

SOBRE LA CULPABILIDAD EN EL PENSAMIENTO DE CLAUS ROXIN

Manuel Vidaurri Aréchiga

*Al doctor José Ruiz Herrera y señora,
con mi sincero agradecimiento.*

Sumario: I. Su propuesta doctrinal; II. Consideraciones críticas.

I. SU PROPUESTA DOCTRINAL

Uno de los penalistas alemanes que más ha influido en la ciencia del derecho penal actual es Claus Roxin, profesor de la Universidad de Munich. Numerosas obras suyas han sido traducidas al español, lo que nos permite acercarnos, aunque sea someramente, a su influyente pensamiento¹. Las consideraciones hechas por Roxin sobre la culpabilidad y su referencia a la teoría de los fines de la pena son los puntos centrales de estas líneas.

En sus **Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad**², Roxin, después de criticar la postura oficial del

¹ Roxin, Claus, **Política criminal y sistema de derecho penal** (trad. de Francisco Muñoz Conde) Barcelona, Ed. Bosch, 1972; **Problemas básicos del derecho penal** (trad. de Diego Manuel Luzón Peña) Madrid, Ed. Reus, 1976, se recogen ahí una importante serie de artículos del jurista alemán; **Culpabilidad y prevención en derecho penal** (trad. de Francisco Muñoz Conde) Madrid, Ed. Reus, 1981, bajo este nombre se contienen en el libro varios artículos relacionados con la culpabilidad, reunidos por el traductor y que forman un texto imprescindible; **Iniciación al derecho penal de hoy** (trad. de Muñoz Conde y Luzón Peña), Ed. de la Universidad de Sevilla, 1981; «¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?» (trad. de Jesús Silva Sánchez), en **Cuadernos de política criminal**. Núm. 30, Madrid, 1986; de reciente aparición un volumen colectivo: Roxin, Claus; Arzt. Gunther y Tiedemann, Klaus, **Iniciación al derecho penal y al derecho procesal penal**, Barcelona, Ed. Ariel, 1989.

² Con este título aparece el artículo en: **Culpabilidad y prevención...**, *op.cit.*, p.41 y ss.

gobierno alemán manifestada en su proyecto de Código Penal de 1962, se da a la tarea de exponer el papel desempeñado en el Derecho Penal por la culpabilidad, la cual, según él³, ha cumplido varias funciones:

a) Justificar la teoría retributiva de la pena. De donde se supone la existencia de una culpabilidad que puede ser expiada mediante la aplicación de una pena (mal) retributiva adecuada a la culpabilidad por el otro mal cometido (el delito). En este sentido, asegura Roxin, el efecto de la culpabilidad es perjudicial en tanto que legitima el mal que le es impuesto al individuo.

b) La culpabilidad, en tanto límite de la pena, también limita el poder intervencionista del Estado, puesto que el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. De esta forma se logra la protección del delincuente al evitar que por razones de tipo preventivas se reduzca o limite su libertad personal más allá de lo que corresponda por su culpabilidad.

De acuerdo con esto, la tesis que mantiene Roxin reconoce la insuficiencia del concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución y por consecuencia llega a sugerir sea abandonado. Sin embargo, creemos que un concepto de culpabilidad como principio limitador debe mantenerse en la actualidad e incluso fundamentarse teóricamente en lo que se refiere a la segunda función mencionada⁴.

La construcción teórica de Roxin pasa por desechar tajantemente la teoría de la retribución por estimarla científicamente insostenible, dado que fundamenta la pena en una noción incierta como lo es la tantas veces citada posibilidad de actuar distintamente⁵, la tesis

³ *Ídem*, p.42.

⁴ *Ídem*, p. 43.

