

URS KINDHÄUSER
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Bonn

JUAN PABLO MAÑALICH R.
Profesor de Derecho Penal
Universidad Adolfo Ibáñez

PENA Y CULPABILIDAD EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO



**LA FIDELIDAD AL DERECHO
COMO CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD***

Urs KINDHÄUSER

* Texto de la conferencia presentada en el congreso de profesores de Derecho penal en mayo de 1995 en Rostock, con ampliaciones no esenciales y complementados con notas. Publicado en *ZStW* 107 (1995), pp. 701-733. Traducción del alemán por Percy García Caveno, profesor de Derecho penal, Universidad de Piura. Revisión de Juan Pablo Mañalich.

Introducción

Mis consideraciones se ocupan de la siguiente cuestión: ¿Puede haber en una sociedad pluralista y democráticamente constituida una culpabilidad jurídico-penal material? La respuesta será ciertamente afirmativa, pero muy divergente de las dos principales tendencias en la actual discusión de los fundamentos jurídico-penales: el funcionalismo, por un lado, y los seguidores del liberalismo racional subjetivista, por otro.

Las consideraciones están distribuidas en cuatro secciones. En la primera de ellas se analizan críticamente algunas de las más importantes posiciones que actualmente se pronuncian sobre la cuestión de la culpabilidad material. En la segunda sección se exponen los fundamentos de teoría de la acción propios de un concepto discursivo de la culpabilidad, cuyo anclaje teórico-jurídico se trata en la tercera sección desde el aspecto del establecimiento democrático de la norma. Finalmente, en la cuarta sección, se aborda someramente el problema de hasta qué punto el autor de un delito puede ser puesto a salvo de una instrumentalización del reproche de culpabilidad.

I. Mandato de neutralidad y culpabilidad material

1. Cuestión preliminar

Por culpabilidad formal entiendo el contenido del reproche de culpabilidad formulado como resultado de la imputación dogmática de un hecho punible. Este reproche reza: si el autor se hubiese formado el motivo para el seguimiento de la norma como dominante, entonces él habría podido evitar su comportamiento antijurídico. No se dan razones –sean causas de exclusión de la culpabilidad, sean causas de exculpación– para que el autor no se haya formado el motivo dominante para el seguimiento de la

norma. En consecuencia, cabe imputar al autor su comportamiento delictivo a título de culpabilidad.

Llamo formal a esta culpabilidad porque ella no somete a discusión su fundamento material. Lo específicamente jurídico-penal de esta culpabilidad resulta sólo de la circunstancia de que el objeto del reproche es el quebrantamiento de una norma penalmente sancionada. Así, permanece sin respuestas por qué se pena la ausencia del motivo para el seguimiento de la norma y por qué el autor debió haberse formado el motivo para el seguimiento de la norma. Es la culpabilidad material la que ofrece la respuesta a estas interrogantes.

Si el reproche de culpabilidad, seguido de la correspondiente reacción punitiva, no carece de un fundamento de legitimación, es evidente que la pregunta acerca de la culpabilidad material no puede quedar sin respuesta. Pero como la determinación de la culpabilidad material no es un paso dogmático explícito que tenga que verificarse, la culpabilidad material finalmente queda amalgamada en el proceso formal de imputación. En otras palabras: el reproche formal de culpabilidad incluye la culpabilidad material que no se ha evidenciado.

Ahora bien, la búsqueda de la culpabilidad material no sólo crea grandes dificultades debido a que no es mencionada expresamente en el reproche de culpabilidad, sino que también existe una barrera normativa que puede ser designada como el mandato de neutralidad del derecho frente a los motivos para su seguimiento¹. KANT puso en claro que sólo la legalidad –el comportamiento externo conforme a la ley– puede y debe ser obtenida mediante coacción², mientras que las razones para el seguimiento de la norma deben dejarse al arbitrio de cada cual. De esto se desprende que no puede reprocharse al autor que con base en *determinadas razones* hubiese podido y debido evitar el comportamiento antijurídico. El derecho que exige una conformidad externa con las leyes no puede obligar a una motivación racional –y mucho menos moral³.

¹ El motivo jurídicamente neutral para el seguimiento de normas es diferenciable de los motivos, establecidos en el tipo delictivo correspondiente, para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; claramente esto en KÜHL, en JUNG et al. (ed.), *Recht und moral*, 1991, pp. 139, 144 y ss.

² KANT, *Metaphysik der sitten*, ed. por WEISCHDEL, *Obras*, vol. IV, 1975, pp. 337 y ss.

³ Sobre esto también GÜNTHER, Klaus, *JB RuE*, 1994, pp. 143 y 148 ss. y *passim*.

De cualquier forma, KANT parte del hecho de que la ley debe *merecer* su obediencia y, por consiguiente, ofrecer la posibilidad de ser obedecida con base en buenas razones⁴. Sin embargo, incluso esta tesis es problemática: ¿Acaso existen en una sociedad pluralista razones que legitimen la obligatoriedad general de una norma? ¿No debe el derecho, por tanto, dejar ya al arbitrio de cada cual el motivo para el seguimiento de sus normas, en tanto el mismo no *puede* ofrecer razones universalmente aceptables a favor de sus normas –en cualquier caso para todas sus normas? ¿Pero cómo puede darse una culpabilidad material, referida a la legitimidad, si faltan razones que puedan motivar racionalmente a todos al seguimiento de la norma? Para ofrecer una respuesta a estas preguntas es necesario, con anterioridad, analizar críticamente algunas propuestas para la determinación de la culpabilidad material, comenzando por las posiciones de un liberalismo racional subjetivista.

2. Liberalismo racional: culpabilidad como auto-contradicción

a) Según una simplificación usual de los puntos de partida liberales, éstos consisten, fundamentalmente, en dos variantes. Una de estas variantes, que en nuestros días ha sido desarrollada sobre todo por HÖFFE⁵, regresa a la versión de HOBBS⁶. Esta posición considera al ser humano como un ser por de pronto no vinculado que persigue sus intereses por egoísmo, pero que descubre, en virtud de su racionalidad, que una libertad irrestricta le perjudica más que beneficia. Por este motivo, el ser humano celebra algo así como un contrato con los otros egoístas en cuyo camino él se encuentra: se coordinan los ámbitos de libertad de manera que todos renuncian ciertamente a una parcela de libertad, pero a través de esa renuncia se favorece la posibilidad de que la restante libertad sea disfrutada, ya que en estas circunstancias ella es respetada por los demás y, por tanto, deja de ser lesionada. En suma, el individuo conserva más libertad que aquella a la que renuncia, de manera que la transacción –renuncia de libertad frente a ganancia de libertad– es ventajosa para todos y, por ello, legítima.

⁴ KANT, *Metaphysik der Sitten* (nota 2), pp. 325, 509 y ss.

⁵ Véase solamente HÖFFE, *Politische Gerechtigkeit*, 1987, pp. 382 y ss.; crítica contundente en, GÜNTHER, Klaus, «Rechtshistorisches», *Journal*, 1991, pp. 233 y ss.

⁶ *Leviathan*, ed. por FETSCHER, 1966.

Ciertamente, lo más notable de este punto de partida se encuentra en la apertura de contenido de su concepto de libertad: tanto el interés particular concretamente perseguido como su valoración intersubjetiva tienen un papel secundario. Por ello, el punto de partida del liberalismo racional que desarrolla una coordinación recíproca de la libertad es mucho más sensato que los puntos de partida utilitaristas que ponen en marcha la desesperanzada empresa de proporcionar una medida general de utilidad para el equilibrio de intereses distintos⁷. Fuera de esto, el punto de partida liberal puede fundamentar la aplicación de sanciones mediante normas que recurran a la argumentación del *free rider* (*Trittbrettfahren*): si los otros cumplen el contrato y yo lo quebranto,

⁷ Esto vale también para el modelo de un utilitarismo negativo, recientemente considerado por KAUFMANN, Arthur, *ARSP*, 1994, p. 476, que dispone minimizar la miseria humana. De facto, este utilitarismo restringe aún más la libertad que el utilitarismo positivo, que, con objetivos más o menos difusos de felicidad o bien de beneficios, apenas limita la libre determinación. Por el contrario, situaciones que KAUFMANN cita a modo de ejemplos —como la pobreza, enfermedad, hambre y vagancia— son muy concretas y con ello al mismo tiempo (contrario a la teoría) concretas líneas de orientación de un utilitarismo positivo: mediante la minimalización de la pobreza, enfermedad, etc., es favorecida indudablemente la felicidad de la humanidad. Lo verdaderamente arriesgado de la propuesta de KAUFMANN se encuentra en la radicalización —que seguramente tampoco convence del todo— del principio del buen samaritano (*Samariterprinzip*), pues no se trata de una exigencia inteligente de contribuir a la reducción del dolor, sino de una exigencia categórica: «actúa de manera que las consecuencias de tu acción sean conciliables con la evitación más amplia posible, o reducción, de la miseria humana», que también debe incluir la minimalización de las aflicciones inevitables (*op. cit.*, p. 486). Con ello, asimismo, una acción en sí misma buena es moralmente errónea si pudiese evitarse más aflicción mediante una alternativa de acción: así, no debería ponerse a salvo de tener una desgracia a V, si por otro lado, también tengo una desgracia para U, que, por el contrario a V, tiene que mantener a una familia numerosa; yo debería ponerle a salvo en este caso, teniendo presente el carácter categórico de la exigencia, aun en el caso que V sea mi padre. Esto solamente muestra que toda formación de contenido obligatorio general del principio de universalización (*Verallgemeinerungsprinzip*) lleva en sí el germen del terror de la virtud.

(N. del T.) El término «Trittbrettfahren» surge después de la segunda guerra mundial para denominar así al hecho de viajar en los estribos del tranvía, no pagando con ello el costo del viaje. Sin embargo, y habiéndose superado la crisis post-bélica, el término todavía es utilizado para designar el hecho de beneficiarse del esfuerzo o suerte (por ejemplo en los juegos colectivos de cartas) de otra(s) persona(s).

he ganado doblemente, al obtener la prestación de los otros y ahorrar la propia. Esto es neutralizado mediante la sanción pactada que, a su vez, es legítima, pues sin sanción retornaríamos al estado de naturaleza —o lo que es lo mismo, a la ruptura general del contrato— y de este modo a la peor de todas las situaciones imaginables desde el punto de vista del desenvolvimiento de la libertad⁸.

Así entendida legitimación de la norma, la culpabilidad material es un déficit de fidelidad al contrato, que no se alimenta de otro motivo que el de la salvaguardia, en términos de racionalidad con arreglo a fines, de los propios intereses. Ciertamente, esta variante del liberalismo racional no puede superar la objeción de que si un sujeto constituido en términos de racionalidad con arreglo a fines no tendrá una razón independiente para honrar el contrato celebrado cuando esto contravenga sus intereses. Pudiendo ser racional con arreglo a fines tratar a los demás como partes de un contrato en pos de la consecución de los propios objetivos, así también puede ser racional con arreglo a fines quebrantar los acuerdos si esto es mejor para la consecución de los propios objetivos⁹. El quebrantamiento del contrato no está, por tanto, en condiciones de fundamentar un reproche jurídico o moral al autor¹⁰.

b) La versión kantiana del liberalismo racional, que encuentra algunas formulaciones precisas en el actual derecho penal¹¹, supera esta debilidad. La racionalidad no es interpretada en términos de mera racionalidad con arreglo a fines, sino como impregnada moralmente. La racionalidad, entendida como *ratio* de la buena voluntad,

⁸ Acerca de ello KINDHÄUSER, GA, 1989, pp. 493, 496; similarmente KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, pp. 245 y ss.

⁹ Sobre todo quiere decir que el principio «pacta sunt servanda» no se puede fundamentar en términos de pura racionalidad con arreglo a fines. El que se puedan formular reglas (utilitaristas) para el actuar racional con arreglo a fines no sólo no debe ser negado, sino que se desprende del hecho de que la racionalidad de fines presupone reglas de decisión.

¹⁰ Véase APEL, en BRUMLIK et al. (ed.), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, 1993, pp. 149, 152 y ss.; también, KÖHLER, «Vielfalt des Rechts- Einheit der Rechtsordnung?», en *Hamburger Ringvorlesung*, 1994, pp. 61, 65 y ss.

