

Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal

Fernando Guanarteme Sánchez
Lázaro

Profesor titular de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

Abstract

En el discurso mayoritario, las alusiones a principios muestran un importante déficit teórico normativo. Se alude a estos, adscribiéndoles funciones, sin haber precisado previamente su estructura normativa, significado o forma de aplicación. Con carácter general, la estructura normativa de los principios condiciona su funcionalidad. Y en esta no siempre se tiene presente su significado o criterios racionales de aplicación. Tales carencias preocupan particularmente, en el marco de una praxis arbitraria, de importantes costes iusfundamentales. A todo ello subyace el déficit en el análisis y evaluación de nuestras formas de argumento, esto es, la carencia de una teoría de la argumentación.

The argumentation based on principles in Criminal Law frequently shows a theoretical lack. Principles are normally used and applied without previous explanation about its meaning and structure. These has often led to arbitrary jurisprudence. Underlying this lack of theoretical grounding lies an absence of a theory of legal argumentation in Criminal Law.

Der Umgang mit Prinzipien im strafrechtlichen Diskurs zeigt einen normtheoretischen Mangel. Prinzipien werden angewandt, ohne ihre Bedeutung und normtheoretische Struktur hinreichend erläutert zu haben. Dies führt unter anderem zu einer beunruhigenden Anwendungswillkür in der Praxis, die mit einer Einbuße von Grundrechtsgarantien einhergeht. Dem liegt ein Mangel in Bezug auf Analyse und Evaluierung der Argumentformen im Strafrecht zugrunde, die aus dem Fehlen einer Theorie der Argumentation im Strafrecht resultiert.

Title: The argumentation based on principles in Criminal Law

Titel: Der Umgang mit Prinzipien im strafrechtlichen Diskurs

Palabras Clave: Teoría de la argumentación jurídica, principios, dogmática jurídico penal.

Stichworte: Theorie der juristischen Argumentation, Prinzipien, Strafrechtsdogmatik.

Keywords: Theory of legal argumentation, principles, Criminal Law.

Sumario

1. Sobre la sentencia 2 BvR 2029/01, de 5.2.2004, del TC alemán, a modo de introducción
 2. Por poner dos ejemplos
 - 2.1. Sobre la función del principio de culpabilidad
 - 2.2. Sobre las consideraciones preventivas: sobre el principio de prevención
 3. Una primera crítica
 4. Epílogo: hacia una teoría de la argumentación jurídico penal
- Bibliografía

1. Sobre la sentencia 2 BvR 2029/01, de 5.2.2004, del TC alemán, a modo de introducción

En la sentencia de 5 de febrero de 2004 (2 BvR 2029/01), sobre la supresión del límite máximo de la custodia de seguridad, apunta el Tribunal Constitucional alemán: “la libertad de la persona – como fundamento y presupuesto de las posibilidades de desarrollo del ciudadano – ostenta un alto rango entre los derechos fundamentales. Ello se expresa mediante el artículo 2, apartado 2, segundo inciso, de la Ley fundamental, que la califica como “inviolable”, el art. 104, apartado 1, primer inciso, que admite su limitación sólo en virtud de ley formal y el art. 104, apartados 2 a 4, que exige la observancia de especiales garantías procedimentales (BVerfGE 35, 185 [190]). Las intervenciones en este bien jurídico, en general, son sólo admisibles, cuando lo exige la protección de otros o de la colectividad atendiendo al principio de proporcionalidad (BVerfGE 90, 145 [172]). A la necesidad de protección de la colectividad, frente a las esperables lesiones relevantes de bienes jurídicos, debe oponerse como correctivo la pretensión de libertad del sujeto a custodia (*‘Untergebrachten’*); ambos deben ponderarse en el caso concreto”¹. De este modo, el TC alemán esboza la colisión de dos de los principios en cuestión, el principio de libertad y la necesidad de seguridad de la sociedad², y apunta su forma de aplicación: “ambos deben ponderarse en el caso concreto”.

En particular, en este último sentido, la sentencia explicita la significación normativa del primero de los principios en conflicto, “la libertad de la persona... [que] ostenta *un alto rango entre los derechos fundamentales*”. Y se menciona expresamente el principio de proporcionalidad como criterio para la ponderación³. En concreto, se apunta: “la grave intervención iusfundamental, que supone una posible custodia de por vida, no infringe la garantía de respeto del contenido esencial (*‘Wesensgehaltsgarantie’*), en tanto que intereses de peso relativos a la protección de terceros puedan legitimar tal intervención y en especial, se dé cuenta del principio de proporcionalidad”⁴. De este modo, se explicita igualmente la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad del ciudadano: se trata aquí de la “grave afectación del derecho fundamental (*‘schwerwiegenden Grundrechtseingriff’*), que supone una posible custodia de por vida”.⁵ Pero en relación con el otro principio en colisión, no se pronuncia tan inequívocamente el Tribunal Constitucional germano.

¹ BVerfG, 2 BvR 2029/01 de 5.2.2004 [98]. Sobre el trasfondo político jurídico de esta sentencia, véase KINZIG, *Die Legalbewahrung gefährlicher Rückfalltäter*, 2010, pp. 41 y s.

² En relación con el principio de dignidad y la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales, véase igualmente BVerfG, 2 BvR 2029/01 de 5.2.2004 [70 y ss., 127 y ss., respectivamente].

³ BVerfG, 2 BvR 2029/01 de 5.2.2004 [98].

⁴ BVerfG, 2 BvR 2029/01 de 5.2.2004 [96].

⁵ Véase ALEXY, «Die Gewichtsformel», en Joachim JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, p. 771. Críticamente MORESO, «Alexy und die Arithmetik der Abwägung», *ARSP* (98), 2012, pp. 414 y ss.

En este otro sentido, no se precisa mínimamente el significado normativo de la necesidad de protección de la colectividad (“*Sicherungsbedürfnisses der Allgemeinheit*”). Tampoco relativamente, con respecto al principio de libertad. En lugar de ello, se apunta que “la ley, sólo [permite] la prolongación de la imposición de la medida tras el transcurso de 10 años, cuando a través de la misma pueden evitarse graves daños para la integridad física y moral de víctimas potenciales. La ley enuncia así los bienes jurídicos, en principio, idóneos para justificar tan amplias intervenciones en el derecho fundamental a la libertad de los delincuentes que amenazan tales bienes protegidos”⁶. Pero de este modo, se plantea erróneamente la ponderación. Pues no se trata de una colisión entre el derecho fundamental a la libertad y los bienes jurídicos aludidos en el texto legal; esto es: derecho a la libertad *versus* derecho a la integridad física y moral. Se trata de una colisión entre el derecho a la libertad y las necesidades de autoprotección de la sociedad⁷, si bien ésta referida a los bienes jurídicos aludidos. Pero con ello, tales bienes ya no resultan idóneos, sin más, para justificar tal intervención en el derecho a la libertad, pues no entran en la ponderación como derechos fundamentales, sino como necesidades de autoprotección de la sociedad⁸.

