

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA

LUIS DIEZ-PICAZO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

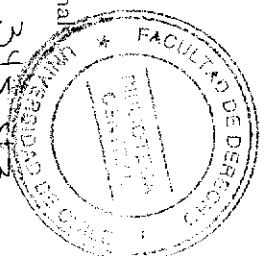
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

GONZALO RODRÍGUEZ MOURIELLO

CLAUS ROXIN

Dr. Dr. h.c. mult. Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Múnich



DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO I

FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO

Traducción de la 2.^a edición alemana y notas
por

Diego-Manuel Luzón Peña

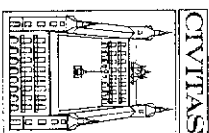
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Alcalá

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad Pública de Navarra

Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Vigo



CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD

§ 19. Cuestiones básicas de la teoría de la responsabilidad

Bibliografía: v. Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873; Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts etc., 1893; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbeginn im Strafrecht, 1903; Radbruch, Über den Schuldbeginn, ZStW 24 (1904), 333; v. Liszt, Strafrechtliche Vorlesungen und Aufsätze, 1905, t. 2; Frank, Über den Aufbau des Schuldbeginns, FS der jur. Fakultät der Universität Gießen, 1907, 3 (publicado en el mismo año tb. como separata); Kohlrausch, Die Schuld, en: Aschroff, Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, t. I, 1910, 180; Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, Güterbock-FS, 1910, t. I, Graf zu Dohna, Zum neuesten Stande der Schuldlehre, ZStW 32 (1911), 323; Rosenfeld, Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, ZStW 32 (1911), 466; Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, ÖstZStR 1913, 129; Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19, 184; Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; Schmuckner, Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927; E. Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre, Parte I, 1928; F. Kaufmann, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; Goldschmidt, Normativer Schuldbeginn, Frank-FS, t. I, 1930, 428; Kantowicz, Tat und Schuld, 1933; Schaffstein, Die Nichtzurechnbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldabschlusssatz, 1933; Kadetka, Von der Schädlichkeit zur Schuld und von der Schuld zur Schädlichkeit, SchwZStR 50 (1936), 343; Welzel, Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60 (1941), 428; Engisch, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942), 166; Maurach, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948; Binsch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; Nowakowski, Das Ausmaß der Schuld, SchwZStR 65 (1950), 301; Heinitz, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951), 57; Graf zu Dohna, Ein unaustrifbares Mißverständnis, ZStW 66 (1954), 505; Gallus, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 56); Hardwig, Die Zurechnung, 1957; Hohenleutner, Schuld als Werturteil, Rittler-FS, 1957, 183; Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-FS, 1957, 55; Brauneck, Zum Schuldstrafrecht des neuesten Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, MischKrim 1958, 129; Schmuckner, Gesinnungsmarkende im Strafrecht, 1958; Brauneck, Der strafrechtliche Schuldbeginn, GA 1959, 261; Arnt, Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; Arth, Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961 (= 1976); Lang-Hinrichsen, Zur Kritik des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 (1961), 210; Baumann, Schuld und Verantwortung, JZ 1962, 41; Bockelmann, Willensfreiheit in der strafrechtlichen Schuld, ZStW 75 (1963), 372; Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtlichen philosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963, 21965; Mangakis, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 (1963), 499; Nass, Wandlungen des Schuldbeginns im Laufe des Rechtsdenkens, 1963; Lange, Die moderne Anthropologie und das Strafrecht, en: Frey (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, 277; Mahloer, Objektive Schuldlemente, H. Meyer-FS, 1966, 185; Noll, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, H. Meyer-FS, 1966, 219; Engisch, Um die Charakteristik, MischKrim 1967, 108; Arth, Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967, 553; Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, Rudolph, Unrechtsbewußtsein, Verbotstratum und Vermeidbarkeit des Verbotstratums, 1969; Welzel, Gedanken zur "Willensfreiheit", Engisch-FS, 1969, 91; Holzhauser, Willensfreiheit und Strafe, 1970; Roxin, Literaturbericht, ZStW 82 (1970), 675; Roxin, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369; Art, Kaufmann, Rechtsstreiter Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Maurach-FS, 1972, 327; Leuckner, Strafe, Schuld und Schuldlosigkeit, en: Göppinger/Winter, Handbuch der forensischen Psychiatrie,

§ 19. Cuestiones básicas de la teoría de la responsabilidad § 19

t. I, 1972, 3; Stratenwerth, Tauschuld und Strafzumessung, 1972; Plunz, Zur Lehre von der Tatverantwortung, 1973; Henkel, Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Larenz-FS, 1973, 3; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1973 [= Política criminal y sistema del derecho penal, trad. de la 1.ª ed. alemana c. int. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972]; Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MischKrim 1973, 316 [= Culpabilidad y prevención en derecho penal, trad. y notas F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, 41]; Schmuckner, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Gallus-FS, 1973, 81; Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtswissenschaftlichen Schuldlehre, 1974; Baugello, Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht, Welzel-FS, 1974, 477; Gimbernat Ordeig, Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Henkel-FS, 1974, 151 (= El sistema del derecho penal en la actualidad, Anuario de Ciencia jurídica 1971, 265 = Estudios de derecho penal, 1990, 162); Eger, Strafrecht und psychoanalytische Theorie, Henkel-FS, 1974, 125; Nienfelder, Schuldbeginn und Verfassung, GA 1974, 289; Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-FS, 1974, 171 [= Problemas básicos, 1976, 200 = Culpabilidad y prevención en derecho penal, trad. y notas D. M. Laroza Peña, Madrid, Reus, 1981, 57]; Krumpelmann, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975), 888; Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 539; Sack, Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie, en: Lüttersen/Sack (eds.), Seminar Abweichendes Verhalten II, t. I, Strafgesetzbuch und Strafrechtsdogmatik, 1975, 346; Borkhardt, Das Zweckmoment im Schuldprinzip, GA 1976, 321; Jakobs, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Lange-FS, 1976, 27; Schönborn, Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, ZStW 88 (1976), 349; Danner, Gibt es einen freien Willen?, 1977, Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977; Schreier, Was heißt heute strafrechtliche Schuld etc., Der Nervenzur 48 (1977), 242; Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; Zipf, Literaturbericht Kriminalpolitik, ZStW 89 (1977), 706; Überbrueff/Hoffke, Schuld und Schuldunfähigkeit, en: Hassemer/Lüttersen (eds.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, t. II, 1978, 121; Haff, Der Schuldalog, 1978; Muñoz Conde, Über den materiellen Schuldbeginn, GA 1978, 65; Pothast (ed.), Ereges Handeln und Determinismus, 1978; Lange, Ist Schuld möglich?, Bockelmann-FS, 1979, 261; Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979; Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-FS, 1979, 279 [= Culpabilidad y prevención en derecho penal, trad. y notas F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, 147]; Baumann, Schuldlose Dogmatik?, en: Lüttersen/Sack (eds.), Seminar Abweichendes Verhalten, t. IV, 1980, 196; Borkhardt, Charaktermängel und Charakterschuld, en: Lüttersen/Sack, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, 87; Pothast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitstheorie, 1980; Schönborn, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 (1980), 682; Seemann, Neue Entwicklungen beim strafrechtsdogmatischen Schuldbeginn, Jura 1980, 505; Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), 637; Zipf, Der strafrechtliche Schuldbeginn, JfR 1980, 186; Baumann, Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981; Otto, Über den Zusammenhang von Schuld und unethischer Würde, GA 1981, 481; Amelung, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 1982, 617; Jakobs, Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit, en: Heinrichs (ed.), Aspekte der Freiheit, 1982, 69; Jakobs, Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld, en: Göppinger/Bresser (eds.), Sozialtherapie - Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982, 127; Kargl, Kritik des Schuldprinzips, 1982; Rudolph, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbefreiungsaussetzung im Widerspruch zwischen Schuld und Prävention, en: Brinner/Boer, Unrechtsbewußtsein, 1982, 1; Albrecht, Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, 193; Baumgartner/Fass (eds.), Schuld und Verantwortung, 1983; Dreher, Der psychologische Determinismus Manfred Danners, ZStW 95 (1983), 340; Figueiredo Dias, Liberdade, Culpa, Direito Penal, 1983; Figueiredo Dias, Schuld und Persönlichkeit, ZStW 95 (1983), 220; Griffl, Person, Freiheit, Schuld, ARSP 1983, 340; Arth, Kaufmann, Schuld und Strafe, 1983; Krumpelmann, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbeginns, GA 1983, 337; Mir Puig, Die Funktion der Strafe und die Verbrechenstheorie im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ZStW 95