¹¹ Véase KAHLHO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, pp. 272 y ss.; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986; WOLFF, E.A., *ZStW* 97 (1985), pp. 786 y ss.; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 128 y ss.; en clara posición frontal contra el «moderno» Derecho penal, NAUCKE, *ZStW* 94 (1982), pp. 525 y ss.

está referida *a priori* al principio de universalización: en lugar de la motivación por puros intereses propios se sitúa el autogobierno de la razón. Para KANT, el principio de igual libertad general siempre es querido y reconocido por el sujeto individual y autónomo. Son principalmente KÖHLER y ZACZYK quienes derivan de esto la conclusión para el derecho penal de que el derecho, que es coordinación de esferas de libertad, descansa en el reconocimiento racional del principio de libertad general¹².

En esta variante kantiana del liberalismo racional, la culpabilidad material es igualmente una manifestación de racionalidad deficitaria: el delito es auto-corrupción moral de un congénere que es considerado como un ser racional, igual y libre. El delincuente niega mediante el hecho delictivo el fundamento de la obligatoriedad jurídica general condensada en la norma. El delincuente se contradice a sí mismo como ser racional mediante la irracionalidad de su hecho¹³. El fundamento subjetivo de la validez de la norma debe describirse en el momento mismo de la determinación racional de la acción.

Sin embargo, un liberalismo racional entendido de esta forma no es convincente en términos de teoría del conocimiento, ni hace justicia a las específicas exigencias jurídico-penales. Ante todo, es ya dudosa la idea de un sujeto racional antepuesto a la sociedad¹⁴. Tanto la racionalidad en general como las representaciones morales en particular están mediadas intersubjetivamente por el proceso de socialización

¹² Véase KÖHLER y ZACZYK (nota 11), con una detallada interpretación de KANT.

¹³ Véase KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 29 y ss.: «El mal, como proceso en el pensamiento, reside en la auto-corrupción; auto-negación del entendimiento en lo realmente bueno/justo de la máxima de determinación de la acción». Véase también, EL MISMO, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983, pp. 38 y ss. Similarmente ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 201; el autor, al adoptar las posibilidades de acción que por sí mismo ha excluido como ser racional, niega en la misma medida su propia racionalidad». La auto-contradicción se evidencia pues —como muestra GÜNTHER, *JB RuE*, 1994, p. 151—, si la norma es seguida por motivos irracionales.

¹⁴ Pero como el pensamiento es determinado por el lenguaje —con todos sus conceptos jurídicos y políticos fundamentales— y el lenguaje es antepuesto al «origen racional» del individuo, la constitución de la colectividad difícilmente se puede apartar de la razón de los individuos; véase en contra WOLFF, E.A., *ZStW* 97 (1985), pp. 786, 814 y ss.

a través del diálogo, y por eso están ineludiblemente unidas al *status* de la racionalidad de una sociedad concreta¹⁵. Un modelo de contrato social no puede ser desarrollado sin una idea previa de sociedad. Los modelos que, no obstante, se aferran a premisas, como por ejemplo el modelo del velo de la ignorancia que respecto de sus roles concretos tendrían que asumir las partes del contrato en la sociedad de cuya configuración se trata¹⁶, reducen a dos los criterios de justicia: imparcialidad y reciprocidad. Sin embargo, estos criterios también pueden ser utilizados con buenos resultados para la fundamentación jurídica, sin tener que asumir un mundo idealizado de seres racionales¹⁷.

Insalvable es la objeción de que el liberalismo racional, en la forma aquí descrita, no ofrece una solución satisfactoria a la relación paradójica entre el déficit de motivación relevante para la culpabilidad y la neutralidad del derecho frente al motivo para el seguimiento de la norma¹⁸. Esto se debe, sencillamente, a que este liberalismo racional niega el mandato de neutralidad, mientras pretende obtener el motivo para el seguimiento de la norma mediante la autodeterminación racional¹⁹. Así, los bienes jurídicos —según ZACZYK²⁰— sólo adquieren realidad «si los individuos orientan sus conductas concretas hacia el

¹⁵ Acertadamente JAKOBS, *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*, 1985, pp. 23, 27: «Es el dilema de las teorías del contrato social: tener que postular más al sometimiento normal ante el Estado que al que es de esperar sin Estado, o tener que asumir la hipótesis tan poco plausible de la armonía preestablecida»; véase también, *op. cit.*, p. 31.

¹⁶ Así la célebre construcción de RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, pp. 159 y *passim*.

¹⁷ Acerca del cambio de paradigmas filosóficos desde la conciencia al lenguaje, véase KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, 1980, pp. 50 y ss., (con amplias referencias).

¹⁸ Véase también GÜNTHER, *JB RuE*, 1994, pp. 143, 150 y ss.

¹⁹ De otra manera es la interpretación de KANT ofrecida por KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, pp. 16 y ss., 42 y ss.; la ley jurídica —conforme a la razón jurídica— legitima sólo la fuerza que a su vez obliga sólo indirectamente: «Es, en último término, el egoísmo el que motiva los comportamientos conforme a las leyes. La fuerza que se ha dejado entrever es una información que la inteligencia orientada a la acción incluye en su cálculo y así el egoísmo se preserva de una torpeza» (pp. 34 y ss.). En este sentido, el deber jurídico puede admitir un cumplimiento heterónimo y así el cumplimiento de los deberes jurídicos ser «resultado de una determinación masiva exterior».

²⁰ *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 198.

bien jurídico, pretenden su conservación y así también la libertad de los demás, actuando conforme a esta representación»; la existencia de las relaciones jurídicas depende de que los individuos «realicen el esfuerzo subjetivo de constituir estas relaciones»²¹.

En la práctica, esto significa gravar a los destinatarios de la norma con una carga excesiva y se opone, además, al establecimiento democrático de la norma. En una sociedad pluralista y democráticamente constituida, las normas no están formuladas como resultado de un ejercicio de racionalidad individual, sino discursivamente. Ciertamente, con esto, todos los intereses deben ser tomados en cuenta, pero como el proceso de formación de opinión es interrumpido por una decisión de mayoría, puede que, en principio, el individuo no acepte la norma como conforme a su racionalidad. Por eso, el derecho democrático no puede fundar sólo subjetivamente las razones de validez de sus normas; basta con indicar aquí, por ejemplo, la prohibición del aborto. Entre la autodeterminación moral de la persona y el deber-ser jurídico fundamentado democráticamente no puede fijarse una armonía preestablecida²². El problema aquí planteado es predicable de todo punto de partida que, sin tener en cuenta el carácter socialmente

²¹ Véase también, ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 171: El reconocimiento de los bienes jurídicos (personales) debe «ser realizado por cada uno en las relaciones con los demás». Similarmente, EL MISMO, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, pp. 26, 31: injusto como incumplimiento práctico del autor.

²² La concepción de KÖHLER, por lo demás sumamente contundente, es, en este punto fundamental, relativamente indeterminada: el proceso de ordenación del derecho debe tener en cuenta «su presupuesto particular en la autonomía del sujeto» (KÖHLER, *Der Begriff des Strafe*, 1986, p. 46); no obstante, la norma jurídica puede «incluso contradecir la máxima moralmente autónoma que obliga correctamente» (*op. cit.* p. 47). Para que esta contingencia pueda ser eliminada y, en el delito, «la autonegación del sujeto ser apreciada en la práctica como razonable», KÖHLER debiera ofrecer un criterio con cuya ayuda se haga constar la correspondencia de la racionalidad subjetiva e intersubjetiva. La falta de demostrabilidad de tal criterio es la fractura de toda teoría que quiera fundamentar subjetivamente la validez intersubjetiva así como la culpabilidad jurídica únicamente en la mala voluntad. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 151, entienden similarmente el precepto legal como expresión de la «conformidad común» a explicitar sin el paso de lo subjetivo a la conformidad común; véase, EL MISMO, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, p. 25; en el Estado aparece objetivada la orientación del cumplimiento racional del individuo para la determinación de su comportamiento.

mediado de la génesis de la norma, derive la razón inmediata de validez de la norma a partir de la moralidad individual. En un mundo social, el individuo no puede hallarse a la vez en sí mismo y en la generalidad²³.

Que la sociedad moderna se integre a través de la lucha de opiniones, que el Estado haya dejado de ser un vigilante con facultades defensivas para convertirse en parte cooperadora –sobre todo en el área de la economía y del trabajo–, que el aseguramiento de los derechos de participación social se anteponga al equilibrio de las libertades negativas, que los poderes públicos no solamente se fusionen progresivamente unos con otros, sino que también se mezclen con partidos y asociaciones²⁴, que la autodeterminación actualmente dependa en gran medida de la disponibilidad sobre ciertos datos; en suma: que la libertad de acción ha de ser interpretada a la luz de una libertad comunicativa, no es algo que de lo cual el liberalismo racional de inspiración contemporánea, orientado al pasado, pueda dar cuenta.

3. Jakobs: auto-contradicción *qua* definición como ciudadano

En su interpretación de la culpabilidad jurídico-penal orientada a la prevención, JAKOBS renuncia a una determinación material del sujeto de imputación. Al autor solamente se le exige el rol de un ciudadano libre, lo que significa que tiene derecho a administrar su propia su propia cabeza y a estructurar su propia vida. El sinalagma de esta concesión de libertad es «la obligación de ejercitarse en la fidelidad al derecho»²⁵. Para que esta interpretación del sujeto de imputación no sea puramente formal, JAKOBS pretende que las normas a obedecer estén legitimadas: deben ser normas de un ordenamiento que procure los recursos necesarios para el

²³ Así JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 28 y s. El liberalismo racional subjetivista, ciertamente, puede mostrar la necesidad de un derecho establecido estatalmente –en especial, claramente: ZACZYK, *ARSP-Beihft* 56 (1994), pp. 105, 119 y ss.–, pero no la necesaria congruencia entre razón subjetiva y universalidad jurídica para fundar subjetivamente un concepto de culpabilidad.

²⁴ Basta solamente con hacer alusión a la función de ordenación cuasi-pública de los convenios colectivos.

²⁵ JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 35.

libre e igual desarrollo de todos. Con ello, la culpabilidad material es la falta de fidelidad al derecho frente a normas legítimas que se pueden interpretar sin más en el sentido tradicional de leyes de igual libertad.

La falta de determinación material del concepto de persona hace inmune a esta teoría frente a la objeción a la que está expuesta la última variante descrita del liberalismo racional. La culpabilidad material no requiere la auto-corrupción moral. Para actuar culpablemente, el autor no tiene que decidir ir en contra de las razones que hablan, subjetivamente, a favor del comportamiento adecuado a la norma, pues en una sociedad pluralista la valoración individual que establece la prioridad de la norma no puede, en forma alguna, ser objeto de comprobación positiva. Desde este punto de partida, para la culpabilidad material es suficiente, antes bien, pretender el rol de un ciudadano libre sin ser leal al derecho respecto de aquellas normas que distribuyen igual libertad.

No obstante, con su fundamentación puramente objetiva de la culpabilidad material, JAKOBS termina arrojando al bebé junto con la bañera. Aun cuando la culpabilidad no pueda consistir en la apreciación subjetiva de las razones que expresa la norma, el reproche de la culpabilidad debe tener por objeto algo más que la falta de una conformidad externa con las reglas. Lo que se requiere es poder ofrecer una vinculación interna entre la norma y el destinatario de la misma para fundamentar la culpabilidad material²⁶, sobre todo si solamente así puede explicarse el componente emocional de la defraudación que produce el quebrantamiento de la norma²⁷. La interpretación jakobsiana de la fidelidad al derecho, por moderna que parezca, se adapta igualmente al Estado paternalista del despotismo ilustrado.

²⁶ Si esta objeción vale aún después de la conferencia de JAKOBS en el Congreso de profesores de Derecho penal en Rostock (ZStW 107 [1995] p. 843), no se decidirá aquí; en todo caso con el anclaje de la culpabilidad en la «comunicación personal», que descansa en relaciones de reconocimiento recíproco, ni permite una consideración puramente externa (funcional) del concepto de culpabilidad, ni la inobservancia del constituyente psíquico para el concepto de persona.