⁵ «¿Qué queda de la Culpabilidad en Derecho Penal», **op.cit.**, p.671, en donde a lo dicho añade: «Esta conclusión es hoy pacífica, pero si el poder actuar de otro modo es indemostrable como hecho real, tampoco es posible determinar la existencia de la culpabilidad en el sentido de la teoría tradicional».

retribucionista de la pena es igualmente inaceptable en tanto que irracionalmente supone que un delito puede ser compensado y anulado por una pena en sentido retributivo. Evidentemente es incompatible con las bases teóricas de un Estado democrático. Sostiene textualmente Roxin:

(...) en tanto se haga derivar el poder estatal de la autoridad divina, no habrá más remedio, si se quiere ser consecuente, que contemplar al juez como ejecutor terrenal de un tribunal y considerar su sentencia como compensación de la culpabilidad y restablecimiento de la justicia. Pero como en una democracia todo poder estatal (inclusive el poder judicial), únicamente procede del pueblo, «la sentencia judicial carece de legitimación metafísica-teológica y su fundamento, exclusivamente racional, descansa en la voluntad de los ciudadanos. Esta voluntad está dirigida a finalidades de prevención general y especial y no a una compensación de la culpabilidad cuya realización está sustraída al poder humano»⁶.

Así pues, desde una perspectiva político-criminal, la teoría retributiva es perjudicial. Esta afirmación encuentra su apoyo en la incompatibilidad, sino es que en la imposibilidad, de relacionar una teoría retributiva –que entiende que la pena es un «mal»– con la moderna consideración doctrinal de la pena en sentido preventivo. Según el penalista alemán, la ejecución de una pena podrá tener éxito cuando intenta la corrección de ciertos fallos sociales que han conducido a un sujeto a la comisión del delito. Se entiende que habla de los buscados efectos resocializadores de la prevención especial y, en este caso, la fórmula punitiva retribucionista no tiene suficientes apoyos para un tipo de ejecución penal como el mencionado. En consecuencia, se entiende que la función del derecho penal no será de retribución de la culpabilidad, sino la resocialización del delincuente –objeto de la prevención especial–, además de las ineludibles exigencias de prevención general⁷.

Habiendo puesto de manifiesto el evidente fracaso a que conduciría una teoría retributiva de la pena, la opinión de Roxin se decanta

⁶ «Reflexiones político-criminales», en **Culpabilidad y Prevención**, op.cit., pp.43-44.

⁷ *Ibidem*, p.44.

por una teoría que entienda la culpabilidad como un criterio limitativo de la pena. En efecto, un principio que no puede rebasar, ni en gravedad, ni en duración, el grado de culpabilidad, a diferencia del retribucionista, no tiene nada de metafísico, por el contrario; limitará el poder intervencionista del Estado⁸.

De este modo, la función específica de la culpabilidad será limitar la magnitud de la pena. Toda aquella pena que exceda el límite máximo que permite la culpabilidad debe ser, en principio, rechazada y «ello es consecuencia del fin protector liberal del principio de culpabilidad que impide que, tanto por razones preventivas generales, como especiales, pueda imponerse una pena superior al grado máximo del marco de culpabilidad»⁹.

Serán, pues, consideraciones de prevención general o especial las que a juicio de Roxin prevalecerán al momento de imponer una sanción jurídico-penal o, bien, al momento de conceder al delincuente aquellos beneficios legales tales como: suspensión condicional de la pena, dispensa de la pena, sustitución de la pena privativa de libertad, etcétera¹⁰. En este sentido, la culpabilidad tendrá por función asegurar al ciudadano que el Estado no extenderá su poder punitivo, en interés de la prevención general o especial, más allá de lo que corresponda a la responsabilidad del individuo¹¹. El profesor de Munich concluye enfáticamente escribiendo que el principio de culpabilidad constituye «un medio imprescindible en un Estado de derecho para limitar la potestad estatal», pero esto sólo es posible en la medida que tal principio se desvincule de la teoría retributiva de la pena a la que de modo equívoco y reiterado se le ha mantenido estrechamente unido¹².

⁸ *Ibidem*, p.46; asimismo, véase su «Sentido y Límites de la Pena Estatal», en **Problemas Básicos del Derecho Penal**, *op.cit.*, p.29.

⁹ Así, expresado en su artículo «La determinación de la Pena a la luz de la teoría de los fines de la pena», en **Culpabilidad y Prevención...**, *op.cit.*, p.103.

¹⁰ Así lo cree también Muñoz Conde en su Introducción al libro de Roxin, **Culpabilidad y Prevención...**, *op.cit.*, pp.21-22; el mismo Roxin lo señala en sus «Reflexiones político-criminales...», p.43.

¹¹ Roxin, «Sentido y límites de la pena estatal», p.28.

¹² *Ibidem*, p.29.