(1983), 413 [= Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, 2ª 1982 = El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Ariel, 1994, 29]. Schuld, Der Strafrichter in der Hauptverhandlung, 1983; Schreiber, Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht, Richterkademie Trier-FS, 1983, 73; Streng, Richter und Sachverständiger. Zum Zusammenwirken von Strafrecht und Psychowissenschaften bei der Bestimmung der Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB), Jelenetz-FS, 1983, 397; Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 135 [= El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 94]. Amelung, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 85 [= El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, 1991, 134]. Hardung, Grundprobleme der Allgemeinen Strafrechtslehre, 1984; Hauptmann, Strafrecht und Willensfreiheit, Rechtslehre 1984, 153; Roxin, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), 641; Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 153 [= El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, 1991, 147]. Straatenwerth, Willensfreiheit - eine staatsrechtliche Fiktion?, SchwZStr 1984, 225; Streng, Unterlassene Hilfeleistung als Rauschdelikt?, JZ 1984, 114; Arth, Kaufmann, Schuld und Prävention, Wassermann-FS, 1985, 889; Lackner, Prävention und Schuldunfähigkeit, KleinKreuz-FS, 1985, 245; Lange, Hirnforschung und Kriminallogie, ZStW 97 (1985), 121; Mur, Pape, Die "ex ante" Betrachtung im Strafrecht, Jescheck-FS, 1985, 337 [= La perspectiva *ex ante* en Derecho penal, ADPCP 1983, 5 = El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Ariel, 1994, 93]. Neumann, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985; Neumann, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985, 389; Scheffler, Kriminalologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985; Schmilhans, Über den axiologischen Schuld begriff des Strafrechts: Die unrechtliche Teilgenussung, Jescheck-FS, 1985, 485; Wittenberger, Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft, Jescheck-FS, 1985, 37; Gröfel, Prävention und Schuldstrafe, ZStW 98 (1986), 28; Arth, Kaufmann, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, Jura 1986, 225; Kunz, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986), 823; Luth, Schuldlosigkeit - ein rationales Mittel sozialer Regulation?, SchwZStr 103 (1986), 345; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2.ª Parte: Schuld und Kriminalpolitik, GA 1986, 293; Tiemeyer, Grundlegungsprobleme des normativen Schuld begriffs, GA 1986, 203; Walter, Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten "kriminellen Energie", H. Kaufmann-GS, 1986, 493; Baumann, Zweckrationalität und Sozialrecht, 1987; Dreher, Die Willensfreiheit, 1987; Fincke, Die Entschuldigungsgründe im Strafrechtssystem, en: Eser/Kaiser (eds.), Drittes deutsch-sovietisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminallogie, 1987, 29; Grastick, Über Schuld, Strafe und Sprüche, 1987; Young-Wan Kim, Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1987; Küper, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, Jus 1987, 81; Maiwald, Gedanken zu einem sozialen Schuld begriff, Lackner-FS, 1987, 149; Neumann, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 (1987), 567; Roxin, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, SchwZStr 104 (1987), 356 [= ¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?, trad. J. M. Silva Sánchez, CPC 1986, 671]. Scheffler, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987; Baakes, Strafrecht und Lebenswirklichkeit, Mahofer-FS, 1988, 41; Dencker, Gefährlichkeitserwartung statt Tatschuld?, StV 1988, 262; Dux, Der Täter hinter dem Tun. Zur soziologischen Kritik der Schuld, 1988; Eser/Fleischer (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, vol. I, 1987, vol. II, 1988; Tristler, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988; Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Vertiefungen, 1988; Landgraf, Die "verschuldete" verminderte Schuldfähigkeit, ss. doc. Kiel, 1988; Oswald, Was wird gemessen bei der Strafzumessung?, GA 1988, 147; Petron, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; Roxin, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, Jus 1988, 425; Tiemeyer, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich geicherten Schuld begriffs, ZStW 100 (1988), 527; Baciagallo, Unrechtsminderung und Tatverantwortung, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 459; Biersmann, "Entschuldigung" durch Notstand, 1989; Gröfel, Widersprüche um die Schuldstrafe - Willensfreiheit und Recht, GA 1989, 193; Kindhäuser, Personalität, Schuld und Vergeltung, GA 1989, 493; Launpe, Verantwortung und Verantwortlichkeit im Strafrecht, en: Verantwortlichkeit und Recht, GA 1989, 286; Schünemann, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, en: Hirsch/Wiegand (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 147; Straatenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluss, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 485; Streng, Schuld ohne Freiheit?, Der funktionale Schuld begriff auf dem Prüfstand, ZStW 101 (1989), 273; Baumann, Strafe im Rechtsstaat, en: Baumann/Kleinert (eds.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, 1990, 109; Seelmann, Recens. de Kargel, Kritik des Schuldprinzips (1982), ZStW 102 (1990), 879; Seelmann, Recens. de Baumann, Zweckrationalität und Strafrecht (1987), ZStW 102 (1990), 882; Beck, Ideen und Grenzen im Strafrecht, Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 (1991), 636; Schneider, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991; Dreher, Unser indeterministisches Strafrecht, Spindel FS, 1992, 13; Haddenbrock, Soziale oder forensische Schuldlosigkeit (Zurechnungslosigkeit), 1992; Jescheck, Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, Rud. Schmitt-FS, 1992, 36; Höltinger, Schuldlosigkeit im Strafverfahren als psychosoziale (Re-)Konstruktion, MSchrKrim 1993, 3; Frister, Die Struktur des "voluntativen Schuld elements", 1993; Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993; Krauss, Schuld im Strafrecht. Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?, Schüler-Springorum FS, 1993, 459; Pothast, Probleme bei der Rechtfertigung sozialer Strafe, JA 1993, 104; Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519; Stübinger, Nicht ohne meine "Schuld" etc., KJ 1993, 33; Tiemeyer, Der "relative Indeterminismus" und seine Bedeutung für das Strafrecht, ZStW 105 (1993), 483.

I. Culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de la responsabilidad jurídica penal

La responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior 1 y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad jurídica significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como "responsable" una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal, a una pena. Los presupuestos de la responsabilidad jurídica penal son, entre otros, la culpabilidad (§§ 19 y 20), la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad (§ 17) y la normalidad de la situación en la que se actúa, que falta en el caso de determinadas formas de peligro (§ 35) y de exceso en la legítima defensa (§ 33), hay además en la Parte especial, en el Derecho penal especial (o accesorio) y en el ámbito suprallegal casos de exclusión de la responsabilidad, los más importantes de los cuales serán comentados más adelante.

2 En casos excepcionales, a saber, cuando concurre una causa de exclusión de la culpabilidad o cuando falta una de las llamadas condiciones objetivas de culpabilidad, puede no existir culpabilidad, pese a la concurrencia de una acción injusta responsable. Pero ello no se debe a razones jurídico-penales, sino a ponderaciones de intereses extrapenales, que hay que ubicar sistemáticamente en otra categoría valorativa adicional (cfr. *infra* § 23).

3 La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley. El sujeto actúa culpablemente, cuando, realiza, un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poscía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asquible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuricidad y culpabilidad. La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídico-penal se da sin más con la existencia de culpabilidad. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. V.gr. en el estado de necesidad disculpante (§ 35) el legislador parte —con razón— de la idea de que el peligro podría ser soportado en caso de necesidad, o sea de que el sujeto tiene la alternativa de la conducta conforme a Derecho. Si no, no podría exigir que se actúe conforme a Derecho y que se soporte peligro en los casos del § 35 I 2 sin infringir el principio de culpabilidad. Si con todo el mismo renuncia con carácter general según el § 35 I 1 a la punición, lo hace pese a la existencia de culpabilidad (disminuida), porque considera que en tales situaciones excepcionales sólo se da una necesidad preventiva de punición en los casos especiales del § 35 I 2.

4 Tales aspectos preventivos se pueden constatar de manera más o menos pronunciada, como se demostrará más adelante, en todas las causas de exclusión (más exactamente: causas de exclusión de la responsabilidad), pero también en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad, y error de prohibición invencible).¹ Antiguamente no pasaron por completo inadvertidas, pero sí estuvieron científicamente desatendidas y no se apreció su autonomía, de modo que tradicionalmente se denomina sólo "culpabilidad" a la categoría del delito que sigue al injusto. Con ello se produce una reducción del problema, pues la idea de que el legislador, aun existiendo culpabilidad, renuncia a la pena allí donde la misma no le parece preventivamente indispensable contribuye de manera importante a la solución de problemas discutidos de la exclusión de la responsabilidad. Además, sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y ne-

¹ Más detalladamente *infra* §§ 20-22. Acerca del problema de "prevención e inimputabilidad" resumidamente Lackner, Kleinkecht-FS, 1985, 245.

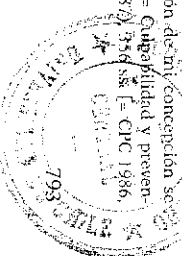
cesidad preventiva como presupuestos de igual rango de la responsabilidad jurídico-penal, puede la dogmática jurídico-penal conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena, para la que hoy día se reconoce que sólo culpabilidad y necesidades preventivas conjuntamente pueden dar lugar a una sanción penal.²

El reconocimiento de que, junto a la falta de culpabilidad, también la falta de necesidad preventiva de punición puede conducir a la exclusión de la responsabilidad jurídico-penal no significa que esta categoría del delito quede a merced de la inseguridad jurídica, en la que se empeñan todos los pronunciamientos científicos sobre lo preventivo-especialmente o preventivo-generalmente necesario. Pues cuando se interpreta el Derecho vigente no se trata de posibilitar al juez una exención de pena conforme a sus propias representaciones policríminales, sino que se deben averiguar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley. Ello no abre mayores espacios de libertad que los que en otros casos se conceden a la interpretación del Derecho vigente y al desamollo de la dogmática jurídico-penal.

Tampoco es verdad que los efectos protectores del Estado de Derecho del principio de culpabilidad se veían mermados. Según la opinión aquí defendida, la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad. La exigencia de reconocimiento de la necesidad preventiva como presupuesto adicional de la culpabilidad significa únicamente una ulterior protección ante la intervención del Derecho penal, en cuanto que ya no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que la misma sea preventivamente imprescindible.

De lo expuesto se deduce que el concepto de culpabilidad del StGB está 7 concebido de modo más amplio que el aquí utilizado, en cuanto que abarca todo el ámbito de la responsabilidad. Cuando el § 35 dice del sujeto que actúa en estado de necesidad que actúa "sin culpabilidad", ello significa en ese caso: "sin responsabilidad", aunque con culpabilidad (disminuida). El que el legislador no conociera aún la distinción entre culpabilidad y responsabilidad no

² De acuerdo Schünemann, 1984, 169 [= El sistema moderno, 1991, 159, N. del T.] ("acuerdo en todos sus extremos"); Amelung, 1984, 98 [= El sistema moderno, 1991, 105, N. del T.]; Lackner, Kleinkecht-FS, 1985, 262; Rudolph, 1982, 27 ss.; Schneider, 1991, 56 ss. (en polémica con los críticos). Completa discusión en Young-Whinn Kim, 1987, Crt. (refiriéndose no obstante a la primera versión de mi concepción, que relativizaba más ampliamente la idea de culpabilidad); Schönke, ZStW 83 (1976), 369 ss.; Burkhardt, GA 1976, 321 ss.; Stratenwerth, 1977, 21 ss., 28 ss.; Zptf ZStW 89 (1977), 707 ss., 710 ss.; Seelmann, Jura 1980, 509 ss. La nueva versión de mi concepción se desarrolla, en polémica con la crítica, en Bockelmann FS, 1979, 279 ss. [= Culpabilidad y prevención, 1981, 147 ss.; N. del T.]; ZStW 96 (1984), 641 ss.; SchwStZ 104 (1982), 336 ss. [= Crt. 1986, 671 ss., N. del T.].



ha de impedirnos adoptar en el uso científico del lenguaje esta diferenciación terminológica que se corresponde con la realidad material, igual que v.gr. tampoco la circunstancia de que el § 33 diga sólo que el sujeto "no será castigado" no puede influir en la interpretación de esta disposición como un caso de exclusión de la responsabilidad.

II. Del concepto psicológico al normativo de culpabilidad³

8 Sólo pudo desarrollarse una categoría autónoma de "culpabilidad" desde el momento en que se había impuesto en la dogmática jurídico-penal la separación entre injusto y culpabilidad (más detenidamente al respecto § 10, nm. 68 ss.). La distinción se basaba en la idea dominante en el sistema "clásico" del Derecho penal de que había que ubicar sistemáticamente todos los elementos objetivos del delito en el injusto y todos los subjetivos en la culpabilidad (más detenidamente § 7, nm. 11 ss.). El pensamiento naturalista de finales del siglo XIX, que intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos explicables por las ciencias naturales, desarrolló el "concepto psicológico de culpabilidad", predominante hasta comienzos de este siglo; según el mismo, la culpabilidad se concebía como la relación subjetiva del sujeto con el resultado. Se consideraban "formas de culpabilidad" el dolo y la imprudencia, mientras que la mayoría de las veces la imputabilidad se caracterizaba como "presupuesto de la culpabilidad" o "presupuesto de la pena o de la punibilidad". Representantes famosos de tal concepto psicológico de culpabilidad fueron con numerosas discrepancias entre sí— v. Buri⁴, v. Liszt⁵, Löffler⁶, Kohlrausch en sus primeras publicaciones⁷ y Radbruch⁸.

9 El concepto psicológico de culpabilidad fue reemplazado en las primeras décadas de nuestro siglo por el concepto normativo de culpabilidad, todavía hoy dominante. Se considera "pionero en el sentido de esta nueva... concepción"⁹ el trabajo de Frank "Über den Aufbau des Schuldbegriffs" ("Sobre la estructura del concepto de culpabilidad") del año 1907¹⁰. Frank partió de la

³ Achenbach, 1974, ofrece una exposición en profundidad. Sobre una base filosófica, en sus consecuencias con la mira puesta en la medición de la pena: Grunick, 1987. Obra básica filosófica y jurídico-penal: Artt. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, 1976.

⁴ Sobre todo en "Ueber Causalität und deren Verantwortung", 1873.

⁵ Sobre las formulaciones cambiantes de su concepto de culpabilidad en las distintas ediciones de su tratado cfr. Achenbach, 1974, 38 ss.