²⁷ Críticamente sobre la ausencia de un componente emocional, también, SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, 1989, pp. 8 y ss.; STRENG, *NStZ*, 1995, pp. 161, 162; sobre esto *infra* IV.

Con ello se desconoce que en una sociedad constituida democráticamente las normas descansan, también y precisamente, en prestaciones intersubjetivas de entendimiento comunicativo para la coordinación justa de intereses, siendo con ello expresión de la autonomía política de los sujetos individuales de derecho. Falta así una vinculación internamente conceptualizada entre la culpabilidad y la legitimidad de la norma; hasta cierto punto se debe a una feliz casualidad que la norma, cuyo quebrantamiento es imputado al autor, pertenezca también a un ordenamiento jurídico legítimo.

La fidelidad al derecho no es una contraprestación a la asistencia del Estado, sino que debe estar fundamentada en la autonomía participativa de la comprensión comunicativa de las normas. En este sentido, la idea se encuentra próxima a interpretar la culpabilidad en relación con el rol de ciudadano que posee el autor. De ahí que se esté muy próximo a una teoría normativa de la sociedad que pone en primera línea el rol del ciudadano: el comunitarismo.

4. Comunitarismo: auto-contradicción del autor como ciudadano

Ciertamente, el comunitarismo aún no ha influido profundamente en la discusión técnico-jurídica; sin embargo, en la filosofía del derecho ha ido ganando terreno²⁸ y será nada más que una cuestión de tiempo para que sus postulados lleguen también al derecho penal. Por eso, vale la pena intentar esbozar un esquema de una teoría comunitarista de la culpabilidad²⁹.

El comunitarismo tiene su origen en el análisis crítico de la versión del liberalismo en la filosofía jurídica y política anglo-americana sostenida especialmente por John RAWLS. La crítica se sirve, por un lado, del instrumental de teoría del conocimiento proveniente de la hermenéutica y de la filosofía analítica, y por otro lado, se halla inscrita en una tradición histórico-intelectual que al menos en parte tiene su asiento en ARISTÓTELES, así como en CATO, MAQUIAVELO y los

²⁸ Véase también SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 1994, pp. 187 y ss.

²⁹ Lo cual se extrae del amplio espectro de las contribuciones a la discusión, sobre todo de la llamada dirección sustancialista o neo-aristotélica, que interpreta éticamente el *status* del ciudadano y está determinada por la orientación al bien común; sintéticamente FORST, en HONNETH (ed.), *Kommunitarismus*, 1993, pp. 196 y ss.

racionalistas franceses³⁰. La idea política fundamental consiste que una democracia es tan buena o tan mala según si sus miembros cumplen los deberes cívicos que los vinculan.

El comunitarismo puede ser formulado como una teoría normativa de la sociedad que no considera menos importante el valor de la libertad que el liberalismo. El comunitarismo no implica la idea de una *volonté générale* en el sentido de ROUSSEAU, sino que el bien común puede también apreciarse como el claro resultante, determinado *ex ante*, de la divergencia democrática de opiniones. También el comunitarismo se halla comprometido con la participación en procedimientos, con el pluralismo de las opiniones y de las fuerzas sociales. Pero mientras el liberalismo piensa estáticamente –la sociedad burguesa en un comienzo se constituye libremente, las cosas funcionan en cierto modo por sí mismas, con tal que cada uno respete la libertad de los demás³¹–, el comunitarismo piensa dinámicamente. En lugar de la persecución racional de intereses se coloca la virtud³², recién cuyo ejercicio produce libertad. La libertad no es una categoría rigidamente configurada, sino que se consigue con la participación en los asuntos públicos y se garantiza a través de su desempeño comprometido. Un pueblo al que falta la virtud y en el que se ha propagado la corrupción de las costumbres –así lo constata MAQUIAVELO–, no puede vivir un solo instante en libertad³³. El comunitarismo no entiende al individuo a-histórica y atomísticamente, sino como un ser que pertenece a una sociedad concreta en una época concreta. Su identidad no

³⁰ Sobre el estado de la cuestión BRUMLIK *et al.* (ed.), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, 1993; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1994; HONNETH (ed.), *Kommunitarismus*, 1993; ZAHLMANN (ed.), *Kommunitarismus in der Diskussion*, 1992. Si la remisión a los denominados garantes (*Gewährsleute*) filosóficos está siempre autorizada, no me ocuparé aquí.

³¹ ZACZYK ve esto –refiriéndose a FICHTE– de otra manera: el contrato social ha «de considerarse como una constantemente renovada voluntad ejecutiva y confirmatoria de todos, de aceptar este concreto ordenamiento estatal»; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 184. Esto, ciertamente, sólo se puede desarrollar desde las reglas de la prudencia y no deducirse (lógicamente) de la pura exigencia de ámbitos de arbitrio mutuamente convenientes del imperativo categórico subjetivo.

³² Sobre esto, además, MÜNKLER, *Die Idee der Tugend*, *Archiv für Kulturgeschichte* 73 (1992), p. 381.

³³ MACHIAVELLI, *Discorsi*, ed. por ZORN, 1966, I, 16 (p. 57).

es una dimensión lógica o temporalmente previa a la sociedad, sino que desde el principio está constituida socialmente. El establecimiento de la identidad individual a través de la sociedad, fundamenta una penetración entre el individuo y la sociedad en el sentido de una comunidad de la que resultan las correspondientes obligaciones de favorecer al bien común³⁴. Evidentemente, es esencial que la sociedad en cuestión esté constituida democráticamente, puesto que sólo en una democracia puede fundamentarse para todos la obligación de favorecer el bien de todos a partir de la participación en el poder.

Según esta interpretación, el individuo no es considerado como persona privada que también puede actuar como ciudadano en el intercambio, por lo menos imaginado, de derechos y deberes, sino que a él en cierto modo le es innato el rol de ciudadano. Como ciudadano, el individuo es responsable por el bien público y tiene que seguir las normas que aseguran la estabilidad del Estado y de la sociedad para no perjudicar la aspiración general hacia el bien³⁵. Con ello, fidelidad al derecho quiere decir virtud ciudadana, en el sentido de un compromiso éticamente fundamentado, en una sociedad constituida jurídicamente de la que se es parte³⁶, mientras que la culpabilidad significa desprecio de la responsabilidad por el bien común. Mediante el quebrantamiento de la norma el individuo abandona la comunidad –así Hannah ARENDT³⁷.

Así como tan claro y cercano a la praxis se muestra el comunitarismo al llamar la atención acerca de que el bien general no depende de la cualidad formal de las leyes, sino del compromiso del ciudadano, y así como tan acertado es el hallazgo, en el plano de la teoría del conocimiento, de la historicidad del pensamiento y de la emoción, así también se muestra problemática la consecuencia ético-política de una identificación del individuo con el rol de ciudadano patriota³⁸. Con esto, se desestima que el derecho solamente prescribe la obediencia de sus normas y que deja al libre arbitrio las

³⁴ Por ejemplo MACINTYRE, en HONNETH (ed.), *Kommunitarismus*, 1993, pp. 84 y ss.

³⁵ Véase MACINTYRE, *Der Verlust der Tugend*, 1988, pp. 204 y s.

³⁶ Véase también, FLETCHER, *Loyaltät*, 1994.

³⁷ *Macht und Gewalt*, 1985, p. 42; similarmente MACINTYRE (nota 35), p. 204.

³⁸ Críticamente también GÜNTHER, *JB RuE*, 1994, p. 143, 151 y s.

razones de dicha obediencia, sin pretender ni poder imponerlas coercitivamente. El comunitarismo desconoce el mandato de neutralidad del derecho, puesto que pretende la obediencia de la norma como virtud ciudadana y, con ello, carga al autor con cualidades extra-jurídicas.

A pesar de esta crítica, la importancia fundamental de cooperación ciertamente no puede negarse en una sociedad liberal; antes bien quedará por saber si el enunciado comunitarista fundamental puede ajustarse también a un entendimiento liberal del derecho.

II. La tarea de integración social del derecho

1. Punto de partida

Por el momento puede decirse, sumariamente, que la breve incursión en algunos puntos de partida para la determinación de la culpabilidad material parece conducir a una aporía: o se renuncia –como JAKOBS– a postular una relación interna entre el autor y la legitimidad de la norma, o se abandona, en mayor o en menor medida, el mandato de neutralidad del derecho, no limitándose entonces la tarea del derecho a la sola garantía de la legalidad. Ambas alternativas son poco satisfactorias. Ni se puede renunciar al reproche de una culpabilidad material subjetivamente fundada, pues de lo contrario el reproche de culpabilidad no justificaría la pena, ni se puede desconocer el mandato de neutralidad en la fundamentación de la culpabilidad material, pues de lo contrario al autor se reprocha algo que no es objeto de una imputación de culpabilidad circunscrita a la legalidad.

No obstante, la situación podría encontrar una vía de solución si se identificase una razón que vincule a los individuos a la norma, sin restringir la libertad respecto del motivo para su seguimiento. Por un lado, la norma no puede ser una orden externa heterónoma, pero por, tampoco ha de asumir una moral autónoma, pre-jurídica, de sus destinatarios como razón para su seguimiento. Por tal razón, es necesario identificar las condiciones bajo las cuales se produce, ya en virtud de la legalidad de la norma, la legitimidad de la misma para sus destinatarios. Sólo entonces la culpabilidad material estará referida exclusivamente a la legalidad, libre de implicaciones de decencia, morales o ético-valorativas, siendo normativamente irreductible, mas

no definida funcionalmente, en tanto sometida a las condiciones de legitimación propias de la legalidad, y no a su función³⁹.

Un concepto de culpabilidad delimitado de esta manera es trascendental y ha de fundamentarse desde sus presupuestos teórico-jurídicos hasta su articulación dogmática. Esto solamente puede realizarse aquí en la medida en que el camino de la fundamentación esté señalado en virtud de la respuesta a algunas preguntas claves, comenzando por la clarificación de los fundamentos de teoría de la acción.

2. Fundamentos de teoría de la acción

Las normas limitan el ámbito del comportamiento fácticamente posible en atención al establecimiento de un ordenamiento de la convivencia; junto con otros factores de la comunidad que generan lealtad, tales como la familia, las costumbres, la cultura o la religión⁴⁰, las normas sirven a la integración social. Mediante la integración social se constituye, junto a un mundo natural, un mundo social que, como dice HABERMAS, «(se compone) de ordenamientos institucionales que establecen qué interacciones pertenecen, en cada caso, al conjunto de relaciones sociales autorizadas»⁴¹.

La integración social se alcanza si los partícipes circunscriben su comportamiento al ámbito de lo debido. Sin embargo, dado que el ámbito de lo posible, recortado a través de normas, permanece en todo caso existente, el comportamiento discrepante no carece *eo ipso* de sentido –como por ejemplo una desatención de reglas matemáticas–, sino que es potencialmente comprensible. Toda discrepancia, al señalar que del otro lado de lo debido sigue habiendo un mundo

³⁹ Naturalmente, un concepto jurídico-penal de culpabilidad así entendido es susceptible de crítica y de legitimación moral; moral que por sí sola no es constitutiva para este concepto. En un intento de hacer productivo el pensamiento democrático para el concepto jurídico-penal de culpabilidad, cfr., también, MUÑOZ CONDE, GA, 1978, pp. 65, 73 y ss.

⁴⁰ El derecho puede, por *mor* de la integración social, tener en cuenta relaciones de lealtad especialmente estables de dos maneras: o se pueden «juridizar» lealtades específicas, como es el caso de las posiciones de garante institucionales, o tales lealtades –como por ejemplo para las causas de exculpación– se reconocen como prioritarias frente a la solidaridad jurídica mínima (sobre esto *infra* III 3).

