

## **¿Qué queda del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995? Examen del artículo 5.**

**De:** Luis Belestá Segura.

**Fecha:** Octubre 2000.

**Fuente:** Noticias Jurídicas.

### **1. Planteamiento.**

El Código Penal de 1995 recoge en su artículo 5 que *"no hay pena sin dolo ni imprudencia"*. Poco después el artículo 10 proclama que *"son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley"*. Se nos plantea la cuestión, en este punto, del sentido que puede tener repetir cinco artículos antes que es necesario que concurra el dolo o la imprudencia para que exista pena si el art. 10 nos dice que la concurrencia del dolo o la culpa es presupuesto fundamental para que exista delito. En este sentido me parece correcta la afirmación de CONDE-PUMPIDO FERREIRO<sup>1</sup> "la consecuencia de este artículo cinco es técnicamente inexacta" porque "sin dolo ni imprudencia lo que no hay es delito y sólo como consecuencia de ello no habrá pena al no existir hecho punible".

Pero si lo que pretendía el legislador es fijar los presupuestos de la pena tampoco parece acertado porque en este caso se queda corto, por faltar, como apunta QUINTERO "la acción típica, antijurídica, culpable y punible"<sup>2</sup>.

El proyecto de nuevo Código Penal de 1980 y el Borrador de Anteproyecto de Parte General de 1990 proclamaban el principio de culpabilidad, al recoger la expresión "no hay pena sin culpabilidad". La renuncia del legislador al término "culpabilidad" y su sustitución por "dolo" e "imprudencia" ¿significa acaso una renuncia al antedicho principio?. ¿Significa que la pena no ha de ser adecuada a la culpabilidad o que la culpabilidad no ha de ser el fundamento de la pena?.

Además, y habida cuenta que junto con el contenido material de la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, se asocian al principio de culpabilidad una serie de consecuencias lógicas de su mantenimiento ¿significa la renuncia a la proclamación expresa del principio de culpabilidad una renuncia a sus consecuencias?, ¿son acaso estas consecuencias irrenunciables?. Y si realmente lo son ¿se pueden fundamentar en otros principios?.

Por otra parte se nos plantea un interrogante más con esta sustitución, y es el de si "dolo" e "imprudencia" tienen en este contexto el mismo alcance y contenido que el término "culpabilidad". Es decir, si los dos primeros abarcan la totalidad del tercero o no, o si acaso lo superan. Para dilucidar esta cuestión debemos analizar el contenido del principio de culpabilidad y de sus consecuencias para comprobar después si todas ellas pueden ser cubiertas por la expresión "no hay pena sin dolo ni imprudencia".

Por último y puesto que el Código Penal no recoge expresamente el principio de culpabilidad debemos analizar si al menos se puede extraer tácitamente de su articulado. Ello pasa por examinar, en primer lugar si el principio de culpabilidad se puede deducir directamente de la Constitución y en segundo lugar si en el

texto del Código Penal existen preceptos incompatibles con el principio de culpabilidad y sus consecuencias.

Sólo siguiendo este recorrido estaremos en condiciones de dar respuesta a la pregunta que da título al presente trabajo: ¿Qué queda del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995?

## **2. El artículo 5 del nuevo Código Penal.**

### **2.1. Antecedentes legislativos.**

El artículo Primero del Código Penal de 1822<sup>3</sup> establecía que *"Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe ó manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley se entenderá haber voluntad y malicia, mientras que el infractor no pruebe ó no resulte claramente lo contrario"*. Por su parte el artículo 2º prescribía que *"Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar"*. El viejo Código acogía la formula del *error iuris nocet* -*"sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone"*- (artículo 10). En cuanto a los menores de diecisiete años, hace la distinción según éstos hayan obrado con discernimiento y malicia o no (arts. 24 y 25). Considera el artículo 26 de este Código que *"Tampoco se puede tener por delincuente ni culpable al que comete la acción hallándose dormido, ó en estado de embriaguez ó delirio, ó privado del uso de su razón de cualquiera otra manera independiente de su voluntad. La embriaguez voluntaria y cualquier otra privación ó alteración de la razón de la misma clase no serán nunca disculpa del delito que se cometa en este estado, ni por ella se disminuirá la pena respectiva"*.

En el Código de 1848 se acoge la siguiente definición de delito: *"Es delito ó falta toda acción ú omisión voluntaria penada por la ley."*

*Las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias a no ser que conste lo contrario.*

*El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él, é incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella á quien se proponía ofender"*.

Como ha apuntado BACIGALUPO "el Código Penal de 1848 contenía elementos incompatibles con el principio de culpabilidad, tales como la presunción de voluntariedad y además fue interpretado sobre la base del *versari in re illicita* y consecuentemente, admitiendo -cuando la ley lo permitía- delitos cualificados objetivamente por el resultado"<sup>4</sup>. Sorprende que, como examinaremos en el apartado 6.2 de este trabajo, no se acabe con esta situación hasta la reforma de 1983 y definitivamente -o casi- con el Código Penal de 1995.

Con pequeñas modificaciones terminológicas este mismo texto de la definición de delito se recoge en los Códigos penales de 1850, 1870, 1928, 1932 y 1944.

El Código Penal de 1973, en su redacción originaria y siguiendo la línea del Código de 1848, recogía que *"Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley."*

*Las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley se reputan siempre voluntarias a no ser que conste lo contrario.*

*El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar".*

El proyecto de nuevo Código Penal de 1980 fue el primer texto en proclamar el principio de culpabilidad, al recoger la expresión *"no hay pena sin culpabilidad"*. La Reforma parcial y urgente de 1983 derogó el artículo 1 del Código Penal de 1973 e introdujo la nueva definición de delito, sustituyendo el término *voluntarias* por *"dolosas o culposas"* y añadiendo un segundo párrafo: *"no hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la ulterior producción de un resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado al menos por culpa"*. Sobre la procedencia o no de esta definición y así como si da o no cumplida respuesta al principio de culpabilidad tendré ocasión de referirme en los apartados 2.3. y 6.1. de este trabajo. Se pretendía con el nuevo artículo 1 "expulsar del Código penal el concepto de responsabilidad objetiva o, lo que es lo mismo, el *versari in re illicita* con todas sus manifestaciones"<sup>5</sup>.

En la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 se repite también la fórmula de la reforma del 83, aunque sustituyendo "culpa" por "imprudencia" (*no hay pena sin dolo ni imprudencia*).

En el Borrador de Anteproyecto de Parte General de 1990 se recogía de nuevo no hay pena sin culpabilidad, si bien a consecuencia del informe del Consejo General del Poder Judicial, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 volvía a la fórmula de no hay pena sin dolo o imprudencia.

Esta última fue la fórmula finalmente acogida en el Código Penal de 1995, cuyo debate parlamentario analizaremos en el apartado siguiente.

## **2.2. Debate parlamentario.**

El 26 de septiembre de 1994 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley de lo que habría de ser el Código Penal de la Democracia, aprobado finalmente, tras su tramitación parlamentaria, en noviembre de 1995.

El artículo 5 del mencionado proyecto de ley establecía que *"no hay pena sin dolo ni imprudencia"*. El Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda<sup>6</sup> de modificación de este artículo proponiendo la siguiente redacción: *"no hay pena sin culpabilidad"*. La justificación para la presentación de esta enmienda fue que *"Es más correcto hablar de culpabilidad que de dolo e imprudencia porque este artículo pretende consagrar solemnemente una garantía y no definir el concepto de delito y sus elementos. Como recuerda el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial el término culpabilidad en su acepción procesal, expresa una de las garantías procesales del ciudadano: no hay delito ni pena sin culpabilidad."*

También Coalición Canaria presentó una enmienda a este artículo, en este caso de supresión, justificándola en que *"técnicamente resulta sumamente defectuoso. No hay pena sin delito o falta y el dolo y la imprudencia son formas de culpabilidad"*<sup>7</sup>.

El informe de la ponencia<sup>8</sup> rechazó estas enmiendas, manteniendo el texto del Proyecto y en los debates de la Comisión de Justicia e Interior celebrados durante los meses de mayo y junio de 1995, el diputado del Grupo Popular

PILLADO MONTERO, defendió la enmienda presentada por este grupo en los términos siguientes: *"El artículo 5, Sr. Presidente, es el que contempla el problema de la culpabilidad. Sostuvimos ya en el proyecto anterior y volveremos a sostener ahora, que no queda bien regulada esta materia en el proyecto actual y en el informe de la ponencia que lo sigue. Se trata, Sr. Presidente, de la garantía penal de que no hay pena sin culpabilidad. El dolo y la imprudencia son las formas de esa culpabilidad, pero la expresión correcta, la expresión técnica es la culpabilidad. No hay pena sin culpabilidad, y en este sentido incide toda la doctrina científica. Luego el dolo y la imprudencia no son más que las dos vertientes de esa culpabilidad"*<sup>10</sup>.

También intervino en el debate el Sr. OLARTE CULLEN, por Coalición Canaria el cual manifestó que *"pretendemos suprimir el artículo 5 por considerarle (sic) técnicamente muy defectuoso. Daremos nuestra conformidad a la enmienda 221 del Grupo Popular porque expone con mayor rigor y es más aceptable la referencia a la culpabilidad. No cabe duda de que no hay pena sin culpabilidad, no hay delito sin culpabilidad y tanto el dolo como la imprudencia, que se contienen en el artículo 5 son formas de culpabilidad. Entendemos cuál es el fondo y el deseo del proyecto en tanto en cuanto quiere referirse a que hay una serie de delitos que no pueden cometerse sin culpabilidad"*<sup>10</sup>.

Por parte del Grupo Socialista defendió el proyecto y el informe de la ponencia el Sr. BARRERO LOPEZ el cual con relación al artículo 5 hizo unas cuantas precisiones: *"Primero. El objetivo de este Código es que no refleje en lo posible posición de escuela doctrinal alguna, es decir, que cualquier escuela doctrinal pueda encontrarse a gusto en la interpretación global, en la parte general de todo el código.. Por lo tanto, como principio general no nos interesa sino que todas las posiciones doctrinales y la Jurisprudencia puedan verse reflejadas, a gusto y con facilidad en este código. ¿Por qué lo decimos? Porque la posición doctrinal del artículo 5, es decir, la posición doctrinal de acuerdo con la cual deberíamos decir que no hay pena sin culpabilidad en contra de lo que se ha dicho aquí por el portavoz, no goza del consenso científico en España en este momento; ni en España ni en algunos sitios especialmente queridos -yo estoy seguro de ello- no por el portavoz que ha defendido este artículo sino por el portavoz que defendía en términos generales el proyecto por parte del PP, que es el Derecho Alemán. No hay consenso científico en España ni hay consenso científico en Alemania sobre este tipo de definición, aunque insisto, es una definición querida por alguna doctrina e incluso por alguna jurisprudencia y por alguna de las personas -me consta- que conformamos la comisión. No hay consenso.*

*Hablándose de dolo e imprudencia -tercera razón- se cierra el problema doctrinal -Sr. Pillado- que es uno de los temas importantes para nosotros y además con independencia de dónde se ubique sistemáticamente. Si hablamos de dolo e imprudencia no tenemos en estos momentos problemas doctrinales. Si hablamos solamente de culpabilidad los tenemos, porque muchos pensamos que la culpabilidad es más que el dolo y la culpa, evidentemente. La culpabilidad abarca la imputabilidad, la exigibilidad y eso también está discutido en la doctrina como bien sabe seguramente el Sr Pillado.*

*Por lo tanto insistimos en que este tema nos parece atractivo, por decirlo de alguna manera. Queremos insistir en que nuestro objetivo es que no aparezca*

*reflejada ninguna composición doctrinal de carácter mayoritario que haga dificultoso el camino a través de lo que queremos decir en la parte general de nuestro código. Así, pues, por decirlo de alguna manera y ya para terminar, Sr. Pillado, la propuesta no está consensuada y supondría subrayar una propuesta de una tendencia doctrinal muy concreta."*

La enmienda del Grupo Popular fue rechazada por dieciocho votos contra quince y una abstención, y no la mantuvo para su discusión en el Pleno del Congreso. Coalición Canaria, sin embargo, siguió manteniendo en el pleno la misma postura<sup>11</sup>.

### **2.3. Análisis del artículo.**

De lo expuesto en el apartado anterior y en concreto, de la intervención del defensor del proyecto podemos extraer que son tres, en cierta manera similares, los argumentos para utilizar la fórmula *"no hay pena sin dolo ni imprudencia"*:

a. *Que la expresión "no hay pena sin culpabilidad" supondría subrayar una propuesta de una tendencia doctrinal muy concreta.* En este punto hay que señalar que son muchos los autores que sostienen justamente lo contrario. Así, por ejemplo SUAREZ MONTES manifiesta que "se ha querido tomar partido a favor del criterio de un sector doctrinal, minoritario pero muy cualificado, que, en base a una duda epistemológica sobre la libertad humana, considera que se puede prescindir del concepto dogmático de culpabilidad sin tener por ello que renunciar a las garantías que dimanar de tal principio"<sup>12</sup>. También CONDE-PUMPIDO FERREIRO señala que "encerrar el contenido de la culpabilidad de un hecho en su carácter doloso o culposo sólo lo hace la posición doctrinal más retrógrada y menos evolucionada de la concepción psicológica de la culpabilidad, por lo que ha podido calificarse el precepto como una muestra de sectarismo del legislador". De la misma opinión es CEREZO MIR<sup>13</sup>, según el cual se advierte en este planteamiento (referido al borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990, pero igualmente válido) la influencia de las tesis de GIMBERNAT. Igualmente QUINTERO OLIVARES-PRATS CANUT<sup>14</sup> y GRACIA MARTÍN<sup>15</sup>.

Además la expresión *"no hay pena sin culpabilidad"* -como acertadamente ha puesto de manifiesto CONDE-PUMPIDO- es una "fórmula neutra ya que la culpabilidad es un concepto normativo que podría llenarse con unas u otras condiciones, según la escuela o posición doctrinal que adoptara el intérprete, sin que la mera enunciación del precepto prejuzgara, como ahora pretende hacer, la posición e interpretación a adoptar"<sup>16</sup>. Igualmente se ha expresado LUZÓN PEÑA<sup>17</sup>. Para este autor "hubiera sido preferible que el Código Penal hubiera recogido entre sus garantías del título preliminar el principio de culpabilidad, bien con el nombre mayoritariamente admitido de culpabilidad o bien con otra denominación sustitutiva, como podría haber sido la de responsabilidad individual o personal (y sin que por lo demás, ninguna de las denominaciones tuviera que considerarse decisiva a efectos de prejuzgar el contenido y caracterización de lo que tradicionalmente se denomina culpabilidad)."

Llegados a este punto cobran vigencia las acusaciones de sectarismo<sup>18</sup> del propio GIMBERNAT: "se ha intentado imponer a un legislador accesible -y tal

vez ingenuo- lo que no se había conseguido en la discusión doctrinal con la fuerza de convicción de los argumentos"<sup>19</sup>.

*b. Que la teoría conforme a la cual se podría decir que "no hay pena sin culpabilidad" no goza del consenso científico en España ni en Alemania.* La primera reflexión que se me ocurre es que es difícil encontrar una institución jurídico-penal, ya sea de parte especial o de parte general sobre la que se muestre unánime la doctrina; así por ejemplo la comisión por omisión, la tentativa inidónea, el sistema de penas, la eutanasia, el aborto, el consentimiento en las lesiones, la insumisión<sup>20</sup>... y ello nunca ha sido obstáculo para que fueran regulados legalmente.

La segunda reflexión es que en no pocas ocasiones el legislador ha resuelto en contra de lo que la doctrina mayoritaria ha considerado oportuno, por ejemplo con el mantenimiento de la reincidencia como circunstancia agravante o la eliminación de la inducción frustrada cuando no se realiza a través de los medios de comunicación<sup>21</sup>.

La tercera reflexión a que me mueve esta afirmación es que ésta no es enteramente cierta. Ya hemos visto en el apartado anterior que prácticamente ningún autor niega la vigencia del principio de culpabilidad, a excepción de GIMBERNAT. Otra cosa es que no haya consenso en cuanto al contenido (como fundamento y límite de la pena), base en la que se sustenta (fundamento material de la culpabilidad, ya sea como capacidad para obrar de otro modo, como capacidad de motivación o de motivación normal de la norma...) y alcance (en cuanto a las consecuencias que entraña).

*c. Que hablar de "dolo" e "imprudencia" es menos problemático que hablar de culpabilidad.* Muy probablemente hubiera sido menos problemática la expresión "no hay pena sin culpabilidad", y al menos las críticas de sectarismo de GIMBERNAT, a las que arriba me he referido estarían fundadas sobre una proclamación expresa del principio de culpabilidad y no en una tácita o presunta. También es cierto que posiblemente la fórmula propuesta por QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS de "Sólo es punible el que obra culpablemente" hubiera contentado a todos.

