

El principio de culpabilidad (*)

Prof. Dr. Günther Jakobs

Bonn

SUMARIO: I. Introducción: A. El problema: la armonización entre culpabilidad y fines de la pena. B. Punto de partida de la solución: diferenciación entre defectos cognitivos y defectos volitivos. C. Contraposición: responsabilidad por el resultado.— II. Defectos cognitivos. A. Falta de dolo. B. Desconocimiento de la norma. C. Error e indiferencia. D. Excurso: tentativa.—III. Defectos volitivos. A. Fidelidad al ordenamiento jurídico. B. Culpabilidad material. C. Cuestiones puntuales.— IV. ¿Libre albedrío?— V. Resumen.

I. INTRODUCCION

A. El problema: la armonización entre culpabilidad y fines de la pena

El principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal (1). A su vez, la culpabilidad es el resultado de una imputación de reprobación, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona; más adelante me ocuparé de la relación específica que existe respecto de la voluntad. Probablemente,

(*) Título original: «*Das Schuldprinzip*» (texto ampliado de la conferencia pronunciada por el Profesor Jakobs el día 13-5-1992 en la Universidad Complutense de Madrid), traducción de Manuel CANCIO MELIA (Universidad Autónoma de Madrid).

(1) Arthur KAUFMANN, «*Das Schuldprinzip*», 1961 (2.^a ed. 1976), pp. 15 y s.

la formulación más común sea: la culpabilidad es reprochabilidad; en lenguaje coloquial: tener la culpa.

Como fundamento de la necesidad de vincular la legitimidad de la pena a un reproche, esto es, como razón del principio de culpabilidad, se aduce que sólo de esta manera puede evitarse la instrumentalización de la persona al imponerle una pena. En este sentido, se argumenta que quien impone una pena sin que la persona que va a ser castigada merezca un reproche por el hecho cometido, o en todo caso, cuando merece un reproche menor que el que correspondería a la medida de la pena, incluye a aquella persona —a diferencia de lo que ocurre en el caso de la pena merecida— entre los objetos del Derecho de cosas. Dicho de otro modo: se argumenta que la pena no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública que se espera de ella, sino que debe mantenerse dentro del marco de la culpabilidad del autor. Por ello, el Tribunal Constitucional Federal deriva el principio de culpabilidad no sólo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana (2). Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena.

Ahora bien, podemos partir de la base que una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social —sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil—. Esta utilidad de la pena se llama en la terminología de la teoría jurídico-penal —que utilizaremos aquí— habitualmente «fines de la pena».

La situación que he esbozado contiene el siguiente dilema: sin respetar el principio de culpabilidad, la pena es ilegítima; pero si el principio de culpabilidad limita considerablemente la utilización de medios socialmente funcionales, esto es, si tiene un significado y no es un concepto vacío, entonces existe el peligro de que la pena sea inadecuada para la consecución de sus fines y sea ilegítima *por esta otra razón*. La pena que es útil para la consecución de sus fines sociales, si no está limitada por el principio de culpabilidad, trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella, pero la pena que se ve limitada por la culpabilidad de una manera más que marginal pierde su funcionalidad. Dicho a manera de ejemplo: ocurre lo mismo que con una persona que siempre quiere decir la verdad, pero sin herir a nadie;

(2) BVerfGE [*] 25, pp. 269 y ss., 285 y s.; 45, pp. 187 y ss., 259; 57, pp. 250 y ss., 275; BayVerfGH [**], NJW 1983 pp. 1600 y ss., 1601; en una línea similar BVerfGE 20, pp. 323 y ss., 331 (derecho fundamental derivado del art. 2, párr. 1.º de la Ley Fundamental); 28, pp. 386 y ss., 391; 50 pp. 125 y ss., 133 (en el mismo sentido).

[*] Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Sentencias del Tribunal Federal Constitucional (n. del t.).

[**] Bayerischer Verfassungsgerichtshof: Tribunal Constitucional bávaro (n. del t.).

con frecuencia, no dirá nada, por lo que su discurso tendrá lagunas, y no hay ninguna garantía de que resulte siquiera medianamente comprensible.

En cuanto al dilema expuesto, puede manifestarse la siguiente sospecha: si es cierto que la pena aporta algo al mantenimiento del orden social, esto es, si puede emplearse útilmente, a pesar de estar limitada, de acuerdo con el principio de culpabilidad, por la culpabilidad, y además esta limitación es de cierta importancia, entonces la culpabilidad misma contiene una finalidad (3). Si esta sospecha resultase ser cierta, el dilema estaría resuelto. A continuación me ocuparé de esta función propia de la culpabilidad.

Sin embargo, el concepto «fin de la culpabilidad» es sólo una de las posibles formulaciones de la vía de salida del dilema: es la formulación hecha desde el concepto de culpabilidad. La solución también puede construirse desde la perspectiva del orden social de cuya estabilización se trata. Podría tratarse de un orden en el que el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia; en ese caso, el mantenimiento de este principio sería perfectamente funcional. Por consiguiente, una formulación más exacta de la cuestión a la que habremos que responder es la siguiente: ¿qué fin tiene la culpabilidad? O bien, ¿para qué clase de orden social el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia? Ni la formulación de la cuestión ni el camino que a continuación se sigue para resolverla gozan de la aprobación de aquella cantidad de científicos que los juristas suelen denominar «doctrina dominante». Al contrario, es mi intención declarada plantearle algunas dificultades a dicha doctrina (4).

B. Punto de partida de la solución: diferenciación entre defectos cognitivos y volitivos

Si se consideran las condiciones psíquicas que deben estar cumplidas para que una norma sea respetada, se obtiene el siguiente resultado: para cumplir la norma se necesita, por un lado, un motivo para respetarla, y la capacidad psíquica de encontrar y acatar la nor-

(3) Fue Félix KAUFMANN quien primero formuló la finalidad de la culpabilidad, «*Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*», 1929, páginas 111 y ss.; P. NOLL, en F. Geerds et al. (ed.) «*Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*», 1966, pp. 219 y ss., expone la relación entre culpabilidad y prevención general; exhaustivas referencias a la bibliografía posterior y las correspondientes críticas en G. JAKOBS, «*Strafrecht AT*», 2.ª ed. 1991, 17/nota 45 (también 1/nota 16); respecto de las críticas más recientes vid. *infra* notas 33, 34.

(4) Exposición de la misma con amplias referencias en H. H. JESCHECK, «*Lehrbuch des Strafrechts*», 4.ª ed. 1988, pp. 363 a 457.

ma en cuestión, por otro. Por consiguiente, se trata de una prestación volitiva y de una prestación cognitiva. Hablando en términos ejemplificativos: sólo puede cumplir determinada orden quien tiene la voluntad de acatar tales órdenes, es capaz de reconocer que esa orden se dirige a él y puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir la orden. En breve: se trata de querer y conocer. Con esto, ni pretendo afirmar que sea posible disgregar en la realidad querer y conocer en una voluntad sin contenido y un conocimiento que se genera involuntariamente, ni quiero negar que el cumplimiento de la norma también pueda tener lugar por costumbre —de manera automatizada— y, por consiguiente, sin voluntad consciente ni conocimiento despierto; lo único que persigo es enunciar las condiciones en las que tiene lugar el cumplimiento de la norma: el lado volitivo y el lado cognitivo del comportamiento.

A la hora de valorar la inaplicación de una norma, tanto en el Derecho penal moderno como en el ámbito de la imputación informal moral cotidiana [aunque no suceda así en todos los sistemas de imputación(5)], como también —hoy en día incluso abarcando el problema de la conciencia que yerra sin culpabilidad (6)— en los sistemas moral-teológicos (7), se diferencia en función de que como razón de la mencionada vulneración de la norma se constate un defecto volitivo o un defecto cognitivo. La concurrencia de un defecto volitivo —aparte de determinadas constelaciones especiales, de las que nos ocuparemos más adelante— agrava la responsabilidad, mientras que el defecto cognitivo exonera. Esta diferenciación entre defectos cognitivos y defectos volitivos es tan elemental que ya los niños la usan habitualmente en cuanto han comprendido, aunque sea a grandes rasgos, lo que significa «responsabilidad». «No podía saberlo» es una excusa válida, pero se considera que «no tenía ganas» no lo es. Lo mismo ocurre ante los tribunales. «La norma me daba igual» es un argumento que agravará la situación del sujeto, mientras que «a pesar de esforzarme al máximo, no pude darme cuenta» es exonera. No sólo la valoración acerca de si hay culpabilidad, sino también su medida, se determinan en el ámbito de los conocimientos de manera inversa a como sucede en el ámbito

(5) Ejemplos de excepciones: en ciertas posiciones destacadas, especialmente las que conllevan competencia organizativa, un defecto cognitivo no tiene efectos eximentes si puede conceptuarse como falta de «fortune». También en los casos en los que es urgente que ocurra algo, la imputación sobrepasa los defectos cognitivos, hasta llegar al extremo de seleccionar un chivo expiatorio.

(6) El error exonera; V. CATHEREIN, «*Moralphilosophie*», 5.^a ed. 1911, t. 1: «*Allgemeine Moralphilosophie*», pp. 482 y s.; B. HÄRING, «*Das Gesetz Christi. Moralthologie*», t. 1, pp. 199 y s.

(7) H. THIELICKE, «*Theologische Ethik*», t. 3; «*Entfaltung*», parte 3.^a: «*Ethik der Gesellschaft, etc.*», 1964, pp. 409 con nota 2 (párr. 1425); CATHEREIN (nota 6), pp. 87 y ss., 96; HÄRING (nota 6), pp. 147 y s., 153.

de la voluntad; en cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es, en cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma de la actitud que su comportamiento denota, más grave será su culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso en falso atípico. Sin embargo, en cuanto mayor sea la distancia que separa a un sujeto de los conocimientos necesarios, menor será su culpabilidad, y en cuanto mayor sea la posibilidad de superar el desconocimiento, mayor será su culpabilidad.

