
CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Munich

**CULPABILIDAD Y
PREVENCION
EN DERECHO PENAL**

Traductor: MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal

culpabilidad
y
prevención
en
derecho penal

**culpabilidad
y
prevención
en
derecho penal**

claus roxin

catedrático de derecho penal en la universidad de munich

traducción, introducción y notas de

francisco muñoz conde

catedrático de derecho penal

reus, s. a.

INSTITUTO EDITORIAL REUS, S. A.
Preclados, 23 - Madrid, 1981

ISBN 84-290-1264-8

Depósito legal: M. 856-1981

IMPRESO EN ESPAÑA
PRINTED IN SPAIN

SELECCIONES GRAFICAS
Carretera de Irún, km. 11,500
Madrid (1981)

A Diego M. Luzón Peña
y Santiago Mir Puig.

INDICE

	<u>Páginas</u>
Indice de abreviaturas	11
Introducción , por Francisco Muñoz Conde	13
Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad	41
«Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistémicas jurídico-penales	57
La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena	93
Prevención y determinación de la pena	115
Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal	147
Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad	187

INDICE DE ABREVIATURAS

BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal)
BGHSt	Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal, colección oficial citada por tomo y año
BVerG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (citado por autor del comentario y edición)
MOR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Supremo de cada Estado Federal)
RGSt	Sentencias del Reichsgericht (Tribunal Supremo alemán antes de 1945) en materia penal, edición oficial citada por tomo y año
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
StrRG	Ley de reforma del Derecho Penal
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCION

1. Desde hace algunos años viene planteándose en la Ciencia del Derecho Penal una cuestión que no sólo tiene una importancia teórica, sino también y sobre todo una significación práctica evidente. Se trata de decidir, con todas las consecuencias, si el sistema de reacción jurídico-estatal frente al delito cometido debe ser un sistema monista de sanción única (pena o medida) o un sistema dual diferenciado de penas y medidas. La elección entre uno u otro sistema es objeto en la actualidad de viva discusión doctrinal, cuya terminación, a corto o a medio plazo, no es por ahora previsible.

Conforme a un criterio exclusivamente dogmático, que tiene en cuenta sólo el Derecho positivo y hace de él el punto de partida de todas las elucubraciones jurídicas, se puede decir que, desde el punto de vista legislativo, la discusión se ha saldado, por lo menos provisionalmente, en favor de un sistema dualista de sanciones aplicables al autor de un delito. En efecto, ya casi nadie mantiene que la pena, basada en la culpabilidad y en su pura retribución, deba ser el único medio de reacción frente al delito, pues cualquiera que sea la opinión que merezca esta postura en un plano puramente doctrinal, lo cierto es que no es acogida por el Derecho positivo, que prevé también sanciones o, si se quiere, sistemas específicos de reacción frente a los autores «inculpables» de hechos típi-

cos y antijurídicos que en absoluto pueden calificarse como penas. Piénsese, p. ej., en el internamiento previsto en el artículo 8, 1.º, del Código penal para el enajenado autor de un delito.

Pero no es menos cierto que las mismas razones dogmáticas positivas obligan también a rechazar las teorías que propugnan un monismo de signo contrario y que consideran que el presupuesto de la reacción jurídico-estatal frente al delito debe ser exclusivamente la peligrosidad de su autor y la reacción misma una medida de carácter preventivo. Pues es evidente que casi todas las legislaciones del mundo tratan de manera diferente al autor de un delito cuando es un enfermo mental que cuando no lo es. En el primer caso, la reacción estatal frente al autor del delito suele ser la de declararlo exento de pena y, en la medida en que sea peligroso, internarlo en un centro psiquiátrico; en el segundo caso, la reacción consiste en imponerle, normalmente, la pena prevista para el delito cometido.

Esta doble forma de reaccionar frente al autor de un delito, según sea, p. ej., un enfermo mental o una persona sana mentalmente, permite pensar que al sistema dualista de reacción estatal debe corresponder también un sistema dualista de los presupuestos de la reacción misma, que encierre en ellos la justificación de la elección entre una u otra forma de reaccionar y que, consecuentemente con el criterio dogmático adoptado como punto de partida, se encuentre, más o menos explícitamente formulado, igualmente en los preceptos del Derecho positivo. Tras muchos años de elaboración dogmática del sistema jurídico-penal vigente, la doctrina ha deducido de los preceptos legales dos conceptos antagónicos, difícilmente reconducibles a un denominador común, que, de algún modo, justifican y explican el sistema dualista de sanciones vigente en el Derecho positivo. Estos conceptos son **culpabilidad** y **peligrosidad**. Desde un punto de vista formal, se llama culpabilidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito; se llama peligrosidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida. Culpabilidad y peligrosidad son, pues, los dos puntos de conexión del actual sistema de reacción estatal frente a

la comisión de un hecho típico y antijurídico (1): el hecho típico y antijurídico de un autor culpable dará lugar, por tanto, a la imposición de una pena; el hecho típico y antijurídico de un autor, culpable o inculpable, pero peligroso, dará lugar a la imposición de una medida.

