

Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad en Gimbernat (*)

MARIANO MELENDO PARDOS

Prof. Contratado Doctor. UNED

No parece muy discutible que la crisis de la concepción tradicional del Derecho penal con motivo de la reforma del Derecho Penal en la Alemania de los años 60, extendida posteriormente mucho más allá de aquel país, supuso un claro desplazamiento del peso de las categorías del delito. Si hasta entonces podía hablarse de la culpabilidad como «la coronación del delito» (1), en el momento en que se produce la denominada «crisis» de las concepciones normativas lo que no resultaría extraño sería señalar que, a partir de entonces, es lo injusto lo que se considera realmente el delito, asignándose a la culpabilidad una función a lo sumo limitativa. Simplificando en exceso, pero de forma gráfica, podríamos hablar del paso de la pena retributiva a la pena preventiva y del cambio de la protección de la ética social a la exclusiva protección de bienes jurídicos. Ahora bien, ese cambio podía producir problemas en la explicación de los elementos situados tras la categoría de la antijuridicidad, a tenor de los puntos de partida dogmáticos habituales. Así, si no existen diferencias cualitativas entre lo injusto penal y lo de otros sectores, ni entre la pena y otra clase de reacciones jurídicas, la necesidad de elementos intermedios entre lo injusto y la pena podía devenir problemática. Estaríamos, en principio, ante una cuestión de proporcionalidad: a una lesión grave le corresponde una reac-

(*) El presente artículo se redactó para el homenaje al profesor Cerezo Mir que se publicó en REGIS PRADO, Luiz (coord.), *Direito Penal Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil.

(1) Así BRAUNECK, «Der strafrechtliche Schuldbegriff», GA 1959, pp. 264 ss.

ción más grave. Nadie ha razonado en estos términos –que yo sepa–. Y con razón, pues, simplemente, es absurdo. La pregunta por el qué quiere proteger el Derecho Penal no puede separarse –más que analíticamente– del cómo puede hacerlo. Por eso, sencillamente, carece de sentido razonar en los términos anteriores, dado que supondría pasar por alto que la protección de los bienes jurídicos no puede realizarla el Derecho penal más que a través de sus instrumentos, en este momento, normas y sanciones. Así, la relación entre lesión del bien jurídico y pena se ve mediada realiza por una persona con determinadas cualidades (y precisamente por el significado que esas cualidades aportan a su comportamiento en relación con la norma). Con otras palabras: ¿qué hace *necesaria* la pena, la mera lesión (antinormativa) de un bien jurídico, o que esa lesión se haya realizado por un determinado sujeto en determinadas circunstancias (imputable, en ausencia de error de prohibición u otras causas de exclusión de esta categoría)? Dado que es perfectamente posible que lo necesario desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos y lo necesario desde la perspectiva de la relación del sujeto con la norma no coincidan, ¿qué necesidad es la que constituye materialmente el delito y fundamenta por tanto la pena? ¿Son los elementos de la tradicional «culpabilidad» –se denomine ahora a la categoría como se prefiera– fundamentadores de la pena o realmente sólo límites?

La pregunta podría parecer un despropósito: por un lado, la afirmación de que la culpabilidad es un límite de la pena, pero no su fundamento, está doctrinalmente muy extendida; por otro lado, como «todo lo que limita fundamenta», parece que estamos ante un mero juego de palabras. No es así (2). En mi opinión, las razones que se aduzcan para mantener dichos requisitos como elementos del delito son las que nos dirán qué es, materialmente, el delito. Dicho con otras palabras: si dichos elementos aportan algo relevante para la comprensión del delito serán parte de su concepto material; en caso contrario, meros límites a la punición de lo que es, materialmente, el delito. No resulta fácil, sin embargo, llegar a conocer la posición de los distintos autores –dejando al margen posibles evoluciones en su pensamiento–, tanto por los problemas del concepto de necesidad, como por las muy distintas referencias

(2) Por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 89, señala que de la necesidad, correcta, de que la pena guarde una cierta proporcionalidad con el delito no se deriva la validez de la teoría retributiva. «La proporcionalidad *puede concebirse como un límite que debe respetar el ejercicio de la función punitiva, y que como tal límite no fundamenta la necesidad de esta función, sino que, al revés, la restrinja*» (cursiva añadida). Parece claro que se puede pensar en un límite que no es, al mismo tiempo, fundamento.

que se mezclan en las teorías preventivo generales. La posición de Gimbernat Ordeig puede resultar un buen exponente de estos problemas.