C. Contraposición: responsabilidad por el resultado

Ahora bien, esto no siempre fue así. En el ámbito de la responsabilidad por el resultado, no existía exoneración en caso de que el sujeto no pudiese conocer, y en lo que se refiere específicamente a la cognoscibilidad de la norma, recordemos las controversias relativas al tratamiento de la conciencia que yerra (8). El concepto moderno de culpabilidad es hijo del mundo desmitificado. Esta desmitificación de la realidad significa, utilizando las palabras de Max Weber, que «si así se quisiese..., podrían averiguarse en cualquier momento las condiciones de vida a las que el sujeto está sometido, esto es, por principio no existen fuerzas misteriosas e incalculables que inciden en ellas, sino que, al contrario, todas las cosas —en principio— pueden dominarse a través del cálculo» (9). Por consiguiente, antes de producirse esa desmitificación, eran fuerzas «misteriosas e incalculables» las que determinaban las «condiciones de vida» y con ello el sentido de la existencia humana. Este sentido se entendía como sentido objetivo, esto es: como sentido que primero se encontraba en el mundo exterior y después en la cabeza del ser humano, y no a la inversa. Por ello, era posible malograr el sentido sin que participase en ello la cabeza del ser humano, esto es, sólo a través de su mano. Tener que responder por ello significa responsabilidad por el resultado. Los intentos de la cabeza de alcanzar el sentido, si éste se malograba objetivamente, eran tan poco relevantes, dicho a modo de ejemplo, como irrelevante es respecto del carácter mortal de una enfermedad que el enfermo hubiese tomado precisamente frente a ella medidas óptimas de protección. Por consiguiente, era tan inútil protestar por haber malogrado el sentido correcto sin querer, o incluso de manera inevitable, como protestar contra una enfermedad.

(8) H. WELZEL, «*Vom irrenden Gewissen*», 1949, con referencias; vid. también nota 6.

(9) M. WEBER, «*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*», ed. a cargo de J. Winkelmann, 3.ª ed. 1968, pp. 582 y ss., 594.

El ser humano podía lamentar su destino, pero debía asumirlo; si no lo hacía, se comportaba de modo infantil.

En el marco de esta concepción de la realidad, nadie podía escapar del destino. «Ay de mí, está cumplido, claro, claro todo es», se dolía Edipo cuando averiguó su situación. Este no-poder escapar no era una coacción impuesta al ser humano desde fuera, sino, al contrario, era su naturaleza, su identidad. El lamento prosigue: «¡me engendró quien no debía, yació conmigo quien no debía, golpeé a quien no debía!» (10); no es ésta la descripción de lo que le ocurrió a los implicados, sino es una descripción de ellos mismos; cada uno de los participantes precisamente se define a través de su implicación en la catástrofe.

Víctor Achter, refiriéndose al derecho germánico y al de la alta Edad Media, de manera plástica llamó las huellas del crimen en un mundo mítico-natural «grieta en el edificio del mundo» (11) y «herida en el organismo de todas las relaciones vitales». Es el cosmos mismo el que es injuriado, y por ello la reconciliación sólo puede producirse de acuerdo con sus propias reglas, esto es, de acuerdo con las reglas de las «misteriosas fuerzas incalculables», de forma mágica (12). Estas fuerzas son indisponibles, al contrario, son ellas las que disponen.

Sin embargo, la responsabilidad por el resultado y la responsabilidad culpabilista, que es aquí el tema principal, tienen una fuerte raíz común: la explicación de perturbaciones en la vida social a través de imputación. Aunque «responsabilidad por el resultado» es la denominación habitual de lo que he esbozado con anterioridad, se trata de un término que puede inducir a confusión. No es una persona cualquiera la que responde del resultado; en ese caso se trataría de un mero chivo expiatorio. Tampoco responde todo aquel que haya causado el resultado, sino sólo aquella persona a la que se le puede imputar. Todo resultado tiene un gran número de causantes, éstos a su vez o fueron ayudados por legiones de seres humanos, o éstas podrían haber impedido la realización del comportamiento causal. En el ejemplo: que Edipo causase la muerte de Layo matándole y que Layo provocase su propia muerte por ir a un sitio en el que fue muerto son la misma cosa en una concepción científico-natural de lo que es «causa»: tanto lo uno como lo otro es una condición del resultado. Y si a pesar de ello no se consideraba que Layo fuese un suicida, sino que Edipo era un parricida, ello no puede explicarse a través de la relación causal ava-

(10) Cita según SOFOCLES, «*Die Tragödien*», traducción al alemán e introducción de H. WEINSTOCK, 3.ª ed. 1957, p. 370.

(11) ACHTER, «*Geburt der Strafe*», 1951, p. 18.

(12) ACHTER (nota 11), p. 17.

lorativa entre acción y resultado, sino que presupone la existencia de normas, como, por ejemplo, una norma según la cual en caso de concurrir —sea por las razones que sea— la vida del padre con la del hijo, debe ceder el hijo. No es la causación del resultado *per se*, sino la vulneración de la norma la que constituye la perturbación social. De la misma manera que ocurre en el ámbito de la responsabilidad culpabilista, se determina por un procedimiento normativo quien es competente para el resultado, y no por el curso natural, esto es, ni por la biología, ni por la física, ni tampoco —lo añadido aquí, ya que aunque es superfluo para la responsabilidad por el resultado, es importante en lo que se refiere a la responsabilidad por culpabilidad— por la psicología.

Esta responsabilidad por el resultado probablemente estuvo limitada al ámbito de las perturbaciones de principios ordenadores esenciales; no pudo tener mucha utilidad para la resolución de los problemas cotidianos. Quien siempre reaccionaba según los patrones de la responsabilidad por el resultado cuando recibía un empujón en la aglomeración de un mercado o en el fragor de la marcha hacia la batalla, no podía a largo plazo —tampoco en una sociedad aún sin desmitificar— desarrollar una vida socialmente adaptada. En la vida diaria fracasa, hoy en día y desde siempre, quien no tiene en cuenta los límites de los demás, esto es, quien espera más de lo que la media de las personas puede hacer. Esta escisión de los presupuestos de la responsabilidad no es especialmente extraña: aunque el cosmos enseñe a los seres humanos que no deben convertirse en la razón de la muerte de su padre ni unirse sexualmente a su madre, no dice nada —por ejemplo— acerca de cuál es el comportamiento adecuado en una aglomeración de personas. La identidad de una sociedad no depende de ese tipo de asuntos cotidianos, al menos por regla general, de manera que pueden organizarse de manera inteligente (lo que aquí quiere decir de manera practicable), sin que haya que mantener una vinculación a determinadas estructuras previamente dadas e indisponibles (13). Sin embargo, tal orden practicable no tiene por qué consistir en responsabilidad en función de la culpabilidad individual. Esto incluso es improbable; probablemente se tratase de responsabilidad por el incumplimiento de los estándares de un determinado rol, pero en todo caso, y esto es lo decisivo, de responsabilidad organizada con base en reglas inteligentes.

(13) Respecto de la relación entre responsabilidad por el resultado y *nefas* [*], vid. Ekkehard KAUFMANN, «*Die Erfolgshaftung*», 1958, pp. 25 y ss.

[*] Sacrilegio (n. del t.).

II. DEFECTOS COGNITIVOS

A. Falta de dolo

Legados a este punto debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Cuál es la relación existente entre la desmitificación y la diferenciación entre defectos volitivos y cognitivos, en el sentido de que estos últimos exoneran, a diferencia de lo que sucedía en la responsabilidad por el resultado? Intento describir esta relación: en el edificio del mundo desmitificado ya no pueden causarse grietas, ya que su configuración de todos modos es fortuita y ya no permite reconocer sentido alguno. Claro que rigen las leyes de la lógica, incluyendo las matemáticas, y las de la naturaleza, pero no prescriben nada, sino que se autorrealizan de manera inamovible. La gracia de la desmitificación precisamente está en que se reconoce la inamovilidad para poder someterla a la realización de los propios intereses. Pero un mundo que funciona de acuerdo con leyes inamovibles sólo puede aprovecharse si los cálculos que se hacen son correctos; tal mundo no reacciona frente a los planes de quien actúa, sino frente a lo que éste hace, concuerde con su planificación o no. Por lo tanto, quien quiere acomodarse en esta realidad —y quien no quiere queda fuera de la sociedad— debe ocuparse de que lo que planifica coincida con lo que hace.

En cuanto a los defectos cognitivos que afectan de tal manera al estado o al curso del mundo exterior que el autor desconoce los efectos que genera —se trataría más o menos, en términos jurídico-penales, de un error de tipo—, con lo dicho puede explicarse por qué tienen efecto exonerador: un comportamiento en el que aparece un defecto cognitivo de esas características no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad en su configuración actual, ya que ésta, en cuanto realidad de manera racional; no puede tener carácter ejemplar; ese comportamiento ni siquiera puede interpretarse como protesta contra la realidad completamente impersonal, no constituye un destinatario idóneo al que pudiesen dirigirse protestas. Quien se comporta (sea que ello se corresponde con su plan, sea que es contrario a su plan, pero que el sujeto no presta atención a la hora de ejecutarlo) como si dos por dos fuesen cinco, o como si el granito pudiese flotar en el agua, o quien yerra de manera menos drástica, pero decisiva para el resultado, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante —pensase lo que pensase en su foro interno—; se puede aprender de su fracaso, pero sólo para no volver a fracasar en el futuro. Además debe tenerse en cuenta lo siguiente: un comportamiento con defectos cognitivos lleva consigo el peligro de una *poena naturalis*. Hablando en términos ejemplificativos: quien conduce ebrio un automóvil y parte de la base de que no ocurrirá nada malo, probablemente se dará cuenta, en caso de ocurrir un accidente, de que no sólo dañó a otros, sino también

a sí mismo, o que aunque sólo afectó a otros, éstos son personas cuyo sufrimiento no le es indiferente. No se sabe con anterioridad lo que un comportamiento defectuoso puede llegar a causar. Por consiguiente, todo ser humano que quiera organizarse racionalmente intentará (con independencia de la imputación jurídico-penal, simplemente para evitar una *poena naturalis*) no hacer cálculos erróneos, y lo hará de dos maneras distintas: por un lado, fijándose lo mejor posible en qué es lo que ocurre, y por otro, intentando seguir aprendiendo, para reducir el ámbito de lo que para él resulta inevitable.

Que un comportamiento con un defecto cognitivo no sea determinante en el plano comunicativo es independiente, en principio, de que se trate de un defecto cognitivo puro e inevitable —en el sentido de que, incluso de haber concurrido un querer-saber óptimo, el defecto no podría haberse evitado—, o de que el defecto cognitivo provenga de un defecto volitivo —esto es, que se habría evitado en caso de haber sido óptima la voluntad de conocer—. A grandes rasgos, esto significa lo siguiente: la irrelevancia comunicativa no depende de que el comportamiento se malograra por imprudencia o de manera inevitable; incluso sucede que a la persona descuidada, imprudente por tanto, no se la considera —a diferencia de quien yerra de manera inevitable— alguien que ha tenido mala suerte, sino que lleva el estigma de ser descuidado; tiene que atribuirse a sí mismo su mala situación, mientras que la persona que ha tenido mala suerte al menos puede ser objeto de compasión.

