

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.4

LA CULPABILIDAD EN EL SIGLO XXI*

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

SUMARIO: 1. La destrucción del derecho penal liberal o de garantías – 2. La situación actual – 3. La difícil situación del penalismo finisecular – 4. El desafío para el derecho penal venidero – 5. El panorama del debate sobre la culpabilidad como signo de una crisis de disolución discursiva – 6. La culpabilidad en su versión vigente más tradicional – 7. Una culpabilidad a la medida de la prevención general negativa – 8. El abandono de la culpabilidad – 9. La culpabilidad como límite a la prevención especial – 10. La culpabilidad a la medida de la prevención general positiva – 11. Balance: “la culpabilidad” como “no culpabilidad” – 12. El abandono de la culpabilidad de acto por su escasa capacidad legitimante – 13. La disyuntiva de la culpabilidad – 14. Pena conforme a culpabilidad de acto no es pena “justa”, sino la menos injusta – 15. La propuesta de una culpabilidad por la vulnerabilidad – 16. ¿Por qué la culpabilidad por el acto no puede fundar la pena? – 17. Los mínimos de las escalas penales superiores a la pena indicada por la culpabilidad por el acto – 18. Conclusión – 19. Notas.

1. La destrucción del derecho penal liberal o de garantías

Los penalistas liberales de la primera mitad del siglo XIX trataron de construir un derecho penal de acto, como correspondía a su visión del mundo. Establecida la burguesía en el poder en la segunda mitad del siglo pasado, comenzó una tarea de verdadera destrucción del derecho penal liberal,¹ que alcanzó su máxima expresión autoritaria con el peligrosismo, penetrando en este siglo con esta versión y con la variante espiritualizada del tipo de autor (*Tätertyp*) y de la culpabilidad de autor (*Täterschuld*).²

Por debajo de todos los debates y matices que oscurecen la visión de fondo, las múltiples y contradictorias teorías que se mueven vertiginosamente no hacen más que enturbiar las aguas y ocultar un profundo *Talweg* o cauce divisorio de aguas profundas, que separa al derecho penal liberal,

garantista o de acto, del derecho penal autoritario, ilimitado o de autor.

Las dos concepciones básicas que se enfrentan corresponden a dos diferentes concepciones de la sociedad, del estado y del poder punitivo. El derecho penal liberal concibe una sociedad de hombres que eligen su vida, que existen y a los que se les prohíben ciertos actos, cuya realización es la única que justifica el ejercicio del poder punitivo en la estricta medida de la imputación objetiva y subjetiva del acto. Las distintas versiones del derecho penal autoritario conciben a la sociedad como una estructura de hombres que sólo pueden elegir su vida – existir – dentro del marco de las opciones que les permite una superopción que es de carácter social y a los que se les prohíben todas las demás formas de vida o elecciones existenciales, siendo los actos prohibidos meros síntomas de estas elecciones o formas de vivir, de existir o de ser prohibidas.

En cuanto a la justificación del derecho penal autoritario, ha habido dos grandes vías racionalizadoras: una que corre por cuenta del positivismo evolucionista (Spencer, Darwin, Haeckel, Moleschott, Lombroso y Ferri), en tanto que la otra lo hace por la de una “deglución penal” muy particular de elementos de la ética aristotélica. Por vía del positivismo se inventa el estado peligroso y por la aristotélica un estado de pecado penal.³ El positivismo realizó su labor de destrucción del derecho penal liberal reemplazando a la culpabilidad por la peligrosidad, en tanto que el espiritismo la reemplazó por el reproche a una vida o existencia prohibida. Para cualquiera de ambos la prohibición se degradó a síntoma de un estado, de modo que su individualización estricta perdió importancia, dado que lo prioritario era el estado (de peligro o de pecado). En el plano procesal, la relativización de la importancia de la precisión individualizadora del hecho llevó a la necesaria relativización del principio acusatorio, con su delimitación clara del objeto procesal y, por ende, fomentó un fortalecimiento del principio inquisitorio, o sea, que fue propicio al retroceso del proceso penal garantizador, con nítida división de las tres funciones, y al avance de la concentración de estas funciones en un único órgano estatal.

2. La situación actual

Prácticamente a lo largo de todo el siglo XX se siguió viviendo esta lucha entre el derecho penal liberal y el derecho penal autoritario. Los *Tätertypen* se reprodujeron, tales como “reincidentes”, “habituales”, “enemigos del pueblo”, “enemigos de la nación”, “parásitos”, “enemigos del proletariado”, “subversivos”, “drogadictos” etc. Al amparo del *Tätertyp* de turno avanzaron las distintas versiones del derecho penal autoritario, que oportunamente retrocedieron para volver luego a la carga con otro *Tätertyp*.

Estamos viviendo el último cuarto del siglo bajo el signo de una gravísima parcialización del conocimiento. Por un lado, continúa la lucha entre ambas tendencias en base a diversos argumentos, que entroncan con los ejes reseñados. Por otro, las ciencias sociales nos están demostrando que el discurso jurídico-penal se elabora sobre ilusiones y alucinaciones, que estas ciencias desmienten rotundamente. Esto significa que las discusiones jurídico-penales se desarrollan sobre la base de argumentos que en el plano de la realidad social son falsos. Algunos – la mayoría – parecen preterir ignorar directamente los datos de la realidad, en tanto que otros – pocos – parecen desconcertados y en búsqueda de alguna explicación.

3. La difícil situación del penalismo finisecular

Estas son las condiciones bajo las cuales damos comienzo a la última década del siglo XX: con las embestidas de nuevas versiones (o caretas) del viejo derecho penal autoritario y argumentando con datos falsos acerca de la realidad.

Nos percatamos de que el poder punitivo no pasa sino ínfimamente por nuestras manos jurídicas, siendo ejercido en su parte troncal por las agencias ejecutivas, policiales y políticas. Vemos que hemos construido un discurso de justificación de nuestra propia reducción de poder jurídico; que el poder punitivo no previene conflictos ni los resuelve, sino que los multiplica; que ese poder extrae a los conflictos de su contexto y los oculta y complica; somos conscientes de que este poder causa un altísimo número de muertes y que reimplanta la tortura; sabemos que condiciona conductas criminales en lugar de prevenir las; conocemos sobradamente que su máxima expresión, que es la prisonización o enjaulamiento de personas en instituciones totales⁴ o de secuestro⁵ se ejerce sobre los sectores más carenciados

de nuestras poblaciones y con selectividad clasista y racista; sabemos que la estructura de filtro selectivo del ejercicio de poder penal se burla de nuestro principio de igualdad; tenemos clara idea de que ese ejercicio de poder no cuida ni siquiera mínimamente nuestro pretendido principio de legalidad ninguna de sus manifestaciones. Aunque nos resistamos a admitirlo, la mala conciencia nos dice que la pena no cumple ninguna de las funciones preventivas que se le atribuyen ni puede cumplirla. Así llegamos al siglo XXI, enredados en un discurso que debemos defender sólo porque es mejor que nada.