2. Lo que hasta aquí he dicho no representa en absoluto nada que no sea ya archisabido y no se encuentre, más o menos bien formulado, en cualquier manual, libro o tratado de Derecho Penal. La doctrina científica, y con ella la legislación y la jurisprudencia, parece haber llegado a la conclusión de que la eterna discusión, el siempre planteado y hasta ahora nunca resuelto antagonismo entre un Derecho Penal puramente retributivo y un Derecho Penal preventivo, entre el «punitur quia peccatum est» y el «punitur ne peccetur», sólo puede resolverse con esta decisión salomónica en favor del sistema dualista, binario o de la doble vía: pena y/o medida, culpabilidad y peligrosidad, que ya en su día patrocinara, como se ve, con singular fortuna, el suizo Carl Stoops.

Parece, pues, que en esta materia poco más hay que decir. Y, en efecto, poco más dice la que de algún modo se puede calificar como doctrina dominante en la actual Ciencia del Derecho Penal.

Afortunadamente, sin embargo, siempre hay alguien que «disiente» de lo que la mayoría admite y busca por otros derroteros nuevas formas de resolver los viejos problemas o nuevos problemas imposibles de resolver con las ya viejas doctrinas. Y esta «disidencia» es especialmente importante en la materia objeto de este libro, en la que se decide con especial crudeza el destino del Derecho Penal y con él el del poder punitivo del Estado y todo lo que él representa; una materia en la que, por eso, es fácil incurrir en apriorismos metafísicos, en prejuicios ideológicos y en «luchas de escuelas» y en la que faltan los asideros de una clara decisión legislativa, precisamente por la falta de claridad y por la confusión reinantes en la doctrina aferrada en este punto a viejas tradiciones carentes en absoluto de base científica.

(1) Cfr. Maurach: «Tratado de Derecho Penal», trad. y notas de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, tomo I, pp. 58 y sigs.

Una buena teoría jurídico-penal científica que pretenda algo más que simples profesiones de fe o meras suposiciones gratuitas debe someter a la crítica las formas de intervención y de reacción estatal frente al delito y comprobar si los medios y conceptos utilizados son idóneos para la consecución de los fines que teóricamente se les asignan. Si se demuestra su inidoneidad y, a pesar de esto, los fines en su conjunto se alcanzan, ello puede deberse, entre otras cosas, a que los medios empleados para lograrlos y los conceptos utilizados para explicar esos medios cumplen, en realidad, una función latente u oculta mucho más eficaz que la que, abierta y claramente, se les asigna (2). Precisamente es esto lo que sucede con la distinción ya clásica entre pena y medida, entre retribución y prevención, entre culpabilidad y peligrosidad, que sirve de base al sistema dualista vigente en muchos ordenamientos jurídicos. Durante mucho tiempo se ha creído que esta sutil distinción, producto de una elaboración conceptual bastante acabada de la materia jurídica, era la única forma de salvar la contradicción existente entre un Derecho Penal retributivo destinado a compensar la culpabilidad y un Derecho Penal preventivo destinado a proteger los intereses teóricamente más importantes y fundamentales de una convivencia pacíficamente organizada. Sin embargo, la distinción, que tanto trabajo había costado realizar, se muestra en la práctica como una fórmula ambigua, vacía de contenido, que no consigue explicar con suficiente claridad la auténtica función que cumple el Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico y en el actual contexto de los demás sistemas de control social. La crítica al sistema dualista se centra en dos puntos que muestran con gran claridad cuál es la falacia implícita a dicho sistema.

a) Las penas y medidas privativas de libertad, si bien son diferenciables teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen de hecho la misma finalidad y contenido.

(2) Cfr. Jakobs: «Schuld und Prävention», en «Recht und Staat», Heft 452/453, Tübinga, 1976, p. 3.

Esta proposición, por discutible que pueda parecer, no es sino el resultado de la simple lectura de preceptos legales concretos que se refieren a la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad.

Dice el artículo 25, 2, de la Constitución: «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.» Prácticamente, lo mismo dice el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria: «Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad.»