Pero no es tanto cuestión de contentar a todos sino comprobar si estos términos son intercambiables, si tienen el mismo contenido, si tienen el mismo alcance y son perfectamente sustituibles. RODRIGUEZ MOURULLO considera que "está claro que con la exigencia de dolo o culpa no quedan plenamente consagradas las garantías que derivan del principio de culpabilidad, pues está fuera de toda duda que la responsabilidad penal requiere todavía *algo más* después del dolo y la imprudencia"<sup>22</sup>. VIVES ANTÓN también reconoce que "el mayor inconveniente, sin embargo, que presenta esta proclamación, es su carácter incompleto: no todas las exigencias materiales del principio de culpabilidad encuentran acogida en ella"<sup>23</sup>. En el mismo sentido se manifiestan QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS<sup>24</sup>, CHOCLAN MONTALVO<sup>25</sup>, COBO DEL ROSAL<sup>26</sup>, CEREZO MIR<sup>27</sup>, SUAREZ MONTES<sup>28</sup> y GRACIA MARTIN<sup>29</sup>.

Entendemos que el legislador ha dejado la puerta abierta al principio de culpabilidad. Como ha señalado GIMBERNAT "a pesar de la diversidad de opiniones realmente existentes, el Código Penal de 1995 toma posición en el artículo 20.1º, a favor de la tesis que establece el límite entre la culpabilidad y la inculpabilidad en el libre albedrío"<sup>30</sup>.

Resulta llamativo que el artículo que parecía estar hecho a la medida de las tesis de GIMBERNAT no se vea completado con una regulación del artículo 20. 1º acorde con sus planteamientos.

De esta manera el artículo 5 acaba por no contentar a nadie. Ni a la doctrina mayoritaria porque lo considera sectarista por recoger las tesis de GIMBERNAT, ni a este autor, porque el Código adopta una actitud sectarista, además de incoherente por no plasmar el principio de culpabilidad en el artículo 5 y sin embargo recurrir a él para fundamentar la eximente de anomalía o alteración psíquica.

### **3. Significado del principio de culpabilidad.**

#### **3.1. Diversidad de significados**

Como pondré de manifiesto en el apartado siguiente de este trabajo la culpabilidad jurídica se diferencia de la culpabilidad teológica o moral y de la que denominaré culpabilidad popular. Sin embargo "culpabilidad" en el ámbito jurídico-penal no es un término del que se pueda predicar su univocidad.

Según MIR PUIG<sup>31</sup> en sentido amplio la culpabilidad llega a identificarse con la total gravedad del delito imputable a su autor. En sentido estricto, en el contexto de teoría del delito se contrapone a antijuridicidad (desde la concepción psicológica de la culpabilidad, antijuridicidad constituía la parte objetiva, mientras que la culpabilidad la parte subjetiva. Desde la concepción normativa la antijuridicidad integraría tanto la parte objetiva como la subjetiva, pasando a ser la culpabilidad el juicio de reproche cuyos presupuestos son: imputabilidad, posibilidad de conocimiento del injusto y ausencia de causas de exculpación).

Pone de relieve GARCÍA ARAN<sup>32</sup> que ni el concepto de culpabilidad ni el contenido del principio de culpabilidad son unívocos en la doctrina. Y recoge la distinción que hace MIR PUIG de principio de culpabilidad en sentido estricto y amplio. Pero más adelante hace otra distinción sobre qué puede entenderse por principio de culpabilidad<sup>33</sup>:

- a. Exclusivamente prohibición de la responsabilidad objetiva.
- b. Exclusivamente la exigencia de culpabilidad en sentido dogmático.
- c. Conjunto de garantías más amplio.
- d. Además de lo anterior, la culpabilidad como factor de determinación de la pena y concepto que opera como límite de ésta, determinando la pena proporcionada al delito.

Con algunas matizaciones, que se desprenden del contenido de este trabajo y en especial del apartado 3.3, es esta última la concepción que acogemos de principio de culpabilidad, es decir la culpabilidad como fundamento y límite de la pena que conlleva unas consecuencias que, sin afán de exhaustividad, se recogen en el mencionado apartado.

Así, dejando de lado la culpabilidad como categoría dogmática que integra la definición de delito y con la que, lógicamente, el principio de culpabilidad está íntimamente unido, podemos definir dicho principio como aquel en virtud del cual la culpabilidad se constituye como fundamento (y no sólo como presupuesto) de la pena, como límite (más que como medida) de la misma y

del que derivan ciertas consecuencias cuyo incumplimiento vulneraría el mencionado principio.

### **3.2. Críticas al principio de culpabilidad.**

A nadie se le escapa que el principio de culpabilidad se encuentra, *paradójicamente*, en estado de crisis permanente<sup>34</sup>. Paradójicamente -dice QUINTERO- "por comparación con la importancia que entraña el principio de culpabilidad" y sus consecuencias.

Muy posiblemente las críticas vertidas contra el principio de culpabilidad derivan en buena parte de su procedencia del Derecho Penal Teológico<sup>35</sup>. Efectivamente "la tradición de que sin culpabilidad no habría delito se remonta en España al Derecho Penal Teológico de los siglos XVI y XVII, y, al menos estructuralmente influye en la concepción del delito a lo largo del siglo XIX, cuando se inicia en España el estudio puramente jurídico del delito"<sup>36</sup>. La culpabilidad teológica ha mantenido su carácter meramente subjetivo; así, por ejemplo constituiría delito (pecado) la tentativa irreal y no lo sería la causación imprudente de un hecho prohibido. En el otro extremo se sitúa la "culpabilidad popular", aquella que para la colectividad, para el conjunto de la sociedad, tiene un carácter marcadamente objetivo. Para esta "culpabilidad" suele bastar la causación de un resultado para que el autor sea culpable ("el que la hace la paga"). Y del mismo modo no se entiende, por el común de los mortales, la aplicación de atenuantes, eximentes...salvo casos muy concretos (como pueda ser la enajenación mental y la minoría de edad).

La culpabilidad jurídica, apartándose de la teológica, participa de la subjetividad propia de esta última y de la objetividad que caracteriza a la "culpabilidad popular". Y se sitúa entre ambas, no equidistante (*in medio virtus*) sino tomando las bondades de una y otra y ello en beneficio del reo<sup>37</sup>.

Supone pues para la culpabilidad un lastre su origen teológico aunque no tenga nada que ver ya el delito con el pecado<sup>38</sup>, ni la reprochabilidad moral con la jurídica, ni la amplia definición de pecado (ofensa de pensamiento, palabra, obra u omisión) con la estricta de delito (hecho típico, antijurídico y culpable)<sup>39</sup><sup>40</sup>. Supone, así mismo una carga la utilización en el estudio de la culpabilidad de la expresión "libre albedrío" que no significa más que la no-sujeción del hombre a sus instintos, esto es, a la racionalidad que caracteriza el obrar humano, pero expresión que tan ligada aparece a la idea cristiana de pecado<sup>41</sup>.

Es incontestable -lejos del determinismo positivista de FERRI- que, ya se llame libre albedrío, libertad individual o de otra manera, el hombre no está limitado por sus instintos, tendencias o pasiones y a diferencia de los animales no tiene por qué responder -y si lo hace, no de la misma manera- a un estímulo determinado<sup>42</sup>. Aunque también es cierto que existen determinados factores (ya sean educacionales, sociales, psicológicos, patológicos...) <sup>43</sup> que pueden limitar este margen de libertad o incluso cercenarlo por completo, lo cual deberá ser debidamente valorado en sede de culpabilidad. La duda acerca de la libertad del hombre es más filosófica<sup>44</sup> -y cartesiana- que propiamente jurídica. Pero lo que resulta evidente es que sí existen elementos del juicio de culpabilidad que pueden ser comprobables<sup>45</sup>. En este marco de comprobación se sitúa, por ejemplo, la determinación del cociente intelectual, del coeficiente intelectual, los análisis para la determinación de la toxicomanía (borrachera



tóxica, síndrome de abstinencia...) el estudio de los diferentes tipos de enfermedades mentales y sus efectos sobre las facultades volitivas y cognitivas, la concreción de si estos enfermos podían haber actuado en períodos de descompensación...<sup>46</sup>

Igualmente la utilización del término reproche tiene para algunos autores una carga moralizante del sistema penal<sup>47</sup>, pero es una cuestión puramente terminológica porque de hecho, tal y como señala QUINTERO OLIVARES, es lo mismo que "hablar de la reacción de la sociedad ante una falta de motivación suficiente que debe ser castigada por el bien de la propia sociedad democrática"<sup>48</sup>.

Las críticas que se han vertido sobre el principio de culpabilidad se pueden resumir en cuatro<sup>49</sup>:

No es posible demostrar empíricamente que el autor, en el momento del hecho podía haber actuado de otro modo a como lo hizo.

Lo anterior implica que también se ponga en duda el reproche moral que se formula contra el autor.

Puesto que la culpabilidad humana no puede ser comprobada desaparece también el derecho a la retribución judicial.

Tampoco puede aceptarse que la pena retributiva de la culpabilidad sea el mejor medio para la represión de la criminalidad.

MORALES PRATS<sup>50</sup>, por su parte recoge las siguientes críticas, que coinciden en buena medida con las anteriores:

La indemostrabilidad del libre albedrío.

Dificultades para explicar los elementos que componen el juicio de culpabilidad, y en concreto:

- La exigibilidad de la conducta adecuada a derecho, porque necesita ineludiblemente de la referencia a lo que es exigible a un hombre medio.
- Las construcciones dogmáticas sobre la reprochabilidad, por su carácter moralizante.
- Si el conocimiento de la antijuridicidad, que constituye una presunción sobre lo que es exigible normalmente a un hombre medio, "¿qué componentes verdaderamente personales (relativos al autor concreto) subsisten entonces en el juicio culpabilista?"<sup>51</sup>.

El autor español que más se ha destacado en sus críticas contra el principio de culpabilidad ha sido GIMBERNAT. Para este autor es indemostrable la existencia del libre albedrío y aunque éste existiera sería "imposible demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito"<sup>52</sup>. Por lo tanto, "pretender fundar el Derecho penal en el (por lo menos respecto de cada delincuente concreto) indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla perdida de antemano; librarla, a pesar de todo, sólo puede tener como resultado aumentar la irritación de los científicos empíricos"<sup>53</sup>.

Dado que no se puede fundar el Derecho penal en una pena basada en la culpabilidad hay que buscar el fundamento de la pena en otro argumento. Llegado a este punto acude al ejemplo siguiente: "de la misma manera que el padre castiga al hijo pequeño -evidentemente inculpable- cuando se comporta mal, a fin de, mediante la privación de cariño, forzarle a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la

sociedad, aunque no se puede constatar si el comportamiento prohibido tiene su origen en una libre decisión de voluntad, tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria"<sup>54</sup>. Sobre este razonamiento hay que hacer unas cuantas precisiones.

En primer lugar acudir a otras estructuras diferentes a la sociedad (como la organización familiar, como la empresa o como el organismo humano) para explicar cómo debe ser ésta resulta peligroso. Así por ejemplo, los partidarios de la pena de muerte acuden al cuerpo humano para justificarla: "de la misma manera que un miembro cangrenado puede ser extirpado para que no perjudique a todo el cuerpo, igualmente un individuo de la sociedad puede sufrir la pena de muerte cuando ello sea en beneficio de toda la comunidad".

En segundo lugar, dice GIMBERNAT que el niño que es corregido por su padre es "evidentemente inculpable". Sin embargo ello no es absolutamente cierto. Aquí GIMBERNAT, a pesar de haberse trasladado al ámbito de las relaciones paterno-filiales sigue utilizando conceptos de Derecho penal. El niño es inculpable para el Derecho penal. Pero no lo es para las normas de convivencia, mandatos y prohibiciones que se establecen en la vida familiar. El fundamento del castigo del padre al hijo es que este último conocía el contenido de la norma (aunque no supiera su justificación) y sea por un motivo u otro el niño no adecuó su conducta a esa norma, teniendo la capacidad para hacerlo. Los padres solamente exigen una determinada conducta cuando se tiene la capacidad para adecuar el comportamiento a la norma. Así, por ejemplo, no se corrige al niño de dos años que se hace pipí encima, pero sí se le exige que no pegue a los demás niños en el parque. En el primer caso comprende el inconveniente de hacerse pipí, pero no puede controlar sus esfínteres. En el segundo caso comprende que no se debe pegar a los demás y está perfectamente capacitado para adecuar su conducta a esa norma, por ello el castigo en caso de que pegue está justificado.

Siguiendo con el razonamiento de GIMBERNAT llega a la conclusión de que "en un Derecho Penal así concebido, la pena...es un elemental recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres"<sup>55</sup>. La pena en un Derecho penal no basado en el libre albedrío se determinaría "en primer lugar, sobre la base del valor del bien jurídico protegido; en segundo lugar, estableciendo una ulterior distinción y castigando con mayor severidad -o únicamente- la lesión dolosa de un bien jurídico que la culposa del mismo bien"<sup>56</sup>.

Para determinar si un derecho penal no basado en la culpabilidad podría garantizar todo lo que garantiza este principio debemos examinar las consecuencias que se alcanzan con el mantenimiento del principio de culpabilidad y ver si es posible mantenerlas sobre otros fundamentos, como puedan ser el principio de proporcionalidad, o las necesidades preventivas.

### **3.3. Logros del principio de culpabilidad.**

Es indudable que se mantenga o no el principio de culpabilidad, éste ha permitido unos avances en la moderna ciencia del derecho penal, que se pueden considerar consecuencias<sup>57</sup> lógicas de su mantenimiento, exigencias resultantes<sup>58</sup>, garantías de su aplicación o conquistas<sup>59</sup>. Se pueden resumir estas consecuencias de la manera siguiente:

**1. Exclusión de la responsabilidad por el resultado.** Sea cual sea la postura culpabilista que se adopte, la primera exigencia del principio de culpabilidad es ésta. Es necesario, en su virtud, "que toda responsabilidad penal descansa en una relación de dolo o culpa entre el agente y el resultado y a descartar, por consiguiente, que el puro y simple nexo de causalidad entre uno y otro dé lugar al nacimiento de responsabilidad penal"<sup>60</sup>. Supone, por tanto, el principio de culpabilidad la renuncia al principio de responsabilidad objetiva y su sustitución por el de responsabilidad subjetiva que para PEREZ MANZANO<sup>61</sup> principio éste que responde a las siguientes características, no por importantes en ocasiones menos olvidadas:

Que la pena solamente puede imponerse a una persona física, excluyéndose los animales y las personas jurídicas.

Que la pena solamente puede imponerse si entre el sujeto y el resultado media un nexo psicológico concretado en dolo o culpa.

Que la pena se impone individualmente al sujeto imputable que realiza el acto (excluyéndose la responsabilidad por razón de parentesco o dependencia e inimputabilidad).

Las características a y c las incluye MIR bajo la denominación de principio de personalidad de la pena, en cuya virtud "impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia por el hecho de alguno de ellos. Sin embargo, en la actualidad se plantea la cuestión de si deben responder penalmente las personas jurídicas o alternativamente los gestores de ellas por los hechos formalmente realizados por aquéllas"<sup>62</sup>. Junto con el principio de personalidad de las penas recoge este autor el principio de responsabilidad por el hecho, el principio del dolo o culpa y el principio de imputación personal<sup>63</sup>.

La exclusión de la responsabilidad por el resultado conlleva, a su vez las siguientes consecuencias:

**1.1. La no aplicación del principio *versari in re illicita*** (*qui versari in re illicita respondit etiam pro casu*). Aquí "el resultado no querido, no previsto y a veces incluso no previsible es imputado al agente por el mero hecho de su vínculo causal con un acto ilícito"<sup>64</sup>. El principio del *versari* ha operado, como señala SUAREZ MONTES de doble modo. "Unas veces dando lugar a que la culpa se impute a título de dolo y otras, determinando la imputación a título de dolo o culpa de lo que no pasa de ser un puro caso fortuito"<sup>65</sup>. De ello se deriva una clara incompatibilidad del *versari* con el principio de culpabilidad.

**1.2. La eliminación de la punición en la *actio libera in causa***<sup>66</sup>. Es más que dudosa la inclusión de la *actio libera in causa* dentro de las consecuencias del principio de culpabilidad. Sin embargo resulta interesante su estudio en esta sede puesto que "si el sujeto, en el momento de realizar la acción no era imputable, aunque lo fuera antes, al concebir la resolución criminal, hay que declarar la ausencia de responsabilidad criminal".