⁴¹ HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, p. 585.

posible, muestra la fragilidad de la integración social y produce una potencial desintegración. Y ciertamente potencial, porque la discrepancia puede ser interpretada como caso fortuito, desgracia o adversidad excusable; en resumen, como un comportamiento que por sí mismo no pretende sentido alguno y de ahí que tampoco ponga en cuestión el sentido de la norma⁴². De esta manera, solamente es desintegrador aquel comportamiento que, como acto comunicativo de un sujeto capaz de comunicación, pretende ser portador de sentido y, con ello, ampliar el ámbito de lo que es potencialmente portador de sentido más allá de los límites acordados. El criterio de cuando sí y cuando no un comportamiento adquiere este significado, lo ofrece la culpabilidad. El comportamiento culpable es -dicho genéricamente- una manifestación de sentido discrepante, más socialmente comprensible.

La fundamentación que me permite interpretar la culpabilidad en este sentido parte de la proposición de que la integración social se funda en un entendimiento comunicativo discursivo. Dado que esta afirmación está en el centro de mi reconstrucción del concepto de culpabilidad⁴³, y además marca una diferencia ulterior -si se quiere también, de «tradición europea»* - con el funcionalismo, habría ante todo que -en conexión con la teoría de la acción comunicativa que

⁴² Por ello, una falta de voluntad de seguimiento de las normas no es *per se* más reprochable, menos aún cuando el comportamiento no es susceptible de ninguna interpretación racional -sobre todo al no estar sostenido por un fin-, pues el comportamiento no está enfrentado en el sentido con la norma.

⁴³ Sobre el fundamento filosófico-histórico de una normativización del concepto de culpabilidad OELMÜLLER, en BAUMGARTNER *et al.* (ed.), *Schuld und Verantwortung*, 1983, pp. 9 y ss.

* (N. del T.) El término «alteuropäisch» se utiliza para caracterizar el pensamiento basado en principios de tradición europea u occidental. De la controversia de los años setenta en Alemania entre HABERMAS y LUHMANN, surgen como dos criterios enfrentados el funcionalismo y el pensamiento de tradición europeo-occidental. Esta dualidad de tendencias referidas a la teoría de la sociedad moderna ha repercutido también en el derecho penal; sobre esto véase JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäische Prinzipiendenken», *ZStW* 107 (1995), pp. 843 y ss. [hay traducción al español con el título de *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Cancio y Feijoo), Madrid, 1996]; LÜDERSSEN, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäische Prinzipiendenken», *ZStW* 107 (1995), pp. 877 y ss.

HABERMAS ha desarrollado con profundidad⁴⁴ - clarificar brevemente, y delimitar uno de otro, los conceptos fundamentales de acción orientada al éxito y acción orientada al entendimiento.

La acción orientada al éxito, o acción instrumental, es un comportamiento a través del cual el autor organiza los medios para alcanzar un objetivo seleccionado arbitrariamente. Para ello, el autor contempla su entorno, incluidas terceras personas, de modo objetivante; esto es, como factores que favorecen u obstaculizan el despliegue de su plan de acción. Frente a la acción orientada al éxito, la acción orientada al entendimiento, o acción discursiva, se halla referida a la obtención de un acuerdo, a la producción de consenso. Los participantes no persiguen sus objetivos sin considerar intereses ajenos, con la consecuencia de que en un conflicto de intereses prevalezca el que tiene mayor capacidad de imponerse, sino que buscan ponerse de acuerdo; los respectivos intereses son coordinados a través del lenguaje.

Esto presupone que los involucrados no adoptan el rol de observadores descriptivos, sino de participantes (hablantes/ oyentes) que hacen valer pretensiones de cuya realización aceptan responsabilizarse. El entendimiento vive del intercambio de perspectivas⁴⁵: la argumentación racional sólo es posible si aceptamos recíprocamente estar dispuestos a reconocer a los otros como personas debidamente capacitadas y legítimas para tomar posición con un «sí» o un «no» puntos de vista libres e iguales⁴⁶. La comunicación orientada al entendimiento requiere, pues, que los intervinientes se atribuyan capacidad de imputación (*Zurechnungsfähigkeit*) recíprocamente⁴⁷. Esta atribución se muestra infundada respecto de un interviniente si éste cambia su rol de participante por el rol de observador que adopta una actitud objetivante.

⁴⁴ Sobre esto y en lo siguiente sobre todo HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 vols., 1981; EL MISMO, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, pp. 595 y ss., y *passim*; EL MISMO, *Faktizität und Geltung*, 1992.

⁴⁵ Desde un punto de vista empírico-genético también DUX, *Der Täter hinter dem Tun*, 1988, pp. 43 y ss.

⁴⁶ Véase TUGENDHAT, *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, 1976, pp. 497, 518 y ss.

⁴⁷ Acerca de las condiciones de la personalidad recíprocamente atribuidas KINDHÄUSER, GA, 1989, pp. 493, 500 y ss.; esta personalidad no corresponde, según «la naturaleza de las cosas», a las personas jurídicas, acerca de las cuales HÄUßLING preguntaba en la discusión.

Para coordinar intereses mediante el entendimiento comunicativo, *ego* no sólo tiene que exponer su punto de vista, sino que con ello debe orientarse principalmente a la comunicación, efectuando un intercambio de perspectivas. Para que *ego* pueda manifestarse de manera que *alter* le entienda, debe previamente colocarse en el rol de *alter* y considerarse desde aquella perspectiva. De esta manera, *ego* consigue, por otra parte, la propia comprensión individual: *ego* aprende a entenderse a sí mismo y a entender su rol en la interacción recíproca mediante la asunción del rol de los demás. En el proceso discursivo del entendimiento referido a las coordinaciones de acciones no hay, pues, una subjetividad articulada atomísticamente ni un abandono de la individualidad a través de una inclusión en la colectividad, sino la obtención de autonomía individual mediante el intercambio de perspectivas: la consideración del rol del otro es necesaria para el descubrimiento y la constitución de la propia identidad⁴⁸.

La racionalidad requerida por la comunicación orientada al entendimiento no es de naturaleza instrumental. Quien asume la carga de fundamentar discursivamente las pretensiones de verdad y de validez, expresa, al mismo tiempo, que la realidad y la validez no se pueden descubrir mediante el engaño o las manipulaciones de la opinión. Con la admisión de un diálogo racional se reconoce de manera implícita el principio de que solamente vale la coacción del mejor argumento⁴⁹. Éste es el principio discursivo la igualdad de derechos y de la co-responsabilidad solidaria de todos los intervinientes⁵⁰. Este reconocimiento no

⁴⁸ Que el sujeto descubra su identidad a través del intercambio comunicativo de perspectivas, ciertamente no excluye la reflexión mediante el uso de la razón, y precisamente ya en los límites que el lenguaje pone al sujeto; cfr. WITTGENSTEIN, *Tractatus* (escritos, vol. 1), 1960, párrafo 5.6: «Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo».

⁴⁹ Se trata de la aceptación de un principio y no de una interpretación de los participantes como sujetos racionales de la filosofía idealista, como MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, pp. 127 y ss., objeto a HABERMAS.

⁵⁰ Mi punto de partida no se encuentra fundamentado en una ética del discurso con pretensión de fundamentación última. Más bien, parto de un racionalismo crítico que señala que ha de buscarse discursivamente coordinaciones justas

supone asumir que este principio ya está realizado, sino sólo que ha ser considerado como idea regulativa del entendimiento comunicativo: es presupuesto contra-fácticamente como condición de posibilidad –y bien de la *única* posibilidad– para soluciones pacíficas a los conflictos de intereses.

Ahora bien, debido a sus factores de inseguridad, ninguna situación aislada de emisión de actos de habla puede todavía producir y estabilizar ordenamiento social alguno, fundamentalmente por el riesgo de discrepancia existente. Tampoco lo que WITTGENSTEIN llama «forma de vida»⁵¹, esto es, el consenso de trasfondo no explicitado acerca de los modelos comunes de interacción y las lealtades que subyace a todo entendimiento lingüístico⁵², es capaz de proporcionar esta estabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que, con el transcurso de la evolución social, el espacio no problemático de certezas y formas de acción prohibidas es cada vez menor. En proporción a ello, el espacio de los ámbitos individuales de libertad aumenta, y estas libertades necesitan, en la medida en que están entremezcladas en un ámbito social, de la coordinación normativa sobre la que los intervinientes deben ponerse de acuerdo. En un mundo secularizado, la prestación del entendimiento orientado a la integración social es asumida, de modo determinante, por el derecho⁵³.

de la acción, pero que no tienen una pretensión de infalibilidad, sino que, por el contrario, están sujetas, tanto respecto de los hechos, como también de las valoraciones, al continuo proceso de examen crítico.

⁵¹ Véase solamente *Philosophische Untersuchungen* (escritos, vol. 1), 1960, § 241; sobre esto también KINDHÄUSER, *Intentional Handlung*, 1980, p. 41 (con amplias referencias). Cfr., también el concepto del mundo de la vida (*Lebenswelt*) –teóricamente más desarrollado– en HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1992, pp. 37 y ss. El mundo de la vida es una relación –reproducida mediante la comunicación– de tradiciones culturales mezcladas, de ordenamientos legítimos y de identidades personales. Al mundo de la vida pertenecen también las instituciones que se presentan con una pretensión de indiscutible autoridad (el tabú del incesto), y en la que se fusionan facticidad y validez; la validez tiene la fuerza de lo fáctico. Este allanamiento de la tensión entre facticidad y validez confiere estabilidad a la certeza obtenida del mundo de la vida y la inmuniza contra la presión de la experiencia creadora de contingencias.

⁵² Véase también SEARLE, *Ausdruck und Bedeutung*, 1982, pp. 139 y ss.

⁵³ Sobre esto y para lo que sigue, especialmente HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1992, pp. 41 y ss., 61 y ss., y *passim*.

3. Legalidad y legitimidad

El derecho contribuye a la integración social a través del doble modo de validez de sus normas. Por un lado, el derecho puede impedir el acceso a aquello que está situado en el ámbito de lo posible, pero fuera de lo debido, mediante los medios coactivos que le caracterizan. En este sentido, el espacio de juego para la acción del individuo es *fácticamente* reducido al ámbito de lo debido, aunque ciertamente en un plano instrumental. Esto es el aspecto exterior del derecho en el sentido de KANT⁵⁴, la conformidad exterior del comportamiento con la norma, el actuar en un marco legal.

Pero si es efectivo, por otro lado, que la integración social transcurre sobre el actuar orientado al entendimiento, entonces ciertamente la coacción instrumental será una *condicio sine qua non* para la seguridad de los límites entre legalidad e ilegalidad, pero en todo caso sólo secundaria. La carga principal para la coordinación de los espacios libres recae sobre el proceso discursivo, cuyo objeto es la correcta fijación de los límites para la acción permisible. Al mismo, este proceso desarrolla, como ya se mencionó, las consecuencias del compromiso y, sobre todo, del auto-compromiso, y ciertamente sólo en razón de sus reglas pragmáticas; los intervinientes en la comunicación orientada al entendimiento se declaran competentes para el cumplimiento de las pretensiones que ellos mismos han entablado. La recíproca atribución de capacidad y de voluntad para cumplir y mantener los compromisos asumidos es el equivalente, en el nivel de la teoría del derecho y de la comunicación, del libre albedrío metafísico.

La dimensión de la integración social que, más allá de la facticidad del ordenamiento, da sentido, racionalidad y justicia a éste, es la dimensión de la legitimidad. Esta dimensión no es un mero decorado redundante e idealizado que la facticidad del derecho, valga la redundancia, adorna con un polvillo metafísico, sino que es el primer momento de la integración social como dimensión de la perspectiva interna del entendimiento comunicativo acerca de normas. Max WEBER puso en claro que los ordenamientos sociales sólo son persistentes en tanto sean legítimos, pues las puras regulaciones

⁵⁴ Véase *Metaphysik der Sitten* (nota 2), p. 324.

de la conducta por una habituación irreflexiva o por determinadas situaciones de intereses no constituyen todavía un ordenamiento. Si el acuerdo de validez descansa en las expectativas de comportamiento, éstas han de poseer, ante todo, una chance de verificación empírica⁵⁵. Ciertamente, este consenso de validez no pretende que las normas sean seguidas por su legitimidad, pero sí que las normas exhiban una cierta pretensión de validez frente a los afectados⁵⁶. La expectativa de que las normas sean seguidas no puede concebirse como una mera prognosis de sucesos futuros, sino que implica también el sentido normativo, emocionalmente arraigado, de ser *justa*⁵⁷. La fuerza socialmente integradora del derecho sólo puede desplegarse, como ya se ha dicho, si al seguimiento fáctico de las normas, garantizado mediante su reforzamiento sancionatorio, se asocia legitimidad.

