GRACIA MARTÍN considera como condición de la aceptabilidad racional del discurso de la Ciencia penal su correspondencia con las exigencias materiales del orden social, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 52.

(43) MAX WEBER, *Sociología del Derecho*, Comares, Granada, 2001, p. 218, edición a cargo de Monereo Pérez.

—salvo en un sentido funcional—, sino una cobertura pretendidamente objetiva y pretendidamente orientada a valores que encubre un compromiso de intereses, esto es, una decisión estrictamente ideológica: *que la desigualdad social no incida en el juicio de culpabilidad* (44).

El delito fija en el tiempo y en el espacio la injusticia, de modo que, al absorber la noción de daño social, libera al orden social de su responsabilidad por las hipotéticas condiciones inicuas que hayan podido participar en su origen. Esto se pone de manifiesto en el hecho de que la resocialización es concebida como un fin de la pena, sin que tal apreciación lleve a considerar que las condiciones sociales que se pretenden modificar en prisión hayan podido influir en la asequibilidad normativa respecto de la conminación penal. Dado que solo se tienen en cuenta tales condiciones sociales tras el delito, la pena se convierte en el precio a pagar para la integración social. Ahora bien, esta remisión de la noción de injusticia al delito, con su consiguiente cristalización allí, solo es correcta si las condiciones sociales no son causa del delito, pues, de lo contrario, la elección de un momento aislado de toda la secuencia de injusticia es solo producto de la arbitrariedad, es decir, del desnudo ejercicio de poder. El estudio de las condiciones sociales como causa del delito, o, si se prefiere, la elaboración de *criterios para la imputación social del delito*, es un cometido obligado de la categoría dogmática de la culpabilidad. Y no se puede decir que se está hablando de un mundo desconocido y sorprendente, pues es sabido que «siempre es difícil combatir la delincuencia si no se extinguen las causas sociales y económicas que la producen» (45).

En tanto este cometido no se lleve a cabo, el juicio de culpabilidad se configura de hecho con tres elementos, cuyo orden es el siguiente:

Primero: La legitimación preventivo-general de la pena, que excluye del ámbito de conductas sujetas a conminación penal los casos de incapacidad total de motivación. Se trata del campo de la *pena posible*.

(44) «En lugar de estilizar, con la ayuda de conceptos ideológicos, una imagen reconciliada de la realidad social, y conformarse luego resignadamente con las circunstancias tal como éstas son, la ciencia ha de elevar a la conciencia la dureza de lo que existe tal como esto es», Adorno, «Sobre la situación actual de la investigación social empírica en Alemania», *Escritos sociológicos I*, Obra completa, 8, 2004, p. 450. Además, la labor científica concreta «no se ha dejado confundir nunca en serio por la cláusula general de la relatividad de todo conocimiento humano», Adorno, «Sobre la lógica de las ciencias sociales» *Escritos sociológicos I*, Obra completa, 8, 2004, p. 520.

(45) FRANCISCO TOMÁS y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1992, p. 249.

Segundo: La flexibilización de la política de incriminación, que conduce a la definición selectiva de un umbral de dificultad en el proceso de motivación y que se vincula con exigencias de rango constitucional formuladas con ayuda de conceptos abiertos como la igualdad ante la ley o la exigibilidad (46). Este es el campo de los principios, singularmente del *principio de culpabilidad*.

Tercero: La formulación de una respuesta alternativa a la pena en los casos de dificultad de motivación; alternativa que define el alcance material de la flexibilización anterior y que elimina la ilusión de un dictado de principio que resuelva todos los problemas que plantea la categoría dogmática de la culpabilidad. Es el campo de la *medida de seguridad posible*. Sin medida de seguridad posible, la flexibilidad desaparece y el sujeto es declarado culpable.