Resumiendo en sus grandes líneas el planteamiento de Gimbernat podríamos decir que, en su opinión, al menos en sus primeras manifestaciones a este respecto, la pena es necesaria para reforzar el efecto inhibitorio de las prohibiciones; ese efecto inhibitorio es necesario para dirigir o encauzar conductas –evitar las lesivas–, y la dirección de conductas es necesaria para mantener una vida social soportable (3). Es sobradamente conocida su explicación y justificación psicoanalítica del Derecho Penal (4), en la que no vamos a detenernos y, por último, su justificación de la potestad penal en su necesidad (amarga necesidad) para el mantenimiento de la sociedad, de modo que la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa –cualquier excedente de pena– supondrá un abuso de Derecho (5). Es muy importante tener en cuenta este aspecto, pues el Estado debe poder dar cuenta siempre de la punición de un comportamiento, dado que su potestad penal sólo está justificada en cuanto haga un recto uso de ella (6).

De los tres supuestos en que la pena es innecesaria (cuando no puede alcanzar su fin de encauzar conductas; casos en que produciría un sufrimiento excesivo no legitimado por el fin que se pretende obtener –vida social tolerable–, y abuso e intolerabilidad –inimputabilidad–) (7), nos interesan los que tienen que ver con la inimputabilidad y el error de prohibición. En un primer momento considera intolerable y abusivo proceder con una pena en estos casos, porque es innecesario, dado que la impunidad del comportamiento de los mismos no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. En referencia a los sujetos imputables las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los inimputables quedan exentos de responsabilidad criminal (8).

(3) Vid, con carácter general, GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», pp. 147 ss.; «El sistema del Derecho penal en la actualidad», pp. 172 ss., ambos en *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Tecnos, 1990.

(4) Además de las referencias en nota anterior vid. recientemente GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo* a R. Alcácer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 15 ss.

(5) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 151.

(6) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 147; «El sistema», pp. 172 y 179.

(7) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», pp. 153 ss.; «El sistema», pp. 174 a 175 en n. 40, 177, 180 «Debate» en *Revista de Ciencias Penales*, 3.^a época, enero-abril 1973, núm. 1, Tomo XXXII, Chile, pp. 179 a 180, 192 a 193 y 201 a 203.

(8) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 157; «Debate», pp. 179 a 180.

Obvio es que, para Gimbernat, se recurre a la pena para reforzar las prohibiciones cuya existencia es absolutamente necesaria para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan a las bases de la convivencia social, para *dotar a tales prohibiciones de un especial vigor* (9). La pregunta es la siguiente: ¿qué hace perder vigor inhibitorio a la norma?

Si, como parece desprenderse de sus afirmaciones anteriores, son determinadas características del sujeto que realiza la conducta prohibida, parece difícil afirmar que estemos ante un mero límite de la pena y no ante un elemento que configura, en el fondo, el objeto de reacción penal. No reaccionamos directamente ante acciones que el legislador quiere evitar (acciones antijurídicas), sino ante acciones que el legislador quiere evitar y, además, debilitan la eficacia inhibitoria de la norma. La existencia de acciones contrarias a lo que el legislador quiere evitar que, sin embargo, no fundamentan la imposición de una pena, impiden que veamos el factor constitutivo –la pérdida de vigor inhibitorio– como un mero límite. Más allá de cómo fundamente la distinción entre inimputables y normales y por qué las actuaciones de los primeros no hacen perder vigor inhibitorio a la norma, cuando rechaza la impunidad de los «normales» que no se inhiban por el estímulo de la pena parece confirmar lo expresado anteriormente. Así, además del modo generalizador, indiferenciado y probablemente incorrecto de operar del Derecho, el proceso de identificación que se da entre los imputables –todos somos iguales– lleva a que distinciones y excepciones a la punibilidad, quizá fundamentadas, pero inaprensibles, no incorporadas a la conciencia popular, en suma, supusiesen que la falta de castigo en estos casos relajase el principio punitivo, de forma que el Derecho penal perdería eficacia (10). Desde una perspectiva preventivo general no hay nada que objetar. Desde otros aspectos puede que sí, pero ello no es relevante ahora.

En definitiva, si quizá podría pensarse que en el caso de los inimputables operábamos con una conclusión inversa –si la conducta del inimputable no relaja la eficacia inhibitoria, la del imputable sí–, aquí no. Lo dice el propio Gimbernat. Es la *impunidad* del normal la que relajaría el principio punitivo. Por supuesto que la conducta antijurídica es esencial, pero, *como tal*, no produce sin más la pérdida de eficacia inhibitoria de la prohibición. Es preciso algo más, determinadas cualidades del sujeto que actúa antijurídicamente. Sólo esa suma nos da el objeto de punición.

(9) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 148; «El sistema», pp. 172 a 179.

(10) GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema», pp. 176 a 177.

