



EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE CULPABILIDAD EN ALEMANIA Y AUSTRIA *

Hans-Heinrich Jescheck

*Catedrático emérito de Derecho penal
Director emérito del Instituto Max-Planck de Derecho Penal
Extranjero e Internacional. Freiburg im Breisgau*

Traducción de Patricia Esquinas Valverde

JESCHECK, Hans-Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2003, núm. 05-01, p. 01:1-01:19. Esquinas Valverde, traductora. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-01.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 05-01 (2003), 1 ene]

RESUMEN: El artículo se ocupa del concepto de culpabilidad, un problema fundamental en la teoría del Derecho Penal, estudiando comparativamente el derecho alemán y el austríaco. En el apartado histórico se plantean las concepciones psicológica y normativa de la culpabilidad y se explica la interpretación caracterológica de la misma en Austria. La parte principal del artículo se ocupa de la cuestión del libre albedrío en relación al concepto jurídico-penal de culpabilidad en ambos países. Para terminar,

toman la palabra los detractores de dicho principio. Se pone de manifiesto que la reforma del sistema de sanciones a través de soluciones consensuales no supone en absoluto el final del principio de culpabilidad.

PALABRAS CLAVES: Culpabilidad; concepciones psicológica, normativa y caracterológica de la culpabilidad; libre albedrío y principio de culpabilidad; teoría funcional de la culpabilidad; reforma del sistema de sanciones.

Fecha de publicación: 1 enero 2003

Correspondencia: Profesor universitario emérito Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck, Instituto Max-Planck para el Derecho penal extranjero e internacional, Günterstalstrasse 73, D-79100, Friburgo de Brisgovia, Alemania.

La culpabilidad es el fundamento para poder responsabilizar personalmente al autor por la acción típica y antijurídica que ha cometido mediante una pena estatal. Es al mismo tiempo un requisito de la punibilidad y un criterio para la determinación de la pena¹. En este doble sentido se habla de la culpabilidad como *principio*. Ambos aspectos

* Traducción de la conferencia pronunciada por el autor el 30 de abril de 1998 durante la celebración de su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Linz. El texto de la conferencia está publicado en versión original alemana bajo el título "*Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich*" en la revista *Juristische Blätter* 1998, págs. 609 y ss. y en el cuaderno "*Dienst am Strafrecht – Dienst am Menschen*", editado por Heribert Franz Köck y Reinhard Moos, págs. 57 a 79, Universitätsverlag Rudolf Trauner, Linz 1998.

¹ Acerca de la distinción entre la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad como criterio de determinación de la pena también para Austria, Zipf, "*El concepto jurídico-penal de culpabilidad*", en *Juristische*

de dicho principio son Derecho positivo tanto en Alemania como en Austria. En Alemania la culpabilidad constituye, según el parágrafo (§) 46, apartado 1, 1 del StGB, una “base para la determinación de la pena”; lo mismo expresa en Austria el § 32, apartado 1 del StGB. En el Código penal alemán no se dice expresamente, sin embargo, que la culpabilidad sea también en cualquier caso un requisito de la punibilidad, si bien se deduce del contexto. A la culpabilidad como tal requisito se ha referido precisamente el Tribunal Constitucional Federal en su famosa cita: al principio de culpabilidad “le corresponde un rango constitucional. Su fundamento está en el mismo principio del Estado de Derecho” (BVerfGE 20, 323, 331)².

En Austria se reconoce de igual modo la culpabilidad como base de la pena, en la propia ley, a través del siguiente lema: “Sólo se puede castigar al que actúa culpablemente” (§ 4 del StGB). Con ello se quiere decir que el ordenamiento jurídico responsabiliza mediante una pena al imputable únicamente por el injusto que haya causado culpablemente, y lo mismo ocurre en Alemania. Por tanto, en ambos países se considera, por un lado, que la pena exige en todo caso la culpabilidad, de tal manera que al que actúe sin culpa no puede imponérsele una sanción; por otro lado, la pena no podrá en ninguna ocasión sobrepasar la medida de la culpabilidad (*nulla poena sine culpa*). El Derecho penal es por consiguiente en *ambos* países, como se suele decir, un “Derecho penal de la culpabilidad”.

Mientras que el *principio* de culpabilidad –ninguna pena sin culpa, pena sólo en la medida de la culpabilidad– rige en Alemania y en Austria desde el siglo XIX, el *concepto* de culpabilidad se ha visto sometido a diversas transformaciones y sigue siendo aún hoy especialmente discutido. Aquí se trata de la siguiente cuestión: en qué medida se puede conectar la imputación subjetiva de una conducta típica y antijurídica a las características psíquicas y a las emociones del autor y, especialmente, cómo una pena basada en la culpabilidad del autor se puede justificar como reacción proporcionada del Estado frente al hecho cometido.

I. En el *desarrollo histórico - dogmático del concepto de culpabilidad* se pueden distinguir tres etapas³.

1.- El *concepto psicológico de la culpabilidad*, dominante hasta comienzos de nuestro siglo, surgió a partir de la corriente jurídica del Positivismo científico. Esta concepción

Blätter (JBI), 1980, pág. 190. Zipf defiende un concepto autónomo, totalmente distinto, de la culpabilidad como criterio de determinación de la pena. Sobre ello, críticamente, Moos, “El concepto de culpabilidad en el Código penal austríaco”, en Festschrift für Otto Triffterer, 1996, págs. 171 y ss., quien justamente descubre la diferencia en exclusiva en la cuantificación de la culpabilidad como fundamento de la pena y en la inclusión del comportamiento del autor, antes y después del hecho en el ámbito de la culpabilidad.

² Sobre la situación jurídica en Austria, Karollus, “Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des strafrechtlichen Schuldbegriffs”, en Österreichische Juristen Zeitung (ÖJZ), 1987, págs. 677 y ss.

³ En torno a esta cuestión para Alemania, Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974; para Austria, algunos párrafos en Jescheck, “Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 73 (1961), págs. 179 y ss. En general, Moos, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert*, 1968.

tan antigua, aún absolutamente formal de culpabilidad, se detenía en el estado mental del autor del delito, sobre la base de aquellos hechos que fueran reconocibles por medio de la observación y accesibles a una descripción. De esta forma, algunos autores alemanes relevantes del pasado entendieron la culpabilidad como un hecho psíquico. Según *Franz v. Liszt*⁴, la culpabilidad consiste en la imputabilidad del autor y en las dos formas de la culpa, el dolo y la imprudencia; para *Gustav Radbruch*⁵, sólo en ambas formas de la culpabilidad, cuando hayan sido en verdad aprehendidas psicológicamente; para *Ernst Beling*⁶, en “la relación psíquica del autor con el hecho”.

En *Austria*, dentro del concepto psicológico de culpabilidad hay que pensar en primer lugar en el gran teórico jurídico de la segunda mitad del siglo XIX *Georg Jellinek*⁷, para el cual las ciencias sociales sólo podían ser “empíricas” y debían servirse del método inductivo de las ciencias naturales. La implantación dentro de las categorías del Derecho Penal de las distintas relaciones psíquicas posibles del autor con el hecho, distinguiendo entre las tres formas de la culpabilidad –intención, conciencia e imprudencia–, se encuentra marcadamente en *Alexander Löffler*⁸ y *August Mišèka*⁹. También a *Heinrich Lammasch*¹⁰ se le ha de atribuir una orientación psicológica en cuanto al concepto de culpabilidad.

