

Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho*

Profesor Dr. Urs Kindhäuser, Universidad de Bonn

I. Acerca del objeto del concepto de culpabilidad

1. El año 1952, el Tribunal Supremo Federal alemán, a modo de decisión de principio, llegó a la conclusión de que el error sobre la antijuridicidad de una coacción alcanzaba para excluir la culpabilidad del autor. A modo de fundamentación el tribunal sostuvo lo siguiente, que cito: “La pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor que él no se haya comportado (...) de modo adecuado a derecho, a pesar que él pudo comportarse (...) de modo adecuado a derecho. La razón interna para el reproche de culpabilidad se encuentra en que el ser humano está provisto de autodeterminación libre, responsable y ética, y por ello es capaz de decidirse a favor del derecho y contra el injusto (...)”.¹ (Fin de la cita.)

La decisión del Tribunal Supremo Federal es sobre todo interesante por el hecho de que ella formula positivamente el concepto de culpabilidad. El Código Penal alemán no contiene, en cambio, al igual que todos los demás códigos penales que me son conocidos, definición alguna de culpabilidad. Lo único que se halla regulado son los presupuestos bajo los cuales un comportamiento antijurídico no puede imputarse a la culpabilidad del autor, por ejemplo, en caso de falta de capacidad de motivación normativa, o en caso de tratarse de un sujeto menor de catorce años de edad, o en caso de una situación de estado de necesidad exculpante. De conformidad con ello, los tribunales penales sólo examinan si en el caso concreto se hallan satisfechas las condiciones bajo las cuales ha de negarse la culpabilidad del acusado. Ningún tribunal indaga en la pregunta, por el contrario, de si el acusado era también efectivamente capaz de decidirse libremente, y de modo éticamente auto-responsable, a favor del derecho y contra el injusto.

Que los tribunales no se planteen tales preguntas no sólo se explica por el hecho de que no haya posibilidad alguna de una comprobación procesal empírica de la capacidad de autodeterminación libre y ética. Antes bien, por encima de esto el tribunal tendría incluso que producir la demostración de que la norma en cuestión se ajusta de tal modo a exigencias éticas que su quebrantamiento pone de manifiesto una decisión éticamente incorrecta del autor. ¿Cómo podría un juez emitir un tal juicio de modo vinculante?

Finalmente, en la decisión del Tribunal Supremo federal también es llamativo que el enunciado acerca de la culpabilidad no se halle restringido a los destinatarios del derecho penal alemán, sino que contenga una tesis de antropología general. El ser humano estaría, en tanto ser humano, provisto de autodeterminación libre, responsable y ética, y por ello estaría en posición de decidirse a favor del derecho y contra el injusto.

2. En modo alguno quisiera yo afirmar sin más que esta tesis es falsa. Más bien, pienso que es errado hacer descansar la culpabilidad jurídico-penal en una tesis tal. Pues esta tesis no sólo es altamente controversial tanto filosófica como antropológicamente, sino que ha sido decisivamente puesta en duda por la neurobiología más reciente.

Por esta razón, a la comprensión de la culpabilidad apoyada en asunciones antropológicas y metafísicas, tal como ella se encuentra expresada en la cita al Tribunal Supremo federal, quisiera

* Traducción de Juan Pablo Mañalich R.

¹ BGHSt 2, 194 (200 s.).

contraponer un modelo radicalmente distinto de atribución de responsabilidad penal. La culpabilidad jurídico-penal, así quisiera argumentar, se encuentra referida a una praxis social, que en una alta medida descansa en presuposiciones normativas. Por esto, la corrección de la atribución de responsabilidad penal sólo depende de que estas presuposiciones normativas puedan tenerse por justificadas. Dicho de otro modo: la culpabilidad jurídico-penal, en tanto concepto jurídico, ha de fundamentarse jurídicamente. Y tal como lo anuncia ya el título de mi conferencia, quisiera sostener la tesis de que la culpabilidad jurídico-penal se encuentra referida a los roles jurídicamente configurados que el autor asume en una sociedad democráticamente constituida. En el Estado democrático de derecho, la persona de derecho aparece como portadora de dos roles: de una parte, ella se encuentra formalmente sometida a las proposiciones jurídicas de deber y como tal es destinataria potencial de normas jurídicas. Pero de otra, como ciudadano del Estado ella también está habilitada para intervenir públicamente, a través de la manifestación de opiniones, de la emisión del sufragio y demás, en la producción y modificación de normas, perteneciendo así potencialmente al círculo de los autores de la norma. A partir del juego conjunto de ambos roles, esto es, del rol de destinatario de la norma y del rol de autor de la norma, así quisiera mostrarlo, se dejan determinar más de cerca los conceptos de culpabilidad y de capacidad de culpabilidad.

3. Mi argumentación constará de tres pasos:

Primero quisiera considerar la pregunta acerca del significado de los conceptos con ayuda de los cuales atribuimos responsabilidad tanto cotidiana como jurídicamente.

