

CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL Y LATINOAMERICANO (*)

ENRIQUE BACIGALUPO
Prof. de Derecho Penal
Madrid

La finalidad de este trabajo es la de investigar el desarrollo de las relaciones internas entre culpabilidad y prevención en los países de habla hispana. En lo que sigue intentaré exponer las ideas fundamentales de este desarrollo en el plano científico y en la práctica, procurando sentar de esta forma las bases para posteriores trabajos de tipo comparativo. Por consiguiente, no intentaré dar aquí una opinión sobre el fundamento de las relaciones entre culpabilidad y prevención en general, sino que me limitaré a un determinado aspecto científico de las mismas con la finalidad de cooperar en los trabajos de Derecho comparado. La naturaleza del tema muestra con claridad que no cabe limitarlo a una mera comparación de sistemas legislativos, sino que se requiere tomar en consideración los intentos de solución que la teoría y las legislaciones de los países ya citados han elaborado con miras a armonizar esos dos fundamentos encontrados de legitimación de la pena.

La realización de este intento no es tarea sencilla porque hasta el momento no se ha realizado ninguna investigación en este sentido. Las investigaciones sobre el fundamento de la pena han descuidado a menudo el desarrollo de esas relaciones; pero precisamente por ello resulta hoy más necesario que nunca un estudio de las mismas. La intensificación de las relaciones internacionales en el marco de la Ciencia del Derecho hace necesaria una precisa y cuidadosa determinación de los problemas que están hoy en discusión. Es sabido que la Ciencia del Derecho Penal de habla hispana trabaja estrechamente ligada con la alemana; sabido es también que, sin embargo, esa vinculación influye solamente —o en una gran medida— en el campo de la teoría; el divorcio entre la teoría y la práctica es frecuentemente muy grande. Esta vinculación a la que nos referimos exige en la actualidad —si es que la misma no debe quedar reducida al papel— una consciente inserción de los conceptos en nuestra propia historia y en nuestro desarrollo del pensamiento jurídico.

(*) Versión castellana de la conferencia pronunciada el 18-5-78 en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. B., República Federal Alemana. El original alemán se ha publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 91, año 1979.

En el año 1957 Luis *Jiménez de Asúa* pronunció una conferencia en la Universidad de Friburgo sobre el tema del pensamiento jurídico español y su influencia en Europa¹. Realizó entonces una rápida visión de conjunto histórica que es tenida en cuenta como telón de fondo de esta investigación. No voy a estudiar en este momento a todos los autores y opiniones a los que entonces prestó su atención Luis *Jiménez de Asúa*, sino que me limitaré a exponer las ideas más significativas sobre la culpabilidad y sus relaciones con la prevención, así como su influencia concreta sobre la formación de la legislación y de la praxis en el círculo cultural de los países de habla hispana.

I.—*Culpabilidad y prevención en la Edad Moderna.*

Una difundida opinión considera que es a mediados del siglo XVI donde se encuentra el origen de la Ciencia del Derecho Penal española², lo que tuvo lugar a través de los significativos trabajos de *Alfonso de Castro*, «De potestate legis poenalis» (1550), *Domingo Soto*, «De iustitia et iure» (1556), *Didacus Covarrubias* (nacido en 1567), y *Francisco Suárez*, «Tractatus de legibus ac deo legislatore» (1612), cuyo influjo en el desarrollo posterior de la Ciencia del Derecho Penal fue fundamental. Se trata de teólogos y juristas en los que predominan los argumentos teológicos y en los que la delimitación entre el Derecho y la obligación religiosa, entre Estado e Iglesia, no aparece claramente delimitada. Estos autores escribieron en la época del humanismo, pero al mismo tiempo conservaron muchas e importantes ideas de la Edad Media de tal manera que pueden ser considerados como postescolásticos³. Por supuesto se presenta aquí la cuestión de saber por qué el origen del concepto jurídicopenal de culpabilidad debe investigarse antes entre los teólogos que entre los juristas. Dos explicaciones aparecen aquí como plausibles: de un lado, al final del siglo XVII, la Ciencia del Derecho Penal no era todavía una materia autónoma; su delimitación con respecto a la teología y al Derecho Civil y Canónico tuvo lugar más tarde⁴. Por otra parte, los juristas de aquel tiempo se han remitido, a menudo, en la justificación de sus puntos de vista a argumentos teológicos.

La *relación de la culpabilidad con la pena* fue acentuada desde el prin-

1. ZStW Bd. 70 (1958), págs. 475 y ss.; cfr. también RIVACOBÁ, *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, págs. 437 y ss.

2. JIMÉNEZ DE ASÚA (citado nota 1), pág. 485; EL MISMO, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 3.ª ed., 1963, pág. 270; HINOJOSA, *Influencia que tuvieron los teólogos españoles anteriores a nuestro siglo en el Derecho Penal*, 1890; cfr., no obstante, SAINZ CANTERO, José Antonio, *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, 1970, págs. 111 y ss.; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, I, 1976, págs. 71 y s.; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la monarquía absoluta*, 1969, pág. 91.

3. Cfr. SCHAFFSTEIN, *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, 1954.

4. Cfr. SCHAFFSTEIN (citado nota 3), págs. 10 y 76.

cipio en las obras de los autores comentados. Así, leemos por ejemplo en Alfonso de Castro: «Poenae enim proprie convenit ordinare culpam, ut videlicet corrigat ordinem, quem perveratet culpa» (la característica de la pena es ordenar la culpa, es decir, reafirmar el orden que la culpa ha pervertido)⁵. También Soto afirma: «Nulla prorsus est lex poenalis, si legitime sit poenalis nominada, quate non obliget ad culpa» (no hay ninguna ley jurídico penal, si es que nosotros queremos designarla legítimamente con este nombre, cuya lesión no obligue en culpabilidad)⁶. La misma opinión es sostenida también por Covarrubias⁷ y el propio Suárez afirma que la ley que contiene una norma presupone la culpabilidad del autor («Dicendum est ergo legem, que in verbis suis, et modo, quo fertur, praeceptum continet, etiamsi penam adiuciat, obligare in conscientia, vel sub mortali, vel sub veniali culpa»)⁸.

La falta de una clara distinción entre los deberes jurídicos y religiosos tuvo, sin embargo, consecuencias importantes con respecto a la realización del principio de culpabilidad. Tal concepción se apoya probablemente en el punto de vista según el cual la autoridad humana en la sociedad no debería separarse de la autoridad divina. En este contexto espiritual, la culpabilidad fue entendida como la lesión de un deber de conciencia y, por lo demás, como el contenido material del pecado⁹. A partir de aquí surgen ideas básicas que han conformado fuertemente la significación de la culpabilidad con respecto al Derecho Penal, pues se supuso que la sanción humana de un pecado se encontraría en contradicción con el principio bíblico según el cual todo pecado sólo puede ser sancionado una vez y, por cierto, únicamente por Dios¹⁰. La lesión de una ley humana no debería, por lo tanto, en principio, fundamentar ninguna clase de pecado ni tampoco, por lo tanto, culpabilidad. La pena estatal no requeriría de la culpabilidad para su justificación sino que, en todo caso, debería dejarla fuera de consideración.

Los mencionados teólogos y juristas españoles han discutido, por cierto, esta opinión pero sin embargo no la han seguido. De todos modos tampoco opinaron de la forma contraria, es decir, sosteniendo que toda lesión de una ley humana presupone la culpabilidad en razón de que ésta, como lesión de una auténtica ley, posee la fuerza necesaria para crear deberes de conciencia¹¹. Esta teoría, atribuida a Santo Tomás de Aquino, fue seguida solamente por Soto¹². La opinión dominante de aquel tiempo en la ciencia española,

5. ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, 1550. Edición de la Universidad de Murcia, 1931, pág. 82. Cfr. también las págs. 87 y 88.

6. *De iustitia et iure*, 1556, pág. 56.

