

El principio de culpabilidad como mandato de optimización

Deconstruyendo la culpabilidad, un segundo desarrollo

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Universidad de La Laguna

Abstract*

La estructura normativa del principio de culpabilidad determina su forma de aplicación. Luego, si el principio de culpabilidad es propiamente un principio, no puede entonces fungir como una regla. Tampoco como “bastión infranqueable de limitación de la intervención jurídica estatal”, en el sentido de la doctrina mayoritaria. Pues los principios son normas que sólo permiten una realización gradual y relativa, en el caso concreto, a través de su ponderación.

Die normative Struktur des Schuldprinzips bestimmt seine Anwendungsform. Wenn das „Schuldprinzip“ ein Prinzip ist, dann kann es nicht als Regel fungieren. Es kann dann auch nicht im Sinne der herrschenden Meinung als „Bollwerk rechtsstaatlicher Eingriffsbegrenzung“ fungieren, denn Prinzipien sind Normen, die nur graduell nach einer Abwägung im konkreten Fall verwirklicht zu werden brauchen.

The normative structure of the culpability principle determines the way it must be applied. Thus, if the culpability principle is in fact a principle, then it cannot work as a rule. It cannot work as an impassable limit to the legal intervention of the State either, in the way the majority of the legal scholarship states. That is because principles are norms that can only be applied through a weighting, considering other concurrent principles in the particular case.

Title: The culpability principle as optimization requirement

Titel: Das Schuldprinzip als Optimierungsgebot

Palabras clave: principio de culpabilidad, mandato de optimización, ponderación

Keywords: culpability principle, optimization requirement, weighting

Stichwörter: Schuldprinzip, Optimierungsgebot, Abwägung

Sumario

- 1. Reglas y principios, a modo de introducción**
- 2. El principio de culpabilidad en el discurso vigente**
 - 2.1. ¿El principio de culpabilidad como regla? La comprensión de Claus ROXIN**
 - 2.2. La comprensión de nuestra jurisprudencia**
- 3. Operando con el principio de culpabilidad**
 - 3.1. Inculpabilidad**
 - 3.2. Culpabilidad**
 - 3.3. Culpabilidad disminuida**
- 4. Epílogo**
- Tablas de jurisprudencia**
- Bibliografía**

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación: “Neurociencia y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad (MICINN/DER2009-09868). IP: Eduardo Demetrio Crespo”.

1. Reglas y principios, a modo de introducción

Según una asentada distinción en la teoría del Derecho, en la materia jurídica cabe diferenciar –dentro de las distintas clases de normas– entre reglas y principios¹. Las primeras, las reglas, son normas que prescriben de forma definitiva, esto es, prescriben inexorable y definitivamente su contenido. Por poner un primer ejemplo, art. 16.3 de la Constitución española: “ninguna confesión tendrá carácter estatal”; o un segundo ejemplo algo más cercano, art. 5 del Código penal español: “no hay pena sin dolo o imprudencia”. Se trata de que las mismas bien se cumplen: hay pena y concurre dolo o imprudencia, bien se infringen: hay pena pero no concurre dolo ni imprudencia, en función de la realización o no de su contenido: proscripción de pena en ausencia de tales elementos del tipo. Frente a ello, los principios sólo son susceptibles de realización graduable, esto es, en mayor o menor medida. Se trata en palabras de ALEXY, de normas que prescriben realizar “algo relativamente, en la mayor medida posible, en función de las circunstancias fácticas y jurídicas” concurrentes².

Frente a la comprensión de ALEXY, quien pretende –según parece– adscribir una suerte de constitución ontológico-normativa a los principios³, la estructura de los mandatos de optimización se explica por la concurrencia de dos propiedades –a nuestro juicio– no necesariamente coincidentes: un contenido de realización graduable o –en otras palabras, en contraposición con las reglas– no definitivo, sino más o menos realizable⁴, así como, en segundo lugar, una significación o peso normativo que empuja –precisamente por eso, por su importancia o significación– en el marco del discurso jurídico, a su optimización. En este sentido, es la apreciación de tales notas lo que permite coincidir con la doctrina mayoritaria y hablar propiamente del denominado principio de culpabilidad. Así, la segunda parte de la fórmula, “la medida de la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad”⁵, explicita que el juicio de culpabilidad no permite una realización definitiva de este principio, sino que en su aplicación en el caso concreto, se constatan no culpabilidades absolutas, sino en mayor o menor medida, de la mano del –grado de apreciación de su objeto, esto es, el– concreto concepto material de culpabilidad adoptado⁶, adecuando la medida de la pena a la concreta medida de la culpabilidad que se aprecie. Se trata, en este último sentido, de la mayor o menor adecuación de los

¹ ALEXY, «Die Gewichtsformel», en JICKELI *et al.* (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 771 y s., con ulteriores referencias. Ampliamente EL MISMO, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., 2007, pp. 67 y ss.

² Con ulteriores referencias ALEXY, en JICKELI *et al.* (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 771 y s. Con mayores matices ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1996, pp. 5 y ss., 9 y ss.

³ Ilustrativo POSCHER, «Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles», *Ratio Juris*, 2009, pp. 433 y ss., 449, criticando “the attempt to ontologize principles in the sense of optimization requirements as a logical norm type of their own”.

⁴ De otra opinión ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1996, pp. 9 y s.

⁵ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. PG III. Teoría jurídica del delito*, 2001, pp. 16 y ss., con ulteriores referencias.

⁶ En principio ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006, I § 19 D margs. 16: “ob und inwieweit freilich das Schuldprinzip... [seine] Aufgabe erfüllen kann, hängt davon ab, wie man den Begriff der Schuld inhaltlich bestimmt”.

fundamentos de hecho a los presupuestos de un concreto concepto material de culpabilidad, así como a las restantes razones concurrentes.

En cuanto a su significación normativa, cabe remitir al respecto a los distintos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional⁷, siendo esta significación en Derecho y en particular, su vinculación con el principio de dignidad⁸, lo que determina su comprensión –imperativa, esto es– como mandato de optimización, frente a otros principios más débiles para los que basta o pudiera bastar, por poner otro ejemplo, la mera constatación de su no exclusión⁹. En este último sentido, el principio de culpabilidad se presta a una comprensión como mandato de observar en la mayor medida posible, el principio de dignidad en el juicio de culpabilidad¹⁰. En términos negativos se formula como proscripción de la instrumentalización del sujeto, esto es, como mandato que proscribire –en la mayor medida posible– la instrumentalización del sujeto en la determinación de la pena –y con ello, en el nivel analítico antecedente– en el juicio de culpabilidad, sujetando aquella –la pena– a la medida de su merecimiento¹¹.