Aquí, cabe señalar que el peso normativo de tales necesidades varía en función del concreto interés –o bien jurídico– al que apelen: vida, libertad, intimidad o seguridad en el tráfico jurídico, por poner cuatro ejemplos. En este sentido también, desde una perspectiva preventiva, pueden resultar ilustrativas las diferencias que muestran las consecuencias jurídicas de la parte especial. En esta sentencia, se trata del derecho a la integridad física y moral. Ahora bien, debe diferenciarse entre la “integridad física y moral” como posiciones iusfundamentales y las necesidades de autoprotección de la sociedad relativas a la “integridad física y moral”⁹. Ello particularmente en el marco normativo de una Constitución que “pretende, mediante la anteposición de los derechos fundamentales, acentuar la preeminencia de la persona y su dignidad frente al poder del Estado”¹⁰.

En un siguiente momento, cabe cuestionar también la observancia del principio de proporcionalidad en sentido estricto, en la ponderación de estos principios. Así, mientras

⁶ BVerfG, 2 BvR 2029/01 de 5.2.2004 [97].

⁷ Expresamente BVerfG, 2 BvR 2029/01 de 5.2.2004 [98]: “Dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit vor zu erwartenden erheblichen Rechtsgutverletzungen ist der Freiheitsanspruch des Untergebrachten als Korrektiv entgegenzuhalten”.

⁸ Véase JARASS/PIEROOTH, «Vorb. vor Art. 1», en JARASS/PIEROOTH, GG, 11ª ed. 2011, margs. 22 y s.

⁹ Jarass/Pieroth, «Art. 2», GG, marg. 83y s.; y en general, «Vorb. vor Art. 1», margs. 22 y s.

¹⁰ BVerfG, 1 BvR 400/51 de 22.11.1951, [24]: “Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat”; [25]: “daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will..., in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt”. Asimismo, véase ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 5ª ed. 2006, p. 397; EL MISMO, *El concepto y la validez del Derecho*, 1994, pp. 159 y ss., 207 y s. Igualmente JARASS/PIEROOTH, «Art. 1», en GG, marg. 1: “In der Ordnung des GG [kommt] zuerst der Mensch und erst dann der Staat”.

que en la sentencia se valoran y explicitan los costes para el principio de libertad –se trata, según se apuntó, de una “grave intervención iusfundamental (*“schwerwiegenden Grundrechtseingriff“*)”; no se precisan correspondientemente el rendimiento de tal intervención para las necesidades de autoprotección de la sociedad. En concreto, se apunta: “no se puede cuestionar, que el legislador considere idónea y necesaria la supresión del límite máximo previsto para la custodia de seguridad..., con el fin de mejorar la protección de la generalidad de los delincuentes peligrosos... pero el Tribunal Constitucional no puede valorar si este endurecimiento del régimen de la custodia de seguridad está motivado por un incremento de la criminalidad violenta o -- como sostienen algunos críticos -- sólo por una acentuación de la percepción de amenaza por parte de la colectividad”. A ello se unen las perennes “inseguridades de la prognosis, que fundamenta el internamiento”, igualmente señaladas en la sentencia¹¹.

Ciertamente, “en el caso concreto, la privación de libertad mediante una custodia de seguridad sin límites temporales, ofrece mayor protección que cualquier otra medida de tratamiento imaginable bajo un control menos rígido”. En tal sentido, también, la pena de muerte debiera ofrecer una protección aún mayor que la que brinda una privación de libertad indefinida mediante la imposición de la medida de custodia: elimina el riesgo de fuga. Pero con ello, no se responde tampoco a la cuestión de la proporcionalidad. Pues no se trata de si este instituto jurídico ofrece una mayor o menor protección que otros, sino de si sus costes iusfundamentales resultan proporcionales a los efectivos márgenes normativos que el mismo permite¹².

En general, la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto requiere, por un lado, la determinación de los costes iusfundamentales que se generan al ciudadano afectado, así como otros posibles menoscabos al bien común, y por otro, la determinación del rendimiento normativo de tal intervención para terceros y la sociedad en su conjunto.¹³ De modo que la gravedad de la intervención debe hallarse, en una ponderación global, en proporción con las razones que justifican la misma¹⁴. En la citada sentencia sólo se explicitan mínimamente los costes de la custodia de seguridad para el principio de libertad. A ello se unen los costes para el principio de dignidad y la prohibición de aplicación

¹¹ BVerfG, 2 BvR 2029/01 de 5.2.2004 [101]. Críticamente véase KINZIG, *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter*, 2010, pp. 43, 303 y s.: “So spricht sehr viel dafür, dass sich gerade unter den Sicherungsverwahrten nach wie vor ein hoher Anteil falscher Positiver befindet, der in den letzten Jahren durch die Absenkung der formellen Voraussetzungen, stärker gewordene Sicherheitsbedürfnisse und zurückgegangene Entlassungszahlen eher noch gestiegen sein dürfte”. Igualmente véase GAZEAS, «La nueva regulación de la custodia de seguridad en Alemania. Una perspectiva sobre la nueva concepción derivada de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional alemán», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Neurociencias y Derecho penal*, 2013, pp. 647 y s.: “se estima que los pronósticos erróneos que van en detrimento de los custodiados son entre el 40 y el 56% (SPRUNG, 2009, p. 157; ESCHELBACH, 2010, p. 2500). Otras estimaciones van todavía más allá (FLAIG, 2009, pp. 158 y s.)”. En general, véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pp. 432, 490.

¹² Véase BVerfG, 2 BvR 2029/01 de 5.2.2004 [98]; igualmente JARASS/PIEROTH, «Art. 20», GG, marg. 86.

¹³ JARASS/PIEROTH, «Vorb. vor Art. 1», GG, marg. 47. Ampliamente, al respecto LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pp. 497 y ss.

¹⁴ JARASS/PIEROTH, «Art. 20», GG, marg. 86.

retroactiva de las leyes penales¹⁵. Frente a tales razones, el Tribunal Constitucional alemán prioriza vagas especulaciones sobre los rendimientos preventivos de la medida de custodia.

Como sabemos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido a corregir el modelo de custodia de seguridad vigente en Alemania –si bien, sobre otras razones¹⁶. De interés aquí, resultan las debilidades que muestra la argumentación con principios por parte del Tribunal Constitucional germano, así como, en particular, los costes iusfundamentales que se asumen sobre la misma: aunque en la ponderación, quedan en el aire los rendimientos normativos del instituto en cuestión, se asumen graves costes para el principio de libertad, dignidad y la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales, en los términos que –en mayor o menor medida, estos sí– se esbozan en la sentencia. Y ello, en el marco de un sistema normativo, que se erige sobre “el libre desarrollo de la personalidad del ser humano... y su dignidad”¹⁷.

En la STC 161/1997, de 2 de octubre, sobre el delito de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, se plantea una ponderación entre el principio de libertad, por un lado, y el principio de autoridad, “el orden público”¹⁸ así como la “vida y la integridad física de las personas”¹⁹, por otro. Como sabemos, nuestro TC concede prioridad a estas últimas razones. La argumentación se centra fundamentalmente en la importancia de estos últimos: “la orden cuya desobediencia se sanciona tiende a proteger, en última instancia, bienes tan

¹⁵ BVerfG, 2 BvR 2029/01 de 5.2.2004 [70 y ss., 127 y ss.]. Críticamente véase KINZIG, *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter*, 2010, pp. 46, 298; JARASS/PIEROTH, «Vorb. vor Art. 1», GG, marg. 47: “Bei der Bestimmung des Gewichts der Beeinträchtigung des Grundrechtsinhabers können ggf. mehrere Einwirkungen als additiver Eingriff zusammenzurechnen sein. Zudem können die Auswirkungen anderer Grundrechte bedeutsam werden, selbst wenn in diese nicht eingegriffen wird, sie nur mittelbar berührt sind”.