Si bien se ha señalado que en la tesis de Roxin la culpabilidad se rige por principios, particularmente los preventivo-generales, el mismo jurista alemán se encarga de hacer las correspondientes matizaciones. Tales matices son el resultado de la revisión hecha por Roxin de las críticas a sus planteamientos que, a su vez, le hicieran Achenbach y Jakobs.

Es su discípulo Achenbach quien pretende renunciar al concepto de culpabilidad y colocar en su lugar el de imputación individual. La tesis de Achenbach¹³ se explica resumidamente del siguiente modo:

(...) sólo la pena sentida como justa será aceptada por los miembros de la comunidad jurídica como reacción adecuada y desencadenará el pretendido proceso de motivación. No es precisa la culpabilidad para la limitación de necesidades ilegítimas de prevención, porque la justicia de la reacción a las infracciones del Derecho (...) expresa una frontera inmanente a la prevención general correctamente entendida.

A juicio de Roxin, lo dicho por su discípulo sólo falla cuando piensa que con fundamentar de tal forma al derecho penal se le ha liberado de la culpabilidad, puesto que un castigo es sentido como justo por el resto de los ciudadanos cuando, a sus ojos, éste se corresponde con la culpabilidad. Además, dice Roxin: «que la imputación individual se produzca según el baremo de la culpabilidad o el de la justicia no implica aquí diferencia alguna». La construcción de Achenbach, como queda de manifiesto, sólo se aleja de la culpabilidad terminológicamente y no en la cuestión de fondo.

La otra posición crítica de los planteamientos roxinianos es la sostenida por Günter Jakobs, la cual mantiene el concepto de culpabilidad, pero no desde el punto de vista convencional, sino desde una orientación preventivo-general. Para Jakobs, la culpabilidad se determina por el fin: sólo el fin da contenido al concepto de culpabilidad;

¹³ Esta discusión puede verse en «¿Qué queda de la Culpabilidad en Derecho Penal?», *op.cit.*, p.679.

tal finalidad se establece en la prevención general entendida no como intimidación, sino como «ejercicio de fidelidad al derecho» queriendo significar con esto que «el fin que actúa como hilo conductor de la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico perturbada por el comportamiento delictivo»¹⁴.

El pensamiento de Jakobs acusa una fuerte influencia de los planteamientos defendidos por el sociólogo Luhmann, razón por la cual no es raro encontrar en sus argumentaciones términos de la sociología. La evidencia de lo anterior se hace patente cuando explica Jakobs que el delito constituye una suerte de defraudación de las expectativas sociales, frustración que llega a compensarse alegando que la falta (es decir, el delito) radica «no en ella, sino en el comportamiento defraudador, esto es, contemplando a éste como culpable y castigándolo»¹⁵.

De esto se infiere, que sólo es posible una exclusión de la culpabilidad cuando el conflicto surgido con la comisión del delito pueda ser procesado de modo distinto del de la sanción penal. Como dice Roxin:

(...) la capacidad de culpabilidad no es algo que se dé o no se dé y, debido a ello, haya que indagar su existencia por vía empírica (...) Lo correcto es –y cita textualmente a Jakobs¹⁶– que la autonomía se imputa como capacidad, caso de que ello sea oportuno y sólo puede faltar cuando exista la posibilidad de procesar el conflicto de modo distinto.

Éstas dos orientaciones no satisfacen plenamente a Roxin, quien formula una serie de objeciones dignas de consideración. En primer lugar, refiriéndose a la construcción de Jakobs, pone de manifiesto que siendo orientada por criterios preventivo-generales, conduce casi indefectiblemente a una funcionalización o instrumentación de la persona del delincuente, situación descalificada desde los ya lejanos tiempos del idealismo alemán tan bien representado por Kant¹⁷.

¹⁴ **Op.cit.**, p.680.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

Una segunda crítica¹⁸, nos recuerda que actualmente no contamos con mecanismos adecuados y objetivos para averiguar lo que es necesario para la estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico-penal, o bien, cuando una infracción de éste se pueda procesar de otro modo que no sea precisamente el de la sanción jurídico-penal.