Al primero de estos tres elementos prestan especial atención las tesis que hacen de la culpabilidad solo prevención general. Al segundo, las que vinculan la culpabilidad a un principio material de culpabilidad. Y, al tercero, las tesis funcionalistas que conciben la culpabilidad como la adscripción del conflicto al autor por no ser posible su solución sin castigo. En la medida en que al contenido de la culpabilidad penal se accede por la suma de los tres, un concepto funcional de culpabilidad explica algo importante que un concepto material omite, pues hay un sector de problemas en los que la culpabilidad se resume en desnuda respuesta a las necesidades de mantenimiento del sistema.

VI. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SISTEMA SOCIAL

La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad –la aceptación de que hay sujetos no culpables pese a la comisión de un hecho injusto o lesivo– refleja que la sociedad puede hacer con el daño social algo más que castigar a quien lo provoca. Es cierto que cada injusto pide una atribución que permita a la sociedad desprenderse de él. En un sistema sin distinción entre injusto y culpabilidad, la atribución al individuo es automática: el individuo es solo ser social. Cuando se da esta automatización, la persona no es nada más que un producto del orden. Pero la consolidación en el discurso de un espacio para una

(46) Esta inexigibilidad no es la del propio sacrificio –núcleo de las causas de exculpación–, sino la de la obtención de pretensiones de ordenación social mediante la pena. Como se sabe, una y otra se diferencian en el hecho de que la segunda puede dar lugar a la previsión de un modo diferente de intervención penal: la medida de seguridad. Por lo tanto, esta segunda inexigibilidad no cierra la puerta a la posibilidad de emitir un juicio de peligrosidad sobre la persona incapaz de infracción.

culpabilidad disociada del injusto, al quebrar la imputación automática del hecho al autor, impugna una perspectiva de la justicia como simple mantenimiento del orden social.

Todo producto jurídico encierra la tensión entre orden formal y justicia material. El Derecho penal no es ajeno a este conflicto, *pero su carácter preventivo ha propiciado que el peso del progreso lo haya soportado el discurso relativo a la restricción de la restricción, es decir, a la recuperación de la libertad, con la consiguiente acentuación del individuo y de los principios liberales*. Por supuesto, no se le puede pedir al Derecho penal que elimine la desigualdad. No es promoción, sino amenaza (47). Pero lo que sí se le puede pedir es que no la reproduzca mecánicamente, y el mejor lugar para ello es la culpabilidad (48).

El camino hacia la culpabilidad material –hacia la culpabilidad que dota de contenido a esa formalidad consistente en «lo que la sociedad no puede soportar»– ha comenzado (y no es casual que lo haya hecho así, pues el hecho del perturbado no representa una negación de la ley), en esencia, con la perturbación mental (49). Por ello, la culpabilidad material se mueve continuamente al filo de la culpabilidad formal, es decir, al filo de la despersonalización del inculpa-ble (50). Pero la mera mención de un principio en sede de culpabilidad

(47) Si bien, como con razón indica ÁLVAREZ GARCÍA, «en el momento de decidirse por parte del legislador el dictado de una norma, el motivo que a ello le impulsa no debiera ser el mero afán de ejercitar a los ciudadanos en la obediencia por la obediencia, sino otorgar protección a determinados valores constitucionales que necesitan de la coacción estatal para garantizar su respeto», *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 93-94.

(48) «El mejor modo de acatar el principio de igualdad es tratar desigualmente lo desigual e igual lo que es igual». Este principio general, «transportado al ámbito del Derecho penal no tiene otro camino para desarrollar su eficacia que el juicio de culpabilidad, en el cual podrá ser valorada debidamente la génesis social y personal de la conducta de cada sujeto, haciendo, esperemos, falsa la conocida crítica de Anatole France: "El Derecho penal es respetuoso con la igualdad, pues castiga por igual al pobre que roba para comer que al rico que lo hace para divertirse". Y la preocupación que tiene el penalista es precisamente evitar que eso sea verdad, que sin duda lo ha sido muchas veces», QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2015, p. 295.

(49) Cfr. QUINTERO OLIVARES, 1999, pp. 49-102.