2.- El alejamiento del Positivismo científico y el viraje hacia el Neokantismo, que se inician en torno al final del siglo XIX, condujeron a que también en el Derecho Penal, en lugar del método de las ciencias naturales consistente en observar y describir, apareciera de nuevo un método propio de las ciencias humanas consistente en comprender y valorar. En el transcurso de esta evolución, la interpretación *psicológica* de la culpabilidad fue sustituida por una *concepción normativa*, de la cual se considera fundador a *Reinhard Frank*¹¹. Para él la culpabilidad era “la reprochabilidad” del hecho y, en concreto, referida a un comportamiento que se caracterice por la imputabilidad del autor, la relación psíquica de éste con tal hecho -en forma de dolo o de imprudencia-, y la normalidad de las circunstancias concurrentes.

La concepción normativa de la culpabilidad alcanza en *Alemania* su forma definitiva con *James Goldschmidt* y *Edmund Mezger*. *Goldschmidt*¹² le otorga un contenido material unitario mediante la idea del deber de observancia de la norma: un deber que emana de la exigencia de obediencia que ésta encierra. También para la imprudencia halló *Goldschmidt* en el moderno concepto de la infracción de un deber de cuidado aquella desobediencia de un deber jurídico que fundamentara la culpabilidad. A su vez,

⁴ V. *Liszt*, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, 1906, página 137.

⁵ *Radbruch*, “Über den Schuldbegriff”, en *ZStW*, 24 (1904), pág. 345.

⁶ *Beling*, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pág. 180.

⁷ *G. Jellinek*, *Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, págs. 9 a 11.

⁸ *Löffler*, *Die Schuldformen des Strafrechts I*, 1895, págs. 5 y ss.

⁹ *Mišèka*, *Die Formen der Strafschuld*, 1905, pág. 102.

¹⁰ *Lammasch*, *Grundriss des Strafrechts*, 4ª edición, 1911, págs. 27 y ss.

¹¹ *Frank*, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, pág. 11.

¹² *Goldschmidt*, “*Der Notstand –ein Schuldproblem*”, en *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht (ÖZSt)*, 1913, págs. 129 y ss.

para *Mezger*¹³ ésta era el conjunto de los requisitos en que se basa la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Más concretamente: para él se trataba de un comportamiento psicológico culpable y del juicio de valor normativo de ese comportamiento, en una sola cosa. La conducta antijurídica aparece de esta forma como una manifestación de la personalidad del que actúa que es desaprobada por el Derecho. Con esta formulación, *Mezger* estaba tendiendo ya un puente hacia la “concepción caracteriológica de la culpabilidad”, que había surgido antes en Austria y que se había convertido en determinante para el derecho positivo de nuestro país vecino, ya que este penalista, al hablar de “personalidad” no se está refiriendo al autor individual, sino a “la personalidad dada conforme a la experiencia”.

En *Austria*, *Theodor Rittler* acogió con prontitud el concepto normativo de culpabilidad¹⁴. *Hermann Roeder* se había adelantado ya a él con la diferenciación entre el auténtico dolo psicológico, por un lado, y la conciencia de antijuricidad y la exigibilidad de la obediencia al Derecho como dementos normativos de la culpabilidad, por el otro¹⁵. *Rittler* defiende la concepción normativa haciendo una clara referencia a la interpretación caracteriológica de la culpabilidad. Dice así: “el carácter antijurídico de la voluntad no se deriva de que el autor pudiera haberse comportado también de otra manera, sino del hecho de que él, en virtud de su forma de ser, de acuerdo con su carácter, se ha comportado precisamente mal, injustamente”¹⁶. En relación con este cambio en el concepto normativo de culpabilidad *Rittler* se remite también a autores alemanes como *Karl Engisch*, para quien “la concepción caracteriológica de la culpabilidad pide cuentas a la persona por lo que ésta es”¹⁷, así como a *Ernst Heinitz*, el cual sostiene abiertamente “que en Derecho penal cada uno debe responder por aquello que es”¹⁸.

En el contexto *austríaco*, la *interpretación caracteriológica* de la culpabilidad como versión desarrollada de la concepción normativa encontró su máxima expresión en la teoría de *Friedrich Nowakowski*¹⁹. Éste se une en dicho aspecto a su maestro *Ferdinand Kadeëka*, quien ya por el año 1936 había declarado: “En cuanto al destino que deba corresponder al autor, lo decisivo no es determinar si éste hubiera podido comportarse de otro modo, sino si una persona honrada y con escrúpulos hubiera actuado de forma diferente. La razón por la que pretendemos corregir al autor mediante una pena o una medida de seguridad, o apartarle de la sociedad, es precisamente el hecho de que él *no* puede hacer lo que otros sí pueden”²⁰. La diferencia entre pena y medida se difumina, en la pena se infiltra en cierto modo un componente

¹³ *Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 1931, págs. 247 y ss.

¹⁴ *Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Vol. I, 2ª edición, 1954, págs.153 y 166.

¹⁵ *Roeder, Schuld und Irrtum im Justiz- und Verwaltungsstrafrecht*, 1938, págs. 54 y ss; el mismo, “Das Schuld- und Irrtumsproblem beim Vollrausch”, en *Festschrift für Theodor Rittler*, 1957, págs. 223 y ss; el mismo, “Die Irrtumsregelung im österreichischen und deutschen Strafgesetzentwurf”, en *ÖJZ*, 1962, pág. 338.

¹⁶ *Rittler, Strafrecht I*, 2ª edición, pág. 160.

¹⁷ *Engisch, “Zur Idee der Täterschuld”*, en *ZStW* 61 (1942), pág. 177; igualmente el mismo, más tarde, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtlichen Doktrin der Gegenwart*, 2ª edición, 1965, pág. 65.

¹⁸ *Heinitz, “Strafzumessung und Persönlichkeit”*, en *ZStW* 63 (1951), pág. 76.

¹⁹ Acerca de esto, *Jescheck, “Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker”*, en *ZStW* 103 (1991), pág. 1008; *Moos* (nota 1), pág. 180.

²⁰ *Kadeëka, Gesammelte Aufsätze*, 1959, págs. 61 y siguiente.

de medida”²¹. *Nowakowski* podría también haberse referido para enunciar su teoría a uno de los mayores autores austríacos del siglo XIX, *Wilhelm Wahlberg*, que formuló su tesis principal como sigue: “El autor podría haber sido cualquier otra persona, y su culpa reside en ser quien es y en aquello que por consiguiente hace”²². Lo que *Wahlberg* deja, claro está, sin explicación es por qué puede hacerse penalmente responsable al autor por ser lo que es. También *Nowakowski* mantiene abierta la cuestión de la libertad cuando del mismo modo carga al autor con su responsabilidad objetiva como una consecuencia inevitable de su naturaleza, si bien no con tanta radicalidad como lo hacían *Kadečka* y *Wahlberg*: “La cuestión de si el individuo es en esencia libre y si su responsabilidad moral se basa en esa libertad” –sostiene aquí– es totalmente distinta de aquella que se pregunta si él tuvo tal libertad en el momento de adoptar una decisión concreta”²³. La responsabilidad jurídica se basa “en la no satisfacción de un criterio establecido por el Derecho, con independencia de si se pudo haber actuado también de otro modo”²⁴. En conclusión, la culpabilidad consiste simplemente en “no llegar a alcanzar” de hecho “la clase de reacción propia de una persona a medida”, es decir, “de una persona vinculada a los valores jurídicamente protegidos”²⁵. También en el ámbito de la determinación de la pena empleó *Nowakowski* la pauta de la persona vinculada a dichos valores²⁶, aun cuando tal nivel va a resultar en no pocas ocasiones inalcanzable incluso para el autor plenamente imputable, si tenemos en cuenta sus orígenes, educación y trayectoria vital.