¹⁶ En particular véase STEDH, de 17 de diciembre de 2009 – 19359/04 (*M. v. Germany*); BVerfG, de 4 de mayo de 2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10. Igualmente véase STEDH, de 13 de enero 2011 – 17792/07 (*M. v. Germany*); STEDH, de 19 abril de 2012 – 61272/09 (*B. v. Germany*). Ampliamente, al respecto SCHÖCH, «Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten», en JÄGER/ ACHENBACH/SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2011, pp. 1193, 1202 y ss. Igualmente véase GAZEAS, en DEMETRIO CRESPO, *Neurociencias y Derecho Penal*, 2013, pp. 629 y ss.; MERKEL, «Zur Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention», *ZIS* 2012, 521 y ss.

¹⁷ BVerfG, 1 BvR 400/51 de 22.11.1951, [25]. Véase JARASS/PIEROTH, «Art. 1», GG, marg. 1 y ss.: “oberste[r] Verfassungswert”; «Art. 2», marg. 2.; «Art. 103», marg. 43. Sin embargo, véase BVerfG, 2 BvR 2029/01 de 5.2.2004 [74]: “Die Menschenwürde wird auch durch eine langdauernde Unterbringung nicht verletzt, wenn diese wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Untergebrachten notwendig ist. Es ist der staatlichen Gemeinschaft nicht verwehrt, sich gegen gefährliche Straftäter durch Freiheitsentzug zu sichern”.

¹⁸ Fundamento de derecho décimo. De interés también resulta la posible colisión con el Derecho a no declarar contra uno mismo, que se vacía, tras plantearse como problema de subsunción, véase STC 161/1997, de 2 de octubre, fundamento de derecho séptimo: “las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”.

¹⁹ Fundamento de derecho décimo tercero.

trascendentales como la vida y la integridad física de las personas”²⁰. Ello, aun cuando de la definición del precepto, no se infiere en modo alguno que la infracción deba suponer siquiera un peligro abstracto para tales bienes²¹. Más recientemente, se señalaban tales carencias en el discurso de nuestro TS²². Y con carácter general, cabe avanzar aquí que “la jurisprudencia consiste en ejercicio de poder y... este ejercicio de poder sólo se legitima, cuando se puede reconducir, con los métodos de la dogmática jurídica, a las reglas y principios de justicia fundamentales” vigentes en nuestra sociedad²³.

En un reciente trabajo, criticaba SCHÜNEMANN, con razón, la “insuficiente consideración de la dogmática jurídico penal por parte de nuestra más alta jurisprudencia”²⁴, razonando su postura de la mano de dos sentencias del BGH sobre las circunstancias personales especiales. En relación con esta última cuestión, apuntaba igualmente Andreas HOYER que la dogmática jurídico penal no siempre cumple suficientemente con su “función de aclaración y explicación” (“*Klärungs- und Erklärungsfunktion*”)²⁵, que se aprecian significativas carencias internas que favorecen una “jurisprudencia desacertada”²⁶. Este también parece ser el caso de la presente cuestión. Pues en relación con la argumentación con principios, el discurso mayoritario no se presta precisamente como modelo.

²⁰ Fundamento de derecho décimo tercero; igualmente: “A la vista de los importantes bienes e intereses protegidos que resumíamos en el fundamento jurídico 10. y a pesar de la indudable severidad sancionadora que en sí supone la imposición de una pena privativa de libertad, no constatamos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» entre el desvalor de la conducta y la sanción que nos conduzca a afirmar que se ha producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los arts. 17.1 y 25.1 C.E”. En un sentido distinto véase el voto particular de GARCÍA MANZANO.

²¹ Críticamente LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, p. 382; SÁNCHEZ LÁZARO, «¿Pronunciamiento inconstitucional del Tribunal Constitucional?», *InDret 3/2007*, pp. 1 y s. En general SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, 2003, núm. 12-13, pp. 351, 362 y ss.

²² SÁNCHEZ LÁZARO, «Sobre las ponderaciones de nuestra jurisprudencia: hacia unos mayores márgenes de racionalidad decisoria», *La Ley*, 2011, pp. 7710 y ss.; EL MISMO, *Hacia una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 75 y ss.

²³ SCHÜNEMANN, «Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik? Zu Fischers These der „fremden seltsamen Welten“ anhand aktueller BGH-Urteile zu Begriff und Funktion der „besonderen persönlichen Merkmale“ im Strafrecht», *GA*, 2011, pp. 445, 459, así como pp. 460 y s. En general ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, p. 771.

²⁴ SCHÜNEMANN, *GA*, 2011, pp. 445, 458. Igualmente véase HOYER, «Zur Akzessorietät der Teilnahme bei überschüssenden Innentendenzen», *GA*, 2012, pp. 123 y ss.

²⁵ HOYER, *GA*, 2012, p. 123.

²⁶ SCHÜNEMANN, *GA*, 2011, pp. 445, 450, 459: “Wenn eine Theorie zur Praxis noch wenig taugte, habe es nicht an der Theorie gelegen, sondern daran, dass nicht genug Theorie dagewesen sei”. Igualmente HOYER, *GA*, 2012, p. 123.

2. Por poner dos ejemplos

2.1. Sobre la función del principio de culpabilidad

En una de las obras dogmáticas más influyentes, Claus ROXIN presenta la culpabilidad como primer presupuesto de la categoría de la responsabilidad. En su modelo, la responsabilidad del autor depende “de dos presupuestos que deben añadirse a lo injusto: la culpabilidad del autor y la necesidad preventiva de sanción jurídico penal, deducible de la ley. El autor actúa culpablemente, cuando realiza un injusto jurídico penal, pese a que en la concreta situación podía ser accesible, aún, a la función de motivación de la norma (*‘Appelwirkung der Norm’*) y dispusiese de una suficiente capacidad de autocontrol, de modo que le era psíquicamente accesible un comportamiento alternativo conforme a Derecho”²⁷. De este modo, el maestro alemán pretende atribuir a la culpabilidad –y con ello, al principio de culpabilidad– una función que no es propia de un principio, desde un punto de vista teórico-normativo²⁸. Se trataría más bien, y según este modelo, de una regla, en concreto, de una norma cuya observancia –no se modula a través de una ponderación, sino que– requiere aquí la constatación de dos aspectos: que el actor, en el momento de comisión del delito, resulte accesible a la norma y, en segundo lugar, que disponga de suficiente capacidad de autocontrol²⁹.