Por cierto que no es nada lúcido el papel intelectual del penalismo finisecular: comprometido con un ejercicio de poder cuestionado y deslegitimado, o tratando de contener ese ejercicio de poder con un discurso que sabe que es falso y con la consiguiente mala conciencia.⁶

4. El desafío para el derecho penal venidero

Sólo un rápido giro discursivo puede llevarnos hacia el camino que nos evite el ridículo ante el siglo que ya viene y que proporcione a éste la pista de una salida. El ejercicio de poder punitivo no es más que eso: mero ejercicio de poder repartido entre muchas agencias o corporaciones. Nuestro poder jurídico, muy limitado, también lo es. No nos incumbe la tarea de justificar el ejercicio del poder de las otras agencias, sino de ampliar el de las nuestras (jurídicas) y usarlo para hacer descender los niveles de violencia de todo el ejercicio del poder punitivo.

Sobre esta base nos enfrentamos a la tarea de reconstruir el discurso jurídico-penal por analogía con el discurso del derecho humanitario. Creemos que es correcto partir de la premisa de que tanto la guerra como el ejercicio del poder punitivo, son ejercicios del poder deslegitima-

das, frente a los cuales el limitado poder jurídico debe operar tratando de ampliar su ámbito y conteniendo su violencia.

En el plano de la teoría del delito ¿cuál sería la táctica discursiva más adecuada a este fin? En principio, sin duda que los es la recuperación más plena posible del derecho penal liberal de garantías, no porque sea verdad su fundamento sobre la metáfora o ficción del contrato o de la guerra de todos contra todos, sino porque tiende a un control mucho mayor de la violencia del poder, su intolerancia a la irracionalidad de ese ejercicio es mucho mayor y por ende más limitativo de la violencia. Dentro de las pautas del discurso jurídico-penal de garantías, la decisión de los pocos casos que el poder punitivo selecciona y somete a la decisión de las agencias jurídicas, es menos violenta y garantiza límites máximos de tolerancia de la irracionalidad.

Creemos que el desafío que tenemos por delante es la reconstrucción del derecho penal de garantías sobre esta base⁷ o sobre cualquier otra que no intente la re-legitimación del poder punitivo.

5. El panorama del debate sobre la culpabilidad como signo de una crisis de disolución discursiva

En este marco debemos preguntarnos cuál será el futuro de la culpabilidad en el siglo que viene. Para ello, es conveniente que pasemos revista al panorama actual del debate acerca de la culpabilidad, dentro de los discursos jurídicos que legitiman el ejercicio del poder punitivo, puesto que la crisis de esos discursos viene acentuándose en las últimas décadas y, a nuestro juicio, la gama de opiniones heterogéneas e incompatibles en torno de la culpabilidad es uno de los signos más claros.

Se ha descartado la peligrosidad como fundamento de la pena y, con ella, la del derecho penal autoritario que se pretendió

fundar sobre ese concepto. La diferencia entre el derecho y un simple orden coactivo no parece poder asentarse sobre otra base que la concepción de la sociedad como conjunto de personas responsables.⁸ El apartamiento de la peligrosidad no está reducido ya a una simple cuestión de derecho penal, sino que hace al fundamento mismo del derecho y, en último análisis, del discurso jurídico político constitucional y del consagrado en los instrumentos mundiales y regionales de Derechos Humanos. La antropología jushumanista y constitucional democrática en todas sus variables y la antropología peligrosista, son radicalmente incompatibles.

A partir de esto, se reitera que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad, como lo dice expresamente el parágrafo 46,1 del código alemán federal, el parágrafo 32,1 del austríaco y el artículo 72,1 del portugués, para no mencionar más que los últimos de Europa. Sin embargo, fuera de esta expresión verbal, el acuerdo parece terminar.

En efecto: para unos se trata de la "culpabilidad a secas", pero para otros hay allí un concepto de "culpabilidad de cuantificación penal" (*Strafzumessungsschuld*) diferente de la culpabilidad del delito⁹, lo cual, como se ha señalado, corre siempre el riesgo de convertirse en una culpabilidad de autor,¹⁰ lo que algunos autores admiten expresamente por la vía de un concepto mixto de culpabilidad (de acto y de autor), especialmente en la versión de "culpabilidad por la conducción de la vida" (*Lebensführungsschuld*),¹¹ denominación que inventó Mezger en 1938¹² y que corresponde a la "culpabilidad por la decisión de la vida" (*Lebensentscheidungsschuld*) de Bockelmann en 1940.¹³

Por otra parte, en tanto que unos ven en la culpabilidad el fundamento de la pena la mayoría, otros prefieren ver en ella sólo un límite¹⁴ y otros consideran que no sirve como límite ni como fundamento, por lo cual postulan su reemplazo.¹⁵ Como puede

observarse, no hay siquiera un acuerdo mínimo acerca de qué es y para qué sirve, pese a la disposición legal.

Esto habla por sí mismo de la disolución doctrinaria del discurso jurídico-penal legitimante del poder punitivo. El desacuerdo general sobre la pena y su función (y con ello acerca de todo el discurso penal, que depende a esta base) no puede menos que reflejarse sobre lo que se supone que debe ser su criterio de cuantificación punitiva. Como bien lo señala Bruns, la expiación, la compensación de la culpabilidad, la retribución del injusto, la prevención especial en la forma positiva de la resocialización mediante el mejoramiento, la educación y la cura, y la negativa del encerramiento y la disuación, y la prevención general en la variante positiva del fortalecimiento de la conciencia de la antijuridicidad y la negativa de la disuación general de los otros autores potenciales, cada uno de estos fines de la pena no sólo posibilita, sino que exige una determinada pena y una consiguiente cuantificación.¹⁶

No se trata de desacuerdos de detalle, sino de desacuerdos básicos, que afectan los principios angulares en que se asienta o debe asentarse todo el edificio doctrinario: el fin de la pena, el del criterio cuantificador, el de la culpabilidad como engarce entre las teorías del delito y de la pena. Todo va dando la sensación de una necesidad cada vez más angustiante de racionalizar una práctica, sin acertar con el camino para hacerlo.

Procuraremos aproximarnos un poco más a estos caminos dispares y contradictorios.