Se afirma que es específicamente el principio de culpabilidad el que requiere que queden impunes aquellas personas que yerran de manera inevitable acerca de las consecuencias de su comportamiento, y que esto también ocurra en el caso de quienes yerran de manera evitable, o que en todo caso reciban una pena inferior a la de los autores que obran con dolo —después de lo expuesto hasta el momento, queda claro que esa afirmación, en el mejor de los casos, es una definición, y en el peor encubre determinadas finalidades, pero en todo caso no constituye la fundamentación de la relación entre conocimiento y culpabilidad, error e inocencia—. En este sentido, y como he expuesto, la inevitabilidad de un error sólo constituye un argumento en el ámbito de la imputación si se parte de que la realidad es susceptible de ser dominada; una realidad concebida de esa manera no necesita de la imputación de consecuencias fortuitas, más aún, que se imputase en ese caso tendría efectos disfuncionales, ya que al imputarse ese tipo de consecuencias se tambalearía el eje de la representación vigente de la realidad, esto es, que la realidad puede planificarse. Por consiguiente, no existe un elemento de la culpabilidad previo a la sociedad llamado «inevitabilidad» que tuviese que ser respetado por toda sociedad; al contrario, la percepción social de la realidad es la que determina bajo qué condiciones debe imputarse, y si la presencia de un error resulta ser un obstáculo para ello, puede contraponerse la imputación de consecuencias de un

comportamiento culpable a la imputación del destino, sin que con ello, sin embargo, pueda excluirse que en ambos casos, tanto en el de la imputación de culpabilidad como en el de imputación de destino, se trate de instituciones sociales que sean ambas perfectamente funcionales, dependiendo del estadio de desarrollo de la sociedad en cuestión. Dicho con otras palabras: en la sociedad desmitificada, el principio de culpabilidad tiene una función.

B. Desconocimiento de la norma

Sin embargo, hemos llegado a esa generalización de manera algo precipitada. Hasta el momento sólo se ha presentado un tipo de error, el error sobre el estado y el curso de la realidad externa, y aun esto es insatisfactorio, ya que hasta el momento falta una explicación de la responsabilidad por imprudencia. En este momento aún no nos ocuparemos de la razón de la responsabilidad imprudente; será más sencillo explicarlo cuando antes hayamos examinado otro tipo de defecto cognitivo: el error acerca de la existencia de una norma. Nos ocupamos por tanto ahora de un autor cuyo error no afecta ni al *status quo* ni al desarrollo de la realidad, sino a la norma que requiere de él un comportamiento determinado. Utilizando la terminología jurídico-penal: se trata de un error de prohibición o de mandato, esto es, en ambos casos de un error que no se refiere al tipo, sino a la situación concurrente en cuanto a la existencia de determinados deberes. Ejemplos: alguien cava un pozo en su propio terreno, sin autorización, y sin conocer que ese comportamiento está prohibido. O el siguiente: otro sujeto organiza con finalidad benéfica, *optima fide*, pero sin autorización, un juego de azar público. O: se le da rápidamente una buena paliza al ladrón que ya huía sin llevarse nada, para que aprenda a respetar los bienes ajenos, sin conciencia de antijuricidad alguna.

¿Qué es lo específico de este tipo de errores? A través de esta modalidad de error, a diferencia de lo que ocurría en el error sobre la situación y el desarrollo del mundo exterior que hemos tratado antes, es posible que la autocomprensión del derecho se vea cuestionada. Un ordenamiento que —por ejemplo— descansa predominantemente en la tradición, sólo en muy pocos casos excepcionales podrá tener en cuenta el argumento de que determinadas normas se desconocían, ya que si el argumento se utiliza en masa, destruye la base: es evidente que en ese caso no hay tradición. Más delicado aún es este tipo de error en lo que se refiere a aquellos ordenamientos cuya legitimidad proviene de su evidencia, sea evidencia racional de un ordenamiento de derecho natural o la evidencia proveniente de revelación divina. Cualquier error de una persona normal acerca de la norma, expuesto

con un mínimo de credibilidad, cuestiona esa pretendida evidencia. Aún más delicada es esta clase de error cuando quien yerra no solamente desconoce el orden vigente, sino que a su vez esboza un orden competidor y lo considera vinculante: se trata, en ese caso, de un autor por convicción.

Una solución radical al problema es la de atajar esos ataques contra la legitimidad a través del principio «error iuris nocet». Este principio se hallaba positivado aún en muchos de los Códigos penales de los Estados alemanes del siglo XIX (14); de acuerdo con él, es asunto de todo sujeto sometido a la norma procurarse conocimiento de ella.

En los ordenamientos inteligentes, siempre se adoptó una posición intermedia; en ese sentido, según Santo Tomás de Aquino, los *prima principia communia* siempre son conocidos, de manera que siempre que no se tienen en cuenta, ello sucede culpablemente, mientras que es posible desconocer de manera inevitable (lo que aquí significa inculpablemente) las *conclusiones pricipiorum communia* (15). También el Reichsgericht intentó encontrar en su diferenciación entre error de Derecho penal y error extra-penal una solución intermedia, aunque la argumentación utilizada para fundamentarla fuese poco adecuada (16).

De acuerdo con el derecho vigente en la actualidad, todo error inevitable acerca de la norma excluye la culpabilidad. Esta disposición ha sido alabada como triunfo del principio de culpabilidad y también el Tribunal Supremo Federal la ha fundamentado en ese sentido: «la pena presupone culpabilidad. La culpabilidad es reprochabilidad. A través del juicio de valor negativo, esto es, de la culpabilidad, se le reprocha al autor que se haya decidido en favor de lo injusto, aunque podría haberse decidido a favor del derecho, comportarse conforme a derecho. La razón interna del reproche de culpabilidad está en que el ser humano es capaz de desarrollar una autodeterminación libre, responsable, moral, y por ello tiene la capacidad de decidirse a favor del derecho y en contra de lo injusto...» A continuación, el Tribunal aprovecha estos principios aplicándolos al supuesto del desconocimiento de la norma: «para que el ser humano se decida a favor del derecho, en ejercicio de su autodeterminación libre, responsable y moral, debe conocer aquello que es conforme a derecho y aquello que es antijurídico», aunque no se considera que todo error excluye la culpabilidad,

(14) Vid. la enumeración de BGHSt 2, pp. 194 y ss., 199.

(15) NICOLAI et al. (edición), S. THOMAE AQUINATIS, «*Summa Theologica*», tomo 3, 1885, I 2 qu 95 IV; al respecto, WELZEL (nota 8), pp. 8 y s.

(16) Vid. al respecto (desde una perspectiva menos crítica) últimamente L. KUHLIN, «*Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*», 1987, pp. 161 y ss.

sino sólo los que son inevitables: «los defectos en el ámbito del conocimiento pueden repararse hasta cierto punto» (17). Ahora bien: nunca nadie ha puesto en duda esos principios. ¿Quién habría dicho que es posible decidirse por lo injusto sin conocer, o al menos, sin poder conocer el derecho? La proposición «error iuris nocet» puede significar dos cosas distintas: en primer lugar, el conocimiento del derecho, y, por tanto, la decisión en contra del derecho no es presupuesto de la pena; en segundo lugar (y de manera predominante en el siglo XIX): el conocimiento es presupuesto de la pena, pero se presume *iuris et de iure*. En este sentido, dice por ejemplo Feuerbach (18): «Respecto de toda persona dotada de inteligencia se presume con certeza que conoce las leyes penales». En la sentencia que he citado anteriormente se argumenta que tal presunción fue adecuada en su momento; se refiere —simplificando bastante— «a la época política y socialmente (?) equilibrada de la segunda mitad del siglo XIX»: se afirma que todos conocían o podían conocer el Derecho penal, que era claro en aquel tiempo (19). Sin embargo, una argumentación de esas características no resulta adecuada para resolver el problema: si el conocimiento o la posibilidad de conocer concurren de todos modos como hechos psíquicos, sobra la presunción jurídica, ¿por qué en una época en la que nadie comete errores inevitables se iba a crear una norma según la cual el error inevitable, que nunca concurre, es irrelevante? La fundamentación debe ser otra: la obligación de cada uno de procurarse él mismo conocimiento del derecho era el precio que había que pagar por la libertad de movimientos en la sociedad burguesa. Especialmente al abandonarse las modalidades tradicionales de actividad económica y generarse con ello una necesidad de seguridad a la hora de mantener contactos bastante anónimos, el riesgo de que los demás errasen acerca de sus obligaciones jurídico-penales era intolerable; por ello, quien erraba debía soportar el riesgo. Desde esta perspectiva, también resulta posible comprender por qué la regulación contenida en la Legislación General de los Estados Prusianos (*) de 1794 (20), que era más indulgente (cabía atenuación de la pena concurriendo error de derecho en algunos casos [leyes nuevas y hechos sin riesgo para la seguridad, esto es, delitos de peligro abstracto]), no se incluyó en el Código penal prusiano de 1851, más liberal y cercano al Code pénal.

Por consiguiente, lo novedoso de la concepción del Tribunal Supremo Federal no está en haber llegado a la conclusión de que toda deci-

(17) BGHSt 2, p. 194 y ss., 200 y s.

(18) «Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts», 14 ed., ed. a cargo de C.J.A. MITTERMAIER, 1847, § 86.

(19) *Loc. cit.* (nota 17), p. 203. No se analiza aquí en qué medida se trataba de una presunción del conocimiento (y no sólo de la cognoscibilidad).

(*) Preußisches Allgemeines Landrecht (n. del t.).

(20) Introducción § 13; II 20 § 10 y ss.

sión presupone la cognoscibilidad de las alternativas de las que se dispone, sino en que se determina de manera distinta a como se hacía antes quién soporta el riesgo de la imposibilidad de conocer: ya no es el autor, sino la generalidad. Parece por tanto que queda resuelta la pugna entre la razón de Estado y los intereses individuales, a favor de la preferencia de estos últimos —y eso desde luego cuadra con el momento histórico de la sentencia, relativamente poco después del fin del nacionalsocialismo, en 1952—.