CEREZO lo considera una "excepción al principio de que el sujeto ha de ser imputable en el momento de realizar la acción u omisión típica y antijurídica"<sup>67</sup>. A pesar de lo anterior añade que es "perfectamente compatible con el principio de culpabilidad por el hecho, pues en el juicio de reproche se tienen en cuenta

no sólo las circunstancias del mismo, sino también la conducta anterior al sujeto, en la medida en que sea relevante para determinar si la acción u omisión típica y antijurídica realizada le era o no, o en que medida le era reproachable al sujeto".

**1.3. La supresión de los delitos cualificados por el resultado.** La estructura de estos delitos "está formada por un delito básico, cometido dolosa o culposamente, y un resultado que cualifica, respecto al cual no es necesario comprobar más que la existencia de una relación de causalidad con la acción del sujeto; es decir, se prescinde, en cuanto a ese segundo resultado, de la exigencia de culpabilidad"<sup>68</sup>. La doctrina mayoritaria considera estos delitos contrarios al principio de culpabilidad<sup>69</sup>.

**1.4. La exclusión de los delitos preterintencionales y por tanto de la atenuante de preterintencionalidad<sup>70</sup>.**

Si entendemos la preterintencionalidad como la superación por el resultado efectivamente ocasionado con respecto a la intención del sujeto de producir cierto resultado delictivo<sup>71</sup>, se llega rápidamente a la conclusión de que es una manifestación de la responsabilidad penal objetiva, contraria por tanto al principio de culpabilidad. Pero, además, su subsistencia puede considerarse incluso peligrosa, "porque cabría la posibilidad de que los tribunales *por inercia* siguieran aplicando el principio del *versari*."<sup>72</sup>

La eliminación de la atenuante de preterintencionalidad sólo tiene sentido, por otra parte, si se tiene como presupuesto que en el Código Penal "se da, sin excepción, un ajuste pleno entre el elemento subjetivo y el tipo objetivo, es decir, el presupuesto de que el resultado no desborda, no va más allá de lo abarcado por la voluntad"<sup>73</sup>. Lógicamente, si este presupuesto se cumple, no tiene sentido aplicar la atenuante de preterintencionalidad.

CONDE-PUMPIDO señala, no obstante, que al aceptarse la preterintencionalidad "como fórmula para atenuar la pena, no siempre resultaría opuesta al principio de culpabilidad si se exigiera la combinación acción base dolosa-resultado preterintencional imprudente, y además las consecuencias atenuatorias de su aplicación permitieran que la pena no excediera de la que resultaría de castigar en concurso ambos hechos, el base y el resultante"<sup>74</sup>. Cabe objetar a esta opinión que la atenuante de preterintencionalidad no infringe en sí misma -a mi modo de ver- el principio de culpabilidad, sino en cuanto trata de corregir una previa infracción de este principio. De la misma manera que si el código penal exige positivamente el dolo o la imprudencia resultaría superflua la referencia al caso fortuito. De todas formas, soy consciente que resulta difícil el tratamiento punitivo de determinados delitos -como puedan ser las lesiones- en las que no se tenga en cuenta en mayor o menor medida el resultado producido, por lo que la desaparición de la atenuante de preterintencionalidad puede resultar utópica y su mantenimiento un instrumento útil para la corrección de este tipo de desviaciones del principio de culpabilidad.

**1.5. La supresión del caso fortuito.** Consecuencia del principio de culpabilidad, del rechazo de la responsabilidad por el resultado, del *versari in re illicita* y de la exigencia de dolo o culpa, el resultado producido por caso

fortuito, es decir por mero accidente, no puede ser punible, ni aún existiendo conducta ilícita.

**1.6. La determinación de la pena no "conforme a la gravedad del mal producido por el delito" sino, en todo caso, independientemente de que existan otros criterios, atendiendo a la "gravedad del hecho".**

**2. Principio de culpabilidad por el hecho**<sup>75</sup>, no culpabilidad por autor o conducta de vida lo cual excluye el Derecho penal de autor y sí exige un Derecho penal por el hecho. Además la culpabilidad por el hecho es la que brinda mayores garantías para "controlabilidad judicial"<sup>76</sup>. Hemos de entender la culpabilidad por el hecho sin perjuicio, de que deban tenerse en cuenta "todas las circunstancias que rodearon la conducta delictiva y que concurran en el delincuente"<sup>77</sup>.

**3. Graduación de las penas según se haya actuado dolosa e imprudentemente** o incluso dentro de estas categorías si se ha actuado con dolo directo, eventual, imprudencia grave o leve, penando, lógicamente más los delitos dolosos que los imprudentes. En este apartado también se exige la supresión de las presunciones de dolo<sup>78</sup>. En cualquier concepción culpabilista se estima menos reprochable y grave el delito culposo que el mismo delito ejecutado con dolo<sup>79</sup>.

**4. Error de prohibición.** "Si el error invencible de prohibición excluye hoy en día el castigo en cualesquiera circunstancias, dicha solución se debe tan solo a la aplicación consecuente del principio de culpabilidad"<sup>80</sup>. Como acertadamente ha puesto de manifiesto BACIGALUPO, la no punibilidad del error de prohibición invencible "será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad. Sea porque cuando el error es inevitable el autor no ha podido obrar de otra manera, sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad, sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo, o sea finalmente porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello, en todo caso la exclusión de la punibilidad se basa en la ausencia de culpabilidad"<sup>81</sup>. En el mismo sentido se ha manifestado CEREZO MIR: "una de las exigencias del principio de que no hay pena sin culpabilidad es la de que el autor tiene que haber obrado con conciencia de la antijuridicidad de su conducta o, al menos, con posibilidad de tenerla para que pueda ser sancionado con una pena"<sup>82</sup>.

**5. Exclusión de la culpabilidad en los inimputables.** Puesto que la capacidad de culpabilidad tiene su fundamento en la capacidad de conocer y comprender la norma penal y la ilicitud del acto y la capacidad de adecuar la conducta a esa norma, resulta claro que la exclusión de la responsabilidad penal en los inimputables, es consecuencia directa del principio de culpabilidad.

**6. Proscripción de los delitos de sospecha.** En estos delitos se establece, a falta de prueba de culpabilidad del sujeto activo, una presunción *iuris et de iure* de haber causado el resultado más grave que determina, a su vez la imposición

de la pena más severa<sup>83</sup>. Resulta evidente que infringen el principio de culpabilidad porque, *"en tanto la responsabilidad penal es responsabilidad por el hecho propio este principio exige como base una conducta real y no una mera presunción. Solo si se ha dado realmente una conducta tiene sentido exigir respecto a ella dolo o imprudencia"*<sup>84</sup>.

**7. Eliminación de la reincidencia.** El Tribunal Constitucional alemán declaró en st. de 16 de enero de 1979 que la agravante de reincidencia se adecuaba a su constitución *"siempre que se evitara una presunción de mayor culpabilidad y se verificara en cada caso si se le podía reprochar al autor reincidente el no haber tomado como advertencia las anteriores condenas"*. La 23ª Ley de Reforma Penal de 13 de abril de 1986 derogó la agravante de reincidencia contenida en el artículo 48 del StGB por entender que podía vulnerar el principio de culpabilidad.

Según CEREZO la reincidencia supone "una mayor culpabilidad, es decir una mayor reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. El delincuente comete un nuevo delito a pesar de haber sido previamente condenado por otro, lo cual implica un juicio desvalorativo sobre la conducta delictiva realizada y una advertencia, y de haber recibido un tratamiento tendente a conseguir su reinserción social."<sup>85</sup>. Son de la misma opinión ROMEO CASABONA<sup>86</sup>, MANZANARES SAMANIEGO<sup>87</sup> y SERRANO GÓMEZ<sup>88</sup>. También, posiblemente, MARTÍNEZ DE ZAMORA<sup>89</sup>.

Sin embargo no es ésta la opinión de la doctrina mayoritaria. Para parte de esta doctrina mayoritaria la reincidencia no tiene fundamento o no es éste un verdadero fundamento. Para otro sector la reincidencia supondría en todo caso una menor culpabilidad. Así los siguientes autores: RODRIGUEZ MOURULLO<sup>90</sup>, QUINTERO OLIVARES<sup>91</sup>, MIR PUIG<sup>92</sup>, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON<sup>93</sup>, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN<sup>94</sup>, BUSTOS RAMÍREZ<sup>95</sup>, GARZÓN REAL y MANJÓN CABEZA,<sup>96</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR<sup>97</sup>, CALDERÓN CEREZO y CHOCLAN MONTALVO<sup>98</sup>, PRATS CANUT<sup>99</sup>, SERRANO MAÍLLO<sup>100</sup>, ASÚA BATARRITA<sup>101</sup> y ZUGALDÍA ESPINAR<sup>102</sup> entre otros.

**8. No punición o menor punición del autor por convicción.** Sostiene CEREZO MIR<sup>103</sup> que efectivamente en ellos concurre una menor culpabilidad, porque la "motivación ética supone, por ello, también una menor reprochabilidad de la acción u omisión típica y antijurídica". Añade que "la disposición de ánimo o talante no puede fundamentar por sí sola la culpabilidad pero sí puede influir en su medida".

**9. El encubrimiento entre parientes.** El sujeto es imputable y actúa dolosamente (porque no hay encubrimiento culposo)<sup>104</sup> por lo tanto la no punición de estos casos tiene su fundamento en la idea de no exigibilidad de otra conducta. Aquí la capacidad de obrar de otro modo se halla considerablemente disminuida en este caso por el afecto existente normalmente entre los parientes<sup>105</sup>.

**10. Estado de necesidad exculpante.** Es una causa de inculpabilidad cuando el mal causado sea igual al que se trata de evitar<sup>106</sup>. Añade CEREZO

que el estado de necesidad también puede ser una causa de inculpabilidad cuando el mal causado pueda sea mayor<sup>107</sup> que el que se trataba de evitar, pero la conducta implicaba un grave atentado a la dignidad de la persona humana.

**11. Miedo insuperable.** Al tener su base en la no exigibilidad de una conducta distinta, no puede por menos que excluir la culpabilidad. De hecho "un Derecho penal democrático no puede ser un Derecho de héroes sino un Derecho a la medida de la gran mayoría". "Las conductas heroicas no son exigibles"<sup>108</sup>.

Junto con estas consecuencias directas del principio de culpabilidad se alzan una serie de consecuencias indirectas, o mas bien de "bondades" de este principio que alcanzan todo el Derecho penal, por ejemplo: Es la única medida de magnitud que limita el poder estatal, que ha contribuido a hacer al Derecho Penal más humano y ajustado al estado de Derecho<sup>109</sup>. "Por doquier ha ejercido el principio de culpabilidad una influencia benéfica y, hoy en día, en lo esencial indiscutida, lo que jamás habría podido ser aportado mediante un análisis global de la resolución del conflicto por otros sistemas"<sup>110</sup>.

#### **4. El principio de culpabilidad y la Constitución Española de 1978.**

A pesar de la importancia del principio de culpabilidad, según se deduce de los logros y consecuencias recogidos en el apartado anterior, sorprende que la Constitución no lo proclame expresamente. Se han vertido diferentes opiniones sobre si el principio de culpabilidad se puede inferir a partir de determinados preceptos o principios constitucionales. Así CERREZO, por ejemplo, fundamenta constitucionalmente el principio de culpabilidad en el art. 10 de la CE "al proclamarse en este precepto que la dignidad de la persona humana es el fundamento del orden político y la paz social"<sup>111</sup>. Para COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN se deduce "de los principios de legalidad y prohibición de exceso o de requerimientos generales del Estado de Derecho cual v.g. el del libre desarrollo de la personalidad"<sup>112</sup>. GARCÍA PEREZ considera que "la caracterización de España como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) que tiene por fundamento la dignidad de la persona (art. 10.1) en conexión con los valores superiores de la justicia (art. 1.1) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3) determina el reconocimiento con rango constitucional del principio de culpabilidad"<sup>113</sup>. QUINTERO OLIVARES sostiene que no hay ningún problema en acoger las diferentes soluciones propuestas "en la medida en que contribuyan a un mismo y loable objetivo: dar cabida en el ámbito constitucional a la culpabilidad o a las garantías que de ella se derivan". Si bien añade que al no encontrarse el art. 10.1 entre los derechos fundamentales, "es preciso extender el fundamento de las garantías propias del principio de culpabilidad al artículo 14 CE" (principio de igualdad)<sup>114</sup>.

A pesar de lo anterior es innegable que la Constitución no menciona expresamente el principio de culpabilidad.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que *"en efecto, la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" que determinará las*

*penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (SSTC 65/1986, 14/1988 y otras)." Pero añade que "las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el art. 10.1º CE, así como los valores superiores recogidos en el art. 1.1º CE, si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo. Por tanto, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la CE; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el Texto constitucional explícita o implícitamente" para concluir, en relación con el principio de culpabilidad que "la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la CE haya convertido en norma, determinado modo de entenderlo, como es el de la "normalidad de la motivación"<sup>115</sup>.*

A pesar de todo lo anterior y a pesar también de la opinión del Tribunal Constitucional, el hecho de que el principio de culpabilidad se pueda deducir de la dignidad de la persona, de la seguridad jurídica o del mismo Estado de Derecho y no sea un principio recogido en los artículos 14 a 29 de la Constitución (aquellos cuya vulneración es susceptible de amparo constitucional) no ofrece a juicio de BACIGALUPO ningún "valor práctico"<sup>116</sup>. Por ello hace un intento este autor de fundamentar las consecuencias del principio de culpabilidad en determinados preceptos constitucionales. Así llega a las siguientes conclusiones<sup>117</sup>:

1. La posibilidad de saber qué se hace y de conocer el reproche social expresado en la punibilidad, como presupuesto de la aplicación de una pena criminal está incluida en el principio de legalidad (art. 25.1 y 9.3 CE). Incluye aquí la concurrencia de dolo y culpa, el error, o las excusas absolutorias.
2. La posibilidad de haber evitado la comisión del delito (o de haber ejecutado la acción debida)...se deduce de la protección que el artículo 17 CE otorga a la libertad y seguridad. Aquí incluye este autor el versari in re illicita y los delitos cualificados por el resultado.
3. La proporcionalidad de la pena concretamente aplicada al autor por el hecho cometido encontraría para BACIGALUPO protección constitucional en el artículo 15 (penas o tratos inhumanos o degradantes).

Estas consideraciones de BACIGALUPO, si bien ayudan al objetivo apuntado más arriba por QUINTERO OLIVARES, no han tenido reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, la sentencia TC 2 de 22 May. 1986 (Ponente: Sr. Latorre Segura)<sup>118</sup> considera que en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la CE, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Ello se deduce, como es claro, del art. 117 CE. Consecuentemente, no cabe deducir del art.



25.1 CE un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito.

## **5. Culpabilidad y fines de la pena.**

Resulta innegable que aunque la retribución como fin de la pena siga estando en crisis, no se puede descartar como tal.

En primer lugar, la retribución como fin de la pena no es incompatible con el Estado social y democrático de Derecho. Efectivamente como ha señalado CEREZO MIR "de la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que inspira la Constitución (art. 1.1) no es posible derivar la exigencia de que la reeducación y reinserción social del delincuente sea el único fin de la pena y ni siquiera que deban atribuirse a la misma funciones exclusivamente preventivas (prevención general y prevención especial). La concepción del Estado social y democrático de Derecho es incompatible únicamente con las teorías absolutas de la pena. Una concepción unitaria de la pena, que encuentre su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de delitos en el futuro, satisface en mayor medida las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, al proporcionar un sólido fundamento a la exigencia de proporcionalidad de los delitos y las penas"<sup>119</sup>.

En el mismo sentido MIR PUIG: "nuestro modelo de estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención a favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores"<sup>120</sup>. Y propone como ejemplo para la no exclusión de la retribución como fin de la pena el que dos autores de hechos de la misma gravedad puedan, por la vía exclusiva de la prevención especial, ser sometidos a regímenes penitenciarios diversos como el cerrado y el abierto, lo que sería injusto desde el punto de vista de la retribución<sup>121</sup>.

En segundo lugar, la retribución no queda excluida de los fines de la pena por la Constitución de 1978<sup>122</sup>. Como advierte GRACIA MARTÍN "El artículo 25.2 de la Constitución aunque establece que *"las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados"* no puede ser interpretado en el sentido de que la prevención especial tenga que ser el fundamento de la pena ni tampoco en el de que ese deba ser el único de sus fines. Como ha puesto de relieve la mayor parte de la doctrina española, e incluso el Tribunal Constitucional, el precepto constitucional impone únicamente que el aspecto resocializador de la prevención especial sea uno de los fines de la pena. A parte de que el aspecto resocializador de la pena a que hace referencia la Constitución debe entenderse, a mi juicio, sólo en el sentido de que ese es el fin al que debe orientarse la ejecución de la misma, el precepto constitucional no excluye que la pena pueda perseguir también los fines de la prevención general, pero tampoco es obstáculo alguno -según este autor- para que, en contra de lo que opina MIR PUIG, la retribución no pueda quedar incluida en la teoría de la pena. Lo que el art. 25.2 proscribe es únicamente una teoría absoluta de la pena en su sentido más estricto, pero también una teoría relativa orientada exclusivamente a los fines de prevención general"<sup>123</sup>.