⁶ Löffler, 1895.

⁷ Kohlrausch, 1903; ídem, 1910, 180 ss.

⁸ Radbruch, ZStW 24 (1909), 333 ss.

⁹ Mezger, StraR, 1932, 1949, 267 f.—Tratado II, 1957, 48; N. del T.J.

¹⁰ En FS der jur. Fakultät der Universität Gießen ("Libro-homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Gießen"), 1907, 3 ss.; en lo que sigue citado por la edición como separata aparecida simultáneamente: Achenbach, 1974, 101 ss., relativiza la trascendencia de este pequeño "escrito de circunstancias" que entra poco en detalles, señalando que el giro hacia el concepto

observación de que el estado de necesidad disculpante, que hallaba paulatino reconocimiento, no era explicable mediante el concepto psicológico de culpabilidad: "Pues si el concepto de culpabilidad no abarca más que la suma de dolo e imprudencia y éstos consisten en la producción consciente o descuidada del resultado, sigue siendo del todo incomprensible cómo podría ser excluida la culpabilidad por estado de necesidad. Pues también el sujeto que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace. Negarle... el dolo significa simplemente carcer de lógica"¹¹. Subrayó también la insuficiencia de la concepción de que la imputabilidad sea "presupuesto de la culpabilidad" (es decir: presupuesto para el dolo o la imprudencia): "Pues también un enfermo mental puede querer la acción y representarse los elementos que la convierten en delito, puede incluso saber que es un delito"¹², la imputabilidad no sería "presupuesto de la culpabilidad, sino que pertenece a la culpabilidad"¹³. Otro argumento, no aducido por Frank, pero por lo demás muy discutido, contra el concepto psicológico de culpabilidad consiste en que en la imprudencia inconsciente no es constatable una relación psíquica del sujeto con el resultado; si se quiere mantener su carácter de culpabilidad, se ha de acudir a otro concepto de culpabilidad.

Frank extrajo de su hallazgo la conclusión de que la culpabilidad no estaba integrada sólo por la relación psíquica del sujeto con el resultado, sino por tres "elementos" de igual rango: 1.º) por la normalidad mental del sujeto, 2.º) por una concreta relación psíquica del sujeto con el hecho o al menos la posibilidad de la misma (dolo o imprudencia), y 3.º) por la normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto¹⁴. Como lazo de unión, como "breve síntesis de los elementos concretos de la culpabilidad"¹⁵ halló el concepto de la reprochabilidad: "La culpabilidad es reprochabilidad...: se ha de imputar una conducta prohibida a la culpabilidad de una persona cuando se le puede hacer un reproche por haber incurrido en ella"¹⁶.

El concepto normativo de culpabilidad experimentó un desarrollo ulterior muy influyente gracias a Goldschmidt¹⁷. Este intentó deducir la reprochabilidad, que Frank no había fundamentado de manera más detallada, de la infracción de una específica "norma de deber". Junto a la "norma jurídica",

normativo de culpabilidad había sido ya trazado por la influencia del pensamiento valorativo neokantiano. Sin embargo ello no distingue el mérito de Frank de haber sido el primero en llevar a cabo consecuentemente la debida reestructuración del concepto de culpabilidad y haberla traducido en fórmulas fáciles de retener.

¹¹ Frank, como en n. 10, p. 6.

¹² Frank, como en n. 10, p. 8.

¹³ Frank, como en n. 10, p. 9.

¹⁴ Frank, como en n. 10, p. 12.

¹⁵ Frank, como en n. 10, p. 12.

¹⁶ Frank, como en n. 10, p. 14.

¹⁷ Goldschmidt, 1913; ídem, Frank-FS, 1930, tomo I, 428.

que exigirá una conducta externa y cuya infracción fundamentaría la antijuricidad, existiría "implícitamente" una "norma de deber" que impondría a cada cual "disponer su conducta interna del modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa"¹⁸. No obstante, se podría "infringir una norma de deber sin actuar culpablemente, en tanto en cuanto se pueda invocar una causa de exculpación, un caso de exclusión de la contrariedad a deber"¹⁹. Vio en la inexistencia la idea directriz de las causas de exculpación, que delimitó sobre esa base de las causas de justificación y de las causas de exclusión de la punibilidad. "El no dejarse motivar por la representación del deber a pesar de su exigibilidad es contrariedad a deber"²⁰. Basándose en Frank y en Goldschmidt desarrolló después Freudenthal²¹ la inexistencia como causa general suprallegal de exclusión de la culpabilidad: si "para la no comisión del delito hubiera sido necesario un grado de capacidad de resistencia que normalmente no puede exigirse a nadie, falta con el poder el reproche, y con el reproche la culpabilidad"²². La inexistencia como causa general de exclusión de la culpabilidad se admite ampliamente todavía hoy en los delitos imprudentes y en los delitos de omisión, pero finalmente no se ha impuesto, a pesar de su frecuente aceptación inicial, en los delitos dolosos, debido a la inseguridad jurídica que conlleva²³ (cfr. más detenidamente § 24, nm. 115 ss.).

12 El concepto normativo de culpabilidad experimentó una ulterior modificación a través de la doctrina finalista de la acción, al ubicar sistemáticamente ésta ya en el tipo del dolo y la infracción objetiva del deber de cuidado en los delitos imprudentes y eliminar así de la culpabilidad en lo esencial los elementos que habían constituido su único contenido para el concepto psicológico de culpabilidad. Como los tres "elementos" de la reprochabilidad aparecen entonces ya sólo la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad (hoy § 17) y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma (que falta en los casos de los §§ 33 y 35). Este cambio fue en efecto introducido primariamente a partir de la doctrina finalista de la acción y el injusto, pero se apoyó también en la tesis de que sólo de esta manera se llevaría adelante de modo realmente consecuente el concepto normativo de culpabilidad. Pues los elementos subjetivos (el objeto de la valoración) se separaron de ese modo de la culpabilidad y quedaría en ella "únicamente el criterio de la reprochabilidad" (la valoración del objeto)²⁴. Maurach/Zipf²⁵ denominan a la concep-

ción desarrollada por Frank y Goldschmidt "concepto complejo de culpabilidad", porque comprendería conjuntamente elementos psíquicos y valorativos; no estaría en condiciones de "comprender la culpabilidad como puro juicio de valor". Esto lo habría conseguido sólo la doctrina finalista de la acción.

III. Acerca de la crítica al concepto normativo de culpabilidad

13 El concepto normativo de culpabilidad tiene razón y supone un gran avance frente al concepto psicológico de culpabilidad en cuanto que en él se expresa la idea de que en la categoría del delito que sigue al injusto se trata de una valoración del acontecer del hecho de otro tipo en comparación con la contrariedad a deber y no sólo de un puro estado de cosas psíquico. Pero el concepto de reprochabilidad comprende sólo de manera incompleta la clase de valoración que se ha de efectuar aquí, porque el mismo se orienta solamente a la culpabilidad. La valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche (de culpabilidad) contra el sujeto, sino que es un juicio sobre si, desde puntos de vista jurisdiccionales, ha de hacerse responsable de su conducta. La reprochabilidad es una condición necesaria, pero aún no suficiente de la responsabilidad; ha de añadirse la necesidad preventiva de sanción (cfr. nm. 3 ss.). Así v.gr. el exceso en la legítima defensa (§ 33) es, en tanto no concurren los presupuestos del § 20, culpable y por tanto reprochable; pero a pesar de ello al sujeto no se le hace responsable, porque el legislador, en caso de estados pasionales asépticos, no considera necesario reaccionar con pena frente a las extralimitaciones en la legítima defensa. El concepto normativo de culpabilidad ha de perfeccionarse en la dirección de un concepto normativo de responsabilidad.

14 Es preciso aclarar también la relación entre la valoración y lo valorado en un concepto normativo de responsabilidad. Pues la opinión de que con la eliminación del dolo de la "culpabilidad" y su adscripción al tipo la responsabilidad se convierte en un "puro juicio de valor" es absolutamente errónea. De la misma manera que se debe distinguir entre supuesto de hecho del injusto y juicio de injusto y que "el injusto" representa el objeto de la valoración junto con su predicado de valor, se debe diferenciar entre supuesto de hecho de la responsabilidad y juicio de responsabilidad y concebir la "acción responsable" como unidad de la valoración y lo valorado. Al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido estricto pertenecen todas las circunstancias que más allá del injusto son determinantes para la responsabilidad²⁶. Son elementos en parte subjetivos y en parte objetivos, como la constitución psíquica del

¹⁸ Goldschmidt, 1913, 17.
¹⁹ Goldschmidt, 1913, 34.
²⁰ Goldschmidt, Frank-FS, 1930, como I, 442.
²¹ Freudenthal, 1922.
²² Freudenthal, 1922, 7.
²³ Crit. sobre todo Schünacker, 1927; Schaffstein, 1933.
²⁴ Weizel, Stratenwerth, 140 I = FG, 1987, 200; N. del T.J.
²⁵ Maurach/Zipf, AT⁷¹, 3022 s.

²⁶ En relación con el "tipo de culpabilidad" en total coincidencia Arth. Kaufmann, 1976, 182; además Stratenwerth, AT⁷¹, nm. 510.

sujeto, su conocimiento real o potencial de la antijuridicidad y la ausencia de situaciones exculpatorias. Al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido amplio pertenece también el injusto típico, ya que al sujeto se le hace responsable por el conjunto del hecho. Todos los elementos del injusto son por tanto de manera mediana también criterios de la culpabilidad y de la responsabilidad. La cuestión de si se ubica el dolo en el tipo o en la culpabilidad determina por tanto únicamente si el mismo pertenece al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido amplio o estricto²⁷.

15 El término "responsabilidad" designa en el significado estricto de la palabra, como el de reprochabilidad (o como la antijuridicidad en relación con el injusto), sólo el predicado de la valoración, no el mismo supuesto de hecho valorado. Sin embargo en estos conceptos es habitual incluir, allí donde el contexto lo requiere, el supuesto de hecho de la responsabilidad en el concepto, de modo que "responsabilidad" ha de entenderse entonces como acción responsable.

IV. La determinación del contenido de la culpabilidad en el Derecho penal (el concepto material de culpabilidad)

16 También según la concepción que aquí se defiende, la culpabilidad sigue siendo el presupuesto decisivo (aunque no el único) de la responsabilidad jurídica penal. El hacer depender la punibilidad de la culpabilidad del sujeto tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado (en particular: a las necesidades públicas de prevención). Por qué se ha de preferir esta limitación, por razones derivadas del Estado de Derecho, a una concepción que atienda a la pura finalidad preventiva ha sido expuesto al examinar las teorías de la pena (cfr. § 3, nm. 46-52)²⁸.

17 Si y hasta qué punto es capaz el principio de culpabilidad de cumplir esta misión depende sin embargo de cómo se define el contenido del concepto de culpabilidad. El concepto normativo de culpabilidad sólo afirma que una conducta culpable ha de ser "reprochable". Pero el mismo es de naturaleza completamente formal y no responde la cuestión relativa a de qué presupuestos materiales depende la reprochabilidad. Se trata de la cuestión del concepto material de culpabilidad. La misma se contesta de manera diversa incluso por los defensores de un concepto normativo de culpabilidad. A continuación se examinan las cinco concepciones más importantes de las que hoy (en múltiples variantes) rivalizan entre sí (apartados 1-5); ha de añadirse una breve polémica con el rechazo radical del principio de culpabilidad, que se presenta una y otra vez particularmente desde premisas sociológicas y psicológicas (apartado 6).