7. Cfr. JULIÁN PEREDA, S.J., *Covarrubias penalista*, 1959, págs. 145 y ss.; cfr. también SCHAFFSTEIN, Didacus Covarrubias, en *ob. cit. supra*, págs. 69 y ss.

8. *Tractatus de legibus ac deo legislatore*, Coimbra, 1612, pág. 466.

9. Cfr. COVARRUBIAS, *cit.*, pág. 151.

10. En el libro de Nahum se dice: Un pecado «non consurget duplex tribulati»; cfr. SUÁREZ, *De legibus*, pág. 465; SOTO, *De iustitia*, pág. 56.

11. Cfr. SUÁREZ, *De legibus*, pág. 466.

12. *De iustitia*, págs. 56 y s.

por el contrario, se pronunció en favor de la teoría de las meras leyes penales (*lex pura poenale*) formulada por Henrico *Gandensis*¹³. Este distingue entre leyes que determinan la punibilidad de un pecado y aquellas que sólo sancionan una acción o una omisión pero que no tienen un pecado como causa de la pena. Estas últimas, es decir, las leyes meramente penales, obligan a la pena, pero no en razón de la culpabilidad¹⁴. En este mismo sentido afirma también Alfonso *de Castro*: «Poene (ut Jurisperiti de illa loquuntur, et nos etiam impraesentierun loquimur) non necessario dependet a culpa» (la pena, tal como los juristas la vemos, no es necesariamente dependiente de la culpabilidad)¹⁵. También *Suárez* parte de este punto de vista y afirma contra la opinión de Santo *Tomás de Aquino*¹⁶: «Verutanem etiam haec ratio nun urget, nam licet pena in qadam significatione rigorosa dicat ordinem ad culpam, tamen latius sumpta pro quocunq; suplicio vel damno, aut incomodo potest ouste inferri propter iustam causam sine culpa» (aunque la pena, en sentido estricto, presuponga culpabilidad, puede ser también aplicada sin culpabilidad en la medida en que ella, en sentido amplio, deba ser entendida como una lesión, como un daño o como una tortura)¹⁷. La ley penal es, por lo tanto, una auténtica ley y puede por ello crear deberes de conciencia¹⁸. Sin embargo, no pertenece a la esencia de las leyes penales el obligar en conciencia a la acción por ellas exigida¹⁹.

La teoría de las meras leyes penales no significa, sin embargo, que la pena pueda ser impuesta sin tomar en consideración si el autor ha obrado voluntariamente o no. Precisamente este supuesto subjetivo de la pena es lo que ha dado ocasión a *Suárez* para distinguir entre la culpabilidad en sentido auténtico y estricto y un concepto jurídico de culpabilidad. *Suárez* rechaza la opinión de Santo *Tomás de Aquino*, pero agrega, sin embargo: «Vel etiam dici potest, licet omnis poena sit propter culpam, non tamen semper esse propter culpam contra Deum, sed interdum sufficere culpam quasi civilem et humanam» (toda pena requiere culpabilidad, sólo que ésta no siempre debe ser una culpabilidad dirigida contra Dios, sino que en muchos casos puede ser suficiente con una culpabilidad humana, civil)²⁰.

La fundamentación de la culpabilidad «legal» en *Suárez* como presupues-

13. SOTO, *De iustitia*, pág. 56.

14. ALFONSO DE CASTRO, *De potestate*, págs. 304 y ss.

15. *De potestate*, pág. 327: «... legem pure poenalem, quatenus talis, nunquam obligare ad culpam» (pág. 328).

16. En la historia del Derecho Penal de habla hispana SUÁREZ y otros fueron considerados a menudo como meros transmisores de las ideas de TOMÁS DE AQUINO. Cfr. HINOJOSA, *cit. ut supra*; en lo concerniente a la «lex pura poenale» esta opinión, por lo menos, no es correcta.

17. *De legibus*, pág. 466.

18. SUÁREZ, *De legibus*, pág. 466.

19. «Haec vero ratio non couincit, quia non est de essentia legis ut determinare obliget in conscientia ad actum, quem praecipue intendit», *De legibus*, pág. 466.

20. *De legibus*, pág. 466.

to subjetivo de la pena se apoya, de todos modos, también en otra cuestión: la relación de la pena no con la culpabilidad sino con la prevención²¹.

En efecto, el requisito de la culpabilidad legal, es decir, la voluntad del autor como presupuesto de la aplicación de la pena en las leyes meramente penales se deduce de consideraciones de tipo preventivo. De acuerdo con Suárez²², el error excluye la pena no porque disculpe al autor sino porque a través de él, la acción se torna involuntaria y de esta manera no es un fundamento suficiente para la pena dado que ella sólo es establecida con la finalidad de coaccionar la voluntad. Esta coacción no puede ser nunca efectiva si el autor obra sobre la base de un error. También Covarrubias señala la influencia del error en la exclusión de la voluntad de acción, aunque aquí no acepta la existencia de un pecado²³.

El tratamiento del error muestra los efectos de la culpabilidad jurídica con respecto a los presupuestos de la pena. No solamente el error sobre los hechos sino también el error sobre la prohibición excluye la punibilidad. Para Soto²⁴ y Covarrubias²⁵ esta conclusión no resultaba problemática, pero para la teoría de las leyes meramente penales la solución no resultaba tan fácil. Pero como hemos visto, Suárez ha podido fundamentar la relevancia del error de prohibición y de hecho en las leyes meramente penales por medio de la exigencia de voluntariedad de la acción²⁶. Distinto era, sin embargo, el parecer de Alfonso de Castro, quien era de la opinión de que ningún error sobre el hecho o sobre el Derecho podía liberar de la pena estatal cuando el autor había obrado con la necesaria salud espiritual aun cuando no haya obrado culpablemente²⁷. La diferencia de estas soluciones se aclara en razón de que de Castro no reconoció a la voluntariedad de la acción como un presupuesto de la culpabilidad en las meras leyes penales²⁸.

Sólo en el momento de la determinación legal de la pena acentúa Alfonso

21. Desde los tiempos de Séneca la esencia de la pena ha sido vista siempre desde concepciones preventivas. Cfr. *Opera*, editada por Erasmo Roterod, Basilea, I, Hervagium, 1787; *De ira*, págs. 284 y ss.; *De clementia*, págs. 319 y ss. (*De ira* apareció en el año 41 d. C. y *De clementia* en el 55-57 d. C.). Esta conexión de la pena con la idea de prevención se torna relevante en dos niveles distintos: en la determinación de los presupuestos de la pena y en la individualización de la misma. Cfr. STAMPA BRAUN, *Las ideas penales y criminológicas de L. A. Séneca*, 1950, pág. 60; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 3.ª ed., 1964, págs. 269 y ss.; JOSÉ ANTÓN ONECA, *Discurso académico sobre la prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, 1944.

22. *De legibus*, pág. 466.

23. Pars I, Relect c. Alma mater in VIo. Ex quibus causis Excommunicatio fiat vel non, pág. 466, núm. 8, en PEREDA (cit. nota 7), págs. 145 y ss.

24. *Cit. supra*.

25. Cfr. PEREDA, *cit.*, págs. 145 y ss.

26. *De legibus*, págs. 518 y ss.

27. «Nulla juris aut facti ignorantia excusat hominem habentem usum rationis a poena juris, qua incurritur sine peccato». Cfr. *De potestate*, 2, 2, pág. 273.