(50) Así afirma JAKOBS que «en el marco de una perspectiva funcional-social, el Derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez». Por ello, «desde el punto de vista específico del Derecho penal, tan sólo existe la expectativa de que no haya culpabilidad. Esto, formulado de modo positivo, significa que existe la expectativa de una fidelidad suficiente al Derecho o, respectivamente, que sólo existe un deber de prestar una fidelidad suficiente al Derecho. Evidentemente, existe también la expectativa de que un ser humano

representa la toma de conciencia de que el comportamiento justo no es practicable solamente por ser impuesto. El orden es el último fundamento penal, si bien hay circunstancias –las que propician, de nuevo con todas las garantías hoy aceptadas, la imposición de una medida de seguridad– cuya corrección *sin castigo* es un presupuesto del orden pretendido. *Esto significa que la corrección de las causas del delito es ya históricamente percibida por el Derecho penal como una actividad que le compete.*

Las condiciones del delito que impiden la imputación personal al autor son la inmadurez biológica, los desarreglos psíquicos y, en su caso, la actuación en circunstancias de extraordinaria presión. Son siempre razones excepcionales: representan la aparición, en la relación entre individuo y sociedad, de un imponderable que absorbe como un polo magnético la génesis del conflicto, descargando así de responsabilidad a ambos. Este tercero es siempre el azar, pues ni la perturbación mental ni las catástrofes –o, en general, las situaciones de necesidad– han sido casi nunca tomadas como la expresión de un determinado orden político (51). Pero cualquier realidad dada debe modificarse si no se corresponde con la imagen que la sociedad real, por medio de los principios, proyecta de la sociedad ideal. Como afirma Martínez Escamilla, «cada vez resulta más difícil ocultar que la condición de marginal, de excluido social que genera la pobreza es, en general, un proceso objetivo» (52). De todos los bienes jurídicos cuya

sin capacidad de culpabilidad no mate, lesione, dañe, etc. Pero esa expectativa es propia del Derecho civil, o más bien, del Derecho administrativo o de orden público, pero no del Derecho penal, ya que su defraudación sin más no da lugar a reacción penal alguna. De lo dicho se deduce que el rol cuya observación garantiza el Derecho penal es el de ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho», *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 63-64, traducción de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. No obstante, y dejando a un lado el debate terminológico, la concepción del inimputable como riesgo impersonal no es aceptable en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, las garantías en el cumplimiento de las medidas de seguridad solo son explicables por el hecho de que las medidas de seguridad se aplican a personas. En otras palabras, no cabe una normativización penal del concepto de persona que excluya de él a los inimputables.

(51) Con la excepción de la escuela social de la enfermedad mental, que acentúa las tendencias sociogenéticas de la perturbación, y que se divide en dos corrientes: la fenomenológico-existencial, cuyo principal representante es Laing, y que concibe la familia como la fuente de la patología y micromodelo de las contradicciones sociales y políticas; y la corriente político-social, donde entran autores como Basaglia, Cooper, Deleuze o Guattari, y que concibe la alienación mental como la expresión personal de la alienación social: VALLEJO RUILOBA, *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría*, Masson, Barcelona, 5.ª edición, 2002, pp. 16-18.

(52) Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los «correos de la cocaína» y el Tribunal Supremo español», *La respuesta del Derecho penal ante los*

protección llega hasta el Derecho penal, es el patrimonio en el que se producen las desigualdades más manifiestas. Que quien se encuentra en el nivel inferior de la escala de renta tenga la misma asequibilidad normativa que cualquier otro respecto de las normas que protegen el patrimonio es una verdad de fe, sin valor científico alguno. El mensaje sobre el valor del patrimonio como bien jurídico es contradictorio precisamente porque el Estado acepta la desigualdad más extrema (53).

En la culpabilidad penal deben buscarse los límites normativos de una igualdad proporcional (54). La estimación de los factores sociales de la infracción puede resolverse sin trascender los límites de un principio de culpabilidad clásico, es decir, estrictamente individual (55). La vía más directa con el Código Penal en vigor es el art. 20.3.º (tam-

nuevos retos, CUERDA RIEZU (Dir.), Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, Madrid, 2005, p. 263. A modo de ejemplo, véase el trabajo sociológico de MARCUELLO-SERVÓS y GARCÍA-MARTÍNEZ, «La cárcel como espacio de de-socialización ciudadana: ¿fracaso del sistema penitenciario español?», *Portularia, Revista de Trabajo Social*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Huelva, 2011, Vol. XI, N.º 1, pp. 49-60. Estos autores asocian la extracción social de los internos –ambientes de marginalidad, carencia de recursos educativos o laborales– y la comisión de delitos de naturaleza económica, pp. 51-52.