Sin embargo, el carácter preferente de lo individual siguió estando muy limitado; por tres razones, en ningún momento existió el peligro de un desbordamiento de los intereses individuales. *En primer lugar*, la problemática del error acerca de la norma sigue careciendo de todas maneras de relevancia en el ámbito central del Derecho penal. En este ámbito, en el de las normas relativas a la protección de la vida, de la salud, de la libertad, de la propiedad, del patrimonio, de la seguridad del tráfico monetario, actualmente también de la limpieza de las aguas etc., nadie yerra, a no ser que presente una socialización bastante exótica. *En segundo lugar*, y es una razón de igual importancia, la situación *dogmática* era más favorable al Estado que en el caso del Reichsgericht. El reconocimiento de relevancia al error sobre normas penales hubiese conducido en tiempos del Reichsgericht a excluir —al menos del ámbito de responsabilidad por hechos *dolosos*— todos los casos de desconocimiento actual, sin consideración de la evitabilidad del desconocimiento. De esa manera, y siendo la Ley positiva como es, ello conduce a la aplicación de una pena considerablemente reducida o —si el hecho imprudente no es punible— a la impunidad. Por consiguiente, quien no tenía en cuenta la norma a la hora de realizar el hecho, por falta de interés por el derecho, no entraba en consideración como autor doloso. Esta teoría, la así llamada teoría del dolo, es rechazada por el Tribunal Supremo Federal. Al contrario, el Tribunal es partidario de la teoría de la culpabilidad, que se ha desarrollado mientras tanto, según la cual la cognoscibilidad del injusto, en la medida en que se trate de un hecho doloso, es un elemento de la culpabilidad que no afecta al dolo. Las enormes consecuencias de esta teoría son evidentes: los hechos cometidos desconociendo el autor la norma siguen siendo hechos dolosos; en caso de ser inevitable el desconocimiento son hechos dolosos inculpables, pero si éste era evitable, son hechos culpables. Por consiguiente, quien a la hora de cometer el hecho no tiene en cuenta la norma porque no le interesa, aunque podría conocerla, sigue siendo autor doloso. Con ello, la jurisprudencia tiene la posibilidad de impedir que el argumento del desconocimiento de la norma se convierta en una excusa cómoda, a través de una configuración estricta de los criterios de determinación de la inevitabilidad. *En tercer lugar*, y como argu-

mento principal, en la zona marginal de las normas, que es la única que es relevante en este ámbito, el carácter positivo, y con ello la modificabilidad del derecho, se ha convertido en un hecho tan evidente, especialmente después de la doble vivencia de preceptos de economía de guerra y de postguerra, que la actitud de fidelidad al derecho ya no puede concebirse como una actitud con un determinado contenido, sino ya sólo como una actitud que reconoce la razón de vigencia, la positividad, tenga el contenido que tenga. Dicho de otro modo: un hecho cometido con desconocimiento inevitable de la norma jurídico-penal, esto es, un hecho en el que había una atención suficiente hacia el derecho positivo en su conjunto, contradice la norma en su configuración actual, pero no impugna el principio que da legitimidad a todas las normas: la positividad. Reformulándolo de nuevo: el reconocimiento de la razón de vigencia de un orden positivo y el conocimiento de su contenido actual son dos cosas distintas.

A través de su retirada a la positividad, el Derecho simultáneamente repele la posible objeción de que su contenido —en comparación con modelos ideales de ordenación— no es susceptible de ser fundamentado y por ello, en ese sentido, no es comprensible. No forma parte del conocimiento de la norma que se acepte como correcto el contenido, sino que basta el conocimiento de que la vulneración de la norma supone en el orden social existente, así como se halla configurado, una perturbación. Dicho a modo de ejemplo: quien cree que todo apoyo a un Estado que mantiene fuerzas armadas es reprochable y por ello no paga impuestos, no yerra acerca de la situación *de lege lata*; tampoco cuando considera que su derecho a negar el pago se halla protegido por un derecho fundamental, de acuerdo con *su* interpretación del mismo, pero sabe que la interpretación del derecho fundamental en cuestión que es defendida por el Tribunal Constitucional Federal llega a resultados distintos. O en este ejemplo: quien cree estar obligado a protestar a través de una sentada en la vía pública en contra de la carrera de armamentos o en contra de la energía nuclear, porque opina que su protesta está en interés público, sabe perfectamente que no es ese interés el que está protegido por el ordenamiento positivo y por ello tampoco yerra acerca de la prohibición de su comportamiento perturbador. Por consiguiente, la retirada hacia la positividad impone la carga del riesgo de un error sobre el contenido de la norma a la generalidad, pero preserva a la vez al ordenamiento de todos los ataques en contra de su legitimidad, una defensa sin la que probablemente sería imposible organizar una sociedad en la que se practica el pluralismo (vid., respecto del concepto material de culpabilidad, *infra* III.B.).

C. Error e indiferencia

Aún debemos someter a un examen más exhaustivo al desconocimiento evitable de la norma. La solución que el Tribunal Supremo Federal da al error relativo a la norma y que he esbozado antes, proveniente de la teoría de la culpabilidad, no vincula a todo desconocimiento evitable de la norma una atenuación de la pena, sino que sólo ofrece la posibilidad de atenuarla, lo que no siempre tiene que producirse. Y esto es lo que ahora prevé la *lex lata*: en caso de desconocimiento *puede* producirse la atenuación [§ 17 StGB (*)]. Por consiguiente, no existe una relación rígida entre el hecho psíquico de la falta de conocimiento actual y la atenuación de la pena. Al contrario, si el desconocimiento se fundamenta en un desinterés en conocer, sin que ese desinterés a su vez pudiese explicarse mediante una razón que deba valorarse como favorable al ordenamiento jurídico, se mantiene la pena completa. Un ejemplo extremo: quien conduce en el tráfico rodado un vehículo que no está admitido para ello, no puede argumentar que no pensó en ello porque ese tipo de nimiedades no merecen su atención. La posibilidad de establecer la atenuación, por tanto, rige, por ejemplo, respecto de un autor que no tiene en consideración el derecho por estar excitado, por estar sobrecargado sin ser responsable de ello, o por razones similares. Dicho de otro modo: la Ley distingue en los supuestos de desconocimiento de la norma entre aquellos casos en los que el autor lo sufre por error y aquellos en los que el desconocimiento es consecuencia de que el autor se ha apartado del objeto del conocimiento. Sólo el primero de los supuestos de desconocimiento puede denominarse error en sentido estricto, esto es, falta de conocimiento que el mismo sujeto que yerra valora de forma negativa; en el segundo tipo de desconocimiento falta esa valoración negativa. Puede que esto quede más claro utilizando un ejemplo proveniente del campo de las normas religiosas: quien está informado sobre las reglas del Islam puede conocer lo que éstas le exigen a lo largo del día. Si no tiene en cuenta nada de ello porque no tiene la intención de vivir según esas reglas, no está permanentemente inmerso en un error, ya que no quiere en absoluto saber lo que podría saber. Esta diferenciación ya la encontramos en Aristóteles, quien sólo admitía falta de voluntariedad en sentido estricto en aquellos casos de desconocimiento de las consecuencias del comporta-

(*) El § 17 StGB prescribe:

«Error de prohibición. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1.º» (n. del t.).

miento en los que el autor contempla el resultado de su actuar con disgusto o pesar (21).

Sorprendentemente —y con esto abandono el problema del desconocimiento de la norma y vuelvo al de la imprudencia— tal regulación falta en el caso del desconocimiento del tipo. En este ámbito, la ley y la bibliografía se comportan como esclavos de los hechos psíquicos; la normatividad se rinde ante lo perceptible por los sentidos: sin conocimiento de la realización del tipo, se dice, decae el dolo, esto es, la modalidad de dirección del comportamiento (aparte de ciertas excepciones) más grave y con mayor penalidad, con independencia de la razón del desconocimiento. Intentaré clarificar la situación con base en un ejemplo (22): si un terrorista atraviesa violentamente con su automóvil una barrera de la policía y mata a un agente, habiendo previsto esa posibilidad, se trata de un homicidio doloso, esto es, homicidio o —con mayor probabilidad— asesinato; pero si no tiene en cuenta esa posibilidad, por ejemplo, porque la muerte de un policía no le da que pensar, sólo hay homicidio imprudente, que está amenazado con una pena cuyo límite máximo es igual al mínimo del delito base de homicidio doloso. Esta regulación del derecho vigente no puede justificarse, porque sin razón alguna trata igual cosas desiguales: por un lado, el desconocimiento de quien no tiene interés alguno en conocer, y por otro, el error de quien quiere saber. Además, el límite del dolo, fijado de acuerdo con criterios psicologizantes, se opone a la normativización llevada a cabo en el problema paralelo del error de prohibición.

Abandono esta incongruencia y paso a ocuparme de la siguiente cuestión, que está pendiente desde hace tiempo: ¿Por qué la ignorancia constitutiva de error implica punición, en la medida en que el error es evitable? Si —utilizando la formulación aristotélica— el autor contempla su obra con disgusto y pesar al verla, ¿para qué condenar y penar? Esta cuestión se refiere tanto a la imprudencia en cuanto error como a la ignorancia de la prohibición en cuanto error; en ambos casos, es posible que el autor sienta lo que ha causado como *poena naturalis* más o menos intensa. De hecho, en muchos casos la pena es innecesaria; un ciudadano que quita la vida a otro por falta de cuidado frecuentemente sufrirá más por ese hecho que por la *poena forensis* que le corresponda. Sin embargo, el hecho de que hubo un nivel de descuido

(21) Obras en traducción alemana, ed. a cargo de H. FLASHAR, t. 6; *Ética Nicomacáea*, trad. al alemán y comentada por F. DIRLMEIER, 1974, 1110 b (p. 46).

(22) Puede que este tipo de casos sean poco frecuentes; en este sentido, desde el lado de la psiquiatría JANZARIK ZStW 104 pp. 65 y ss., 81; sin embargo —por ejemplo, en caso de no existir peligro de ser descubierto, o cuando «de todos modos ya todo está perdido»— no puede excluirse que ocurran, y es preferible exponer honestamente que son irrelevantes a presumir inverazmente que concurre conocimiento.

socialmente intolerable, y no sólo un descuido de acuerdo con la valoración *individual* del autor, esto es, que hay estándares que deben ser respetados generalmente, no se manifiesta en el pesar individual, sino sólo en la reprensión pública. Los estándares de riesgo, por lo tanto, deben establecerse de manera objetiva, con independencia de los sentimientos de los autores. Además, sin condena y pena habría el peligro de que las normas sólo se aprendiesen y aplicasen de manera selectiva, esto es, sólo en los casos en los que se corriese el peligro de sufrir un perjuicio. Y es que no todos sufren por el dolor que inflige erróneamente a otros como si fuese el propio; por consiguiente, es preciso evitar que se extienda el desinterés en los casos en los que sólo corren peligro personas que están lejos del autor. Un ejemplo: un fabricante preocupado por sus costes cumplirá la obligación de ocuparse de las disposiciones sobre la seguridad en el trabajo, por interés propio, en aquellos casos en los que puede sufrir perjuicios económicos en caso de no hacerlo; pero en aquellos casos en los que ello no es así, no es suficiente confiar simplemente en su capacidad de sentir compasión. Resumiendo, esto significa: la imputación y la pena en caso de error evitable garantizan determinados estándares y evitan que haya aprendizaje selectivo.