La principal debilidad de este modelo reside en la ausencia de toda base teórico normativa: de la argumentación de ROXIN no se infiere como éste concibe los principios. El maestro alemán no ofrece una reflexión sobre la estructura normativa del principio de culpabilidad antes de establecer su función. Luego, si se entienden los principios como mandatos de optimización, esto es, como normas que se realizan relativamente, a través de su ponderación, en función de las circunstancias fácticas y jurídicas³⁰, entonces, pudiera advertirse cuando menos una contradicción. Pues según parece, en este modelo, el principio de culpabilidad no se realiza a través de su ponderación. Sin embargo, el autor no se pronuncia en sentido alguno y, frente al principio de prevención, donde sí admite la

²⁷ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 4ª ed., 2006, § 19 A marg. 3; ampliamente § 20 A margs. 1 y ss. Igualmente SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN, (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 153, 169 y s.: “Nach dieser Konzeption... ist die herkömmliche dogmatische Kategorie der *Schuld* also durch die zusätzliche Forderung eines *generalpräventiven* Strafbedürfnisses zu *ergänzen*. Ich halte das in vollem Umfange für zutreffend, und zwar aus einem doppelten Grunde: *Erstens* lässt sich die konkrete gesetzliche Regelung der bisher sog. Schuldaußschließungsgründe nur verstehen, wenn man außer der Unmöglichkeit des Andershandelns auch den Fortfall eines generalpräventiven Strafbedürfnisses wegen starker Reduzierung der Handlungsfreiheit als Grund für einen Strafverzicht des Staates anerkennt. Und *zweitens* wird auf diese Weise die Dogmatik des Allgemeinen Teils vortrefflich mit der Neuorientierung der Strafzwecklehre von einem Schuldvergeltungsstrafrecht zu einem Präventionsstrafrecht harmonisiert, denn es ist selbstverständlich, dass in einem Präventionsstrafrecht nicht schon die Schuld als solche, sondern erst das präventive Strafbedürfnis den staatlichen Strafanspruch auslösen kann”.

²⁸ SÁNCHEZ LÁZARO, « Eine Dekonstruktion der Schuld », GA, 2012, pp. 149 y ss.

²⁹ Véase ROXIN, AT I, 2006, § 19 A marg. 3, ampliamente § 20 A marg. 1 y ss. Véase ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 771 y ss.

³⁰ Así ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 771 y s. Ampliamente, al respecto ATIENZA /RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., 2004, pp. 23 y ss.

ponderación (pese a tratarse igualmente de un principio, v. II.2), aquí parece rechazar la misma. Pero sobre este otro principio, se entrará a continuación.

En este punto, cabe señalar igualmente que las razones que esgrime *Roxin* al respecto, resultan comprensibles y, más que compartibles, sin duda, deseables: se trataría de “establecer un límite al poder punitivo del Estado (en especial: a las necesidades de prevención)”³¹. El problema es que para ello, el maestro alemán prescinde de toda base teórico normativa, con otras palabras: *Roxin* establece la función del principio de culpabilidad sin determinar previamente si su estructura normativa se presta a ello³². Lo cual le lleva a incurrir en numerosas contradicciones en el posterior desarrollo de su planteamiento.

Por poner un ejemplo: cuando este autor apunta que “la capacidad de autocontrol es un concepto graduable: a la persona le puede resultar más fácil o difícil, dejarse motivar por la norma”³³, para lo cual resultan decisivas “las exigencias que el Ordenamiento jurídico plantea a todo sujeto... mayores cuanto mayor es la gravedad del delito en cuestión”³⁴, vemos que entonces esboza la culpabilidad, no como regla, sino como ponderación en la que atiende para su determinación, entre otros aspectos, a lo que parecen necesidades de prevención –“las exigencias que el Ordenamiento jurídico plantea a todo sujeto”. Pero de este modo, la culpabilidad ya no funge como límite “del poder de intervención estatal”³⁵,

³¹ Véase ROXIN, *ATI*, 2006, § 19 D marg. 18, § 3 A margs. 51 y ss., 59 y ss.; igualmente véase SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN, (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 176: “Das Schuldprinzip [kann] dagegen schützen, dass der Staat im Interesse eines wirksamen präventiven Rechtsgüterschutzes auch solche Taten bestraft, die der Täter nicht vermeiden konnte und deretwegen man ihm deshalb keinen persönlichen Vorwurf machen kann. Das Legitimationsprinzip „Schuld“ wirkt dadurch zugleich notwendigerweise als Limitationsprinzip und hat jenseits aller präventiv mitaufgeladenen Schuldausschlussgründe eine ungemene rechtsstaatliche Verfeinerung des Strafrechts besichert“. 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.; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed. 2011, p. 127 marg. 72; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, pp. 92 y s., 359 y ss.; RUDOLPHI, en WOLTER et al. (eds.), *SK StGB*, 7ª ed., 2003, Vor § 19 marg. 1: “Dem Schuldprinzip kommt damit eine die staatliche Strafgewalt begrenzende Funktion zu, und zwar insofern, als präventive Bedürfnisse für sich allein zwar die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung, niemals aber die Verhängung von Strafe zu rechtfertigen vermögen”; SCHÖCH, en LAUFHÜTTE/ RISSING-VAN SAAN/ TIEDEMANN, *LK StGB*, 12ª ed., 2007, § 20 marg. 18, quien señala la “strafbarkeitseinschränkende Funktion des Schuldprinzips”. Igualmente véase CEREZO MIR, *Parte general III*, 2001, p. 18; HOYER, en JÄGER/ ACHENBACH/SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2011, pp. 723 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2012, p. 29; QUINTERO OLIVARES, *Parte general*, 4ª ed. 2010, pp. 440 y s.

³² Véase ROXIN, *ATI*, 2006, § 19 A marg. 1 y ss.

³³ ROXIN, *ATI*, 2006, § 20 A marg. 33.

³⁴ Siguiendo a la jurisprudencia ROXIN, *ATI*, 2006, § 20 A marg. 34.

³⁵ ROXIN, *ATI*, 2006, § 19 E marg. 53. Ilustrativo FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 2ª ed., 2009, p. 130 marg. 18: “Nur wenn von dem Betroffenen überhaupt von Rechts wegen ein anderes als das gezeigte Verhalten ernsthaft -...- erwartet werden konnte, stellt sich die weitere Frage, ob das dann vorhandene personale Verhaltensunrecht - herkömmlich: ob die Schuld - hinreichend gewichtig ist, um eine Bestrafung zu rechtfertigen“. De otra opinión SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN, (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 189: “Weil die Generalprävention ..., über den Prozess der Internalisierung der Normen und kulturellen Werte durch die Bevölkerung erreicht wird, muss das Strafrecht im Interesse eines wirksamen Rechtsgüterschutzes auf Rechtsgüterverletzungen in einer nach dem Wert der einzelnen Rechtsgüter und dem Grad ihrer in der Tat zu Ausdruck kommenden Bedrohung

sino a través de una ponderación en la cual se atiende, cuando menos, a tales exigencias normativas y al concreto concepto material –mediante el cual se concreta el principio– de culpabilidad³⁶. Esta comprensión, se corresponde, antes bien, con una concepción del principio de culpabilidad como mandato de optimización, esto es, como una norma que sólo puede observarse relativa y gradualmente, y “cuya medida de cumplimiento depende no sólo de las circunstancias fácticas, sino también de las circunstancias jurídicas” concurrentes³⁷.