²⁷ Mucho más importante es el reconocimiento de que en la conformación material del dolo, p. ej. en la delimitación de la imprudencia frente al *dolus eventualis*, toman parte ya consideraciones de culpabilidad, cfr. al respecto § 12, nm. 26, y § 7, nm. 77.

²⁸ Frister, 1988, intenta una fundamentación jurídicoconstitucional del Derecho penal de la culpabilidad.

1. La culpabilidad como "poder actuar de otro modo"

"Siguiendo una larga tradición jurídica y filosófica"²⁹, el contenido de la culpabilidad se define tradicionalmente "como el poder evitar y consiguiente responsabilidad" * de la persona por haber formado antijurídicamente su voluntad. "La culpabilidad... fundamenta el reproche personal contra el sujeto de que no omitió la acción antijurídica aunque pudo omitirla". El BGH³⁰ ha hecho suya también esta concepción: "La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al sujeto que no se haya comportado conforme a Derecho, que se haya decidido por el injusto aunque habría podido comportarse conforme a Derecho, decidirse por el Derecho. La base interna del reproche de culpabilidad radica en que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el Derecho y contra el injusto...".

Pero no se puede mantener esta concepción, a pesar de su plausibilidad teórico-cotidiana. Aún se podría aceptar que se base en la premisa indemostrable del libre albedrío³¹, pues ésta es, en los límites relativamente estrechos en que sus partidarios todavía la defienden³², una hipótesis de la que de todos modos se podría partir, porque tampoco un determinismo estricto es empíricamente verificable y es además prácticamente inviable³³. Sin embargo, esta concepción fracasa porque, ni siquiera bajo el presupuesto de una libertad de decisión teóricamente concebible, un poder actuar de otro modo del sujeto individual en el momento del hecho es susceptible de constatación científica. Bockelmann³⁴ califica incluso de "puro sinsentido"³⁵ la apreciación de "que la persona mentalmente sana puede actuar libremente y que la esencia de la enfermedad mental consiste precisamente en la supresión de la libertad de elegir". Esto puede que sea exagerado, pero en todo caso rige lo siguiente: si para la apreciación de culpabilidad se presupone un fenómeno empírico que por principio no puede constataarse, entonces ello debería conducir siempre a

²⁹ Welzel, *StratR*¹¹, 140 [- PG, 1987, 200; N. del T.]; la siguiente cita loc. cit., 138 [- PG, 1987, 198; N. del T.]. Similar Arth. Kaufmann, 71976, 279 ss.

³⁰ La explicación de esta traducción de "Dafrir können" puede verse *supra* § 7 nm. 22, N. del T. entre nm. 29 y 30 [N. del T.].

³¹ BGHSt 2, 200.

³² La exposición jurídico penal más representativa la ofrece Engisch, 1965. Estrictamente determinista: Danneberg, 1977. Una exposición completa de la posición contraria indeterminista se encuentra en Dreher, 1987 (especialmente acerca de Danneberg pp. 337 ss.). En general: Postma, 1978; idem, 1980; idem: JA 1993, 104. Acerca del siglo XIX: Holzhauser, 1970.

³³ Cfr. v.gr. Lenzner, 1972, 19; Hinkel, 1977, 254 ss., con ulteriores referencias; en la literatura científica más antigua: Welzel, ZStW 60 (1941), 428 ss.

³⁴ Cfr. al respecto sobre todo Bockelmann, ZStW 75 (1963), 386 ss.

³⁵ Bockelmann, ZStW 75 (1963), 380.

³⁶ Más moderados en la forma, pero igual en el resultado al que llegan v.gr.: Jeschek, AT¹, § 37 I 2 b; Stratenwerth, AT¹, nm. 513; W. Hassenner, *StratR*², 229 ss. Entre los artísticos: Nowakowski, Rüdter-FS, 1957, 56 ss.; Mangoldt, ZStW 75 (1963), 516; Figueiredo Dias, ZStW 95 (1983), 228 ss.; Schreiber, *Richterakademie* Trier-FS, 1983, 76 s.

la absolución en virtud del principio "*in dubio pro reo*". En tal caso sería imposible un Derecho penal de la culpabilidad.

- 20 Los defensores de la concepción del poder actuar de otro modo intentan salir al paso de esta consecuencia, fijándose no en el poder del sujeto individual, sino en el "poder de la persona media que existe conforme a experiencia"³⁶, en la capacidad de la "mayoría de las personas"³⁷. El "reproche de culpabilidad contra el individuo" se reformula entonces así³⁸: "[I] sujeto habría podido actuar de otro modo en la situación en la que se encontraba, en el sentido de que, conforme a nuestra experiencia en casos análogos, **otro en su lugar** habría actuado posiblemente de otro modo en las circunstancias concretas, empleando la fuerza de voluntad que le faltó al sujeto." (Pero desde una perspectiva indeterminista es imposible basar un reproche moral contra una persona individual en capacidades que quizá otras personas tengan, pero que precisamente le faltan al sujeto: Ello no sólo carece de lógica, sino que supone un abandono del punto de partida de que al propio sujeto le ha de ser posible una decisión libre.

2. La culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada

- 21 Según una concepción fundada por Gallas³⁹, la culpabilidad es "reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta en él". La diferencia entre injusto y culpabilidad es según ella la diferencia "entre desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna del hecho". En el ámbito de la culpabilidad se entiende, "en una contemplación generalizadora, orientada por parámetros valorativos éticosociales", un juicio de desvalor sobre la "actitud global del sujeto frente a las exigencias del Derecho" actualizada en el hecho concreto. Esta posición la siguen sobre todo Jescheck⁴⁰ (actitud interna jurídicamente defectuosa) y Wessels⁴¹ (actitud interna jurídicamente censurable, actitud defectuosa del sujeto).

- 22 Contra esta concepción hay que objetar que no supera sustancialmente el carácter formal de la reprochabilidad, pues no indica ningún criterio en virtud del cual se desaprueba jurídicamente la actitud interna del sujeto. Se aprecia una actitud interna jurídicamente desaprobada en cuanto el legislador formula un reproche y afirma la punibilidad. Es verdad que cuando en un lugar

³⁶ Mangakis, ZStW 75 (1963), 517.

³⁷ Leinhardt, 1972, 19.

³⁸ Jescheck, AT¹, § 37 I 2 b. La idea procede al parecer de Dohna, ZStW 66 (1956), 511 ss. La invocación a "lingüística por parte de Jescheck es errónea, pues aquí rechaza precisamente "el salto a otra persona o al género persona" (Engisch, 1963 [1965], 25). Una discusión crítica con el concepto "social" de culpabilidad, pero tb. con toda la doctrina reciente de la culpabilidad la proporciona Marwald, Lackner-FS, 1987, 149 ss.

³⁹ Gallas, ZStW 67 (1955), 45 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 56).

⁴⁰ Jescheck, AT¹, § 38 II 5.

⁴¹ Wessels, AT³, § 10 I 3.

Gallas⁴² señala que el desvalor de la actitud interna se da normalmente con el desvalor de la acción y falta "sólo cuando el sujeto, pese a la comisión dolosa, carezca de poder", indica así en efecto una característica material, pero la misma es idéntica al poder actuar de otro modo y está expuesta a las mismas objeciones que contra éste se formulan. Aparte de esto, la afirmación o negación de la culpabilidad en algunos casos apenas se pueden explicar tampoco con la incorrección o corrección de la actitud interna. Pues en la imprudencia inconsciente la actitud interna del sujeto, que desde luego presupone una actitud o disposición consiente, no está dirigida a nada que sea contrario a valor, y a la inversa un asesino sexual puede mostrar una actitud interna extremadamente abyecta, aun cuando deba ser absuelto conforme al § 20 por falta de capacidad de inhibición.

La doctrina de la culpabilidad por la actitud interna ha adquirido una expresión autónoma en Schmidhäuser⁴³. Para él la culpabilidad es "actitud interna antijurídica del hecho concreto"⁴⁴. Pero, al contrario que Gallas y sus partidarios, sí ofrece una definición material de este criterio: "La culpabilidad jurídicopenal es el comportamiento espiritual lesivo de bienes jurídicos...; con ella se quiere decir que el sujeto también ha lesionado en su comportamiento espiritual el bien jurídico lesionado por el comportamiento de su voluntad, es decir... que no lo ha tomado en serio"⁴⁵, pese a que "estaba espiritualmente en contacto valorativo"⁴⁶. Deja expresamente sin responder la cuestión del libre albedrío⁴⁷: "Con esta constatación no se toma en modo alguno postura respecto de la cuestión del libre albedrío en sentido filosófico. En especial con ello ni se afirma ni se niega la cuestión de si ese sujeto, tal como es, estaba siquiera en condiciones de tomar en serio el valor lesionado en esa situación de hecho. Debemos conformarnos con retener el contacto espiritual del sujeto con el valor lesionado en el momento del hecho y en este sentido precisamente también el desacierto valorativo."

A la objeción⁴⁸ de que en la imprudencia inconsciente culpable fallaría el "contacto espiritual con el valor lesionado", Schmidhäuser⁴⁹ responde que basta con que el sujeto pueda "disponer como persona en el momento del hecho del valor lesionado en cada caso, aunque sea inconscientemente". Se

⁴² Gallas, ZStW 67 (1955), 45 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 56).

⁴³ Su concepción ha experimentado ciertas modificaciones en su formulación a lo largo de los años; cfr. LB AT¹, 1970, 10/3 ss.; LB AT², 1975, 10/3 ss.; StB AT³, 1984, 7/4 ss.; Jescheck-FS, 1985, 483 ss.

⁴⁴ Schmidhäuser, Jescheck FS, 1985, 491.

⁴⁵ Schmidhäuser, LB AT², 10/6.

⁴⁶ Schmidhäuser, LB AT², 10/12.

⁴⁷ Schmidhäuser, LB AT², 10/6.

⁴⁸ Roxin, ZStW 83 (1971), 389; ídem, Henkel FS, 1974, 178 s. (= Problemas básicos, 1976, 207 s.; N. del T. J., SchöSchLenkner², 1982, antes del § 13, nm. 117.

⁴⁹ Schmidhäuser, Jescheck-FS, 1985, 492.

trata de un principio útil en cuanto que dicha "disponibilidad" se aproxima a la idea de la "asequibilidad normativa", que se considera aquí decisiva para la culpabilidad (cfr. nn. 34 ss.). Pero con los conceptos del "contacto espiritual" y del "no tomarse en serio en el comportamiento espiritual" no se caracteriza de modo afortunado lo que quizá se quiere decir. Pues, ¿cómo se puede no haber tomado algo en serio inconscientemente "en el comportamiento espiritual"? ¿El tomarse o no tomarse en serio espiritual presupone una toma de postura interna y también el conocimiento de aquello sobre lo que se toma postura? Por otro lado, al enfermo mental que comprende el injusto de su hecho, pero que no tiene capacidad de "actuar conforme a esa comprensión", no le falta "contacto espiritual valorativo", aunque sea inculpable. Contra esto, Schmidhäuser sostiene⁵⁰ que en tal caso no podríamos "entender" al sujeto "en el sentido de que su hecho injusto se deba al no tomarse en serio el bien jurídico lesionado". Ciertamente: ¡el hecho injusto se debió, pese al "tomarse en serio el bien jurídico lesionado", a que el sujeto no podía actuar de otro modo! Pero entonces estamos otra vez en el poder actuar de otro modo y no en la falta de tomarse en serio el bien jurídico en el comportamiento espiritual como fundamento del reproche de culpabilidad. Por tanto, la concepción de Schmidhäuser no desvirtúa tampoco las objeciones que se pueden formular con carácter general contra el criterio de la actitud interna.