28. Cfr. *De potestate*, 2, 2, págs. 274 y s.

de Castro la prevención general. Es allí donde la prevención general debe determinar la gravedad de la pena amenazada: «Ex quibus omnibus convincitur, bonum, et aliquando necessarium esse, poenam in ipsis legibus contra illarum transgressores statuere, ut vel poenarum metu homines ad legum observationem cogantur» (Es útil, y muchas veces también necesario, determinar en las leyes penas de tal forma que el delincuente, por lo menos por miedo a ellas, observe la ley)²⁹. Para fundamentar esta conclusión sostiene Alfonso *de Castro*: «Nam et si aliqui sint que oderunt peccare virtus amore, hi tamen, quia boni, rari sunt. At mali, quorum multo major est numerus non oderunt peccare, nisi (ut Horatius ait) formidine poena» (Es verdad que hay hombres que odian el pecado en razón a su amor a la virtud. Sin embargo, son los menos, y raros. La mayoría está constituida por los malos y éstos sólo se apartan del pecado por temor a la pena). A partir de esta comprobación de que la mayoría sólo omite la realización de un mal por miedo a la pena, le resulta clara a Alfonso *de Castro* la necesidad de que la pena coaccione a la observación de la ley como consecuencia del temor a ella³⁰. De todos modos, la culpabilidad tiene aquí una función decisiva dado que constituye el límite dentro del cual puede intervenir la prevención general. Dice Alfonso *de Castro*: «Quum igitur legislator poenalem aliquam legem condere voluerit summo studio cavere debet, ne poena per legem imponenda sit nimium atrox et cruelis, et quae culpa gravitatem transcendat» (Si el legislador intenta dictar una ley jurídicopenal tendrá que observar mucho cuidado con que la pena amenazada no sobrepase la gravedad de la culpabilidad ni sea demasiado cruel)³¹. Alfonso *de Castro* no ha aclarado lamentablemente por qué razón la gravedad de la pena está limitada por la culpabilidad. Podría por lo tanto suponerse que la culpabilidad tiene frente a la prevención un rango superior en la legitimación de la pena. Sin embargo, la exigencia de una proporcionalidad no puede deducirse en este autor del principio de culpabilidad, puesto que la lesión del mismo no afecta la validez de la ley, como debería ocurrir si sólo la culpabilidad legitimara la pena. Por el contrario, Alfonso *de Castro* parte de la idea de que las leyes humanas *injustas* no poseen fuerza obligatoria³². Pero la lesión de la proporcionalidad de la pena con respecto a la culpabilidad no constituye un fundamento para condenar una ley como injusta. La reprobable finalidad del legislador determina la injusticia de la ley sólo en el caso en que él persiga con ella su propio beneficio y no el bien común³³.

La *prevención general* adquiere también significación en la *individualización de la pena*. Precisamente mediante consideraciones preventivo generales

29. *De potestate*, págs. 204 y s.

30. *De potestate*, pág. 200.

31. *De potestate*, pág. 207.

32. *De potestate*, pág. 145.

33. *De potestate*, pág. 153.

se fundamenta la posibilidad de que la pena se determine apartándose de la gravedad de la culpabilidad y por cierto también por encima de la gravedad de la culpabilidad. Como fundamento de la individualización de la pena, se reconoce, de todas maneras, la gravedad del delito³⁴. Para determinar la medida correcta del delito no es suficiente, según Alfonso de Castro, con observar las meras características del mismo sino que es también necesario ponderar las circunstancias importantes del delito y del delincuente dado que la culpabilidad puede ser más grave o menos grave en el caso concreto. La gravedad del delito es, finalmente, un concepto que se determina por la medida de la culpabilidad. La cuestión de si ésta es considerada sólo como culpabilidad por el hecho, es, por lo menos, dudosa. De todos modos surgen pocas indicaciones en este sentido porque las circunstancias relevantes para la individualización de la pena que pueden tener un efecto atenuante³⁵ pueden entenderse tanto desde el punto de vista de la culpabilidad como desde el punto de vista preventivo. Pero como se dijo, la pena puede ser más grave que la medida de la culpabilidad cuando ello es exigido por la prevención general. «Potest etiam iudex ex causa adeo augere, ut merita delicti transcendat, ut quando ex unius delicto multi alli occasionem sumpserunt ad simile delictum committendum. Tunc enim neccesarium est, ut illius delicti poena exacerbetur, quia nimium multis personis grasantibus exemplo opus est» (El Juez está autorizado a agravar la pena más allá de lo establecido en la sanción amenazada para el delito cuando, por ejemplo, otros tomarían al delito cometido como ocasión para cometer otros delitos semejantes. En este caso, la superación de la pena merecida es necesaria porque hay muchos que requieren un ejemplo)³⁶.

Tampoco la *prevención especial* ha sido dejada fuera de consideración. Ella resulta especialmente de significación para la pena de muerte, o mejor dicho, para su no imposición, lo mismo que en los casos de reincidencia. Alfonso de Castro opina que la pena de muerte sólo es justificable cuando el autor es irrecuperable³⁷: «Incorregibilem autem aliquem esse duplici praesumptione dignosci posse, videlicet aut magnitudine delicti, aut ex frequenti illius iteratione»³⁸. Esta irrecuperabilidad del autor se determina por una doble presunción: por un lado, la gravedad del delito y por el otro la frecuencia de la reincidencia. Es así como se determina la gravedad del hecho punible en el caso del hurto del reincidente³⁹.

34. «Ad rectam vero delicti mensuram capiendam, non solum inspicienda est nuda delicti qualitas, sed omnes delicti, et delinquentis praecipuas circumstantias considerare oportet: quoniam illiae saepe sone culpam augere, aut minuere, aut prorsus tollere». ALFONSO DE CASTRO, *De potestate*, pág. 209.

35. ALFONSO DE CASTRO, *De potestate*, pág. 209.

36. ALFONSO DE CASTRO, *De potestate*, págs. 209 y s.

37. *De potestate*, pág. 215.

38. ALFONSO DE CASTRO, *De potestate*, pág. 215. Cfr. también págs. 218 y 220.

39. ALFONSO DE CASTRO, *De potestate*, pág. 222.

Resumiendo, es posible afirmar que en el tiempo de la fundación de la ciencia jurisdicopenal española la culpabilidad y el pecado no se separaban la una del otro. El concepto de la culpabilidad *legal*, es decir, la acción voluntaria como presupuesto de la pena, fue, ante todo, consecuencia de las exigencias preventivas de la teoría de las meras leyes penales tal como se ve con claridad en Francisco Suárez. La culpabilidad no era básicamente un límite insuperable de la pena. Tanto en la determinación legal de la pena amenazada como también en la individualización judicial de la pena han jugado un rol la prevención general y especial.

II.—*La culpabilidad y la prevención en la época del Iluminismo.*

A mediados del siglo XVIII comenzó en España la época de la reforma Penal y de la liberalización del Derecho Penal. El programa de reformas del Ministro de Gracia y Justicia *Manuel de la Roda* de 1776 puso en tela de juicio, ante todo, la justificación de la pena de muerte para el hurto lo mismo que la aplicación de la tortura en el proceso penal⁴⁰. Este desarrollo del Derecho Penal español renovó en primer término la cuestión de la proporción entre la pena y el delito y de esta manera puso nuevamente sobre el tapete la cuestión de la culpabilidad y la prevención como objeto de la discusión en la reforma del Derecho Penal. La ideología en que se apoyaba el programa de reformas era la ideología jurisdicopenal del Iluminismo que en España encuentra su más alta expresión en la obra de *Manuel de Lardizábal* (n. Tlaxcala, México, 1744; m. España 1821) «Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma», publicado en Madrid en 1782⁴¹. No es posible aquí, naturalmente, seguir cada uno de los rasgos fundamentales del Iluminismo en España. Aquí sólo nos importa su significación para las relaciones entre la culpabilidad y la prevención y para la distinción de las concepciones de esta época con respecto a las de la Edad Moderna.

En mi opinión, el Iluminismo jurisdicopenal español no se ha separado demasiado de las ideas de la época anterior. Si bien no es posible tratar al Iluminismo en el Derecho Penal como una unidad cerrada, se hace necesario de todos modos tomar alguna clase de relación con respecto a alguno de los pensadores jurídicos del Iluminismo que permita una mejor caracterización del pensamiento de *Lardizábal*. La circunstancia de que la obra de *Beccaria* haya tenido una gran repercusión en España hace que él aparezca como

40. ANTÓN ONECA, *El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, Introducción a MANUEL DE LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, preparada por F. BUENO ARÚS, 1966, págs. 10 y ss.