En un sentido próximo, MIR PUIG concibe la culpabilidad como límite político criminal del *Ius puniendi*³⁸. En el modelo de este autor, se adscribe al principio de culpabilidad una vigencia absoluta, que no debe relativizarse a través de su ponderación: “el principio de culpabilidad no me parece relativizable como lo sería si se condicionase a los presupuestos del principio de proporcionalidad... ha de operar de forma absoluta y fuera de las posibilidades de ponderación inherentes al principio de proporcionalidad”³⁹, matizando, “no es que me resulte imposible lógicamente incluir el principio de culpabilidad entre los elementos a ponderar de un juicio de proporcionalidad que compare costes y beneficios. Pero sería contrario al fundamento absoluto del principio de culpabilidad (no disponible en función de un fin de prevención) el admitir que pudiera vulnerarse cuando la finalidad de prevención permitiese considerar proporcionado su sacrificio”⁴⁰. Según esta otra comprensión, el principio de culpabilidad supone una prohibición absoluta “de toda pena si no hay culpabilidad”, así como un mandato absoluto de “atenuar la pena si la culpabilidad está disminuida”⁴¹.

abgestuften, unterschiedlich intensiven Weise reagieren, so dass die Strafhöhe unter präventiven Gesichtspunkten in erster Linie von der *Schwere der Rechtsgüterverletzung* und in zweiter Linie von der *Intensität der kriminellen Energie* abhängt. Dem Schuldprinzip kommt hierbei wie auch schon bei der Strafbegründung eine reine *Begrenzungsfunktion* zu, indem es nämlich die Berücksichtigung aller derjenigen Umstände verbietet, die für den Täter nicht erkennbar waren und ihm deshalb auch nicht vorgeworfen werden können“.

³⁶ En este sentido, con razón, HIRSCH, «Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht», *ZStW*, (196), 1994, pp. 757 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 23 n 5. Con carácter general, BGH de 7.04.2010 (At.Z.: 4 StR 644/09) [6]: “Der Trichter hat die Schuldfähigkeit des Angeklagten ohne Bindung an Äußerungen von Sachverständigen in eigener Verantwortung zu beurteilen; es handelt sich insoweit um eine Rechtsfrage, die vor dem Hintergrund einer Gesamtwürdigung von Tat und Täter zu beantworten ist (BGHSt 43, 66, 77; 49, 45, 53; BGH, Urteil vom 6. Mai 1997 - 1 StR 17/97...) “. Igualmente véase BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26.2.2008 [37]: “Im Bereich staatlichen Strafens folgt aus dem Schuldprinzip und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen“. En un sentido próximo STS 215/2008, de 9 de mayo, con ulteriores referencias.

³⁷ Así ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 771 y s.

³⁸ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, pp. 123 y s., margs. 63 y s.; EL MISMO, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2009, pp. 1378 y ss.

³⁹ MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, p. 1370.

⁴⁰ Igualmente véase MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, p. 1380.

⁴¹ MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, pp.

Las dudas teórico normativas se ciernen aquí, sobre el fundamento y la vigencia absoluta que MIR PUIG atribuye al principio de culpabilidad. En un primer momento, parece que este autor concibe el principio de culpabilidad, propiamente, como principio. En este sentido habla su denominación –como principio– así como su idoneidad “lógica” para la ponderación⁴². En tal caso, el significado absoluto puede entenderse como peso o importancia normativa, en el sentido de “principio fundamental del Estado de Derecho”⁴³, por poner un ejemplo. El problema se traslada entonces a su forma de aplicación. Pues, según parece, los principios son normas que requieren, que su objeto “se realice relativamente, en la mayor medida posible, en función de las circunstancias fácticas y jurídicas”⁴⁴. De ahí que la ponderación se entienda, no ya como su vulneración o sacrificio –“el sacrificio del principio de culpabilidad”⁴⁵, sino como su forma de observancia y realización.

Igualmente, en relación con “el coste nunca soportable” que pudiera derivar de “la imposición de una pena, con su específico significado de censura, a quien no puede ser culpado del hecho”⁴⁶, por razones de prevención (desplazando éstas –las razones de prevención– a aquél –al principio de culpabilidad), cabe remitir aquí al significado normativo del principio de culpabilidad⁴⁷. En tanto que el peso normativo del principio de culpabilidad prevalece frente al de las consideraciones preventivas, no deberá subordinarse aquél a éstas⁴⁸. Con carácter general, tampoco cabe esperar “costes insoportables” de una

1378 y s.: “debe considerarse una exigencia absoluta..., el principio de culpabilidad no depende de exigencias de prevención, sino que, por el contrario, pretende limitar la prevención por razones ajenas a su lógica utilitarista”.

⁴² MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, p. 1380.

⁴³ Véase BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26.2.2008 [69]; BVerfG, 2 BvR 313/07 de 18.1.2008, [10], con ulteriores referencias. En un sentido próximo STC 57/2010, de 4 de octubre, fundamento de derecho noveno, con ulteriores referencias. Expresamente, también STS de 5 julio 1991 (A. 5545), fundamento de derecho primero: “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”. Igualmente véase MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, p. 1379; ROXIN, *AT I*, 2006, § 3 A marg. 52; URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 72 y s.

⁴⁴ ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, p. 771. En este sentido MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, pp. 1371 y ss.

⁴⁵ En palabras de MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, p. 1379: “el sacrificio del principio de culpabilidad nunca podría, pues, considerarse un coste admisible por el hecho de que pudiera resultar proporcionado al beneficio de una mayor prevención”; igualmente v. pp. 1380, 1382.

⁴⁶ MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, p. 1380.

⁴⁷ BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26.2.2008 [69]; STC 57/2010, de 4 de octubre, fundamento de derecho noveno, ambas con ulteriores referencias. Igualmente véase MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, p. 1379; ROXIN, *AT I*, 2006, § 3 A marg. 52.

⁴⁸ MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, p. 1380.

ponderación racional conforme a Derecho. Pues se trata, en tal sentido, de minimizar costes y maximizar rendimientos, esto es, de optimización normativa en relación con los principios en colisión⁴⁹.

Por el contrario, si la “vigencia absoluta” del principio de culpabilidad se entiende –en términos teórico normativos– en el sentido de una regla –esto es, como un mandato definitivo⁵⁰, entonces, también *Mir Puig* incurre en algunas contradicciones. Primeramente, desde un punto de vista terminológico: debiera hablar entonces de “la regla de culpabilidad”, no del principio. Y en un segundo momento, al concretar su aplicación, por poner otro ejemplo, en el tratamiento de la eximente de miedo insuperable como “causa de no exigibilidad”⁵¹. Aquí, según parece, el principio de culpabilidad se concreta a través de la citada idea “de no exigibilidad”⁵². Pero aquello que le es exigible “al hombre medio *en la posición del autor*”⁵³, se determina a través de una ponderación. En ella se atiende, entre otros aspectos, a “la edad, sexo, la cultura, la experiencia, el oficio, etc. del autor, si lo hubiera hecho de haber conocido como éste la situación o de haberse producido el ataque por sorpresa, de noche, después de haberse producido una serie de atentados en aquella zona, etcétera”⁵⁴. Tal comprensión casa mal con una concepción del principio de culpabilidad como regla, esto es, como mandato definitivo; pues nos muestra la ponderación –a través de la idea “de no exigibilidad”– como su forma de observancia y realización⁵⁵.