En tercer lugar tampoco puede decirse que la retribución está excluida como fin de la pena en el Código Penal. Así, LUZÓN PEÑA considera que "el Código Penal de 1995 no define expresamente los fines de la pena, pero múltiples rasgos de su regulación permiten inferir que sostiene un sistema mixto, en el que junto a la preocupación por la prevención especial y su aspecto de resocialización, son también importantes, como fundamento y como límites de la pena, el hecho injusto y culpable y su grado, lo que, según las diferentes posiciones se interpretará en el sentido de que la pena tiene además finalidades retributivas y/o de prevención general" <sup>124</sup>.

Resulta, pues, claro que tanto la retribución como la prevención especial y la prevención general constituyen hoy por hoy fines de la pena en el Derecho Penal español. Sin embargo, aventurado es decir que sean los fines de la pena fundamentos de la misma y más aventurado afirmar que estos fines sean a su vez límites únicos de la pena.

En lo que se refiere a la primera afirmación, evidentemente los fines de la pena no pueden ser fundamentos de la misma por cuanto aunque a una persona le convenga una reeducación y reinserción social (prevención especial) o incluso ello sea beneficioso para que el resto de la sociedad aumente su fidelidad a la norma (prevención general), si esta persona no ha cometido ninguna acción típica ni antijurídica, no se le puede imponer ninguna pena. Por ello el injusto es el primer presupuesto de la pena. Pero además no basta la comisión del hecho típico y antijurídico, por mucho que se necesite para reafirmar el ordenamiento jurídico (retribución) sino que es preciso que el autor tuviera capacidad para conocer la norma, efectivamente la conociera y que "fuera capaz de evitar su comportamiento antinormativo mediante la adecuación de su decisión voluntaria a lo establecido por la norma infringida" <sup>125</sup>.

A lo anterior no puede dar respuesta exclusivamente los fines de la pena, sino únicamente la tan denostada "culpabilidad" <sup>126</sup>.

Así, el injusto culpable (delito) es el fundamento de la pena o como más prudentemente señala GRACIA MARTÍN "la culpabilidad es al menos uno de los fundamentos de la pena" <sup>127</sup>, puesto que no debe olvidarse el doble cometido de las funciones preventivas como fin y fundamento: "la pena además de ser justa ha de ser necesaria. La pena justa, adecuada a la medida de la culpabilidad, sólo debe ser aplicada en la medida en que sea necesaria para atender a las exigencias de la prevención especial general y la prevención especial pues se trata de la justificación de la pena estatal" <sup>128</sup>.

Pero además la culpabilidad constituye un límite de la pena, como se expone en los dos apartados siguientes. Y en este orden de cosas es cuando debemos preguntarnos cómo se articulan la culpabilidad y los fines de la pena para que sean compatibles. Diversas teorías han expuesto la interrelación culpabilidad-fines de la pena <sup>129</sup>, habida cuenta que resulta innegable la existencia de un sistema mixto en el que "junto a la preocupación por la prevención especial y su aspecto de resocialización son también importantes, como fundamento y como límites de la pena, el hecho injusto y culpable y su grado" <sup>130</sup>. Resumiendo las diversas teorías que tratan de acoplar culpabilidad y prevención <sup>131</sup> estas son:

1. Teoría del espacio de juego. Sostenida por ROXIN. Según esta teoría la pena ha de corresponder a la medida de la culpabilidad debiendo darse un marco

limitado, en su parte superior, por la pena que todavía es adecuada a la culpabilidad y en su parte inferior por la pena que ya es adecuada a la culpabilidad. El juez ha de poder determinar la pena en el seno de este espacio de juego atendiendo a criterios preventivos.

2. Teoría del valor posicional. Estima que a la culpabilidad le corresponde el criterio de decisión de la duración de la pena, mientras que la prevención ha de decidir sobre su suspensión o sustitución por una medida (atendiendo a la prevención especial)

3. Teoría de la pena puntual o exacta. El juez ha de hallar la pena exacta que le corresponde a la culpabilidad del reo.

4. Teoría de la culpabilidad como límite máximo de la pena. Sostenida por SCHUNEMANN, y por LUZÓN PEÑA en España.

Cualquiera de estas teorías tiene cabida en el Código Penal de 1995, a excepción, como apunta LUZÓN PEÑA<sup>132</sup>, de la teoría del valor posicional, porque prescinde de la prevención especial (y por tanto de las circunstancias personales del sujeto) para tenerla en cuenta en la medición de la pena, incompatible, por ello, con el artículo 66 del Código Penal.

## **6. La culpabilidad en el Código Penal de 1995.**

### **6.1. Sustitución del principio de culpabilidad por otras figuras.**

Se niega por un sector de la doctrina que la culpabilidad pueda servir de límite de la pena, ofreciéndose como sustitutivos el principio de la proporcionalidad y la necesidad de pena conforme a los postulados de la llamada teoría de la prevención general positiva, que se erigen en fundamento de la imputación subjetiva.

No se nos plantea recurrir al principio de proporcionalidad porque éste sólo podría ser aplicado a la magnitud de la limitación de la pena<sup>133</sup>.

Para MIR PUIG<sup>134</sup> los presupuestos de la culpabilidad en sentido amplio que son exigibles para lo injusto (como el dolo y la culpa) se derivarían ya de la antijuridicidad. Sin embargo no sucedería lo mismo con otros aspectos del principio de culpabilidad, como el no por evidente menos fundamental del carácter personal de la pena, que impide castigar a un inocente por el hecho de otro. No basta que este hecho sea antijurídico sino que es preciso que pueda atribuirse al sujeto. Por supuesto, el injusto tampoco bastaría para fundamentar la exigencia de culpabilidad en sentido estricto. Todo esto ya justificaría el mantenimiento del principio de culpabilidad, como exigencia de atribuibilidad del hecho al sujeto como obra suya racional. Parece conveniente, por otra parte, reforzar desde este prisma la exigencia de los demás presupuestos que, aun siendo ya requeridos por el injusto, condicionan también la pertenencia objetiva y subjetiva del hecho.

ZUGALDÍA, tras criticar el principio "tradicional" de culpabilidad por no ser verificable el poder actuar de otro modo, por la imposibilidad del juicio de reproche y porque según él, la concepción tradicional de la culpabilidad "*va unida indisolublemente a la idea de la pena retributiva*"<sup>135</sup> no aboga por su supresión, sino por "*influir en la evolución del concepto de culpabilidad para llevarlo a un plano razonable y político criminalmente provechoso*"<sup>136</sup>. Así pues, para él, la culpabilidad jugaría un papel de presupuesto (no fundamento) de la

pena. Como consecuencia de esto último, la culpabilidad se convertiría en el límite de la facultad punitiva estatal y un criterio útil para limitar y graduar la acción punitiva del estado, y el fundamento de la pena sería *"su necesidad para la lucha preventiva contra el fenómeno de la criminalidad"*<sup>137</sup>. Lo que la mayoría de la doctrina considera logros, conquistas del principio de culpabilidad son para ZUGALDÍA ESPINAR logros de la prevención. *"Sin duda alguna, en nuestro Código Penal se ha optado por sacrificar a la culpabilidad en aras de la prevención general. Solo consideraciones de tipo preventivo pudieron determinar la supresión de la Base 7ª del artículo 1º del Proyecto de 4 de julio de 1961 para la revisión del Código Penal por estimar la ponencia que "es muy discutible...que sea conveniente la supresión tajante del principio versari in re illicita". No debe extrañar, pues, que la culpabilidad aparezca en una situación especialmente anómala, a todas luces "incomoda": la culpabilidad ha sido domesticada en servicio de la prevención"*<sup>138</sup>. *Que tal cosa ocurra en un Código que pretende ser un "acervo de cultura" no ha podido por menos que redundar en detrimento y desprestigio de la idea de culpabilidad.*<sup>139</sup> A pesar de lo anterior, este autor considera que *"la crisis de la idea de culpabilidad no supone, en modo alguno, una crisis de las consecuencias que entraña el principio de "no hay pena sin culpabilidad". Nadie sostiene, efectivamente, que se deban imponer penas a los inimputables, que se deba sancionar a quienes producen fortuitamente un resultado antijurídico que deban ser penados los comportamientos realizados en unas circunstancias tales en las que no era exigible al sujeto comportarse con arreglo a la norma."*<sup>140</sup>

La sustitución de la culpabilidad por la prevención debería garantizar dar adecuada respuesta a los tres ámbitos en que el principio de culpabilidad opera: como fundamento de la pena, como límite de la pena, y consecuencias del principio de culpabilidad.

**a). Fundamento de la pena.** El fundamento de la pena, para GIMBERNAT estaría en primer lugar sobre la base del valor del bien jurídico protegido, en segundo lugar estableciendo una ulterior distinción y castigando con mayor severidad -o únicamente- la lesión dolosa de un bien jurídico que la culposa del mismo bien<sup>141</sup>. SCHUNEMANN considera que *"las exigencias de prevención general pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena, pero no su defendibilidad en términos axiológicos. En el Estado, el fin no justifica los medios sino que la imposición de la pena criminal precisa de una legitimación especial atendiendo a la dignidad humana del ciudadano individual."* Añade además que sólo el principio de culpabiliza puede evitar que también que el Estado, en interés de una protección preventiva de bienes jurídicos, llegue a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los cuales no se le puede dirigir ningún reproche penal<sup>142</sup>.

**b). Límite de la pena.** GIMBERNAT, que como ya he expuesto, aboga por la supresión del principio de culpabilidad, intenta justificar la pena y las consecuencias que entraña el antedicho principio con base en exigencias de la prevención general y especial, desde la óptica exclusivamente preventista.

Para GRACIA MARTÍN<sup>143</sup> la teoría de GIMBERNAT, en el fondo, es también una teoría de la proporcionalidad. *"La pena, en la teoría de GIMBERNAT, ha de ser*

proporcionada a su utilidad social y, a su vez, el grado de utilidad social con respecto al que la pena ha de ser proporcionada debe medirse en función del grado de sufrimiento que supondría la pena para determinados delinquentes...grado de sufrimiento que habría que poner en relación con el provecho social obtenido para decidir si esa pena es o no racional y, por tanto, proporcionada".

Según PEREZ MANZANO<sup>144</sup> "el criterio preventivo conlleva una determinación de los límites de la punibilidad distinta a la que se consigue con la culpabilidad, de modo que no se puede argumentar convincentemente que el principio de necesidad preventiva de pena pueda sustituir al principio de culpabilidad, tanto en sus funciones dogmáticas como en su función de subjetivización de la responsabilidad. Además que es un criterio vago e indeterminado, que permite que las argumentaciones fundadas en él conduzcan hacia distintos objetivos; y de que suponen una generalización de la responsabilidad penal, ya que las necesidades de prevención general o especial no dependen de la contribución del sujeto al hecho, sino de la valoración de cuestiones ajenas a él; por ello, no sirve para cumplir la función de individualización de la responsabilidad penal"

### **c). Consecuencias del principio de culpabilidad:**

**1. Exclusión de la responsabilidad por el resultado.** Según GIMBERNAT, "argumentando únicamente con el criterio de que la pena, por el sufrimiento que supone para sujetos cuya capacidad de autodeterminación ignoramos, sólo puede ser empleada por el Estado cuando esté en situación de explicar su "necesidad" para la convivencia social, se llega también a la conclusión de que la responsabilidad por el resultado debe estar también excluida del campo del Derecho penal"<sup>145</sup>.

Que la pena solamente puede imponerse si entre el sujeto y el resultado media un nexo psicológico concretado en dolo o culpa. Esta exigencia queda salvada por la mención expresa de exigencia de dolo o imprudencia para la pena, si bien no es consecuencia de la sustitución del principio de culpabilidad por necesidades preventivas.

Que la pena se impone individualmente al sujeto imputable que realiza el acto (excluyéndose la responsabilidad por razón de parentesco o dependencia e inimputabilidad) y que la pena solamente puede imponerse a una persona física. Esta exigencia, como señala MIR PUIG, solamente puede mantenerse si a su vez se mantiene el principio de culpabilidad y argumenta que "no basta con que un hecho sea antijurídico sino que es preciso que pueda atribuirse al sujeto. Por supuesto, el injusto tampoco bastaría para fundamentar la culpabilidad en sentido estricto. Todo esto ya justificaría el mantenimiento del principio de culpabilidad como exigencia de atribuibilidad del hecho al sujeto como obra suya racional"<sup>146</sup>.

**1.1. La no aplicación del principio *versari in re illicita*** GIMBERNAT no da una respuesta satisfactoria a este principio, al prescindir del principio de culpabilidad. En relación con la responsabilidad por el resultado había manifestado que "sería un abuso del derecho penal subjetivo reprimir las lesiones de bienes jurídicos causadas por acciones peligrosas en cuya ejecución

se ha observado el deber de diligencia"<sup>147</sup>. Pero actualmente nada dice con respecto a aquellos resultados no queridos, ni previstos, ni previsibles que tienen su origen en una conducta ilícita. Es más, como señala PEREZ MANZANO "el principio del *versari in re illicita* puede demostrarse preventivamente más eficaz en la medida en que la pena puede intentar inhibir la conducta base peligrosa"<sup>148</sup>. De hecho GIMBERNAT, prescindiendo de exigencias culpabilistas había escrito que "el caso fortuito que no tiene arranque lícito no exime de responsabilidad...no existe ni un solo precepto en el que el Código Penal conceda eficacia al caso fortuito con arranque ilícito y por ello no es posible inferir de la ley positiva -análogamente a como lo hizo el RG con el estado de necesidad supralegal- un principio de carácter general en este sentido; en cambio existen en el Código Penal muchas disposiciones en que se consagra el principio del *versari*"<sup>149</sup>. Así llegamos a la conclusión de que prescindiendo del principio de culpabilidad la prohibición del *versari* es simplemente una cuestión de legalidad, en el sentido de que su admisión no conculca ningún principio informador del Derecho Penal ni mucho menos un derecho constitucional. Si la ley lo permite es perfectamente válido.

**1.2. La eliminación de la punición en la *actio libera in causa*.** Como he puesto de relieve anteriormente es más que dudosa la inclusión de la *actio libera in causa* dentro de las consecuencias del principio de culpabilidad. Pero si se admitiera su no punición sería precisamente porque podría conculcar dicho principio, si bien las necesidades de prevención especial y general aconsejarían su mantenimiento.

**1.3. La supresión de los delitos cualificados por el resultado.** Sostiene CEREZO que "desde el punto de vista de la prevención general podría justificarse la existencia de delitos calificados por el resultado"<sup>150</sup>. GIMBERNAT acude al razonamiento de que habida cuenta que "la pena sólo puede ser empleada por el Estado cuando esté en situación de explicar su *necesidad* para la convivencia social, se llega también a la conclusión de que la responsabilidad por el resultado debe estar excluida del campo del Derecho penal"<sup>151</sup>.

**1.4. La exclusión de los delitos preterintencionales y por tanto de la atenuante de preterintencionalidad.** Desde el punto de vista de la prevención especial y general tendría sentido el mantenimiento de los delitos preterintencionales, porque así se evitarían conductas peligrosas que a la postre producen resultados no queridos. Si bien GIMBERNAT no se refiere a ello se le podría aplicar al delito preterintencional el mismo razonamiento que emplea para excluir la responsabilidad por el resultado: sería un abuso del derecho penal subjetivo. Pero qué pasa cuando existe delito, aunque el resultado desborde lo querido por el autor. De la misma manera que ocurría en el *versari*, las necesidades preventivas no nos dan una respuesta satisfactoria.

**1.5. La supresión del caso fortuito.** Para GIMBERNAT, "acudir en un caso (fortuito) así a la pena sería imponer un sufrimiento inútil -y por ello inadmisibile-"<sup>152</sup>.

**1.6. La determinación de la pena no "conforme a la gravedad del mal producido por el delito" sino, en todo caso, independientemente de que existan otros criterios, atendiendo a la "gravedad del hecho".** Sirven en este supuesto las explicaciones ofrecidas en los apartados anteriores.

**2. Principio de culpabilidad por el hecho.** Precisamente es cuando se adopta una perspectiva exclusivamente preventista cuando se puede justificar el mantenimiento de la culpabilidad de autor y la culpabilidad por conducta de vida, por cuanto desde esta concepción nada justificaría más la intervención del aparato punitivo del estado que la corrección de aquellos individuos que llevan una conducta de vida inadecuada.