41. Vid. FRANCISCO BLASCO FERNÁNDEZ DE MORALEDA, *Lardizábal, el primer penalista de América española*, 1959; MANUEL DE RIVACOBA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, 1964; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, núm. 284, con abundante bibliografía.

un adecuado contraste para considerar la obra de *Lardizábal*. El elemento característico del pensamiento jurídicopenal del Iluminismo consiste precisamente en la afirmación de que la fundamentación del Derecho Penal no debe tener lugar ya a través de la autoridad divina y que la pena no debe ser entendida ya más como retribución⁴². La relación de la pena con la culpabilidad resulta, bajo estas condiciones, por lo menos, dudosa. Sin embargo, este punto fundamental de la argumentación iluminista no ha sido aceptado por *Lardizábal*.

Lardizábal no fundamenta el Derecho Penal del Estado, como lo hizo *Beccaria*, en «la suma de las renunciaciones individuales de cada ciudadano a una pequeña parte de su propia libertad»⁴³. Para él, el derecho de establecer penas y de amenazar con ellas, es algo que dimana de la esencia de la autoridad, «surge de Dios bajo el presupuesto de la existencia de la sociedad y del contrato de los hombres que renuncian en favor de la autoridad pública a los derechos que surgen del estado natural para poderlos disfrutar en seguridad»⁴⁴. Pero como se ve, la autoridad pública es entendida aquí de tal manera que podría existir fuera del contrato social, por lo que el contrato social en realidad no posee ninguna fuerza legitimadora de la autoridad. Y si esto es así, y al Derecho Penal se le ve como una característica esencial de la autoridad, es evidente que su legitimación no podrá surgir del contrato social como ocurre en el Iluminismo más ortodoxo.

Pero, no sólo en la fundamentación del Derecho Penal subjetivo, es decir, del derecho del Estado a penar, permanecen en la argumentación de *Lardizábal* elementos importantes de las antiguas concepciones. Estos aparecen también en la consideración de la naturaleza de la pena. La vinculación de la pena con la prevención y sólo con ella, como era evidentemente el caso de la obra de *Beccaria*, es una idea que *Lardizábal* no aceptó. De acuerdo con su opinión la pena es el en primer lugar un mal en el sentido de la retribución y es entendida como la consecuencia jurídica de la comisión de un hecho con dolo o malicia o en forma culposa⁴⁵. A juicio de *Lardizábal*, la pena presupone «moralidad», es decir, reproche moral⁴⁶.

El apartamiento de *Lardizábal* del pensamiento iluminista de *Beccaria* en relación a la culpabilidad y su función ha sido a menudo soslayado por no bien considerado. Generalmente lo que se hace es comparar su teoría de los fines de la pena con la de *Beccaria* sin señalar las diferencias existentes en

42. Cfr. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, preparada por GIAN DOMENICO PISAPIA, 1973, cap. II; cfr. también FILANGIERI, *Scienza della Legislazione*, 1780-1785, Introducción al libro 3.º (Tomo I, pág. 86, edición florentina de 1820).

43. *Cit. supra* («La agregato di queste minime porzioni possibili forma in diritto di punire; tutto il di piú è abuso, e non iustizia»).

44. LARDIZÁBAL, *Discurso*, pág. 55.

45. *Discurso*, cap. I, núms. 2 y 3.

46. *Discurso*, cap. I, núm. 3, y cap. IV, núm. 10.

aquel ámbito⁴⁷. La acentuación de los aspectos subjetivos del hecho con relación a la responsabilidad jurídicopenal ha tenido por consecuencia, sin embargo, una significación fundamental para explicar el mantenimiento de la culpabilidad en la teoría del Derecho Penal de habla hispana de aquel tiempo. *Lardizábal* contradice la opinión de *Beccaria* sobre la medida del delito precisamente desde el punto de vista de la culpabilidad, es decir, de lo que él llama moralidad. Mientras que *Beccaria* percibe la gravedad del delito exclusivamente en el daño social causado⁴⁸, *Lardizábal* vincula el concepto de gravedad del hecho al conocimiento del autor y la libertad del mismo⁴⁹. Esto no significa otra cosa sino que la gravedad del hecho depende del carácter doloso o culposo de la acción o del estado emocional del autor en el momento del hecho⁵⁰. De esta manera *Lardizábal* fundamentó una auténtica teoría de la unificación de los fines de la pena⁵¹. El porte de la base de que la utilidad de la sociedad, y no la causación de un daño carente de finalidad, es lo que constituye el fin de la pena y señala, de acuerdo con ello, dos direcciones en las cuales la pena resulta útil para la sociedad: el mejoramiento del delincuente en el caso de que ello sea posible y la prevención de nuevos daños sociales, así como en la creación de un ejemplo que mantenga a otros que todavía no han pecado lejos del delito⁵². Aplicar un mal sin ninguna finalidad como contenido de la pena no sería otra cosa que «tortura y tiranía»⁵³. Precisamente por estas razones *Lardizábal* exigió la reforma de la ejecución penal urgentemente⁵⁴ y la consideró imprescindible⁵⁵. *Lardizábal* se ha ocupado también del rango con que deben considerarse la culpabilidad y la prevención entre sí. En este sentido afirma que antes es el ejemplo para el futuro que la venganza por el pasado, aquello que debe constituir el objeto de la justicia penal y, por lo tanto, de las penas⁵⁶. Pero de esta manera la culpabilidad sólo tiene una pequeña función dentro de la prevención y en realidad sólo es entendida como un presupuesto de la pena, dado que las acciones humanas sólo son imputables al autor si las realizó con conocimiento y libertad⁵⁷. Esto rige naturalmente sólo en la medida en que el autor mismo no haya sido la causa de su desconocimiento, como ocurre en el caso de los hechos cometidos en estado de ebriedad. Pero fuera de ello, el error pierde

47. Cfr. ANTÓN ONECA, *cit.*, pág. 31; JIMÉNEZ DE ASÚA califica a *Lardizábal* como «el más importante representante de *Beccaria* en España», *cit.*, núm. 284, pág. 857; cfr. también JAIME MASAVEU, *Contribución al estudio de la Escuela penal española*, 1922.

48. Cfr. *Dei delitti e delle pene*, XXIV.

49. Cfr. *Discurso*, cap. IV, parágrafo 1, núm. 10.

50. *Discurso*, cap. IV, núms. 10 y 15.

51. De otra opinión CEREZO MIR (citado nota 2), pág. 20.

52. *Discurso*, cap. III, núm. 3.

53. *Discurso*, cap. III, núm. 1.

54. *Discurso*, cap. III, núm. 4.

55. *Discurso*, cap. V, parágrafo III, núms. 12 y ss.

56. *Discurso*, cap. III, núm. 6.

57. *Discurso*, cap. IV, núm. 10.

su carácter disculpante dentro de la concepción de *Lardizábal*, por lo que se separa de las concepciones que en tiempos anteriores habían sido dominantes⁵⁸. En opinión de *Lardizábal*, el error sólo debe constituir un fundamento de atenuación⁵⁹. Ambas limitaciones de las consecuencias del principio de culpabilidad provienen de consideraciones preventivas. De tal manera, la culpabilidad resulta tener en la teoría del iluminismo, si se la compara con su significación en los tiempos anteriores, una posición considerablemente más débil, lo que evidentemente es consecuencia de la fuerte acentuación de la prevención general.

Esta debilidad de la culpabilidad con respecto a la época anterior se percibe también en la individualización de la pena, dado que la medida de la pena está determinada también por consideraciones de tipo preventivo generales. Como circunstancias que entran en consideración en la individualización de la pena, *Lardizábal* toma en cuenta el tiempo y el lugar de ejecución, la reincidencia, la especie de ejecución, los instrumentos utilizados, la personalidad del delincuente y de la víctima⁶⁰. Estas circunstancias relevantes para la individualización de la pena se han mantenido hasta hoy en las modernas legislaciones del ámbito cultural español y han sido interpretadas preferentemente en el sentido de la prevención y no de la culpabilidad⁶¹. Ellas han sido introducidas en el Código Penal argentino de 1921 por vez primera y más tarde aceptadas por otras leyes latinoamericanas. De todos modos la proporcionalidad de la pena constituye para *Lardizábal* el límite para la medida de la misma. Esta proporcionalidad de la pena es acentuada por él en el caso de la reincidencia⁶². Tal proporcionalidad es obvia si se parte de la utilidad que la pena debe representar para la sociedad y, por lo tanto, no debe confundírsela con la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad.