⁷ STC, 2ª, 4.10.2010 (RTC. 57; ponente Jiménez Sánchez), fundamento de derecho noveno; STC, 1ª, 2.11.2004 (RTC. 181; ponente Casas Baamonde), fundamento de derecho décimo tercero, ambas con ulteriores referencias. Expresamente, también STS, 2ª, 5.7.1991 (Ar. 5545; ponente Bacigalupo Zapater), fundamento de derecho primero: “constituye una consecuencia institucional de la prohibición de tratar a las personas como medios y no como fines en sí mismos, es decir, del imperio de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social”. Asimismo BVerfGE, 26.2.2008 (Akt.Z: 2 BvR 392/07): “Der Grundsatz ‘keine Strafe ohne Schuld’ hat Verfassungsrang; er findet seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 Abs. 1 GG und im Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 9, 167 <169>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>). Aus diesem Grundsatz folgt für die Strafgerichte das Gebot schuldangemessenen Strafens im Einzelfall. Danach muss Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen”. En nuestra doctrina cfr. DEMETRIO CRESPO, «Schuld und Strafzwecke», en JÄGER (ed.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin*, 2011, p. 695; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2008, p. 124 marg. 66; más recientemente, EL MISMO, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en CARBONELL *et al.* (dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2009, p. 1379; URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 72 y s.

⁸ Expresamente STC, 2ª, 22.5.1986 (RTC. 65; ponente Latorre Segura), fundamento de derecho cuarto. Asimismo BVerfGE, 26.2.2008 (Akt.Z: 2 BvR 392/07), con ulteriores referencias. Sobre el principio de dignidad, asimismo v. STC, pleno, 11.4.1985 (RTC. 53; ponentes Begué Cantón/Gómez-Ferrer Morant), fundamento de derecho tercero; STC, pleno, 23.12.1994 (RTC. 337; ponente González Campos), fundamento de derecho cuarto. En esta línea KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 117 y s.: “Mit dem Menschsein ist auch das Schuldprinzip gegeben”. De otra opinión FRISTER, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsumutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, 1988, pp. 37 y s., 130.

⁹ Así, en relación con “the principle of good faith” POSCHER, *Ratio Juris*, 2009, pp. 442 y s.

¹⁰ En este sentido, ilustrativo NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1989, pp. 287 y ss., formula este principio en los siguientes términos p. 287: “el principio de dignidad de la persona... prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento”; previamente, también, p. 46, señalando que este principio “prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control”; siguiendo al anterior ATIENZA, *Tras la justicia*, 1993, pp. 234 y s. En un sentido próximo PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., 2003, p. 18: “el último rasgo de los contenidos de la dignidad exige la decisión personal, la autonomía o la independencia moral, que conduce a la salvación, al bien, a la virtud o a la felicidad, no puede alcanzarse por un representante que sustituya nuestra decisión”; y algo más adelante, en p. 68: “la dignidad deriva de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir”; igualmente, siguiendo a *Cattaneo*, v. p. 57.

¹¹ Expresamente STC, 1ª, 2.11.2004 (RTC. 181), fundamento de derecho décimo tercero. En un sentido próximo KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 117 y s.: “Spricht man dem Menschen generell die Schuldfähigkeit ab, so verneint man seine personale Würde und macht ihn für Zwecke verfügbar wie die untermenschliche Natur”.

Esta estructura normativa y en definitiva, que se hable del principio de culpabilidad y no, por poner otro ejemplo, de la “regla de culpabilidad”, determina la función de este instituto. El principio de culpabilidad no prescribe inexorable y definitivamente su contenido¹². Entre otras razones, porque ello no es posible –en particular– en los casos difíciles. Sucede que el principio de culpabilidad, a diferencia del art. 16.3 de la Constitución española antes citado, no posee una estructura normativa alterna excluyente: se cumple o no; sino una estructura normativa que permite únicamente una observancia relativa: en mayor o menor medida en función de las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes. Ello es particularmente visible en los casos difíciles: se trata de ponderar y observar en la medida de lo posible¹³; pero en los casos fáciles no muta de estructura: se sigue operando con el mismo principio. Se trata, en esencia, de que la naturaleza y estructura normativa del denominado principio de culpabilidad –como la de todo instituto jurídico– determinan su forma de observancia y aplicación, lo cual no siempre se advierte claramente en la función que se le asigna en nuestra doctrina y jurisprudencia. Por poner dos ejemplos:

2. El principio de culpabilidad en el discurso vigente

2.1. ¿El principio de culpabilidad como regla? La comprensión de Claus ROXIN

Una primera comprensión, de amplia influencia en nuestro discurso, sugiere explícitamente, asignar a este principio una función de límite. En concreto, apunta Claus ROXIN: “la categoría delictiva que tradicionalmente denominamos *culpabilidad* tiene en realidad mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, algo empíricamente difícil de constatar, que con el problema normativo de si y hasta qué punto en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionadas por la situación conviene una sanción penal a una conducta que, en principio, está amenazada con una pena. Para responder a esta cuestión deben incluirse en el trabajo dogmático tanto la *función limitadora de la pena que representa el principio de la culpabilidad* como las consideraciones de prevención general y especial”. Según este esquema, y por poner dos ejemplos, “el que una persona perteneciente a una determinada profesión destinada a prevenir el peligro (por ejemplo, un policía o un bombero), no pueda disculparse, invocando una situación de necesidad, más fácilmente que otra, se debe a la protección de bienes jurídicos, es decir, a un interés de la comunidad que exige aquí una sanción; mientras que puede permanecer impune el que actúa en una situación parecida, pero sin tener un deber social específico, porque no necesita la resocialización y, dado lo excepcional de la situación, no puede dar un mal ejemplo”¹⁴.

¹² En sentido contrario, MIR PUIG, en CARBONELL *et al.* (dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2009, pp. 1380 y ss., quien adscribe al citado principio un “fundamento absoluto”, dificultando con ello, en particular, su operatividad en los casos difíciles.

¹³ Cfr. STS 2ª, 17.6.2004 (Nº 778; ponente Abad Fernández), fundamento de derecho segundo.

¹⁴ ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, pp. 40 y s.; igualmente, en p. 67, señalando que esta categoría “viene acuñada desde el punto de vista policriminal por la teoría de los fines de la

El principio de culpabilidad funge aquí como un primer presupuesto que determina la exigencia de que el actor, en la concreta situación en que se halle, resulte accesible a la función de motivación (“*Appellwirkung*”) de la norma y disponga de una suficiente capacidad de autocontrol (“*Selbststeuerung*”), de forma que le sea posible psíquicamente una alternativa de conducta conforme a Derecho¹⁵. Mientras que en un segundo momento, y una vez establecida la concurrencia de culpabilidad, entrarían en consideración razones de prevención, las cuales pueden determinar la impunidad –e irresponsabilidad– de lo injusto culpable¹⁶. Según este planteamiento, el principio de culpabilidad funge como un presupuesto de la pena, de modo que ninguna magnitud de “necesidad preventiva de pena puede justificar una sanción penal, que sea contraria al principio de culpabilidad”¹⁷. Sumariamente: “*la finalidad preventiva fundamenta la necesidad de pena, el principio de culpabilidad limita su admisibilidad*”¹⁸.