**3. Graduación de las penas según se haya actuado dolosa e imprudentemente** o incluso dentro de estas categorías si se ha actuado con dolo directo, eventual, imprudencia grave o leve, penando, lógicamente más los delitos dolosos que los imprudentes. GIMBERNAT reconoce que lo que ya no aparece con tanta claridad (con respecto a la responsabilidad por el resultado) es por qué la imprudencia se ha de castigar con menos rigor que el dolo<sup>153</sup>. Considera que "si la justificación de la pena es su necesidad, su idoneidad para lograr una vida social soportable, castigar lo mismo el homicidio imprudente que el doloso sería un abuso de la potestad penal, ya que dada la estructura del delito imprudente, con la elevación de la pena no se conseguiría una disminución de muertes culposas; desde un punto de vista social, el aumento de sufrimiento de los delincuentes imprudentes sería inútil"<sup>154</sup>. Como ha expresado ROXIN "ni siquiera es posible fundamentar claramente con razones preventivas el castigo más severo del hecho doloso frente al culposo. Pues el que actúa continuamente de modo descuidado puede ser más peligroso que el autor de un hecho doloso; y si se piensa en los miles de muertos en accidentes de tráfico, se considerará la intimidación contra comportamientos imprudentes por lo menos tan importante como la represión de hechos dolosos"<sup>155</sup>. CEREZO se manifiesta en la misma línea<sup>156</sup>.

**4. Error de prohibición.** Para GIMBERNAT la pena para los que actúan bajo error de prohibición "carece de sentido; no puede cumplir la misión para la que ha sido destinado...cuando el que ha delinquido ni ha despreciado el efecto inhibitorio de la prohibición (que no conocía), ni necesita que vigoricen una voluntad (la de actuar conforme a Derecho) que es precisamente la que tenía al realizar los hechos que él estimó perfectamente jurídicos."<sup>157</sup>. Tampoco es justificable la imposición de la pena desde el punto de vista de la prevención general porque "que la pena no se imponga a los ignorantes es algo que no disminuye en nada el efecto inhibitorio de la pena frente a los que no son ignorantes"<sup>158</sup>.

Pero como ha señalado CEREZO también es defendible el principio del error iuris nocet desde la óptica de la prevención especial<sup>159</sup>.

**5. Exclusión de la culpabilidad en los inimputables.** GIMBERNAT argumenta que no puede admitirse que se repriman con una pena los delitos cometidos por los inimputables porque "desde el punto de vista del

mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales o a los menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario; pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. El sujeto normal distingue muy bien esos dos grupos de inimputables -tal vez el progreso de las ciencias empíricas pueda segregar en el futuro ulteriores grupos de los "normales"- sabe que pertenece a otro grupo, y que a él sí que se le va a castigar si realiza un tipo penal; por ello, en referencia a los sujetos "imputables" las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los "inimputables" queden exentos de responsabilidad criminal"<sup>160</sup>.

No pretendo intentar desmontar la teoría de GIMBERNAT. Me permito tan solo una observación: aquí GIMBERNAT dedica más tiempo a justificar el porqué los "normales" entiende que no se pene a los inimputables, que a justificar que a éstos no se les deba imponer la pena, lo cual solo argumenta que deba ser así porque es "intolerable, abusivo e innecesario", pero sin decir cuál es el fundamento de su no punición. ROXIN nos aclara que "cuando, por ejemplo, se deja impune a un enfermo mental no es preciso hacerlo por falta de culpabilidad, sino que cabe alegar que una pena en tales casos es inútil desde la perspectiva preventiva. No es obligada desde la perspectiva preventivo-general porque el ciudadano mentalmente sano no va a tomar como ejemplo a un enfermo mental y no se dejará motivar a través de él a la realización de actos punibles; y es equivocada desde la óptica preventivo-especial, porque un enfermo mental no puede ser corregido a través de la pena, sino en todo caso, mediante el internamiento en un hospital psiquiátrico"<sup>161</sup>.

**6. Proscripción de los delitos de sospecha.** La eliminación de los delitos de sospecha únicamente puede explicarse con base en tres argumentos: porque infringen el principio de culpabilidad o porque infringen el principio de presunción de inocencia o porque infringen ambos al mismo tiempo<sup>162</sup>. Sin embargo el único argumento que puede llevar a mantener su punición es la necesidad de prevención general. Por lo que también en este caso el principio de culpabilidad limitaría más el poder punitivo del Estado que las exigencias preventivas.

**7. Eliminación de la reincidencia.** A pesar del discutido fundamento de la reincidencia tanto el mantenimiento de la reincidencia como su supresión podrían ser justificables desde el punto de vista de la culpabilidad, como ha ocurrido en Alemania. Así hay autores que abogan por su mantenimiento porque supone una mayor culpabilidad, mientras que para otros hay una menor culpabilidad, porque se da en los reincidentes un menor efecto inhibitorio de la norma. Pero lo que resulta incuestionable es que si se prescinde de la culpabilidad y se acude únicamente a las exigencias de la prevención (ya sea general o especial) no se puede dejar de aumentar la pena al reincidente.

**8. No punición o menor punición del autor por convicción.** GIMBERNAT se ha declarado en favor de la no punición de los llamados "autores de conciencia" cuando no estén en juego bienes jurídicos esenciales como la vida o la integridad física. Sin embargo entiendo que no es posible fundamentar la



menor punibilidad del autor por convicción sino es desde la óptica de un Derecho penal de la culpabilidad. Al contrario, si se adopta un Derecho penal preventista, la punición del autor por convicción aparece como necesaria, es más, como inexcusable, puesto que es la única manera de garantizar que la pena cumpla con su efecto inhibitor de conductas contrarias a la norma penal.

**9. El encubrimiento entre parientes.** Resulta difícil encontrar fundamento a la no punición del encubrimiento entre parientes si se prescinde de la *no exigibilidad de otra conducta* y de la *capacidad de obrar*, como hace GIMBERNAT. Es más, prescindiendo de estos conceptos y teniendo en cuenta únicamente la prevención general, sería conveniente su punición, porque en nada se diferenciaría el encubridor pariente del encubridor no pariente.

**10. Estado de necesidad exculpante.** ROXIN<sup>163</sup> considera que estas regulaciones pueden ser explicadas fácilmente sobre la base de consideraciones preventivas: "la situación que presupone un estado de necesidad exculpante no resulta planificable por el sujeto que actúa en esta situación, tiene un carácter muy excepcional y además provoca la solidaridad con el autor". GIMBERNAT, por su parte no tiene necesidad de acudir a las necesidades preventivas para justificar el estado de necesidad "*por conflicto entre bienes equivalentes*" por no ser una causa de exculpación, sino una causa de exclusión de la antijuridicidad<sup>164</sup>. Considera que el Estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales es una causa de justificación porque el Derecho renuncia ahí a una pena, no porque ésta sea inidónea para combatir el hecho cometido en estado de necesidad sino porque no quiere combatir ese comportamiento"<sup>165</sup>. Afortunadamente GIMBERNAT lo considera una causa de justificación porque no puede asegurarse que no sea necesaria la aplicación de la pena en estos supuestos, desde una perspectiva preventista<sup>166</sup>.

**11. Miedo insuperable.** GIMBERNAT, al igual que en el apartado anterior, no tiene necesidad de acudir en este punto a la prevención general ni especial porque considera el miedo insuperable como una causa de justificación y no como una renuncia del legislador a penar ciertas conductas. De todas formas, como apuntan COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN "si los términos *dolosos o culposos* se entendieran en su sentido más propio, al no contenerse en ellos una referencia a la exigibilidad no provocaría la consecuencia de que la conducta dejase de poder ser definida como delito"<sup>167</sup>. Por ello, en el caso de que se considere, como lo hace la doctrina mayoritaria, que el miedo insuperable no es una causa de justificación, únicamente tendría sentido su no punición acudiendo al principio de culpabilidad, y no a necesidades de prevención especial o general.

De lo anterior se llega a la conclusión de que:

1. Fundamentando todo lo anterior en necesidades de prevención especial y general se amplía el poder punitivo del estado.
2. En los argumentos adoptados desde el punto de vista de la prevención general y especial hay algo de cierto, pero: las consideraciones culpabilistas y preventivistas solo conducen a la misma conclusión en casos manifiestos<sup>168</sup>. Es más, da la impresión de que primero se observan las consecuencias a que se

llegan mediante el principio de culpabilidad y después se trata de llenarlas mediante necesidades preventivas.

3. Conclusiones vagas del Derecho penal preventista. De la misma manera que se "alcanzan" las consecuencias derivadas del principio de culpabilidad, se podría llegar a otras conclusiones.

4. Lo anterior nos lleva a la adopción de una política criminal de "parches": acudiendo para fundamentar esas consecuencias ora a la conveniencia, ora a la utilidad, ora a la necesidad para la convivencia social, ora al sufrimiento que supone la pena...

5. Atendiendo únicamente a la prevención se produce una funcionalización de la persona del delincuente<sup>169</sup>. El delincuente pasa a estar al servicio de la sociedad, es un instrumento de política-criminal. La dignidad de la persona sufre un grave retroceso.

6. "Un abandono de la noción clásica de culpabilidad llevaría a una seria puesta en peligro de nuestro derecho penal, presidido por los principios del Estado de Derecho. La sustitución del concepto de culpabilidad por las exigencias de la prevención general destruiría, por tanto la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad"<sup>170</sup>.

7. El único medio que garantiza que no existan penas sin culpabilidad es el principio de culpabilidad, no las necesidades de prevención especial o de prevención general.

## **6.2. Las consecuencias del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995.**

**a) La culpabilidad como fundamento de la pena.** Que la culpabilidad en el Código Penal de 1995 es uno de los fundamentos de la pena lo reconoce el propio GIMBERNAT, cuya opinión ya hemos expuesto en el apartado 2.3. de este trabajo: "a pesar de la diversidad de opiniones realmente existentes, el Código Penal de 1995 toma posición en el artículo 20.1º, a favor de la tesis que establece el límite entre la culpabilidad y la inculpabilidad en el libre albedrío"<sup>171</sup>.

Pero no se deudce únicamente la culpabilidad como fundamento de la pena de este artículo, sino también de los artículos 20.2, 20.3, 20.5, 20.6, 14.3, 454...<sup>172</sup> y de la regulación, con los matices que se expondrán, que da el Código a las consecuencias del principio de culpabilidad que se exponen a continuación.

**b) La culpabilidad como límite de la pena.** El artículo 66 señala como factor de individualización de la pena la mayor o menor gravedad del hecho, que incide en una mayor o menor culpabilidad, según CHOCLAN MONTALVO<sup>173</sup>. Añade este autor que "el sentido del precepto no puede ser otro que la medida de la pena depende de la medida de la culpabilidad. Ciertamente el artículo 66 se refiere, impropriamente, a la gravedad del hecho como factor de individualización sólo para el caso de que no concurren circunstancias agravantes o atenuantes o cuando concurren unas y otras. Sin embargo, la medida de la culpabilidad debe regir también para el caso de concurrencia sólo de agravantes o sólo atenuantes, pues es factor que preside siempre la labor de individualización judicial de la pena cualquiera que sea el grado de

individualización legislativa." Llega a la conclusión de que "puede sostenerse que rige en nuestro Código la idea de que la medida de la culpabilidad es el límite de la pena". Todo ello sin perjuicio de que deba completarse la individualización judicial con el otro gran factor basado en las necesidades de prevención especial.

Pero no sólo se puede decir que la culpabilidad se configura en nuestro Código penal como límite de la pena del artículo 66, sino también de todas las consecuencias que, siendo acogidas por el Código Penal, se derivan del principio de culpabilidad, y que analizamos en el apartado siguiente.

**c) Consecuencias del principio de culpabilidad.** El Código Penal de 1995 no acaba de ser plenamente coherente con el principio de culpabilidad. No parece haberse llevado este principio hasta sus últimas consecuencias.

### **1. Exclusión de la responsabilidad por el resultado.**

Que la pena solamente puede imponerse a una persona física. El C.P. da cumplida exigencia a esta consecuencia, con las siguientes precisiones:

A las personas jurídicas se les pueden aplicar determinadas medidas como "consecuencias accesorias" de la acción delictiva, que no pueden considerarse penas, ni medidas de seguridad sino únicamente medidas *orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma* (artículo 129 del C.P.).

El artículo 31<sup>174</sup> es particularmente inquietante porque como señala MIR PUIG "el texto es demasiado amplio, pues literalmente no requiere ninguna acción u omisión, por parte de los directivos, órganos o representantes que guarde relación con el delito a castigar". Añade que "habrá que corregir el texto legal exigiendo que se realice, además, una conducta que de concurrir la cualidad exigida por el tipo, constituiría delito"<sup>175</sup>.

Que la pena solamente puede imponerse si entre el sujeto y el resultado media un nexo psicológico concretado en dolo o culpa. Esta exigencia se ve cumplida en el Código Penal de 1995 con el artículo 5 y el artículo 10.

Que la pena se impone individualmente al sujeto imputable que realiza el acto (excluyéndose la responsabilidad por razón de parentesco o dependencia e inimputabilidad). En este punto hay que señalar que en el Código Penal existe algún precepto que pudiera conculcar este principio, como el artículo 30<sup>176</sup>. Sorprende la redacción de este precepto, porque o uno es autor de un delito o no lo es. No ofrece muchas garantías, por ejemplo, el director de una empresa editora multinacional pueda pasar a ser autor de un delito cometido por el redactor de la sección de sucesos de un periódico local por el hecho de que no se encuentre a este redactor, ni a su director. Otra cosa será en cuanto a la responsabilidad civil, pero no en cuanto a la penal.

**1.1. La no aplicación del principio *versari in re illicita*.** El *versari in re illicita* estaba "profundamente arraigado" en nuestro Código Penal con anterioridad a la Reforma de 1983<sup>177</sup>. Esta reforma supuso, a juicio de algunos autores, la superación definitiva del *versari*, aunque quedaban dos puntos negros: la preterintencionalidad y los delitos cualificados por el resultado<sup>178</sup>. Con el Código Penal de 1995 sí se erradican definitivamente los vestigios de

este viejo principio, sin perjuicio de las consideraciones que se hagan en los apartados siguientes.

**1.2. La eliminación de la punición en la *actio libera in causa*.** El artículo 20.1, segundo párrafo del Código Penal de 1995 dispone que "*el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión*". También se exige en el art. 20.2 que el estado de intoxicación "*no haya sido buscado con el propósito de cometerlo o no se hubiese previsto o debido prever su comisión*".

BACIGALUPO<sup>179</sup> apunta algunas críticas que se pueden formular para impugnar el art. 20.1 (II) desde la óptica del principio de culpabilidad:

- es dudoso que el acto previo sea causal de la acción formalmente típica cometida en estado de incapacidad.

- que eliminar la propia capacidad de motivación no constituye todavía un acto típico.

- con esta solución se priva al inimputable de la posibilidad de desistimiento.

La única solución para salvar estas críticas, según este autor es considerar la *actio libera in causa* como una excepción de las reglas de la capacidad de culpabilidad<sup>180</sup>.

**1.3. La supresión de los delitos cualificados por el resultado.** Es cierto, como señala SILVA SANCHEZ, que "los delitos cualificados por el resultado más característicos del Código ahora derogado han desaparecido del nuevo texto (aborto con resultado de muerte, delito contra la salud pública con resultado de muerte, abandono o detención, etc.). Sin embargo, quedan algunos tipos que sin constituir delitos cualificados por el resultado en sentido estricto sí construyen su estructura sobre la base de un factor cualificante (resultado más grave) expresado en términos significativamente objetivizantes"<sup>181</sup>. Cita como ejemplos los artículos 286, 336, 352.II, 353, 357, 409.II y 418 párrafo 2º.

CEREZO, por su parte, si bien reconoce que en el nuevo Código Penal se han "pretendido suprimir los delitos calificados por el resultado y no se ha incluido, por ello, en él un precepto equivalente al del párrafo segundo del artículo 1º del viejo Código Penal. En la parte especial hay algunas figuras delictivas, sin embargo, que no pueden ser interpretadas de otro modo que como delitos calificados por el resultado"<sup>182</sup>; véanse por ejemplo los arts. 229.3, 231.2 y 417.1 párrafo segundo.

De lo anterior se deduce que la simple desaparición de la cláusula "sólo se responderá si se hubiere causado, al menos, por culpa" del art. 1 del Código Penal de 1973, no conlleva por sí la desaparición de los delitos cualificados por el resultado<sup>183</sup>.

**1.4. La exclusión de los delitos preterintencionales y por tanto de la atenuante de preterintencionalidad.** El Código Penal de 1995 suprime la atenuante de preterintencionalidad. Como ya he manifestado anteriormente (vid. supra apartado 3.3 de este trabajo, la desaparición de la atenuante de preterintencionalidad solo tendría sentido si se tiene como presupuesto que en el Código Penal se da, sin excepción, un ajuste pleno entre el elemento

subjetivo y el tipo objetivo. Lógicamente, si este presupuesto se cumple, no tiene sentido aplicar la atenuante de preterintencionalidad.