3. La culpabilidad como deber responder por el carácter propio

25 Esta concepción parte, sobre una base determinista, de la idea de que cada cual es responsable sin más de las características o propiedades que le han inducido al hecho, de su "ser así". Su más importante precedente en el terreno de la filosofía es Schopenhauer⁵¹, según el cual todo sujeto sabe que "una acción totalmente distinta... era perfectamente posible y podría haber sucedido, con tal que él hubiera sido otro: eso es lo único que ha sido decisivo. A él naturalmente no le era posible ninguna otra acción, porque él es éste y no otro, porque él tiene un carácter así y así; pero en sí misma... era posible. La responsabilidad, de la que es consciente, alcanza en primer lugar metafísicamente... al hecho, pero en el fondo a su carácter: por éste se siente responsable y por éste le hacen también responsable los demás..."

26 Esta doctrina tiene también muchos partidarios en el Derecho penal. Heinitz dice⁵²: "En la vida se responde por lo que se es, sin tener en cuenta por qué múltiples razones se ha llegado a ello." Dohna⁵³ considera "una ley fun-

⁵⁰ Schmidhäuser, *Jeschek FS*, 1985, 494.

⁵¹ Schopenhauer, *Über die Freiheit des Willens* (1839), *Sämtliche Werke* ("Obras completas"), ed. por Fth. von Lohmeyer, tomo 3, 1962, 618. Ulteriores citas de Schopenhauer en *Engisch*, 1963 (1965), 46 ss.

⁵² Heinitz, *ZStW* 63 (1951), 74.

⁵³ Graf zu Dohna, *ZStW* 66 (1954), 508.

damental de la existencia el que cada cual ha de responder por lo que hace, en cuanto que es emanación de su personalidad, el que al ser humano se le paga lo que es, en lo bueno y en lo malo". También Engisch⁵⁴ deduce de la "responsabilidad por la culpabilidad por el carácter" el deber de soportar la pena: "La culpabilidad por el carácter se compensa mediante la imposición y aceptación de una actuación específicamente configurada sobre el carácter." Figueiredo Dias⁵⁵ caracteriza la culpabilidad como el "deber responder por la personalidad, en la que tiene su fundamento la comisión de un tipo de injusto"; el sujeto es culpable "cuando manifiesta en el hecho sus características personales contrarias a los valores jurídico-penales... y en este sentido una personalidad censurable".

La primera objeción contra tal concepción es que resultaría paradójico 27 atribuir a alguien la culpabilidad por un dato —su disposición caracterológica— del que no es responsable, respecto del cual nada puede hacer⁵⁶. Los defensores de esta doctrina salvan en parte la dificultad con construcciones metafísicas. Así, Schopenhauer distingue, tras un carácter empírico completamente determinado, un carácter inteligible que se determina a sí mismo con libertad de elección, y aún Figueiredo Dias⁵⁷ recurre de forma similar, modificada en sentido existencialista, a una "elección fundamental", "mediante la cual el ser humano se decide a sí mismo y con ello crea su propio ser o establece su propia manera de ser". Pero tales hipótesis son tan poco demostrables como el poder actuar de otro modo en el momento del hecho y pueden por ello ser materia de la creencia filosófica, pero no servir de base a una concepción empírico-racional del Derecho penal.

El mejor camino para sostener una concepción de la culpabilidad que pro- 28 clama el deber responder por la propia condición del ser es desde luego el de renunciar totalmente a la retribución y al reproche moral contra el sujeto, reducir el Derecho penal a finalidades preventivas⁵⁸ y entender la culpabilidad más en el sentido de una responsabilidad social. El que se pudiera seguir calificando a sus presupuestos de "culpabilidad" y a tal consecuencia jurídica de "pena" sería más una cuestión terminológica.

Pero surgen reparos radicales contra tal concepción del hecho de que socava 29 el principio de culpabilidad también en su sustancia de política jurídica, en

⁵⁴ Engisch, 1963 (1965), 54 s.; sobre la base de una polémica sobre todo con Engisch, Buntkandt construye una concepción modificada de la culpabilidad por el carácter en su trabajo sobre "Dehechos de carácter y culpabilidad por el carácter" ("Charaktermangel und Charakterschuld"), 1980, 87 ss.

⁵⁵ Figueiredo Dias, *ZStW* 95 (1983), 240, 242 s. La concepción se expone exhaustivamente en su libro "Liberdade, culpa, direito penal", 1983.

⁵⁶ Cfr. vgr. Arth. Kaufmann, 1976, 279 s., contra Engisch.

⁵⁷ Figueiredo Dias, *ZStW* 95 (1983), 240.

⁵⁸ Así vgr. Nowakowski, *Ritter FS*, 1957, 56 ss.

cuanto que ya no puede hacer plausible por qué el enfermo mental u otro imputable no actúa culpablemente, dado que el mismo también actúa sólo conforme a su modo de ser existente. Engisch⁵⁹ opina que en el niño, en el enfermo mental o en el embriagado o bien el hecho no sería expresión de su personalidad o bien sería sólo "expresión de una personalidad tal que no resultaría susceptible de ser influenciada por la pena"; el segundo caso correspondería especialmente "al supuesto de niños y adolescentes no responsables, en los que el nexo entre hecho y personalidad no sería discutible". Pero en el primer caso, en el supuesto de determinación estricta de todas las manifestaciones empíricas, difícilmente se puede representar una "personalidad" que no se exprese en la conducta real del sujeto. Y en el segundo caso, en el que el hecho del imputable es expresión de su personalidad, la pena, según esta concepción, ya no depende en absoluto de la culpabilidad (que habría de ser afirmada), sino de la pura oportunidad o conveniencia para el fin perseguido. Así Engisch propugna que se prevea también la impunidad, cuando sea oportuno "en aquellos psicópatas en que la conducta criminal está arraigada en el carácter"; pero tampoco pone en tela de juicio la idea de "que se debe y se puede también proceder contra ellos con una pena no atenuada, cuando ello se demuestre provechoso"⁶⁰. Pero eso significa abandonar a la pura prevención especial el efecto protector del principio de culpabilidad precisamente allí donde se debería confirmar. Tampoco está muy claro cómo se podrían establecer límites a las necesidades preventivogenerales con ayuda del principio de la culpabilidad por el carácter.

30. Figueiredo Dias subraya⁶¹, aún más claramente que Engisch, que habría que "admitir también para la existencia psíquicamente anormal del enfermo el principio de autorrealización modificado a su modo. La anomalía psíquica no destruye el principio de personalidad...". Sin embargo pretende llegar a la absolución, porque una culpabilidad éticamente fundamentada requiere un acto de "comunicación personal" entre el juez y el acusado, que faltaría cuando la personalidad del sujeto sea inaccesible "a la observación comprensiva del juez"⁶². En el caso de la imputabilidad no se trataría "tanto de una causa de exclusión de la culpabilidad como de un efectivo obstáculo a la constatación de la culpabilidad". Pero con la exigencia de comunicación personal entre el juez y el acusado se introduce un criterio adicional que no se contiene en el principio de esta concepción de la culpabilidad y que tampoco convence⁶³. Pues la culpabilidad y la pena no pueden depender de las necesariamente

⁵⁹ Engisch, 1963 (1965), 57.

⁶⁰ Engisch, 1963 (1965), 58.

⁶¹ Figueiredo Dias, ZStW 95 (1983), 248.

⁶² Sobre el diálogo de culpabilidad o de responsabilidad, Hart, 1978; Neumann, 1985, 271 ss.; Kunz, ZStW 98 (1986), 831 ss.; Schildt, 1983, 58 s., 73 ss.

⁶³ Roxin, ZStW 96 (1984), 648 ss.

distintas posibilidades de comprensión del respectivo juez, sino que deben ser objetivamente constatables. Tampoco se podrá decir en todos los casos de imputabilidad que la personalidad del sujeto es completamente inaccesible a la comprensión del juez. En el supuesto de jóvenes todavía no imputables es perfectamente posible una comunicación personal, y también puede tener lugar en el supuesto de los adultos imputables, cuando el defecto no conduce a la falta de sentido o a la imposibilidad de comprensión objetivas del hecho, sino que tiene su fundamento en la falta de capacidad de inhibición. Así fracasa aquí también el principio de la culpabilidad por el carácter en el problema de la imputabilidad (o incapacidad de culpabilidad).

4. La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivogenerales

En conexión con las concepciones de la teoría sistémica (Luhmann), Jakobs⁶⁴ ha desarrollado un "concepto funcional de culpabilidad", que entiende la culpabilidad como una atribución preventivogeneral. Para Jakobs⁶⁵ la "culpabilidad es funcional": "Sólo el fin dota de contenido al concepto de culpabilidad." Ve este fin en la prevención general, y concretamente entiende la "prevención general no en el sentido de intimidación, sino de ejercicio en la fidelidad al Derecho". El "fin rector y determinante de la culpabilidad" es "la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva", mediante la atribución de culpabilidad y la punición ligada a ella se confirmaría la "corrección de la confianza en la corrección de una norma". El delito frustra las expectativas de la comunidad jurídica, y esa "frustración se compensa interpretando como fallo no la misma, sino la conducta frustrante", es decir, considerándola culpable y castigándola. "Sólo cuando exista la oportunidad de asimilar el conflicto de otra manera puede entrar a discutirse la exculpación." Como ejemplo cita: "Así v.gr. se podría entrar a discutirse la exculpación de los delincuentes por instinto sólo desde el momento en que la medicina hubiera conseguido ofrecer recetas para su tratamiento." La capacidad de culpabilidad o imputabilidad no es por tanto algo que existe o no existe y que en consecuencia haya que constatar empíricamente, sino que rige lo siguiente: "La autonomía se atribuye como capacidad en el caso de que resulte

⁶⁴ Jakobs, AT², 17/18 ss.; idem, 1976; idem, 1982 (en: Göppinger/Besser), 127 ss.; idem, 1982 (en: Hentrichs), 69 ss. Muy similar Achenbach, 1984, 135 ss. — El sistema moderno, 1991, 94 ss.; N. del T.J. quien sin embargo pretende además sustituir el concepto de "culpabilidad" por el de "imputación individual". Cercano id. a Jakobs, Neumann, ZStW 99 (1987), 567 ss. Hart, AT², 127, considera irremisible la pena incluso en caso de total inexistencia de razones preventivogenerales y preventivogenerales para la punición; pero coincide materialmente con Jakobs cuando opina que la palabra culpabilidad es un simple "trastorno lingüístico", que "designa el fracaso del individuo ante las exigencias de la comunidad, que son tan importantes que se reacciona con pena a ese fracaso".

⁶⁵ Jakobs, 1976. En el orden de las citas: pp. 8, 14, 10, 31, 32, 10, 11, 17.

funcional, y sólo puede faltar cuando exista la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera."