Intento aclarar lo anterior: la evitabilidad del error se determina individualmente, esto es, en función de que el autor concreto hubiese podido realizar el comportamiento correspondiente al estándar de su rol si se hubiese esforzado suficientemente. Por consiguiente, se trata de un error evitable del individuo, no de la persona que desempeña un determinado rol. El derecho puede permitirse esta subjetivación en el ámbito de los defectos cognitivos —en el ámbito del defecto volitivo, como expondré más adelante, la estandarización es más fuerte— porque es posible fundamentar que la evitación de defectos cognitivos es individualmente preferible. Pero no sólo ocurre que la subjetivación puede ser tolerada, sino que además, estando limitada a lo que es evitable individualmente, tiene la función de imputar más allá de los roles, y con ello de manera agravada. En un supuesto de defecto cognitivo individualmente evitable, nadie puede intentar excusarse diciendo que aunque ha fracasado en *un* rol, debe ser considerado íntegro en los demás, ya que no es cierto que haya fracasado sólo en *un* rol, sino que su fracaso se ha producido ante exigencias iguales a las que hay que satisfacer en todos los roles. La valoración negativa del autor, individualmente fundamentada, no sólo le afecta en *un* sector social, sino en general.

En el ámbito de estos errores individualmente evitables, la responsabilidad se limita a lo que hubiera sido evitable si se hubiese llevado a cabo una planificación correcta, esto es, no se extiende a las consecuencias vinculadas que a su vez no eran individualmente previsibles. Hablando en términos ejemplificativos: quien manosea de manera inad-

cuada un ordenador, por regla general puede prever que se producirá un malfuncionamiento de la programación, pero no que el aparato vaya a explotar o algo similar. Por ello sólo responde del mal funcionamiento del programa, y no de la avería del aparato producida por la explosión, aunque ésta también sea consecuencia del uso del aparato, que era inadecuado y podía reconocerse como tal. Como he dicho antes, la realidad ya no puede sufrir desgarros, ya que su configuración de todos modos es fortuita; es un conjunto constituido aleatoriamente, según las leyes de la naturaleza; el curso de la realidad no presenta de principio mayor lesividad después de un delito que antes de él. Si el mundo fuese un cosmos, un contexto que tuviese sentido, en el que el comportamiento conforme a derecho de los seres humanos tuviese un sitio, pero no el comportamiento antijurídico, entonces podría imputarse a quien penetra en terreno prohibido todo aquello que sea consecuencia de su comportamiento, fuese previsible o no: *versanti in re illicita omnia imputantur quae sequuntur ex delicto* (23). En este sentido, lo esencial no es tanto la obligación de contar con lo evidente [así, por ejemplo, en el caso del *dolus indirectus* (24)] o incluso de contar con todas las consecuencias posibles; la fantasía puede no ser suficiente para imaginarse lo que puede ocurrir; además, esto no es lo importante. Al contrario: quien emprende una *res illicita* abandona el terreno de lo que puede calcularse, al poner en desorden el orden cósmico que es la base de la realidad, ya que la realidad sólo puede calcularse en determinados ámbitos, esto es, sigue estando hechizada de forma mediata. Quien deroga el principio de calculabilidad no puede sustraerse a la imputación refi-

(23) Respecto del discutido problema de las raíces de esta regla (¿sólo están en el Derecho canónico?) vid. A. LÖFFLER, «*Die Schuldformen des Strafrechts*», 1895, páginas 136 y ss.; H. KOLLMANN, ZStW 35, pp. 46 y ss. (imputación sólo para fundamentar la irregularidad); F. SCHAFFSTEIN, «*Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*», 1930, pp. 107 y ss.; demasiado despectivo («lecho de descanso de los vagos», «teoría miserable») K. BINDING, «*Die Normen und ihre Übertretung*», t. 4, 1919, pp. 115 y ss.

En contra de que la idea del *Versari* pueda utilizarse para legitimar los delitos cualificados por el resultado (a favor de ello, sin embargo, Arthur KAUFMANN [nota 1], página 246; W. HARTWIG, en P. Bockelmann et al. a cargo de la ed., «*Festschrift für Eb. Schmidt*», 1961, pp. 459 y ss, 469), C. LORENZEN, «*Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*», pp. 35 y ss.

(24) Vid. al respecto Th. GEBLER, «*Über den Begriff und die Arten des Dolus*», 1860, pp. 20 y ss., 26 y ss.; LÖFFLER (nota 23), pp. 166, y ss.; SCHAFFSTEIN (nota 23), páginas 109 y ss.

En contra de la ampliamente difundida concepción, según la cual la teoría del *dolus indirectus* servía para eludir dificultades en el ámbito de la prueba, I. PUPPE, ZStW 103, pp. 1 y ss., 23 y ss., indicando acertadamente (p. 29) que el abandono de esta modalidad de dolo fue una decisión a favor de un concepto de dolo naturalístico-psíquico y en contra de un concepto normativo. El problema de la ignorancia por desinterés espera desde entonces —menos cuando intervienen delitos cualificados por el resultado— que se le dé una solución; JAKOBS (nota 3), 8/5 y ss. con nota 9.

riéndose al carácter limitado de los cálculos: siendo consecuente, tiene que aceptar el caos.

La situación varía cuando las normas descansan en una concepción del mundo según la cual la concurrencia de un error no deroga la calculabilidad. Entonces, el *versari in re illicita* no tiene por qué perder todo significado; al menos, no hay ningún interés social en que se lleven a cabo comportamientos no permitidos, de manera que puede que por esa razón se endurezcan las reglas de imputación. Por ejemplo: quien daña a otro con ocasión de un comportamiento ligeramente imprudente, puede sufrir un tratamiento más severo que quien comete una leve imprudencia con ocasión de un comportamiento permitido o incluso socialmente útil. Pero esto sólo afecta a la medida de la imputación en supuestos en los que es posible calcular las consecuencias. Desde esta concepción, sin embargo, la renuncia al requisito de la calculabilidad como tal constituiría un supuesto de responsabilidad por el resultado, contrario al sistema.

D. Excurso: tentativa

Con esto concluyo el tratamiento de aquellos defectos cognitivos en los que el autor desconoce los efectos (error de tipo) o la antinormatividad (error sobre la norma) de su comportamiento. Añado un breve apunte respecto de una de las inversiones de este error: se trata de aquellos casos en los que el autor supone erróneamente que su comportamiento generará determinadas consecuencias típicas y luego éstas no se producen, esto es, cuando se queda en la fase de tentativa. Como ya se ha dicho, la pena correspondiente a un hecho imprudente, por regla general, es muy inferior a la de un hecho doloso; sin embargo, la pena de la tentativa está cerca de la de la consumación dolosa. ¿De dónde viene esa diferencia, si imprudencia y tentativa son ambos supuestos de error? Ahora bien, tanto el autor imprudente como el autor de una tentativa sólo producen un esbozo incompleto de la realidad, y en ese sentido, ninguno de los dos comportamientos es determinante; pero las conclusiones que cabe sacar de ellos son distintas, ya que el autor imprudente demuestra que cuando no se tiene cuidado, se lesiona a los demás y también a uno mismo, mientras que el autor de la tentativa enseña que hay que tener más cuidado si se quiere delinquir con éxito. Correspondientemente, se invierte el significado de la densidad del error: la ignorancia inevitable de las consecuencias producidas ya ni siquiera es imprudencia, es totalmente impune; pero en cuanto mayor es el nivel de evitabilidad, más se aproxima la culpabilidad a la máxima expresión que alcanza en los supuestos de indiferencia. Por el contrario, en el caso del autor de tentativa, la ignorancia

inevitable de la inidoneidad del comportamiento para producir el resultado lleva al comportamiento cerca de la consumación, mientras que el error fácilmente evitable conduce al hecho más bien cerca del ridículo; correspondientemente, la Ley conoce una atenuación extraordinaria para los casos de burda incomprensión del autor [§ 23, párr. 3 StGB (*)].

III. DEFECTOS VOLITIVOS

A. Fidelidad al ordenamiento jurídico

Quien desconoce el mundo externo, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas. Quien conoce la realidad externa, pero no quiere reconocer sus reglas, fracasa conscientemente. Pero quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocerlo, no necesariamente fracasa con su planificación individual. Esto es lo específico del defecto volitivo que se refiere a normas: también puede uno hacerse cómodamente su camino infringiendo esas normas, dicho de otro modo, no puede probarse que desde el punto de vista individual sea preferible cumplir las normas sociales, y especialmente las normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a las normas de la realidad externa. Las normas sociales sufren de un punto débil genuino: precisamente que desde la perspectiva individual no puede probarse que sea preferible cumplirlas. Para compensar esta debilidad se establece que es cometido de quien está sometido a la norma procurarse razones para cumplirla; por tanto, es competente para que el cumplimiento de la norma sea preferible para él. Esta competencia es el equivalente en la teoría del derecho de lo que en metafísica se llama libre albedrío —volveré a referirme a este punto al final de este trabajo—. Si el sujeto que está sometido a la norma no cumple con éste su cometido, ello se le imputa como culpabilidad, y esta imputación se evidencia en la pena y durante cierto tiempo se manifiesta de manera duradera. La finalidad de la culpabili-

(*) El § 23 StGB, párr. 3.º, prescribe:

«Punibilidad de la tentativa... (3) Si el autor desconocía, por burda incomprensión, que la tentativa, según la naturaleza del objeto del hecho o de los medios con los que el hecho iba a ser cometido, en ningún caso podía conducir a la consumación, el Tribunal podrá no imponer pena alguna o atenuarla a su prudente arbitrio (§ 49, párr. 2.º)» (nota del t.).

dad es la estabilización de la norma débil (25). Por ello, la existencia de un sistema de imputación culpabilística y de la pena son una prueba de que un ordenamiento conoce sus puntos débiles. Los ordenamientos que se han autoconstituido como ordenamientos absolutos no ven en la persona que niega ese carácter absoluto a un culpable, ya sea el hereje que niega la revelación y la tradición, ya sea el burgués que reniega de las leyes materiales del desarrollo histórico; lo consideran como un sujeto que ha perdido el juicio o que debe ser educado, de la misma manera que un mundo desmitificado considera que ha perdido el juicio o está necesitado de educación quien construye su vida sobre la base de hacer revivir a los muertos o de piedras pan, esto es, de poder hacer milagros. Sin embargo, que alguien reconozca el carácter absoluto de un determinado orden y a pesar de ello no *quiera* cumplirlo es imposible, ya que a través del reconocimiento del carácter absoluto se produce una vinculación del sujeto y de su voluntad. Nadie puede saber que dos por dos son cuatro y a pesar de ello querer seriamente, esto es, tomar como base de su comportamiento, que el resultado sea igual a cinco. Sólo puede haber defectos volitivos respecto de normas débiles, no absolutas.