2.2. Sobre las consideraciones preventivas: sobre el principio de prevención

También, en relación con esta forma de argumento, nos habla *Roxin* expresamente del “principio de prevención general”⁵⁶. Se trata, en este otro sentido, de una norma orientada a “prevenir, en general y desde un principio, la comisión de hechos punibles”⁵⁷. Lo cual, según expone en su obra, requiere de “definiciones (*Bestimmungen*) lo más exactas posibles, puesto que debe establecerse precisamente el objeto de prohibición, si se ha de motivar al ciudadano, a abstenerse de realizar un determinado tipo de conducta”⁵⁸. Tales consideraciones se ajustan en buena medida a una comprensión del principio de

⁴⁹ Véase ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, p. 772.

⁵⁰ ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, p. 771 S.

⁵¹ Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 2011, pp. 603 y ss. margs. 1 y ss.; p. 608 margs. 17 y ss., p. 609 marg. 20.

⁵² Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 2011, pp. 603 y ss. margs. 1 y ss.; p. 608 margs. 17 y ss., p. 609 marg. 20: “El miedo insuperable debe concebirse como una causa de no exigibilidad”.

⁵³ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 2011, pp. 610 y s. marg. 25.

⁵⁴ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 2011, pp. 610 y s. marg. 25.

⁵⁵ ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 771 y s.

⁵⁶ ROXIN, *AT I*, 2006, § 3 A margs. 29, 32.

⁵⁷ ROXIN, *AT I*, 2006, § 3 A marg. 28.

⁵⁸ ROXIN, *AT I*, 2006, § 3 A marg. 29. En un sentido próximo LUZÓN PEÑA, *Parte general*, 2012, p. 15: “la norma jurídicopenal... cumple o intenta cumplir la función de protección de bienes jurídicos importantes, esto es, de las condiciones indispensables de la convivencia social frente a ataques graves y, a través de ello, de protección de la sociedad mediante la prevención de delitos”.

prevención, también, como mandato de optimización, en tanto que se trata de una realización tendencial de su objeto.

En relación con las consideraciones de prevención especial, *Roxin* habla igualmente del “principio de resocialización”⁵⁹. Y ambos principios preventivos pueden colisionar en el caso concreto. Así, apunta este autor: “a un conflicto entre la prevención general y especial se llega sólo en el caso de que ambas finalidades requieran una distinta medida punitiva. Así, puede presentarse en el caso concreto (por ejemplo, cuando un joven, en una riña, causa unas lesiones con resultado de muerte) que, por razones de prevención general y en aplicación del § 226 II, una sanción de tres años de privación de libertad parezca adecuada, mientras que las exigencias de prevención especial sólo admitan un año con remisión condicional (*‘ein Jahr mit Bewährung’*), pues una sanción más dura desocializaría al autor, haciendo entonces esperable en el futuro, su implicación en actividades criminales. Cada una de las dos posibles soluciones supone, por un lado, un rendimiento preventivo, a costa de un déficit preventivo, por otro. En un caso tal, es preciso ponderar los fines de prevención general y especial, estableciendo un orden de prelación. Aquí merece preferencia el principio de prevención especial, hasta cierto punto a precisar seguidamente (*‘gleich näher zu bestimmenden Grade’*), de modo que en nuestro ejemplo, debiera imponerse un año de prisión con remisión condicional (*‘ein Jahr Freiheitsstrafe mit Bewährung’*). Primero, porque la resocialización es un mandato constitucional, que no puede desatenderse cuando su observancia es posible. Y segundo, debe considerarse que, en caso de conflicto, la anteposición de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo especial, por el contrario, la priorización de la prevención especial no excluye, sino que a lo sumo, debilita en una forma difícilmente medible; pues también una pena más leve funge en términos de prevención general. Por otra parte, las necesidades de prevención especial sólo merecen preferencia, en tanto que se preserven unas exigencias mínimas de prevención general (lo cual sucede en nuestro ejemplo). Luego, la pena no debe reducirse tanto por razones de prevención especial, de modo que la sanción ya no sea tomada en serio entre los ciudadanos; pues ello quebrantaría la confianza en el Ordenamiento jurídico e incitaría así a su imitación (*‘Nachahmung’*). En algunos casos, pero sin duda no en todos, el límite mínimo del marco penal mira ya por la observancia del ‘mínimo preventivo general’”⁶⁰.

Según veíamos más arriba, el principio de culpabilidad funge en este modelo “como medio para la limitación de la pena” (*“als Mittel zur Begrenzung der Strafe”*). En concreto, apunta ROXIN: “el déficit propio de todas las teorías preventivas, que carecen, en su enfoque, de los límites al poder punitivo, necesarios en el Estado de Derecho, como mejor se puede solucionar es a través de una prohibición de superación de la medida de culpabilidad (*‘Schuldüberschreitungsverbot’*). Según esto, la duración de la pena no debe ir más allá de la medida de la culpabilidad, aun cuando intereses de tratamiento, seguridad o intimidación, muestren deseable una prolongación del internamiento. En tales casos, el poder de intervención del Estado se quiebra ante el interés de libertad del condenado, que debe

⁵⁹ ROXIN, *ATI*, 2006, § 3 A marg. 15.

⁶⁰ ROXIN, *ATI*, 2006, § 3 A mags. 41, 59.

someterse a las necesidades del Estado, pero no a su arbitrio, sino en la medida de la culpabilidad”⁶¹. De este modo, se muestra cómo tanto el principio de prevención como el de culpabilidad, se denominan principios, pero requieren de distinta forma de aplicación: el principio de culpabilidad —según se infiere— no se pondera —luego, tampoco, con el principio de prevención⁶². Y también aquí se obvia una justificación teórico normativa al respecto.

Una segunda cuestión, suscita la forma en que se ponderan estos sí— los principios de prevención. En particular, vemos que ROXIN determina el peso normativo del principio de prevención general —valga la redundancia— con carácter general⁶³; esto es, sin referencia al bien jurídico lesionado mediante la conducta: en el caso, lesiones con resultado de muerte. Sin embargo, la referencia a estos permite cualificar el peso normativo de las consideraciones preventivas, en particular, mediante su referencia al art. 2.2 de la Ley fundamental de Bonn: “Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física...”. En este sentido, cabe diferenciar entre razones preventivas en función de su alusión al bien jurídico vida, integridad física o salud pública, por poner tres ejemplos. Pero tal relatividad del argumento preventivo general se opone una prelación fuerte como la que parece querer establecer ROXIN, anteponiendo en todo caso las razones de prevención especial⁶⁴. En cuanto a la ponderación de unas y otras, tal operación remite siempre a los concretos aspectos de la colisión normativa y con ello, también, a los bienes jurídicos en cuestión⁶⁵.

En esta última línea, cabe señalar igualmente que “la observancia del ‘mínimo preventivo general’”, no se justifica a través de la concreta ponderación de los intereses en conflicto⁶⁶: no se justifica como el “óptimo normativo” de la ponderación esbozada⁶⁷. Tampoco se consideran costes y rendimientos normativos de las diversas soluciones posibles. Si partimos de que las consideraciones preventivo generales resultan —cuando menos—

⁶¹ ROXIN, *AT I*, 2006, § 3 A marg. 51, 59.