Una primera duda que nos suscita este planteamiento es de naturaleza conceptual. Si la función limitadora de la pena que se atribuye al principio de culpabilidad se concreta en establecer la concurrencia de los citados presupuestos: accesibilidad a la función de motivación (“*Appellwirkung*”) de la norma y suficiente capacidad de autocontrol (“*Selbststeuerung*”)¹⁹; entonces, ya no se trata de optimizar el contenido de este principio, sino de una prescripción definitiva: observar en todo caso, la concurrencia de aquellos. De esta forma, el principio de culpabilidad muestra una estructura que, bien se cumple: el actor es accesible a la función de motivación de la norma y ostenta la señalada capacidad de autocontrol, bien no se cumple: el actor no es accesible a la función de motivación de la norma o/y no ostenta la señalada capacidad de autocontrol. En este segundo caso, cuando no se observan los mismos –por ejemplo, por razones de prevención– y sin embargo, se castiga, cabría concluir, entonces, que se infringe o vulnera el principio de culpabilidad, no

pena”; EL MISMO, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 15 y s. Siguiendo al anterior SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, pp. 159, 172. Críticamente, a su vez MUÑOZ CONDE, «Introducción», en ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, p. 12.

¹⁵ ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 19 A marg. 3; sobre todo ello con detalle § 20 A margs. 1 y ss.

¹⁶ ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 19 A margs. 3 y ss., 6. En un sentido distinto, por ejemplo v. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 205 y s.: “die Strafe [bedeutet] die sittlich notwendige Antwort auf begangene Schuld, sie ist ihrem Wesen nach nicht kriminalpolitische Zweckmaßnahme, sondern Mittel zur Wiederherstellung und Bewährung der sittlichen und rechtlichen Ordnung”.

¹⁷ ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 19 A marg. 7; igualmente SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, pp. 159, 172 y ss. En nuestra doctrina, en un sentido próximo MIR PUIG, «Límites del normativismo en Derecho penal», en DOLCINI *et al.* (ed.): *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, pp. 473 y s., insistiendo en que “la función de prevención (que en sí misma exige eficacia empírica en la evitación de daños reales) ha de estar limitada por los principios que garantizan el respeto que hoy consideramos debido al individuo en atención a su dignidad psico-física”; más recientemente DEMETRIO CRESPO, en JÄGER (ed.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin*, 2011, pp. 695 y s., 703. Críticamente, a su vez, JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 5 y s., 32: “Der Zweck, der in die Schuld eingeht, kann durch Schuld nicht limitiert werden, und die Schuld, in die der Zweck eingegangen ist, begründet Strafe”.

¹⁸ SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 172.

¹⁹ ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 19 A marg. 3; sobre todo ello con detalle § 20 A margs. 1 y ss.; en el mismo sentido SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, pp. 164 y s., 173.

que se observa insuficiente- o –en términos económicos– ineficientemente el citado principio²⁰. Pero entonces, si se habla con propiedad, no debiera aludirse al principio, sino a la “regla de culpabilidad”.

Una segunda duda versa, más allá de cuestiones conceptuales, sobre la idoneidad de tal comprensión. En este otro sentido, quizá los casos fáciles se presten a esa otra comprensión de la fórmula “*nulla poena sine culpa*”. Al menos en apariencia, pues ya la terminología empleada por el legislador “perturbación profunda de la conciencia” (“*tiefgreifende Bewußtseinsstörung*”) o “alteración síquica grave” (“*schwere seelische Abartigkeit*”), permiten intuir que tal delimitación es difícilmente practicable, pues ya en sede de culpabilidad – como peldaño previo a la responsabilidad, nos apunta– se trata también de razones normativas que precisan de ponderación²¹. Más concretamente, señala ROXIN que en la determinación de los presupuestos de la culpabilidad, no se procede abstractamente, “sino que siempre deben determinarse en relación con la concreta realización típica”²², de forma que el juicio de culpabilidad puede variar en función de que se trate de una figura –por ejemplo, robo– u otra –por ejemplo, homicidio. Asimismo, en los supuestos de imputabilidad disminuida, subraya el carácter graduable de la capacidad de (auto-)control (“*Steuerungsfähigkeit*”) ²³, así como la consideración, en su determinación, de criterios normativos: “lo decisivo son las exigencias que el ordenamiento jurídico plantea a todo sujeto. Estas son mayores, cuando más grave es el delito en cuestión”²⁴. Pero con ello, mediante la introducción de aspectos como la gravedad del delito –y correlativas razones de prevención– se esboza una comprensión de la culpabilidad, y del principio de culpabilidad, más que como regla, como una ponderación en la que cabe atender a tales criterios típico-normativos²⁵, pero también al principio de culpabilidad que ya no prescribiría definitivamente –como regla, según parece– la concurrencia de los señalados presupuestos, sino la observancia de los mismos –accesibilidad a la función de motivación (“*Appellwirkung*”) de la norma y suficiente capacidad de autocontrol (“*Selbststeuerung*”)– “relativamente, en la mayor medida posible, en función de las circunstancias fácticas y jurídicas” atendiendo, por tanto, también, a distintos criterios normativos como “la concreta realización típica” o la “gravedad del delito en cuestión”, entre otros aspectos señalados por este autor.

2.2. La comprensión de nuestra jurisprudencia

²⁰ Cfr. ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 19 A marg. 7, § 19 D marg. 19, quien adscribe al mismo como fin, “der staatlichen Strafgewalt... eine Grenze zu setzen”. Críticamente, a su vez HIRSCH, Hans Joachim, «Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht», ZStW (196), 1994, p. 757: “wenn sie... die Obergrenze der Strafe angibt, gehört die Schuld zwangsläufig mit zu den die Strafe konstituierenden Voraussetzungen und bedarf damit der Fundierung”.

²¹ Expresamente ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 20 A marg. 28: „Merkmale wie ‘ tiefgreifend’ und ‘ schwer’ [haben] einen erheblichen normativen Einschlag”. Críticamente HIRSCH, ZStW (196), 1994, pp. 756 y ss.

²² ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 20 A marg. 31.

²³ ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 20 A marg. 33.

²⁴ ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 20 A marg. 34. Por su parte, señala SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 173: “la medida de la pena depende, desde perspectivas preventivas, en primer lugar, de la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos y, en segundo lugar, de la intensidad de la energía criminal”.

²⁵ Cfr. HIRSCH, ZStW (196), 1994, pp. 757 y s.

Una comprensión similar se desprende de los pronunciamientos de nuestra jurisprudencia. También en ella se recoge el citado principio en su formulación más clásica: no hay pena sin culpabilidad y, en particular, “la culpabilidad del agente debe ser la medida de la pena”²⁶. E igualmente, se subraya su valor normativo: “el principio de culpabilidad [constituye un principio] indispensable en un sistema penal propio de un Estado de Derecho”²⁷. Sin embargo, en las concretas ponderaciones no se suelen perfilar con claridad los principios concurrentes y con ello, tampoco sus diversos pesos normativos. Simplemente, se apunta la gravedad de la acción realizada: “tras darle una palmada en las nalgas a la víctima..., luego con un claro desprecio hacia la misma, ejerció violencia sobre ella, empujándola y tirándola al suelo, persistiendo en su agresión hasta que se percató de que los gritos de la víctima habían alertado a los ocupantes de una vivienda vecina, es decir, concurre un indudable despliegue de violencia y de persistencia en la agresión contra la libertad sexual de la víctima”, así como que la “pena impuesta no es objetable desde el punto de vista del principio de culpabilidad, toda vez que la gravedad de la pena resultante no supera la de la culpabilidad del autor”²⁸. Pero con ello, no se fundamenta ni explícita gran cosa, lo que genera dudas sobre los márgenes de racionalidad.