III. *La culpabilidad y la prevención en los tiempos de la moderna Codificación.*

La moderna codificación tiene lugar en España y en los países latinoamericanos a partir del segundo cuarto del siglo XIX. El primer Código Penal español fue sancionado en 1822. En 1832 entró en vigor en América Latina el Código Penal de Bolivia⁶³. En esta codificación es posible establecer la influencia de dos influjos formales exteriores: una que proviene del ejemplo

58. *Discurso*, cap. IV, párrafo II, núm. 14.

59. *Discurso*, cap. IV, párrafo II, núm. 13.

60. *Discurso*, cap. IV, párrafo II, núm. 47.

61. Cfr. BACIGALUPO, *Festschrift für Welzel*, 1974, págs. 429 y ss.

62. *Discurso*, cap. IV, párrafo II, núm. 54.

63. Cfr., sobre los aspectos históricos de la codificación en España y América, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, núms. 235 y ss.; el mismo, *Códigos Penales Iberoamericanos*, Tomo I, 1946.

francés, que por aquellos tiempos era modelo básico de todas las legislaciones europeas; pero a su lado se encuentran también tradiciones provenientes de las viejas leyes y recopilaciones españolas⁶⁴. Ocurre, sin embargo, que la Codificación española tiene lugar en un tiempo en el que la culpabilidad adquiere el carácter de presupuesto exclusivo de la pena. Las consideraciones preventivas de las épocas anteriores de la edad moderna y del iluminismo, por el contrario, no encuentran lugar alguno en la fundamentación de la pena en aquel entonces, aunque en otros ámbitos que no corresponden ya a la fundamentación de la pena su efecto no puede naturalmente soslayarse. La equiparación entre pecado y delito, que no fue nunca totalmente dejada de lado, alcanzó en las Codificaciones de 1848 y 1870 su punto más alto de desarrollo. La estrecha vinculación del Derecho y la Moral que probablemente hoy todavía existe de una manera tan marcada en parte de la teoría jurídica española fue durante el siglo XIX presupuesto intangible del Derecho Penal. Esto puede verse en primer término con toda claridad en la obra de *Pacheco*, a quien se le atribuyó haber tomado parte decisiva en la redacción del Código Penal de 1848⁶⁵. «El delito —escribe *Pacheco*⁶⁶— contra la ley divina se llama pecado y el pecado contra la ley humana es el delito social. Ambos son, de acuerdo con su origen, de la misma naturaleza. Sólo se separan luego como consecuencia de su pertenencia a esferas diversas... Bien y mal existen en las leyes humanas, sólo porque han existido antes en las leyes divinas y en la naturaleza humana»⁶⁷. También *Silvela* parte de la indiferenciación de las esferas del Derecho y la Moral. «No es posible afirmar —dice— que hay bienes jurídicos que no sean bienes religiosos o morales, de la misma manera que no es posible decir que existen puros deberes jurídicos, dado que el Derecho es solamente una forma de manifestación de la moral y la religión»⁶⁸.

La consecuencia directa de esta acentuación de los fundamentos morales del Derecho Penal⁶⁹ resultó ser la exclusión, por vía de principio, de la prevención de toda la fundamentación del Derecho Penal y de la determinación del concepto de culpabilidad. *Pacheco* menciona la prevención sólo cuando afirma que la culpabilidad también resultaría necesaria para el Derecho Penal a partir de argumentaciones preventivas⁷⁰. Pero la prevención general no tiene, sin embargo, ningún efecto con relación a los principios del Derecho Penal. Es evidente que si ella tuviera alguna clase de función en la deducción de

64. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, núms. 236 y ss.; PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, 1.ª ed. 1848-49, 2.ª ed. 1856, pág. LVII.

65. Sobre aportación de Pacheco a la redacción del Código Penal español, cfr. ANTON ONECA, en ADCP 1965, págs. 482 y ss.; BARBERO SANTOS, *Política y Derecho Penal en España*, 1977, pág. 31.

66. *El Código*, art. 1, núm. 39.

67. *El Código*, art. 1, núm. 38.

68. *El Derecho Penal estudiado en principios*, 1.ª ed. 1874-79, 2.ª ed. 1903, pág. 46.

69. Cfr. PACHECO, *Código*, I, art. 1, núm. 18.

70. *Código*, art. 1, núm. 17.

estos principios tendría por lo menos que codeterminar la validez del principio «nullum crimen nulla poena sine lege». Sin embargo, Pacheco ha deducido este principio de la idea de justicia⁷¹ y Silvela expresa esta idea todavía con más claridad cuando dice: «El Derecho Penal es el Derecho para el restablecimiento del Derecho; un restablecimiento del Derecho por el Derecho mismo»⁷².

A pesar de estas afirmaciones programáticas, el principio de culpabilidad apenas si mereció una realización en la primera época de la Codificación española. Este desarrollo en dirección a un Derecho Penal fundamentado exclusivamente en la culpabilidad condujo a la paradoja de que se establecieron consecuencias legales que restringieron sensiblemente los derechos procesales del acusado. De la culpabilidad no se dedujo la existencia de un Derecho Penal de culpabilidad, sino de un Derecho Penal dentro del cual la culpabilidad resulta presumida, aunque sólo sea *iuris tantum*. «Dado que la coacción, la falta de dolo y la incapacidad para comprender solamente constituyen situaciones excepcionales, resulta obvio que debe presumirse lo contrario y que cuando alguien afirma la excepción tiene también a su cargo la prueba de la misma»⁷³. Idéntica argumentación, apoyada también en lo que normalmente ocurre, se encuentra en la obra de Silvela⁷⁴. De esta manera se introdujo la presunción de la culpabilidad en la legislación penal española: una presunción que todavía hoy rige tanto en España como en algunos países latinoamericanos como, por ejemplo, México.

La reducida significación de la culpabilidad presumida se refleja ante todo en el ámbito del error y en el reconocimiento del «versari in re illicita» que hace a veces la doctrina como vigente en el Código Penal español. Es tan pequeña la consideración que se le dispensa al error que ni siquiera figura en el catálogo de las circunstancias que excluyen la culpabilidad (art. 8 del Código Penal español). Como consecuencia de ello tampoco se encuentra en la literatura un desarrollo de la problemática del error. El detallado desenvolvimiento de este tema, propio de los siglos XVI y XVII, desapareció de los libros especializados hasta la década de los años sesenta⁷⁵. Pacheco reconoce, sin embargo, que el error de hecho⁷⁶, en caso de no ser culpable, excluye el delito, dado que la voluntad resulta esencial para el concepto del delito⁷⁷. Pero distinta es la posición de Silvela. Para él, el delito debe cometerse por cierto en forma voluntaria. Sin embargo, toda acción u omisión debe considerarse como voluntaria en la medida en que lo contrario no sea probado. Lo contrario, sin embargo, puede ser probado sólo en el caso de tratarse de uno

71. Código, art. 2, núms. 3 y 6.

72. *Cit.*, pág. 64.

73. PACHECO, Código, art. 1, núm. 50.

74. *Cit.*, tomo 2, pág. 118.

75. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV, 1962, págs. 312 y ss.

76. Código, comentario al art. 8, núm. 6.

77. Código, comentario al art. 8, núm. 9.

de los fundamentos de exclusión de la pena contenidos en la ley; pues este es el sistema establecido en el Código Penal⁷⁸.