Tras leer estas declaraciones legales, uno se pregunta qué sentido puede tener ya la distinción entre pena y medida, cuando ambas en la práctica de su ejecución tienen asignada la misma finalidad. En el fondo, la equiparación de la finalidad de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad debería conducir a un sistema monista que superase la contradicción teórica entre pena y medida, entre culpabilidad y peligrosidad, entre retribución y prevención del delito. Ello sería por lo demás perfectamente coherente con un planteamiento funcionalista, en el que el efecto de una institución aporta siempre su fundamento. Con un planteamiento de este tipo, la distinción entre pena y medida carece de sentido, ya que tanto una como otra institución vienen a coincidir en la misma finalidad ejecutiva: la reinserción y readaptación social del delincuente. No es por ello extraño que algún penalista americano, influenciado sin duda por el pensamiento funcionalista, haya llegado a decir que la enfermedad mental no es, en realidad, una causa de exclusión de la culpabilidad, ya que su apreciación por los tribunales de justicia casi siempre lleva aparejada el internamiento en un centro psiquiátrico del autor de un delito que haya sido declarado enfermo mental (3),

(3) Cfr. Packer: «Limits of the Criminal Sanction», 1968, p. 134. Citado por Fletcher: «"Ordinary Language Philosophie" und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik», en «Seminar: Abweichendes Verhalten IV, Kriminalpolitik und Strafrecht», ed. por Lüderssen y Sack, 1980, p. 185.

lo que incluso se considera por muchos psiquiatras como una auténtica pena o como una sanción peor que la pena misma (4).

Por las mismas razones, pero invirtiendo los términos, también se podría llegar a decir, invocando el artículo 25, 2, de la Constitución, que en la práctica el Derecho Penal, por lo menos en lo que se refiere a las penas privativas de libertad, no debería ser más que un Derecho de medidas que tuviera por objeto la reeducación y la reinserción social del delincuente, sea o no culpable del delito (5).

b) Un sistema dualista en el que, junto a la pena limitada por la culpabilidad, existe otro tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios e ideas diferentes, constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado.

La pena adecuada a la culpabilidad puede ser efectivamente insuficiente para cumplir las funciones preventivas, general y especial, que tiene que cumplir el Derecho Penal. Piénsese, por ejemplo, en unos abusos deshonestos cometidos por un psicópata sexual que tiene alterada su capacidad de culpabilidad, pero no hasta el punto de poder ser declarado plenamente incapaz de culpabilidad. La pena adecuada a la culpabilidad que conforme al Código penal vigente (art. 430) podría imponerse en este caso al autor del delito apenas sería la de unos meses de privación de libertad; las necesidades preventivas, tanto de defensa de la sociedad como de reeducación (si ello fuera posible) del delincuente, pueden exigir, por el contrario, la aplicación de una medida de internamiento en algún centro especial [si los hubiera (6)] para este tipo de delinquentes por un período de tiempo superior al de la duración de la pena: p. ej., varios años. Según el sistema dua-

(4) Cfr. Szasz: «Ideology und Insanity», New York, 1969, pp. 113 y sigs.

(5) Cfr. Baurmann: «Schuldlose Dogmatik», en «Seminar», cit., páginas 242 y sigs.

(6) Uno de los inconvenientes más importantes para la aplicación consecuente de medidas de seguridad o mejora es la inexistencia de los establecimientos e instituciones adecuadas para llevarlas a la práctica. El caso alemán del «establecimiento de terapia social», introducido en el Código penal el 1-1-1975 y aún no puesto en funcionamiento, es especialmente revelador de esta situación.

lista, en un caso de este tipo procedería la imposición conjunta de la pena y de la medida, y sólo después, en la fase de ejecución, procedería discutir cuál de ellas se ejecutaba primero y si el tiempo de duración de la una se computaría en el tiempo de duración de la otra, cosas que están todavía por aclarar en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, muy alejados todavía de un sistema vicarial puro. En todo caso, está claro que el cambio de nombre, medida en lugar de pena, no puede ocultar la realidad de que la imposición de una medida juntamente con la pena permite al Estado intervenir de un modo más radical e incisivo en la esfera de la libertad individual y prolongar los efectos de una pena que oficialmente no puede ser todo lo extensa que sería deseable desde el punto de vista preventivo, por impedirlo la culpabilidad que le sirve de fundamento.

La situación no puede ser más paradójica: primero se le dice al delincuente que la pena que se le va a imponer viene limitada por su culpabilidad y que esta pena, entre otros fines, tiene como «fin primordial» su reeducación y reinserción social; luego se le dice que para conseguir esta meta es necesario imponerle además una medida muy superior en gravedad y extensión a la pena propiamente dicha.

¿Hasta qué punto no constituye un tal proceder una infracción y una burla de las garantías jurídico-políticas y de los principios limitadores del poder punitivo estatal característicos de un Derecho Penal liberal, entendido en el mejor sentido de la palabra por von Listz como «la infranqueable barrera de la política criminal»?

¿En qué medida no estamos jugando con las palabras y, al cambiar el nombre de pena por el de medida, no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviathan estatal?

Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran «fraude de etiquetas» en el que el Derecho Penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y, por eso, no limitados por los principios penales clásicos, pero