En otros pronunciamientos, se recurre a la culpabilidad como límite: “en la medida en que se ha reconocido sin excepciones que la gravedad de la culpabilidad y las necesidades de la prevención especial o general no tienen por qué coincidir (la llamada «antinomía de los fines de la pena»), es preciso, que... el Tribunal de los hechos..., establezca anticipadamente hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención... sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que -como se dijo- no tiene por qué agotar la máxima pena prevista en abstracto en la ley. Más aún, la gravedad de la culpabilidad determina hasta dónde es posible ascender dentro del marco penal general previsto para el delito”²⁹. Sin embargo, se advierten las mismas contradicciones que en el modelo anterior. Así, se apunta: “en la determinación de la gravedad de la culpabilidad por el hecho el Tribunal deberá considerarse, en general:

- 1) la gravedad de la ilicitud cometida,
- 2) las circunstancias que permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma y
- 3) el mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor”³⁰.

²⁶ Últimamente, STS, 2ª, 7.10.2010 (Nº 855; ponente Giménez García), fundamento de derecho tercero. En términos negativos, ATS, 2ª, 16.12.2004 (JUR 2005/32792; ponente Bacigalupo Zapater), fundamento de derecho único: “la pena impuesta no es objetable desde el punto de vista del principio de culpabilidad, toda vez que la gravedad de la pena resultante no supera la de la culpabilidad del autor”.

²⁷ Últimamente, STS, 2ª, 7.10.2010 (Nº 855), fundamento de derecho tercero.

²⁸ ATS, 2ª, 16.12.2004 (JUR 2005/32792), fundamento de derecho único. Expresamente STS, 2ª, 5.7.1991 (Ar. 5545), fundamento de derecho primero: “la... infracción en el caso del principio de culpabilidad, deducible del art. 10.1 CE., se debe fundamentar en la desproporcionalidad de la pena resultante con la culpabilidad por el hecho”.

²⁹ STS, 2ª, 5.7.1991 (Ar. 5545), fundamento de derecho primero. En la doctrina, expresamente SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 172. Críticamente, a su vez, HIRSCH, *ZStW* (196), 1994, p. 757.

³⁰ En un sentido próximo, apuntado “la peligrosidad de la motivación del autor que se expresa en el hecho”, SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 175.

De este modo, se conforma la culpabilidad como una ponderación en cuya determinación –en particular, cuando se atiende a la gravedad de la ilicitud de la conducta (1) y de la exigibilidad (2)– ya se incluyen razones de prevención. Pues en la determinación de la exigibilidad se atiende, entre otras razones, a las concretas necesidades preventivas, de forma que se establece un mayor o menor grado de exigencia en función de las concretas necesidades de prevención. Mientras que la gravedad de la ilicitud de la conducta incluye en la ponderación el bien jurídico, y en la prospección preventiva del bien jurídico se condensan, en buena medida, las razones de prevención³¹. Por otra parte, al no explicitarse el peso de las distintas razones concurrentes, parece que su determinación consiste en una ponderación intuitiva de razones indistintas: gravedad de la conducta, disvalor ético-social de los motivos, concepto material de culpabilidad adoptado, entre otras; lo que suscita nuevas dudas sobre la racionalidad de tal operación.

Esta estructura normativa se muestra particularmente, en los supuestos de eximente incompleta. Así, se apunta, en relación con la apreciación como incompleta de la eximente de anomalía o alteración psíquica, que “cuando la incapacidad para ser motivado por el precepto o el bloqueo en la motivación creada por el mismo..., sea sólo parcial, se dará el presupuesto fáctico para la apreciación de la eximente incompleta”. Luego, en tanto que se trata de motivación normativa, parece que la naturaleza de la norma infringida debiera considerarse en tal ponderación de cara a establecer, si el sujeto activo era culpable cuando, “sin mediar palabra con una navaja de afeitar que llevaba consigo, situándose tras José Luis, de improviso le cortó la mitad derecha de la cara, ocasionándole una herida incisa, oblicua de 10 cm de longitud que arranca en la región intercililar hasta la malar”³². Así, se apunta expresamente al respecto, que “la cuestión de la capacidad de comprensión de la ilicitud y de comportarse de acuerdo con ella carece de respuesta desde un punto de vista empírico, razón por la cual sólo cabría una respuesta normativa”, señalándose “como circunstancias a evaluar en el caso concreto... [entre otras]:

- a) la intensidad de influencia sobre el psiquismo del sujeto...
- d) el grado de deterioro intelectual,
- e) la clase de delito cometido y su posible relación con la modalidad concreta de la esquizofrenia sufrida”³³.

En esta misma línea, se apunta en otro pronunciamiento que “los hechos imputados son especialmente significativos, por lo que una ligera afectación de las facultades del sujeto no

³¹ Ilustrativo SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 173: “la medida de la pena depende, desde perspectivas preventivas, en primer lugar, de la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos y, en segundo lugar, de la intensidad de la energía criminal”. En particular, sobre esta forma de argumento SÁNCHEZ LAZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 166 y ss., 182 y ss.

³² STS, 2ª, 4.2.2000 (Nº 179; ponente Móner Muñoz), fundamento de derecho primero; STS, 2ª, 24.11.2006 (Nº 1170; ponente Sánchez Melgar), fundamento de derecho segundo: “junto a la posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto”. En esta línea, apunta ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, I § 20 A marg. 31: “So kann ein leicht Schwachsinniger das Unrecht eines Raubes sehr wohl noch einsehen, auch wenn ihm hinsichtlich komplizierter Wirtschafts- oder Umweltschutzdelikte die Einsichtsfähigkeit fehlt”.

³³ STS, 2ª, 9.5.2008 (Nº 215; ponente Varela Castro), fundamento de derecho cuarto.

le impedirían su valoración”³⁴. Esbozándose de este modo una comprensión del juicio de culpabilidad como una suerte de ponderación entre el principio de culpabilidad y una serie de razones normativas, así como, entre éstas, razones de prevención³⁵.

Esta misma estructura se adivina, finalmente, en los supuestos de inexigibilidad, en particular, en los supuestos de miedo insuperable³⁶. Así, el concepto material de culpabilidad se concreta mayoritariamente, en estos otros casos, en determinar “si el sujeto podía haber actuado de otra forma y *se le podría exigir* otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo”³⁷. De este modo, a medida que aumenta la gravedad del hecho típico cometido, aumenta correlativamente el grado de exigibilidad al sujeto. En este sentido, se apunta expresamente en un supuesto de tráfico de drogas: “la gravedad de la acción que se propone realizar es un dato valorable para medir la resistencia exigible al intimidado. Y en este caso la acción a realizar por la procesada estaba encaminada a introducir en el mercado un kilo y medio de heroína, con una riqueza próxima al 50%, lo que dada su grave nocividad para la salud, exigía una resistencia extrema”³⁸.