A conclusiones similares llegamos analizando la postura de Gimbernat sobre el error de prohibición subjetivamente invencible. En estos casos la pena no es preventivo especialmente necesaria –lo que no parece menos relevante–, ni preventivo generalmente, pues tampoco aquí hay que evitar que se relaje la eficacia de las prohibiciones penales (11). ¿Por qué? Pues porque, en su opinión, respecto al error podemos dividir a la sociedad en dos grupos, los que conocen y los que no conocen la prohibición penal. Para los que la conocen, la impunidad del ignorante no disminuye en nada el efecto inhibitorio, pues saben que están en casos distintos –como ocurría con los inimputables–; respecto a los que desconocen, la adopción del principio del *error iuris nocet* tampoco aumentaría la eficacia inhibitoria de la pena, pues, como están en error de prohibición, ignoran también que se les iba a castigar aplicando dicho principio (12).

No nos interesan ahora las posibles críticas a la argumentación de Gimbernat. Se trataba simplemente de poner de manifiesto que, pese a las apariencias, con un contenido distinto al tradicional, pero siendo funcionalmente equivalente –problemas de medición de la pena aparte–, los elementos de la culpabilidad eran fundamentadores de la pena. Tenían razón, en este sentido, quienes señalaban que al no prescindir de los elementos de la culpabilidad, Gimbernat no prescindía, en el fondo, de la culpabilidad misma o que se trataba de una renuncia meramente nominal (13). Es decir Gimbernat prescindía del principio de culpabilidad y podía mantener sus consecuencias –sin entrar a debatir si ello es realmente así– porque, en el fondo, lo discutible es si prescindía –y no meramente reinterpretaba y cambiaba de nombre– del principio de culpabilidad.

Sin embargo, desde el momento en que Gimbernat acude al querer/poder como criterio de distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, las cosas sufren un cambio importante (14). Claro está, las

(11) GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema», pp. 178 a 179.

(12) GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema», p. 179; «Debate», p. 180. Dicho sea al margen: ¿por que habría que aumentar aquí el efecto inhibitorio y no, simplemente, mantenerlo?

(13) Así GRACIA MARTÍN, «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», *AP* 37 (1993), pp. 557 a 558; en la misma línea, pero menos radical, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pp. 127 ss.

(14) De todas formas, la consideración de la antijuridicidad como lo que el legislador quiere evitar siempre estuvo presente –con mayor o menor claridad (esto es, encubierta o no por la necesidad)– en GIMBERNAT –«¿Tiene un futuro?», p. 151 y n. 38; «El sistema», pp. 171 y n. 32, 172, 174, 180–; la novedad radica en el paso de lo que es necesario castigar a lo que puede evitar.

referencias del propio Gimbernat también. Nos referimos a sus reflexiones sobre el estado de necesidad (15). A partir de aquí la idea de necesidad ya no resulta omnicomprendida, sino que se ve sustituida por los dos problemas materiales del Derecho penal: lo que quiere prohibir frente a todos (sector de la antijuridicidad, ámbito del querer) y los límites del mecanismo inhibitorio del Derecho penal, de su capacidad para influir en las conductas mediante la pena, esto es, el poder, el marco de la culpabilidad (16). Por mucho que se remita a sus reflexiones anteriores, y señale que el Derecho penal querría («estaría encantado») combatir las acciones de estos sujetos, no puede hacerlo, «no puede combatir esos comportamientos inculpables porque la pena es –principalmente por razones de motivabilidad– ineficaz», tanto desde un punto de vista de prevención general como especial (17).

Lo realmente importante es que señala que «a la pena sólo se renuncia frente a aquellos ciudadanos de los cuales se *percibe fácilmente* que no tendría mucho sentido proceder con ese medido de reacción» (18). Y esto es lo que nos causa extrañeza: anteriormente se «renunciaba» a la pena porque la misma no era necesaria dado que no se había visto debilitado el efecto inhibitorio de la prohibición y, por tanto, no *se daban los presupuestos para penar*. Por supuesto que si no se daban los presupuestos de legitimación de la pena difícilmente podemos hablar, con sentido, de que se renuncie a ella; por ello señalaba Gimbernat que su imposición sería un abuso y resultaría intolerable. Ahora vemos que se ha hecho referencia a esa falta de necesidad, pero el discurso ha cambiado sustancialmente: de cuándo era necesario imponer una pena se pasa a cuándo se puede penar a determinados sujetos. Si según la argumentación anterior no era necesaria la pena porque al no haber debilitamiento del efecto inhibitorio de las prohibiciones no había nada que reforzar, ¿por qué iba a querer el legislador evitar acciones que no es necesario combatir con pena por proceder de determinados sujetos? Pues porque estamos abandonando el esquema primigenio.

Si a ello añadimos la resignación que traslucen las frases de Gimbernat respecto a la imposibilidad de combatir conductas de determinados sujetos por medio de la pena nos preguntamos si es que ahora la

(15) De hecho una escueta referencia se encuentra ya en GIMBERNAT ORDEIG, «La culpabilidad como criterio regulador de la pena», *Revista de Ciencias Penales*, 3.ª época, enero-abril 1973, núm. 1, Tomo XXXII, Chile, p. 32.