Como consecuencia de lo hasta ahora señalado, un concepto de culpabilidad funcional que pretenda determinar su objeto a partir de la observación de la mecánica de imputación que estabiliza la norma, debe también comprender la prestación de integración que es propia del discurso de legitimidad⁵⁸; en este sentido, las pinturas de horror acerca de una funcionalización del derecho penal carecen

⁵⁵ WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1956, pp. 22 y ss.; ya en ROUSSEAU, *Der Gesellschaftsvertrag*, libro 1, capítulo 3; véase también HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, pp. 577 y ss. (con amplias referencias).

⁵⁶ Véase WEBER (nota 55), p. 23.

⁵⁷ Véase HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, 1991, pp. 144 y ss.

⁵⁸ Esto no sólo no es desmentido por JAKOBSS, sino que es evidenciado con su fórmula del principio de culpabilidad como condición de estabilidad del ordenamiento social (cfr. solamente, *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 8 y *passim*). Por eso, HIRSCH no es coherente cuando, por un lado, reprocha a este punto de partida la dependencia del principio de culpabilidad a la correspondiente constitución de la sociedad que conduce a una absoluta manipulabilidad del concepto de culpabilidad –especialmente al no ser excluidas las desorientaciones temporales del ciudadano medio (creencias mágicas, odio de razas, etc.)–; pero, por otro lado, cimienta el libre albedrío, determinante de un concepto tradicional de culpabilidad, en la auto-comprensión general vivida de los destinatarios del derecho, e incluso postula «que con las amenazas de pena y también la pena misma se está refiriendo, en especial medida, a esta auto-comprensión del ser humano»; ZStW 106 (1994), pp. 746, 753, 763.

de fundamento objetivo⁵⁹. Al concepto de culpabilidad funcional hay que objetar, sin embargo, que desde la perspectiva del observador no se deja reconstruir adecuadamente el sentido de la perspectiva interna; concretamente: que las funciones sistémicas no pueden convertirse, sin rupturas, en normas y relaciones de medio-fin⁶⁰. Un ejemplo sencillo: difícilmente se puede deducir de la función estabilizadora de las cifras negras constatadas externamente que no se deja reconstruir adecuadamente la persecución penal deba o quiera proceder sólo selectivamente⁶¹. Precisamente si la imputación de culpabilidad es situada conceptualmente en relación con la tarea de integración social del derecho, a la perspectiva interna referida a la legitimidad pasa a corresponder el papel principal⁶².

III. Fidelidad al Derecho en un Estado social y democrático de Derecho

1. Autonomía y lealtad comunicativa

En este apartado nos planteamos la cuestión de cómo la legitimidad de las normas, relevante para la culpabilidad, puede desembocar en su legalidad. El punto inicial de una respuesta es aceptar que no hay, en una sociedad secularizada y pluralista, fundamentos

⁵⁹ Véase el análisis desapasionado y desprejuiciado de FRISTER, *Die Struktur des «voluntativen Schuldlements»*, 1993, pp. 74 y ss., 95 y ss. y *passim*; véase también, sin embargo, acerca de los puntos de partida utilitaristas que tienden a la instrumentalización, BURKHARDT, en BAUMGARTNER *et al.* (ed.), *Schuld und Verantwortung*, 1983, pp. 51, 63 y ss.

⁶⁰ Véase también FRISTER (nota 59), pp. 80 y ss.; NEUMANN, *ZStW* 99 (1987), pp. 567, 592 y s.; OELMÜLLER (nota 43), p. 12; SCHILD, *GA* 1995, pp. 101, 119 y ss. La misma objeción afecta al así denominado análisis económico del derecho penal; cuyas explicaciones parcialmente contundentes –véase solamente ADAMS/SHAVELL, *GA*, 1990, pp. 337 y ss.– en nada alteran la circunstancia de que el modelo no reconstruye adecuadamente, desde la perspectiva interna, el sentido de la atribución de culpabilidad y la determinación de la pena.

⁶¹ Además, desde la perspectiva del observador tampoco pueden formularse criterios de interpretación, lo que es especialmente patente en las nuevas normas no implementadas o, lo que es lo mismo, la «funcionalización» de dichas normas. Sobre la correspondiente problemática de la investigación de la cifra negra, véase KREUZER, *NSStZ*, 1994, pp. 10 y s. (con amplias referencias).

⁶² De esto también se deduce que la estabilidad de la norma es un concepto cuantitativo cuyo específico establecimiento jurídico-penal sólo puede producirse normativamente.

sustanciales *a priori* para legitimar las normas que regulan el comportamiento⁶³. De ahí que la legitimidad solamente pueda ser extraída de la autonomía de los intervinientes en el proceso de integración social. Con ello se acepta, al mismo tiempo, que el individuo no puede ser subordinado como medio para la obtención de fines heterónomos –como, por ejemplo, a la voluntad de terceros, a una orientación objetivada del bien común o a la utilidad del sistema.

Centrar la legitimidad en la autonomía no lleva consigo el retorno a la idea de una legislación racional subjetivista. Se parte de que la misión del derecho es contribuir a la integración social y, ciertamente, no de cualquier manera, sino correctamente; esto es, teniendo en cuenta los intereses de todos los afectados, pues una determinación de la coordinación de la acción conforme a la racionalidad individual no entra aquí en consideración⁶⁴. Con esto no se discute, por ejemplo, que la libertad de *ego* y de *alter* estén dispuestas en una relación recíproca, sino solamente que la determinación de estas relaciones –esto es, la determinación de los límites– pueda estar confiada a la racionalidad individual. Puesto que los juicios racionales individuales no tienen por qué coincidir perfectamente entre sí⁶⁵, sucede que, de tener la racionalidad individual la última palabra, resultaría imposible alcanzar una delimitación consensuada de las libertades, de modo que si *ego* es más poderoso, *alter* se verá determinado heterónomamente⁶⁶. El límite adecuado y justo para

⁶³ Véase también ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1972, pp. 12 y ss.; la posición contraria vehementemente sostenida por NAUCKE, en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M., 1995, pp. 483 y ss.

⁶⁴ Preciso y contundente GÜNTHER, *KJ*, 1992, pp. 178, 193 y ss. FLETCHER, *Loyaltät*, 1994, p. 8, muestra cómo un liberalismo racional puede encontrarse en conflicto con representaciones religiosas o éticas en virtud de la (posible) incompatibilidad de la moral universalista y la representación de una alianza entre Dios y el pueblo judío.

⁶⁵ Véase también ZACZYK, *ARSP* –cuaderno 56 (1994), pp. 105, 120: «Dónde discurre la línea entre mi esfera jurídica y la de los demás, no soy capaz de precisarlo válidamente para los demás». Forman parte de las causas, por ejemplo, las «cargas de la razón» mostradas por RAWLS; véase EL MISMO, *Die Idee des politischen Liberalismus*, pp. 336 y ss.; también GEIS, *JZ* 1995, pp. 324, 329 y ss.

⁶⁶ En la teoría se elude el problema, puesto que el teórico desarrolla ahistorica y especulativamente un modelo, de cómo y en qué se ponen de acuerdo los

ambas partes sólo puede ser obtenido a través del entendimiento. Este entendimiento tiene que descansar en una cierta lealtad, en el sentido de una co-responsabilidad solidaria por la obtención del entendimiento, sin que la libertad del individuo quede desplazada a favor de deberes de virtud patriótica. Por eso ha de buscarse un modelo que vincule la cooperación discursiva con los derechos subjetivos de libertad.

El concepto fundamental de la coordinación de la acción orientada al entendimiento es el de *autonomía comunicativa* del individuo. Esta autonomía consiste en la capacidad y la autorización recíprocamente atribuidas para tomar posición frente a pretensiones de validez como un participante libre e igual en la comunicación orientada al entendimiento⁶⁷.

En el entendimiento acerca de normas –las cuales son coordinaciones de acciones generalmente válidas y previstas para ser persistentes– cada participante desempeña un doble papel. Por un lado, es autor de la norma y, por otro, se constituye, al mismo tiempo, en destinatario de la norma, la cual le asigna un espacio de juego para la acción. En tanto alguien que establece normas, el participante goza de autonomía pública. Como alguien a quien se conceden, a través del entendimiento, espacios de juego para la acción, al mismo corresponde un ámbito de autonomía privada; sólo él determina cómo ha de aprovecharse de su espacio de juego para la acción. Vistas de este modo, autonomía pública y autonomía privada no son más que dos costados de la autonomía comunicativa que se despliega en el entendimiento acerca de la coordinación de la acción.

seres racionales por medio de la razón (¿razón de quién?); por ejemplo WOLFF, *ZStW* 97 (1985), pp. 786, 814 y ss. El proceso global de la integración social –incluyendo la racionalidad subjetiva e intersubjetiva que se forma en ese mismo proceso– queda apartado. Precisamente en contra ZIPPELIUS, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 1994, p. 72: «El derecho, que ha de delimitar recíprocamente y de forma externa las libertades de los seres humanos, no puede entenderse como un esquema para la plena coexistencia de la autonomía moral-individual».

⁶⁷ Véase también, GÜNTHER, en KOLLER et al. (ed.), *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik*, ARSP –cuaderno 51 (1991), pp. 58 y ss.

Para el modelo del entendimiento cooperativo con base en la autonomía comunicativa, resulta imprescindible una determinada medida de lealtad, la cual comprende la disposición de reconocer una posibilidad de toma de posición a cada individuo potencialmente afectado por el sostenimiento de una determinada pretensión de validez. Sin esta mínima solidaridad no puede haber entendimiento. Este supuesto imprescindible para la coordinación de la acción orientada al entendimiento puede ser denominado *lealtad comunicativa*.

La dimensión discursiva del modelo, hasta aquí esbozada, inequívocamente posee rasgos comunitaristas; se trata de hacer posible una libertad común a través de la cooperación. La esencia de esta libertad –si se quiere, positiva– es, según el teórico del comunitarismo TAYLOR⁶⁸, «la participación en el autogobierno», y esta participación «es entendida como capacidad para tomar parte, al menos de vez en cuando, en la formación de un consenso dominante, con el que puede identificarse en unión con los demás». En este sentido, se exige «de nosotros como ciudadanos –así TAYLOR– una fidelidad y un cuidado comunes para con determinadas instituciones históricas como bastión común de nuestra libertad y dignidad».

Sin embargo, aún es necesario atender al otro elemento del modelo, en tanto las coordinaciones de la acción son producidas jurídicamente. En este caso, la autonomía –tanto pública como privada– resulta juridizada. Los intervinientes toman parte en el entendimiento al modo de ejercicio de derechos, y así se entienden simultáneamente acerca del derecho, y en lo que aquí interesa, sobre todo acerca de los derechos subjetivos⁶⁹.

El derecho subjetivo, como tal, no es deducible de la racionalidad intersubjetiva del discurso, precisamente porque el derecho subjetivo implica libertad negativa: los derechos subjetivos son también,

⁶⁸ TAYLOR, Charles, en HONNETH (ed.), *Kommunitarismus*, 1993, pp. 126 y s.

⁶⁹ Sobre el común origen de la autonomía privada y pública cfr. GÜNTHER, KJ, 1994, p. 470; HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1992, pp. 109 y ss. Críticamente sobre esto BLANKE, KJ, 1994, pp. 439, 455 y ss.; KÖHLER, *Rechtsphilosophische Hefte*, 1994, pp. 133 y ss.; KUPKA, KJ, 1994, p. 461.

particularmente como derechos humanos, derechos de rechazo. Ellos permiten participar en, pero también rehusarse o, lo que es lo mismo, distanciarse de la racionalidad intersubjetiva; un derecho negativo de la libertad es también un derecho a la irracionalidad⁷⁰. En este sentido, un elemento disociativo –o en palabras de HEGEL un momento de discordia⁷¹– pasa a formar parte de la integración social que necesita de la cooperación racional. La sociedad establecida democráticamente, que se constituye por medio del discurso jurídico y se reproduce continuamente al parecer tiene que soportar, hasta cierto punto, la carga explosiva de su atomización y de su resquebrajamiento.