También pone en duda si una concepción que se jacta de ser puramente preventiva general no fracasa o disminuye sus buscados efectos por tener, paradójicamente, esa pretensión preventivo-general. En efecto, si se extendiera sobre la población la idea de que el sí y el cómo de la sanción jurídico-penal no dependen de qué se ha hecho y con qué actitud, sino de lo que al juzgador le parezca necesario para establecer la confianza en el ordenamiento legal, amén de la idea de que la culpabilidad se puede negar en caso de que existan instituciones terapéuticas adecuadas, y consolidarse en caso contrario, provocaría la incertidumbre y bastante difícil sería la tarea de estabilización del sistema¹⁹.

Roxin asegura, en otro inciso crítico, que un derecho penal interpretado exclusivamente en sentido preventivogeneral pierde una de las funciones más importantes desempeñada actualmente por la culpabilidad: limitar el poder punitivo estatal, protegiendo de este modo al individuo de posibles excesos preventivos mediante el principio según el cual la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad²⁰.

No obstante todo lo anterior, reconoce que tiene razón Jakobs cuando sostiene que en un derecho con inclinación a la prevención, la culpabilidad debe corresponder a la prevención puesto que, de lo contrario, se le pondrían trabas a la prevención hasta los límites mismos de la ineficacia, y en este sentido cabe sostener con Roxin que una pena ineficaz ya no estaría indicada desde el punto de vista preventivo.

¹⁸ **Op.cit.**, p.681.

¹⁹ **Op.cit.**, p.682.

²⁰ *Ibidem*.

Pero, en primer lugar, esto no es objeción contra la protección que el principio de culpabilidad debe dispensar frente a los excesos preventivos. Y, en segundo lugar, no hay que perder de vista que en un ordenamiento jurídico liberal la regulación de las intervenciones estatales no promueve exclusivamente el interés público, sino que debe ponderar la utilidad social y la libertad individual.

Por último, sostiene Roxin que las consecuencias dogmático-penales que surgen de un concepto de culpabilidad, deseables en el seno de un Estado democrático, no son las mismas que se extraen de un concepto de culpabilidad orientado por consideraciones preventivo-generales. De ahí que, categóricamente, sostenga que ese procesar de otro modo de que habla Jakobs, solamente es posible mediante el recurso al tradicional principio de culpabilidad²¹.

Roxin, de acuerdo con lo dicho hasta ahora, entiende que no es posible suprimir el concepto de culpabilidad, o bien, transformarlo en sentido eminentemente preventivo-general. Incluso, según él, las críticas contra la culpabilidad tradicional no se desvirtúan por el simple hecho de que las alternativas ofrecidas hasta ahora se muestren improcedentes. Así pues, la vía de solución que propone consiste en una revisión del derecho penal de culpabilidad tradicional que «libere al concepto de culpabilidad del exceso de carga ideológica, determine su contenido jurídico del modo más preciso posible y lo sitúe en una relación correcta con los fines preventivos del derecho penal»²².

Fundamentándose en todo ello, Roxin nos hace el subsecuente resumen:

(...) la culpabilidad no fundamenta la necesidad de una pena, sino que limita su admisibilidad. La necesidad de la pena puede derivarse en todo caso, simplemente de fines preventivos, a saber, del hecho de que en interés de una convivencia humana pacífica y segura deben impedírsele al autor futuros hechos punibles y confirmarse a los ojos de la generalidad la vigencia de la norma jurídica.

²¹ **Op.cit.**, p.683.

²² **Op.cit.**, p.684.

Pero tales fines preventivo-generales y preventivo-especiales sólo pueden perseguirse mediante la pena «concurriendo culpabilidad y únicamente en el marco de ésta»²³. Se entiende, pues, que la culpabilidad es solamente un medio de delimitación de las penas con fines preventivos. Concluye señalando que la culpabilidad constituye una categoría sistemática que se acuña desde las perspectiva político-criminal por la teoría de los fines de la pena²⁴. Queda claro que lo verdaderamente decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, partiendo de puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor por su actuación delictiva²⁵.

Finalmente, al descalificar un concepto de culpabilidad basado en la posibilidad de obrar distintamente por ser visiblemente incapaz de justificar razonablemente la imposición de una pena, y considerar que la culpabilidad debe basarse en necesidades preventivas (generales o especiales), puntualiza Roxin que cuando tales finalidades preventivas no sean necesarias, aun cuando el individuo haya actuado culpablemente (en el sentido tradicional), no habrá lugar a la aplicación de la sanción jurídico-penal²⁶.