(16) GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en *Estudios de Derecho Penal*, p. 224.

(17) GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad», pp. 224 a 225; la referencia en «El sistema», p. 180.

(18) GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad», p. 225 (cursiva añadida).

realización de una conducta antijurídica supone ya, por sí misma, la pérdida de efecto inhibitor. Si bien puede que ello no fuese significativo desde puntos de vista preventivo especiales –mayor adecuación de las medidas de seguridad para los inimputables– (19), podría variar el planteamiento desde puntos de vista preventivo generales: si el efecto inhibitor se ha visto debilitado, ¿por qué no sería necesario castigar para producir su reforzamiento o compensar dicho debilitamiento? Podría acudir a otras argumentaciones: el beneficio social no compensaría el sufrimiento que acarrea la imposición y ejecución de la pena. Pero Gimbernat no sigue esa vía.

Por otro lado, el problema, en principio, no es si el legislador estaría o no encantado combatiendo esas acciones; ni siquiera si considera necesario combatirlas –pues lo considera, dado que son antijurídicas–, sino si era necesario combatirlas incluso castigando a los inimputables o a los que se encuentran en error de prohibición subjetivamente vencible, porque era necesario para la inhibición de la colectividad. Por supuesto, no puede descartarse que razonamientos axiológicos estén latentes, mas al no hacerlos explícitos se producen fricciones si se mantiene al mismo tiempo que no se debilita el efecto inhibitor y que frente a determinadas personas no se puede inhibir –por mucho que se haya debilitado el efecto inhibitor general–, porque son razonamientos que se sitúan en contextos distintos.

Es evidente que el legislador quiere evitar conductas antijurídicas, pero que sólo se castigan conductas culpables. Sin embargo, la insistencia en la amenaza de la pena como medio inhibitor, cuando se abandona la idea de necesidad para explicar todo, produce una clara asimetría: sólo era necesario evitar las conductas antijurídicas (concretas) en determinadas condiciones –referidas al sujeto–. Ahora, las conductas antijurídicas se quieren evitar siempre –en general–, pero al centrarse dicha evitación en la pena, sólo se pueden evitar en determinados casos. Así, más que al querer/poder llegaríamos a la distinción entre necesidad general/posibilidad concreta, que puede tener una importante repercusión: la posibilidad concreta de evitación por la pena ya no es un elemento de lo que es necesario evitar, sino un mero límite –sin aclararse, además, si es fáctico, axiológico o hay una mezcla de ambos– de lo que hace necesaria la pena (la conducta antijurídica). En definitiva, habríamos pasado de una culpabilidad (motivabilidad por la pena) fundamento de la pena preventivo generalmente necesaria a una culpabilidad límite de la pena ya preventivo generalmen-

(19) GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema», pp. 177 y 180; «El estado de necesidad», pp. 224 a 225.

te necesaria. Ya no serían características del sujeto las que legitimarían la imposición de la pena por hacerla necesaria –pérdida del vigor inhibitorio–, sino que la pena necesaria –por existir un comportamiento necesitado ya de pena– encontraría su límite en la inaccesibilidad de determinados grupos de sujetos.

Si anteriormente en la categoría posterior a lo injusto se dilucidaba la cuestión de la necesidad de reforzar el efecto inhibitor –de si había habido debilitamiento o no–, ahora han desaparecido las reflexiones de este tipo. Se trata sólo de si podemos inhibir a determinados sujetos o no, lo que evidentemente repercute en el sentido de la categoría. La argumentación, en el fondo, abandona los marcos preventivo generales, para situarse en la imposibilidad de obtener algo con la pena de determinados grupos de personas –la evitación de conductas antijurídicas– o en la existencia de alternativas más adecuadas. La necesidad de pena se vería recortada por la posibilidad de eficacia *individual* de la misma. ¿Cómo compaginarlo con una eficacia de la pena en términos de sufrimiento individual y beneficio social? Se puede seguir afirmando que «puedo aceptar y conformarme con que se me prive de mi libertad, aunque sea para mí muy doloroso, si con ello presto un servicio a la comunidad, pero se abusa de mí si se me impone un padecimiento inútil que no sirve al fin de la convivencia social –*bien porque el comportamiento no necesita ser reprimido*, bien porque no necesita ser reprimido con tanta severidad–» (20). Si conjugamos ambos planteamientos, ¿cómo va a poder reprimirse lo que no es necesario reprimir? ¿No sería un abuso de la potestad penal?