⁶² En un sentido próximo MIR PUIG, en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, pp. 1378 y s. Asimismo MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, pp. 92, 359 y ss.; SCHÖCH, en *LK StGB*, § 20 marg. 18, quien apunta la “strafbarkeitseinschränkende Funktion des Schuldprinzips”; SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN, (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 176.

⁶³ Véase ROXIN, *AT I*, 2006, § 3 A margs. 41, 59.

⁶⁴ Sin embargo, véase SÁNCHEZ LÁZARO, «Zu einer Theorie der Argumentation im Strafrecht am Beispiel des in § 267 StGB geschützten Rechtsguts», *GA*, 2010, pp. 373 y s., 380.

⁶⁵ ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 771 y s. Ilustrativo ROXIN, *AT I*, 2006, § 20 A marg. 34: “die Anforderungen, die die Rechtsordnung an jedermann stellt [...] sind umso höher, je schwerwiegender das in Rede stehende Delikt ist”; SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN, (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 187: “Weil das *generalpräventive Strafbedürfnis* von der Größe der durch die Straftat manifestierten *Bedrohung der sozialen Friedensordnung* abhängt, spielen außer dem Wert des verletzten Rechtsgutes und dem *Umfang* der Rechtsgutsverletzung im Rahmen der für die Strafzumessung relevanten Intensität der *kriminellen Energie* etwa auch der Anlass der Tat, die in der Tat zum Ausdruck kommende *Gefährlichkeit* der Tätermotivation und ähnliche die subjektive Tatseite mitumfassende Zusammenhänge für die Strafzumessung einer erhebliche Rolle”.

⁶⁶ Véase ROXIN, *AT I*, 2006, § 3 A margs. 41, 59.

⁶⁷ Ilustrativo ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 772 y ss. En nuestra doctrina SÁNCHEZ LÁZARO, *La Ley*, 2011, pp. 218 y ss.

“empíricamente discutibles”, así como en general, “difíciles de constatar fehacientemente”⁶⁸. Entonces, poco pueden convencer las razones que ofrece al respecto: “la pena no debe reducirse tanto por razones de prevención especial, de modo que la sanción ya no sea tomada en serio entre los ciudadanos; pues ello quebrantaría la confianza en el Ordenamiento jurídico e incitaría así a su imitación (*Nachahmung*)”⁶⁹. El salto argumentativo, así como en particular, el déficit empírico de estas últimas consideraciones, evidencian, por otra parte, el peso de la intuición en nuestra argumentación.

3. Una primera crítica

El planteamiento que subyace al aparato crítico expuesto⁷⁰, ha sido a su vez objeto de reciente de crítica. En su monografía, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, NAVARRO FRÍAS propone una comprensión del mandato de determinación como principio de principios. En concreto, desgana el mandato de determinación en los principios de previsibilidad subjetiva, principio democrático, de seguridad jurídica en sentido estricto y el principio de igualdad. La autora no ofrece –tampoco– un fundamento teórico normativo de su comprensión como principios, ni de cómo entiende éstos o su forma de aplicación⁷¹. Si bien rechaza, en particular, la ponderación⁷². En opinión de NAVARRO FRÍAS, la ponderación, como forma de aplicación, refleja la pérdida de importancia normativa de los principios a ponderar, sujetos siempre a las circunstancias del caso concreto –esto es, de la concreta colisión de normas⁷³. Lo cual conlleva, en un segundo momento, significativos costes para la seguridad jurídica y el principio de igualdad⁷⁴.

En relación con el primer argumento, cabe señalar aquí que en el discurso jurídico, la significación normativa de los principios –la importancia, si se quiere– no depende del concreto operador jurídico, ni de su forma de aplicación. Se infiere –como en general, el significado de las distintas formas de argumento– del concreto marco jurídico en el que se arguyen. En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia del TC alemán ya citada: “el principio “no hay pena sin culpabilidad” tiene rango constitucional; encuentra su fundamento en el mandato de respeto a la dignidad humana, así como en el art. 2.1 de la Ley fundamental y en el principio de Estado de Derecho”⁷⁵. Se trata, en palabras del Constitucional germano, de que el fundamento normativo del principio a ponderar –esto

⁶⁸ ROXIN, *AT I*, 2006, § 3 A marg. 30; en general § 3 A marg. 32: “das Prinzip der Generalprävention [weist] auch erhebliche theoretische und praktische Mängel auf”.

⁶⁹ ROXIN, *AT I*, 2006, § 3 A mags. 41, 59.

⁷⁰ Ampliamente SÁNCHEZ LÁZARO, *La Ley*, 2011, pp. 1 y ss.; EL MISMO, *GA*, 2012, pp. 149 y ss.; EL MISMO, *GA*, 2010, pp. 369 y ss.

⁷¹ Véase NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, 2010, pp. 15 y ss.

⁷² Véase NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, 2010, pp. 53 y ss.

⁷³ En particular NAVARRO FRÍAS, «¿Tocando el Derecho de oído?: Hacia una teoría de la argumentación jurídico-penal», *InDret* 2/2012, pp. 9 y s.; en relación con el principio de culpabilidad, p. 15.

⁷⁴ Navarro Frías, *InDret*, 2/2012, pp. 8 y ss., 14. Con carácter general, MORESO, *ARSP* (98), 2012, pp. 411, 415, 419. Igualmente véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Teoría y realidad constitucional*, 2003/12-13, pp. 351, 380 y ss.

⁷⁵ BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26.2.2008 [69].

es, el principio de dignidad, el art. 2.1 de la Ley fundamental y el principio de Estado de Derecho– confieren a éste –al principio de culpabilidad– su valor como tal⁷⁶. Por ello, el principio “no hay pena sin culpabilidad” ostenta rango constitucional. Que su aplicación tenga lugar a través de una ponderación no cambia nada al respecto: el rango constitucional del principio de culpabilidad deberá observarse, en consecuencia, en su ponderación con los principios concurrentes⁷⁷.

Pero en relación con la segunda objeción, sí cabe mostrar cierto asentimiento. La estructura normativa de los principios, según se comprenden aquí, llevan al operador jurídico a atender las circunstancias del caso concreto⁷⁸. Los casos fáciles se prestan en buena medida, a la generalización, facilitando la formulación de reglas⁷⁹. Ello se muestra, por ejemplo, en los casos fáciles de inimputabilidad⁸⁰: El castigo de un actor que actúa durante un brote agudo de esquizofrenia, que anula plenamente sus capacidades intelectual y volitiva⁸¹, supondría un menoscabo tal para el principio de culpabilidad y con ello, para el principio de dignidad, que –con carácter general– no se presta a justificación en nuestro Ordenamiento⁸². Por ello resultan impunes las conductas de quienes actúan en tal estado. Sin embargo, en los casos difíciles, la posibilidad de generalizar resulta más limitada⁸³. Lo cual genera costes para los principios de seguridad jurídica e igualdad.