A continuación me volcaré sobre la culpabilidad jurídico-penal y preguntaré por qué razón podemos reprochar al autor no haberse formado el motivo de seguir la norma.

Finalmente quisiera analizar qué conexión existe entre la capacidad de culpabilidad atribuida al autor de un hecho punible y sus dos roles como autor y destinatario de la norma en una sociedad democráticamente constituida.

II. El carácter derrotable de la atribución de culpabilidad

1. A continuación quisiera analizar los conceptos con los cuales adscribimos responsabilidad por un comportamiento defectuoso. A modo de ilustración quisiera servirme de un ejemplo que ha sido de interés mundial: En el país africano P la mujer casada M es violada. A consecuencia de esto, M es condenada a morir apedreada por haber cometido un delito de relación sexual ilegítima.

La condena de M satisface sin más algunos presupuestos de la aplicación del derecho penal: M es condenada a padecer un mal estatalmente irrogado a consecuencia de un suceso antijurídico. Pero aun prescindiendo de la clase particularmente brutal de irrogación de un mal de que se trata, este juicio condenatorio resulta en todo caso rechazable, por no satisfacer una condición esencial de cualquier derecho penal moderno fundado en el reconocimiento de los derechos humanos. Pues el reproche de culpabilidad presupone la asunción de que el autor habría podido evitar el suceso que se le reprocha como injusto. Es evidente que M no se ha comportado de modo responsable en el sentido de este principio de culpabilidad. Pues ya el concepto de “violación” excluye la posibilidad de que la víctima se decidiera por una alternativa de comportamiento conforme a derecho.

Podría objetarse, ahora bien, que si bien M no tuvo la posibilidad de decidirse libremente por una alternativa de comportamiento, esto no representa particularidad alguna del caso del ejemplo. Cada ser humano estaría causalmente determinado a su comportamiento respectivo, y la posibilidad de una decisión libre no sería más que una ilusión. En esta medida, o bien el derecho penal tendría que abdicar sin más a favor de un sistema terapéutico de prevención de daños, o bien habría que admitir que la culpabilidad sólo sería una ficción necesaria para mantener el orden al interior de un Estado.

2. En esta objeción resulta introducido un concepto de libertad, sin embargo, que quiere decir algo distinto de la libertad que en el caso del ejemplo falta a la víctima. La falta de libertad en el sentido de una violación puede significar que la víctima, siendo atada por ejemplo, ha sido privada de la posibilidad de defenderse, o que ella ha sido amenazada con la irrogación de un mal grave. En tal medida, la libertad que resulta excluida por una coacción significa ausencia de determinados constreñimientos de tipo físico o psíquico.

En la comunicación cotidiana, la atribución de responsabilidad no presupone una libertad frente a cualquiera determinación causal. Esto ya se muestra en el hecho de que la referencia a determinantes causales no especificados no representa una razón que exonere de responsabilidad. Si yo hiciera un regalo a alguien y éste me replicara que él no necesita agradecerme, puesto que yo no he actuado libremente, sino causalmente determinado, ciertamente me enojaría con arreglo a estándares generales de comportamiento. Y este enojo no resulta de la incorrección de la referencia a una determinación causal imprecisa. Yo me enojaría igualmente si el receptor de mi regalo justificase la ausencia de agradecimiento con el hecho de que hoy el cielo está intensamente nublado. Como atribución de responsabilidad por una prestación positivamente valorada, el agradecimiento no hace referencia alguna a procesos causalmente explicables que ocurren en el cerebro del autor del regalo. Y ello está íntimamente en relación con el hecho de que explicamos nuestras acciones a través de razones, fines o disposiciones, que como tales son definidos de modo enteramente independiente de determinados procesos cerebrales.

Antes bien: en la comunicación cotidiana, la ausencia de libertad excluyente de la responsabilidad es necesariamente definida sobre la base de determinadas condiciones que son accesibles a la experiencia general. De acuerdo con ello, también los conceptos con los cuales se afirma o niega la causalidad en el contexto de la atribución de responsabilidad se hallan referidos a experiencias psíquicas y físicas conocidas. Si un ladrón me amenaza con una pistola para que así yo le entregue mi dinero, nosotros asumimos, remitiéndonos al momento de coacción psíquica de la amenaza de un peligro vital, que la entrega del dinero no ha sido expresión de una voluntad libre. Sin embargo, si después declaro que por compasión yo en todo caso habría dado el dinero al extorsionador, entonces la referencia a la voluntad libre sirve como fundamento de la interrupción de la conexión causal entre la amenaza y la entrega del dinero, o más precisamente: de la refutación de la conexión causal entre amenaza y comportamiento de la víctima que es presupuesto de la atribución de una coacción consumada. Pero en tal medida, la indicación de que yo igualmente habría dado el dinero al extorsionador por propia iniciativa libre no quiere decir que mi comportamiento no haya estado causalmente determinado. Lo único que se está diciendo que es que la amenaza de un peligro vital no constituyó una razón relevante para mi actuar.