A ello debe agregarse que la codificación de 1848 y 1870 no extrajo claras consecuencias de la culpabilidad con respecto a la individualización de la pena. Tanto *Pacheco*, como *Silvela*, sostuvieron una teoría absoluta de la pena —como se dijo— sin ninguna limitación. El propio *Pacheco* ha vinculado inclusive la pena a la idea de expiación⁷⁹ y *Silvela* excluye en principio toda consideración de fines preventivos en la individualización de la pena⁸⁰. Pero *Pacheco*, sin embargo, ha tratado la medida de la pena desde el punto de vista de la prevención. La condena individual resulta no como concreción de un criterio de justicia, tal como ocurría en el caso de la determinación legal de la pena, sino de la «utilidad pública» o del «bien general de la nación»⁸¹. Por su parte, *Silvela* determina la cuantificación del delito no a través de la culpabilidad, sino a través del grado de perversión del delincuente⁸² y la teoría de las circunstancias agravantes y atenuantes fue explicada a través de la alarma social o de la medida del daño o de la perversión del delincuente⁸³. Por lo tanto no cabe sino preguntarse por qué teorías absolutas tan radicales tuvieron como consecuencia un sistema de la individualización de la pena en el que la culpabilidad no jugaba ningún papel. La respuesta no puede darse, en mi opinión, deduciéndosela exclusivamente de la teoría de la pena, sino que debe buscarse en la historia de la Codificación española de los años 1848 y 1870. Estas leyes nacieron todavía bajo la influencia de las ideas políticas del iluminismo, de acuerdo con las cuales el juez sólo debía disponer de un ámbito extremadamente pequeño para la determinación de la medida de la pena. La *Junta del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*⁸⁴ afirmó en aquellos tiempos en un informe lo siguiente: «Antes, el arbitrio judicial era todo y la ley poco; ahora, por el contrario, se le ha otorgado a la ley el lugar correcto y ello con derecho; de esta manera el arbitrio judicial se torna estrecho; antes era el juez el que creaba la ley, ahora es el legislador el que ha tomado el lugar del juez en la medida en que a través de reglas de aplicación muy estrictas ha logrado que el juez apenas tenga un pequeño ámbito de movimiento para su arbitrio; antes era el juez el que creaba el Derecho, ahora el juez ha devenido un autómeta; el juez tuvo que ser anteriormente un hombre sabio, ahora es suficiente con que

78. *El Derecho Penal*, pág. 200.

79. *Código*, art. 1, núm. 17, y *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª ed. 1845, pág. 195.

80. *El Derecho Penal*, tomo I, págs. 311 y ss.

81. *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª ed. 1854, pág. 196.

82. *El Derecho Penal*, tomo II, pág. 178.

83. SILVELA, *El Derecho Penal*, págs. 179 y ss.; José Luis Díez Ripollés, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, págs. 597 y ss., en especial, pág. 600.

84. Informe dirigido al Gobierno de S. M. por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre la Reforma del Código Penal, con arreglo a las 46 preguntas contenidas en la circular del Ministerio de Gracia y Justicia, del 16 de abril de 1851.

domine su arte». Traducido en el idioma científico actual esto vendría a significar que la individualización judicial de la pena resulta prácticamente reemplazada por la determinación legislativa de la misma⁸⁵. Por lo tanto, la ley tuvo que contener un muy amplio catálogo de penas con el cual el legislador procura mediante distintas especies de penas privativas de libertad establecer las correspondencias con los grados de gravedad del hecho; antes ya del momento de la aplicación judicial.

El concepto de culpabilidad tan fuertemente afirmado como principio sólo se ha reflejado, por lo tanto, en que al autor se le ha reconocido la posibilidad de liberarse de la pena cuando pueda probar su inculpabilidad. Todo ello muestra qué débil es la fundamentación del Derecho Penal de culpabilidad en el tiempo de la codificación y quizás por qué la idea de un Derecho penal de culpabilidad no pudo imponerse hasta ahora en la teoría.

IV.—*El movimiento de reforma y la llamada dirección de la política criminal.*

José Antón Oneca ha llamado a los primeros veinticinco años de la historia del Derecho Penal español de este siglo la época de la política criminal⁸⁶. Se trata de la época del movimiento de reforma contra las ideas juridicopenales del siglo XIX. Este movimiento de reforma resultó ser en España consecuencia de dos corrientes diversas que han acuñado fuertemente el desarrollo de la teoría del Derecho Penal: el krausismo y el positivismo. De acuerdo con ambas corrientes, la culpabilidad queda totalmente excluida de la fundamentación del Derecho Penal. De todos modos, la teoría de la culpabilidad de la época de la Codificación no impidió que la culpabilidad fuera una presunción que en realidad no consistía sino en una limitación de los Derechos del acusado y tampoco impidió que las consecuencias no culpables del hecho fueran imputadas al autor y tampoco pudo evitar que en la praxis española se apliquen aún hoy penas que resultan extraordinariamente rigurosas⁸⁷. De todos modos resulta dudoso si el Derecho Penal de culpabilidad de aquel tiempo, tan fuertemente afirmado en los principios, estuvo completamente libre de consideraciones preventivas. Una consideración más detallada permite afirmar que este Derecho Penal de culpabilidad es, en realidad, más un producto de la exacerbación de la prevención general⁸⁸ que un desarrollo interno de la idea de culpabilidad y la libertad de voluntad. Por cierto que este desarrollo hu-

85. Cfr. Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones de Legislación Penal Comparada*, 1944, págs. 167 y s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Códigos Penales Iberoamericanos*, 1946, tomo I, págs. 384 y ss.

86. Cfr. *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje a Jiménez de Asúa*, 1970, págs. 337 y ss.

87. Cfr. BERNALDO DE QUIRÓS, *Teoría del Código Penal*, P. G., 1911, pág. 48; DORADO MONTERO, *cit.*, pág. 604; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo I, núm. 250; cfr. también los motivos de la reforma del Código Penal español de 1932, núm. V.

88. Cfr. BARBERO SANTOS, *ZStW* 87 (1975), págs. 397 y ss.

biera podido ser corregido mediante una atenuación de la prevención general y la correspondiente acentuación del Derecho Penal de culpabilidad. Pero el hecho de que esto no haya ocurrido así puede remitirse a tres razones que, me parece, adquieren aquí validez.

En primer lugar, la culpabilidad ya desde el principio no resultó compatible con las ideas juridicopenales del krausismo. Aunque el krausismo ha sido entendido como un desarrollo ulterior del idealismo alemán⁸⁹ su concepción de la pena no tiene ningún punto de contacto con la de Kant y Hegel, que es la que, por ejemplo, ha dominado en Alemania. De la idea de la dignidad humana no se ha deducido dentro de la ideología penal del krausismo un Derecho Penal retributivo, sino precisamente lo contrario: la dignidad humana resulta incompatible con la causación de un mal carente de finalidad⁹⁰. La pena, por lo tanto, no puede entenderse sino como un bien y el delincuente tiene un verdadero derecho a la pena, es decir, al tratamiento que a él le corresponde en su situación, por lo que la pena llega a ser de este modo auténticamente un bien⁹¹. Es evidente que bajo estas consecuencias la idea de reproche no encuentra ya lugar dentro del Derecho Penal.

La segunda razón se encuentra en el espíritu antimetafísico de la ciencia de aquel tiempo, es decir, de la época de la reforma de las ideas penales del siglo XIX. Una actitud científica que sustrajo a la culpabilidad todo punto de apoyo en la medida en que la fundamentación del Derecho Penal sobre la idea de la intuición de la libertad tuvo que ser rechazada⁹². Pedro Dorado Montero ha dicho con claridad en este sentido: «La concepción de la pena como represión no es compatible con el determinismo»⁹³. Y agregó: «Para el determinismo no existe en realidad el delito, es decir, acciones que sean en sí mismas malas»⁹⁴. El delito, por lo tanto, no es caracterizado como un abuso de la libertad, es decir, por medio de la culpabilidad, sino a través del «síntoma, y por cierto no el más importante, de un estado psíquico de anormalidad»⁹⁵.