En definitiva, si antes determinadas cualidades del sujeto determinaban el sentido (penal) de la conducta, al ser básicas para que se produjese o no un debilitamiento de la amenaza penal, parece que ahora se disocia la conducta totalmente del sujeto, por lo que es la propia conducta la que debilita el efecto inhibitor, provenga de quien provenga, tratándose en la culpabilidad –motivabilidad– del sentido de la pena frente a determinados sujetos, pero ya no la colectividad. Como frente a deter-

(20) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 153 (cursiva añadida). De todas formas, en la n. 41 de la misma página acude a ROXIN, «Sentido y límites», que, sin embargo, está ofreciendo una fundamentación distinta: dado que el Estado debe asegurar al ciudadano sus bienes jurídicos, el reverso es que todo ciudadano debe hacer lo necesario para cumplir la tarea común y así, por ejemplo, debe cargar sobre sí la pena precisa, haciendo alusión a otro tipo de prestaciones hacia el Estado.

La referencia de GIMBERNAT no acaba de convencer, la fundamentación que él ofrece no es el reverso de la protección del Estado, sino mera manifestación de lo necesario para vivir en comunidad; el planteamiento de ROXIN no es más que una manera de formular el tradicional *protergo, ergo obligo*.

minados sujetos la pena no puede desplegar sus efectos, pues, sin más, no son accesibles al mismo, no tiene sentido penarlos. Mas ahora no se responde por qué no es necesario. Y no vemos cómo puede defenderse el planteamiento tradicional. El delito será *materialmente* lesión de bienes jurídicos, mas, ¿cómo legitimar axiológicamente exenciones de pena si hacen perder eficacia inhibitoria a la misma? ¿Ya no es la necesidad de pena lo que fundamenta la misma?

Lo más lógico es pensar que ambos esquemas interpretativos son completamente compatibles y, por tanto, que nuestra interpretación de las primeras afirmaciones de Gimbernat es radicalmente desacertada. Sin embargo, el propio Gimbernat se refiere a que la culpabilidad se tiene en cuenta para determinar, una vez fijado por el contenido de injusto el grado abstracto de pena, nuevas diferencias de penalidad y *si se debe responder y en qué medida por el hecho injusto cometido* (21). Sin perjuicio de que la razón que aduce para que todo lo que afecte al grado de pena no pueda pertenecer a la culpabilidad –que entonces todos los elementos de lo injusto pertenecerían también a la culpabilidad–, no es precisamente decisiva –¿cuál es entonces la relación entre los elementos del delito?–, la culpabilidad se está alzando en un factor constitutivo de la imposición de la pena concreta. Esto es, creemos que sus primeras afirmaciones pueden reconducirse al par necesidad general de pena (antijuridicidad) vs. necesidad concreta de pena (culpabilidad). Y sólo la necesidad concreta de pena nos dice cuándo se ha constituido el delito.

Su crítica a una interpretación preventivo-general positiva del § 35 StGB reafirma, en nuestra opinión, el paso de un punto de vista a otro. Según señala, «no se alcanza a entender por qué el legislador tendría que renunciar a influir para que no se cometieran hechos que presuntamente desaprobaba inequívocamente –ya que serían antijurídicos–, a pesar de que se cometen por personas que son perfectamente abordables por el efecto de inhibición de la pena, y que, por consiguiente, podrían reflexionar muy bien sobre si se decidían o no a ejecutar hechos supuestamente no deseados desde un punto de vista preventivo» (22). Pese a que

(21) GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema», p. 176 n. 44; *Prólogo* a la 1.^a ed. del Código Penal de 1973, Tecnos, 8.^a ed., p. 23.

(22) GIMBERNAT ORDEIG, «Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)», en ESER, A./GIMBERNAT, E./PERRON, W., *Justificación y Exculpación en Derecho penal* (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal), Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 1995, pp. 67 a 68. De modo similar en *Prólogo* a CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 13 a 14, contestando a KÜPER,

estoy de acuerdo en lo insatisfactorio de las fundamentaciones preventivo-generales positivas de estos supuestos la razón es sobradamente conocida: la excepcionalidad de la situación hace que la norma no pierda eficacia preventivo-general positiva. Traducido a la terminología de Gimbernat, se trataría de situaciones en que el efecto inhibitor de la prohibición penal no se vería afectado en cuanto todo el mundo se daría cuenta de que se trata de situaciones excepcionales –que no son las suyas–. Así, si antes lo fundamental era, más que la motivabilidad o inmotivabilidad del agente, la traducción sociológica de la misma, la diferencia entre perturbados y normales o entre los que conocen y no conocen, ahora la diferencia estaría entre situaciones normales y excepcionales.