Sería propio de una comprensión lingüística ingenua asumir que el significado de un concepto necesariamente se encuentre en su uso positivo, el cual sólo se vería excluido a través de la negación respectiva. Pues es igualmente posible que el significado de una expresión precisamente aparezca en su aplicación negativa, la cual resulte excluida a través de la aplicación positiva correspondiente. Y éste es precisamente el caso tratándose del uso ordinario del concepto de libertad. A modo de ejemplo: si digo que me he puesto mi corbata voluntariamente, con ello no pretendo sugerir que me he encontrado en un determinado estado de libertad del cual resulta, de modo causalmente no explicable, que llevo puesta una corbata llamativamente colorida. Lo que pretendo indicar es, antes bien, que llevo puesta esta corbata horrible sin que mi mujer o mi jefe me hayan constreñido a ello bajo amenaza de ponerme en problemas. Lo que así pretendo expresar es que yo soy responsable de llevar puesta la corbata, porque sobre mí no ha sido ejercida presión externa alguna.

En el lenguaje ordinario, el significado del concepto de libertad aparece en el uso de expresiones negativas tales como “no libre”, “involuntario”, “coaccionado”, “constreñido”, etc. El uso de las

expresiones positivas correspondientes sirve, en cambio, para explicitar que no se han satisfecho los presupuestos de su aplicación negativa, en circunstancias que ello era sin embargo esperable. Pues en el caso normal nadie se pone voluntariamente – es decir: sin coerción externamente motivada – una corbata horrible.

Con ello no pretendo en modo alguno sostener que no pudiera tener sentido plantear la pregunta de si el ser humano es capaz de decisiones causalmente libres, a pesar de que en su existencia física se halle sometido a las leyes causales generales. Pero una tal libertad – en el sentido de una exclusión de la explicación causal de decisiones humanas – nada tiene que ver con el concepto de libertad en el contexto de atribuciones sociales de responsabilidad. Ambas representan formas de uso completamente distintas y con ello significados completamente distintos del concepto de libertad.

3. Al uso ordinario del concepto de libertad en el marco de atribuciones de responsabilidad también se ajustan las reglas de la parte general del derecho penal. Ellas sólo enuncian las condiciones bajo las cuales el autor no puede ser considerado como libre para actuar de modo conforme a derecho. A veces ellas no son más que límites rígidos puestos de modo más o menos arbitrario, como es el caso, en el derecho penal alemán, tratándose de la fijación de la edad mínima para la responsabilidad penal en los catorce años. A veces se trata de enfermedades que son reconocidas como impedimentos para una decisión a favor de un comportamiento normativamente adecuado. Y a veces se trata de situaciones, como en el estado de necesidad exculpante, en que en razón de una situación de coerción externa se deja de esperar un comportamiento normativamente adecuado.

Así, el derecho penal, en paralelismo con las atribuciones informales de responsabilidad en la vida cotidiana, parte de la base de la capacidad de motivarse a actuar de modo normativamente adecuado y sólo excepcionalmente, dándose condiciones específicas de ausencia de libertad, niega la atribución de culpabilidad. Lo que entonces cabe plantear es la pregunta de por qué seleccionamos precisamente estas excepciones como tales, y no otras. En particular puede resultar llamativo que ciertas experiencias colectivas – como por ejemplo vivencias de una guerra en la niñez – no sean vistas como razones para la exclusión o siquiera para la atenuación de responsabilidad. O para dar otro ejemplo: bajo el derecho penal alemán resulta exculpado quien por miedo sobrepasa los límites de la permisibilidad de la legítima defensa, no así quien por furia lesiona al agresor de modo más grave que lo necesario para repeler la agresión. Así, el límite entre responsabilidad y exculpación no es fijado descriptiva y absolutamente, sino valorativa y relativamente en atención a determinadas razones. Ciertos motivos descargan de y ciertos motivos gravan con responsabilidad, a pesar de que la presión psíquica sobre el autor pueda ser igualmente intensa.

Consecuentemente, los criterios con arreglo a los cuales introducimos excepciones a la atribución de culpabilidad tienen que mostrar una conexión interna con las razones por las cuales reaccionamos negativamente frente al comportamiento antijurídico del autor. Sólo una vez esclarecido qué constituye el objeto del reproche jurídico-penal de culpabilidad, puede esclarecerse también por qué este reproche de culpabilidad decae bajo determinadas condiciones que se apartan del caso normal. Lo que así ha de preguntarse es por qué podemos esperar unos de otro el seguimiento de las normas del derecho penal.

III. Culpabilidad material

1. Las normas son proposiciones de deber, de modo tal que aquel que ha estafado a otro no se ha comportado del modo en que tenía que comportarse con arreglo a la prohibición de la estafa. En lo que sigue no se trata de la contradicción formal entre un comportamiento y una norma. Antes bien, de lo que se trata es de la pregunta de por qué reaccionamos con un mal frente al autor por el hecho

de que él no se haya formado el motivo de observar la prohibición de la estafa. ¿Qué déficit de motivación leal a derecho se expresa en el hecho y se reprocha al autor como falla personal?