(53) «Cuanto más se incrementan los antagonismos sociales, tanto más manifiestamente pierde su sentido el mismo concepto –del todo liberal e individualista– de la psicología», Adorno, «Sobre la relación entre sociología y psicología», *Escritos sociológicos I*, Obra completa, 8, 2004, p. 76.

(54) «Las leyes son iguales en cuanto que son idénticas para todos, mientras que los impuestos directos son proporcionales, en proporción a la riqueza, y por lo tanto iguales para iguales pero desiguales para desiguales. Hasta aquí todo está claro. Pero la igualdad proporcional plantea, a medida que va profundizándose, dos problemas: primero, cuánta proporción, y segundo, y más difícil, a quién atañe la proporción; aquí, recuérdese, la regla no es ya "a todos lo mismo", sino "lo mismo (iguales cuotas, privaciones o beneficios) a quien es igual, *igual para cada uno*". Por lo tanto, la pregunta se convierte en: ¿Qué " semejanza " es relevante? Y, paralelamente, ¿en función de qué diferencias han de agregarse los iguales? ¿Cuáles son las diferencias relevantes? (...). A este respecto se requiere la igualdad de las posiciones y condiciones iniciales de la competición: igual educación para todos para comenzar; pero después también un bienestar relativamente igual que haga desaparecer la ventaja de los ricos sobre los pobres. Y en este punto la igual oportunidad de posiciones de partida desemboca en la igualdad económica», SARTORI, 2005, pp. 51-52. Esta igualdad proporcional, en beneficio de una mejor individualización del juicio de culpabilidad, puede ser incluso uno de los factores que directamente incidan en la determinación de la pena «en atención a las circunstancias personales del delincuente» (art. 66.1.6.ª).

(55) Con ello se sortea la apreciación de ROXIN de que la imputación del comportamiento desviado al sistema social, además de una petición irreal, incompatible con las condiciones de existencia de la sociedad, «debería desembocar consecuentemente en la abolición de toda sanción frente a las infracciones jurídicas», *PG* (tr. 2.ª), 1997, 19/45, p. 813; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 19/53, p. 876.

bién en relación con el art. 21.1.^a) (56). *La desprotección de un bien jurídico desde la infancia (extrema pobreza para el patrimonio o contacto habitual con la droga para la salud pública) provoca una alteración en la percepción de la realidad que deforma gravemente la conciencia de esa realidad* (aunque formalmente se conozca la prohibición) (57). ¿Cuál es aquí la realidad? El valor del bien jurídico –como realidad normativa– cuya protección el Estado ha descuidado. La realidad, aunque intangible, es también la realidad normativa, y la desprotección desde la infancia respecto de un bien jurídico puede provocar una alteración en la percepción de la realidad: en la percepción del valor de ese bien jurídico (58).

(56) Al respecto, QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2015, pp. 315-316. Para los supuestos de aplicación del art. 20.3 CP, véase la STS 1135/2006, de 16 de noviembre, ponente Martínez Arrieta: «En aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no sólo la aplicación igualitaria de la Ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la Ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala. En este sentido, la doctrina ha afirmado, que esta deficiencia sociológica del sujeto, puede suponer "una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal", reconociendo de esta manera la influencia del entorno social en la actuación delictiva. Estas situaciones deberán ser tenidas en cuenta al tiempo de individualización de la pena, y en aquellos supuestos graves de deficiencias en la socialización que influyen con intensidad relevante en la percepción de la realidad o en la capacidad de observancia de la norma, servirá como presupuesto de la atenuación o exención del art. 20.3 del Código Penal», (Fundamento de Derecho 3.º, número 4). Como propuesta normativa, cabe pensar, para primeros delitos (en el sentido del art. 80.2.1.^a) no violentos contra la propiedad o la salud pública –y, a diferencia de la suspensión de la pena, como respuesta judicial no solo potestativa sino prescriptiva–, en una medida de libertad vigilada con obligación de participar en programas formativos, laborales o culturales.