Esto no es, sin embargo, lo que importa. Ya sabemos que el Derecho opera de forma generalizadora, indiferenciada y probablemente de modo incorrecto. Así, puede haber casos –extremos– en los que podría dudarse de la posible influencia de la pena (23), lo que, sin embargo, termina siendo irrelevante. Igualmente, aunque Gimbernat no alude a ello, resultaría perturbador tener que distinguir entre unos casos excepcionales y otros, para ver si la eficacia inhibitor de la norma se ve perturbada o no. *¿Pueden existir supuestos en que no se debilita el efecto inhibitor de la norma por factores ajenos al sujeto (situacionales)? Ésta debería ser la pregunta desde el punto de vista de la necesidad concreta de pena.* Mas ello, insistimos, produce mayores complejidades sistemáticas y resultados no aceptables –en opinión de Gimbernat–. Así que se simplifica el análisis como hemos visto que sucedía en el caso de los «normales» no accesibles al estímulo inhibitorio de la pena. Si en este último supuesto se prescindía de lo particular y se optaba por la punición partiendo de que, de lo contrario, se relajaría el principio punitivo, aquí procederemos a la inversa: el legislador opta por retirar la amenaza penal. Si hay distintas razones de fondo –el tratamiento de los supuestos de conflicto de males iguales y desiguales no es exactamente idéntico en Gimbernat– es irrelevante.

insiste, a propósito del estado de necesidad en caso de conflicto de males iguales, en que «la razón por la cual el legislador renuncia a castigar, frente a todos y de manera general, la lesión de un bien jurídico... para salvar otro de igual entidad reside... en que, a pesar de que sería posible, ese comportamiento no se quiere combatir con la pena, al contrario de lo que sucede en la exclusión de la responsabilidad por inimpunitabilidad o por error invencible de prohibición, donde –por razones de inmotivabilidad del agente– la pena es ineficaz para luchar contra conductas cuya comisión se querría evitar».

(23) GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad», p. 225 y n. 27, claro que estamos ante supuestos que también podrían producirse en la legítima defensa y, sobre todo, en los que se produciría la exención por trastorno mental transitorio.

Como se ha retirado la amenaza penal con carácter general para casos que no tienen que ver con la inmotivabilidad del agente, estamos ante una causa de justificación. El esquema expositivo es simple y, aparentemente, tiene gran fuerza de convicción. Se han perdido los matices, pero ¿no opera el Derecho de forma generalizadora?

Éste es, en nuestra opinión, el principal problema del criterio de distinción entre antijuridicidad y culpabilidad a través del par querer/poder. Resulta excesivamente indiferenciado y necesitado de matices.

Por un lado, ya en el propio sector del querer se tienen en cuenta consideraciones de poder. Silva Sánchez, por ejemplo, ha objetado a Gimbernat, desde una perspectiva axiológica, si el legislador puede prohibir hechos no desvalorables (24). Evidentemente, ni era la postura de Gimbernat, ni lo es hoy día (25).

Más interesante resulta una argumentación intrasistemática. El propio Gimbernat ha señalado que lo que no se puede inhibir de modo general, no se puede tipificar –así, por ejemplo, el caso fortuito, las conductas peligrosas diligentes– (26), argumento que utiliza para defender la necesidad de acción y omisión como primer elemento del delito. La amenaza de la pena sólo puede inhibir conductas, que, además, deben ser dolosas o imprudentes (27). Las consideraciones respecto al poder serán distintas, pero no puede negarse que existen límites del mecanismo inhibitorio que operan antes de la culpabilidad.

En segundo lugar, en la antijuridicidad se decide lo que se prohíbe frente a todos, pero afirmar que las causas de justificación amparan la comisión de cualquier delito por cualquier persona sólo es verdad «en

(24) SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las actuaciones en una “situación de necesidad» que no implican deberes de tolerancia», en LUZÓN PEÑA, D. M./MIR PUIG, S., *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGrawHill, Madrid, 1999, p. 167.

(25) Además de todas sus referencias al «recto» uso de la potestad penal, las propias reflexiones de GIMBERNAT respecto a determinada legislación postconstitucional que era inconstitucional –Vid. «Constitución y Derecho penal», *Estudios de Derecho penal*, pp. 28 ss.– son prueba suficiente de ello. Que la doctrina no decida, como tal, sobre lo que es constitucional o no es, en el plano argumentativo en el que nos movemos, irrelevante.

Igualmente, baste recordar cómo el propio autor señala que «los criterios de prevención general de un Código Penal democrático tendrán que establecerse de acuerdo con los principios de un Estado social y democrático de Derecho», refiriéndose, a modo de ejemplo, a la dignidad humana y la proscripción de las penas inhumanas y degradantes –Vid. «Derecho y razón», *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, p. 20.

(26) Vid. GIMBERNAT, «¿Tiene un futuro?», p. 157 n. 46; «El sistema», pp. 174 a 175, n. 40.