89. Cfr. ELÍAS DÍAZ, *La filosofía social del Krausismo español*, 1973, págs. 14, 39 y ss.; MANUEL DE RIVACOBRA, *Krausismo y Derecho*, 1963; FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *El hegelianismo jurídico español*, 1944, págs. 27 y ss.

90. KRAUSE, Karl Christ. Fried., *Das System der Rechtsphilosophie, Vorlesungen*, editado por RÖDER, Leipzig, 1874, págs. 457, 532. Cfr. también Karl David August RÖDER, *Die herrschenden Grundlehre vom Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, traducido al castellano por F. Giner, 3.ª ed. 1873.

91. PEDRO DORADO MONTERO, *El Derecho Protector de los Criminales*, 2.ª ed. 1915, tomo I, pág. 325.

92. Cfr. PACHECO, *Código*, comentario al art. 8, núm. 2.

93. *El Derecho Protector*, I, pág. 340; cfr. también JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, 1.ª ed. Madrid 1913, 2.ª ed. Buenos Aires 1948; CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, *Las nuevas teorías de la criminalidad*, 1.ª ed. 1898, 2.ª ed. Madrid 1908; FÉLIX ARAMBURU Y ZULOAGA, *La actual orientación del Derecho Penal y de la lucha contra el delito*, Madrid 1910; SALDAÑA, *Modernas concepciones penales en España*, Madrid 1923.

94. *El Derecho Protector*, I, pág. 339.

95. *El Derecho Protector*, I, págs. 195 y 324. Cfr. también pág. 326.

La tercera razón se encuentra, a mi entender, en que un Derecho Penal que presume la culpabilidad y permite la aplicación de penas extremadamente rigurosas no puede demostrar su capacidad para la protección de valores fundamentales. Precisamente estos aspectos vinculados a la fundamentación del Derecho Penal de culpabilidad no han entrado en la discusión propia del Derecho Penal en los países de habla hispánica a causa de las particularidades que ha tenido la legislación española basada en la culpabilidad. Tampoco los científicos católicos del Derecho Penal han defendido los puntos de vista del Derecho Penal de culpabilidad. Un ejemplo de esto es la obra de P. *Jerónimo Montes*⁹⁶, en la que la prevención es elevada a la primera tarea del Derecho Penal, sin perjuicio de que la cuestión de la libertad de voluntad sólo resulta de significación en una medida limitada para la prevención del delito. Es evidente que de esta manera, junto a la libertad de voluntad, por lo menos una parte del determinismo en el sentido de los positivistas ha resultado también aceptada⁹⁷. Las tareas preventivas, afirma el P. *Montes*, «deben dirigirse sobre todo a la voluntad para educarla y fortalecerla, de tal manera que ella pueda imponerse en la vida, pero este es un objetivo que difícilmente se alcanza y, por lo tanto, es necesario transformar todas aquellas influencias enfermizas, combatir las inmoralidades y las costumbres e instituciones que contribuyen al delito». Tales ideas resultaban, sin embargo, totalmente ajenas al Derecho Penal de culpabilidad español de la época de la codificación, pues el esquema fundamental de este Derecho Penal estaba constituido solamente por el individuo libre y la orden que a él le dirige la norma.

El programa radical de reforma surgido de los puntos de vista empíricos de *Dorado Montero* propone un Derecho Penal sin pena y sin delito⁹⁸. Esto significa un Derecho Penal «protector de los delincuentes» que debe contener un sistema monista de consecuencias jurídicas de duración indeterminada⁹⁹. Según la opinión de *Dorado Montero*, la individualización de la pena entendida como una determinación ex ante de la consecuencia jurídica y de su duración debe ser excluida del Derecho Penal¹⁰⁰. Sin embargo, el programa de reformas de *Dorado Montero* no logró imponerse ni en la teoría ni en la legislación. Eso no significa que la teoría o la legislación retornaran al Derecho Penal de culpabilidad español clásico, pues la aceptación de un sistema de doble vía en la nueva legislación debería haber producido una reinserción de la culpabilidad en la fundamentación del Derecho Penal. Por el contrario, la

96. *Precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, 1911; cfr. también BERISTAIN, *La pena de muerte. Seis respuestas*, editado por MARINO BARBERO SANTOS, 1975, págs. 155 y ss., en especial, pág. 163.

97. Cfr. MONTES, *cit. supra*, págs. 481 y ss., en especial, pág. 492.

98. DORADO MONTERO, *El Derecho Protector*, págs. 231 y ss. Cfr. también JIMÉNEZ DE ASÚA, *citado en nota 93*.

99. Cfr. DORADO MONTERO, *El Derecho Protector*, págs. 194 y ss., y 231 y ss.; en el mismo sentido, ANTÓN ONECA, *La utopía penal de Dorado Montero*, pág. 194.

100. Cfr. *El Derecho Protector*, pág. 195.

fundamentación del sistema de doble vía se hizo a través de consideraciones preventivas. En la teoría ha sido en primer término *José Antón Oneca* quien ha fundamentado un sistema de doble vía en el que la pena nada tiene que ver en principio con la culpabilidad. La distinción entre penas y medidas corre paralela a la diferenciación entre la de prevención general y la especial. La pena sirve a la prevención general mientras que la medida sirve a la prevención especial¹⁰¹. Aunque la culpabilidad no desempeña ningún rol en el sistema de doble vía propuesto por *Antón Oneca*, ella resulta, de acuerdo con su opinión, presupuesto de la pena, pero esto, en todo caso, como consecuencia de las necesidades preventivo-generales¹⁰².

En la legislación, ha sido el Código Penal argentino de 1921 el primero que se aportó de la vieja Codificación española y que más tarde constituyó un ejemplo para la reforma del Derecho Penal en otros países latinoamericanos distinguiendo entre penas para los culpables y medidas de seguridad para los incapaces de culpabilidad, aunque la pena aparece tan fuertemente vinculada a la prevención especial¹⁰³ que la medida de la pena se determina exclusivamente por la peligrosidad del autor. La exigencia de culpabilidad como presupuesto de la pena puede explicarse aquí nuevamente solo como consecuencia de las exigencias preventivas.

Esta situación no se modificó cuando la fundamentación puramente preventiva de la pena se reemplazó a partir de 1940 y por especial influencia de *Sebastián Soler*¹⁰⁴, por una concepción cuya base se encuentra en la retribución. Aun cuando *Soler* había formulado ya en 1929 serios reparos contra la peligrosidad del autor como concepto fundamental del Derecho Penal¹⁰⁵, la individualización de la pena sigue reposando para él en exigencias preventivo especiales, es decir, en las necesidades impuestas por la tendencia del autor a cometer nuevos delitos¹⁰⁶.

La consecuencia práctica de un sistema de doble vía que fundamenta tanto a la pena como a la medida en la prevención y en la que ambas son limitadas exclusivamente por consideraciones preventivas se hicieron patentes en el

101. ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, 1944, págs. 105 y ss.; también LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias penales del delito*, 1976, págs. 178 y ss.

102. Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, P. G. 1949, págs. 477 y ss.; el mismo, citado en nota anterior, pág. 105.

103. Cfr. JULIO HERRERA, *La reforma penal*, 1911; JUAN P. RAMOS, *Rev. Penal Argentina*, 6 (1926), págs. 5 y ss.; JOSÉ PECO, *La reforma penal argentina, 1917-1921*, 1921, págs. 92 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Código Penal argentino*, 2.ª ed., págs. 212 y ss.; Günter BLAU, *Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Massnahme im iberamerikanischen Strafrecht*, 1951, págs. 34 y ss.

104. *Derecho Penal argentino*, P. G. 1.ª ed. 1940, 2.ª ed. 1963, tomo I, pág. 25; una crítica a este concepto de retribución: BACIGALUPO, en NPP, 1974, págs. 3 y ss., y NPP, 1976, pág. 162.

105. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, 2.ª ed., 1929.

106. *Derecho Penal argentino*, II, 3.ª ed., 1970.