- 32 A esta concepción se opone sobre todo el hecho de que abandona la función restrictiva de la punibilidad del principio de culpabilidad en atención a la prevención general ⁶⁶. La punibilidad del particular no depende ya de circunstancias que radican en su persona, sino de lo que presuntamente sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento. Ello se hace plenamente patente cuando Jakobs propugna declarar culpable y castigar también al delincuente por instinto completamente incapaz de autocontrol, mientras no se conozcan métodos con perspectivas de éxito para la curación de su enfermedad. Jakobs argumenta de forma similar respecto del reincidente, cuya inferior capacidad para la observancia del Derecho admite sin más, pero ignora simplemente por razones sociales. Jakobs opina ⁶⁷: "Dado que no puede tolerarse que la alta intensidad de delincuencia sea remunerada con la indulgencia, las dificultades de observancia del Derecho que puedan comportar los delitos previos quedan como asunto del sujeto, y no disminuyen por tanto la culpabilidad."

- 33 Una instrumentalización tal del individuo, que sólo sirve ya como instrumento de los intereses sociales de estabilización, fue criticada por Kant ⁶⁸ como violación de la dignidad humana: "El ser humano no puede ser nunca utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo cual le protege su personalidad innata." Dado que la dignidad humana (también y precisamente en el sentido kantiano) es declarada "intangible", una concepción como la que defiende Jakobs tropezará con reparos de orden constitucional ⁶⁹. A ello se añade que no poseemos un parámetro para establecer lo que es necesario para la "estabilización de la confianza en el ordenamiento" y cuándo una perturbación del orden puede ser "asimilada de otra manera" sin punición. Así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad. Finalmente se plantea la cuestión de si una concepción del Derecho penal que intenta ser puramente preventivo general no destruye o am-

⁶⁶ Cfr. más detenidamente Roxin, *SchwZStR* 104 (1987), 356 ss. [= CPC 1986, 671 ss.; N. del T.J. Para la crítica, además, Schünemann, 1984, 153 ss. [= El sistema moderno, 1991, 147 ss.; N. del T.J. Schünemann, *ZStW* 92 (1980), 682 ss.; Arlt, Kaufmann, *Jura* 1986, 229 s.; Bock, *ZStW* 103 (1991), 636; Stühnper, *KJ* 1993, 33.

⁶⁷ Jakobs, *AT*, 17/26.

⁶⁸ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, § 49 E.

⁶⁹ Jakobs, 1993, 30, replica a la objeción de la "instrumentalización", señalando que en ella "se ignora que se trata exclusivamente de la descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad, una descripción no instrumentaliza, sino que pone de manifiesto instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo". Pero es precisamente discutible que el Derecho vigente se base en un concepto de culpabilidad hasta tal punto instrumentalizador, y problemático desde el punto de vista de la dignidad humana.

nora desde un principio, precisamente por esa intención, su efecto preventivo. Pues el que se divulgue entre la población que el si y el cómo de la pena no depende de lo que uno ha hecho con la actitud que sea, sino de lo que al juez le parezca necesario para el restablecimiento de la confianza en el ordenamiento, y que la culpabilidad se puede p.ej. negar cuando existan instituciones terapéuticas adecuadas, pero afirmarse cuando falten, provocará intranquilidad y difícilmente podrá estabilizar el sistema. Porque no puede ser útil para la "confianza en el ordenamiento" del ciudadano el que éste deba decirse que, dado el caso, la afirmación o negación de su culpabilidad no depende de su persona, sino de factores que no tienen nada que ver con él, de modo que se le convierte en un juguete de las respectivas circunstancias.

5. La culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de aseguibilidad normativa

Desde la posición aquí defendida hay que entender la culpabilidad como 34 actuación injusta pese a la existencia de aseguibilidad normativa ⁷⁰. Con ello se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles "posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma" ⁷¹, cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones exista en el caso concreto. No se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico. Pues la Psicología y la Psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento "con los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad" ⁷².

Cuando existe dicha aseguibilidad normativa, partimos, sin poder ni pre- 35 tender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto

⁶⁹ Mas detenidamente al respecto Roxin, *ZStW* 96 (1984), 652 s.; idem, *SchwZStR* 104 (1987), 369 [= CPC 1986, 685; N. del T.J. El criterio se halla en la tradición de Franz von List, quien concibió la imputabilidad como "determinabilidad normal por motivos" (v. List, 1905, 43, 85, 219 y reiteradas veces). El término "aseguibilidad normativa" se halla por primera vez en el importante trabajo de Noll, H. Mayer-FS, 1966, 219. Similitudes tb. en Günther, Henkel-FS, 1974, 151 ss. [= *Verbinden*, 1990, 162 ss.], quien sin embargo rechaza absolutamente el concepto de culpabilidad. Una exposición resumida de la opinión aquí defendida, en polémica con Arthur Kaufmann, la ofrece Roxin, *Arb. Kaufmann-FS*, 1993, 519. En cambio, Frister define la imputabilidad, en su monografía (aparceada después de haberse cerrado el presente trabajo) sobre "La estructura del elemento volitivo de la culpabilidad" ("Die Struktur des voluntativen Schuldlements"), 1993, "como la facultad de una persona... de... decidirse de un modo y manera que no queda significativamente por debajo del nivel de diferenciación generalmente alcanzado en nuestra sociedad" (253). No puede ya tener lugar aquí una polémica con esta concepción y con las consecuencias que se extraen de ella.

⁷⁰ Albrecht, *GA* 1983, 207.

⁷¹ Albrecht, *GA* 1983, 193, con ulteriores referencias; cfr. tb. Baumann, 1980, 238.

posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él. El indeterminista interpretará esta suposición de libertad como empíricamente acertada. Pero asimismo podrán aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no de libre albedrío (como tal se confiesa el autor de este libro en este punto) y el determinista. Pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo—lo que precisamente no podemos saber—, sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella ase quibilidad normativa, se le *trata como libre*⁷². La suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley.

36 La concepción aquí defendida de que el Derecho penal puede mantenerse al margen en la disputa filosófica y de las ciencias naturales sobre el libre albedrío puede considerarse hoy la dominante. Lackner⁷³ resume la inabarcable literatura científica con la constatación de "que conforme al presente estado del conocimiento no hay ningún método y probablemente nunca lo habrá que permita un pronunciamiento científicamente comprobable sobre la capacidad de una determinada persona para evitar una determinada acción en una determinada situación". Ello "ya no se pone hoy seriamente en duda".

37 A pesar de todo, mi tesis de que la suposición de libertad es una aserción normativa independiente de los datos empíricos y admisible por igual para deterministas e indeterministas ha hallado una enérgica oposición del lado indeterminista. Dreher⁷⁴ opina que para el Derecho penal el problema de la libertad no es "una cuestión que se pueda borderar, sino que es la cuestión decisiva por excelencia". La libertad y la responsabilidad serían "un elemento irrenunciable de la convivencia humana... Puesto que no poseemos otra realidad que la vida por nosotros, el principio no necesita una prueba ni ideológica ni empírica, sino que está fuera de un ámbito susceptible de prueba". Gröfel⁷⁵ supone que la libertad y la culpabilidad no serían sólo un principio regulativo jurídico, sino que estarían basadas en afirmaciones o enunciados

⁷² Similar en esto Schreiber, *Der Nevenarrat* 48 (1977), 242 ss. Caracteriza la "culpabilidad como el uso erróneo de un poder que nos atribuimos reciprocamente en la práctica" (p. 243).

⁷³ Lackner, *KleinKnecht-FS*, (1985), 249.

⁷⁴ Dreher, 1987, en vehemente polémica contra mi concepción (loc. cit., 52-56). Las citas de loc. cit., 59, 396. Cfr. además Dreher, *Spendel-FS*, 1992, 13. Una discusión crí. a fondo con Dreher la proporciona Tiemeyer, *ZStW* 105 (1993), 483.

⁷⁵ Gröfel, *ZStW* 98 (1986), 29 ss. (43, 42, 33 ss.); además idem, *GA* 1989, 193 ss.

ontológicos. Habrían de "justificarse ante la propia conciencia y ante la comunidad como decisión razonable del conocimiento, reconocible intersubjetivamente y fundamentada racionalmente". No existiría "ninguna objeción fundada en contra de... aceptar... el libre albedrío... como efectivamente existente en el caso concreto, mientras no concurren circunstancias especiales". La libertad sería una "experiencia interior... irrefutable... El que sin embargo esta vivencia sea tal vez errónea no es constatable empíricamente". La libertad no sería "tan poco susceptible de prueba en el sentido de un carácter científico exacto como v.g. la 'dignidad' del ser humano...". Para Schünemann⁷⁶ el libre albedrío no es un "simple hecho o dato bio-físico, sino una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y pertenece... a un estrato especialmente elemental, al menos de la cultura occidental...". Estaría "asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y ya por eso sería socialmente real...". Arthur Kaufmann⁷⁷ parte de "que en efecto no se puede probar exactamente si una persona en una situación concreta podía decidirse libremente y actuar libremente". Sin embargo la libertad no podría "ponerse por principio en absoluto en cuestión. Pues la libertad existencial del ser humano... es... en último extremo idéntica a su aptitud para la autodeterminación espiritual...".

Me parece que todas estas manifestaciones, contra la propia opinión de sus autores, más bien confirman que reñan la posición que aquí se sostiene. Pues ninguno de mis oponentes considera el libre albedrío demostrable empíricamente. Sin embargo, lo que con diversa acentuación aducen en favor de la suposición de libertad lo he dicho yo también hace mucho tiempo⁷⁸. "Nos sentimos autorizados a la 'aserción normativa' de que una persona cuya capacidad psíquica de control en una determinada situación (aún) está en orden también puede actuar libremente, porque la autocomprensión natural del ser humano normal se basa en esta conciencia de libertad y porque una ordenación razonable de la vida humana en sociedad no es posible sin la concesión recíproca de libertad". Existe por tanto acuerdo en que el Derecho penal debe partir del libre albedrío, aunque el mismo no se pueda demostrar exactamente. El único punto diferencial podría consistir en que los adversarios estimen que un determinista o un agnóstico no podrían ni deberían adoptar esa posición, sino que habría que creer en el libre albedrío, "declararse partidario" de él, para poder basar en él regulaciones jurídicas. Sin embargo, tal pretensión no es científicamente posible ni necesaria⁷⁹.

⁷⁶ Schünemann, 1984, 163, 166 [= El sistema moderno, 1991, 134 s., 156; N. del T.J. la argumentación continúa en *GA* 1986, 293 ss., y 1989, 147 ss.

⁷⁷ Arth. Kaufmann, *Jura* 1986, 226, 227.

⁷⁸ Rorty, *SchwZStR* 104 (1987), 369 [= CPC 1986, 685; N. del T.J.

⁷⁹ Una defensa de la concepción aquí mantenida, así como de su coincidencia con las investigaciones modernas de las ciencias sociales, la ofrece Barkes, *Multiober-FS*, 1988, 53 ss.