3. Operando con el principio de culpabilidad

De lo visto hasta ahora, cabe extraer primeramente, que pese a lo que se pretende en nuestro discurso, la estructura normativa del principio de culpabilidad –como mandato de optimización– determina su forma de aplicación. El principio de culpabilidad no funge normativamente como regla o primer presupuesto del juicio de culpabilidad, tampoco como bastión infranqueable de la intervención jurídica estatal³⁹, sino como razón en una ponderación, junto con otras razones normativas concurrentes⁴⁰. El principio de culpabilidad, en cuanto principio, sólo es susceptible de –realización u– observancia relativa y graduable. Relativa, pues su observancia requiere asimismo, la atención y ponderación de las restantes razones normativas concurrentes. Así, se señala “la clase de delito cometido y su posible relación con la modalidad concreta de la esquizofrenia sufrida”⁴¹ o “la gravedad del delito en cuestión”⁴², entre otras razones relevantes en esta

³⁴ STS, 2ª, 17.7.2008 (Nº 503; ponente Colmenero Menéndez de Luarca), fundamento de derecho duodécimo.

³⁵ Cfr. En términos similares STS, 2ª, 17.7.2008 (Nº 503), fundamento de derecho duodécimo; STS, 2ª, 9.5.2008 (Nº 215), fundamento de derecho cuarto; STS, 2ª, 25.4.2005 (Nº 518; ponente Colmenero Menéndez de Luarca), fundamento de derecho cuarto; todas ellas con ulteriores referencias.

³⁶ STS, 2ª, 13.12.2002 (Nº 2067; ponente Conde-Pumpido Tourón), fundamento de derecho tercero; STS, 2ª, 12.5.2003 (Nº 722; ponente Granados Pérez), fundamento de derecho segundo; STS, 2ª, 10.2.2003 (Nº 156; ponente Conde-Pumpido Tourón), fundamento de derecho tercero; STS, 2ª, 16.2.2006 (Nº 180; ponente Martínez Arrieta), fundamento de derecho cuarto.

³⁷ STS, 2ª, 13.12.2002 (Nº 2067), fundamento de derecho tercero, cursiva añadida; STS, 2ª, 16.2.2006 (Nº 180), fundamento de derecho cuarto: “la aplicación de la eximente exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo”, ambas con ulteriores referencias.

³⁸ STS, 2ª, 17.6.2004 (Nº 778), fundamento de derecho segundo.

³⁹ ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, I § 19 E marg. 53.

⁴⁰ Cfr. ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, I § 20 A margs. 33 y s.

⁴¹ STS, 2ª, 9.5.2008 (Nº 215), fundamento de derecho cuarto.

⁴² ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, I § 20 A marg. 34.

sede. Graduable, porque su estructura normativa sólo es realizable en mayor o menor medida, en función también, de la significación normativa del resto de razones a ponderar. En este otro sentido, la significación del principio de culpabilidad empuja cualificadamente en el marco de nuestro Ordenamiento jurídico, a optimizar su aplicación, esto es, a su observancia “en la mayor medida posible, en función de las distintas circunstancias fácticas y jurídicas”. Si bien su significación normativa no se suele tener presente en las ponderaciones mediante las que doctrina y jurisprudencia concretan su aplicación; cuando menos explícitamente, aunque algo de ello haya en su intento de comprensión como límite, regla o norma de realización definitiva. En este último sentido, se echa en falta una mayor claridad en relación con la estructura, función y significación normativa del principio de culpabilidad; particularmente, en la arbitraria doctrina de nuestra Jurisprudencia.

La observancia del principio “*nulla poena sine culpa*” viene condicionada en un segundo momento, por el particular concepto material de culpabilidad que se adopte⁴³. De este modo, el concepto material de culpabilidad determina el objeto a optimizar, esto es, los presupuestos de la concreta comprensión de la culpabilidad que – en tanto que concreción de este principio, deben ser optimizados o, en otros términos– deben observarse en la mayor medida posible, atendiendo a las restantes circunstancias fácticas y jurídicas, en cuanto presupuestos de legitimidad de la pena⁴⁴. En este otro sentido, una mayor clarificación de la estructura del juicio de culpabilidad, como juicio de ponderación, debiera favorecer una mayor racionalidad en su determinación, en particular, mediante una mayor atención a la significación normativa de los distintos principios concurrentes – no necesariamente equivalentes– y en particular, las razones relativas al principio de culpabilidad así como las relativas a las distintas manifestaciones del principio de prevención. Por poner tres ejemplos:

3.1 Inculpabilidad

La estructura graduable del principio de culpabilidad determina, en este primer grupo de supuestos, que a medida que menguan – en el caso concreto– los presupuestos del concepto material de culpabilidad, aumente progresivamente el peso de las razones que

⁴³ ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 19 D marg. 19: “Ob und inwieweit freilich das Schuldprinzip diese Aufgabe erfüllen kann, hängt davon ab, wie man den Begriff der Schuld inhaltlich bestimmt”. Con carácter general, MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, 2002, pp. 612 y s., señalando que este principio “no dice nada...”, sobre qué conductas son reprochables y por qué”. En esta línea, ya MUÑOZ CONDE, Francisco, «Über den materiellen Schuldbegriff», GA, 1978, p. 70. Con matices KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 20, para quien “das Schuldprinzip im wesentlichen nur eine regulative oder negative Funktion zu besitzen [scheint], indem sich mit seiner Hilfe von vornherein das aus dem Bereich der Schuldzurechnung ausscheiden läßt, was auf keinem Fall noch Schuld genannt werden kann: der reine Zufall, die bloß kausale Erfolgsherbeiführung - oder noch krasser: die verwandtschaftliche Beziehung zum Täter... oder gar die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse oder Religion”. Más recientemente, también GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, 2005, pp. 23, 140 y s., señalando la resistencia, en la doctrina del Tribunal Constitucional, “a concretarlo mediante referencias específicas a la dignidad de la persona”.

⁴⁴ KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 208: “[die Schuld] bringt... eine teilweise Verwirkung des Anspruchs, als Person respektiert zu werden, mit sich. Daraus ergibt sich die Berechtigung und die Notwendigkeit der Strafe... Wo es an der Schuld fehlt, kann Strafe daher nicht eintreten; es fehlt ihr der rechtfertigende Grund. Wird ohne Schuld gestraft, so wird der Bestrafte nicht ‘ als Vernünftiges geehrt’, wird er nicht als Mensch, sondern als Untermensch betrachtet”.

empujan a su exclusión, esto es, a apreciar inculpabilidad –en el caso concreto. La comprensión de la fórmula “no hay pena sin culpabilidad” como mandato de optimización empuja, sobre las razones normativas que lo subyacen, –en particular, la idea de interdicción de instrumentalización⁴⁵– a observar en la mayor medida posible el concepto de culpabilidad como presupuesto de la pena e inversamente, a que según merma la accesibilidad a la función de motivación (“*Appellwirkung*”) de la norma y la capacidad de autocontrol (“*Selbststeuerung*”) del actor (II.1) o “la capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con ella” (II.2), se acentúen las razones a favor de la inculpabilidad del sujeto. ALEXY habla aquí de la “ley de la tasa marginal decreciente de sustitución”⁴⁶, para aludir a una acentuación progresiva del significado de los principios a medida que se acentúan correlativamente los costes para los mismos. Se trata de que el mandato de optimizar –esto es, de observar en la mayor medida posible, los presupuestos de– el concepto material de culpabilidad como fundamento de la pena, permite una lectura inversa en el sentido de la inculpabilidad, a medida que menguan los presupuestos materiales de aquélla; pero también de que los costes para el principio de culpabilidad se van acentuando –de marginales a esenciales– exponencialmente, a medida que menguan tales presupuestos, y ello frente a otras posibles razones, y en particular, en esta sede, frente a razones de prevención.