Como alternativa al concepto tradicional de la culpabilidad, llega a sugerir la utilización del término «responsabilidad» como categoría dogmática, en vez del de culpabilidad²⁷. A su juicio, una teoría de la responsabilidad está en mejores condiciones teóricas de «fundamentar algunas soluciones de modo más adecuado y realista que si se fundamenta exclusivamente la pena en un discutido y no siempre suficiente concepto de culpabilidad»²⁸.

²³ **Op.cit.**, p.688.

²⁴ Roxin, «Política Criminal y Sistema de Derecho Penal», **op.cit.**, p.67, del mismo autor, su artículo «Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales», en **Culpabilidad y Prevención**, **op.cit.**, p.70.

²⁵ Roxin, «Culpabilidad y Responsabilidad en Derecho Penal», en **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**, **op.cit.**, p.71.

²⁶ Roxin, «Culpabilidad y Responsabilidad en Derecho Penal», en **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**, **op.cit.**, p.74, en donde abunda: «Creo, pues, que la teoría del fin de la pena explota sin dificultad porque el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción, pese a la culpabilidad que por ello existe; porque aún dando por supuesta la posibilidad humana, hace depender la responsabilidad jurídico penal de consideraciones preventivas».

²⁷ **Op.cit.**, p.57 y ss.

²⁸ **Op.cit.**, pp.91-92.

II. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

No obstante constituir una consolidada fuente de inspiración científica para la doctrina penal, la construcción teórica de Roxin no queda exenta de alegaciones críticas que cuestionen algunas de sus afirmaciones. Es indudable que con sus trabajos ha contribuido extraordinariamente al desarrollo de la doctrina penal en general, y mucho ciertamente en lo que se refiere a la culpabilidad, lo que no es óbice para recoger aquí algunas de las posiciones que contradicen su tesis.

Coincidimos con Muñoz Conde ²⁹, cuando asegura que una buena teoría científica del derecho penal cuyo objetivo se aleja de las simples profesiones de fe o de meras suposiciones gratuitas no debe mantener una actitud acrítica, antes bien, al contrario, debe someter a examen todas aquellas formas de intervención y de reacción del Estado frente a los hechos delictivos, actitud con la que se podrá comprobar si efectivamente los medios y conceptos utilizados son los adecuados para la consecución de aquellos fines para los que fueron diseñados.

Roxin no puede ser acusado de negligencia científica. A lo largo de sus palabras, nos hemos percatado de la importancia de sus disertaciones en tanto que llama la atención sobre la necesidad de poner límites a los excesos del poder punitivo y hacer llevadera una relación, aparentemente disociada, entre las libertades del individuo y los requerimientos político-criminales. En su idea, la culpabilidad del autor no es algo que debe retribuirse, sino que debe limitar al poder represivo estatal, y en la medida que esto viene a favorecer al autor del delito, el concepto dogmático debe admitirse, aunque la base en que descansa —el poder obrar distintamente— sea empíricamente indemostrable.

Como ya lo hemos señalado, la construcción del profesor alemán aparte de tener oportunos aciertos, también presenta algunas dificultades; entre estas últimas se señala, por ejemplo, la de delimitar

²⁹ Muñoz Conde, Introducción al libro de Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, op.cit., p.16 y ss.

positivamente el contenido de la culpabilidad. Lo anterior ha sido claramente explicado por García Arán³⁰, quien parte de la propuesta roxiniana de analizar los casos de exclusión de la culpabilidad en el marco positivo de la exigibilidad, que queda colocada al mismo nivel que los otros presupuestos positivos de la culpabilidad –conocimiento virtual de la prohibición y capacidad de culpabilidad–, los cuales se entienden igualmente en atención a criterios preventivos. De este modo, la conclusión a que llega Roxin tiene por absurdo castigar a quien no es capaz de motivarse por las normas, conclusión a la que cree García Arán pueden sumarse los partidarios de todas las posturas, y cita a Roxin:

(...) quien quiera aferrarse al concepto de culpabilidad en el sentido de una libertad individual de elección puede hacerlo por que entenderá la falta de capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas por parte del autor como síntoma de la inexistencia de la libertad de elección. Quien trabaje en un concepto general, social de culpabilidad, total como se concibe del modo más fácil en el mundo fenoménico, debe entender la forma distinta que se refleja en la ausencia de motivacionalidad por la norma, como desviación del poder medio y con ella, como exclusión de la culpabilidad. Y quien, finalmente, cree tener que rechazar totalmente el concepto de culpabilidad por sus implicaciones metafísicas, deberá negar, no obstante, la responsabilidad del autor porque no necesita ser castigado por razones de prevención general ni especial quien no tiene capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas³¹.