39 En la concepción aquí defendida, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo⁸⁰. Es empíricamente constatable la capacidad general de auto-control y la aseguibilidad normativa que con ella se produce⁸¹ (con ello no se niega que en la zona límite de dicha aseguibilidad normativa confluyen valoraciones, pero eso sucede en todos los conceptos jurídicos). En cambio, se atribuye normativamente — en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición indeterminista — la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho. Si se parte de la base de que la cuestión del efectivo poder actuar de otro modo sigue sin poder responderse, entonces tal concepto de culpabilidad resulta sin duda inadecuado para legitimar el que se cargue al sujeto con una retribución y reproches morales⁸². El mismo sólo fundamenta el deber jurídicopenal de responder por la conducta social incorrecta y previene de ingerencias más intensas, que serían posibles en virtud de un puro Derecho preventivo. Pero sin embargo toma del concepto tradicional del "poder actuar de otro modo" (*supra* nm. 18 ss.) todo lo que es apreciable en el ámbito forense. En esta medida puede ser también aceptado desde una posición indeterminista. Esta no ha de estar necesariamente ligada a la retribución y los reproches morales, que resultan de todos modos políticocriminalmente cuestionables.

40 Por lo demás, ese concepto de culpabilidad tiene la ventaja de que se corresponde con la concepción que restringe el Derecho penal a lo absolutamente indispensable socialmente. La paz y la seguridad jurídicas en una sociedad resultan de la expectativa de que a los seres humanos se les induce por regla general a la conducta fiel al Derecho mediante prohibiciones y mandatos. Por ello, cuando alguien infringe las leyes penales se produce una conmoción de la conciencia jurídica general (y con ella descontento e inseguridad) que se solventa de nuevo cuando las normas se afirman en su vigencia mediante la punición del sujeto. Si los delitos quedaran por regla general impunes, las normas perderían ampliamente su poder de motivación, y la sociedad se hundiría más y más en la anarquía. De lo anterior se deriva que la aplicación del Derecho penal es innecesaria e inadecuada cuando la suposición de que una persona era motivable por el Derecho resulta infundada por su estado mental

⁸⁰ Potencializando críticamente con la reciente dogmática de la culpabilidad, pero tendencialmente coincidiendo muchas veces con ella, Triemeyer, GA 1986, 203 ss.; ídem, ZStW 100 (1988), 527 ss.; ídem, ZStW 105 (1993), 483.

⁸¹ Pone esto en duda Bernsman, 1989, 219. Discrep. Haddenbrock, 1992, quien polemiza en muchos puntos con la posición aquí defendida (166 s., 190, 313 s.). Según él, la capacidad de control "no es en absoluto un criterio justificable de incapacidad de culpabilidad (imputabilidad) forense" (309). El finase en la aseguibilidad normativa contenida en realidad "una expresión positiva para poder individual de actuar de otro modo" (314). Para él (sin perjuicio de la determinación empírica del sujeto) es imputable quien "puede exponer de modo comprensible los motivos de su delito y es capaz de purgar su delito expiándolo" (306).

⁸² De acuerdo en esto W. Hassamer, StraR², 238 ss.

o anímico o por las circunstancias de la situación. Así sucede con las personas mental o psíquicamente enfermas y gravemente perturbadas en su capacidad de motivación, así como con las inmaduras o con aquellas que no podían alcanzar a conocer las normas. De ellas no se espera en general que observen las normas. Si infringen la ley, no se defrauda ninguna expectativa social y la conciencia social no se conmueve. Nadie resulta estimulado a imitarlos, porque la vigencia de la norma a los ojos de la opinión pública no resulta disminuida por tales hechos.

El concepto de culpabilidad aquí defendido se apoya por tanto en una 41 justificación social de la pena y se asemeja en ello a la concepción de algunos defensores de la culpabilidad por el carácter (nm. 25 ss.) y al concepto funcional de culpabilidad de Jakobs (nm. 31 ss.). Pero salvaguarda mejor que éstos la función de protección liberal propia de un Estado de Derecho del principio de culpabilidad. Pues para el mismo, la culpabilidad no depende de necesidades preventivespeciales o preventivogenerales vagas y cambiantes, reales o presuntas, sino de la capacidad de control del sujeto y con ello de un criterio susceptible en principio de constatación empírica, que pone un límite a la potestad punitiva del Estado. Cuando un delincuente por instinto o pasional o un psicópata ya no era susceptible de llamada por la norma en el momento del hecho, debe ser absuelto. Las necesidades estatales en sí legítimas de reaccionar con pena sobre el sujeto y ejercitar así a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho hallan aquí su final por mor de la libertad del individuo, sin que esto resulte socialmente intolerable (cfr. nm. 40). Cuando la protección frente a sujetos peligrosos pero inculpables haga realmente indispensables las reacciones estatales, ello exige una fundamentación adicional y la imposición de un medida de seguridad, pero no debe repercutir en el concepto de culpabilidad.

La muy citada expresión de Kohlrausch⁸³ de que la culpabilidad como 42 poder individual sería una "ficción necesaria para el Estado" ha de ser corregida. Un Derecho penal de la culpabilidad no es en modo alguno "necesario para el Estado". Pues los fines preventivos del Estado pueden perseguirse mucho más libremente mediante un puro Derecho de medidas de seguridad. La culpabilidad es por el contrario una "suposición garante de la libertad" dirigida contra los excesos punitivos del Estado. El principio de culpabilidad no grava al ciudadano (porque las necesidades preventivas se impondrán con total independencia de la vinculación a la culpabilidad), sino que lo protege⁸⁴.

⁸³ Kohlrausch, Guttenbock-FS, 1910, 26.

⁸⁴ Schünemann, 1989, 151, alega contra esta "tesis del carácter favorable" que "el actual Derecho penal de la culpabilidad efectivamente no prevé en todos, pero sí en algunos casos (concretamente en los delitos ocasionales sin peligro de reincidencia), menores presupuestos o requisitos de sanción que un Derecho de medidas indistinto a la culpabilidad". Funciona por tanto no sólo *in bonam partem*. Sin embargo, si no se pudiera disponer de una pena para tales hechos, se aprorciaría según

Al mantener la persecución de fines preventivos en los límites propios del Estado de Derecho, sirve a la vez a una política criminal razonable.

6. Los detractores del principio de culpabilidad

43 No es infrecuente que el concepto de culpabilidad se considere inútil para el Derecho penal y se rechace totalmente. Estos ataques se dirigen sin embargo la mayoría de las veces contra un Derecho penal retributivo fundado en la culpabilidad, contra la deducción de reproches morales del juicio de culpabilidad o contra el indeterminismo y no alcanzan por tanto a la posición aquí defendida. Baumann⁸⁵, que aboga por el abandono del concepto de culpabilidad, propugna incluso "sustituirlo por el concepto de la asequibilidad normativa", del que opina: "Así, la determinación de los presupuestos para intervenciones jurídico-criminales no dependería tampoco en su núcleo relacionado con la personalidad de bases metafísicas, pues la asequibilidad normativa, al contrario que el poder actuar de otro modo, es una propiedad empírica, aun cuando muy compleja, que posee un contenido determinable con independencia de especulaciones sobre el libre albedrío." Pero entonces la disputa se reduce a la pura cuestión terminológica de si se denomina o no "culpabilidad" a la realización del injusto a pesar de la existencia de asequibilidad normativa. Frente a ello, Kargl⁸⁶ opina que, conforme a mi concepción, la asequibilidad simplemente se supone, de modo que el "como si hubiera libertad" coincidiría con un no menos ficticio "como si hubiera motivabilidad". Pero ello supone un malentendido: se trata precisamente de constatar la asequibilidad normativa de un modo empíricamente controlable.

44 Ante todo, hasta ahora no se ha conseguido encontrar una alternativa al principio de culpabilidad con cuya ayuda pudieran determinarse de un modo mejor para el Estado de Derecho los presupuestos de la facultad de ingerencia del Estado. Si se quiere asegurar la impunidad del error de prohibición invencible frente al principio "error iuris nocet", posibilitar en determinadas circunstancias una exención de pena en supuestos de estados pasionales intensos, psicopatías y neurosis, conseguir una atenuación obligatoria de pena en el caso del § 21 y combatir la agravación por reincidencia del (derogado) entretanto por efecto de la crítica) § 48 —por mencionar sólo algunos ejern-

la experiencia muy general ib. aquí (y con razón) un peligro de reincidencia y se acudiría a medidas de seguridad preventivas.

⁸⁵ Baumann, 1980, 255, 238. En su libro "Zweckrationalität und Strafrecht", 1989, Baumann considera "la dependencia de las medidas jurídico-criminales de la asequibilidad normativa" sólo "una exigencia de política jurídica" (p. 294) y aboga por un "Derecho de medidas referido al hecho", en el que la "función de protección" del principio de culpabilidad se cumpliría a través de los criterios de la "dañosidad social" y de la "motivabilidad" (p. 302); más detenidamente al respecto Seeßmann, ZStW 102 (1990), 882. Baumann, 1990, 109, ofrece una exposición resumida de su concepción; al respecto Roxin, Artn. Kaufmann-FS, 1993, 533 ss.

⁸⁶ Kargl, 1982, 246; acerca de Kargl cfr. Seeßmann, ZStW 102 (1990), 879.

plos, que se ampliarán posteriormente⁸⁷—, en tal caso sólo un principio de culpabilidad consecuentemente desarrollado proporcionaría los medios dogmáticos para la consecución de tales finalidades propias de un Estado de Derecho⁸⁸. Ya se demostró *supra* (§ 3, nm. 52) que el principio de proporcionalidad no resulta adecuado para ello.

Resulta vaga la tesis defendida por Kargl⁸⁹ de que "un Derecho penal únicamente sostenido sobre las instituciones jurídico-constitucionales básicas" sería preferible al Derecho penal de la culpabilidad; ello prescindiendo por completo de que el BVerfG considera el principio de culpabilidad precisamente anclado en la "institución básica" de la dignidad humana. Schaffler⁹⁰ pretende sustituir el principio de culpabilidad por un sistema de Derecho penal fundado de modo exclusivamente criminológico y a este fin desarrolla un sistema⁹¹ que vincula un "principio del ser objetivamente responsable" con el principio de proporcionalidad. Su opinión de que con ello "no se perdería nada de la capacidad de resolver problemas del Derecho penal de la culpabilidad" es sin embargo, conforme a lo expuesto, demasiado optimista⁹². Cuando además Sack⁹³ proclama que los planteamientos modernos de la criminología tenderían a una explicación de la criminalidad que no permitiría "imputar al individuo el comportamiento desviado", sino que el comportamiento desviado debería considerarse parte integrante del sistema social e imputarse a éste, entonces ello debería desembocar consecuentemente en la abolición de toda sanción frente a las infracciones jurídicas. Pero eso sería una petición irreal, por no ser compatible con las condiciones de existencia de la sociedad. Resulta más realista y también socialmente más constructivo trabajar en el concepto mismo de culpabilidad y darle una configuración que lo libere de elementos irracionales y lo convierta en un baluarte empíricamente verificable de la limitación a la intervención propia del Estado de Derecho.

V. La culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la pena

Desde Achenbach⁹⁴ se distingue de modo más claro que antes entre culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la pena. La

⁸⁷ Más detenidamente ib. Roxin, Schw/StW 104 (1987), 358 ss. [= CFC 1986, 673 ss.; N. del T.I.]
⁸⁸ Distinto en esto Günther/Hartwig, Henkel FS, 1974, 159 ss. [= Eschdries, 1990, 175 ss.; N. del T.I.]

⁸⁹ Kargl, 1982, 437.

⁹⁰ Schaffler, 1985.

⁹¹ Schaffler, 1987, 138.

⁹² Para una polémica más detenida con la concepción de Schaffler, cfr. Roxin, Artn. Kaufmann-FS, 1993, 529 ss.