Sin embargo, los derechos negativos de la libertad se pueden interpretar sin reducciones materiales, como sobre todo ha mostrado Klaus GÜNTHER⁷², de manera que sean compatibles con el modelo de la comprensión comunicativa expresada jurídicamente. Bajo el aspecto de la autonomía comunicativa, los derechos subjetivos tienen dos costados. En uno, el titular puede, en el marco de su derecho, hacer y dejar de hacer instrumentalmente lo que quiera. En la medida en que él se mueva dentro de su derecho, es eximido de la obligación de lealtad comunicativa: él no tiene que estar pendiente de la toma de posición de los demás. Esta faceta del derecho subjetivo es la del *espacio libre de comunicación*. De otra parte, el ejercicio de un derecho implica el consenso de los afectados acerca de la acción respectiva. Pues el derecho subjetivo resulta de un acuerdo normativo con los demás, esto es, representa un entendimiento ya acontecido y registrado. Con ello, el ejercicio de un derecho subjetivo excluye una eventual lesión de la autonomía comunicativa de otros⁷³. En este sentido, se puede definir al derecho subjetivo como consenso previo al ejercicio de la libertad instrumental⁷⁴. Esta consideración

⁷⁰ Véase WELLMER, *Endspiele: Die unversöhnliche Moderne*, 1993, pp. 39, 47.

⁷¹ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. por MOLDENHAUER et al., 1986, § 184 (p. 340).

⁷² GÜNTHER, *KJ*, 1994, p. 470.

⁷³ La posibilidad del abuso de un derecho subjetivo, de este modo, ciertamente no queda excluida.

⁷⁴ Sobre esto también HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1992, p. 112, apoyándose en VON SAVIGNY.

vale, de igual modo, para los derechos subjetivos privados y públicos, que únicamente aluden a distintos ámbitos objetivos. Además, es claro que en virtud de la autonomía comunicativa también pueden ser transmitidas competencias a instituciones *supra*-individuales o, en cualquier caso, colectivas.

Con el abandono del espacio de libertad atribuido a través del reconocimiento de un derecho subjetivo resurge el vínculo de lealtad comunicativa. El abandono del espacio de libertad solamente no es desleal si tiene lugar a través del entendimiento; el principio «volenti non fit iniuria» encuentra aplicación aquí. Por el contrario, el sujeto que instrumentalmente abandona su espacio de libertad lesiona la autonomía comunicativa del o de los afectados, máxime si así lesiona derechos de terceros. Visto más de cerca, el quebrantamiento de la norma, el abandono contrario a derecho del propio espacio libre de comunicación, lesiona la autonomía comunicativa de los demás en dos sentidos distintos. De un lado, el seguimiento de la norma por parte de todos es condición necesaria de la aceptabilidad de la norma. Esto cuenta como condición general de racionalidad de las normas, pues sólo bajo el supuesto de que *ego* y *alter* sigan la norma pueden ellos cada aprobar la norma. De otro, el quebrantamiento de la norma lesiona la posibilidad de que los afectados por ella tomen posición acerca del comportamiento en cuestión. El quebrantamiento de la norma instrumentaliza a los demás mediante la ruptura y el rechazo de la comunicación; el quebrantamiento de la norma niega, por tanto, la integración social realizable sin violencia a través del entendimiento leal.

2. Legitimación democrática

Ahora bien, ¿cómo se comporta este modelo de entendimiento leal de cara al establecimiento democrático de normas de comportamiento? El proceso democrático del establecimiento de la norma no tiene que producir necesariamente un resultado justo, ni darse por terminado después de la decisión⁷⁵. La racionalidad de la norma es provisional, y por principio falible. La democracia solamente puede

⁷⁵ Sobre la relación entre discurso y democracia –de forma crítica, pero también muy clarificadora– SCHEIT, *Wahrheit, Diskurs, Demokratie*, 1987, pp. 370 y ss.

establecer los presupuestos para un entendimiento que considere adecuadamente los intereses afectados, pero no proporcionar compromisos definitivamente vinculantes. De este modo, interpreto la demostración no sólo como soberanía popular, sino también y precisamente como dominio del derecho. Esto significa que la integración social mediante el entendimiento democrático es un proceso abierto de formación de opinión⁷⁶, en el que solamente hay posiciones que navegan. En palabras de Martín KRIEGLER⁷⁷: «Todo está en evolución. También la tesis más firme reforma su función por la evolución del entorno. ... Nadie puede decir que su parecer sea absolutamente racional. No hay más que grados de plausibilidad y posibilidad de sostenimiento de una tesis. Por ello, no hay otra medida que la del consenso más amplio y duradero posible». Así, la legitimidad de la norma en el procedimiento democrático resulta de su depuración mediante el «challenge and answer», siempre, claro está, ante el trasfondo de la estimación empírica de la evolución jurídica. La piedra angular de este juicio de experiencia acerca de la justa integración social de intereses es la constitución.

Ahora bien, para no ser mal entendido: no abogo por una simple sustitución de los criterios jurídicos de legitimación por puras decisiones de la mayoría. El punto de partida es, más bien, la consideración de que las normas son válidas en cuanto a su contenido allí donde los afectados pueden darles aprobación. Sin embargo, este criterio de validez no puede —paralelamente al problema de la inducción en las ciencias naturales— quedar limitado por nuestros horizontes de acción y de experiencia. En este sentido, toda norma es falible y debemos esforzarnos por falsearla, de manera que

⁷⁶ Ciertamente, los principios morales mismos son, en la evolución jurídica occidental, considerablemente constantes. La modernización resulta del atribuir críticas variadas al correspondiente hecho-base relevante; sobre todo, se reforma la valoración de aquello que es igual o desigual. Así es, por ejemplo, el modo de considerar, en las últimas décadas, la homosexualidad, el rol social de las mujeres y la educación de los niños. Pero no para una transformación de los principios morales, sino para volver a revisar la admisión de los hechos; por ejemplo, en el reconocimiento del error de poder forjar seres humanos de buen carácter a través del castigo corporal. Véase también WELLMER, *Ethik und Dialog*, 1986, pp. 122 y ss.

⁷⁷ *VVDStRL* 29 (1971), pp. 46, 53.

busquemos casos en los cuales ella no hace justicia a los intereses de los posibles afectados; institucionalizar esto es, en concreto, objeto de la oposición parlamentaria, pero también, informalmente, tarea de la ciencia del derecho y de los medios de comunicación. Cuanto más inútilmente discurre la búsqueda, tanto mayor será la presunción de que la norma es susceptible de consenso general; esto es aplicable, por ejemplo, para el núcleo estable de las normas jurídico-penales de conducta —por ejemplo, la prohibición del homicidio o de la violación⁷⁸.

No obstante, puede decirse que, en cuanto el proceso de establecimiento de la norma trascurre jurídicamente —derecho a voto, mandato libre, etc.—, el titular tiene libertades instrumentales y no tiene que actuar orientado al entendimiento. Ésta es la cotidianeidad de un sistema parlamentario. Ciertamente, podemos exigir a los parlamentarios y, con ello, a la mayoría, que argumenten en pos del consenso, pero no podemos obligarlos a una motivación correcta, pues aquí también el mandato de neutralidad encuentra vigencia irrestricta. La posibilidad de una dictadura de la mayoría, que es una situación de importancia general y estructuralmente no eliminable del todo —esto es, inmanente al derecho—, sólo puede restringirse jurídicamente: mediante proposiciones jurídicas fundamentales de la constitución que están protegidas frente a las inestabilidades políticas de la opinión pública, mediante derechos que posibiliten la protección de la personalidad y de las minorías, mediante reglas procesales y reglas del «fair play», mediante pretensiones y obligaciones de fundamentación, mediante un distanciamiento institucionalizado del rol de los titulares de la decisión, mediante la aplicación y el perfeccionamiento jurídico de la justicia y su ejecución, etc. Esto es lo que pienso de una democracia bajo el dominio el derecho⁷⁹. Brevemente: el derecho sólo puede garantizar su racionalidad de forma jurídica; esto es, bajo una diferenciación

⁷⁸ Dado que estas normas son constitutivas para nuestra forma de vida, en lo referente a su validez existe un consenso de fondo —por lo general no puesto en tela de juicio—, que a su vez lleva a que se les reconozca un prestigio «de derecho natural», en cualquier caso parece prácticamente excluida la admisibilidad de un error de prohibición.

⁷⁹ Véase también ZIPPELIUS (nota 66), pp. 67 y ss., 110 y ss.

—lo más amplia posible— de la autonomía comunicativa en espacios de libertad pública y privada, en derechos coercitivamente reforzados y contra-derechos de control, en una representación materialmente adecuada y en el proceso argumentativo de la producción de decisiones.

Un concepto de consenso que sea adecuado a lo anterior todavía requiere de una aclaración. *Grosso modo* cabe distinguir tres formas de consenso en que puede desembocar el entendimiento⁸⁰: un denominado *consenso de trasfondo*, que es el presupuesto del entendimiento, el cual se refiere a la forma común de vida, a las convicciones y valoraciones comunes, y, sobre todo, al lenguaje común; este consenso no es puesto en tela de juicio⁸¹. Puede que en una situación ideal el discurso pueda llevar a que los intervinientes no sólo alcancen un resultado compartido, sino que también estén conformes con las razones que conducen a este resultado. Sin embargo, un tal *consenso de argumentación* no es necesario para el modelo aquí sostenido de la coordinación jurídica de la acción orientada al entendimiento; basta con que los intervinientes alcancen un *consenso de resultado*, de manera que acepten el resultado sin necesidad de que compartan también, para ello, las razones ofrecidas. En este sentido, un consenso de resultado es, precisamente, un compromiso.

Ahora bien, ha quedado claro que el derecho legitimado democráticamente debe ser neutral frente a los motivos para el seguimiento de sus normas, al menos por dos consideraciones: el mismo ha de que renunciar a normar tales motivos no sólo por falta de coercibilidad empírica, sino también —a consecuencia de la falibilidad de la norma— por una falta de fuerza racionalmente vinculante de convicción en la argumentación. Una norma establecida democráticamente no puede presentarse bajo una pretensión de corrección sustantiva susceptible de comprobación. Por consiguiente, la culpabilidad jurídica no puede implicar un reproche de ceguedad moral-racional, ni menos de perversidad.

⁸⁰ Respecto de la terminología véase GIEGEL, en EL MISMO (ed.), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, 1992, pp. 7, 9.

⁸¹ Acerca del consenso pragmático del entendimiento WELLMER, en GIEGEL (ed.), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, 1992, pp. 18 y ss.

3. Criterios de culpabilidad material

Ahora bien, ¿es posible, después de todo, la culpabilidad material, considerando la falta de seguridad respecto de la infalibilidad de la norma quebrantada (legitimada democráticamente)? La respuesta será negativa si la culpabilidad material ha de descansar en la racionalidad individual o en la adhesión a la comunidad, pues ni la racionalidad individual ni la virtud son elementos constituyentes del derecho, al cual se halla referida la culpabilidad en tanto culpabilidad jurídica. La respuesta será, por el contrario, afirmativa en la medida en que la culpabilidad material se halle referida a los constituyentes del derecho, que son la autonomía comunicativa y la lealtad comunicativa, pues el quebrantamiento de una norma establecida democráticamente lesiona la autonomía comunicativa de los intervinientes en los mismos términos en que lo haría el quebrantamiento de una norma absolutamente válida. En virtud del anclaje del derecho en la autonomía comunicativa, el derecho legislado no es un reflejo más o menos deformado de un derecho *supra*-positivo infalible, del cual se derive su corrección, sino que es un derecho positivamente existente y al mismo tiempo correcto de conformidad con el *status quo* del entendimiento en el discurso. No hay un derecho previo al entendimiento al cual, en cierto modo, sólo faltase ser ratificado, sino que el derecho es simplemente establecido a través del entendimiento. El derecho puede ser «mejorado», ciertamente, pero sólo a través del entendimiento. Lo cual significa: el espacio libre de adhesión, representado por el derecho subjetivo, es dependiente del entendimiento, con total independencia de cuán exitoso o afortunado sea *de facto* el entendimiento.