(27) GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y comportamiento», *Estudios de Derecho penal*, pp. 182 ss., además de los artículos citados en nota anterior.

principio» y muy en principio. A las causas de justificación no puede apelar cualquier persona ni para cualquier delito. Así, como reconoce el propio Gimbernat, hay causas de justificación limitadas a determinadas personas y delitos –aborto y consentimiento en los delitos de lesiones– (28). Pero, más allá de lo anterior, hay grupos de personas excluidos de las causas de justificación y de los que Gimbernat ha prescindido: así, los que tienen un deber de sacrificio –dentro de los límites del mismo– o los que han provocado la situación –dejando al margen cómo comprendamos dicho requisito–. Igualmente, determinadas causas de justificación sólo pueden invocarlas determinadas personas –cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo–, y otras sólo son aplicables a determinados delitos –injurias a funcionarios públicos– (29).

Por tanto –y por mucho que, en el fondo, Küper no tenga razón en su crítica a Gimbernat– lo importante no es el ámbito de aplicación, la extensión de una eximente, sino las razones por las que se produce «la retirada de la pena». Algo sobre lo que Gimbernat, sin embargo, da poca información (30), pese a que no es algo que desconozca, pues él mismo se refiere a que en las causas de justificación, la conducta es considerada por el Derecho valiosa, jurídicamente neutral o indiferente, lo que elimina la existencia de un criterio homogéneo (31).

En definitiva, no podemos pasar por alto que dentro de lo que el legislador quiere evitar se incluye el cómo puede hacerlo, de manera que el recurso a las normas limita ya, de antemano, el posible objeto de las prohibiciones y mandatos penales, una de las razones de que no

(28) GIMBERNAT ORDEIG, «Justificación y exculpación», p. 64.

(29) Así lo reconoce también LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Universitat, S. A., Madrid, 1996 p. 300, que por eso insiste también en el «en principio».

(30) No es extraño, por ello, que SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las actuaciones», p. 168 considere que, pese a la utilización del término justificación, en el planteamiento de Gimbernat subyace la idea de que la conducta no está penalmente prohibida.

(31) Ésta era la respuesta de GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo», en *Estudios penales*, pp. 233 a 235 y nn. 17 y 22, 236, a KÜPER, en el sentido de la renuncia a la pena en los supuestos situados en las condiciones objetivas de punibilidad y causas personales de exclusión de pena no podían unificarse en un solo criterio. Sin embargo, parece que las causas de justificación tampoco. De hecho, el propio GIMBERNAT, «El estado de necesidad», p. 228 se refirió a que el legislador no quería evitar estas conductas bajo la amenaza de pena «por los motivos que sean»; si a ello sumamos que la propia valoración legislativa no es unitaria (pueden ser conductas positivamente valoradas –la mayoría– o bien jurídicamente neutrales o indiferentes), no parece difícil concluir que tampoco pueden reconducirse a un criterio único, con lo que la argumentación no resulta excesivamente convincente.

cese jamás la polémica sobre el concepto de acción, como podremos ver en otro momento. Evidentemente, si tiene sentido distinguir entre lo que se puede prohibir y lo que se puede castigar es porque no se quiere renunciar –con razón– a la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad.

Ello nos lleva a la concepción de las normas y su repercusión en la estructura del delito. ¿Por qué coinciden conducta prohibida y conducta conminada con pena? ¿No tiene la norma como tal ninguna potencialidad inhibitoria, salvo la que le confiere la amenaza de la pena?

Aquí es donde, guste o no, la exposición de Gimbernat no resulta especialmente clara y de ahí la tendencia a destacar los aspectos negativos de su concepción y no la vertiente positiva. Por un lado afirma que «la Sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir –creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo– que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana» (32). De aquí podría deducirse que, efectivamente, tras un determinado proceso, la norma tiene un componente inhibitorio propio, en ello insiste Gimbernat para disipar la deficiente comprensión de su postura (33). Evidentemente, en esta línea se entienden perfectamente las afirmaciones de Gimbernat en las que se refiere al recurso a la pena para *reforzar las prohibiciones absolutamente necesarias, «para conferir... a tales prohibiciones –con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas– un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitorio»* (34). Lógicamente si hablamos de «reforzar», de conferir «especial vigor» o de «elevar» es porque las prohibiciones como tales ya tienen al menos un mínimo efecto inhibitorio. No sería difícil aumentar las referencias, pero no creemos que resulte necesario.

Ahora bien, si podemos distinguir entre el efecto inhibitorio de la norma como tal y el de la pena, por mucho que ésta coadyuve a aquélla, ¿por qué tienen que coincidir comportamiento prohibido y comportamiento conminado con pena? ¿Por qué luego aparecen, igualmente, innumerables referencias a lo que el legislador puede conseguir o no por medio de la pena? Así, por ejemplo, las conductas se dirigen por medio de la amenaza de la pena, lo que legitima también que la

(32) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 147.

(33) GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo* a ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión?*, pp. 16-17.