Luego, si un ciudadano, por ejemplo, “Evaristo, mayor de edad y sin antecedentes penales..., cuando su mujer se puso a ver un programa de televisión... [se abalanza sobre ésta] dándole más de treinta puñaladas en diversas partes del cuerpo, de las que una penetró en el tórax y otra en el abdomen... encontrándose en una situación de crisis o brote de su enfermedad [esquizofrenia paranoide], lo que anulaba totalmente sus facultades intelectivas y volitivas”⁴⁷, entonces, en tal caso, el principio de culpabilidad debiera pesar decisivamente a favor de la inculpabilidad del sujeto. Decisivamente, por su significación normativa⁴⁸ y porque una declaración de culpabilidad supone, en tales casos, una afectación esencial del citado principio y con ello, del de dignidad, que normativamente en nuestro marco jurídico, no sería *en principio* justificable⁴⁹. Aunque ciertamente, su estructura normativa, en cuanto principio, nos impone siempre una validez *prima facie*, en el sentido de que la decisión de culpabilidad requiere necesariamente ponderar y atender asimismo, a las restantes razones concurrentes⁵⁰.

⁴⁵ Expresamente STC, 1ª, 2.11.2004 (RTC. 181), fundamento de derecho décimo tercero.

⁴⁶ Al respecto ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., 2007, pp. 137 y ss., 261 y ss.; ALEXY, en JICKELI *et al.* (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, p. 772: “Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto geringer muß die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein”. Igualmente v. BVerfGE 17, 306 (314).

⁴⁷ STS, 2ª, 23.1.2004 (Nº 47; ponente Sánchez Melgar), antecedente de hecho primero.

⁴⁸ Cfr. BVerfGE 26.2.2008 (Akt.Z: 2 BvR 392/07).

⁴⁹ BVerfGE 27, 1, (6): “In der Wertordnung des Grundgesetzes ist die Menschenwürde der oberste Wert”; igualmente ilustrativa BVerfGE 7, 198 (205): “das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will [...], [hat] in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet und [...] gerade hierin [kommt] eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck. [...] Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten”.

⁵⁰ En particular, consideraciones preventivas, las cuales a su vez, pueden y deben ponderarse en la determinación de la concreta medida de seguridad; al respecto, ilustrativo SÁNCHEZ LÁZARO,

3.2. Culpabilidad

Ahora bien, este mismo principio empuja a apreciar culpabilidad y a punir, en última instancia, en aquellos supuestos donde se aprecian plenamente o en buena medida, los presupuestos del concepto material de culpabilidad adoptado. La observancia, en estos otros casos, del principio de culpabilidad mediante la declaración de culpabilidad e imposición de la pena no se infiere de una lectura inversa de su fórmula al uso —“no hay pena sin culpabilidad”, en el sentido de: culpabilidad, entonces pena; mediante una formulación del *argumentum e contrario*⁵¹:

$$(J.15) \quad (1) (x) (OGx \rightarrow Fx)$$

(2) (x) ($\neg Fx \rightarrow \neg OGx$) (1). El principio “*nulla poena sine culpa*” tan sólo permite establecer la necesidad de culpabilidad como presupuesto de la pena, no la necesidad de deducir ésta de aquélla o con otras palabras: del citado principio se infiere que la pena implica culpabilidad, no que la culpabilidad implique pena⁵². La comprensión del principio de culpabilidad, en estos supuestos, como razón a favor de la culpabilidad y la pena se infiere de su sustento normativo en el principio de dignidad, en cuanto mandato de tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias⁵³, no como mera desgracia o naturaleza⁵⁴, y aun cuando ello conlleve ciertos costes —individual y voluntariamente asumidos por el actor, mediante la realización culpable de la conducta antijurídica— para el principio de libertad.

Ello sería aplicable —correlativamente— a los supuestos de afectaciones marginales o leves. El ciudadano en tanto que —en buena medida— culpable, merece ser tomado en serio, conforme a su actuación —en buena medida— voluntaria. Luego, si se estima que el sujeto, “en tratamiento psiquiátrico desde el 31 de julio de 1997 por padecer un trastorno de la personalidad de tipo esquizoide que no anula su inteligencia y voluntad, padeciendo episodios psicóticos”, en el momento de los hechos, era plenamente consciente del “incremento del riesgo que su aportación significaba respecto del peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal”⁵⁵; entonces, en tales casos, el principio de culpabilidad habla igualmente a favor de la apreciación de culpabilidad, sin perjuicio de

«Deconstruyendo las medidas de seguridad», *InDret*, 2010, pp. 1 y ss., (<http://www.indret.com/pdf/725.pdf>; última visita: 5 octubre 2011).

⁵¹ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1989, pp. 267, 268, 270 y s., señalando, en este último lugar, que se trata de casos especiales del discurso práctico general; comprendiendo el *argumentum e contrario* como forma de interpretación gramatical, AARNIO, *Lo racional como razonable*, 1991, pp. 151 y s.

⁵² En este sentido, ilustrativo ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, I § 19 A marg. 3.

⁵³ NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1989, pp. 46, 287 y ss.

⁵⁴ Ilustrativo JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 17: “Bei den nach § 20 StGB, also wegen ‘biologischer’ Defekte Unfähigen handelt es sich um Personen, bei denen mit dem Fehlen der Zurechnung als schuldhaft zugleich deutlich gemacht wird, daß sie als vollwertiger Partner des sozialen Bereichs, den das Recht regelt, nicht in Frage kommen. Sie sind nicht das, was man im rechtmäßigen wie rechtswidrigen Verhalten selbst ist, sondern Störfaktoren, wie Naturkatastrophen Störfaktoren sein können”. Igualmente KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 201: “Nicht nur die staatliche Gemeinschaft, sondern auch der Verbrecher selbst hat ein Recht auf Strafe... Wird dem Schuldigen nicht die Möglichkeit der Entsühnung gewährt, so behandelt man ihn wie einen Unmündigen, wie einen, der seine Taten nicht zu verantworten vermag”.

⁵⁵ STS 2ª, 17.7.2008 (Nº 503), fundamento de derecho sexto.

atenuaciones marginales como consecuencia de una afección –en correspondencia, también– marginal de su inteligencia y voluntad⁵⁶, así como de otras posibles razones – por ejemplo, de política criminal– que pesaran por su parte, en contra de la punición del sujeto⁵⁷.