Así pues, aun si el espacio de juego para la acción del individuo es fijado exclusivamente por normas provisionalmente racionales, éste sólo puede ser modificado legítimamente a través de un entendimiento leal. Con el quebrantamiento de la norma el autor niega el entendimiento sobre el cual descansa la norma y así también la autonomía comunicativa de los intervinientes, con independencia de si el autor considera —por las razones que fuere— que la norma es irracional o injusta. No es su racionalidad, sino la lealtad comunicativa frente a la autonomía de los demás, lo que vincula al autor con la norma. Es evidente que una lealtad comunicativa así circunscrita, en la cual descansa el efecto vinculante, con carácter

legitimador, de las normas democráticas, cuenta como fidelidad al derecho. En un Estado democrático de derecho, la culpabilidad es, formulado aún de manera sumamente genérica, un actuar que expresa una falta de fidelidad al derecho –esto es, un déficit de aquella lealtad comunicativa que hace en general posible el entendimiento que asume forma jurídica. Un concepto de culpabilidad así entendido implica sin duda también un *vis a tergo* que morigera la culpabilidad: una socialización del autor en que no se manifestó suficientemente el actuar orientado al entendimiento.

Bajo estos presupuestos, por lo demás, los defectos en las capacidades comunicativas han ser razones para la exclusión de la culpabilidad, mientras que como exculpantes han de operar aquellas circunstancias bajo las cuales deja de ser esperable una muestra de lealtad frente a otro cualquiera. Un ejemplo de ello es el estado de necesidad exculpante. Y del mismo se puede explicar la regla de excepcional del § 35 inc. 1 parr. 2 del código penal (StGB): aquí no se trata de la supuesta admisibilidad específica de una carga de presión psíquica para ciertos grupos de personas⁸², así como tampoco de una necesidad preventiva de castigo⁸³. Bajo las condiciones de un estado de necesidad, por regla general se deja de esperar una muestra general de fidelidad al derecho, dado que las lealtades específicas son consideradas, en principio como, prioritarias⁸⁴. Pero quien pone en claro, por ejemplo, mediante la adopción de determinados oficios, que está dispuesto a responder ante todos en una medida especial –esto es, no sólo ofrece a todos una solidaridad mínima, sino una específica lealtad–, no puede luego invocar, en una situación de necesidad, estar meramente obligado a una solidaridad de rango inferior frente a terceros. Lo mismo vale para aquel de quien, en virtud de la causación de un peligro cabe esperar, en lugar de la medida general fidelidad al derecho, la lealtad específica propia de un garante frente a las personas puestas en peligro por él.

⁸² Así por ejemplo HIRSCH, ZStW 106 (1994), pp. 746, 756 y ss.

⁸³ Así por ejemplo ROXIN, *Allg. Teil*, 2ª ed., 1994, § 19 n.m. 3.

⁸⁴ Similarmente, aunque sin esta especificación, habla JESCHECK, en LK, ante § 13 n.m. 72, de la expectativa de un alto grado de fidelidad al derecho.

Es posible que siga sin responderse la pregunta de qué autoriza a que el individuo pueda ser gravado con una expectativa general de fidelidad al derecho: dado que sólo a través del entendimiento el derecho sólo puede desempeñar su tarea de hacer posible una integración social no violenta, la prohibición del desprecio desleal de la autonomía comunicativa de los demás ha de tenerse por la –falible– norma fundante del derecho. Esta norma fundante no puede ser demostrada mediante una fundamentación última de carácter absoluta, ni a través de una inferencia racional subjetiva; ella se justifica jurídicamente a sí misma como parte de nuestra forma de vida. La lealtad es una experiencia fundamental de esta forma de vida, que por lo demás es presupuesta recíprocamente por los intervinientes en cada entendimiento. En este sentido, la lealtad comunicativa es un rasgo definitorio de la persona de derecho. Pero también frente a esta norma fundante del derecho rige el mandato de neutralidad. Nadie puede ser forzado jurídicamente a seguir las normas jurídicas por consideración a la autonomía comunicativa de otros. Lo que no puede haber, sin embargo, es un derecho a lesionar deslealmente la autonomía comunicativa de los demás. La fidelidad al derecho no es exigida positivamente, sino que a través del reproche de culpabilidad se desaprueba el déficit de la misma que se manifiesta en el quebrantamiento de la norma⁸⁵. Con ello, al mismo tiempo, resulta claro por qué la comprobación de la culpabilidad material no puede ser un paso dogmático explícito de la imputación: la imputación de culpabilidad no representa sino una refutación aislada –esto es, referida al quebrantamiento de la norma– de la hipótesis general de fidelidad al derecho.

4. Protección de bienes jurídicos

Las consideraciones ofrecidas hasta aquí necesitan todavía de algunas modificaciones desde el punto de vista del Derecho penal; ellas sólo se han referido de forma genérica a las normas legitimadas democráticamente, sin tener en cuenta las particularidades jurídico-penales. Sin embargo, todavía tiene que establecerse una conexión

⁸⁵ Así, la lealtad no es exigida –en contra de las objeciones de SCHREIBER y HIRSCH en la discusión–, como prestación positiva de parte de los individuos.

entre el fin de protección de la norma quebrantada y el reproche de culpabilidad que fundamenta la pena. De la interpretación de la culpabilidad jurídico-penal como déficit de lealtad comunicativa se sigue que la tarea del Derecho penal es la protección de las condiciones elementales de la integración social orientada al entendimiento y por ello no violenta⁸⁶. Se trata así del injusto jurídico-penal como menoscabo de las condiciones bajo las cuales pueden ser coordinadas las acciones conforme a una orientación al entendimiento⁸⁷.

Los bienes jurídicos pueden ser definidos a la luz de la autonomía comunicativa, y justamente como determinadas propiedades de personas, cosas o instituciones que posibilitan o aseguran la participación libre e igual en el entendimiento normativo⁸⁸. Dentro de esta protección también se halla comprendida la esfera privada que marca el ámbito que sólo puede ser objeto de comunicación con el consentimiento del titular. Dado que el entendimiento normativo jurídico-penalmente relevante es configurado jurídicamente, los bienes jurídicos resultan ser, al mismo tiempo, objeto de derechos. En el ámbito individual, se trata de derechos subjetivos –sobre todo absolutos. Pero en la medida en que también está jurídico-penalmente garantizado el ejercicio de intereses supra-individualmente representativo y orientado al entendimiento –por ejemplo, la administración de justicia o la administración pública–, los respectivos ámbitos de protección también se encuentran delimitados a través de derechos y deberes⁸⁹.

⁸⁶ La reacción intensificada frente a hechos de violencia terrorista se puede explicar con HASSEMER, en BAUMGARTNER *et al.* (ed.), *Schuld und Verantwortung*, 1983, pp. 89, 99, en atención a que el terrorista sostiene fehacientemente que en realidad persigue más que el ostensible robo de un banco (por ejemplo) la destrucción del ordenamiento estatal y jurídico, lo cual significa: renunciar *in toto* al entendimiento.

⁸⁷ En mi opinión, desde este punto de partida se puede fundamentar criterios –que MÜLLER-DIETZ y SCHÜNEMANN echaban en falta en la discusión– para un ámbito justificado de aplicación del Derecho penal.

⁸⁸ Por ejemplo, para documentos jurídico-negociales, ZACZYK, en LÜDERSSEN *et al.* (ed.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio Prinzip*, 1990, pp. 113, 125 y ss.

⁸⁹ Este punto de partida ciertamente obliga, por ello, a reducir bienes jurídicos nebulosos –como la rectitud del desempeño de un cargo o la funcionalidad del régimen de créditos– a los contenidos de la respectiva regulación jurídica

De este modo, el derecho no necesariamente constituye sus bienes por sí mismo; aquí también entran en consideración, como bienes jurídicos, propiedades (naturales) «pre-jurídicas», como la salud o la vida. Pero ellas solamente son protegidas en tanto son objeto de derechos, donde el respectivo derecho subjetivo deviene a la vez determinante para el contenido y los límites de la protección. Tanto la demarcación de ámbitos de responsabilidad como el consentimiento justificante⁹⁰ son claros ejemplos de que el derecho penal no ofrece protección frente a la mera intervención en bienes jurídicos, sino que solamente protege frente a la lesión de derechos que recaen sobre los mismos⁹¹. Lo que esto quiere decir se deja ilustrar fácilmente de cara al ámbito nuclear de los bienes individuales. No constituye injusto la lesión corporal como tal, sino el menoscabo de la integridad corporal que se comete despreciando la aceptación del afectado. Así, el injusto es cometido cuando es lesionado el derecho del afectado a la salvaguardia de su integridad corporal.

Esta definición de los bienes jurídicos se deja adaptar a los criterios de la culpabilidad material ya enunciados: si la culpabilidad material es la falta de lealtad frente a la autonomía comunicativa de los demás, entonces esta insuficiencia se pone de manifiesto en el quebrantamiento de una norma jurídico-penal que protege condiciones de autonomía comunicativa.

IV. ¿Instrumentalización del culpable?

Para la respuesta a la cuestión de si el autor es instrumentalizado mediante la atribución de la culpabilidad jurídico-penal, puede recurrirse a la dicotomía entre acción orientada al resultado y de

que deben ser protegidos; cfr. en esta medida, KINDHÄUSER, Madrid-Symposium, pp. 125, 127 y ss. Si –y, si se diera el caso, en qué medida– los bienes del derecho penal medioambiental se encuadran en esta concepción, no se debe decidir aquí; sobre la problemática cfr. KINDHÄUSER, *Festschrift für Helmrich*, 1994, p. 967.

⁹⁰ Un ejemplo de bienes *supra*-individuales: en los delitos relativos a la prestación de testimonio (*Aussagedelikten*), el ámbito de protección es determinado mediante el objeto de la prueba, que concierne el deber de veracidad del testigo.

⁹¹ Que no necesariamente deben ser judicialmente reclamables por los individuos; sobre esto, fundamental ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987, pp. 144 y ss., y *passim*.

acción orientada al entendimiento. Ante todo la provocativa tesis del concepto funcional de culpabilidad, según la cual la culpabilidad sería un derivado del fin de la pena en el sentido de prevención general positiva⁹², ha alimentado la representación de que toda interpretación funcional, o siquiera normativa, de la culpabilidad conduciría a una instrumentalización del autor⁹³. En mi opinión, un concepto discursivo de culpabilidad ofrece, en cambio, precisamente la posibilidad de preservar la herencia de protección de la personalidad de la teoría clásica de la retribución, sin adoptar, por un lado, implicaciones metafísicas, ni excluir *a priori*, por el otro, toda forma de prevención sensata. El punto de partida es, en todo caso, que también las normas de sanción que establecen penas -y, con ello, la institución misma de la pena- no tienen otro fundamento de legitimación que su condición de resultado de un entendimiento acerca del derecho.

Dado que para mí en la reconstrucción del concepto de culpabilidad se trata primeramente de la perspectiva de los participantes, la respuesta a la pregunta por la instrumentalización del autor depende de cómo se trate al autor desde la perspectiva interna de la imputación de culpabilidad: de si la culpabilidad le es atribuida bajo una orientación al entendimiento o, por el contrario, estrictamente -es decir, para la obtención de un determinado resultado.

Una de las pocas propuestas para una interpretación del reproche penal de culpabilidad libre de fines es ofrecida en la actual discusión por los partidarios de una teoría idealista de la retribución⁹⁴, la cual -bajo una cierta simplificación- reza como sigue: el autor niega el derecho mediante el quebrantamiento de la norma, y esta negación del derecho con pretensiones de validez a su vez *tendría* que ser negada, por necesidad

⁹² Véase solamente JAKOBS, *Allg. Teil*, 2ª ed., 1991, pp. 17 y 18 y ss.