A primera vista, esta pregunta puede resultar extraña. Pues en particular las normas del derecho penal nuclear – como la prohibición del homicidio, de las lesiones corporales o del hurto – son ventajosas para todos, con lo cual el seguimiento de estas normas parece incluso ir en interés egoísta de cada cual. Pero precisamente esto último no es el caso. Las normas ventajosas para todos son inestables, puesto que es individualmente más ventajoso quebrantarlas que seguirlas. Esta tesis aparentemente paradójica se deja explicar fácilmente:

Toda norma de comportamiento representa una coordinación de determinados intereses contrapuestos. De una parte se encuentra la libertad general de acción del destinatario de la norma, de otra un determinado interés protegido. La norma indica, ahora bien, bajo qué condiciones se ve restringida la libertad general de acción en consideración del interés protegido. Así por ejemplo, la prohibición de la estafa restringe la libertad general de acción en consideración de la protección del patrimonio, proscribiendo dar información falsa a la contraparte de un negocio. Al seguimiento de una norma siempre se anuda una renuncia de libertad. Pero esta renuncia de libertad puede verse compensada por el hecho de que todos los demás se sometan a la misma restricción de libertad. Así, a condición de que nadie estafe a otro, renuncio entonces a engañar a mi contraparte en un negocio, obteniendo por contrapartida la ventaja de no ser engañado por otros.

Siendo esto así, se me presenta, no obstante, la posibilidad de un beneficio doble. No me someto a restricción de libertad alguna, engañando a mi contraparte en un negocio, sin ser a su vez engañado, pretendiendo así la renuncia de libertad de parte de mi contraparte. Por ello es sin más racional quebrantar una norma que la mayoría de los demás observa. Pero si cada uno actúa así, en la medida en que nadie quiere ser el tonto que se somete a una restricción de libertad para igual resultar perjudicado, entonces fácticamente se viene abajo la coordinación de intereses recíprocamente ventajosa prevista por la norma.

2. El ejemplo muestra que la sola promulgación de una norma ventajosa para todos no basta para asegurar su observancia generalizada. Antes bien, adicionalmente ha de posibilitarse la confianza fácticamente fundada en que la norma efectivamente será seguida por un grupo suficientemente amplio de destinatarios. El sujeto leal a la norma no debe ser gravado con el peligro de salir doblemente perjudicado mientras su quebrantador obtiene un doble beneficio. También las normas ventajosas para todos requieren, por lo mismo, de un sistema coercitivo que asegure su vigencia fáctica y genere al mismo tiempo una confianza general en el seguimiento masivo de la norma.

Pero con ello sólo se ha dicho que el ejercicio de coerción estatal dirigida al aseguramiento de normas ventajosas para todos es necesario y en tal medida legítimo. Aquello sobre lo cual quisiera llamar la atención, sin embargo, es la circunstancia de que esa coerción estatal es necesaria precisamente porque bajo un cálculo de costo-beneficio para el individuo es racional no comportarse de acuerdo con la norma. En el nivel de una consideración puramente utilitaria, el quebrantamiento de la norma no puede ser visto como comportamiento irrazonable. Desde esta perspectiva, el reproche de culpabilidad no tiene por objeto una decisión irracional. Antes bien, la razón por la que reaccionamos negativamente frente al autor por el quebrantamiento de la norma se encuentra precisamente en que éste descansa, en principio, en un cálculo racional con arreglo a fines y no en cambio, por ejemplo, en una debilidad mental necesitada de tratamiento médico. Y en esta medida, en principio tampoco tenemos razones para dudar de la responsabilidad del autor; lo que su hecho muestra, en efecto, es racionalidad.

3. Con ello se plantea nuevamente la pregunta acerca de la razón por la cual reaccionamos negativamente frente al autor por el quebrantamiento de la norma, de modo que con la pena no sólo

aplicamos un medio coercitivo, sino que asociamos a ella el reproche de haber fallado el autor como persona de derecho al haberse comportado de un modo condenable.

En un Estado teocrático, por ejemplo, cuyo derecho se entiende como expresión de la voluntad divina, el objeto del reproche de culpabilidad se deja determinar rápidamente; él se encuentra en la contravención pecaminosa del orden divino. Esto presupone, sin embargo, que el autor mismo ve en las normas de este Estado una manifestación de la voluntad divina. De no ser éste el caso, por lo menos desde su perspectiva, el reproche de culpabilidad asociado a la pena será pura violencia. Entonces, la culpabilidad material no será más que una falta de precaución de no dejarse atrapar al quebrantar la norma.

A un sistema tal falta, en consecuencia, un momento específicamente jurídico, a saber, la posibilidad de ser aceptable y vinculante para todos los ciudadanos en virtud de las mismas razones. Un derecho religioso es un derecho instrumentalizado y con ello sólo legítimo para aquel que acepta su origen divino y lo tiene por vinculante. A un tal derecho divino resulta inmanente la infracción del principio de justicia elemental de la igualdad. Un derecho tal no es legítimo en cuanto derecho, aun cuando pueda ser tenido por legítimo en virtud de una creencia religiosa.