3. La *teoría del Finalismo* representa en *Alemania* una evolución distinta de la concepción normativa de la culpabilidad. La fundamentación ontológica del concepto de delito llevada a cabo por *Hans Welzel* condujo al consabido resultado de que el dolo típico y la lesión objetiva del deber de cuidado en el caso de la imprudencia fueron extraídos del concepto de culpabilidad y atribuidos al tipo de injusto, de tal modo que en aquel concepto permanecieron únicamente auténticos elementos normativos –conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de la conducta adecuada a la norma–. Para *Welzel* la culpabilidad es ya sólo “la parte de responsabilidad del autor por su determinación antijurídica”²⁷. No obstante *Welzel* tampoco llega a explicar cómo puede fundamentarse la responsabilidad del culpable por su decisión de cometer el hecho. De acuerdo con este autor, es imposible conocer de qué forma la persona evita el delito y utiliza en efecto su

²¹ Así *Nowakowski*, “Vom Schuld- zum Massnahmenrecht”, en *Kriminalbiologische Gegenwartsfragen*, Cuaderno 10, 1970, págs. 3 y siguiente, página 6; el mismo, “Die Massnahmenkomponente im Strafgesetzbuch”, en *Festschrift für Christian Broda*, 1976, pág. 200.

²² *Wahlberg*, *Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege*, 1869, pág. 71. Sobre la importancia de *Wahlberg* para el desarrollo del concepto de delito en Austria durante la segunda mitad del siglo XIX, *Moos* (nota 3), págs. 416 y ss.

²³ *Nowakowski*, “Freiheit, Schuld, Vergeltung”, en *Festschrift für Theodor Rittler*, 1957, pág. 58.

²⁴ *Nowakowski* (nota 23), pág. 70; el mismo, “Das Ausmass der Schuld”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStR)* 1950, págs. 307 y ss.

²⁵ *Nowakowski*, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1955, pág. 62. *Schmoller*, “Zur Argumentation mit Massstabfiguren”, en *JBl* 1990, pág. 710, ha observado aquí críticamente que “sólo con la introducción de una figura modelo no se produce concreción alguna en cuanto al contenido del criterio de valoración”.

²⁶ *Nowakowski*, “Probleme der Strafzumessung”, en : *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik*, 1981, pág. 208.

²⁷ *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edición, 1969, pág. 138.

autocontrol con la finalidad de actuar conforme al Derecho: esto continúa siendo el “misterio” del libre albedrío²⁸.

En *Austria*, la teoría final de la acción como base de un concepto de delito ontológicamente entendido no ha encontrado seguimiento alguno²⁹, aunque naturalmente las modificaciones en el sistema penal deducidas por *Welzel* a partir de dicho concepto también se han impuesto en aquel país, ya que tales modificaciones pueden asimismo fundamentarse de forma convincente sin necesidad de acudir a la teoría final de la acción³⁰. Por el contrario, el problema de la justificación del reproche de culpabilidad sigue siendo en *Austria* una cuestión que trata de resolverse sin hacer uso del principio del libre albedrío, de forma práctica y pasando por encima del carácter del autor.

Con ello nos situamos a las puertas del Código penal *austríaco* de 1974, por medio del cual se acogió el concepto de culpabilidad propuesto por *Nowakowski*. En *Alemania*, sin embargo, la evolución ha sido más abierta, ya que el Código penal en su nueva versión de 1975, resultado de la gran reforma del Derecho penal, no ha establecido un concepto de culpabilidad, sino que ha confiado su precisión a la doctrina y a la práctica jurídica. La dogmática dominante en la actualidad viene marcada esencialmente por los principios expuestos por *Wilhelm Gallas* en las Jornadas de Profesores de Derecho penal celebradas en 1954 en Tübingen³¹ y en 1967 en Münster³².

II. Después de esta retrospectiva histórica, me gustaría en la segunda parte de mi exposición señalar las distintas *formas del concepto de culpabilidad* actualmente existentes en Alemania, y ponerlas en relación con las opiniones doctrinales que al respecto se defienden en Austria.

1. En *Alemania* subsiste todavía una fuerte orientación, influida por la filosofía idealista, que basa el concepto de culpabilidad en la existencia de la libertad de decisión del ser humano, entendida como una realidad. Aquí la libertad, por tanto, resulta no sólo postulada, sino incluso concebida como un hecho antropológico constatable. Ha sido sobre todo *Arthur Kaufmann* quien ha situado dicho pensamiento en el centro de su trabajo sobre la culpabilidad y la pena y quien le ha otorgado un fundamento de Derecho natural. “El principio de la culpabilidad” –así dice él– “es un pilar del universo moral, una *lex naturalis*, y goza por tanto de absoluta vigencia”³³. La pregunta acerca de “si la persona es capaz de autodeterminarse libremente” obtiene por parte de este autor la siguiente respuesta: “*el ejercicio de la libertad moral no consiste en negar la determina-*

²⁸ *Welzel*, “*Persönlichkeit und Schuld*”, en *ZStW* 60 (1941), pág. 456.

²⁹ *Nowakowski*, “*Probleme der Strafrechtsdogmatik*”, en *JBl* 1972, págs. 21 y siguiente; el mismo, *Wiener Kommentar zum (österreichischen) Strafgesetzbuch (WK)*, Observaciones preliminares acerca del § 3, marginal n° 8; *Moos*, “*Die finale Handlungslehre*”, en: *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, 1974, págs. 14 y 21; el mismo, “*Rechtsphilosophie und Strafrechtsdogmatik*”, en *Juristische Rundschau (JR)* 1977, pág. 310; *Triffterer*, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, 1994 Capítulo 7, marginal n° 27.

³⁰ *Nowakowski* (nota 29), marginales n° 9 a 11; *Moos*, “*Zum Stand der österreichischen Verbrechenlehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition*”, en *ZStW* 93, 1981, págs. 1025 y ss. y 1029.

³¹ *Gallas*, “*Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*”, en *ZStW* 67, 1955, págs. 1 y ss.

³² *Gallas*, “*Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*”, en *ZStW* 80, 1968, págs. 1 y ss.

³³ *Arthur Kaufmann*, *Das Schuldprinzip*, 2ª edición, 1976, pág. 208.

ción causal sino más bien en una “determinación superior”, es decir, en añadir un factor determinante propio de especial naturaleza; un factor determinante que no procede de la estructura causal del mundo, sino de su estructura lógica”³⁴. También para *Ernst Amadeus Wolff* es la pregunta acerca de la libertad “una pregunta acerca de aquello que es verdadero”. Éste contesta a dicha cuestión afirmando que “ninguna razón nos obliga a suponer que el ser humano esté determinado por reglas de necesidad”, sino que se podrá hablar de la libertad como “la capacidad de llevar algo a cabo según el propio criterio”. Con apoyo en la teoría de *Kant*, la constatación de tal posibilidad implica para *Wolff* al mismo tiempo la “seguridad suficiente para aceptar la existencia de la libertad”³⁵.