6. La culpabilidad en su versión vigente mas tradicional

Muchos son los autores que defienden el concepto de culpabilidad más próximo al tradicional, fundado en la idea de hombre libre y responsable, como un dato de

realidad proveniente de los planos ético y moral.¹⁷ Dentro de esta corriente pueden distinguirse varias versiones, pues en tanto que algunos se inclinan por una apertura hacia la culpabilidad de autor limitada,¹⁸ otros construyen la culpabilidad en forma tradicional o de acto, algunos la fundamentan en una omisión del control de impulsos primarios¹⁹ y otros se mantienen en los cánones clásicos de la elección libre.

En tanto que algunos piensan en la libertad de elección como un sentimiento subjetivo de libertad,²⁰ otros creen que esta libertad es un hecho, aunque se insiste en que para el derecho penal se trata de una "libertad relativa", afirmación que viene de antiguo y que se sigue repitiendo.²¹

La cuestión de la libertad "relativa" es la que ahora algunos vinculan con la tesis de la falta de respuestas o de control de los estímulos instintivos en el delincuente, que de este modo gozaría de una libertad "relativa" mayor que la del ciudadano "común",²² lo que, sin duda, reflota los viejos conceptos del primitivo psicoanálisis criminal de Alexander y Staub.²³

En líneas generales, se critica a esta tesis desde varios ángulos. En principio, se afirma que la libre determinación no es verificable empíricamente,²⁴ para lo cual se apela al criterio de verdad de las ciencias naturales, lo que otros niegan, tratando de hacer de la libertad una cuestión moral o metafísica. La mezcla de planos es harto elocuente, porque es obvio que la psicología puede llegar a informarnos acerca del posible catálogo de conductas de una persona en una circunstancia, pero no puede decir nada acerca de la libertad como concepto filosófico. No obstante, también es cierto que no se puede medir ni graduar un concepto filosófico y que lo único mensurable es el dato psicológico.

Partiendo de la aceptación de la libertad de decisión "relativa" se elaboraron los conceptos de "marco" y de "ámbito" de culpabilidad para graduar la pena, que

servirían para indicar un límite, pero que para muchos, que reafirman la imposibilidad de medición o la disparidad valorativa al respecto, no pasaría de ser un sofisma.²⁵ Se afirma así que la Rahmenschuldstrafe y la Spielraumtheorie no son teorizaciones con algunas fallas o carencias, sino que sirven para encubrir meras consideraciones preventivas,²⁶ lo que parece acertado: en la medida en que se hable de culpabilidad como límite y sea arbitrario el manejo que se haga de la culpabilidad, lo que queda es claro que son meras consideraciones preventivas formalmente amparadas por un concepto hueco, por una "no garantía", por un "no límite".

7. Una culpabilidad a la medida de la prevención general negativa

Para evitar los inconvenientes de cuantificación del ámbito de libertad y de los problemas filosóficos que genera el concepto, es decir, para quitar del medio tanto a la psicología como a la filosofía, se intenta apelar a una "libertad para el derecho penal" construida más o menos expresamente sobre la idea de un "hombre normal"²⁷ a partir del concepto *preventivo general* de la pena. Se dice, por ejemplo, que "las penas estatales presuponen para su capacidad preventivo-general sólo que los hechos con los que se vinculan puedan entenderse como ejemplos de conducta defectuosa".²⁸

Esta posición no es otra cosa que el primer paso hacia la "normativización" del contenido del concepto de culpabilidad. No se trata de la normativización de la culpabilidad — que data de 1907, cuando Frank redescubrió a Aristóteles —, sino de la normativización de su contenido; no sabemos si el hombre es libre y responsable, pero hay una libertad "penal", construida sobre la base de un hombre "normal" desarrollado y sano, construida a la medida de la prevención general.

Esta normativización del contenido de la culpabilidad a la medida de la prevención general choca con las objeciones que pueden formularse a la prevención general, o sea, que no se sabe si existe y, en caso de existir, *nadie puede medir su magnitud*, o sea que, trabajando sobre un concepto con contenido normativizado (una creación jurídica, que sería la propia prevención general se gradúa la pena mediante otro concepto normativizado (que sería la culpabilidad) y, por ende, como ningún criminólogo está en condiciones de decir cuál es la pena adecuada para la prevención general, ésta sería la que el juez cree adecuada.²⁹

Todo lo anterior debe ser entendido sin desmedro de destacar que la prevención general es una idea que viola abiertamente la "regla de oro" kantiana,³⁰ pues usa al penado como medio para disuadir a potenciales autores, o sea, para infundir miedo a los otros y, por este camino, su lógico final es la pena terrorista. "La prevención general, libre de todo ligamen con la idea de una justa retribución, lleva directamente al terrorismo penal. Se ha dicho bien que en la lógica de la prevención general hay un trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos".³¹ Además, la mayor pena en razón de la prevención general viola claramente el principio de personalidad de la responsabilidad penal, puesto que la necesidad de esa hipotética y nunca probada prevención general dependería de la disposición de los otros para hacer lo mismo que hizo el autor, lo cual no pasa de ser un dato coyuntural y mutable y que nada tiene que ver con la conducta misma del autor ni con la concreta magnitud del daño causado.

8. El abandono de la culpabilidad

Ante las dificultades que presenta un concepto filosófico para ser cuantificado psicológicamente (catástrofe epistemológica generada por la confusión de niveles de análisis), por un lado comenzó a abrirse paso la tendencia a la construcción norma-

tiva del contenido de la culpabilidad, o sea, a reducir a la misma al reproche jurídico de un objeto jurídico, lo que no es más que la consagración de la arbitrariedad judicial en nombre de una prevención general que tampoco nadie conoce, en tanto que, por otro lado, se volvió a postular el abandono del concepto mismo de culpabilidad.

A partir de la misma de que las alternativas a la acción serían una hipótesis inde demostrable y que la culpabilidad no parece ser el fundamento para la imposición de la pena sino el límite que la administración de justicia necesita para la imputación subjetiva, lo que en definitiva se plantea es la búsqueda de un "principio de proporcionalidad" (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) que permanece como un problema sin resolver. De allí que la tarea sería la búsqueda y profundización de este principio, que reemplazaría a la culpabilidad.³²

Este principio de proporcionalidad no obstante, queda sumamente nebuloso, porque, o bien se ancla en una proporcionalidad con el contenido del injusto, o bien vuelve a caer en una construcción artificial en función de limitados datos normativos escogidos a voluntad que, aunque no se llamen "culpabilidad", no pasarían de ser otra construcción jurídica de reemplazo. Siempre que nos mantengamos en la pretensión de legitimar la pena y el poder punitivo, tan poco razonable resulta fabricar una libertad "jurídico-penal" como tomar en cuenta más o menos los mismos elementos con que fabricamos ésta y bautizarla de otra manera.