Menos crasos, pero igualmente problemáticos son los intentos de entender el derecho como expresión de una moral o cosmovisión absolutamente válida. Respecto de quien no acepta ni tiene por vinculantes las premisas de una tal moral o cosmovisión, la pena es nuda coerción sin que ella pueda representar para él un reproche por una falla personal.

De ello se sigue que el reproche de culpabilidad sólo puede ser entendido como un reproche puramente jurídico. La filosofía de la ilustración resumió esta idea en el sentido de un mandato de neutralidad del derecho. Así, *Immanuel Kant* sostuvo que sólo la legalidad, la conformidad exterior del comportamiento a la ley, puede ser legítimamente exigida mediante coerción.² De acuerdo con nuestro entendimiento actual, esto significa lo siguiente: es suficiente que cada uno organice su comportamiento y las consecuencias previstas o previsibles de éste con arreglo a la norma. Cuáles sean los motivos por los cuales la norma es seguida, ha de dejarse a la libertad de cada cual. Bajo este supuesto a un autor no puede reprocharse que él haya podido y tenido que evitar el comportamiento antijurídico en virtud de la corrección sustantiva de la norma. En particular, el derecho referido a la conformidad exterior del comportamiento con la ley no puede legítimamente imponer una determinada motivación religiosa o moral.³

No obstante, *Kant* sigue partiendo de la base que la ley ha de merecer su observancia, esto es, que ella ha de ofrecer la posibilidad de ser seguida en virtud de buenas razones.⁴ Pero esta tesis ya es problemática: ¿Existen en una sociedad pluralista razones que legitimen una norma de modo generalmente vinculante? ¿No es acaso porque el derecho no puede ofrecer razones que sean generalmente convincentes para sus normas – al menos para todas sus normas – que tiene que dejar a la libertad de cada cual el motivo para su seguimiento? ¿Cómo puede haber culpabilidad material fundada en legitimidad si faltan razones substantivas que puedan motivar a todos al seguimiento de la norma a pesar de que su quebrantamiento puede aparecer como individualmente ventajoso?

Para evitar ser malentendido: La separación de derecho y moral no es en modo alguno una carta blanca para un derecho inmoral. Todo lo contrario: precisamente la separación de derecho y moral hace posible criticar el derecho por razones morales para así impedir que haya derecho que contravenga nuestras exigencias morales. Justamente el derecho penal nuclear contiene

² *Metaphysik der Sitten*, ed. *Weischedel*, Werke t. IV, 1975, p. 337 ss.

³ Véase también *Klaus Günther*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 1994, p. 143, 148 s. y passim; ; *Paeffgen* en: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2a. ed. 2005, Vor § 32 n.m. 220.

⁴ *Metaphysik der Sitten*, ed. *Weischedel*, Werke t. IV, 1975, p. 325, 509 ss.

prohibiciones que en lo fundamental coinciden con los estándares éticos más apremiantes. Pero entonces, quien comete un hurto quebranta dos normas con presupuestos de legitimación diferentes: la norma del derecho y la norma de la moral. Y por ello el reproche moral ha de fundamentarse de modo distinto al reproche jurídico de culpabilidad.

4. Cuando la comisión de un hecho punible es descrita como un comportamiento racional, con ello se designa una racionalidad instrumental. Por ejemplo: alguien desea para sí un reloj de lujo, sin querer gastar dinero para ello, por lo cual sustrae el reloj de otro. En este caso, el autor se ha ahorrado el trabajo de ganarse el dinero para el reloj, aprovechándose además de la circunstancia de que la mayoría de los demás observa la prohibición del hurto y no sustrae las cosas de él. Bajo estos presupuestos, el autor ha actuado astutamente bajo un puro cálculo de costo-beneficio.

A otra interpretación de la situación llega una teoría de la pena que concibe la racionalidad, en el sentido de *Kant*, como racionalidad de la buena voluntad. Desde esta perspectiva, la voluntad es buena cuando ella se halla referida a su propia generalización. De acuerdo con ello, sería irracional privar a otro de una cosa si el autor a su vez no quiere que todos actúen igual que él. El destinatario de una norma jurídico-penal de comportamiento no es visto, entonces, como alguien motivado por puro autointerés, sino como persona que sigue una auto-legislación racional. Para una persona tal, el principio de iguales derechos de libertad para todos aparece desde el principio como deseado y reconocido.⁵ Cuando el autor de un hecho punible quebranta una norma en este sentido ventajosa para todos, él se contradice a sí mismo como ser racional a través de la irracionalidad de su hecho.⁶ Así visto, el hecho punible es expresión de una auto-corrupción ética de una persona autónoma en tanto ser racional, igual y libre.