De la extensa evocación de las palabras de Roxin se desprende que éste hace descansar el concepto de culpabilidad en lo que constituye uno de sus presupuestos: la motivación.

Uno de los penalistas que más han contribuido a la divulgación del pensamiento de Roxin es mi maestro, el profesor español Francisco Muñoz Conde³², quien resume las críticas a la tesis de Roxin en dos

³⁰ García Arán, Mercedes, **Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Penal Español**, Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982, p.192.

³¹ García Arán, **Los criterios de determinación...**, *op.cit.*, pp.192-193.

³² Muñoz Conde, Introducción al libro de Roxin, **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**, *op.cit.*, p.23 y ss.

incisos específicos: a) el concepto de culpabilidad del que parte, y b) la función de protección que adjudica a dicho concepto.

En el análisis hecho por Muñoz Conde del primer inciso se recuerda el hecho, admitido por Roxin, de que el concepto de culpabilidad es insuficiente de cara a justificar la aplicación de una pena, insuficiencia que deviene de una frágil estructuración del concepto tradicional de culpabilidad que el mismo Roxin sigue manteniendo³³.

Ni qué decir tiene, pues, que una concepción jurídico-penal que se fundamenta en esa indemostrable presunción de obrar distintamente, no puede tener otro destino que no sea el del fracaso. Al decir de Muñoz Conde³⁴, este fracaso no se debería exclusivamente a la imposible verificación empírica del poder de actuar distinto, sino también porque, aunque se admita, dentro de márgenes más o menos estrechos, la posibilidad abstracta que tiene el ser humano de elegir entre varios haceres posibles –sin que sepamos, sin embargo, las razones que le llevaron a elegir uno de tales haceres–, esta posibilidad no es presupuesto de la culpabilidad, sino de la acción misma jurídicamente relevante a la que pertenece el hecho de que el individuo no actúe coaccionado, pueda dirigir finalmente el acontecer causal.

Los intentos de Roxin para escapar a una crítica en el sentido expresado antes, no tienen el éxito deseado. Como ya vimos, Roxin asigna a la culpabilidad una función de limitación de la intervención punitiva del Estado, haciendo descansar la decisión de imponer una pena a la nueva categoría propuesta, la responsabilidad, que es donde según él se materializan las finalidades preventivas que no puede cumplir el concepto tradicional de culpabilidad.

³³ Aunque es cierto que en su artículo «¿Qué queda de la Culpabilidad en Derecho Penal?», *op.cit.*, p.670, al preguntarse sobre lo que de la culpabilidad queda en Derecho Penal, se responde del siguiente modo: «sacrifico la adhesión al libre albedrío, el reproche moral, la retribución, y con ella, la bilateralidad del principio, cuya fuerza legitimadora de la punibilidad debe ser completada por la necesidad preventiva de la pena».

³⁴ Muñoz Conde, Introducción al libro de Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, *op.cit.*, p.23 y ss.

Pero con ello —nos explica Muñoz Conde³⁵— no hace más que irritar a los defensores a ultranza de derecho penal de culpabilidad, que ven cómo el concepto de culpabilidad se debilita, se relativiza y pasa a ocupar un papel modesto en el sistema del Derecho Penal, y deja insatisfechos a los partidarios de un Derecho penal sin culpabilidad que ven cómo, a pesar de todo, la culpabilidad sigue desempeñando un papel en la decisión sobre la imposición de la pena o en su determinación.