A nuestro juicio, el mérito de quienes postulan el reemplazo de la culpabilidad por el principio de proporcionalidad estriba en que subrayan adecuadamente la función encubridora que cumple el concepto manipulado de la culpabilidad en el discurso legitimante del poder punitivo: destacan acertadamente que la culpabilidad, en ese discurso, al centrar la atención sobre el autor, sustrae al conflicto del marco de la interacción social, impli-

cando la consagración jurídica de la teoría del “chivo expiatorio”.³³

Sin embargo, un reemplazo de la culpabilidad por una “proporcionalidad” con algunos caracteres subjetivos y objetivos del delito, no eliminaría la realidad del “chivo expiatorio” en el plano social, sino que sólo se limitaría a ignorarla en el jurídico, lo que, por cierto, no resuelve el problema del valor deslegitimante que la teoría del “chivo expiatorio” tiene sobre el discurso jurídico-penal.

9. La culpabilidad como limite a la prevención especial

La tendencia a convertir a la culpabilidad en un concepto jurídico relleno también jurídicamente en base a otro principio de igual naturaleza, se pone de manifiesto también por otra vía diferente. Ya vimos como se expresa a partir del dogma de la prevención general. Pues bien: otro sendero análogo se recorre por la ruta del dogma de la prevención especial. Según esta corriente, la libre voluntad no sería una realidad, sino un “principio jurídico regulativo”. La Constitución y el derecho en general, al considerar al hombre como libre y responsable, no tomarían partido en la cuestión filosófica, sino que consagrarían un principio regulativo.³⁴

Las intervenciones punitivas, desde este ángulo, no se justificarían de otro modo que “político-criminalmente” o sea, en función de una simple necesidad preventiva, donde la medida de la culpabilidad sólo serviría como limite. De allí que no haya necesidad de que la pena siempre alcance el limite de la culpabilidad.³⁵

Se han formulado varias críticas a esta posición. En principio, su más claro expositor —Roxin— parte de la indemostrabilidad de la libre determinación en función de un criterio de verdad científico-empírico. Siendo ello así, la libertad sería una suerte de ficción o de presunción. Un limite

ficticio, creado por el derecho en la forma de “principio regulativo”, no tendría más limite que el impuesto por él mismo y, en la medida que no abarque una realidad o se refiera a ella, quedaría “autosostenido”. Nadie puede medir una ficción, simplemente porque la ficción es una “no realidad”.

Todo esto debe ser entendido, sin perjuicio de considerar también que la libertad y la responsabilidad del hombre, en el plano jurídico-constitucional y político, no parece responder a una ficción.³⁶ Es algo bastante grave considerar que la dignidad del hombre, consagrada en las constituciones y en los documentos universales y regionales de Derechos Humanos se asienta en una ficción y no en la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La diferencia entre un totalitarismo y una democracia quedaría reducida a una elección, en que el primero rechazaría y la segunda aceptaría un mero principio jurídico regulativo. La propia jurisprudencia alemana parece afirmar la realidad del contenido de la culpabilidad, al considerar que la pena perpetua no era adecuada a ella en alguna hipótesis de asesinato³⁷ y con razón se ha preguntado si el legislador puede ser tan omnipotente como para decidir apoyarse en un sentimiento — que en definitiva sería un error — para considerar justa la imposición de una pena.³⁸

Parece bastante contradictoria la tentativa de asentar la pena sobre la prevención especial (que es tan dogmática como la general), basándose en el determinismo, para luego limitarla en función de una ficción indeterminista.³⁹

10. La culpabilidad a la medida de la prevención general positiva

Por último, otro de los caminos recorridos en este afán normativizador del contenido de la culpabilidad es el concepto funcionalista de la culpabilidad. Entron-

cado con la tesis sistémica de Luhmann⁴⁰ se construye una "culpabilidad" a la medida de los requerimientos de la prevención general positiva, o sea, en vez de buscar como punto de partida el temor necesario para que los otros no delinlean, parte de la búsqueda del reforzamiento de la confianza en el derecho por parte de los conciudadanos.⁴¹ La afirmación de Jakobs, según la cual la culpabilidad es un derivado de la prevención, no se modifica con la aclaración de que "prevención general positiva significa, más bien, tomar en cuenta las exigencias de autoestabilización de los conciudadanos, que implica la atribución de culpabilidad al autor",⁴² pues siempre se tratará de una construcción jurídica, que no toma en cuenta más dato de realidad que esa pretendida necesidad de autoestabilización, pues "el derecho penal no acepta ninguna culpabilidad antes de él, sino que la construye",⁴³ según la propia afirmación de Jakobs.

Este concepto de culpabilidad que mira hacia el futuro, o sea, en el efecto que la pena producirá en la generalidad al reforzarle su confianza en el derecho,⁴⁴ se hace acreedor a varias observaciones. En principio, no que deja de ser un concepto sistémico, que sobrepone el "sistema social" a la persona. En tal sentido da lugar a un derecho penal transpersonalista. En segundo lugar, es tan violatorio de la "regla de oro" kantiana — o cristiana — como el de la prevención general negativa e igualmente lesivo del principio de personalidad de la pena, porque nada tiene que ver la necesidad de autoestabilización del resto con el hecho en sí mismo, ni depende en nada del comportamiento del autor. Por último, tampoco hay quien pueda medir esta hipotética necesidad de autoestabilización que, de este modo, se convierte en otro dogma que permite al juez imponerle la medida que su parecer le indique.

Además de lo dicho, se ha observado con razón que Jakobs da un inmenso rodeo, pero al final del mismo parece volver a

colocar la libertad del autor nuevamente en el punto central de la cuestión,⁴⁵ entre otras cosas porque el reforzamiento de la confianza en el derecho no podría menos que presuponer en los destinatarios de la norma la capacidad de adecuar-se al derecho,⁴⁶ dado que de lo contrario se identificaría nuevamente con el positivismo y degradaría al derecho a un mero orden coactivo.

11. Balance: la "culpabilidad" como "no culpabilidad"

En definitiva, la cuestión que hoy nos plantea la culpabilidad no tiene solución: si no sabemos para qué se pena, no podemos saber cómo penar y la expresión "culpabilidad" no ha hecho más que dar un nombre a una disputa teórica. Esta disputa oculta una disputa de dogmas, que son las diferentes teorías de la pena. Los dogmas de la pena no tienen contenido real, pues son meras construcciones jurídicas que legitiman una práctica burocrática-judicial. Ningún dato de realidad social confirma que la pena cumpla alguna función preventiva general o especial. Por el contrario, los datos sociales indican que el poder punitivo tiene efecto reproductor. Como la pena se construye conceptualmente fuera de todo dato de realidad, una tendencia pretende construir una culpabilidad a la medida de los requerimientos de sus dogmas elegidos y sin ningún contacto con los datos antropológicos. Eso, en definitiva, es una renuncia a la culpabilidad, por el camino de su reemplazo por la ficción.