3.3. Culpabilidad disminuida

Pero los supuestos donde el principio de culpabilidad explicita en mayor medida su estructura normativa, son los casos de culpabilidad disminuida, mostrando tanto su naturaleza graduable como en particular, su significación normativa en la concreta ponderación. Así, por ejemplo, si en un problema de inexigibilidad se resuelve: “la gravedad de la acción que se propone realizar es un dato valorable para medir la resistencia exigible al intimidado. Y en este caso la acción a realizar por la procesada estaba encaminada a introducir en el mercado un kilo y medio de heroína, con una riqueza próxima al 50%, lo que dada su grave nocividad para la salud, exigía una resistencia extrema”⁵⁸; ello revela la siguiente ponderación: por una parte, razones preventivas relativas al bien jurídico salud pública (“gravedad de la acción que se propone realizar”, “grave nocividad para la salud”) y por otra, razones relativas al principio de culpabilidad, concretado aquí –según parece– mediante la idea de exigibilidad (“resistencia exigible al intimidado”, “resistencia extrema”). Mientras que la solución adoptada, exigibilidad de “resistencia extrema”, revela que se ha resuelto agotar éste, el principio de culpabilidad; con otras palabras: –culpabilidad y sobre ello– pena pese a escasos márgenes de culpabilidad, en aras de optimizar la realización del principio de prevención en relación con el bien jurídico salud pública. Con ello se advierte que la función del principio de culpabilidad no se agota en la de mero presupuesto limitador de la pena⁵⁹, sino que colisiona en la concreta ponderación jurisprudencial con las restantes razones concurrentes –en este caso, razones de prevención. Pero también, en un segundo momento, que el peso normativo de los principios en conflicto –culpabilidad, prevención– dificulta la comprensión de la decisión finalmente adoptada en esta sentencia⁶⁰.

⁵⁶ En este sentido, ilustrativa BGH 23.03.2010 (AKt.Z.: 2 StR 222/10): „Zwar erfordert das Schuldprinzip bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 StGB keine obligatorische Strafmilderung. Bei verminderter Schuldfähigkeit ist jedoch grundsätzlich davon auszugehen, dass der Schuldgehalt und damit die Strafwürdigkeit der Tat verringert ist. Deshalb ist regelmäßig eine Strafraumverschiebung vorzunehmen, wenn nicht andere schulderhöhende Umstände, die im Urteil konkret und widerspruchsfrei festgestellt werden müssen, entgegenstehen“.

⁵⁷ Cfr. ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, I § 19 A marg. 3.

⁵⁸ STS 2ª, 17.6.2004 (Nº 778), fundamento de derecho segundo.

⁵⁹ Así MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, 2002, p. 610: “frente a las consideraciones dominantes, que parten de que es justo castigar siempre que el sujeto podía actuar de otra forma..., la cuestión debe ser situada, precisamente, en esa pregunta anterior, en si realmente es justo agotar el marco de la evitabilidad y en lo que ello significa”. De otra opinión ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, pp. 40 y s.; igualmente, en p. 67, señalando que esta categoría “viene acuñada desde el punto de vista politicocriminal por la teoría de los fines de la pena”; EL MISMO, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 15 y s.

⁶⁰ Al respecto, con detalle SÁNCHEZ LAZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 212 y ss.

Así, si se conviene en asignar mayor peso al principio de culpabilidad (por ejemplo, en una escala 1, 2, 3, un valor 3) que a las concretas razones de prevención⁶¹, relativas en este caso, al bien jurídico salud pública (por ejemplo, en la citada escala, un valor 1, en relación con el principio anterior, 3)⁶², parece que la solución debió ser la inversa: asumir los posibles costes preventivos (1), en lugar de agotar los márgenes del principio de culpabilidad (3; en otros términos, optimizar 3 y asumir más costes en relación con 1, lo que favorecería unos márgenes aproximados de 2; en lugar de la solución adoptada, esto es: $1 - 3 = -2$), dada la mayor significación normativa de aquél. A ello hay que añadir la endémica debilidad empírica de las especulaciones preventivas sobre su grado de satisfacción⁶³. También, en este caso, los costes para el principio de libertad que se derivan de la declaración de culpabilidad: 2 años y 3 meses de privación de libertad. Pues no se trata de un sujeto que mediante una voluntariedad manifiesta, acabe con la vida de alguien, asumiendo con ello la consecuencia jurídica adscrita al delito de homicidio –por poner otro ejemplo; sino que se discute la concurrencia de voluntariedad –en este tercer peldaño de la teoría jurídica del delito– o en otros términos, su “capacidad de comportarse conforme a la norma”. Luego, si adscribimos al principio de libertad un valor alto (por ejemplo, según la citada escala, también 3)⁶⁴, la decisión se traduce en una optimización de las razones de prevención (1), a costa de una afectación a los citados principios, pese a la mayor significación normativa de éstos (o en otros términos: $1 - 3 - 3 = -5$), sin perjuicio de ulteriores matices al respecto⁶⁵.

Ahora bien, en otros supuestos, cuando la ponderación no se sitúa tan al límite del principio de culpabilidad (“resistencia extrema”), se aprecian mayores márgenes para armonizar y atender en mayor medida –también– a las distintas razones concurrentes. Pues en las afectaciones no esenciales el mayor peso normativo de aquél, no desplaza correlativamente las restantes razones concurrentes –y entre éstas, tampoco, las razones de prevención. Luego, si un sujeto con “retraso mental leve..., un coeficiente intelectual de 63-74, y un trastorno psicótico de tipo paranoide, que en el momento de los hechos alteraba de forma parcial su capacidad cognitiva y gravemente la volitiva, pero sin llegar a anularlas”, agrede brutalmente a varios vecinos, en concreto, tras apuñalar reiteradas veces “a Juan Carlos, lanzó una cuchillada al pecho [de Patricia] que penetrando por debajo de la areola mamaria izquierda..., [la cual] al afectar al corazón produjo casi de inmediato la muerte de doña Patricia por shock hipovolémico”⁶⁶; entonces, los mayores márgenes de culpabilidad favorecen –según parece– una mayor consideración de otras posibles razones –también las de prevención. Asimismo, en este caso, la gravedad de la conducta realizada y del bien jurídico agredido, conceden un mayor peso a estas últimas –en particular, frente a razones preventivas relativas a otros bienes jurídicos como, por ejemplo, salud pública. Y éstas pueden considerarse eficientemente en los márgenes de culpabilidad

⁶¹ Cfr. I.

⁶² Al respecto, con detalle SÁNCHEZ LAZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 175 y ss.

⁶³ Últimamente MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, 2009, pp. 107 y ss. Anteriormente, también HIRSCH, *ZStW* 196 (1994), p. 753.

⁶⁴ Por ejemplo, v. STC, 2ª, 5.5.2003 (RTC. 82; ponente Conde Martín de Hijas), fundamento de derecho tercero.

⁶⁵ Cfr. SÁNCHEZ LAZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 212 y ss.

⁶⁶ STS, 2ª, 9.5.2008 (Nº 215), hechos probados.

que permite la situación del actor en el momento de la acción: “eximente incompleta, y... rebaja de la pena en dos grados”⁶⁷. La rebaja de la pena en dos grados revela un significativo margen de observancia del principio de culpabilidad, en tanto que se mengua considerablemente la pena en función de la mengua igualmente considerable de la culpabilidad, mientras que la pena finalmente impuesta –7 años y cinco meses de prisión por un delito de asesinato consumado, 3 años y 8 meses por un delito de asesinato en grado de tentativa– muestra una considerable atención de las razones de prevención. Quizá el supuesto se prestaba a soluciones más eficientes⁶⁸. En cualquier caso, aquí, se trata de que la culpabilidad debe siempre “determinarse en relación con la concreta realización típica”⁶⁹, y que en tal ponderación, las consideraciones normativas “son mayores, cuando más grave es el delito en cuestión”⁷⁰. Pero también de que para ello, habrá que atender en el caso concreto, al grado de intervención en el principio de culpabilidad y los distintos márgenes de prevención, para procurar establecer, mediante una ponderación racional de éstas y otras razones, la decisión más justa o eficiente en Derecho⁷¹.