⁹³ Por ejemplo BOCK, *ZStW* 103 (1991), p. 636; OTTO, GA, 1981, p. 481; STÜBINGER, *KJ*, 1993, p. 33; véase en contra FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 85 y ss.; LUZÓN, GA, 1984, pp. 393, 396 y ss.; NEUMANN, *ZStW* 99 (1987), pp. 567, 587 y ss.

⁹⁴ Sobre la relación, en término de historia de las ideas, entre talión y retribución, por un lado, y talión y prevención, por el otro, cfr. EBERT, en JUNG *et al.* (ed.), *Recht und moral*, 1991, pp. 249 y ss.

racional, mediante la pena⁹⁵; el delito como mala voluntad existente es a su vez anulado, en su apariencia de universalidad, a través de la pena⁹⁶. En esta propuesta resulta poco clara, en primer lugar, la supuesta necesidad racional de la conexión entre el quebrantamiento de la norma y la pena: una lesión jurídica puede también ser compensada mediante la reparación⁹⁷. Sin embargo, incluso tomando al pie de la letra el punto de partida idealista y asumiendo una mala voluntad existente en el delito que sobrevive al hecho punible, en mi opinión sigue siendo incomprensible por qué y cómo esta mala voluntad puede ser suprimida del mundo mediante la pena, o bien la vigencia del derecho restituida mediante un acto de reconocimiento. Solamente el autor puede modificar su propia voluntad⁹⁸, y solamente el autor puede reconocer el derecho por él negado⁹⁹. Ello significa que el derecho, desde el punto de vista del mandato de neutralidad, deba dejar esto al juicio del autor mismo.

⁹⁵ Ya HEGEL (nota 71), § 99: «La existencia positiva de la lesión sólo existe como la voluntad particular del delincuente. La lesión de esta voluntad existente es pues la anulación del delito -que de lo contrario tendría validez- y el restablecimiento del derecho».

⁹⁶ KÖHLER, *Der Begriff des Strafe*, 1986, pp. 50 y ss.; similarmente, EL MISMO, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983, p. 38: «Si una recíproca relación de igualdad jurídica ha de seguir existiendo, la contradicción de la validez del derecho -objetivada en el hecho delictivo- necesita de anulación». Véase también ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 187 y ss., así como la pormenorizada interpretación de SEELMANN de la teoría de la pena de HEGEL, *JuS*, 1979, pp. 687, 690.

⁹⁷ Véase en contra la fundamentación de KÖHLER con vista a HEGEL: «Por eso, la indemnización no puede satisfacer, en principio, al derecho penal, puesto que a ella solamente le concierne el aspecto de lo particular, y no la cualidad del delito que reside en lo lesivamente general» (ARSP 1989, pp. 265, 267). ¿Pero por qué tampoco lo lesivamente general no ha de poder ser objeto de una reparación (simbólica)?

⁹⁸ Con esto, el autor no debería entenderse como sujeto empírico, sino que solamente debería ser honrado como ser racional. La pregunta se ubica entonces en por qué la pena correspondiente, por lo general, debe ajustarse a los presupuestos empíricos del reproche de culpabilidad (motivo del hecho, socialización, etc.).

⁹⁹ Además, tampoco se percibe, hasta qué punto, la mala voluntad del delincuente se presenta con la pretensión de generalizable. La tesis de que el autor pretendió con su hecho lo que él haga debe ser hecho por todos, difícilmente puede ser formulada. En general, el ladrón no quiere robarse a sí mismo y el homicida matarse a sí mismo. De esta manera, la irracionalidad del autor sólo puede consistir en que él hace algo respecto de lo cual el mismo *no* quiere, o no puede querer, que todos lo hagan; éste es precisamente el *quid* del ser «freierder».

Con el reproche penal de culpabilidad ni es restituido el quebrantamiento fáctico de la norma ni es subsanada la idealidad lesionada de la norma. Esto último es llevado a cabo declarativamente por el juicio de antijuridicidad, y no necesita de homeopatía metafísica alguna. Más bien, lo que necesita ser procesado es la *defraudación emocional* producida por el quebrantamiento de la norma¹⁰⁰. Con ello no quiero decir que en su configuración actual la pena sea una forma de venganza, sino que quisiera señalar la paradoja de que reconocemos al autor, precisamente mediante el reproche de culpabilidad, como participante en la interacción orientada al entendimiento. Para que una persona pueda ya tomar a mal una lesión sufrida a manos de otro, ha de efectuar previamente un intercambio de perspectivas: sólo partiendo del supuesto de que en el lugar del autor él se hubiese abstenido de la lesión por lealtad puede el lesionado reaccionar negativamente frente al autor del hecho que manifiesta la falta de lealtad. La refutación de la hipótesis de fidelidad al derecho que es expresada en la imputación de culpabilidad parte de la suposición de que el quebrantamiento de la norma ha sido cometido por una persona de derecho definida como leal y por ello comprometida con el entendimiento no violento. No puede tratarse, por ello, de compensar de algún modo el mal provocado con el mal de la pena; esto sería solamente una adición de males y, por consiguiente, carente de sentido desde el punto de vista de la integración social. El reproche de culpabilidad es, más bien, una posibilidad de reaccionar ante el mal del hecho delictivo no mediante una consideración objetivante del autor, sino conservando la orientación al entendimiento¹⁰¹. Así, el correspondiente reproche de culpabilidad es liberado de la

¹⁰⁰ Fundamental, STRAWSON, en POTHAST (ed.), *Seminar: Freies Handeln und Determinismus*, 2ª ed., 1988, pp. 201 y ss.; sobre esto también GÜNTHER, en JUNG et al. (ed.), *Recht und moral*, 1991, pp. 212 y ss.; HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, 1991, pp. 142 y ss.; MUÑOZ CONDE, GA, 1978, pp. 65, 73 y s.; en parte críticamente, STEINVORTH, *Freiheitstheorien in der Philosophie der Neuzeit*, 1987, pp. 250 y ss.; desde un punto de vista empírico, DUX, *Der Täter hinter dem Tun*, 1988, pp. 51 y ss.

¹⁰¹ De modo similar GÜNTHER (nota 100), pp. 205, 211 y ss.; sobre el significado de la atribución de la responsabilidad para la integración social véase también VAN DER VEN, en BAUMGARTNER et al. (ed.), *Schuld und Verantwortung*, 1983, pp. 31, 35 y ss.

metafísica de la negación que, más bien, le desacredita, pues se muestra que su hondo sentido «de tradición europea» consiste en no tratar de modo objetivante al autor —como objeto del derecho de cosas¹⁰²— a pesar de la deslealtad por él manifestada, sino en seguir considerándolo, aun después de todo, como persona de derecho leal y capaz de imputación.

Ciertamente, la pena también se mueve en el plano instrumental de la coerción jurídica, que asegura la facticidad del mismo. Mas este ejercicio de coerción estatal ha de interpretarse —tal como en el quebrantamiento la norma— a la luz del plano legitimador de la orientación al entendimiento. El reproche de la culpabilidad material contiene la reprobación por la falta de lealtad a la autonomía comunicativa de los compañeros de interacción. Este reproche de culpabilidad no se dirige al autor objetivamente en tercera persona, hasta cierto punto como factor de perturbación de la integración social, sino precisamente como participante en el entendimiento normativo. La autonomía comunicativa del autor es puesta a salvo; le es propuesto aceptar el mal de la pena como reacción simbólica a la defraudación producida por la deslealtad de su comportamiento y apreciar su hecho desde las perspectivas de los demás.

Más aquí hay que volver a considerar el mandato de neutralidad del derecho frente a la orientación a sus postulados normativos. Si el autor quiere aceptar el reproche penal de la culpabilidad en este sentido, ello queda a su arbitrio, al igual que el motivo por el cual él pueda seguir la norma¹⁰³. El reproche de culpabilidad y la

¹⁰² Véase KANT (nota 2), §49, *Allgemeine Anmerkung E* (p. 453).

¹⁰³ Los argumentos contra el liberalismo racionalista cobran aquí nuevamente vigencia invertidamente: según KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 50 y ss., la pena como negación de la negación pretende que el autor «(tenga que) fijarse y comprenderse en un proceso de autodeterminación no puramente teórico, sino práctico-concreto, como ser (potencialmente) racional que en el caso concreto ha actuado según máximas contrarias a la razón (que niega auto-contradictoriamente la generalización)». Exigir una tal realización del entendimiento contradice el mandato de neutralidad del derecho penal por el hecho de que el derecho penal no está legitimado para calificar moralmente al hecho delictivo como auto-negación de un sujeto moral-racional. Acertadamente observa KÖHLER, *op. cit.*, p. 52; en todo caso, que el desempeño racional exigido no puede obtenerse por coacción como «prestación moral autónoma».

pena misma sólo necesitan poseer la cualidad de permitir al autor aceptarlas por su legitimidad¹⁰⁴. Esto significa que el reproche de culpabilidad debe estar justificado, y la pena debe corresponderse con la medida evidenciada de deslealtad. Para no ser mal interpretado: la imputación de la culpabilidad no presupone un diálogo airoso con el autor; solamente es necesario que el autor sea tratado como participante en un diálogo con derechos discursivos debidamente asegurados¹⁰⁵.

El sentido manifiesto de la imputación de la culpabilidad no se deja transformar en fines, aun cuando el mismo sea funcionalmente explicable desde un punto de vista externo. En lo relativo a la base emocional del tomar a mal el hecho punible, la culpabilidad es necesariamente libre de fines. Yo no puedo ser malo con alguien por un fin determinado, sino solamente por una determinada razón, a saber: una defraudación. Los fines confieren sentido a acciones instrumentales, pero no desempeñan función alguna tratándose de reacciones que intervienen en conflictos interpersonales. El reproche jurídico-penal de culpabilidad es una reacción formalizada, una indignación generalizada¹⁰⁶. En este sentido, tampoco se puede acoplar al reproche de culpabilidad mismo finalidades de la pena¹⁰⁷. No se puede dirigir un reproche a alguien por un determinado comportamiento sólo con fines de educación, de intimidación, etc.¹⁰⁸ Quien reprocha algo a alguien persiguiendo determinados fines, menoscaba y niega con ello la autonomía comunicativa del autor del delito. Pero

¹⁰⁴ En esta medida también, KAUFMANN, Arthur, en KÖPCKE-DUTTIER (ed.), *Schuld-Strafe-Versöhnung*, 1990, pp. 34, 48 y ss.; WOLFF, ZStW 97 (1985), pp. 821 y ss.

¹⁰⁵ En lo fundamental argumenta paralelamente KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 53: La relación jurídica entre la generalidad y autor no debe ser negada por la pena.

¹⁰⁶ En este sentido, una teoría del proceso penal tiene que corresponderse con la teoría de la culpabilidad material. Ambas materias jurídicas se pueden reconstruir como acuñaciones de una teoría amplia del derecho penal que está referida a la integración social mediante el aseguramiento de la autonomía comunicativa.

¹⁰⁷ En este sentido también MÜLLER-DIETZ, *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 813, 815.

¹⁰⁸ Así, puede fingirse estar escandalizado por una falta frente a un niño debido a fines educativos, para explicar emocionalmente la necesidad del comportamiento adecuado a las normas. El «verdadero» tomar a mal es, por el contrario, siempre libre de fines y se basa en el reconocimiento recíproco.

probablemente se puedan vincular a un mal adecuado a la culpabilidad ciertos objetivos de mayor alcance. Por ejemplo, la prevención especial que no se impone al autor, sino que es ofrecida como ayuda a la socialización, no impide un reproche de la culpabilidad orientado al entendimiento en el sentido en que aquí se lo comprende¹⁰⁹. Pero tampoco la prevención general necesariamente degrada al autor a un objeto; ya sea porque la irrogación de un mal indica que el abandono del espacio de la legalidad no es aceptado¹¹⁰, ya sea porque mediante la irrogación del mal se reafirma que la integración social libre de violencia sólo transcurre sobre el entendimiento leal.

¹⁰⁹ Véase también KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976, pp. 271 y ss.; ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1972, pp. 26 y ss.; EL MISMO, *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1994, pp. 519, 530 y s.; WOLFF, ZStW 97 (1985), pp. 823 y ss.

¹¹⁰ Véase también, BVerfGE 45, pp. 187, 255 y ss.