Entre los autores más jóvenes voy a nombrar aquí exclusivamente a *Michael Köhler*, que se remonta sobre todo a *Hegel*, citando el principio fundamental de su Parte General: “La culpabilidad es la libre (auto)determinación a favor de una máxima antijurídica, es decir, a favor de la vulneración del Derecho “como Derecho” a través de una forma en cierto modo típica”³⁶. También habría que nombrar aquí a *Bernd Schünemann*, el cual entiende la existencia del libre albedrío como un “estado antropológico fundamental”, que encuentra expresión en la estructura gramatical del lenguaje³⁷; sin embargo, precisamente para el Derecho penal no adopta *Schünemann* esta conclusión, ya que para él “una pena que sólo sirve a los fines de la prevención tampoco puede ser determinada más que a partir de dichos fines”³⁸.

El Tribunal Supremo Federal viene inclinándose sistemáticamente ya desde 1952, mucho antes, pues, de que apareciera el nuevo Código penal, por la libertad de decisión y por un concepto de culpabilidad sustentado en ella. Así se declara en la resolución del Pleno de la Sala para cuestiones penales acerca del error de prohibición: “La razón profunda del reproche de culpabilidad reside en el hecho de que la persona está dotada de una facultad de autodeterminación ética libre y responsable, siendo por lo tanto capaz, tan pronto como haya alcanzado la madurez moral, de optar por el Derecho y en contra de lo que sea injusto, de orientar su comportamiento de acuerdo con las normas del deber ser jurídico y de evitar lo que esté prohibido por el Derecho” (BGHSt 2, 194, 200). Esta debería ser, aunque siga sin formularse expresamente, la directriz fundamental de nuestra práctica jurídica.

Del lado *austríaco* se ha manifestado en contra de este principio una decisión del Tribunal Supremo del año 1958 -igualmente apodíctica, pero que ha permanecido sin embargo aislada-, pronunciada, pues, asimismo con anterioridad a la aparición del Código penal de 1974; una resolución que por primera vez otorgó aplicación práctica a la teoría de la culpabilidad de *Nowakowski*. En este sentido, habría que admitir la presencia

³⁴ *Arthur Kaufmann* (nota 33), págs. 280 y siguiente.

³⁵ *Ernst Amadeus Wolff*, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, págs. 62, 64 y siguiente.

³⁶ *Michael Köhler*, *Strafrecht. Allg. einer Teil*, 1997, pág. 348.

³⁷ *Schünemann*, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA) 1986*, pág. 293; *el mismo*, “Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht”, en: *Schünemann (editor)*, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984*, págs. 163 y ss.

³⁸ En *Schünemann* (nota 37), pág. 188.

de fuerza irresistible, de acuerdo con el § 2g del antiguo Código penal “cuando un delito sea cometido bajo unas circunstancias y en base a unos motivos tales que también habrían determinado a ello a una persona modélica...Lo decisivo no es la capacidad individual, sino el deber general” (SSt 29/83) ³⁹.

De cualquier forma, hasta ahora aún *no* se ha demostrado *empíricamente* la libertad de decisión de la persona en la situación concreta. *Wolf Singer* ⁴⁰, que ha estudiado profundamente el funcionamiento del cerebro, informó recientemente acerca del estado actual de la investigación en este ámbito en su conferencia pronunciada durante la celebración del 50 aniversario de la Asociación Max-Planck en Göttingen. De acuerdo con tales datos, el cerebro es “un sistema organizado de una forma extremadamente distributiva”. No es posible detectar un centro al que acudan las diversas informaciones y donde éstas sean reconducidas a una interpretación unitaria. La investigación se encuentra no obstante en vías de conseguir “aclarar fenómenos de la conducta, inclusive funciones psíquicas y mentales, por medio de procesos de comunicación neuronal”. Sin embargo, incluso aunque esto pudiera lograrse, justo *a continuación* surgirían las cuestiones que ahora nos ocupan, y que el propio *Singer* ha formulado del siguiente modo: “¿Qué ocurre entonces con la experiencia que nosotros mismos tenemos, en el sentido de que podemos decidir libremente? ¿Qué sucede con las atribuciones de culpabilidad y con el concepto de responsabilidad como patrimonio de nuestra cultura? ¿Cómo debemos afrontar el descubrimiento de que no puede hallarse en nuestro cerebro ningún centro de convergencia donde únicamente recaigan decisiones, donde se esbozen planes de actuación y encuentre asiento nuestra conciencia? ¿Cómo debemos entonces imaginarnos que se adopta una decisión deliberada, la cual influye a continuación en nuestro cerebro de tal manera que éste, obedeciendo dicho impulso voluntario, lleva a cabo esta o aquella acción? ¿En qué lugar deberemos pues localizar ese Yo autodeterminado que percibimos como si se desprendiera de ciertas funciones cerebrales y a su vez se situara frente a ellas?”

A la vista de este misterio, que sigue después de todo sin resolver, en torno a cómo se puede explicar la adopción de una decisión y su materialización en una acción en virtud de la actuación conjunta de un gran número de células cerebrales, es comprensible que hoy en día exista en nuestra ciencia sólo una escasa disposición a asumir la libertad de determinación del autor en el caso concreto como realmente existente y a convertirla en fundamento del reproche jurídico-penal de culpabilidad. Así, tampoco en la doctrina *austríaca* he encontrado opinión alguna que pretenda recomendar esta vía como forma directa de justificar la responsabilidad penal del autor. *Winfried Platzgummer*, que *no* considera la concepción caracteriológica de la culpabilidad como fundamento suficiente del juicio de culpabilidad ⁴¹, en la medida en que la pena, como reprobación ético-social,

³⁹ Sobre la idea del estado de necesidad exculpatorio que de aquí se deriva, *Platzgummer*, “*Eine Wendung in der Rechtsprechung zum unwiderstehlichen Zwang*”, en JBl 1959, págs. 338 y ss.

⁴⁰ *Singer*, “*Auf dem Weg nach innen*”, en MPG-Spiegel, edición especial 2/1998, págs. 20 y 34.

⁴¹ *Platzgummer*, “*Die „Allgemeinen Bestimmungen“ des Strafgesetzentwurfs im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik*”, en JBl 1971, pág. 243; el mismo, *Wiener Kommentar, Observaciones preliminares acerca de los §§ 8 a 20, marginal n° 5*. Acerca de esto, igualmente crítico, *Hassemer*, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª edición, 1990, pág. 238: «¿Qué es lo que realmente se está reprochando al autor con la afirmación