En el segundo inciso abierto por Muñoz Conde, referente a la función protectora de la culpabilidad en tanto establece el límite máximo de las penas, se analizan algunas contradicciones de Roxin: por un lado, reconoce que la culpabilidad es un concepto ficticio de raíces metafísicas y por ello mismo incapaz de fundamentar la imposición de una pena, pero, por otro lado, entiende que la culpabilidad tiene como función la de limitar el intervencionismo punitivo estatal. Además, la pregonada función protectora del principio de culpabilidad no es efectivamente amplia como lo señala Roxin, puesto que el principio de culpabilidad y su función protectora serviría concretamente en aquellos casos de autores culpables, pero no para los inculpables, incapaces de culpabilidad, que quedarían fuera del poder de intervención penal del Estado³⁶.

Al sostener una tesis de la función protectora de la culpabilidad, se está produciendo un distanciamiento entre culpabilidad y prevención, separación que representa una cierta disfuncionalidad del sistema de derecho penal. Este apartado se explica así: «si la culpabilidad debe limitar lo necesario desde el punto de vista preventivo, es obvio que ella sola, es decir, libre de cualquier finalidad preventiva, debería ofrecer una magnitud penal adecuada desde el punto de vista preventivo»³⁷.

³⁵ **Op.cit.**, p.24.

³⁶ **Op.cit.**, pp. 24-25; en similar sentido se pronuncia Córdoba Roda, **Culpabilidad y Pena**, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, p.39 y ss.; véase también, Bustos Ramírez, **Manual de Derecho Penal Español**, Parte General, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p.367.

³⁷ Muñoz Conde, Introducción al libro de Roxin, **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**, **op.cit.**, p.26.

Se entiende, pues, que de existir la coincidencia entre ambas magnitudes penales, cualquier función limitadora saldría sobrando. Sin embargo, esta magnitud penal puede coincidir con la magnitud preventiva, pero también cabe la posibilidad de la no coincidencia. En este caso, la culpabilidad «debilita hasta tal punto la prevención que entonces la pena adecuada a la culpabilidad ya no es eficaz desde el punto de vista preventivo y, en todo caso, es disfuncional para un Derecho penal dirigido exclusivamente a la prevención del delito»³⁸.

Para Roxin, muchas de las objeciones hechas a su tesis le parecen fuera de lugar. Sostiene que en derecho penal se puede partir de una hipótesis tan indemostrable como la de la libertad del individuo y la culpabilidad que de ella resulte, siempre y cuando con tal concepción no se perjudique al delincuente. De acuerdo con su pensamiento, el principio de culpabilidad en su función limitadora solamente tiene efectos favorables al delincuente, y esto no puede ser criticado de ninguna forma. Téngase en cuenta que aquellas presunciones hechas en favor del delincuente son un medio técnico usual y perfectamente admisibles en un Estado de derecho, donde el legislador al usar la culpabilidad, sus grados, como límite de la intervención punitiva, no está pronunciando juicios sobre la libertad de voluntad del hombre, sino que está formulando un principio de carácter normativo regulador que no debe enjuiciarse bajo criterios de verdadero o falso, sino según su utilidad y dañosidad sociales³⁹.

Por otro lado, Roxin no concede razón a los argumentos que se hacen en contra de la función limitadora del principio de culpabilidad, alegando que no se puede calcular con precisión la pena correspondiente a la culpabilidad. Esto lo reconoce expresamente cuando escribe⁴⁰:

(...) una pena calculada con rigor matemático. Pero tampoco es esto necesario. Pues la función político-criminal del principio de culpabilidad consiste,

³⁸ *Op.cit.*, p.27.

³⁹ *Op.cit.*, pp.48-49.

⁴⁰ *Op.cit.*, p.50.

sobre todo en impedir que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena, y los abusos de este tipo (en los que la pena no guarda relación con la culpabilidad) se pueden reconocer rápidamente.

El penalista de Munich afirma que la culpabilidad constituye un medio de limitar, no de fundamentar la pena, y ésta es una sanción jurídico-penal limitada por el principio de culpabilidad ⁴¹. Luego, puesto que la culpabilidad no es presupuesto de todas las reacciones contempladas por el derecho, y muchas de estas sanciones se imponen con independencia de la culpabilidad (las medidas de seguridad, por ejemplo), únicamente queda su función limitadora, su aceptación en un sistema dualista solamente será admisible como postulado de protección al delincuente. En resumen, la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente a la hora de aplicar la pena.