⁹³ Sack, 1975, 363.

⁹⁴ Achenbach, 1974, 2 ss.

culpabilidad para la fundamentación de la pena aña a la cuestión de bajo qué presupuestos existe culpabilidad y por tanto por regla general responsabilidad jurídico-penal. De esta culpabilidad para la fundamentación de la pena, del "sí" de la pena, del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena, se trata en el concepto sistemático jurídico-penal de culpabilidad, del que aquí nos ocupamos. En cambio, la culpabilidad para la medición de la pena aña al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al "conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto"⁹⁴. Ambos conceptos han de separarse, porque poseen presupuestos distintos. Mientras que en la culpabilidad para fundamentación de la pena nos preguntamos por la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y por la posibilidad de conocimiento de la prohibición, la culpabilidad para la medición de la pena depende sobre todo de los factores mencionados en el § 46. Su examen pertenece a la teoría de la medición de la pena, y por lo tanto no se ha de abordar aún aquí.

47 No obstante, la culpabilidad para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la pena no están completamente aisladas una de otra. La asequibilidad normativa, que decide sobre la culpabilidad para la fundamentación de la pena, repercute, en el caso de su disminución según el § 21, también en la culpabilidad para la medición de la pena. Por otro lado, características de la culpabilidad como "desconsideradamente" (§ 315 c I n.º 2) o "por brutalidad" (§ 17 n.º 2 TierSchG) pueden emplearse por el legislador en casos excepcionales para la fundamentación de la pena, aunque no tengan nada que ver con la asequibilidad normativa, sino que designen grados elevados de culpabilidad. Sucede entonces que la punibilidad no se produce ya con la simple culpabilidad dolosa, sino sólo con un grado elevado de culpabilidad.

VI. ¿Causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación?

48 Una parte de la doctrina científica⁹⁵ distingue entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación. En las causas de exclusión de la culpabilidad, entre las que se cuentan la falta de imputabilidad y el error de prohibición invencible, faltaría desde un principio toda culpabilidad, porque el sujeto no podía actuar de otro modo. Por el contrario, en las causas de exculpación, entre las que se incluyen sobre todo el exceso en la legítima defensa (§ 33) y el estado de necesidad disculpante (§ 35), quedaría una culpabilidad disminuida, de modo que el legislador renuncia, sólo en virtud de

⁹⁴ Achenbach, 1974, 4.

⁹⁵ Con especial énfasis Sch/Schl/Lamnekner⁹⁴, antes del § 32, nm. 108; Jeschke, AT⁴, § 43 II; SK³, Rudolph, antes del § 19, nm. 5, 8.

una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad.

49 Ahí se halla el punto de partida que permite advertir que en las "causas de exculpación" no se trata sólo de cuestiones de culpabilidad, sino también de otros puntos de vista; los mismos se han interpretado en esta exposición como los propios de la exclusión de la responsabilidad por falta de necesidad preventiva de punición. Sin embargo ello no justifica la rígida distinción entre "causas de exclusión de la culpabilidad" y "causas de exculpación", porque en las "causas de exclusión de la culpabilidad" no sucede en principio algo distinto⁹⁶. También la imputabilidad posee zonas marginales normativas, p.ej. en los estados pasionales intensos y las neurosis graves, en los que no se pueden excluir completamente consideraciones preventivas en su aceptación y negación, incluso allí donde se cree poder afirmar un mínimo de capacidad de control, debería seguir siendo posible una exención de responsabilidad jurídico-penal, cuando ello sea preventivogeneralemente defendible. Y tampoco en el error de prohibición la impunidad dependería de una invencibilidad absoluta que casi nunca se da, sino de si el sujeto, como acertadamente reza el StGB suizo (art. 20), "supuso por razones suficientes que estaba legitimado (tenía derecho) para realizar el hecho". Esas razones suficientes concurren ya cuando el sujeto ha satisfecho las exigencias normales de la fidelidad al Derecho del ciudadano y por tanto no da motivo para sanciones jurídico-penales; esto se expone más adelante (§ 21, nm. 39 ss.) más detenidamente. Si uno se empeña en que las "causas de exclusión de la culpabilidad", al contrario que las "causas de exculpación", no dejan ningún tipo de margen para una renuncia indulgente a la pena (es decir, una exención de pena por falta de necesidad preventiva de punición), se refuerza un rigorismo punitivo que resulta políticocriminalmente erróneo, porque contradice la opinión aceptada en principio con carácter general de que la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente de la pena estatal.

VII. La teoría de la responsabilidad por el hecho de Maurach

50 La teoría fundada por Maurach de la "responsabilidad por el hecho"⁹⁷ introduce entre la antijuridicidad y la culpabilidad la "responsabilidad por el hecho" como categoría sistemática propia y adicional y en consecuencia conoce, junto a las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad, causas específicas de exclusión de la responsabilidad por el hecho, mencionándose como las más importantes de ellas el estado de necesidad del § 35 y

⁹⁶ Tb. LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 182, subraya que no existe "una diferencia de principio".

⁹⁷ Maurach, Schuld und Verantwortung, 1948. Hoy exhaustivamente en: Maurach/Zipf, AT¹¹, §§ 31 ss.

el exceso en la legítima defensa del § 33. En estos casos "no se exculparía al sujeto individual, sino que se eximiría de responsabilidad a cualquiera para una determinada situación". La actuación no sería "aquí efectivamente correcta (existe el injusto de la acción), pero —a la vista de la naturaleza humana general— si generalmente excusable, no sólo individualmente disculpable"⁹⁸. Las consecuencias prácticas del reconocimiento de tales "causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho" afectarían sobre todo a dos cuestiones: en primer lugar, la participación sería impune cuando falle la responsabilidad por el hecho del autor; y, en segundo lugar, si falta la responsabilidad por el hecho, estarían excluidas las medidas de seguridad y corrección, aun cuando el sujeto sea además imputable.

51 De lo ya expuesto se desprende que esta teoría parte de una observación correcta. En el llamado estado de necesidad disculpante y en el exceso en la legítima defensa la exención de pena efectivamente no se basa en consideraciones sobre la culpabilidad individual, sino en la reflexión de que en general no es precisa la punición de una actuación debida a tales situaciones excepcionales. No se trata por tanto de una exclusión de la culpabilidad, sino de la responsabilidad jurídico-penal. Hasta en la elección de las palabras se demuestra la proximidad a la concepción aquí defendida.

52 Pero los defensores de la teoría de la responsabilidad por el hecho extraen del punto de partida correcto consecuencias con las que no se puede estar de acuerdo. Pues la responsabilidad por el hecho no es, como dice Zipf⁹⁹, un "peldano o elemento previo a la culpabilidad", de modo que, cuando tiene lugar su exclusión, ya ni siquiera se podría plantear —de manera similar a cuando está excluida la antijuricidad— la cuestión de la culpabilidad, sino que en los casos del § 35 y en el exceso en la legítima defensa la antijuricidad y la culpabilidad han de afirmarse por completo; se suprime la pena, como se ha subrayado reiteradamente, sólo porque no la requieran necesariamente razones preventivas. Los mismos no están más lejos, sino más cerca de la punibilidad que los casos en los que desde un principio está ya excluida la culpabilidad¹⁰⁰.

⁹⁸ Maunich/Zipf, ATf¹, 31/3.

⁹⁹ Maunich/Zipf, ATf¹, 32/1.

¹⁰⁰ Tambien LK¹⁰ Hirsch, antes del § 32, nm. 174, señala que la teoría de la responsabilidad por el hecho trasladaría "el orden de sucesión de los peldanos o etapas de la valoración". Baugulap, Aron, Kaufmann-GS, 1989, 463, pretende fundamentalmente la corrección de una categoría propia entre la justificación y la culpabilidad en que las "causas de exculpación", en especial el estado de necesidad disculpante, serían en realidad "causas de disminución del injusto". Esto contradice por un lado el tenor literal de la ley, pero sobre todo no se puede explicar desde puntos de vista de injusto la configuración del § 35 I 1 como "privilegio para los parientes". El que las circunstancias del hecho excluyentes de la responsabilidad (1b) produzcan el efecto de disminuir el injusto no justifica la creación de una nueva categoría sistemática. La *magnitud* del injusto materialmente realizado posee 1b, en los demás casos, relevancia sólo para la medición de la pena.

Tampoco convienen los resultados prácticos a los que llega la teoría de la 53 responsabilidad por el hecho. Pues la participación en un hecho en estado de necesidad exento de pena según el § 35 y en un exceso en la legítima defensa ha de considerarse por regla general punible (cfr. más detidamente § 22, nm. 66 s.). Ni siquiera convence la apreciación de que en los casos de los §§ 35 y 33 nunca se podría aplicar una medida de seguridad. Sin duda un hecho que comete un enfermo mental en las condiciones del § 35 generalmente no supondrá un indicio de peligrosidad, de modo que una medida de seguridad está descartada entonces por esa razón conforme al § 63. Pero cuando las circunstancias concomitantes de un homicidio en sí amparado por el § 35 demuestran que el enfermo mental —pej. porque entra entonces en un delirio homicida a la vista de la sangre— es peligroso para la colectividad, resulta totalmente adecuado imponer una medida de seguridad. Con más razón es válido lo anterior cuando alguien, precisamente a consecuencia de una enfermedad mental, está inclinado a cometer excesos en la legítima defensa con peligro para la vida por turbación, miedo o pánico¹⁰¹.

VIII. Culpabilidad por el hecho y culpabilidad por la conducción de la vida

El StGB parte en la fundamentación de la pena del principio de la culpa- 54 bilidad por el hecho individual. Ello significa: sólo la culpabilidad existente durante la misma realización del tipo (cfr. el tenor literal del § 20) puede convertirse en fundamento de la responsabilidad jurídico-penal. Si falta, no es lícito recurrir en vez de a ella a una "culpabilidad por la conducción de la vida" o "culpabilidad por la decisión de la vida" existente en el pasado, y que ha convertido al sujeto, por su propia conducta equivocada, en lo que es hoy. Pues una conducción "culpable" de la vida no es una realización culpable del tipo, y sólo ésta es punible. Además, tal culpabilidad por la conducción de la vida tampoco sería, al contrario que el criterio aquí defendido de la "asequibilidad normativa en la situación del hecho", apreciable en el ámbito forense y disolvería el efecto limitador, propio del Estado de Derecho, del principio de culpabilidad, que consiste precisamente en su referencia o adscripción al tipo. También las concepciones de la culpabilidad por el carácter (*typus* nm. 25 ss.) se mantienen sobre la base de la culpabilidad por el hecho individual, al tomar el carácter como fundamento de la constatación de la culpabilidad sólo en cuanto que aquel se haya manifestado en la concreta realización del tipo.

¹⁰¹ Así Jeschke, AT¹, 1978, § 39 V 2, y, siguiéndole, LK¹⁰ Hirsch, antes del § 32, nm. 174.

102. Fisicólogo multiniqués de habilitación, 1985; ídem, GA 1985, 389, siguiendo en parte las reflexiones de teoría de las normas de Hruschka, Strauß, 1983, Th. Stratenwerth, Ann. Kauffman-GS, 1989, 495, sostiene ahora la tesis de que el sujeto "sería responsable por un delito doloso que comete en situación de exclusión de la culpabilidad, cuando haya provocado esa situación de manera evitable y en ese momento pudiera al menos prever que posiblemente ocurriría en ella tal delito".