(34) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 148 (cursiva añadida). En la misma línea, por ejemplo, loc. cit., pp. 151 a 152, «si la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitorio de una prohibición», p. 152 («reforzar el efecto inhibitorio de la prohibición»).

gravedad de la misma dependa del valor del bien jurídico y del carácter doloso o imprudente de la lesión del bien jurídico (35). Ya no parece que sea la norma como tal la que tenga una función directiva de conductas, sino la pena o, en todo caso, la norma en cuanto incorpora la pena (36). Así se explica, obviamente, que comportamiento prohibido y conminado con pena deban coincidir, pues la evitación del comportamiento prohibido no es una cuestión de la norma, sino de la pena, o de la pena incluida en la norma. Con ello, sin embargo, el posible efecto inhibitor de la norma, *sin referencia a la pena*, cae en el vacío, lo que repercute constructivamente, pues podría pensarse que si el efecto inhibitor sólo proviene de la pena, el escalonamiento valorativo del delito deviene difícil. Con otras palabras: las conductas de los inimputables no estarían prohibidas (37).

La objeción anterior, sin embargo, ni tenía por qué ser así en un primer momento, pues se producía un escalonamiento a través de la necesidad general y la necesidad concreta de pena, que, además, venía referida al debilitamiento del *efecto inhibitor de la prohibición*, ni tiene por qué serlo posteriormente. Simplemente que el paso al querer/poder produce otros problemas. Mientras en el primer planteamiento la infracción de la prohibición –comportamiento antijurídico– no implicaba, sin más, el debilitamiento de su efecto inhibitor, que es la única forma que tiene el legislador de evitar conductas lesivas para bienes jurídicos –a través de normas que actúan motivando–, de forma que, por mucho que por razones preventivo generales se conservaba una relación –relevante para el delito– entre sujeto y norma, en el esquema del querer/poder dicha relación ha desaparecido. La repercusión para la comprensión material del delito es clara: es lo injusto lo

(35) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 151.

(36) La explicación que da a esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1992, p. 355, no acaba de convencer, al menos respecto a GIMBERNAT. Es cierto que las afirmaciones de GIMBERNAT podrían reconducirse a una motivación por la norma jurídico-penal, a tenor del doble aspecto de la misma, el directivo de conducta y la conminación con la amenaza de la pena. De hecho, existen buenas razones para realizar esta interpretación –GIMBERNAT, para el error de prohibición, no exige el conocimiento de la punibilidad–. Mas si se acepta la perspectiva anterior resulta difícil comprender la inimputabilidad en GIMBERNAT: ¿por qué si no considera GIMBERNAT criticable el artículo 20.1 CP 95, como opción liberoarbitrista? ¿Por qué ha matizado que para él culpabilidad significa intimidabilidad? Podríamos recurrir a una intimidabilidad interna, pero, desde luego, parece bastante forzado.

(37) Sobre esta objeción MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», p. 84, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

que dota de sentido al mismo. La culpabilidad –los elementos que se sitúan ahí– quedan como un elemento extraño. ¿Por qué? Pues porque si tiene sentido prohibir lo que no puede ser castigado es porque el objeto de la pena concreta no es, sin más, la realización de lo prohibido, sino la realización de lo prohibido en determinados supuestos y por determinadas razones, esto es, objeto de pena no es toda conducta penalmente antijurídica, sino sólo una determinada clase de las mismas, las que se podrían evitar en atención a la norma misma. ¿Por qué conservar los elementos de algo que, como tal, ya no sirve para constituir el objeto de reacción penal?

En definitiva, si el Derecho penal intenta prevenir los comportamientos más graves tanto mediante la prevención general negativa, por el miedo a la pena, como por la prevención positiva, en cuanto que las prohibiciones penales refuerzan la conciencia moral (afianzan y confirman la norma), dando un motivo adicional para no incurrir en el delito (38), ¿por qué se centra luego todo en la motivabilidad por la pena? No es, desde luego, fácil de entender. Además, la función «mediadora» de la culpabilidad entre lo necesario en general y lo necesario en el caso concreto se ha perdido, lo que supone un cambio radical, pues de una función fundamentadora se ha pasado a una función limitadora, dejando excesivos interrogantes abiertos. En definitiva, ¿realmente los planteamientos preventivos supusieron tantos cambios respecto a la culpabilidad?

No es el momento de tratar dicha cuestión, pese a que resulta, en el fondo, básica. Baste decir que, en mi opinión, no. La fundamentación exigiría un espacio mucho mayor del aquí disponible y ciertas virtudes que, frente a mi maestro, el profesor Cerezo Mir, al que está dedicada esta contribución, no estoy muy seguro de poseer. En todo caso quiero terminar expresando la satisfacción que supone poder participar en un homenaje al mismo. Sólo querría, siquiera por una vez, haber estado a su altura.

(38) GIMBERNAT, *Prólogo* a ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión?*, p. 16, donde, además, limita la prevención general negativa al individuo concreto.