A través de la relación existente entre una norma débil, por un lado, y culpabilidad y pena, por otro, resulta más fácil garantizar la configuración de la sociedad de lo que es posible —por ejemplo— a través de la responsabilidad por el resultado y sus modalidades dulcificadas. Por medio de la amenaza de pena y de la pena puede dirigirse la voluntad y por medio de la voluntad dirigida puede mantenerse directamente una configuración social determinada, mientras que la responsabilidad por el resultado es susceptible de exponer cuáles son las expectativas existentes acerca del curso de la realidad, pero sin poder garantizar nada más que una cierta coincidencia de los sentimientos. Por lo tanto, la dirección de la voluntad es idónea para compensar la debilidad de la norma. Y con esto, en un Estado moderno no nos referimos a la dirección de la voluntad a través del miedo ante la pena, sino al hecho de que el comportamiento conforme a la norma se convierte en una costumbre. La desvalorización de los delincuentes, que frecuentemente se reproduce, induce a que ni siquiera se tengan en cuenta las variantes criminales a la hora de seleccionar el comportamiento propio, y en todo caso, a atenerse sino a las consecuencias.

(25) El análisis económico de ADAMS y SHAVELL, GA 1990, pp. 337 y ss., 357, también está orientado en función de la finalidad, aunque desde un punto de partida completamente distinto: «En este sentido, el incremento de los conocimientos del autor, necesario para evitar la producción de daños, puede conllevar costes considerables para él y para la sociedad», mientras que el hecho de omitir la realización de un comportamiento doloso «únicamente requiere la simple decisión voluntaria de la persona que decide no cometerlo».

Por consiguiente, se trata de prevención general a través de la práctica de la fidelidad a la norma. Sin embargo, esta finalidad de la pena de *establecer*, o, más exactamente, restablecer la fidelidad a la norma, aún no es todo, o dicho de un modo más preciso, descansa en aquella finalidad de la pena que ya aparecía en el caso de la responsabilidad por el hecho: en la *manifestación* de una defraudación. Hablando en términos ejemplificativos: cuando se realizaron los grandes procesos destinados a condenar la injusticia cometida en los campos de concentración nacionalsocialistas, esto es, no antes de los años sesenta, ya no podía dudarse desde hacía más de una década, casi dos décadas, de que era segura la vigencia de las normas que prohíben tales comportamientos. Y también los procesos actuales, que probablemente seguirán produciéndose durante algún tiempo, relativos a la injusticia de la antigua RDA, son simplemente innecesarios para el reconocimiento de las normas que protegen la vida o la libertad de movimientos. Lo único que ahora se pretende es expresar el distanciamiento hacia esos comportamientos, y en esa medida existe una situación paralela a la de la responsabilidad por el resultado, en la que igualmente la pena sólo puede manifestar la defraudación, pero no puede crear o mantener el cumplimiento de la norma. Por tanto, debajo de la finalidad de restablecer sigue estando la de manifestar.

La imputación culpabilista es la imputación de un defecto volitivo. ¿Y qué es lo que significa «defecto volitivo»? Puede decirse —en una primera aproximación negativa— que no se trata de que exista una voluntad defectuosa que sea consciente de su defecto. Quien sostiene que lo decisivo es que el sujeto sea consciente de lo defectuoso de la voluntad, no puede admitir culpabilidad ni en el caso de la ignorancia de la prohibición ni en el caso de la imprudencia —inconsciente—, y además tampoco puede admitirla cuando la falta de conocimiento no tiene otra causa que el desinterés. Tal concepción, sin embargo, además sería demasiado psicologicista. Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que deba ubicarse allí, y esto ocurre siempre que el autor hubiese evitado de haber concurrido una motivación dominante de evitar infracciones del derecho. Por consiguiente, «defecto volitivo» siempre debe entenderse como «déficit de voluntad», y concretamente como déficit de motivación fiel al derecho. Incluso en el caso de un hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación. Más aún: dolo y conciencia de antijuridicidad, en cuanto hechos psíquicos, también pueden concurrir en el prototipo del sujeto que actúa sin culpabilidad, el enajenado; lo que a éste le falta es la capacidad de extraer la consecuencia de evitar, esto es, de motivarse de manera dominante hacia la fidelidad al derecho. Si tuviese tal motivación dirigida a la evitación

—se trata de una motivación de evitación supuesta, porque de facto siempre falta en quien se comporta culpablemente—, incluso quien se halla inmerso en una situación de ignorancia evitable, adquiriría conciencia de su poder de evitación al darse cuenta del déficit de conocimiento que sufría con anterioridad; este es un proceso más complejo que aquel que tiene lugar en el autor que de todos modos es consciente de todo, y el proceso también es susceptible de verse afectado por errores (26), pero en el fondo no es nada especial: el autor fracasa ante la exigencia que se le plantea de motivarse de manera dominante hacia la fidelidad al derecho.

B. Culpabilidad material

Hasta el momento, he realizado una descripción puramente formal: todo ordenamiento puede tener la pretensión de que los seres humanos capaces de motivarse se motiven de manera dominante hacia la consideración del orden, y ello, por ejemplo, puede tener lugar con los siguientes contenidos: traicionar a sus amigos judíos, espiar a sus vecinos o no realizar actos homosexuales —y debemos preguntarnos: ¿Siempre hay culpabilidad cuando en esos casos falta una motivación dominante? No puede dudarse de que en un sentido formal hay culpabilidad, ya que el hecho de que el destinatario no haya alcanzado la finalidad de la regla se le imputa como defecto suyo— no ha demostrado la fidelidad a la norma que se le exige. Esta es una clase de culpabilidad que existe en todo ordenamiento, incluso en el más totalitario; incluso el esclavo que no cumple la orden de su señor de automutilarse tiene esa culpabilidad. La reacción frente a este tipo de culpabilidad es la pena disuasoria o educacional, o también, y no necesariamente como pena, la eliminación. En todo caso, se trata al sujeto sometido a la norma, sea el autor actual o cualquier persona en cuanto autor potencial, como a un perro contra el que se levanta el palo (Hegel); dicho de otro modo, la reacción se produce contra un sistema psicofísico, pero no contra una persona.

La descripción de la culpabilidad de la que hemos tratado hasta el momento no tiene, por consiguiente, más peso que el valor del orden que se pretende estabilizar; la culpabilidad dentro de un ordenamiento que a su vez no vale nada es una culpabilidad exclusivamente formal. Sin embargo, esta referencia al valor o desvalor que debe ser estabilizado no es todo lo que puede decirse respecto de la clase de culpabilidad con la que opera un determinado ordenamiento jurídico.

(26) Por esta razón, existe una clase específica de exigibilidad en los supuestos de ignorancia evitable, dicho prácticamente: en la imprudencia; JAKOBS (nota 3), 20/35 y ss.

Un determinado orden es un ordenamiento jurídico al menos para aquellas personas que ocupan dentro de él una posición como personas, esto es, son titulares de derechos, aunque deban respetar los derechos de otros. Dicho de otro modo: un ordenamiento jurídico no puede comportarse frente a un autor como si fuese un perro, sino que debe ser tratado como una persona. Esto no se ve modificado por determinadas metáforas, como el dicho ampliamente difundido de que el autor a través de su hecho se ha puesto a sí mismo fuera del orden; si eso fuese así, la reacción contra él sería imposible en cuanto reacción jurídica.

Ahora bien, ya el hecho en sí no debe ser concebido como proceso impersonal. Una lesión corporal, por ejemplo, no es una perturbación como el mordisco de un perro, sino que es una perturbación realizada por una persona, esto es, lo es precisamente por el significado comunicativo de su comportamiento. De manera análoga, la imputación no sólo vincula al autor en cuanto mero sistema psicofísico con la herida, sino que lo sucedido se interpreta como un esbozo de realidad, como afirmación de que se pretende que la vida social debe desarrollarse de esa manera. Y consiguientemente, también se ubica en la categoría de lo comunicativo aquella pena que trata al autor como persona: la pena es réplica contra su esbozo de la realidad, es la constatación de que el autor con su hecho ha afirmado algo que no es determinante. Sólo de esa manera pueden comprenderse hecho y pena como contexto de sentido y no como secuencia irracional de dos males (Hegel). El fin de la pena que acabo de esbozar se denomina actualmente prevención general positiva; prevención general, porque pretende producirse un efecto en *todos* los ciudadanos, positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena —en el siglo pasado se hablaba de manera plástica de eliminación del «daño intelectual del delito»— (27).

En el modelo de hecho y pena que hemos esbozado, al autor sólo le corresponde una pena en cuanto es una persona igual a los demás, especialmente en lo que se refiere a que todos son competentes para manifestarse sobre la configuración correcta del mundo social. Si fuese incompetente, como lo es, por ejemplo, el enajenado, en lugar de pena habría tratamiento; éste, que es una configuración vital final ajena, precisamente contiene una negación de una personalidad plena. En el hecho de que es tratado como una persona, esto es, de que se le re-

(27) Exposición detallada de las distintas teorías en H. MÜLLER-DIETZ, GA 1983, pp. 481 y ss., 485 y ss.

conoce como un igual, «se honra al delincuente como ser racional», como lo formuló Hegel (28), aunque esta frase con frecuencia haya sido objeto de burla. Bien es cierto que este tratamiento de persona no es suficiente para materializar la culpabilidad, ya que la personalidad, a su vez, sólo es una de las formas en las que la vida jurídica se desarrolla, y el mero hecho de utilizar esa forma no garantiza que se trate de un contenido general, no determinado por lo particular. Hablando en términos ejemplificativos: si todos los bienes vitales están concentrados en manos de algunas pocas personas, puede que el ordenamiento jurídico garantice a los demás el derecho de propiedad sobre su propia persona y el derecho de adquirir la propiedad de bienes, pero como todos los medios de subsistencia de facto se encuentran en manos ajenas, aquellos que no tienen nada más que su propio cuerpo difícilmente podrán aceptar esa orden como orden de lo general; la mera existencia de una personalidad abstracta es demasiado poco para que así lo hagan. Dicho en pocas palabras: culpabilidad material presupone normas legítimas.