En contra de esta concepción hablan a lo menos dos argumentos de peso: De una parte, ella ignora el mandato de neutralidad del derecho, al exigir que la norma sea seguida en virtud de una autodeterminación racional. De los destinatarios de una norma el derecho sólo exige, empero, que ellos – por cualquiera razón que sea – organicen su comportamiento y las consecuencias previstas o previsibles del mismo de modo exteriormente conforme con la norma.

De otra parte, el quebrantamiento de la norma sólo puede ser entendido como expresión de una autodeterminación irracional si la norma es racional para cada uno de sus destinatarios. En una sociedad pluralista, sin embargo, las normas no descansan en conclusiones racionales coincidentes de todos los ciudadanos, sino que resultan de un proceso de formación de opinión al que se pone término mediante una decisión mayoritaria. Por ello, es posible sin más que el individuo no acepte la norma como conforme con su propio juicio racional.

Un ejemplo ilustrativo de esto lo ofrece el siguiente caso: dos hermanos, que en su niñez temprana estuvieron separados entre sí, se vuelven a encontrar años después, se enamoran y tienen un hijo. Al saber de su ascendencia común, deciden no obstante mantener su relación. Por ello, son condenados por contravenir la prohibición del incesto del Código Penal alemán.⁷ En contra de este procedimiento se interpone una impugnación constitucional. Varios profesores de derecho penal escriben informes en apoyo de esta impugnación. El tribunal constitucional declara la prohibición como conforme a la constitución, recibiendo, empero, una aguda crítica por parte del presidente del tribunal expresada en su voto disidente.

⁵ Véase Köhler, *Der Begriff der Strafe*, 1986; Zaczek, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 128 ss.

⁶ Véase Köhler, *ibid.*, p. 29 s.; *el mismo*, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983, p. 38; véase también Zaczek, *ibid.*, p. 201: En tanto el autor “se vale de posibilidades de acción que él ha excluido para sí en cuanto ser racional, en igual medida él niega su propia racionalidad”.

⁷ § 173 Ap. 2, oración 2 del Código Penal alemán.

Independientemente de qué posición uno tenga frente a la prohibición del incesto, nadie puede decir que de cara al caso concreto ella cuente como expresión de racionalidad generalmente reconocida y que por lo mismo haya de ser necesariamente seguida por todo sujeto racional. En tal medida, la culpabilidad material de los autores no puede tener como objeto el reproche de que a través del hecho ellos se han corrompido a sí mismos como agentes racionales.

5. En una sociedad pluralista, la racionalidad individual, cabe sostener así, no representa una razón que pueda obligar a cada ciudadano a seguir una norma jurídico-penal de comportamiento. De ello resulta el siguiente dilema: De una parte, ha de observarse el mandato de neutralidad del derecho, que concede a cada ciudadano la libertad de seguir la norma por cualquier motivo que sea. De otra parte, el reproche de culpabilidad ha de legitimarse de modo que el hecho punible se corresponda con una falla personal del autor frente a la cual reaccionamos negativamente.

Este dilema sólo puede resolverse si el ciudadano resulta vinculado a la norma en un modo que trascienda el mero deber-ser, aunque sin exigir su reconocimiento como substantivamente correcta. En otras palabras, el ciudadano tiene que estar vinculado a la norma pudiendo al mismo tiempo rechazarla substantivamente.

Este dilema es consecuencia de que la relación entre la norma y el autor tiende a ser vista como unidimensional. El autor es visto exclusivamente como destinatario de la norma, preguntándose en consecuencia qué cualidad ha de tener la norma para que su quebrantamiento pueda justificar el reproche de culpabilidad. Mas una tal cualidad substantiva de la norma, que condujera a la necesidad de su reconocimiento por parte de cada uno de sus destinatarios, no se deja identificar en una sociedad pluralista. Por el contrario: una sociedad moderna y pluralista vive de una auto-comprensión bajo la cual no existe una religión, una moral o una cosmovisión que sea generalmente vinculante. Una sociedad pluralista que exigiera el seguimiento de sus normas en razón de su corrección substantiva sería una contradicción en los términos.

En una sociedad pluralista y democráticamente constituida, las normas representan coordinaciones de intereses que pretenden ser generalmente vinculantes en virtud de su producción conforme a la constitución. Ellas son el resultado de un proceso de entendimiento en que todos los ciudadanos pueden tener participación. En tal medida, el ciudadano individual no sólo es destinatario de tales y cuales normas, sino precisamente alguien que está facultado para tomar posición crítica frente a la coordinación de intereses expresada en la norma y dado el caso también para abogar por su modificación o cancelación.⁸ Así, en una sociedad democráticamente constituida, la persona de derecho es definida por referencia a un doble rol, a saber, el de potencial destinatario de la norma, de un lado, y el de interviniente potencial en el establecimiento de la norma, de otro.