sólo alcanzará sentido cuando el autor “tenga en parte la culpa”⁴² de su falta de vinculación a los valores, remite finalmente a la decisión del legislador. Pero éste, como *Platzgummer* reconoce, parte de la base de que el autor, por ser precisamente como es, debe en principio responder por su acción, y que la ley sólo va a admitir una disculpa cuando concurren indicios de una causa de exclusión de la culpabilidad legalmente prevista⁴³. *Helmut Fuchs*, quien entiende la culpabilidad jurídico-penal en todo caso como culpabilidad moral y la fundamenta principalmente en la “posibilidad de autodeterminación”, llega no obstante a la conclusión de que dicha culpa, en el caso concreto, escapa a la valoración humana y de que al juez, por lo tanto, no le queda otra opción más que “generalizar”⁴⁴. *Otto Triffterer* considera la “sensación subjetiva de libertad de decisión” como “fundamento suficiente para, junto con la culpabilidad, justificar un reproche personal”⁴⁵. *Diethelm Kienapfel* hace uso igualmente para el actual Código penal de la idea de retribución, ya que “la pena se percibe, no sólo por el afectado sino al mismo tiempo por la generalidad de las personas, como retribución (al menos, también de esa forma)”⁴⁶. El propio Código penal austríaco, por más que se reconoce como Derecho penal de la culpabilidad y, de acuerdo con los términos de su Exposición de motivos, pretende permanecer en el marco de “aquello que aparece ya esbozado en la escala de valores que late en el conjunto de los ciudadanos”, se guía en cambio, según dicha Exposición, “en gran medida por consideraciones acerca de la conveniencia político-criminal”, y así lo expresa también positivamente en el criterio objetivo de culpabilidad de los §§ 10, apartado 1º y 32, apartado 2º⁴⁷. Por ello, en mi opinión, la ley no concede ya fundamento alguno a la concepción clásica de la culpabilidad basada en la responsabilidad por la libre decisión del autor.

2. En *Alemania*, el concepto de culpabilidad hoy en día predominante viene determinado por un principio al que dio expresión *Wilhelm Gallas*⁴⁸ en su conferencia pronunciada en Münster con ocasión del Congreso de Profesores de Derecho penal de 1967, a propósito de la crítica sobre la regla –estrictamente preventiva– de determinación de la pena del Proyecto alternativo de 1966. En el lugar más elevado, a su juicio, se sitúa el convencimiento en torno a “la responsabilidad del autor por su hecho, como una realidad

de que no ha alcanzado los criterios de la “capacidad general”?»

⁴² *Platzgummer*, “*Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz*”, en *Festschrift für Franz Pallin*, 1989, pág. 325.

⁴³ *Platzgummer* (nota 42), pág. 327.

⁴⁴ *Fuchs*, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2ª edición, 1997, pág. 16. Aquí se siente uno retrotraído a las palabras de *Kant*: “El verdadero carácter moral de las acciones (mérito y culpa) permanece por tanto oculto para nosotros, incluso el de nuestro propio comportamiento. Las imputaciones que hagamos sólo pueden basarse en el carácter empírico.” (*Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft*, 2ª edición, 1787, en: Obras en seis tomos, editado por *Wilhelm Weischedel*, II, 1956, nota nº 501).

⁴⁵ *Triffterer*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, pág. 12, marginal nº 20.

⁴⁶ *Kienapfel*, *Grundriss des österreichischen Strafrechts*, 6ª edición, 1996, Z. 2, marginal nº 9.

⁴⁷ Comentarios al Proyecto de Código penal presentado por el gobierno (*Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum StGB*), 1971, pág. 55.

⁴⁸ *Gallas* (nota 32), pág. 3; coincidiendo con él, por ejemplo, *Schönke/Schröder/Lenckner*, en *Strafgesetzbuch*, 25ª edición, 1997, Observaciones preliminares a los §§ 13 y ss., marginales nº 110 y 118; *Lackner*, *Strafgesetzbuch*, 22ª edición, 1997, Observaciones preliminares al § 13, marginal nº 26; *Armin Kaufmann*, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Recht*, 1982, pág. 273.

de nuestra conciencia social y moral”. Sólo aquella pena “que trate al autor según sus méritos”, así continúa explicando *Gallas*, podrá desarrollar una eficacia preventiva en orden a educar a la población en la “fidelidad al Derecho” y “como mecanismo de advertencia, de autoconocimiento y de autoliberación para el autor”. La pena, por consiguiente, exige tanto en su justificación como en su medida la constatación de la culpabilidad individual del autor, no sólo como expresión de la imparcialidad aplicada con respecto a la persona del autor sino igualmente como medio para la prevención especial y general. Con ello, si bien no se está afirmando que la libertad de decisión en el caso concreto sea una evidencia empíricamente demostrable, sí se está haciendo uso de ella como un componente irrenunciable de nuestra cultura social.

También *Hans Joachim Hirsch* secunda esta línea general⁴⁹. La ciencia jurídica ha de “orientarse por los acontecimientos de la vida social”. Sin embargo, puesto que la persona se siente básicamente libre, debe “este fenómeno constituir el punto de partida”. El Derecho, erigido por el ser humano, “no puede situarse en contradicción con la lógica general en la que se mueven sus destinatarios. No le queda otra posibilidad que basarse en la imagen del mundo que éstos tienen y, de ese modo, asumir la *representación ideal* del libre albedrío, no éste mismo, como fundamento generalmente aceptado del concepto que el ser humano posee de sí mismo”. También yo, como *Nowakowski*, me he basado en el criterio de “la persona modélica, vinculada a los valores jurídicamente protegidos”⁵⁰, exigiendo no obstante que se equipare mentalmente el término de comparación, “con el autor individual en cuanto a edad, sexo, profesión, características físicas, aptitudes psicológicas y experiencia de la vida. Con ello no será la capacidad general del sujeto medio la que se convierta en medida de las aptitudes individuales del autor, sino que es a partir de la experiencia con casos semejantes, confirmada por medios empíricos, como se deduce la capacidad del autor para dirigir su comportamiento en el supuesto concreto”. La medida de la culpabilidad, por tanto, se orienta aquí de acuerdo con el estado de la experiencia judicial, psicológica y criminológica⁵¹.

En *Austria* también el Tribunal Supremo, en la ya mencionada resolución de 1958 (página 263), ha empleado como fundamento este criterio social-comparativo en relación con la autora del caso objeto de enjuiciamiento, la cual presentaba graves alteraciones en los aspectos físico y psicológico. “Hay que partir”, así dice el Tribunal, “del patrón que puede esperarse de ese grupo de personas”. *Reinhard Moos* se une a tal decisión al insistir en que “una persona modélica, que vaya a usarse como término de comparación, debe aproximarse lo máximo posible al propio autor”⁵². De igual modo *Kurt Schmoller*⁵³ encuentra el verdadero sentido del parámetro relativo a “la persona vinculada a los

⁴⁹ Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, en: Plywaczewski (editor), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, 1998, págs. 201 y ss; el mismo, ya con anterioridad, en *ZStW* 106, 1994, págs. 763 y ss. En sentido conforme Dreher, *Die Willensfreiheit*, 1987, págs. 383 y ss. En *Austria* ya Georg Jellinek (nota 7), págs. 65 y ss., pretendía fundamentar la culpabilidad en esa “conciencia” de tener libertad de decisión que es propia del ser humano.

⁵⁰ *Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, 1996, pág. 428.

⁵¹ *Hirsch* (nota 49), pág. 195, habla aquí de una “escala de indicadores bastante afianzada”; *Arthur Kaufmann*, (nota 33), pág. 282, de una “constatación analógica de la culpabilidad”.

⁵² *Moos, Wiener Kommentar*, § 76, marginal n° 33.

⁵³ *Schmoller* (nota 25), págs. 706 y ss.

valores jurídicamente protegidos” en el hecho de que con él se promueve la “comparación entre casos”. Tampoco *Günther Kunst*⁵⁴, en su comentario al § 32, apartado 2º del Código penal austríaco se atiene estrictamente al tipo ideal de la persona ajustada al modelo, sino que, según su interpretación de la ley, el autor viene a ser comparado con un tipo al cual, de acuerdo con las circunstancias externas del caso y con los móviles del propio autor “se le puede ocurrir seriamente la idea de cometer un comportamiento penalmente relevante, de tal manera que también a él podrían beneficiarle todas las causas de atenuación del § 34 del Código penal”.