En la medida en que este problema es tratado en la bibliografía moderna (29), la propuesta más extendida es la de tomar como punto de partida la «autodeterminación» del sujeto hacia el mal (30), esto es, su «autocorrupción» por «negarse completamente a determinar de manera concluyente su comportamiento» (31). El autor, se dice, niega la «razón subjetivo-autónoma de vigencia del derecho», con la siguiente consecuencia: «en lo que se refiere al lado de lo subjetivo del autor, tomándolo primero de manera abstracta, desligada de su razón de constitución intersubjetiva, lo que tienen que significar en concreto injusto, delito, pena se determina válidamente en última instancia en la decisión racional autónoma, esto es, en saber prácticamente que la situación jurídica que está en la base de la relación jurídica concreta tiene validez general para el sujeto mismo» (32). Aunque se tenga en cuenta que esta explicación que he citado se refiere expresamente al «lado de lo subjetivo del autor», pretendiendo tomarlo «primero de manera abstracta, desligada de su razón de constitución intersubjetiva», es improbable que pueda resolverse de esa manera el problema de la culpabilidad material en un sentido *teórico y practicable*. Este punto de partida

(28) «Grundlinien der Philosophie des Rechts», 1821, § 100, nota.

(29) Una exposición persuasiva y exhaustiva es la de E. A. WOLFF, ZStW 97, páginas 786 y ss.; M. KÖHLER, «Die bewusste Fahrlässigkeit», 1982, pp. 133 y ss.; el mismo, «Der Begriff der Strafe», 1986, *passim*; F. HERZOG, «Prävention des Unrechts und Manifestation des Rechts», 1987, pp. 57 y ss.; R. ZACZYK, «Das Unrecht der versuchten Tat», 1989, pp. 130 y ss.; W. SCHILD, en R. Wassermann (ed.), «Kommentar zum Strafgesetzbuch», t. 1, 1990, previo al § 13, número marg. 46 y ss., 50 y ss.

(30) KÖHLER, «Begriff...» (nota 29), p. 29.

(31) P. 34.

(32) P. 63.

sólo podría resultar satisfactorio desde el punto de vista teórico si el ámbito del Estado, del que provienen las normas jurídico-penales, estuviese por encima de la pugna de intereses que se desarrolla dentro de la sociedad civil, eso es, si el Estado pudiese mantenerse frente a la sociedad civil como ámbito de moralidad sustancial, en la que las personas fuesen a la vez en sí mismas y generales. Esto, sin embargo, no puede afirmarse respecto de un Estado que en gran medida se ocupa de crear las bases de subsistencia y que extrae su legitimidad de ello. Precisamente un Estado cuya existencia se halla condicionada por un sistema económico que funcione no puede desvincularse de la lucha de intereses que se desarrolla dentro de la sociedad civil.

Este punto de partida, además, tampoco es practicable: es preciso que a través del ordenamiento jurídico se abra la posibilidad de establecer contactos anónimos; esto excluye totalmente que se tome como factor decisivo la autonomía individual del sujeto, sino que requiere precisamente lo contrario: un alto nivel de uniformidad en el marco de roles claramente delimitados, especialmente dentro de un rol del ciudadano que respeta las normas del Derecho penal. La expectativa de uniformidad es el reverso de la libertad de comportamiento. No es posible que una sociedad otorgue libertad de comportamiento y al mismo tiempo dé a sus miembros la opción acerca de si llegarán con su autodeterminación hasta «saber prácticamente que la situación jurídica que está en la base de la relación jurídica concreta tiene validez general para el sujeto mismo». Puede que la autonomía del sujeto ofrezca un modelo adecuado para resolver la cuestión acerca de *si debiera* constituirse una sociedad; en ese caso, la respuesta también puede ser «no». Pero si en realidad no se considera seriamente la posibilidad de permanecer en el estado natural, las pretensiones de modificar el contenido del orden sólo pueden realizarse a través de los procedimientos previstos para ello, lo que a su vez significa: sólo dentro del orden, y no renegando de él.

Por consiguiente, en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa. Ni siquiera es que frente a ella se formule la expectativa de que se autodetermine a favor del derecho en un sentido psicologizante —cómo el sujeto psico-físico asuma su rol es asunto suyo, en principio—, sino que se la trata —en principio— como un sujeto que se autodefine como ciudadano. Mientras sea posible demostrar a través del tratamiento comunicativo de la asignación de culpabilidad la validez de esta definición, la comprensión social es que el delincuente *es* materialmente culpable, que su hecho *es* la expresión de una autocontradicción (aunque ésta no debe entenderse de manera psicologizante); y es que entonces es considerado como ciudadano de pleno derecho, y frente a la perspectiva desde la cual tiene lugar esa valoración no hay alternativa en el ámbito comunicativo. Dicho de otro mo-

do: en un sistema de imputación en funcionamiento queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación *antes* de la sociedad.

Las críticas que frecuentemente se plantean a la concepción aquí expuesta, en el sentido que con ella se instrumentaliza al ciudadano que va a ser sometido a una pena (33), probablemente no perciban que sólo se trata de la *descripción* de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo. Bien es cierto que la descripción puede desilusionar, y en ese sentido tampoco falta la objeción de que esta concepción saca a la luz determinadas funciones que deberían «en esencia permanecer latentes» (34). *Esta afirmación*, si fuese correcta, sí que conllevaría una instrumentalización de los ciudadanos que van a ser sometidos a pena, concretamente implicaría que se les ocultaría la estructura de su sumisión para evitar que intentasen salir violentamente de ella (35). La dignidad humana, si tiene un contenido mínimo, es desde luego incompatible con una prohibición de aclarar la lógica de la comunicación. Además, aclarar que el fallo de culpabilidad no se refiere al individuo en su propio ser, sino a una persona social, esto es, que los sistemas sociales tienen determinadas condiciones de subsistencia a las que nadie se puede sustraer, etc., difícilmente puede llevar a nadie a apartarse de la sociedad —¿a dónde se dirigiría?—, especialmente si al mismo tiempo se comprende que estas relaciones siempre fundamentan culpabilidad y pena.

C. Cuestiones puntuales

El Derecho penal de culpabilidad siempre estuvo, por tanto, fundamentado por sus fines sociales; intentaré clarificar este fundamento con base en algunos aspectos parciales de reproche y exculpación. Mientras que el derecho positivo, como ya he descrito, tiene ampliamente en cuenta los defectos cognitivos, incluso aquellos que se refieren al conocimiento de las normas, en el ámbito del defecto volitivo se limita a tomar en consideración algunos pocos casos rígidamente tipificados. Dicho de otro modo: quien no puede conocer la Ley, actúa sin culpabilidad, pero respecto de quien puede conocer la Ley rige en

(33) En este sentido, últimamente de nuevo C. ROXIN, «*Strafrecht AT*», 1992, 19/31 y ss., 34.

(34) M. BOCK, ZStW 103, pp. 636 y ss., 650; *vid.* ya U. SCHROTH, en U. Neumann y U. Schroth, «*Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*», 1980, pp. 122 y ss.

(35) *Vid.* al respecto la comparación de BOCK con el mantenimiento hipócrita de una religión, que por sí misma evidentemente está caduca, por parte de sus funcionarios, *loc. cit.* (nota 34).

principio que también puede respetarla. Sólo hay excepciones cuando no perturban la función estabilizadora de expectativas del derecho, cuando no se considera al autor como igual, sino como alguien que no es determinante o que se encuentra en una situación especial. ¿Cuándo ocurre esto?

En parte, la desigualdad es palmaria: es evidente que los niños y los jóvenes equiparados a los niños, o los enajenados o las personas con problemas psíquicos similares son desiguales y con ello no son imputables. Como contraparte sinalagmática, y en la medida en que es necesario, tampoco se les concede libertad de comportamiento: la falta de culpabilidad en aquellos casos en los que los iguales son culpables es condición suficiente de heteroadministración.

Pero no sólo se trata de igualdad en cuanto al desarrollo psíquico, sino también de igualdad de la situación en la que se desarrolla el comportamiento. Hay situaciones en las que ya no puede exigirse al ciudadano que se ocupe de respetar la norma, o al menos no se le puede plantear esta exigencia de manera absoluta. En un ejemplo que siempre vuelve a aparecer a lo largo de la historia de la filosofía desde Carneades, un naufrago expulsa a otro de la única tabla de madera disponible; quien es expulsado muere, quien expulsa sobrevive. También el derecho vigente reconoce tal estado de necesidad exculpante [§ 35 StGB (*)], si bien con significativas excepciones: la disculpa no rige si el sujeto que se encuentra en la situación de peligro tiene el deber especial de soportarlo. Por consiguiente, en estado de guerra ningún soldado puede huir estando exculpado cuando corre peligro su vida, ningún preso inocente en prisión provisional puede estar exculpado si golpea a quien le custodia para recuperar su libertad, y esto por la razón evidente de que de no ser así, sería imposible organizar un sistema militar o de justicia penal; dicho de otro modo: es más importante mantener la posibilidad de administrar Estado que tener en consideración la necesidad del sujeto.

(*) El § 35 StGB dispone:

«Estado de necesidad exculpante:

(1) Quien en caso de un peligro actual para la vida, la integridad corporal o la libertad, que no puede ser eliminado de otro modo, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de él, de un pariente o de otra persona cercana a él, actúa sin culpabilidad. Lo anterior no rige si según las circunstancias del caso podía exigírsele al autor que soportase el peligro, especialmente por haber sido él mismo quien lo había causado o por encontrarse en una relación jurídica especial; no obstante, la pena puede atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1.º, cuando el autor no tenía obligación de soportar el peligro en atención a una relación jurídica especial.

(2) Si el autor supone por error la concurrencia de circunstancias que de acuerdo con el párrafo 1.º lo hubiesen exculpado, sólo será penado cuando hubiese podido evitar el error. La pena se atenuará conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1.º» (n. del t.).

Lo mismo rige respecto de la situación psíquica. Desde una perspectiva psicologizante, fijada en el momento de la comisión del hecho, la existencia de una tendencia adquirida dificulta que el autor prescinda de realizar el hecho. Por consiguiente, si lo decisivo es el «esfuerzo psíquico» que es preciso para evitar el hecho, el principiante dubitativo tendría el máximo de culpabilidad —bastaría un leve esfuerzo en la dirección contraria— y el reincidente morboso presentaría un mínimo —tendría que cambiar su firme actitud—. Cuando se invoca la habitualidad del autor para exonerarlo, sigue siendo válida la respuesta de Aristóteles (36): «... ellos mismos tienen la culpa de que se haya llegado hasta ese punto, por su vida desafortunada... Porque las acciones individuales repetidas llevan a un estado de base correspondiente. Esto se ve en las personas que practican para alguna competición o actividad: repiten continuamente el mismo empleo de fuerza. Por tanto, quien no sabe que de los actos singulares reiterados surgen las actitudes de base firmes, es simplemente estúpido». Hoy en día se habla de culpabilidad por el modo de vida (37), lo que no es una denominación muy acertada, ya que al autor no se le imputa como culpable su manera de vivir, sino que a pesar de sus dificultades psíquicas a la hora de evitar el hecho actual no se le exonera. Esto, sin embargo, sólo es así si su desastroso modo de vida es asunto suyo, por haberse desarrollado partiendo de una situación normal. Si el autor fue corrompido siendo un adolescente, o si su actitud contraria al ordenamiento jurídico es producto de una situación de necesidad extraordinaria o de haber sido inductado por un Estado pervertido y ahora superado (38) o por un Estado extranjero pervertido (39), esta inculpabilidad por la conducta vital tiene efectos exoneradores.