Puesto que el procedimiento democrático del establecimiento de la norma no ha de conducir necesariamente a un resultado justo ni ha de tenerse por cerrado para siempre tras la decisión legislativa, sino que concluye a través de una decisión mayoritaria, la norma sólo puede pretender racionalidad provisional. Y adicionalmente, el consenso se encuentra exclusivamente referido al resultado, mas no necesariamente a las razones conducentes a este resultado. Por esto, no puede presuponerse que las razones a favor de la norma hayan convencido a cada ciudadano. En consecuencia, del individuo en su rol de destinatario de la norma no puede exigirse una aceptación de la norma como substantivamente correcta y en tal medida como vinculante para él.

⁸ Para esto véase también *Günther*, Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht, en: *Koller et al* (coord.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie Beiheft 51, 1991, p. 58 ss.; acerca de la necesidad de ver al sujeto de derecho en su doble rol de destinatario y co-portador del ordenamiento jurídico también *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, p. 82 ss.

6. La relación entre los dos roles que la persona de derecho asume en una sociedad democráticamente constituida requiere una determinación más atenta. Sería ciertamente precipitado inferir de la circunstancia de que una persona puede, como ciudadano del estado, tomar posición públicamente acerca de una norma, que entonces ella ha de seguir la norma por convicción patriótica. Pues esto representaría, una vez más, una infracción del mandato de neutralidad, que deja entregada a la libertad de cada cual la razón por la cual él quiera comportarse de modo normativamente adecuado. Tampoco aquel que aprueba una norma ha de seguirla en virtud de las razones por las cuales ella merece su aprobación. Con mayor razón ha de valer esto para aquel que pertenece a la minoría que rechaza la norma.

La consecuencia del doble rol de la persona de derecho en una sociedad democráticamente constituida se encuentra, antes bien, en que ella, en tanto facultada para tomar posición contra la norma, tiene que articular su protesta como ciudadano del estado. A quien está facultado para presentar razones contra una norma también resulta exigible presentar estas razones para que ellas obtengan reconocimiento generalizado y así lograr una modificación o supresión de la norma. En tanto él no emprenda o no tenga éxito en ello, de él es exigible que se comporte exteriormente, por la razón que sea, de modo conforme a la norma. El sinalagma del derecho a intervenir en el establecimiento de la norma es la obligación de hacer valer su rechazo de las razones esgrimidas a favor de la norma exclusivamente dentro del marco del ejercicio de esa facultad.

Sólo de conformidad con esta facultad resulta vinculante el seguimiento de la norma para la persona de derecho. El destinatario de la norma tiene abierta la posibilidad de poner discursivamente en cuestión la validez de la norma, de modo tal que él no puede quebrantar fácticamente la norma para así proveer de validez a sus razones contra la misma. De ello resulta, adicionalmente, que sólo en una sociedad democráticamente constituida puede fundamentarse la culpabilidad jurídico-penal con arreglo a principios estrictamente jurídicos.

7. Bajo esta concepción, la culpabilidad jurídico-penal no se encuentra exclusivamente referida a quienes formalmente ostentan la respectiva ciudadanía. Por ello, no sólo los ciudadanos alemanes, por ejemplo, pueden quebrantar el derecho penal alemán. Antes bien, en Alemania tanto alemanes como extranjeros tienen, en igual medida, el derecho a expresar libremente su opinión, a efectuar demostraciones públicas, a formar asociaciones y grupos de interés, a articular sus demandas en la prensa escrita y en los medios de comunicación audiovisual, a organizarse en partidos y asociaciones sindicales, así como variadas posibilidades adicionales de tomar posición en procesos públicos de formación de opinión y voluntad.

IV. Capacidad de culpabilidad

1. Resumo el curso de la argumentación hasta aquí: El punto de partida fue la afirmación de que tanto en la vida cotidiana como en el contexto del derecho penal no hacemos depender la atribución de responsabilidad de una comprobación positiva de la capacidad de seguir la norma relevante. Antes bien, damos esta capacidad por supuesta y sólo la tenemos por excluida bajo determinadas condiciones especiales. En esta medida, tanto en la vida cotidiana como en el contexto jurídico-penal, son los conceptos negativos de libertad los que desempeñan el papel determinante. El significado de las expresiones positivas correspondientes se reduce, en cambio, a la indicación de que los presupuestos de las expresiones negativas no se hallan satisfechos. Así, libertad significa que no se presentan las condiciones reconocidas de falta de libertad.

En un segundo paso, establecimos que al autor de un hecho punible no puede reprocharse no haberse formado el motivo de seguir la norma a partir de determinadas razones substantivas. Lo único que podemos reprocharle es no haber seguido la norma habiéndole sido esto exigible, en tanto

él pudo haber presentado públicamente sus razones contra el seguimiento de la norma en su rol de ciudadano del Estado y así haber puesto en cuestión su validez.

Ahora ha de preguntarse, en un tercer paso, por qué en la imputación de culpabilidad jurídico penal estamos autorizados a dar por supuesta la capacidad de seguir la norma y a negarla sólo bajo determinadas condiciones excepcionales.