Sin embargo parece que está por determinar en qué medida una interpretación tal del término de comparación, aproximada al autor concreto, resulta conciliable con la regla del § 32, apartado 2º del Código penal austríaco. La exposición de motivos del proyecto de Código penal se acoge en todo caso y sin excepciones a la figura modelo de la persona vinculada a los valores jurídicamente protegidos como criterio para enjuiciar la culpabilidad⁵⁵. La doctrina se encuentra dividida. En opinión de *Heinz Zipf*, a través de la fórmula del apartado 1º de dicho § 32 relativa a la “culpabilidad del autor” “se está haciendo referencia a la orientación individual hacia el autor concreto”⁵⁶. Por el contrario *Herbert Steininger*⁵⁷ percibe en la responsabilidad por el hecho particular un “componente de culpabilidad por el carácter” del autor, resultante de la idea jurídica de una persona fiel al Derecho que se encuentra en la misma posición que aquél. *Franz Pallin*⁵⁸ admite que se tengan en cuenta las condiciones individuales exclusivamente “por lo que respecta a las capacidades físicas e intelectuales y a la experiencia práctica del autor”, remitiendo al juez en lo restante al criterio objetivo de la ley. A juicio de este autor y de *Egmont Foregger*⁵⁹, la culpabilidad del que es “esencialmente asocial pesa más que la del individuo leal al Derecho que por una vez ha tenido un traspies”, puesto que aquél con su actitud se aleja más de la que es propia de la persona vinculada a los valores jurídicamente tutelados que el que delinque en un momento dado⁶⁰. Para *Moos*, asimismo, según el “concepto reducido de la culpabilidad” del Derecho austríaco ésta sería una “responsabilidad ético-social objetivada”; dicha responsabilidad “no incluye la ética individual, sino que la excluye”⁶¹. No obstante *Moos* considera importante, como ya se ha indicado, que tal criterio objetivo resulte individualizado tanto como sea posible⁶². Pero al prescindirse de la moral propia del autor concreto se hace inviable para éste la retribución ético-individual, ya que dicha retribución sólo puede ser construida en base a la posibilidad de haber actuado de otro modo de una persona determinada y no de cualquier otro sujeto

⁵⁴ *Kunst, Wiener Kommentar*, § 32, marginal nº 45.

⁵⁵ Comentarios al Proyecto de Código penal presentado por el gobierno (nota 47), 1971, pág. 123.

⁵⁶ *Zipf* (nota 1), pág. 194.

⁵⁷ *Leukauff/Steininger, Strafgesetzbuch*, 3ª edición, 1992, § 32, marginales nº 7 y siguiente.

⁵⁸ *Pallin, Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht*, 1982, marginal nº 13.

⁵⁹ *Pallin* (nota 58); *Foregger/Serini, Strafgesetzbuch*, 5ª edición, 1991, § 32, comentario II.

⁶⁰ En contra de que los rasgos negativos de la personalidad tengan la cualidad de incrementar la culpabilidad, como afirman *Pallin* y *Foregger*, vid. *Frisch*, “*Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*”, en *ZStW* 99, 1987, pág. 384.

⁶¹ *Moos*, “*Positive Generalprävention und Vergeltung*”, en *Festschrift für Franz Pallin*, págs. 288 y ss; el mismo, (nota 1), pág. 188, nota 71.

⁶² *Moos, Wiener Kommentar*, § 76, marginal nº 33.

ficticio que se encontrara en su misma situación. La compensación de la culpabilidad, en consecuencia, supone simplemente una restitución de la *vigencia* del valor, y no llevar a cabo una evaluación moral *del autor*⁶³.

En Alemania, la teoría que más se aproxima a esta interpretación es la concepción social de la culpabilidad de *Justus Krümpelmann*: de acuerdo con él, “la llamada a la responsabilidad que contiene la norma consigue imponerse, y en concreto haciendo caso omiso del sujeto particular. Esta es la dura pero inevitable consecuencia de la concepción social de la culpabilidad”⁶⁴. También para *Burgstaller*⁶⁵ se basa el Código penal austríaco en un concepto reducido de dicha culpabilidad, según el cual es suficiente con que “en el hecho cometido se pueda constatar una carencia actual de vinculación a los valores jurídicamente protegidos”. Por otro lado, este autor considera igualmente como un “principio indiscutible del Código penal austríaco” la idea de que la persona “se apoya en juicios de valor y se deja interpelar por exigencias valorativas”. *Burgstaller* admite del mismo modo “que la pena en realidad funciona como una retribución y, además así resulta en gran medida percibida”. Pero este efecto, a tenor del sentido de la ley, “no ha sido perseguido”. El objeto de la sanción reside para el Derecho vigente “exclusivamente en la prevención”.

Frank Höpfel, en su intervención (no publicada) durante el homenaje a *Nowakowski* que tuvo lugar en 1990 en la Universidad de Innsbruck, ha interpretado el § 32, apartado 2º del Código penal austríaco en el sentido de que con tal precepto se opta, sin restricción alguna, por el criterio de la persona fiel al Derecho y, de acuerdo con tal criterio, como dice él de una forma muy ilustrativa, “se carga” al autor con la responsabilidad por el hecho en aquellos casos en los que la persona modelo se hubiera mantenido alejada de dicho comportamiento. *Foregger*⁶⁶, por fin, en lo que respecta a la concepción de la culpabilidad propia del Código penal se refiere directamente a la Exposición de motivos, en la cual se dice de modo lapidario: “el ordenamiento jurídico considera a la persona imputable como responsable por su decisión. Tal responsabilidad es el fundamento de la sanción”. Después de todo esto tengo la impresión de que en la doctrina en torno al concepto de culpabilidad en el Derecho vigente se defienden dos posturas distintas: una de ellas se mantiene estrechamente ligada al texto y al origen histórico del Código penal; la otra hace uso de una mayor libertad de movimientos en la interpretación de la ley, en el sentido de diferenciar e individualizar el criterio de medida de la culpabilidad.

La discusión acerca de si “el elemento caracteriológico independiente de la génesis del autor”⁶⁷ contenido en el § 32, apartado 2º del Código penal debe repercutir plenamente sobre aquél, y de en qué medida ha de tenerse en cuenta si también en una persona

⁶³ Moos (nota 1), págs. 184, 186 y 199.

⁶⁴ *Krümpelmann*, “Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs”, en GA 1983, pág. 348.

⁶⁵ *Burgstaller*, “Die Strafrechtsreform Österreichs im Vergleich mit der Strafrechtsreform der Bundesrepublik Deutschland”, en: *Lüttger* (editor), *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, 1979, págs. 44 y ss.; el mismo, “Sinn und Zweck der staatlichen Strafe”, en: *Porstner* (editor), *Strafrecht. Vergeltung und Versöhnung*, 1983, págs. 54 y siguiente.

⁶⁶ *Foregger/Serini*, *Strafgesetzbuch*, 5ª edición, Introducción, págs. 12 y siguiente.