En conexión con esto, cabe señalar que la teoría de la determinación de la pena ha logrado independizarse de tal manera que se ha consolidado en la actualidad como una ciencia autónoma que permite determinar y sistematizar racionalmente delictivo. Convenimos con Roxin cuando afirma que la vacilación de los tribunales a la hora de enjuiciar el grado de culpabilidad no se debe a que tal enjuiciamiento sea imposible de realizar, sino a la escasa elaboración científica de la teoría de la determinación de la pena, y no obstante sea esto difícil de conseguir en la práctica, en el plano teórico sigue siendo posible. Y como el propio jurista alemán supone, es sólo cuestión de tiempo el que la teoría de la determinación de la pena pueda hacer valer en la práctica judicial la función limitadora y garantizadora de la seguridad que teóricamente le es atribuida ⁴².

Otra objeción a la que contesta razonablemente Roxin se refiere a la relación entre el principio limitador de la culpabilidad y las medidas de seguridad ⁴³. ¿De qué sirve al delincuente el que exista un límite de la

⁴¹ *Ibid.*, p.50.

⁴² *Op.cit.*, p.51.

⁴³ *Ibidem*.

pena si después, en caso necesario, se puede recurrir a medidas que no están limitadas por el principio de culpabilidad? ¿No sería preferible, entonces, un sistema de medidas? La respuesta que brinda Roxin a estas preguntas se articula así: «(...) una conclusión de esta clase sería incorrecta (...) pues las medidas no son admisibles en cualquier caso (ni siquiera en la mayoría de los casos), sino solamente bajo presupuestos muy estrictos como última *ratio* de las posibilidades de reacción estatal»⁴⁴. Estos casos extremos se refieren a la peligrosidad grave del delincuente, y es cuando el superior interés público se eleva por encima de la protección de la libertad individual; sin embargo, esta excepción no rompe la regla, al contrario la confirma pues el que la imposición de una medida en los casos legalmente previstos sea fatalmente inevitable viene a demostrar que el «principio de culpabilidad no se puede manipular y que sólo sirve para favorecer al delincuente, sin plegarse a las exigencias de interés público»⁴⁵.

De acuerdo con Muñoz Conde, no es necesario buscar una nueva categoría que supere las deficiencias de la categoría precedente. Evidentemente se hace referencia a la responsabilidad, categoría propuesta por Roxin frente al concepto tradicional de culpabilidad. Pero, y en esto opinamos del mismo modo que Muñoz Conde:

(...) es el concepto mismo de culpabilidad el que hay que redefinir y dotar de un nuevo contenido para que pueda cumplir, sin contradicciones, ficciones o forzamientos de ningún tipo, la función de fundamento y límite (en la medida en que sea una categoría de la teoría del delito) del poder punitivo del Estado⁴⁶. No piensa así, sin embargo, Roxin y en este sentido quizás tenga razón Fiandaca⁴⁷, cuando presume que la elección roxiniana a favor del mantenimiento de la distinción entre culpabilidad

⁴⁴ *Op.cit.*, p.52.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Muñoz Conde, Introducción al libro de Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, *op.cit.*, p.26.

⁴⁷ Fiandaca, Giovanni, «Considerazioni su copevolezza e prevenzione», en *Rivista italiana di diritto e Procedura Penale*, Milano, 1987, p.859.

y responsabilidad es una muestra de la actitud de prudencia científica del profesor Roxin, más que nada por una clara «preocupación por evitar traumáticas rupturas con una tradición radical que asigna al *schuldprinzip* irrenunciables funciones garantísticas».

Finalmente, diremos que en un Estado dramático de derecho, donde el derecho penal se encamina hacia la protección de bienes jurídicos considerados como fundamentales para la comunidad en su conjunto y para el individuo en particular, la culpabilidad, independientemente de las demás categorías jurídicas que integran la teoría del delito, debe ser «la culminación de todo proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué se tiene que recurrir a un medio tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de este medio, y no un obstáculo para el logro de estos temas»⁴⁸. Así pues, la solución roxiniana, no obstante presentar muy importantes conclusiones y no escatimar esfuerzos analíticos, deja sin resolver una de las cuestiones de fondo; fundamentar materialmente el concepto tradicional de culpabilidad. Fundamento que no encontramos, al menos racionalmente, en la discutible posibilidad de obrar distintamente.

⁴⁸ Muñoz Conde, Introducción al libro de Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, *op.cit.*, p. 27.