Sin embargo en el Código Penal actual no se ha cumplido este objetivo, por lo que la atenuante de preterintencionalidad no se debería haber suprimido si previamente no se ha regulado conforme al principio de culpabilidad delitos como el de lesiones de los artículos 147 y 148.

**1.5. La supresión del caso fortuito.** El art. 6 bis, b) del Código Penal de 1973, redactado conforme a la L.O. 8/83, decía que "si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible". En el Código Penal de 1995 se ha suprimido este artículo por innecesario, puesto que la exclusión de la responsabilidad penal en los supuestos de caso fortuito ya se deriva directamente de los artículos 5 y 10 del Código Penal<sup>184</sup>.

**1.6. La determinación de la pena no "conforme a la gravedad del mal producido por el delito" sino, en todo caso, independientemente de que existan otros criterios, atendiendo a la "gravedad del hecho". El artículo 66 del nuevo Código Penal establece que** *"en la aplicación de la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1. Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurran unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.(...)"*. Se da un giro a las reglas de determinación de la pena porque si bien el apartado 4º del art. 61 del Código Penal de 1973 (reformado por la Ley Orgánica 8/83) decía que *"cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado mínimo o medio"*, en la regla 7ª se recogía que *"dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito."*

Esta modificación no puede ser más que consecuencia de la eliminación de la responsabilidad por el resultado y de fidelidad al principio de culpabilidad.

**2. Principio de culpabilidad por el hecho.** Existen en nuestro Código Penal algunos preceptos que vulneran este principio, al referirse a la culpabilidad por conducta de vida, como la receptación habitual de faltas contra la propiedad (art. 299) y en el delito de ejercicio habitual de la violencia familiar (art. 153)<sup>185</sup>

**3. Graduación de las penas según se haya actuado dolosa e imprudentemente** o incluso dentro de estas categorías si se ha actuado con dolo directo, eventual, imprudencia grave o leve, penando, lógicamente más los delitos dolosos que los imprudentes. En este apartado también se exige la supresión de las presunciones de dolo. En cualquier concepción de la culpabilidad -como hemos expuesto en el apartado 3.3- se estima menos

reprochable y grave el delito culposo que el mismo delito ejecutado con don dolo, mientras que en los artículos 205, 208, 456.1 y 510.2 se equipara la perpetración dolosa y la culposa de las respectivas figuras delictivas (*"...con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad..."*)<sup>186</sup>. En el mismo sentido se expresa CONDE-PUMPIDO FERREIRO<sup>187</sup>: "el Código no respeta siempre el principio de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, al castigar en ciertos casos con la misma pena una conducta, independientemente de que se produzca por dolo o imprudencia." Cita como ejemplos los arts. 205 y 208.3º. Considera que "la equiparación de la pena en estos tres supuestos -dolo directo, dolo eventual y culpa consciente- resultaría contraria a la segunda proposición del principio de culpabilidad (la culpabilidad debe ser la medida de la pena) y al de la proporcionalidad de la pena y su adecuación a la culpabilidad del autor".

**4. Error de prohibición.** Tanto el Código Penal de 1973 como el Código Penal de 1995 recogen el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la responsabilidad, si bien ha habido un cambio en la redacción por cuanto si el texto anterior se refería a *"la creencia errónea de estar obrando lícitamente"*, el actual se refiere al *"error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal"* <sup>188</sup>. En cualquier caso, como no podía ser de otro modo, y como consecuencia del principio de culpabilidad, el error de prohibición invencible excluye la responsabilidad penal.

**5. Exclusión de la culpabilidad en los inimputables. A ello dedica el Código Penal los artículos 19, 20 apartado 1, 2 y 3<sup>189</sup>. No precisa mayor comentario por cuanto se admite comúnmente que son causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad.**

**6. Proscripción de los delitos de sospecha.** El nuevo Código Penal ha intentado limitar los delitos de sospecha. El artículo 485 del anterior Código Penal contenía la sospecha de que el autor había dado muerte al menor del que no se daba una explicación satisfactoria acerca de su desaparición. Actualmente el art. 223 prescribe que *"el que teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave"*. Se ha eliminado, por tanto la sospecha de muerte del menor, rebajando considerablemente la pena respecto del artículo 485 Código Penal de 1973 y añadiendo que los hechos pueden constituir otro delito más grave.

Esta situación del artículo 223 contrasta con la del artículo 166, en la que se mantiene dicha presunción contra reo. Efectivamente no se ha procedido de la misma manera con el art. 166. El art. 483 del Código Penal de 1973 decía que *"el reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acredite haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor"*. Se le imponía al autor pena superior a la del homicida simple (reclusión menor) y a la del autor de detención ilegal. El art. 166 establece que *"el reo de detención ilegal o secuestro que no de razón del*

*paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este Capítulo, salvo que la haya dejado en libertad".*

**7. Eliminación de la reincidencia.** Del debate en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados<sup>190</sup> se deduce que no existe para el legislador un fundamento jurídico de la reincidencia. Parece que el legislador no da importancia a este hecho, puesto que no lo menciona en ningún momento, sino que acepta que tiene un fundamento criminológico. Asume que no aumenta la gravedad del injusto, ni la culpabilidad, y, sin embargo, mantiene que el Código Penal no puede quedar al margen -"el Código Penal tenga algo que decir"- en el caso de delincuentes habituales o incluso de delitos que se cometen con frecuencia. Por ello el texto de 1995 mantiene la agravante de reincidencia, si bien limitada a la reincidencia específica.

**8. No punición o menor punición del autor por convicción.** Según CEREZO "al influir la índole de los motivos en la medida de la culpabilidad, es posible tener en cuenta, sin embargo, la motivación ética del autor por convicción en la medida de la pena, en el margen del arbitrio judicial que concede la regla 1ª del artículo 66, o aplicar por analogía y en su caso, como muy cualificada, la atenuante de arrebató u obcecación (circunstancia 66º, en relación con la 3ª, del art. 21)" <sup>191</sup>.

**9. El encubrimiento entre parientes.** El artículo 454 del Código Penal prescribe que *"están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados"*. Este precepto es de naturaleza controvertida porque aparte de poder ser causa de exculpación (por la no exigibilidad de otra conducta) puede ser considerada como simple causa personal de exclusión de la pena, porque puede aplicarse aunque los vínculos afectivos no se den<sup>192</sup>.

**10. Estado de necesidad exculpante.** Establece el artículo 20.5 que *"El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

- 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.*
  - 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.*
  - 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse".*
- Se mantiene de esta manera la misma regulación del Código Penal de 1973, con la única modificación de la desaparición del término *"impulsado"* del anterior artículo 8.7. Ya se había incluido el estado de necesidad entre bienes iguales con el Código Penal de 1944. Y si bien hubiera sido aconsejable, como pedía CEREZO regular por separado el estado de necesidad como causa de justificación y como causa de inculpabilidad<sup>193</sup>, no cabe duda de que ambos tienen acogida en nuestro Código Penal actual.

**12. Miedo insuperable.** El apartado 6 del artículo 20 establece que estará exento de responsabilidad criminal *el que obre impulsado por miedo insuperable*. En esta causa de inculpabilidad el nuevo Código Penal ha avanzado notablemente porque ahora no se exige que el mal causante del miedo fuera igual o mayor que el que se iba a sufrir de no realizar la conducta contraria a Derecho, que recogía el artículo 8 apartado 10 del Código Penal de 1973.

**13. Presunciones contrarias al principio de culpabilidad.** La legislación actual intenta eliminar presunciones contrarias al principio de culpabilidad. El Código Penal de 1995 ha eliminado la relativa a la posesión de instrumentos apropiados para cometer el delito de robo (del artículo 509 del Código Penal 73). La Ley Orgánica de Actualización del Código penal de 1989 había eliminado ya la relativa a la habitualidad en relación con el delito de receptación (art. 546 bis. b). Sin embargo siguen existiendo presunciones que podrían considerarse contrarias al principio de culpabilidad, como pueda ser la tenencia de programas para crackear: art. 270 *"Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador"*. Con respecto a este artículo hay que hacer dos precisiones:

- Sorprendentemente se castiga con la misma pena (seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses) al autor que al que ha realizado un acto preparatorio, como pueda ser la tenencia, si es que puede ser considerado como acto preparatorio.

- Se produce una objetivización, al prescindir de la finalidad de la tenencia, por lo que de la misma manera que la tenencia de instrumentos para cometer el delito de robo se ha destipificado, con más motivo la tenencia de este tipo de medios debería ser atípica. Ello por conculcar el principio de culpabilidad y por hacer lo propio con el principio de intervención mínima del Derecho Penal<sup>194</sup>.

También puede darse una presunción contraria al principio de culpabilidad en el art. 400 *"La fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, - falsificación de moneda y efectos timbrados y falsedades documentales- se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores"*.

## **7. Conclusiones: ¿Qué queda del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995?**

1. Aunque el legislador español haya querido soslayar la proclamación expresa del principio de culpabilidad, adoptando una postura sectarista, de la regulación que da el Código Penal a las eximentes -y en especial del artículo 20.1º- y del tratamiento a las consecuencias del principio de culpabilidad se deduce que esta renuncia a la proclamación expresa al principio de culpabilidad es únicamente nominal, no de contenido.



2. La fórmula del artículo 5 acaba por no satisfacer prácticamente a nadie. No agota el contenido del principio de culpabilidad. Si bien tampoco disgusta a la mayoría de la doctrina, al proclamar un principio que no es negado por nadie.
3. Las críticas vertidas contra el principio de culpabilidad no obstan para que se reconozcan una serie de logros de este principio.
4. Estos logros no pueden ser explicados o suficientemente explicados cuando se sustituye el principio de culpabilidad por otras figuras.
5. No solo se configura el principio de culpabilidad como fundamento y límite de la pena en el Código Penal de 1995 sino que además es un "principio estructural básico del Derecho Penal consagrado en la Constitución."
6. Además el principio de culpabilidad no es incompatible con los diversos fines de la pena.
7. A pesar de todo lo anterior existen en el Código Penal determinados preceptos que pueden resultar incompatibles con el principio de culpabilidad. Lo cual no nos debe extrañar, por otra parte, porque al igual que todos los logros científicos requieren tiempo y dedicación, de la misma manera las consecuencias del principio de culpabilidad deberán ser destiladas por la doctrina y una vez obtenidas, hacerle comprender a la sociedad, y por ende al legislador, de la conveniencia de adoptarlas. Cualquier avance en este sentido contribuirá a mejorar el tratamiento que merece la dignidad de la persona.
8. Por ello podemos concluir, dando respuesta a la pregunta que da título al presente trabajo que el principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995 sigue operando como fundamento y límite de la pena y como único instrumento capaz de poner coto, en beneficio de la dignidad de la persona, al poder punitivo del Estado.

## **8. Bibliografía.**

- ASÚA BATARRITA, Adela "La Reincidencia: su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX" Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1982.
- BACIGALUPO, Enrique "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?" en Revista Jurídica Española La Ley, 1982.2.
- "Principios de Derecho Penal. Parte General" 4ª Edición, 1997. Ed. Akal.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. Ariel, Barcelona, 1986.
- CEREZO en "La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal Español" en "Problemas fundamentales de Derecho Penal" Ed. Tecnos, Madrid, 1982.
- "Culpabilidad y pena" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980.
- "Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito/1" Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 5ª Ed.
- "Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito/2" Ed. Tecnos, Madrid, 1994, 5ª Ed.
- "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000.
- "Consideraciones político-criminales sobre el borrador de anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990" en "Presupuestos para la reforma penal 1" Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de La Laguna, 1992.

"El versari in re illicita en el Código Penal español" en "Problemas fundamentales de Derecho Penal" Ed. Tecnos, Madrid, 1982.

"Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad" en Revista Jurídica Española La Ley 1988.1.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio "La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad" en Revista Jurídica Española La Ley, 1993-6 D-346.

COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN "Definición del delito y falta" en "Comentarios a la Legislación Penal" Tomo V. "La Reforma del Código Penal de 1983". Vol. 1º. EDESA, Madrid, 1985.

"Derecho Penal. Parte General" Ed. Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia 1996.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO "Código Penal: doctrina y jurisprudencia" Ed. Trivium, 1997.

CORDOBA RODA, "Culpabilidad y pena", Ed. Bosch, Barcelona, 1977.

CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO "Comentarios al Código Penal", Ed. Ariel, 1972.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín "La influencia de la teología en el Derecho Penal de la culpabilidad" en "Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro homenaje al profesor Antonio Beristain" Ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989.

"El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1986.

GARCÍA ARAN, Mercedes "Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995". Ed. Aranzadi, 1997.

GARCÍA PEREZ, Octavio "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 Código Penal" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1993, T. II.

GARZÓN REAL, Baltasar y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: "Reincidencia y Constitución" en Actualidad Penal, num 1, 1991.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique Prólogos a la 2ª y 3ª edición del Código Penal de la Editorial Tecnos.

"El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990.

"Prólogo al libro de Antonio Cuerda: La colisión de deberes en Derecho Penal" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990.

"El sistema de Derecho penal en la actualidad", en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990.

GONZÁLEZ RUS, Juan José "Teoría de la pena y Constitución" en "Estudios penales y criminológicos" T. VII. Universidad de Santiago de Compostela, 1984.

GONZÁLEZ-CUELLAR en "Comentarios a la legislación penal" Tomo V, Vol 1º, EDESA, Madrid, 1985.

GRACIA MARTÍN, Luis "Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española" en Actualidad Penal 1993.2.

JAKOBS "El principio de culpabilidad" en "Estudios de Derecho Penal". UAM ediciones. Editorial Civitas. Madrid, 1997.

- LUZÓN PEÑA, "Culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995". en "75 Años de Código Penal" Edgardo Alberto DONNA (comp.) Ed. de la Universidad de Chile.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis "Comentarios al Anteproyecto de Código Penal de 1992 (II)" en Actualidad Penal, 1992-1, XXIII.
- MARTÍNEZ DE ZAMORA "La reincidencia" Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.
- MIR PUIG "Manual de Derecho Penal. Parte General." Ed. PPU, 4ª edición.
- "La reincidencia en el Código Penal" Ed. Bosch, Barcelona, 1974.
- "El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho" Ed. Ariel, 1994.
- "Comentarios al Capítulo Primero del Título Primero del Libro Primero del nuevo Código Penal" en Revista Jurídica de Cataluña, 1997 (II).
- MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN "Manual de Derecho Penal. Parte General." Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes "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, 1986.
- QUINTERO OLIVARES, "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. Aranzadi, 2000.
- QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS "Comentarios al nuevo Código Penal" Ed. Aranzadi, 1996.
- QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE, Francisco "La Reforma Penal de 1983" Ediciones Destino, Barcelona, 1983.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel "Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España" en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 5, 1995.
- RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ "Derecho penal Español Parte General" Ed. Dikynson 1990.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo "Comentarios al Código Penal" Ed. Cívitas, 1997.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis y otros "Códigos Penales Españoles: recopilación y concordancias". Ed. AKAL, 1988.
- ROMEO CASABONA "El anteproyecto de Código Penal de 1992" en "Presupuestos para la reforma penal 1" Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de La Laguna, 1992.
- ROXIN, Claus "Que queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal" en "El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversarios" (Bern SCHÜNEMANN, comp.) Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- SCHÜNEMANN, Bernd "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo""El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversarios" Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- SERRANO GÓMEZ "La reincidencia en el Código penal", Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, 1976.

SERRANO MAÍLLO, "Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena" Ed. Dikynson, Madrid, 1995.

SILVA SANCHEZ, Jesús M<sup>a</sup> "El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales". Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "Comentarios al Código Penal" Dir. Manuel Cobo del Rosal. EDERSA, 1999.

VIVES ANTÓN, Tomás (coord.) "Comentarios al Código Penal de 1995" Ed. Tirant lo Blanch, 199<sup>6</sup>.

WELZEL, "El nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista" Ed. Ariel, 1964.

ZUGALDÍA ESPINAR "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad" en "Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca." Ed. de la universidad de Salamanca, 1982.

"Diatriba del nuevo Código Penal" en Revista Jurídica Española La Ley, 1996-3, D-183.

Autor: Luis Belestá Segura <[belesta@icab.es](mailto:belesta@icab.es)>

---

<sup>1</sup> "CP: doctrina y jurisprudencia" Ed. Trivium, 1997, p. 353.

<sup>2</sup> QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS "Comentarios al nuevo Código Penal" Ed. Aranzadi, 1996, p. 57.

<sup>3</sup> Textos legislativos extraídos de "Códigos Penales Españoles: recopilación y concordancias" RODRIGUEZ RAMOS, Luis y otros. Ed. AKAL, 1988.

<sup>4</sup> V. BACIGALUPO, Enrique "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?" en Revista Jurídica Española La Ley, 1982.2 p.938.