⁶⁷ Así lo expresa *Burgstaller* en “Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich”, en ZStW 94, 1982, pág. 135.

fiel al Derecho hubiera sido lógico un error, no ha encontrado hasta ahora ningún eco en la *práctica* de los tribunales *austríacos* a la hora de *determinar la pena concreta*. En la investigación empírica realizada por *Pallin, Albrecht y Fehérváry* bajo el título “La pena y su fijación a propósito de la criminalidad grave en Austria” (1989) no aparece por ninguna parte la actitud contraria del autor a los valores protegidos como causa de agravación de la pena o incluso sólo como un criterio general de la culpabilidad. En orden a dicha fijación son más bien determinantes, al modo tradicional, datos objetivamente comprobables, como el peso de los antecedentes penales, la forma de comisión del delito y las consecuencias del mismo, en especial el importe de los daños materiales en caso de robo con fuerza en las cosas. Los posibles déficits en la situación y en la biografía social del sujeto están, como señalan los autores, “unidos a los antecedentes penales”⁶⁸, y tienen por sí mismos sólo “una importancia relativamente pequeña”. Incluso la agravante penal de reincidencia, que se prevé expresamente en el § 39 del Código penal austríaco para el que delinque en repetidas ocasiones, “resultará aplicable únicamente en contados casos excepcionales”⁶⁹. Por el contrario, la *atenuante* extraordinaria del § 41 se emplea con frecuencia y “sirve como un correctivo frente a valoraciones demasiado estrictas del legislador”. La impresión general de los tres autores muestra claramente la distancia entre la teoría y la práctica en cuanto a las directrices que marcan la determinación de la pena. La dogmática al respecto, así dicen ellos, ejerce únicamente “una escasa influencia en el proceso práctico de decisión”. “Sus programas teóricos apenas alcanzan el ámbito de la praxis de un modo directo y son aplicables aquí sólo bajo ciertas condiciones. Los juristas de la práctica se defienden deliberadamente frente a una excesiva influencia de la dogmática. De hecho, no desean verse limitados en su campo de decisión debido a la edificación de barreras dogmáticas”⁷⁰.

En el caso de *Alemania*, la conclusión extraída por *Hans-Jörg Albrecht* en su escrito de habilitación presentado en Friburgo, titulado “La determinación de la pena en el marco de la criminalidad grave” (1994) se asemeja en gran medida a la de la investigación austríaca antes mencionada, en la cual él mismo colaboró. En cuanto a la escasa influencia de la teoría en la práctica, este autor lo resume así: “La exposición acerca de las distintas teorías sobre la pena y su fijación permite por un lado detectar un amplio espectro de posturas en torno a la fundamentación de la sanción penal y de consideraciones en pro de una armonización de los diferentes fines de la misma. Sin embargo, apenas pueden apreciarse (...) consecuencias en relación con la determinación práctica de la pena”⁷¹. Esto suena, por cierto, más tajante de lo necesario, ya que los criterios para tal fijación práctica pueden también deducirse a partir de las reglas de la teoría: en la agravante de reincidencia se encuentra de hecho el principio de la culpabilidad por el carácter; en el injusto producido por el hecho, a su vez, la culpabilidad individual del autor. Un *juez*, claro está, va a esforzarse siempre por mantenerse lo más cercano posible a la culpa individual del acusado,

⁶⁸ *Pallin/ Albrecht/Fehérváry*, pág. 295.

⁶⁹ *Pallin/ Albrecht/Fehérváry*, pág. 296.

⁷⁰ *Pallin/ Albrecht/Fehérváry*, pág. 275.

⁷¹ *Albrecht*, pág. 473.

puesto que no es lo mismo ser responsable de la decisión acerca de la culpabilidad de una persona que proponer reglas generales.

3. El refinamiento de la dogmática de la culpabilidad ha avanzado en *Alemania* incluso algún paso más que en Austria. *Günther Jakobs* ha desarrollado una “*concepción funcional de la culpabilidad*”⁷², construida sobre la teoría sociológica de la formación del Derecho a cargo de *Niklas Luhmann*⁷³. Entre nosotros han seguido a *Jakobs* los autores *Hans Achenbach*⁷⁴ y *Franz Streng*⁷⁵. Aquí la culpabilidad reside en “un déficit en la motivación jurídica del autor”⁷⁶. Esa culpabilidad depende de las exigencias de la prevención general, no del grado de responsabilidad personal del autor por su acción. *Jakobs* designa la culpabilidad casi como un “derivado de la prevención general”⁷⁷. El objetivo de la sanción sería la estabilización de la vigencia de la norma y la ejercitación de la confianza en el Derecho por parte de la sociedad, y no la confrontación con el autor. La dependencia de la culpabilidad con respecto a las demandas de la prevención general alcanza una expresión evidente en el hecho de que a la hora de establecer el contenido de la culpabilidad resulta decisivo “el estado en que se encuentra la sociedad en cada caso”⁷⁸. Como indica *Jakobs*, los propios implicados “deberán negociar con cuántas restricciones sociales podrá ser cargado el autor alcanzado por la atribución de culpabilidad, y cuántas características desagradables de éste tendrán que ser aceptadas por el Estado y por la sociedad”⁷⁹. El reproche de culpabilidad, pues, no se refiere a la lesión dolosa o imprudente de un bien jurídico por parte del autor, sino que se vincula a una carencia en el “ámbito de organización” propio, carencia de la cual el mismo autor es responsable⁸⁰. La culpabilidad es la “parte de responsabilidad” del sujeto por su falta de disponibilidad a “dejarse motivar por la norma correspondiente”⁸¹, cuando “ese déficit no pueda hacerse comprensible bajo la afirmación de que no afecta la confianza general en la norma”. El concepto de la “parte de responsabilidad” o “competencia”, que es de lo que aquí se trata, no recibe aclaración por parte de *Jakobs*.

En *Alemania*, esta concepción de la culpabilidad se ha encontrado sobre todo con protestas⁸². La crítica se dirige en primer lugar contra la preponderancia que *Jakobs* otorga a la prevención general por encima de la compensación de la culpabilidad por el delito mismo, siendo éste en realidad lo primero que justifica la intervención penal. Al parecer,

⁷² *Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, 1991, marginal n° 17/22.

⁷³ *Luhmann, Rechtssoziologie I*, 1972, págs. 27 y ss.

⁷⁴ *Achenbach, “Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld”*, en: *Schünemann* (editor), (nota 37), págs. 140 y ss.

⁷⁵ *Streng, “Schuld ohne Freiheit”*, en *ZStW* 101, 1989, págs. 283 y ss.

⁷⁶ *Jakobs, Das Schuldprinzip*, 1993, pág. 35: “lo que significa la culpabilidad es un déficit de lealtad al Derecho”.

⁷⁷ *Jakobs* (nota 72), marginal n° 1/34; *Jakobs, Schuld und Prävention*, 1976, pág. 14: “Sólo la finalidad da contenido al concepto de culpabilidad”.

⁷⁸ *Jakobs* (nota 72), marginal n° 17/22.

⁷⁹ *Jakobs* (nota 72), marginal n° 17/21.

⁸⁰ *Jakobs* (nota 72), marginal n° 1/7.

⁸¹ *Jakobs* (nota 72), marginal n° 17/1.