Una culpabilidad a la medida de la prevención general, positiva o negativa, o de la prevención especial, es una "no culpabilidad". La juridización total del contenido de la culpabilidad es la negación de la esencia de la misma y también la negación de la esencia del concepto del derecho, entendido como un orden normativo dirigido a personas, o sea, a entes responsables por capaces de determinarse conforme a

sentido. Creemos que esto no es más que otra prueba de que el discurso jurídico penal legitimante no es compatible con las ideas angulares del jushumanismo.⁴⁷ La aislada propuesta de abandonar la culpabilidad para reemplazarla por un principio de proporcionalidad⁴⁸ tiene la virtud de ser más sincera en este planteo, pero deja la situación tal como la había hallado.

La clave explicativa de esto radica en que la práctica punitiva no es racional y en que el ejercicio de poder penal es un puro ejercicio de poder que no es susceptible de legitimación. La pretensión de legitimar una práctica de poder irracional no puede menos que ignorar los datos de realidad que no son susceptibles de comprenderse en términos racionales. En el injusto, el discurso jurídico-penal puede mantenerse sobre carriles menos irracionales y generar mayores acuerdos, porque la teoría del injusto cumple la función de individualizar y circunscribir conflictos, pero cuando se trata de particularizar el conflicto en profundidad respecto de un autor concreto y decidirlo, como el modelo penal no permite resolverlo (dado que le falta una de las partes del conflicto, que nunca logró reemplazar satisfactoriamente el soberano), su racionalidad se quiebra. La ficción básica de solución que proviene de la "confiscación" del conflicto (expulsión de la víctima) impide la entrada de los datos de la realidad, hasta el punto de llevarle a renunciar a un dato elemental del derecho, esto es, a apartar al hombre como persona.

La crisis de la culpabilidad es el resultado del fracaso del discurso jurídico-penal en su empresa por legitimar un ejercicio de poder sustancialmente irracional y que se asienta sobre una ficción de solución de conflictos. Su insuficiencia explicativa no es más que una muestra de la imposibilidad de su empresa: no puede ignorar por mucho tiempo más la realidad, porque ha llegado al extremo de negar al propio derecho. Es imposible salvar el concepto del derecho mediante la afirmación de que las cosas no

son como los penalistas dicen que son, pero los efectos penales son como no son.

12. El abandono de la culpabilidad de acto por su escasa capacidad legitimante

Cabe preguntarse si en realidad, el abandono del concepto más tradicional de culpabilidad, esto es, de la culpabilidad fundada en la aceptación real del hombre como persona, obedece a las razones científicas que se esgrimen o a razones "político-criminales" (es decir, a la imposibilidad de legitimar la práctica punitiva con un concepto clásico de culpabilidad de acto).

Nos inclinamos a creer que los argumentos críticos que llevan al rechazo del concepto tradicional de culpabilidad no tienen entidad. Un concepto filosófico no se destruye por medio de una hipótesis psicológica. La psicología no puede menos que buscar explicaciones y, por ende, debe presuponer, como cualquier ciencia, una concatenación comprensible de los hechos del universo científico que abarca, pero esto es un presupuesto inevitable del saber y no una "profesión de fe". Siempre resta un espacio que corresponde a lo que no se puede explicar satisfactoriamente más que por hipótesis, pero en modo alguno anula la idea de "responsabilidad".

El indeterminismo es tan indemostrable como el determinismo, sólo que toda investigación sobre el comportamiento humano debe presuponer que éste responde a reglas y regularidades, pero esta presuposición no tiene por qué implicar una pretensión de "demostrar" el determinismo, o sea, la pretensión omnipotente de explicar la determinación de cualquier conducta, en cualquier momento, lugar y circunstancia.

La psicología, sin embargo, nos puede brindar elementos muy útiles para apreciar el grado de esfuerzo que una persona debiera haber realizado para comportarse de un modo diferente a cómo lo ha hecho en

la circunstancia dada. Un psicodiagnóstico no es un certificado de "no responsabilidad", sino un elemento utilísimo para poder estimar la magnitud del catálogo del conductas alternativas posibles.

No es exacto que no pueda apreciarse la amplitud de este catálogo en el hecho ni que la acreditación de esto sea imposible en el proceso penal. Se trata de un aspecto fáctico tan susceptible de prueba como cualquier otro. La falta de entrenamiento judicial para practicarlo no implica en modo alguno su imposibilidad procesal. No es el único hecho en que el juez requiere asistencia e ilustración pericial.

Lo que nos parece más cercano a la realidad es que la culpabilidad así entendida no sirve para legitimar la práctica punitiva. No creemos que la tendencia hacia la juridización del contenido de la culpabilidad provenga de una insuficiencia de las ciencias de la conducta para brindar un criterio en los casos límite,⁴⁸ et seq sino de una insuficiencia de la culpabilidad de acto entendida en la forma tradicional e ilustrada por los conocimientos de las ciencias de la conducta, para legitimar las prácticas burocrático-punitivas.

En efecto, una culpabilidad de acto estricta – y no hay otra – debe llevarnos a consecuencias que parecen paradójales en relación con las prácticas punitivas, pero que son las únicas compatibles con el concepto de persona:

a) Cuando las características personales hagan que más se incline la persona a la realización del acto, la culpabilidad será menor (exactamente al contrario de lo postulado por el derecho penal de autor);

b) La culpabilidad de acto estricta no permite legitimar la práctica que pena más gravemente al más entrenado y asumido para el rol de enemigo de la sociedad y que, mediante esa criminalización secundaria irracionalmente desproporcionada con la culpabilidad del acto, refuerza la imagen pública del enemigo de la sociedad.

Dicho más brevemente: creemos que el desconcierto y la disolución discursiva provienen de que al quebrarse la peligrosidad como discurso legitimante, no se encuentra otro que sirva para cumplir la función de legitimar la misma práctica. Al convertirse en "camino prohibido" los discursos más sinceramente autoritarios del derecho penal de autor, se hizo manifiesta la anarquía y la insuficiencia explicativa de los otros intentos discursivos. La peligrosidad y la culpabilidad de autor salieron por la puerta, pero quieren entrar por la ventana con distintos nombres y rostros, porque la práctica no cambió, sino que se quedó sin discurso de justificación satisfactorio.

La práctica punitiva no puede apelar a la culpabilidad de acto del derecho penal liberal, porque las consecuencias de la punición conforme a ella son diametralmente opuestas a las de la peligrosidad y la culpabilidad de autor, que son las que explicaban su proceder: sigue procediendo de la misma manera, pero no encuentra el discurso que reemplace a los desprestigiados por su excesiva sinceridad.