<sup>5</sup> V. QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE, Francisco "La Reforma Penal de 1983" Ediciones Destino, Barcelona, 1983, p. 27.

<sup>6</sup> Enmienda nº 221, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 6/3/1995.

<sup>7</sup> Enmienda nº 884, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 6/3/1995.

<sup>8</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales de 22/5/95.

<sup>9</sup> Diario de Sesiones del Congreso de 10/5/95.

<sup>10</sup> Diario de Sesiones del Congreso de 10/5/95.

<sup>11</sup> Diario de Sesiones del Congreso de 22/6/95.

<sup>12</sup> V. SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "Comentarios al Código Penal" Dir. Manuel Cobo del Rosal. EDERSA, 1999. p.

<sup>13</sup> V. "Consideraciones político-criminales sobre el borrador de anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990" en "Presupuestos para la reforma Penal" ROMEO CASABONA (coord) Universidad de la Laguna, 1992.

<sup>14</sup> "Los redactores legales se han visto influidos por un sector minoritario de la doctrina española que rechaza la culpabilidad como secuencia de enjuiciamiento en la teoría del delito y que, por consiguiente, la pena no debe hallar su fundamento y límites en la culpabilidad, sino en las exigencias de prevención general y especial". "Comentarios al nuevo Código Penal" Ed. Aranzadi, 1996 p. 58.

<sup>15</sup> "La renuncia a un reconocimiento expreso del principio de culpabilidad en sentido estricto...se debe, sin duda, como ha puesto de relieve CEREZO MIR, a que un minoritario pero muy cualificado sector de la doctrina española, considera, a partir de las investigaciones y criterios que GIMBERNAT ORDEIG

viene desarrollando desde principios de los años setenta, que debe renunciarse a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena y que esta se justifica únicamente en las exigencias de la prevención general y la de la prevención especial". GRACIA MARTÍN, Luis "Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española" en *Actualidad Penal* 1993.2, p. 552.

<sup>16</sup> V. CONDE-PUMPIDO FERREIRO "Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia" Ed. Trivium, 1997 p. 355.

<sup>17</sup> V. LUZÓN PEÑA, "Culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995". en "75 Años de Código Penal" Ed. de la Universidad de Chile p.313.

<sup>18</sup> Sectarismo que considera este autor que se produce pero al contrario del hasta ahora expuesto, por entender que el Código Penal sí acoge el principio de culpabilidad.

<sup>19</sup> V. GIMBERNAT ORDEIG Prólogo a la 2ª edición del Código Penal de la Editorial Tecnos. En el mismo sentido ZUGALDÍA ESPINAR "Diatriba del nuevo Código Penal" en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1996-3, D-183, pp. 1334 ss.

<sup>20</sup> Ejemplos citados por GIMBERNAT en Prólogo a la 2ª edición del Código Penal de la Editorial Tecnos.

<sup>21</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG en Prólogo a la 3ª edición del Código Penal de la Editorial Tecnos.

<sup>22</sup> V. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo "Comentarios al Código Penal" Ed. Cívitas, 1997, p. 39.

<sup>23</sup> V. VIVES ANTÓN, Tomás (coord.) "Comentarios al Código Penal de 1995" Ed. Tirant lo Blanch, 1996, p. 60.

<sup>24</sup> "Si lo que se quiere expresar en el artículo 5 Código Penal es el principio de culpabilidad la cláusula es incorrecta, pues puede ocurrir que se produzca una conducta dolosa o imprudente y que no concurra culpabilidad". QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS "Comentarios al nuevo Código Penal" Ed. Aranzadi, 1996, p. 57.

<sup>25</sup> Este autor, recogiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1991 dice que reducir el principio de culpabilidad a la exigencia de dolo o culpa, como si éste fuera todo el contenido del mismo, comporta una mutilación muy importante de su alcance. V. CHOCLAN MONTALVO, José Antonio "La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad" en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1993-6 D-346.

<sup>26</sup> "En el transcurso de esta sustitución la esencia de la culpabilidad -la exigibilidad- se ha perdido por el camino...Nos parece dudoso que el temor al uso de una palabra pueda justificar las consecuencias indeseables que derivan de su sustitución por otras de contenido más pobre" COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN "Definición del delito y falta" en "Comentarios a la Legislación Penal" Tomo V. "La Reforma del Código Penal de 1983". Vol. 1º. EDESA, Madrid, 1985, p. 29.

<sup>27</sup> "Con la fórmula "no hay pena sin dolo o imprudencia" se quiere excluir únicamente la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por el resultado y soslayar la proclamación del principio de culpabilidad según el cual la culpabilidad es el fundamento y límite de la pena" CEREZO MIR, "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000, p. 16.

<sup>28</sup> V. SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "Comentarios al Código Penal" Dir. Manuel Cobo del Rosal. EDESA, 1999, p. 175.

<sup>29</sup> V. GRACIA MARTÍN, Luis "Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española" en *Actualidad Penal* 1993.2, p. 551.

<sup>30</sup> GIMBERNAT ORDEIG en Prólogo a la 2ª edición del Código Penal de la Editorial Tecnos.

<sup>31</sup> MIR PUIG, Santiago "El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho" Ed. Ariel, 1994, p. 172.

<sup>32</sup> Cfr. GARCÍA ARAN, Mercedes "Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995". Ed. Aranzadi, 1997., p. 68.

<sup>33</sup> GARCÍA ARAN, Mercedes "Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995". Ed. Aranzadi, 1997. pp. 71-72.

<sup>34</sup> V. QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE, Francisco "La Reforma Penal de 1983" Ediciones Destino, Barcelona, 1983, p. 28., CEREZO MIR "Culpabilidad y pena" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, p. 347.

<sup>35</sup> ZUGALDÍA considera, a mi juicio equivocadamente, que "se ha producido una amplia trasposición de conceptos estrictamente morales -pseudorreligiosos más bien- al campo del Derecho Penal", "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad" en "Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca." Ed. de la universidad de Salamanca, 1982, p.571.

<sup>36</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín "La influencia de la teología en el Derecho Penal de la culpabilidad" en "Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro homenaje al profesor Antonio Beristain" Ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989 (p. 484). V. también "El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986 p.849.

<sup>37</sup> Para CEREZO "la culpabilidad jurídica no coincide plenamente con la culpabilidad moral. Se trata de dos conceptos enraizados en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, capaz de autodeterminación conforme a sentido, pero que no coinciden plenamente en su contenido. La culpabilidad jurídica no supone siempre una culpabilidad ética (y no solamente en los supuestos excepcionales del derecho injusto y del autor por convicción. Se trata de dos conceptos intimamente relacionados, sin embargo, pues la prueba, en los aspectos parciales en que es posible, de la incapacidad de obrar de otro modo excluye no solo la culpabilidad moral, sino la culpabilidad jurídica." en "Culpabilidad y pena, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1980, p. 383.

<sup>38</sup> Lejos quedan ya los tiempos en que Alfonso de Castro (1495-1558) identificaba delito con pecado (citado por CUELLO CONTRERAS, op. cit. p. 485).

<sup>39</sup> Aunque ZUGALDÍA ESPINAR pretenda prácticamente identificar la culpabilidad jurídica con la moral: "Los campos del pecado y del delito, de la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica, si bien no del todo, se deslindan. Pero el planteamiento general sigue siendo el mismo: el delito es un mal acto de un hombre que, en cuanto pudo optar por el bien y no lo hizo debe expiar mediante la retribución del mal de la pena. Ésta seguirá encontrando su fundamento y su medida en la culpabilidad jurídica (¿moral?) del sujeto. La pena seguirá siendo retribución de una culpabilidad constituida en fundamento y medida de dicha retribución" en "Acerca de la evolución del concepto de

culpabilidad" en "Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca." Ed. de la universidad de Salamanca, 1982, p.572.

<sup>40</sup> Excluyo expresamente el término "punible" por ser las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias escasas en nuestro Código, por lo que no puede deducirse que constituyan elementos esenciales del delito. Cfr. CEREZO MIR, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito/1" Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 5ª Ed. p. 20.

<sup>41</sup> JAKOBS considera "que la función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío; ni siquiera depende de que tenga sentido plantear esta cuestión. La culpabilidad es la falta de fidelidad al Derecho manifestada...la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la libertad de voluntad, con el libre albedrío, sino con la libertad de autoadministrarse, esto es, de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios" en "El principio de culpabilidad" en "Estudios de Derecho Penal". UAM ediciones. Editorial Civitas. Madrid, 1997., p. 392.

<sup>42</sup> "En contraste fundamental con el animal, el hombre se caracteriza negativamente por una gran libertad de las formas innatas e instintivas de conducta y positivamente por la capacidad y la tarea de descubrir y realizar por sí mismo la conducta correcta por medio de actos inteligentes" WELZEL, "El nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista" Ed. Ariel, 1964, p. 87.

<sup>43</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. Aranzadi, 2000, p. 403.

<sup>44</sup> En el mismo sentido RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ "Derecho penal Español Parte General" Ed. Dikynson 1990, pp. 434-435.

<sup>45</sup> HENKEL, citado por CEREZO MIR, "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000, P. 35.

<sup>46</sup> De todas formas existen muchos elementos en Derecho Penal que no pueden ser "empíricamente probados" como puede ser la efectiva influencia del alcohol sobre la conducción, o el dolo eventual, o el animus necandi...pero sí se pueden deducir de determinados comportamientos.

<sup>47</sup> V. MIR PUIG, "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena" en "El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho" Ed. Ariel, 1994, p.171. Igualmente QUINTERO OLIVARES, "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. Aranzadi, 2000. p. 415, ZUGALDÍA ESPINAR "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad" en "Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca." Ed. de la universidad de Salamanca, 1982, p.571.

<sup>48</sup> Op. cit. p 415.

<sup>49</sup> V. ROXIN, Claus "Que queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, p. 671.

<sup>50</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. Aranzadi, 2000, p. 393.

<sup>51</sup> QUINTERO OLIVARES op. cit. pp. 393-394.

<sup>52</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.144.

<sup>53</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.144-145.

- <sup>54</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.148.
- <sup>55</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.148-149.
- <sup>56</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.151.
- <sup>57</sup> V. SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "Comentarios al Código Penal" Dir. Manuel Cobo del Rosal. EDESA, 1999. p. 176
- <sup>58</sup> V. CORDOBA RODA, "Culpabilidad y pena", Ed. Bosch, Barcelona, 1977., p. 18. MIR PUIG, "Problemas básicos de la teoría del delito" en "El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho" Ed. Ariel, 1994, p. 175.
- <sup>59</sup> V. ROXIN, Claus "Que queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, p. 673.
- <sup>60</sup> V. CORDOBA RODA, "Culpabilidad y pena", Ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 19.
- <sup>61</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes "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, 1986, p. 56.
- <sup>62</sup> V. MIR PUIG, "Problemas básicos de la teoría del delito" en "El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho" Ed. Ariel, 1994, p.
- <sup>63</sup> Cfr. MIR PUIG "Manual de Derecho Penal. Parte General." Ed. PPU, 4ª edición, p. 95.
- <sup>64</sup> V. CEREZO MIR, José "El versari in re illicita en el Código Penal español" en "Problemas fundamentales de Derecho Penal" Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 60.
- <sup>65</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "Comentarios al Código Penal" Dir. Manuel Cobo del Rosal. EDESA, 1999. p. 168.
- <sup>66</sup> RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel "Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España" en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 5, 1995. p. 868.
- <sup>67</sup> Cfr. CEREZO MIR, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito/1" Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 5ª Ed. p. 63. También MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN consideran que la *actio libera in causa* constituye una excepción al principio de culpabilidad. "Manual de Derecho Penal. Parte General." Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 422. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON no consideran que las acciones *liberae in causa* sean una excepción al principio de culpabilidad, por cuanto ya se ha iniciado la ejecución del delito en el momento en que se colocan voluntariamente en la situación de inimputabilidad. "Derecho Penal. Parte General" Ed. Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia 1996, p. 546, especialmente nota 10.
- <sup>68</sup> RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ "Derecho penal Español Parte General" Ed. Dikynson 1990, p. 441.
- <sup>69</sup> V. por todos, CEREZO MIR, "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000, pp. 17 a 19. En la nota 18 de la p. 18 recoge la opinión de CUELLO CONTRERAS y CARDENAL MURILLO en contra de la supresión de estos delitos.
- <sup>70</sup> La preterintencionalidad es también expresión del versari, si bien por razones metodológicas prefiero tratarla separadamente. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús Mª



"El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales" p. 119 y , CEREZO MIR, "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000 p. 119.

<sup>71</sup> Cfr. CORDOBA RODA, "Culpabilidad y pena", Ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 19.

<sup>72</sup> V. CEREZO MIR, José "Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad" en Revista Jurídica Española La Ley 1988.1 p. 1015.

<sup>73</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "Comentarios al Código Penal" Dir. Manuel Cobo del Rosal. EDESA, 1999. pp. 205-206.

<sup>74</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO "Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia" Ed. Trivium, 1997, p. 357.

<sup>75</sup> V. MIR PUIG, "Problemas básicos de la teoría del delito" en "El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho" Ed. Ariel, 1994, p. 175

<sup>76</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique "Principios de Derecho Penal. Parte General" 4ª Edición, 1997. Ed. Akal., p. 229.

<sup>77</sup> V. CEREZO MIR, José "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000., p. 41.

<sup>78</sup> SCHUNEMANN, Bernd "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo""El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario" (Bern SCHÜNEMANN, comp.) Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

<sup>79</sup> V. RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel "Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España" en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 5, 1995, p. 869.

<sup>80</sup> V. ROXIN, Claus "Que queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, p. 674. Igualmente JAKOBS: "De acuerdo con el Derecho vigente en la actualidad todo error inevitable acerca de la norma excluye la culpabilidad. Esta disposición ha sido alabada como triunfo del principio de culpabilidad" en "El principio de culpabilidad" en "Estudios de Derecho Penal". UAM ediciones. Editorial Civitas. Madrid, 1997., p. 374.

<sup>81</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique "Principios de Derecho Penal. Parte General" 4ª Edición, 1997. Ed. Akal., p. 314.

<sup>82</sup> V. CEREZO MIR, "La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal Español" en "Problemas fundamentales de Derecho Penal" Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 74.

<sup>83</sup> RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ "Derecho penal Español Parte General" Ed. Dikynson 1990.

<sup>84</sup> V. GARCÍA PEREZ, Octavio "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 Código Penal" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1993, T. II, p. 637.

<sup>85</sup> "Consideraciones político-criminales sobre el Borrador de anteproyecto de Código penal Parte General de octubre de 1990". En "Presupuestos para la Reforma Penal" Universidad de La Laguna, 1992.

<sup>86</sup> V. ROMEO CASABONA "El anteproyecto de Código Penal de 1992" en "Presupuestos para la reforma penal 1" Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de La Laguna, 1992. p. 19.

<sup>87</sup> V. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis "Comentarios al Anteproyecto de Código Penal de 1992 (II)" en Actualidad Penal, 1992-1, XXIII, p. 222.

<sup>88</sup> V. SERRANO GÓMEZ "La reincidencia en el Código penal", Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, 1976,p. 75. Aunque este autor ha manifestado "in voce" (16/6/00) que se muestra abiertamente a favor de la eliminación de la reincidencia, no suponiendo esta circunstancia mayor culpabilidad ni mayor peligrosidad y existiendo suficientes mecanismos en el Código Penal español para tratar adecuadamente al delincuente reincidente.

<sup>89</sup> En cuanto al fundamento que MARTÍNEZ DE ZAMORA da a la reincidencia no resulta sencillo deducirlo de su monografía("La reincidencia" Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971). MIR PUIG en "La reincidencia en el Código Penal" Ed. Bosch, Barcelona, 1974., tras dedicar seis páginas al estudio del fundamento de la reincidencia en este autor, concluye que para él "la reincidencia aumenta la culpabilidad, por no haber empleado el sujeto la mayor energía para evitar el nuevo delito que exigían el sentido informativo e inhibitor de la anterior condena, la posibilidad del recuerdo de ello y el estímulo actual que supone la nueva infracción. El sentido informativo de la anterior condena consiste en la aportación al condenado de un mayor conocimiento de la significación antijurídica del obrar contra derecho, mientras que su sentido inhibitor debe buscarse en el temor o intimidación que la condena supone para éste". Hay que agradecer a MIR PUIG el trabajo interpretativo de la postura de MARTÍNEZ DE ZAMORA, si bien aclara en la nota nº 278 que se trata de una suposición de lo que este autor quiere expresar.

<sup>90</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO "Comentarios al Código Penal", Ed. Ariel, 1972, p.744.

<sup>91</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 733.

<sup>92</sup> "La reincidencia en el Código Penal" Ed. Bosch, Barcelona, 1974, p. 546.