(57) La referencia al nacimiento o a la infancia puede permitir que se tome como una alteración de la percepción lo que de hecho es la percepción de una realidad alterada. No hay que olvidar que en el art 20.3.º no hay referencia ninguna al origen orgánico de la alteración.

(58) LUZÓN PEÑA indica que «no se trata de la conciencia de la realidad puramente fáctica, sino precisamente de una grave alteración de la conciencia de la realidad social, cultural y normativa, que da un conocimiento aproximado de los valores, normas y principios básicos éticos y jurídicos», *PG*, 27/32, p. 514. La incomunicación cultural, que ha ser profunda, «debe determinar una grave alteración de la conciencia de la realidad jurídico-penal», QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2015, p. 316. «Lo que el sujeto debe tener alterada es su capacidad para conocer las pautas de comportamiento y los valores dominantes en su entorno social. Ello permite entender que la

Torío López destaca, con acierto, «la necesidad de retornar, frente a la concepción general dominante, al pensamiento de la individualización, de la personalización del problema de la imputación subjetiva». Pues es necesario «superar la consideración criminológica convencional, con su matiz naturalista, en beneficio de una criminología que entienda el delito como conflicto y, prioritariamente, como conflicto social» (59).

Una asequibilidad normativa a la carta proporciona un concepto material de culpabilidad de conveniencia, y hace irrefutable la afirmación de Jakobs de que su descripción de las condiciones del sistema no instrumentaliza, sino que «descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo» (60).

inimputabilidad no se reduce en nuestro Código penal sólo a las anomalías que inciden en la comprensión de la ilicitud o en la actuación conforme a dicha comprensión, sino también a otro tipo de anomalías o alteraciones, no necesariamente psíquicas, que tienen otro efecto, como la alteración grave de la "conciencia de la realidad"», MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, 2015, p. 367. En relación con el art. 20.3 CP, es de gran interés la opinión de MORALES PRATS: «Interpretada la eximente desde parámetros *normativos*, se estaría haciendo referencia a la alteración profunda de los procesos que permiten acceder a las normas culturales». En tal sentido, «la causa de inimputabilidad analizada pretendería aprehender supuestos de grave subdesarrollo cultural que, a su vez, determinasen una grave alteración sobre la conciencia de la realidad jurídico-penal. En definitiva, quedarían bajo los dominios de la eximente aquellos sujetos que no pueden acceder al conocimiento de las valoraciones ínsitas en las normas penales, por padecer una situación grave de incomunicación social desde el nacimiento o la infancia. Se trataría de sujetos que en términos estrictamente biológico-naturales son imputables a los efectos penales, pero que devendrían *inimputables por causas socio-culturales*. La incomunicación cultural determina que el sujeto no pueda conocer lo prohibido en la esfera penal y que no sea competente para orientar su actuación en igualdad de condiciones con otros ciudadanos que sí han podido acceder a la comprensión o introyección de una determinada escala de valores desde el nacimiento o desde la infancia». *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, QUINTERO OLIVARES (Dir.), MORALES PRATS (Coord.), 7.^a edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 213-214. El *grado de incomunicación cultural* debe determinar una *grave alteración de la conciencia de la realidad jurídico-penal*; la referida gravedad constituye un requisito no esencial (cuantitativo), cuya ausencia no cierra el paso a la versión incompleta (art. 21.1 en relación al art. 20.3 CP) de la eximente, MORALES PRATS, 2016, p. 216.

(59) TORÍO LÓPEZ, «El concepto individual de culpabilidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPCP), n.º 28, 1985, p. 301. Véase QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2015, pp. 288-289.

(60) JAKOBS, «El principio de culpabilidad», 1997, pp. 387-388.