La culpabilidad de acto no puede explicar la agravación por reincidencia ni ninguna otra que pretenda fundarse en una condena anterior,⁴⁹ porque conforme a los datos de las ciencias sociales, cada intervención del poder punitivo limita aún más la autonomía de voluntad de la persona y su espacio social.

13. La disyuntiva de la culpabilidad

El futuro de la culpabilidad dependerá, en las actuales circunstancias, del futuro del ejercicio del poder punitivo y de la capacidad del derecho penal para reconstruirse como discurso.

En la medida en que el discurso jurídico-penal continúe siendo la justificación de un ejercicio de poder irracional y deslegitimado por el saber social, irán aumen-

tando sus signos de disolución y se irá aislando progresivamente de los datos sociales, hasta llegar a cerrarse completamente en sí mismo y empequeñeciéndose, degradado a mera racionalización burocrática.

Si, por el contrario, el discurso jurídico-penal contiene suficientes reservas de salud para reaccionar y operar como una planificación del ejercicio de poder de las agencias jurídicas para contener y limitar el ejercicio, para reducirlo progresivamente y llevarlo a sus expresiones mínimas con la utópica orientación hacia su cancelación o minimización extrema, el futuro de la culpabilidad debe partir de un retorno primario a la originaria culpabilidad de acto, como parte del derecho penal de acto, que es sinónimo de derecho penal liberal o de garantías.

14. Pena conforme a culpabilidad de acto no es pena "justa", sino la menos injusta

Colocándonos en la segunda hipótesis, esto es, en la reconstrucción racional del discurso jurídico-penal, no debe pensarse que la recuperación del derecho penal liberal o de garantías como discurso limitador, implique una legitimación de la práctica punitiva adecuada a sus pautas. La deslegitimación del ejercicio de poder punitivo es prácticamente radical y el límite conforme a los principios del derecho penal de garantías lo único que logra es un descenso del nivel de irracionalidad y violencia de ese poder. Los límites garantísticos son patrones del máximo de irracionalidad tolerable, que deben impulsarse en sentido reductor. La culpabilidad de acto, dentro de este cuadro, no es más que un límite a la irracionalidad. Las penas graduadas conforme a ella, seguirán siendo irracionales, aunque mucho menos irracionales que las graduadas conforme al derecho penal autoritario.

El derecho penal liberal operaría como una suerte de convenio de Ginebra para el tiempo de la política o de la paz. Esto no significa que las penas deban graduarse necesariamente conforme a la culpabilidad de acto, porque ésta no es un fundamento legitimante de la pena, sino que la pena, como parte del poder punitivo, siempre quedará deslegitimada. El respeto a las reglas sobre el trato de los prisioneros de guerra no legitima la guerra, sino que se limita a ser el marco de un máximo de violencia tolerada. La pena que pueda imponerse por debajo de ese límite siempre será mejor y menos violenta e irracional.

De allí que el concepto de culpabilidad, al menos en cuanto a su función cuantificadora penal, deberá complementarse o integrarse con el dato fáctico de la posibilidad de reducir su valor indicativo. Creemos que la agencia judicial debe tratar de imponer la pena menor que las circunstancias permitan, procurando que ésta se halle por debajo del límite máximo indicado por la culpabilidad de acto, que sólo será un límite máximo a la tolerancia de la irracionalidad sustancial de la pena.

15. La propuesta de una culpabilidad por la vulnerabilidad

La cuantificación penal reconocería como límite máximo la culpabilidad de acto, pero no hemos explicitado con ello el correctivo fáctico que permitiría establecer penas por debajo de ese límite. A nuestro juicio, esto puede practicarse a partir de la vulnerabilidad que la persona ofrece al ejercicio del poder punitivo. Es un dato de la realidad que cuanto mayores el esfuerzo que una persona ha hecho para hacerse vulnerable al ejercicio del poder punitivo, menor será el espacio de la agencia judicial para bajar la pena del límite que le señala la culpabilidad, y viceversa.⁵⁰

De este modo, la cuantificación penal, consistente siempre en la tarea de imponer

la pena menos violenta posible, arrojaría un límite máximo (magnitud "O") que estaría dado por la culpabilidad de acto. El espacio de poder de la agencia judicial para cuantificar la pena por debajo de ese límite (magnitud "-1", "-2" etc.) dependerá siempre del esfuerzo que haya hecho la persona por alcanzar la situación de vulnerabilidad en que lo ha sorprendido el poder punitivo, esfuerzo del que formará parte la magnitud del contenido injusto del hecho, entre otros datos (caracteres personales que corresponden o no al estereotipo, por ejemplo).

Una persona cuyas características personales coinciden con las del estereotipo criminal, basta con que incurra en un injusto leve para que sea vulnerable. Por regla general, la vulnerabilidad alcanzada con poco esfuerzo concede a la agencia judicial un espacio de poder muy considerable para imponer penas mínimas o muy leves, sin que las restantes agencias de poder punitivo tengan argumentos o elementos para criticarla y desprestigiarla. Inversamente, ante esfuerzos muy grandes, la agencia judicial carece de poder para proteger de igual forma. Partiendo del principio de que la pena más leve es la menos violenta, la agencia judicial tiene poder en el primer caso para bajar a magnitudes -1, -2 etc., en tanto que no puede hacerlo en el segundo, so pena de sufrir desprestigio, críticas y pérdida de poder, caso en el que no le restará otro medio que mantenerse cerca de la magnitud "O" (indicada por la culpabilidad de acto).

Es posible pensar en una culpabilidad de acto pura como carácter del delito y en una culpabilidad por la vulnerabilidad (culpabilidad de acto corregida con el dato fáctico del esfuerzo por la vulnerabilidad) como culpabilidad de cuantificación penal (*Strafzumessungsschuld*).

No obstante, no creemos que sea conveniente esta división, pues no descartamos la posibilidad de un efecto de la consideración del esfuerzo por la vulnerabilidad

dentro de la propia teoría del delito, como un camino para impulsar judicialmente la decriminalización de injustos menores, pero que de cualquier manera no puedan ser excluidos en función del principio de insignificancia de la lesión al bien jurídico.

Nos parece que constituye un claro caso de punición aberrante que una persona que halla un paquete de golosinas en la calle sea condenada por apoderamiento de cosa perdida cuando su culpabilidad se halla reducida por su condición social y por su motivación en llevarlo a sus niños y el esfuerzo para alcanzar la vulnerabilidad por un injusto tan reducido y con culpabilidad de acto tan baja, haya sido ínfimo, pues lo determinante fue justamente su condición social que lo hace "sospechoso" al poder. Es posible pensar en una insignificancia del delito cuando coinciden bajos niveles de injusto, de culpabilidad por el acto y de esfuerzo por la vulnerabilidad. La pena siempre es violenta, pero en un supuesto como el ejemplificado, resulta más intolerablemente violenta.