2. Los agnósticos en la teoría del derecho penal, que no consideran la libertad de voluntad como una categoría susceptible de fundamentación, legitiman la suposición general de capacidad de culpabilidad con su supuesta favorabilidad para el individuo.⁹ ¿Pero qué es lo favorable de la suposición de capacidad de culpabilidad? Si el derecho penal sólo se legitima, como es usual, en atención al rol del ciudadano como destinatario de la norma, entonces difícilmente puede hablarse de una favorabilidad individual de la suposición de capacidad de culpabilidad. La atribución de capacidad de culpabilidad grava al autor; ella es, en efecto, presupuesto de su punición. El principio de culpabilidad sólo es favorable en un sentido negativo, asegurando que aquel respecto de quien se satisfacen los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad legalmente reconocida no sea condenado en caso que esto – por la razón que fuera – pudiese ser socialmente ventajoso.

Igualmente evidente es que la favorabilidad de la suposición de la capacidad de culpabilidad tampoco puede deducirse de la favorabilidad de la norma misma. Pues entonces se estaría deduciendo un poder a partir del puro deber-ser. Puesto extremamente: También un recién nacido podría ser entonces capaz de culpabilidad, dado que él también se beneficia, por ejemplo, de la prohibición del homicidio.

3. Si la vista sólo se pone en el autor del hecho punible en tanto destinatario de una norma, en mi opinión no se deja entonces fundamentar la atribución de capacidad de culpabilidad como favorable. Para ello es necesario, antes bien, ver al autor del hecho punible como persona en derecho y con ello en su doble rol como destinatario y autor de la norma. El concepto de persona es fundamentalmente idéntico en ambos roles. La capacidad que una persona puede pretender en su rol de autor de la norma se corresponde con la capacidad cuyo ejercicio se espera de ella respecto del seguimiento de la norma. De aquel a quien se otorga el derecho de tomar posición crítica y razonada acerca de una norma, también se espera que pueda evaluar crítica y razonadamente su propio comportamiento. En ambos roles, las capacidades atribuidas no son objeto de una comprobación positiva. Tal como la suposición general de capacidad de culpabilidad, el ejercicio del derecho de expresar opiniones, de participar en sufragios, etcétera, no se hace dependiente de la comprobación positiva de la presencia de determinadas capacidades.

En el derecho civil esta construcción resulta obvia sin más. De alguien que está en posición de celebrar un contrato también se espera que lo cumpla. La autonomía de poder determinar derechos y deberes se corresponde con la autonomía de ejercer estos derechos y cumplir estos deberes.

4. Con ello aparece una última pregunta cuya respuesta está todavía pendiente: ¿por qué se encuentran reconocidas en el código penal determinadas excepciones a la suposición de capacidad de culpabilidad? ¿Por qué se exculpa a alguien, por ejemplo, si él mata a otro para salvarse de un peligro vital, y por qué no se lo exculpa, si él mismo ha causado este peligro vital – a pesar de que la presión psíquica puede ser igualmente intensa en ambos casos?

La respuesta se obtiene fácilmente de las reflexiones precedentes. Las causas de exculpación y de exclusión de la culpabilidad también son reglas jurídicas establecidas a través del proceso legislativo democrático. En su rol de ciudadanos del Estado, los miembros de una sociedad

⁹ Véase sólo *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4a ed. 2006, § 19 n.m. 37.

democráticamente constituida asumen la responsabilidad por cómo y en qué medida ellos han de quedar vinculados a las normas, es decir, por cómo han de atribuirse responsabilidad por la contravención de normas.¹⁰ En cierto modo, los ciudadanos del Estado se miran al espejo cuando establecen los criterios bajo los cuales ellos han de quedar vinculados o exonerados en su rol de destinatarios de normas.

También estas decisiones, como todas las decisiones democráticas, son sólo provisionalmente racionales. Ellas pueden ser atacadas con razones y en su caso resultar refutadas. De prevalecer por un tiempo prolongado en la historia del derecho, entonces a su favor rige la presunción de que ellas reflejan hallazgos fundamentales. A estos hallazgos pertenece, con toda probabilidad, el principio de culpabilidad.

V. Observación final

Llego así al término de mis reflexiones: en su desarrollo histórico, el derecho penal ha servido a fines diversos, y no rara vez ha funcionado como medio de opresión. Los regímenes totalitarios más recientes son ejemplo manifiesto de ello. A los filósofos de la ilustración tenemos que agradecer, sin embargo, el hallazgo fundamental de que el derecho es una creación humana y que los seres humanos somos responsables del mismo. El origen y la legitimación del derecho sólo pueden encontrarse en la autonomía del individuo. Respecto del derecho penal, de esto tiene que extraerse la consecuencia de que también la culpabilidad jurídico-penal ha de determinarse de conformidad con la autonomía que corresponde a cada ciudadano. Quien puede pretender tener la capacidad de tomar posición fundadamente acerca de normas también tiene que asumirse como capaz de seguir normas. Mas de ello también resulta: el derecho penal sólo es legítimo en el marco de un Estado democrático de derecho.

¹⁰ Así acertadamente *Günther*, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, p. 256.