4. Epílogo

Con ello, mediante la explicitación de las distintas razones a ponderar en el juicio de culpabilidad así como de la estructura ponderativa de éste, daríamos un paso más hacia una mayor racionalidad en su determinación. Particularmente urgente en el discurso de nuestra jurisprudencia⁷². Como se ha visto, en esta sede, no se trata de especular sobre posibles razones de prevención, una vez que se establecen márgenes para declarar la culpabilidad de un sujeto. Se trata en todo momento –aunque no sólo– de culpabilidad y prevención, de razones que colisionan y que en la determinación de la culpabilidad, se deben ponderar racionalmente conforme a su significación en Derecho. Cierto es que los conceptos materiales de culpabilidad no son equivalentes, tampoco los aquí adoptados a modo de ejemplo (II.1, 2), y que se prestan también a análisis y evaluación desde distintas perspectivas como, en particular, desde el principio de dignidad. Pero sobre ello puedo remitirme aquí a lo manifestado con anterioridad⁷³.

⁶⁷ STS, 2ª, 9.5.2008 (Nº 215), fundamento de derecho cuarto.

⁶⁸ Sobre la evaluación de las consecuencias jurídicas SÁNCHEZ LAZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 218 y ss.

⁶⁹ ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 20 A marg. 31.

⁷⁰ ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, I § 20 A marg. 34.

⁷¹ Ilustrativa VAN AAKEN, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft. *Zum Stellenwert der ökonomischen Theorien im Recht*, 2003, pp. 19 y ss., 70 y ss., 181 y ss., 266 y ss., 296 y ss., 325 y ss., 337 y s. Asimismo v. MATHIS, *Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts*, 2ª ed., 2006, pp. 196, 208, 211 y ss. Por lo demás, v. ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 771 y ss.

⁷² Últimamente, ilustrativa MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, 2009, pp. 482 y ss., 514. Anteriormente, también SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 177. En particular, en relación con la eximente sexta SÁNCHEZ LAZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 1 y ss., 75 y ss., 103 y ss.

⁷³ SÁNCHEZ LAZARO, «Deconstruyendo la culpabilidad», *Revista penal*, 2010, pp. 164 y ss. Sobre su carácter histórico, por lo demás MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, 2002, pp. 608 y ss.; y anteriormente, también KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 217 y ss.

*Tablas de jurisprudencia***Tribunal Constitucional español**

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, pleno, 11.4.1985	RTC. 53	Gloria Begué Cantón/ Rafael Gómez-Ferrer Morant
STC, 2ª, 22.5.1986	RTC. 65	Angel Latorre Segura
STC, pleno, 23.12.1994	RTC. 337	Julio Diego González Campos
STC, 2ª, 5.5.2003	RTC. 82	Vicente Conde Martín de Hijas
STC, 1ª, 2.11.2004	RTC. 181	María Emilia Casas Baamonde
STC, 2ª, 4.10.2010	RTC. 57	Guillermo Jiménez Sánchez

Tribunal Supremo español

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
ATS, 2ª, 16.12.2004	JUR 2005/32792	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 2ª, 5.7.1991	Ar. 5545	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 2ª, 4.2.2000	Nº 179	Eduardo Móner Muñoz
STS, 2ª, 13.12.2002	Nº 2067	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS, 2ª, 10.2.2003	Nº 156	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS, 2ª, 12.5.2003	Nº 722	Carlos Granados Pérez
STS, 2ª, 23.1.2004	Nº 47	Julián Sánchez Melgar
STS, 2ª, 17.6.2004	Nº 778	Enrique Abad Fernández
STS, 2ª, 25.4.2005	Nº 518	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 2ª, 16.2.2006	Nº 180	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 24.11.2006	Nº 1170	Julián Sánchez Melgar
STS, 2ª, 9.5.2008	Nº 215	Luciano Varela Castro
STS, 2ª, 17.7.2008	Nº 503	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 2ª, 7.10.2010	Nº 855	Joaquín Giménez García

Tribunal Constitucional alemán

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
BVerfGE 7, 198		
BverfGE 17, 306		
BVerfGE 27, 1		
BVerfGE, 26.2.2008	Akt.Z.: 2 BvR 392/07	

Tribunal Supremo alemán

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
BGH 23.03.2010	AKt.Z.: 2 StR 222/10	

Bibliografía

Aulis AARNIO (1991), *Lo racional como razonable*, traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Robert ALEXY (1989), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- (2003), "Die Gewichtsformel", en Joachim JICKELI *et al.* (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, de Gruyter, Berlín, pp. 771-792.

- (2007), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. española de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Manuel ATIENZA (1993), *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona.

Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO (1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.

José CEREZO MIR (2001), *Curso de Derecho Penal español. PG III. Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid.

Eduardo DEMETRIO CRESPO (2011), "Schuld und Strafzwecke", en Christian JÄGER *et al.* (ed.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin*, tomo 1, de Gruyter, Berlin/New York, 2011, pp. 789-703.

Helmut FRISTER (1988), *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín.

Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2005), *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid.

Hans Joachim HIRSCH (1994), «Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht», *ZStW* 196, pp. 746-765.

Günther JAKOBS (1976), *Schuld und Prävention*, J.C.B. Mohr, Tübingen.

Arthur KAUFMANN (1961), *Das Schuldprinzip*, Carl Winter, Heidelberg.

María MARTÍN LORENZO (2009), *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Klaus MATHIS (2006), *Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin.

Mariano MELENDO PARDOS (2002), *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Comares, Granada.

Santiago MIR PUIG (2006), “Límites del normativismo en Derecho penal”, en Emilio DOLCINI *et al.* (ed.): *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, pp. 455 y ss.

- (2008), *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona.

- (2009), “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU *et al.* (dir.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1357-1382.

Francisco MUÑOZ CONDE (1972), “Introducción”, en Claus ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción castellana de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 5-14.

- (1978) “Über den materiellen Schuldbegriff”, *GA*, pp. 65-78.

Carlos S. NINO (1989), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona.

Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (2003), *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.

Ralf POSCHER (2009), «Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles», *Ratio Juris*, fascículo 22, pp. 425-454.

Claus ROXIN (1972), *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona.

- (1973), *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York.

- (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., C. H. Beck, München.

Fernando Guanarteme SÁNCHEZ LAZARO (2009), *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, Comares, Granada.

- (2010), "Deconstruyendo las medidas de seguridad", *InDret*, pp. 1-26 (<http://www.indret.com/pdf/725.pdf>; última visita: 5 octubre 2011).

- (2010), "Deconstruyendo la culpabilidad", *Revista penal*, 2010, nº 26, pp. 164-176.

Bernd SCHÜNEMANN (1991), "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en Bernd SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, pp. 147-178.

Asier URRUELA MORA (2004), *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada.

Anne VAN AAKEN (2003), „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorien im Recht, Nomos, Baden-Baden.