16. ¿Por qué la culpabilidad por el acto no puede fundar la pena?

Si admitimos la culpabilidad por el acto, es bastante lógico que construyendo la misma sobre la base de un dato que consideramos real, como es la ausencia de persona del hombre, se piense que esa culpabilidad puede fundar la pena y no sólo colocarle un límite máximo.

No obstante, un dato elemental de las ciencias sociales nos muestra su incapacidad legitimante: la culpabilidad es un reproche que se le formula a un autor, pero a un autor, previamente seleccionado conforme a un estereotipo, entre un universo de personas que cometen conductas primariamente criminalizadas, pero que no son sometidas a un proceso de criminalización secundario, porque sabemos que es de la esencia del poder punitivo su ejercicio

selectivo, dada su escasísima capacidad operativa comparada con la planificación punitiva de la criminalización primaria. La posibilidad de criminalización secundaria siempre es raquítica comparada con la planificación abstracta que se lleva a cabo mediante la criminalización primaria.

Debido a ello, la culpabilidad es siempre un reproche selectivo que se le formula a un "chivo expiatorio".

Esa selección no puede legitimarse mediante un juicio de culpabilidad que ignore este dato, por más que ese juicio reconozca a la persona su carácter de persona. Este juicio será menos irracional que el que directamente le desconozca ese carácter y pretenda hacerle sufrir aún más las consecuencias de su utilización como "chivo expiatorio", pero en modo alguno legitima el reproche, porque sigue siendo selectivo y, por ende, gravísimamente violatorio de la igualdad ante la ley.

La selección que lleva a cabo el poder punitivo implica, en cierta medida, el fracaso del autor en la empresa en que la inmensa mayoría tiene éxito, es decir, en permanecer en el anonimato del universo en que se hallan todos los demás que cometen delitos.

Esa selección no puede legitimarse con un juicio de culpabilidad que la ignore. Admitir que el límite que indica ese juicio es un patrón máximo de violencia, tolerada ante la falta de otro medio de resolver el conflicto, es una cosa, pero pretender que por debajo de ese límite no hay violencia sólo sería posible ignorando la violencia de la altísima selectividad clasista, racista, política, ideológica etc., del poder penal.

17. Los mínimos de las escalas penales superiores a la pena indicada por la culpabilidad por el acto

Durante mucho tiempo se ha pretendido justificar los mínimos de las escalas penales en función de consideraciones de

prevención general. La prevención general no pasa de ser un dogma, y la pretensión de una supuesta división del trabajo entre el legislador ocupado en ella y el juez ocupado en la prevención especial, no es tampoco más que una forma de instrumentar ese dogma para que el juez no pueda objetar nada a la vocación terrorista del legislador. Son frecuentes en nuestros países los impulsos demagógicos que asimilan cada vez más delitos al homicidio, en tanto que los estados latinoamericanos siguen siendo los primeros homicidas. Parece que de esta manera se está haciendo realidad en nuestro continente el vaticinio de Bettiol, y la atribución de los mínimos de las escalas penales a "prevención general" de incumbencia legislativa implica dejar al juez impotente frente a esos abusos. Se trata de un elemento negativo del discurso penal, en el sentido de que limita el poder de la agencia jurídica—renuncia a un elemental deber de control de límites de irracionalidad—cediéndolo graciosamente a las agencias políticas.

Lo cierto es que en la práctica abundan los casos en que la magnitud de la culpabilidad de acto indica una pena cuyo límite máximo es menor que el mínimo establecido en la respectiva escala legal. El propio legislador reconoce este fenómeno en textos que contemplan la llamada "emoción violenta" genérica (al estilo suizo) o los casos específicos de homicidio por adulterio (al estilo de los arts. 310 y 311 del código del D.F. mexicano), para delitos contra la vida y la integridad física, pero no la reconocen para los otros delitos. En estos textos, que no reconocen fórmulas generales de culpabilidad disminuída que permitan imponer penas por debajo de los límites mínimos, cabe preguntarse cómo debe procederse cuando es evidente que la pena conforme al mínimo legal viola el límite máximo que señala la culpabilidad de acto.

Conforme al código argentino, por ejemplo, si una persona que reclama el pago

de una deuda y recibe como respuesta burlas y sarcasmos e injurias de su deudor, en el caso en que extrajese un arma, y bajo los efectos de la ira que le provoca la injuria del deudor, lo matase, sería pasible de una pena cuyo mínimo sería de un año de privación de libertad. Si en la misma circunstancia, en lugar de matarlo se limitase a amenazarlo, el mínimo de la pena sería el mismo. Pero si en lugar de matarlo o amenazarlo, se llevase la cosa debida o algo de valor equivalente, la pena mínima sería de cinco años. Además, si al calor de la ira, sin usar arma alguna, le imputase falsamente un delito, también tendría la misma pena que si le matase.

Esta consecuencia parece ser inadmisibles. Podría argumentarse que en este caso, de imponerse una pena inferior al mínimo legal, no sería la pena "legal" y que, por ende, la opción sería entre "pena legal" o ninguna pena. No creemos en esta solución. La legalidad de la pena es una garantía de medida máxima y en este supuesto, la imposición de una pena menor que la indicada por el mínimo legal, no afecta en nada tal garantía.

En este sentido, creemos que la culpabilidad de acto constituye un elemento utilísimo para corregir las tendencias terroristas del legislador penal. Sería otra razón más para explicarnos a disfuncionalidad de este concepto para cualquier empresa legitimante de la práctica punitiva burocrática.

18. Conclusión

La culpabilidad en el siglo XXI es un interrogante que, desde esta etapa finisecular, sólo podemos ver como alternativa unida al destino del poder y de la sociedad. Si la sociedad del siglo XXI consigue consolidar vínculos de co-existencia en base a procedimientos racionales y efectivos de solución de conflictos, reducirá su necesidad de ocultar su incapacidad resolutive

mediante la "penalización" que implica la confiscación de los conflictos y manipulará menos a su población mediante la fabricación de una "guerra" en que los únicos enemigos son los que previamente fabrica mediante la misma prisonización. A la construcción de esta sociedad brindaría un aporte fundamental un discurso jurídico-penal reductor del poder penal, orientado hacia la utopía abolicionista. En el marco de este discurso, una culpabilidad de autor complementada en la forma de culpabilidad por la vulnerabilidad ejercería un papel reductor muy importante.