4. Epílogo: hacia una teoría de la argumentación jurídico penal

Los citados costes se aprecian igualmente en el discurso de nuestra doctrina y jurisprudencia. Cuando los márgenes para el principio de culpabilidad no son decisivos, entonces adquieren –correlativamente– mayor significación las circunstancias del caso concreto. Así, apunta ROXIN que “la capacidad de autocontrol es un concepto graduable”⁸⁴, para lo cual debe atenderse, entre otras razones, a “las exigencias que el Ordenamiento jurídico plantea a todo sujeto”⁸⁵. Y en general, también, que las capacidades intelectual y volitiva “no deben determinarse abstractamente, sino siempre en relación a la concreta realización del tipo”⁸⁶. Se trata aquí de una ponderación, en la cual –junto a tales aspectos, en sede de culpabilidad– se atiende necesariamente, también al principio que da nombre a este peldaño de la teoría jurídica del delito. Cuando los costes y rendimientos normativos

⁷⁶ Ilustrativo Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 marg. 2.

⁷⁷ BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26.2.2008 [69], con ulteriores referencias.

⁷⁸ Véase ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 776 y ss.

⁷⁹ Véase ATIENZA, «A vueltas con la ponderación», *La razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, 2010/1, pp. 9 y s., 13 y s.

⁸⁰ Véase SÁNCHEZ LÁZARO, GA, 2012, pp. 156 y ss.

⁸¹ Véase STS 47/2004, de 23 de enero, fundamento de derecho quinto.

⁸² Véase SÁNCHEZ LÁZARO, GA, 2012, pp. 156 y ss.

⁸³ Véase ATIENZA, *La razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, 2010/1, p. 11.

⁸⁴ Siguiendo a la jurisprudencia, ROXIN, AT I, 2006, § 20 A marg. 33.

⁸⁵ ROXIN, AT I, 2006, § 20 A marg. 34. Ilustrativa BGH de 7.04.2010 (At.Z.: 4 StR 644/09) [6], con ulteriores referencias.

⁸⁶ ROXIN, AT I, 2006, § 20 A marg. 31.

de la concreta ponderación no resultan unívocos, se genera entonces un marco decisorio que conlleva costes para los principios de seguridad jurídica e igualdad⁸⁷. El proceder intuitivo que se advierte en doctrina y jurisprudencia en relación con la comprensión de los principios, su forma de aplicación y en general, en el análisis y evaluación de nuestras formas de argumento, quizá pueda ocultar en cierta medida los mismos –con la renuncia a racionalizar este momento. Preocupante resulta, en particular, el déficit de legitimación de nuestra jurisprudencia. Pues el ejercicio de su poder, sin una reconducción teórico normativa a los principios y reglas de justicia vigentes, resulta arbitrario y tiránico⁸⁸. Sobre los costes iusfundamentales que de ello derivan, cabe remitirse aquí a lo antes esbozado, a modo de introducción (I). Pero subrayo, el déficit teórico normativo que se advierte en la argumentación con principios, es sólo un ejemplo más del déficit en el análisis y evaluación de nuestras formas de argumento⁸⁹. Pues en general, se echa en falta una teoría de la argumentación en el marco de la Ciencia del Derecho penal.

⁸⁷ ALEXY, en JICKELI et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, pp. 782 y s.

⁸⁸ SCHÜNEMANN, *GA*, 2011, p. 460.

⁸⁹ *Sánchez Lázaro GA* 2010, pp. 369 y ss.

Bibliografía

Robert ALEXY (1994), *El concepto y la validez del derecho*, Editorial Gedisa, S.A. Barcelona

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

-EL MISMO (2006), *Theorie der Grundrechte*, 5ª ed., Suhrkamp Verlag KG.

Manuel ATIENZA (2010), «A vueltas con la ponderación», *La razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*.

Manuel ATIENZA/Juan RUIZ MANERO (2004), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Ariel, Barcelona.

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

Georg FREUND (2009), *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 2ª ed., Springer, Berlin.

Nikolaos GAZEAS (2013), «La nueva regulación de la custodia de seguridad en Alemania. Una perspectiva sobre la nueva concepción derivada de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional alemán», en Eduardo DEMETRIO CRESPO (dir.), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, BdF-Edisofer, Madrid-Buenos Aires-Montevideo.

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

Andreas HOYER (2011), «Normative Ansprechbarkeit als Schuldelement», en Christian JÄGER/Hans ACHENBACH/Bernd SCHÜNEMANN/Jürgen WOLTER et al. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, de Gruyter, Berlin.

-EL MISMO (2012), «Zur Akzessorietät der Teilnahme bei überschüssenden Inrentendenzen», *GA*.

Hans JARASS/ Bodo PIEROTH (2011), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)*, 11ª ed., C.H.Beck, Munich.

Hans-Heinrich JESCHECK/ Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin.

Jörg KINZIG (2010), *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter*, Duncker & Humblot, Berlin.

Gloria Patricia LOPERA MESA (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Diego Manuel LUZÓN PEÑA (2012), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Grischa MERKEL (2012), «Zur Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention», *ZIS*, 2012, 521 y ss.

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.

-EL MISMO (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.

-EL MISMO (2011), *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona.

Josep Joan MORESO (2012), «Alexy und die Arithmetik der Abwägung», *Archiv für rechts- und sozialphilosophie, ARSP* (98), núm. 3, pp. 411-420.

Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN (2010), *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Irene NAVARRO FRÍAS (2010), *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada.

-LA MISMA (2012), «¿Tocando el Derecho de oído?: Hacia una teoría de la argumentación jurídico-penal», *Indret* 2/2012.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (2010), *Parte general*, 4ª ed., Aranzadi, Madrid

Claus ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 4ª ed., C.H. Beck, München.

Hans-Joachim RUDOLPHI (2003), en Jürgen WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)*, 7ª ed., Carl heymanns Verlag.

Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2003), «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, 12-13, pp. 351, 362 y ss.

Fernando Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO (2007), «¿Pronunciamiento inconstitucional del Tribunal Constitucional? Recensión a Gloria Patricia Lopera Mesa, Principio de proporcionalidad y ley penal.», *InDret* 3/2007.

-EL MISMO (2009), *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, Comares, Granada.

-EL MISMO (2010), «Zu einer Theorie der Argumentation im Strafrecht am Beispiel des in § 267 StGB geschützten Rechtsguts», *GA*.

-EL MISMO (2011), «Sobre las ponderaciones de nuestra jurisprudencia: hacia unos mayores márgenes de racionalidad decisoria», *Diario La Ley*.

-EL MISMO (2012), «Eine Dekonstruktion der Schuld», *GA*.

Heinz SCHÖCH (2007), en Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE/Ruth RISSING-VAN SAAN/Klaus TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar Großkommentar*, 12ª ed., de Gruyter, Berlin.

-EL MISMO (2011), «Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten», en Christian JÄGER/Hans ACHENBACH/Bernd SCHÜNEMANN/Jürgen WOLTER et al. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, de Gruyter, Berlin.

Bernd SCHÜNEMANN (1984), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, De Gruyter, Berlin.

-EL MISMO (2011), «Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik? Zu Fischers These der „fremden seltsamen Welten“ anhand aktueller BGH-Urteile zu Begriff und Funktion der „besonderen persönlichen Merkmale“ im Strafrecht», GA.

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