El modo de vida relevante no tiene por qué abarcar siempre largas fases del *curriculum*; pueden ser fases cortas si son relevantes para el hecho. Un ejemplo es la euforia que suele producirse en caso de ebriedad moderada o después de la ingestión de ciertos psicofármacos. ¿Es exculpante? No es lo mismo que el sujeto se emborrache por una razón cualquiera y después cometa un delito estando desinhibido o que tenga que consumir psicofármacos como tratamiento de una enfermedad. En el primer caso, nadie puede responder de la desinhibición más que el autor mismo; pero en el otro, el autor puede argumentar que el destino

(36) Nota 21, 1114 a (p. 55); ya WELZEL hizo referencia a ello en ZStW 60, páginas 428 y ss., 458 y ss.

(37) Desde E. MEZGER, ZStW 57, pp. 675 y ss., 688 y s.

(38) Al respecto, o E. W. HANACK, Actas del 46. Congreso Alemán de Juristas (DJT), t. 2 (C), pp. 53 y ss.; el mismo, JZ 1967, pp. 297 y ss.; el mismo, NJW 1976, páginas 1758 y s.; en contra H. JÄGER, «*Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*», pp. 173 y ss., 175 y s.

(39) BGHSt 18, pp. 87 y ss.

le ha impuesto la enfermedad. Idéntica constelación psicofísica —un cierto grado de intoxicación que conlleva la desinhibición— conduce en un contexto disculpante a la exoneración, mientras que en los demás casos no es tenida en cuenta. Correspondientemente, el derecho vigente [§ 21 StGB(*)] no dispone que la pena deba ser atenuada obligatoriamente, sino que puede ser atenuada (40). Por consiguiente, podemos llegar a la conclusión que crean responsabilidad todas aquellas razones del conflicto actual que no pueden imputarse a otra persona que al autor sin perturbar la vigencia de la norma.

Esto puede invertirse: si no está en juego la administrabilidad del orden, si el delito excepcionalmente ha afectado a una víctima que merecía la pérdida, puede quitarse importancia al defecto volitivo total o parcialmente. En este sentido, para dar un ejemplo, el hecho de encontrarse en un estado de excitación en forma de ira u odio en principio no contribuye a la exculpación. Cada uno tiene que asumir ese tipo de emociones, que pueden presentarse en cualquier momento, si se quiere que los contactos sociales sean planificables. Utilizando la formulación de Nietzsche: «ningún acto tiene pasado» (41). El derecho positivo conoce, sin embargo, una atenuación muy considerable [§ 213 StGB(*)] para el homicidio doloso cometido bajo influjo de la ira, que presenta la limitación que sea precisamente la víctima del homicidio quien haya provocado al autor sin que éste haya dado razón alguna para ello. Esta limitación no puede explicarse desde una perspectiva psicologizante, ya que la ira impulsa a la realización del hecho con independencia de su origen. Pero si se abandona este tipo de naturalismos y se toma en consideración la situación social como factor decisivo, esto es, si se configura el concepto de culpabilidad no de manera ontologizante, sino funcional, la limitación parece casi evidente: quien ha definido, sin tener razón para ello, la situación de manera agresiva, y sólo quien así procede, pierde parte de su protección.

(*) El § 21 StGB dispone:

«Capacidad de culpabilidad disminuida. Si en el momento de la comisión del hecho la capacidad del autor para comprender lo antijurídico del hecho o para comportarse de acuerdo con esa comprensión se halla considerablemente disminuida por una de las causas señaladas en el § 20, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1.º.» (n. del t.).

(40) Referencias al estado de la discusión en JAKOBS (nota 3), 18/32 y ss., 34.

(41) «*Menschliches, Allzumenschliches*», t. II, 2, capítulo n.º 28.

(*) El § 213 StGB dispone:

«Caso menos grave de homicidio. En caso de que el muerto hubiese provocado la ira del homicida, sin culpabilidad de éste, mediante maltrato de obra o grave injuria infligido al homicida o a un pariente suyo, de manera que aquél se viese inmediatamente compelido por ello a la ejecución del hecho, o en caso de concurrir algún otro caso menos grave, la pena será privación de libertad de seis meses a cinco años.» (n. del t.).

Conforme a esta regla también se tapa un defecto volitivo cuando una persona que es objeto de un ataque antijurídico se excede en su legítima defensa y esto sucede de manera evitable, esto es, culpable. Hablando en términos ejemplificativos: un sujeto que es objeto de un ataque con los puños no responde amenazando con utilizar su cuchillo, aunque ello evidentemente —y ello quiere decir también: de manera evidente para quien sufre el ataque— hubiese sido suficiente, sino que directamente usa el cuchillo; la denominación del suceso es la de exceso en la legítima defensa. De acuerdo con el derecho positivo (que aunque no es un argumento *per se*, refleja la sociedad si está logrado, y con ello constituye un argumento) no concurre culpabilidad en el sujeto que usa su cuchillo cuando el exceso en la legítima defensa se produce por estupefacción, sobresalto o temor, esto es, no por emociones violentas como acometividad, ira o combatividad. Debo reiterar que no se trata de un supuesto de exceso inevitable en una situación delicada, sino de un comportamiento perfectamente evitable. ¿Por qué esta lesión innecesaria del atacante se considera falta de culpabilidad? Porque es lesionado aquel atacante que debe asumir las consecuencias a causa de su ataque. No es indulgencia hacia quien sufre el ataque lo que conduce a la exculpación, sino el hecho de que la defensa en exceso afecta al destinatario correcto. Existe una prueba de esto, un tanto sutil, pero unívoca en el resultado: imagínese que alguien, estando incurso en un error absolutamente inevitable, cree que es objeto de un ataque, y al defenderse frente a ese ataque inexistente (legítima defensa putativa) se excede en ella. Aunque su situación psíquica es idéntica hasta el último detalle a la de alguien que es objeto de un ataque real, no puede ser exculpado, porque no es posible remitir a la víctima de su defensa a que debe adscribirse las consecuencias de su ataque (42): la víctima en realidad no atacó, sino que sólo fue tenida por atacante erróneamente. Este ejemplo demuestra que la concepción funcional se ha impuesto también en reglas bastante remotas en el ámbito de la culpabilidad, que tenía que imponerse, porque la única finalidad que cuenta es la estabilización de la norma.

IV. ¿LIBRE ALBEDRÍO?

Al final de mi exposición relativa a la finalidad de la culpabilidad me permito hacer algunas referencias a un problema del que hasta ahora sólo he hablado de pasada: el libre albedrío. Y hago estos apuntes al final del trabajo porque la función del principio de culpabilidad es in-

(42) En este sentido, una serie ininterrumpida de jurisprudencia, últimamente BGH NStZ 1983, p. 453; la cuestión es discutida.

dependiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío; ni siquiera depende de que tenga sentido plantear esta cuestión. La culpabilidad es competencia por una lesión de la vigencia de la norma y, por tanto, presupone que el sujeto competente pueda ser motivado a través de normas y nada más (43). Bien es cierto que la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la libertad de la voluntad, con el libre albedrío, sino con la libertad de autoadministrarse, esto es de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios. La culpabilidad sólo es posible en un orden en el que no todos los procesos son dirigidos de manera centralizada, esto es, que es administrado descentralizadamente. Para concluir explicaré esta relación entre culpabilidad y libertad de autoadministración con una parábola.

En varios países que tienen fronteras comunes, los habitantes de las zonas fronterizas suelen de vez en cuando llevar a cabo saqueos en alguno de los países vecinos, produciendo allí un daño mayor que el botín que llevan a casa, hecho que le es indiferente a los saqueadores, ya que el daño es soportado por extraños. Los monarcas soberanos de esos países, con ocasión de un encuentro entre ellos, llegan al acuerdo de impedir esas fechorías en el futuro, y convienen, como garantía de la promesa, en pagarse mutuamente una multa del doble del daño producido en caso de que a pesar de todo se lleven a cabo saqueos. La situación mejora radicalmente a consecuencia de las inmediatas medidas de los monarcas; en el siguiente encuentro sólo hay pocas multas que pagar. Uno de los monarcas, sin embargo, se niega absolutamente a pagar; aduce que a pesar de haber hecho inmensos esfuerzos, no ha conseguido suficientes medios para poder crear suficientes fuerzas de policía; por ello, argumenta, le ha sido imposible mantener bajo control a los habitantes de sus zonas fronterizas. Los demás le creen y deciden, dada la incapacidad de su primo para administrar con efectividad su país —a causa de su debilidad financiera—, dividirlo entre ellos y tratarlo como provincia. Ante esa posibilidad, el monarca finalmente paga. El filósofo de la corte considera que es injusto tener que pagar una multa por un comportamiento que no fue libre, y que es indigno obedecer a tal requerimiento de pago, pero el monarca contesta que su libertad de autoadministrarse va por delante de tales consideraciones.

V. RESUMEN

1. En un mundo desmitificado, un defecto cognitivo en cuanto error (pero no el que es consecuencia de indiferencia) es muestra de falta de competencia organizativa. Por ello, el defecto inevitable y sus

(43) Referencias al estado de la discusión en JAKOBS (nota 3), 17/23 y ss., notas 47 a 52.

consecuencias no forman parte del esbozo que una persona hace de la realidad; esa persona no tiene culpabilidad. En el caso del defecto evitable, la firmeza del Derecho penal se recorta considerablemente, la culpabilidad se halla disminuida.

2. En una sociedad con derecho positivo, lo anterior también rige respecto del conocimiento de la norma misma; éste sólo es susceptible de ser cuestionado por no considerarse la razón de la norma, la positividad, y no por desconocimientos puntuales.

3. Como es imposible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico. Lo que se llama culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico.

4. Culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando hacen uso de la libertad de comportamiento que forma parte del rol de ciudadano. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico.

5. Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico sólo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al del autor; especialmente en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente.