<sup>93</sup> COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN "Derecho Penal. Parte General" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª Edición, 1996, p.815.

<sup>94</sup> MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN "Derecho Penal. Parte General" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 542.

<sup>95</sup> V. BUSTOS RAMÍREZ, Juan "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. Ariel, Barclona, 1986, p. 376.

<sup>96</sup> GARZÓN REAL, Baltasar y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: "Reincidencia y Constitución" en Actualidad Penal, num 1, 1991, P. 1.

<sup>97</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR en "Comentarios a la legislación penal" Tomo V, Vol 1º, EDESA, Madrid, 1985, p. 298.

<sup>98</sup> Vid. "Derecho Penal. Parte General" Ed. Bosch, Barcelona, 1999, p.268. Esto ya lo había mantenido en solitario CHOCLAN en "La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad" en Revista Jurídica Española La Ley, 1993-6 D-346.

<sup>99</sup> PRATS CANUT, José Miguel, "Comentarios al Nuevo Código Penal" QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir). Ed. Aranzadi, 1996, p. 256.

<sup>100</sup> SERRANO MAÍLLO, "Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena" Ed. Dikynson, Madrid, 1995, p.80.

- <sup>101</sup> ASÚA BATARRITA, Adela "La reincidencia..." Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, p.457.
- <sup>102</sup> En "Comentarios al Código Penal" Tomo II (arts. 19 a 23) Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.) EDESA, 1999, p.1077.
- <sup>103</sup> V. CEREZO MIR, José "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000., p. 40.
- <sup>104</sup> RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ "Derecho penal Español Parte General" Ed. Dikynson 1990, p. 654.
- <sup>105</sup> V. CEREZO MIR, José "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000., p. 41.
- <sup>106</sup> V. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ "Derecho penal Español Parte General" Ed. Dikynson 1990, p. 650.
- <sup>107</sup> V. CEREZO MIR, José "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000., p. 14. Aunque en la nota a pie nº 2 de la p. 14 diga menor, se entiende que ha de ser mayor, puesto que sino sería una causa de justificación.
- <sup>108</sup> V. MIR PUIG "Derecho Penal. Parte General" Ed. PPU, 4ª edición, p. 609.
- <sup>109</sup> V. ROXIN, Claus "Que queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, p. 673.
- <sup>110</sup> V. SCHÜNEMANN, Bern "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo" en "El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversarios" (Bern SCHÜNEMANN, comp.) Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 164.
- <sup>111</sup> "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000., p. 15.
- <sup>112</sup> "Derecho Penal. Parte General" Ed. Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia 1996, p. 499, especialmente nota 31.
- <sup>113</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 Código Penal" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993 T.II, p. 644.
- <sup>114</sup> QUINTERO OLIVARES, "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. Aranzadi, 1999, p. 423.
- <sup>115</sup> St. PLENO S 4 Jul. 1991.-Ponente: Sr. López Guerra.
- <sup>116</sup> V. BACIGALUPO, Enrique "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?" en Revista Jurídica Española La Ley, 1982.2 p.940.
- <sup>117</sup> V. BACIGALUPO, Enrique "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?" en Revista Jurídica Española La Ley, 1982.2 p.940-942.
- <sup>118</sup> LA LEY, 1986-3, 50 (596-TC).
- <sup>119</sup> CEREZO MIR, José "Consideraciones político-criminales sobre el borrador de anteproyecto de Código Penal, parte general, de octubre de 1990" en "Presupuestos para la reforma penal 1" Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de La Laguna, 1992. En el mismo sentido GONZÁLEZ RUS, Juan José para el cual "la pena en un Estado social y democrático de Derecho debe satisfacer un doble cometido: la defensa social contra el crimen, considerando los derechos de la potencial víctima y los intereses sociales, y la garantía de la dignidad del reo. Lo que significa , en definitiva, que, del mismo modo que sería rechazable un sistema orientado exclusivamente a disponer un conjunto de garantías de carácter individual, desconociendo los intereses sociales, habría

de serlo aquel otro que en vista de éstos utilizara al hombre como instrumento de política criminal, olvidando su dignidad como persona y los derechos inherentes a ella". "Teoría de la pena y Constitución" en "Estudios penales y criminológicos" T. VII. Universidad de Santiago de Compostela, 1984, p. 259.

<sup>120</sup> V. MIR PUIG "Derecho Penal. Parte General" Ed. PPU, 4ª edición, p. 65.

<sup>121</sup> Cfr. MIR PUIG "Derecho Penal. Parte General" Ed. PPU, 4ª edición, p. 68.

<sup>122</sup> "Tampoco la CE erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2º no se opone a que otros objetivos, entre ellos, la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer termino, el art. 25.2º CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- ha otorgado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2º CE contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad". Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1991.

<sup>123</sup> GRACIA MARTÍN, Luis "Culpabilidad y prevención en la modernareforma penal española" en Actualidad Penal 1993.2, pp. 548-549. De hecho el propio GIMBERNAT ha escrito que nuestra constitución no impide, a pesar de su referencia expresa a la reeducación y reinserción social, que la pena cumpla también una función retributiva, pues lo que se ha hecho es recoger únicamente aquello que el constituyente consideraba una base doctrinal de encuentro: que tiene un cometido de reeducación y reinserción social."El sistema de penas en el futuro Código Penal" en "La reforma del Derecho Penal" Bellaterra, 1980, p. 182, (citado por GONZÁLEZ RUS "Teoría de la pena y Constitución" en "Estudios penales y criminológicos" T. VII. Universidad de Santiago de Compostela, 1984, p. 262).

<sup>124</sup> LUZÓN PEÑA, "Culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995". en "75 Años de Código Penal" Ed. de la Universidad de Chile p 315. En el mismo sentido CEREZO MIR. Para este autor "el nuevo Código Penal de 1995 se inspira en una teoría unitaria de la pena, que aúna los fines de la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución), de la prevención general y de la prevención especial" . "Consideraciones político criminales sobre el nuevo CP de 1995" en Revista Jurídica Española La Ley, 1996-3, D-217, p. 1470.

<sup>125</sup> V. RUDOLPHI, Hans-Joachim, "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal" en "El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversarios" (Bern SCHÜNEMANN, comp.) Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 84.

<sup>126</sup> Cabe señalar que "el Estado no castiga *porque* haya un hecho culpable, lo que supondría inscribirse dentro de los planteamientos de las teorías absolutas, sino para proteger un bien jurídico, *si hay* un hecho culpable, y para evitar

nuevos atentados al mismo" GONZÁLEZ RUS "Teoría de la pena y Constitución" en "Estudios penales y criminológicos" T. VII. Universidad de Santiago de Compostela, 1984, p. 262.

<sup>127</sup> GRACIA MARTÍN, Luis "Culpabilidad y prevención en la modernareforma penal española" en Actualidad Penal 1993.2, pp. 540.

<sup>128</sup> V. CERESO MIR."Culpabilidad y pena" Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, 1980., p. 365.

<sup>129</sup> V. extensamente PÉREZ MANZANO, Mercedes "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, 1986.

<sup>130</sup> V. LUZÓN PEÑA "Culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995". en "75 Años de Código Penal" Ed. de la Universidad de Chile, p. 315.

<sup>131</sup> V. SCHUNEMANN, Bernd "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo" en "El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversarios" (Bern SCHÜNEMANN, comp.) Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 173 y ss. También LUZÓN PEÑA "Culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995". en "75 Años de Código Penal" Ed. de la Universidad de Chile p. 317.

<sup>132</sup> V. LUZÓN PEÑA "Culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995". en "75 Años de Código Penal" Ed. de la Universidad de Chile p. 318.

<sup>133</sup> Cfr. ROXIN, Claus "Qué queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, p. 678.

<sup>134</sup> MIR PUIG, Santiago "El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho" Ed. Ariel, 1994. p. 179.

<sup>135</sup> ZUGALDÍA ESPINAR "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad" en "Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca." Ed. de la universidad de Salamanca, 1982, p.569.

<sup>136</sup> ZUGALDÍA ESPINAR "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad" en "Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca." Ed. de la universidad de Salamanca, 1982, p.575.

<sup>137</sup> ZUGALDÍA ESPINAR "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad" en "Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca." Ed. de la universidad de Salamanca, 1982, p.582.

<sup>138</sup> De una domesticación en sentido contrario al aludido por ZUGALDIA hablaba SCHUNEMANN en dos conferencias pronunciadas en 1982 y recogidas en su artículo "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo" en "El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversarios" (Bern SCHÜNEMANN, comp.) Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

<sup>139</sup> ZUGALDÍA ESPINAR "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad" en "Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca." Ed. de la universidad de Salamanca, 1982, p.574.

<sup>140</sup> ZUGALDÍA ESPINAR "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad" en "Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca." Ed. de la universidad de Salamanca, 1982, p.566.

<sup>141</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.151.

<sup>142</sup> V. SCHUNEMANN, Bernd "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo" en "El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario" (Bern SCHÜNEMANN, comp.) Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 103-164.

<sup>143</sup> GRACIA MARTÍN, Luis "Culpabilidad y prevención en la modernareforma penal española" en Actualidad Penal 1993.2, pp. 544.

<sup>144</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes "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, 1986, p. 159.

<sup>145</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.154.

<sup>146</sup> V. MIR PUIG, Santiago "El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho" Ed. Ariel, 1994, p. 179.

<sup>147</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.154-155.

<sup>148</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes "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, 1986, p. 156.

<sup>149</sup> V. GIMBERNAT, "Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad" Ed. Reus, Madrid, 1966 p.206 y ss citado por CEREZO en "La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal Español" en "Problemas fundamentales de Derecho Penal" Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 74

<sup>150</sup> V. CEREZO MIR, José "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000., p. 25. En el mismo sentido PÉREZ MANZANO, Mercedes "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, 1986, p. 157: "la exasperación de la pena en los delitos cualificados por el resultado puede fundarse en razones preventivas", atendiendo a que así se intentarían inhibir conductas base peligrosas, al igual que en el versari.

<sup>151</sup> V. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.154.

<sup>152</sup> V. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.154.

<sup>153</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.155.

<sup>154</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.156.

<sup>155</sup> ROXIN, Claus "Qué queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, pp. 677-678.

<sup>156</sup> V. CEREZO MIR. "Culpabilidad y pena" Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, 1980., p. 353.

<sup>157</sup> V. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "El sistema de Derecho penal en la actualidad", en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990.p. 178.

<sup>158</sup> V. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "El sistema de Derecho penal en la actualidad", en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990.p. 178.

<sup>159</sup> V. CEREZO MIR, José "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000., p. 25. En el mismo sentido ROXIN, Claus "Qué queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, p. 677.

<sup>160</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990. p.157.

<sup>161</sup> V. ROXIN, Claus "Que queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, p. 677.

<sup>162</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 Código Penal" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993 T.II, p. 633.

<sup>163</sup> Citado por JAKOBS "Culpabilidad y prevención" en "Estudios de Derecho Penal". UAM ediciones. Editorial Civitas. Madrid, 1997., p. 88.

<sup>164</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, "Prólogo al libro de Antonio Cuerda: La colisión de deberes en Derecho Penal" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990, p. 231.

<sup>165</sup> V. GIMBERNAT ORDEIG, "El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad" en "Estudios de Derecho Penal" Ed. Tecnos, 1990, p. 230.

<sup>166</sup> Cfr. CEREZO MIR. "Culpabilidad y pena" Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, 1980., p. 359-360.

<sup>167</sup> COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN "Definición del delito y falta" en "Comentarios a la Legislación Penal" Tomo V. "La Reforma del Código Penal de 1983". Vol. 1º. EDESA, Madrid, 1985, p. 32.

<sup>168</sup> Cfr. ROXIN, Claus "Que queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, p. 677.

<sup>169</sup> Cfr. ROXIN, Claus "Que queda del principio de culpabilidad en el Derecho Penal", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, p. 677.

<sup>170</sup> SCHUNEMANN, Bernd "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo" "El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario" (Bern SCHÜNEMANN, comp.) Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 161.

<sup>171</sup> GIMBERNAT ORDEIG en Prólogo a la 2ª edición del Código Penal de la Editorial Tecnos.

<sup>172</sup> Cfr. CEREZO MIR, "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000 p. 13-14.

<sup>173</sup> CHOCLAN MONTALVO, José Antonio "La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad" en Revista Jurídica Española La Ley, 1993-6 D-346.

<sup>174</sup> **Artículo 31:** *El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.*

<sup>175</sup> V. MIR PUIG "Derecho Penal. Parte General" Ed. PPU, 4ª edición, p. 177. En el mismo sentido se manifiesta RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo "Comentarios al Código Penal" Ed. Cívitas, 1997, p. 177-178 donde recoge, además la importante sentencia del Tribunal Constitucional 253/1993 con arreglo a la cual deberán buscarse quiénes, de entre los miembros de una persona jurídica han

sido los *auténticos responsables* de la acción delictiva, no siendo por tanto una regla de responsabilidad objetiva.

<sup>176</sup> **Artículo 30.** 1. *En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.*

2. *Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:*

1. *Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.*

2. *Los directores de la publicación o programa en que se difunda.*

3. *Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.*

4. *Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.*

3. *Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.*

<sup>177</sup> Cfr. CERZO MIR, José "Principales reformas del Código Penal Español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad" en Revista Jurídica Española La Ley, 1988.1, p. 1013.

<sup>178</sup> V. SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "Comentarios al Código Penal" Dir. Manuel Cobo del Rosal. EDESA, 1999 pp. 169 y ss.

<sup>179</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique "Principios de Derecho Penal. Parte General" 4ª Edición, 1997. Ed. Akal., p. 333.

<sup>180</sup> Personalmente opino, contrariamente al refranero, que la regla no debe tener excepciones. La *actio libera in causa* sí constituye una excepción al principio de culpabilidad y para salvar el obstáculo que ello supone debería eliminarse la referencia a ella en la regulación de las eximentes y configurarla como un tipo delictivo autónomo, vinculándolo, en cuanto a la determinación legal de la pena al delito que se pretendía cometer. No vinculándola al resultado, ni al delito cometido. Porque de la actual regulación se desprende que si un individuo se coloca voluntariamente en situación de inimputabilidad para cometer un delito pero comete otro, debería responder penalmente por la comisión de este segundo delito (ello se infiere de la fórmula general "*con el propósito de delinquir*"). Si se configura como un delito autónomo de un tenor similar al siguiente: "*Constituye delito la provocación de la propia inimputabilidad siempre que ésta haya sido buscada con el propósito de cometer uno o varios delitos o faltas. Al autor se le impondrá (la misma pena, la pena inferior o inferior en dos grados...) correspondiente al delito o falta para el que se hubiera buscado la inimputabilidad*", se salva, a mi juicio, la incompatibilidad con el principio de culpabilidad.

<sup>181</sup> V. SILVA SANCHEZ, Jesús M<sup>a</sup> "El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales" p. 118

<sup>182</sup> V. CERZO MIR, "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000 p. 18.

<sup>183</sup> V. SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "Comentarios al Código Penal" Dir. Manuel Cobo del Rosal. EDESA, 1999 p. 200.



<sup>184</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "Comentarios al Código Penal" Dir. Manuel Cobo del Rosal. EDERSA, 1999, p. 174.

<sup>185</sup> V. CEREZO MIR, "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000, p. 42, donde aboga por la reforma o supresión de estos delitos.

<sup>186</sup> V. RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel "Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España" en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 5, 1995, p. 869.

<sup>187</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO "Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia" Ed. Trivium, 1997, p. 360.

<sup>188</sup> V. MIR PUIG, Santiago que reconoce las ventajas de esta formulación en "Comentarios al Capítulo Primero del Título Primero del Libro Primero del nuevo Código Penal" en Revista Jurídica de Cataluña, 1997 (II), p. 330.

<sup>189</sup> **Artículo 19.** *Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor.* **Artículo 20.** *Están exentos de responsabilidad criminal:*

*1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

*El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.*

*2. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

*3. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.*

<sup>190</sup> V. Diario de Sesiones del Congreso de 16 de mayo de 1995, núm. 494.

<sup>191</sup> V. CEREZO MIR, "Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)" UNED, 2000, p. 33.

<sup>192</sup> V. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN "Derecho Penal. Parte General" 2ª Edición, 1996. Ed. Tirant lo Blanch, p. 441.

<sup>193</sup> V. CEREZO MIR, José, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito/2" Ed. Tecnos, Madrid, 1994, 5ª Ed, p. 35

<sup>194</sup> Porque se da la circunstancia que así como los instrumentos para realizar robos, por ejemplo, perforadoras para hacer "rififís" no están al alcance de cualquiera, en cambio sí existen programas "destinados a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador", que están al alcance de cualquiera en Internet. Y me atrevería a decir que pocos son los internautas que no tienen algún programa de estas características almacenado en el disco duro de su ordenador.