Por el contrario, en la medida en que el siglo XXI siga profundizando la tendencia autoritaria y manipuladora de las sociedades incapaces de brindar soluciones a los conflictos, el derecho penal continuará siendo un discurso legitimante de la práctica burocrática, falso y aberrante desde el punto de vista jurídico, porque manipulará cualquier idea de derecho penal de autor para fabricar una culpabilidad – o un equivalente – que prescinda de la realidad sustentadora de todo el orden jurídico: la persona.

19. Notas

- (*) Ponencia, para el Congreso Nacional de Derecho Penal de México (San Luis Potosí, setiembre de 1990).
- (1) Una visión amplísima de esta destrucción la proporciona Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989.
- (2) Sobre ello, Karl Engisch, *Zur Idee der Täterschuld*, en ZStW, 1942, 170; Paul Bockelmann, *Studien zur Täterstrafrecht*, Berlin, 1940.
- (3) Expresamente, Giuliano Allegra, *Dell'abitudine criminosa*, con prefazione dell'Avv. Prof. Eugenio Florian, Milano, 1928.
- (4) Su concepto sociológico en Erwin Goffman, *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo, 1974.
- (5) La expresión es de Michel Foucault, *Microfísica del poder*, Madrid, 1979.

- (6) No sólo existe la "mala conciencia del buen criminólogo" de que habla Massimo Pavarini (Introduzione a ... la Criminologia, trad. de Ignacio Muñagorri, México, Siglo XXI), sino también la del "buen penalista".
- (7) Trazamos este programa en En busca de las penas perdidas. *Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 1989.
- (8) Anton Griffel, Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit, en ZStW, 1986, 31.
- (9) Asi, Heinz Zipf, Die Strafzumessung. *Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg — Karlsruhe, 1977, p. 28.
- (10) Cf. Wolfgang Frisch, Gegenwärtigen Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, en ZStW, 349.
- (11) Así Hans-Henrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, Berlin, 1988, p. 366.
- (12) Edmund Mezger, en ZStw, 1938, 689.
- (13) Bockelmann, op. cit., p. 153.
- (14) Así Roxin, Zur Problematik des Schulds-trafrechts, ZStW, 1984, 651.
- (15) Günter Ellscheid — Winfried Hassemer, Strafe ohne Vorwurf, Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung, en Seminar abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, herausgegeben von klaus Lüderssen und Fritz Sack, Band I. Strafgeseztgebung und Strafrechts-dogmatik, Frankfurt a.M., 1975, p. 266.
- (16) Hans Jürgen Bruns, Das Recht der Stratzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis, Köln, 1985.
- (17) Así, Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1969, 142; Jescheck, op. cit.: Baumann/Weber, Strafrecht, Allg. Teil, 1985, 365; Hermann Blei, Strafrecht Allg. Teil, 1983, 176; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976, p. 225; Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzip, 1976, p. 29; Maurach/Zip: Strafrecht, allg. Teil, 1987, 473 etc.
- (18) Así Jesched, op. cit., p. 366.
- (19) Así, Welzel, op. cit., también en Das neue Bild.
- (20) Maurach/Zipf, op. cit., 470.
- (21) Ver Jürgen Tiemeyer, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuld-begriffs, en ZStW, 1988, p. 545.
- (22) Así, Haddenbrock, JZ, 1969, 123, cit. por Tiemeyer, ZStW, 1988, 545.
- (23) Franz Alexander — Hugo Staub, El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico, Madrid, 1935; en sentido crítico, Rudiger Herren, Freud und die Kriminologie. Einführung in die psychoanalytische Kriminologie, Stuttgart, 1973.
- (24) Es el punto de partida de la construcción de Roxin, ZStW, 1984, 643.
- (25) Frisch, op. cit., 362.
- (26) Así, Scünemann GA, 1986, 309.
- (27) Así Jescheck se refiere al "poder medio de actuar de un modo distinto" (op. cit. 371); en análogo sentido Paul Bockelmann, Strafrecht. Allg. Teil, München, 1979, p. 112.
- (28) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht. Allg. Teil, Tübingen, 1982, p. 188.
- (29) Cf. Frisch, op. cit., p. 365.
- (30) V. Mario Cattaneo, *Dignita umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, 1981.
- (31) Giuseppe Bettiol/Luciano Pettoello Mantovani, *Diritto penale*, Parte Generale, Padova, 1986, 826; con cita de Guameri.
- (32) V. Ellscheid-Hassemer, op. cit.; en sentido crítico: Arthur Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz, en "Fest f. Lange", Berlin, 1976, 27.
- (33) Winfried Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, Trad. de Muñoz Conde. Barcelona: Arroyo Zapatero, p. 299.
- (34) Roxin, ZStW, 1984, 643.
- (35) Idem, 651.
- (36) Griffel, op. cit., p. 29.
- (37) Jurisprudencia del BGH y del BVerf. GE cf. Griffel, 29-30.
- (38) Griffel, op. cit., p. 30.
- (39) Uncamino próximo a este, aunque aceptando que el límite de la culpabilidad se puede reconocer y que la prevención especial no era sinónimo de determinismo, seguimos en nuestro Tratado. Aceptando allí un reducido correctivo por vía de la peligrosidad, que luego abandonamos, para abandonar ahora todo intento de relegitimar la pena. Nos percatamos ahora que nuestra fundamentación de la pena en la prevención especial no era más que otra racionalización legitimante de una práctica que siempre es reproductora.
- (40) V. nuestro trabajo. El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales, en *Estudios penales en memoria*

- del Profesor Agustín Fernández Albor*. Sgo. de Compostela, 1989, 747.
- (41) G. Jakobs, *Strafrecht Allg. Teil. Die Grundlage und ihre Zurechnungslehre*, Berlín, 1983, p. 439.
- (42) Franz Streng, *Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand*, en *ZStW*, 1989, 273.
- (43) G. Jakobs, 439.
- (44) Sobre ello, tiemeyer, 528.
- (45) Lenckner, en *Schönke-Schröder*, § 13.
- (46) Tiemeyer, 551.
- (47) V. nuestro trabajo en *Libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain*. San Sebastian : Donostia, 1989, 431.
- (48) V. Tiemeyer, op. cit. Parece señalar este defecto, Roxin, en *Fest. F. Bockelmann*, 1979, 291.
- (49) El rechazo liberal de la reincidencia puede verse desde el Código Toscano de 1786 (Carlo Paterniti). *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, Padova, 1985 y en Mittermaier, C.J.A., en nota a Feuerbach, *Lehrbuch*, Giessen, 1847; en Carnot, *Commentaire sur le Code Pénal*, Paris, 1836; también en los autores citados por Ferrajoli, op. cit.: Morelly, Tissot, Pagano, Carmignani etc.
- (50) Hemos enunciado este criterio en *En busca de las penas perdidas*, cit.