Proyecto Argentino redactado por Soler en 1960. En él se impuso el criterio de la diferenciación entre penas y medidas de seguridad según la determinación o la indeterminación de la duración de la consecuencia jurídica prevista¹⁰⁷. Las dificultades con que choca un sistema de doble vía cuando la culpabilidad es solamente un presupuesto deducido de consideraciones preventivas ha sido también puesto de manifiesto claramente por el Proyecto de Código Penal tipo para América latina. En él, por ejemplo, es imposible diferenciar la pena privativa de libertad y las medidas de internación desde un punto de vista conceptual¹⁰⁸.

De esta manera alcanzamos el punto en el cual se encuentra la problemática actual en relación a las relaciones entre la culpabilidad y la prevención en el Derecho Penal de los países hispanoparlantes. Las dificultades, que son el producto de una fundamentación unilateral del dualismo de penas y medidas, obligan a la teoría a la búsqueda de una superación de la misma. Por una parte se propone dejar fuera de toda consideración a la culpabilidad y fundamentar la exclusión de la pena en los casos generalmente considerados de inculpabilidad a través de consideraciones preventivas¹⁰⁹. Esta posición tendría que conducir a un sistema monista de consecuencias jurídicas y no debería reconocer ningún límite fuera de la prevención en la individualización de la pena. Desde otro punto de vista se ha propuesto una determinación del contenido del Derecho Penal de culpabilidad desde puntos de vista totalmente distintos de los que imperaron en el Derecho Penal español tradicional del tiempo de la codificación. La culpabilidad se consideraría entonces de una manera puramente ética y como un concepto prejurídico con la función de constituir un límite a las consideraciones preventivas en la individualización de la pena. Esto rige especialmente con relación a la prevención general, que resulta totalmente excluida de la individualización de la pena¹¹⁰. El Derecho Penal de culpabilidad es, por lo tanto, un Derecho Penal en el cual la gravedad de la culpabilidad constituye un límite para las exigencias preventivas en la individualización de la pena¹¹¹. Presumiblemente deben coincidir también con las consecuencias de esta solución aquellos que ven el concepto de culpabilidad desde puntos de vista decididamente psicoanalíticos¹¹². Como al-

107. Cfr. *Proyecto de Código Penal del Poder Ejecutivo* preparado por SEBASTIÁN SOLER, 1960, motivo núm. 51; una crítica al mismo: BACIGALUPO, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, núm. 2-1977, págs. 1 y ss.

108. Cfr. BACIGALUPO (citado en nota 107), págs. 1 y ss.; JESCHEK, en NPP 1973, pág. 283; el mismo, *Festschrift für Heinitz*, 1972, págs. 717 y ss.

109. GIMBERNAT, ZStW 82 (1970), págs. 379 y ss.; el mismo, *Festschrift für Henkel*, 1974, págs. 150 y ss.

110. BACIGALUPO, *Festschrift für Welzel*, 1974, pág. 477; el mismo, en NPP 1974, págs. 3 y ss., y NPP 1976, págs. 161 y ss.

111. BACIGALUPO, NPP 1976, pág. 164.

112. MUÑOZ CONDE, *El principio de culpabilidad*, Comunicación a las III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, 1978. Por el contrario, ZAFFARONI (*Manual de Derecho Penal*, P. G. 1977, págs. 625 y ss.) supone que la peligrosidad

ternativa a esta concepción se encuentra la propuesta de no deducir la culpabilidad de puntos de vista extrajurídicos como los que acaban de mencionarse, sino de extraer su concepto del texto de la ley¹¹³. Esta posición estrictamente positivista permanece siempre en la atribución a la culpabilidad del papel reducido de presupuesto de la pena. Dadas las peculiaridades del sistema legislativo español esta posición tendrá probablemente dificultades metodológicas que superar para poder reconocer la relevancia de la culpabilidad en el ámbito de la individualización de la pena. Esta concepción tendrá también dificultades probablemente dogmáticas en la teoría del delito dado que la determinación de las causas que excluyen la culpabilidad dentro del catálogo del artículo 8 del Código Penal español es evidentemente dependiente de cómo se interprete el concepto de culpabilidad y es evidente que esta interpretación no está dada dentro de la ley misma.

Por lo tanto es posible afirmar que tanto con respecto a las consideraciones preventivas como en el ámbito de las argumentaciones vinculadas a la culpabilidad es posible encontrar en la actualidad un amplio consenso sobre las consecuencias del principio de culpabilidad con respecto a los presupuestos de la pena¹¹⁴. En discusión se encuentra solamente la cuestión de si la individualización de la pena deberá seguir rigiéndose como hasta ahora por consideraciones exclusivamente de tipo preventivo especial o si la prevención especial podrá ser limitada desde fuera por algún otro criterio. De todos modos hay algo absolutamente claro: la necesidad de límites de proporcionalidad con respecto a la prevención especial en el ámbito de la individualización de la pena es, en la actualidad, reconocido por la doctrina dominante¹¹⁵.

Qué rol tendrá la culpabilidad en el futuro es algo que no puede hoy preverse de una manera clara porque las «teorías penales relativas» tradicionales no serán seguramente fáciles de superar y porque además los aspectos negativos, que la concepción de la culpabilidad del siglo XIX han puesto de manifiesto, dificultan una comprensión de la función de la culpabilidad como garantía del Estado de Derecho. Además, es preciso tener en cuenta que los presupuestos teóricos de algunas formulaciones del principio de proporcio-

del autor debe entenderse en el sentido de un correctivo de la medida de la pena determinada por la gravedad de la culpabilidad, justificando de esta manera una agravación de aquélla.

113. CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 1977.

114. Cfr. «Diskussionsbericht der regionalen Arbeitsgruppe Spanien, Portugal und Lateinamerika», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, editado por MADLENER, PAPPENFUSS. SCHÖNE, 1974, págs. 139 y s.

115. Cfr. BACIGALUPO, *Festschrift für Welzel*, 1974, págs. 477 y ss.; JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, 1976, pág. 67; BERISTAIN, *Medidas Penales en Derecho contemporáneo*, 1974, pág. 95; CASABÓ RUIZ, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, 1974, editado por MANUEL COBO DEL ROSAL, págs. 35 y ss.; MUÑAGORRI, *Sanción Penal y Política Criminal*, 1977, págs. 78 y ss.; BARBERO SANTOS, *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, 1973; CEREZO MIR, *Curso*, págs. 24 y ss.

nalidad en la individualización de la pena no podrán incluir probablemente la relación a la culpabilidad por el hecho. Así, por ejemplo, cuando entre la valoración naturalista de la peligrosidad del autor y la valoración ético normativa no se hace ninguna diferenciación ¹¹⁶, o cuando la justicia de la pena se hace depender de sus efectos preventivo generales ¹¹⁷.

Esta actitud de la teoría es también perceptible en la nueva legislación ¹¹⁸. En esta aparece la llamada «fórmula de la personalidad», es decir, una fórmula legislativa por la cual la decisión de la medida de la pena se hace depender de la gravedad del hecho y de la personalidad del autor sin consideración de la culpabilidad, como especialmente apta para obtener un difundido consenso ¹¹⁹.

Precisamente durante las discusiones de la Comisión de Reforma del Derecho Penal en Argentina, en 1974, se puso claramente de manifiesto las dificultades para imponer la idea de culpabilidad en el ámbito de la individualización de la pena. Al parecer no hay en estos momentos en la actual reforma del Derecho Penal español una puesta en tela de juicio del sistema de la individualización de la pena. Por este motivo es de suponer que la discusión sobre esta cuestión será continuada en la doctrina de la misma manera que hasta ahora.

116. BERISTAIN, *cit.*, pág. 95.

117. MUÑAGORRI, *cit.*, pág. 79.

118. Cfr. BACIGALUPO, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid 1977, núm. 2, págs. 3 y ss.

119. Cfr. BACIGALUPO, en *Rivista de Direito Penal*, Río de Janeiro 1974, núms. 15-16, págs. 34 y ss.