⁸² Desde un punto de vista criminológico, *Bock, “Ideen und Schimären im Strafrecht”*, en *ZStW* 103, 1991, págs. 649 y ss; desde una perspectiva jurídica, *Hirsch* (nota 49), pág. 189, con argumentos adicionales en la nota 44.

las normas deberían “ser reafirmadas en su propia existencia como un fin en sí mismas”⁸³, mientras que el autor, por el contrario, tiene derecho a esperar y espera sobre todo una respuesta al hecho injusto y culpable que ha cometido. De este modo se desvanece, en perjuicio de la justicia individual, la orientación del Derecho penal hacia la responsabilidad personal del autor por su acción⁸⁴. Sin embargo la culpabilidad y la prevención residen, visto correctamente, en planos distintos. En cuanto a la culpabilidad, se trata de responder a la pregunta acerca de si y en qué medida el hecho puede ser reprochado personalmente al autor, así como cuál es la pena que merece por ello. Sólo entonces se plantea la cuestión totalmente distinta de la prevención. Aquí hay que decidir qué sanción parece apropiada para introducir de nuevo al autor en la comunidad y para influir en esta misma en un sentido social-pedagógico. Y no es sino llegado este punto cuando podrá expresarse la preocupación en torno a la pervivencia del conjunto del sistema según el planteamiento de *Luhmann*.

En *Austria* se ha percibido claramente la diferencia existente entre la teoría de *Jakobs* y la propia posición. *Moos*⁸⁵ reconoce por una parte un amplio acuerdo con *Nowakowski* y con el Código penal austríaco en la comprensión de la culpabilidad como “falta demostrada de fidelidad al Derecho” y simple atribución social; sin embargo, no concede validez para el Derecho penal austríaco a la llamada “inversión en el orden de las valoraciones”, característica de *Jakobs*. Para *Moos*, el concepto de culpabilidad “preexiste idealmente a la pena”. *Burgstaller*⁸⁶ se opone en especial a la estrechez de miras que supone asumir el fin de la prevención como fundamento exclusivo de la pena. Debería distinguirse entre el sentido y la finalidad de esta última: el sentido “se encuentra en el hecho de que la pena expresa en esencia una reprobación ético-social”. La culpa es por tanto para *Burgstaller* la “razón de ser” de la pena y también “la base para establecer su cuantía”. La prevención es únicamente la finalidad de la misma.

4. Por último ha obtenido notable relevancia en *Alemania* una interpretación que pretende conceder al principio de culpabilidad exclusivamente la función de *límite superior* de la sanción, mientras que para precisar la pena concreta sólo los aspectos preventivos deberían ser decisivos. Así se indica ya en el § 59, apartado 1º del Proyecto alternativo de 1966 que “la culpabilidad por el hecho determina el límite superior de la pena”, mientras que su cuantía en el caso particular se rige únicamente por objetivos de prevención (apartado 2º). A modo de justificación los redactores del Proyecto apuntan sólo, de forma negativa, que “se quiere prevenir la idea de retribución”⁸⁷. El Código penal alemán, sin embargo, *no* ha seguido este Proyecto, sino que convierte la culpabilidad en el § 46, apartado 1º, párrafo 1º en “fundamento para la fijación de la pena” y, con ello, no sólo en frontera superior de su cuantía sino también en principio decisivo para la pena concreta en el supuesto individual. La razón de esta decisión del legislador consiste en que la pena

⁸³ Así, *Hirsch* (nota 49), pág. 158.

⁸⁴ *Jescheck/Weigend* (nota 50), pág. 216.

⁸⁵ *Moos* (nota 1), pág. 199.

⁸⁶ *Burgstaller* en *Porstner* (editor) (nota 65), págs. 45, 54 y siguiente, respectivamente.

⁸⁷ Proyecto alternativo de Código penal. Parte general (*Alternativ - Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*), 2ª edición, 1969, pág. 115.

no sólo debe estar al servicio de finalidades preventivas sino, en primer lugar, al servicio de la compensación de la culpabilidad; es decir, que dicha sanción está marcada por el pensamiento de que a través de ella “el autor experimenta la merecida respuesta desaprobatoria de la comunidad jurídica al hecho injusto y culpable por él cometido”⁸⁸.

La restricción del principio de culpabilidad a la función de “medio para la limitación de la pena” es el punto central en la influyente interpretación de este concepto aportada por *Claus Roxin*⁸⁹. De ese modo, dicho autor pretende hacer la teoría jurídico-penal de la culpabilidad “independiente del libre albedrío”⁹⁰. A su vez, tal concepto de la culpabilidad restringido al papel de margen superior de la pena es el fundamento de su nueva categoría sistemática de “responsabilidad”, en la cual ha fundido la culpabilidad del autor con la necesidad preventiva de la pena.

A esto se puede objetar en primer lugar que la culpabilidad, si es el límite superior de la pena, también debe ser codicisiva para toda determinación de la misma que se encuentre por debajo de aquella frontera. Pero fundamentalmente, al limitarse la fijación concreta de la pena a fines preventivos, la resolución del juez pierde el punto de conexión con la calificación ética del hecho que ha de ser enjuiciado, y la pena, con ello, pierde también después de todo su posibilidad de influir en favor de aquellos objetivos de prevención. Porque sólo apelando a la profundidad moral de la persona se puede esperar tanto la resocialización del condenado como también una eficacia socio-pedagógica de la pena sobre la población en general⁹¹. La renuncia al criterio de la culpabilidad para la pena concreta resulta ser un precio demasiado alto por eludir el problema de la libertad en la teoría de la culpabilidad. En *Austria*, debido a esta razón, la idea de la reducción de la culpabilidad a la función de límite superior de la pena no ha conseguido nunca consolidarse⁹². Aquí, tanto la prevención general como la especial se presentan en cualquier caso como fines de la pena; sin embargo, ésta se considera medio apropiado para la prevención sólo si se basa en la escala de la culpa⁹³. En tal sentido, la culpabilidad se puede entender desde luego “generalizando”, pero la pena tiene que ser merecida también de acuerdo con aquel criterio.

5. En *Alemania* existen por último *consecuentes adversarios* del *principio de culpabilidad*. Éstos lo contemplan desde su punto de vista como una etapa superada en la historia del Derecho penal, y consideran también por tanto el concepto de culpabilidad, en cualquiera de sus formas, como anticuado. *Walter Kargl*⁹⁴ se opone a aquel principio

⁸⁸ En este sentido *Gallas*, en la ya citada crítica del Proyecto alternativo (nota 32), pág. 3.

⁸⁹ *Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3ª edición, 1997, § 3, marginal n° 48.

⁹⁰ *Roxin, “Das Schuldprinzip im Wandel”*, en *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, pág. 521; el mismo (nota 89), § 19, marginal n° 3.

⁹¹ *Jescheck/Weigend* (nota 50), pág. 215.

⁹² *Nowakowski* (nota 26), págs. 213 y 223.

⁹³ Sólo recientemente se ha definido en Austria la relación entre la culpabilidad y la prevención del mismo modo que en Alemania, a través de un añadido al § 32, apartado 2º StGB (Ley de reforma del Código penal de 1996 (StRÄG), BGBl 1996/762). En consonancia con el § 46, apartado 1º, 2ª frase del Código penal alemán, este nuevo precepto exige que el órgano judicial, en el momento de fijar la pena, “debe tener también en cuenta las repercusiones de la sanción en la futura vida en sociedad del autor”.

⁹⁴ *Kargl, Kritik des Schuldprinzips – eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht*, 1982.

como un “reproche moral” que ya no resulta conciliable con el sentido común; a continuación protesta contra la “imputación que aísla individualmente al sujeto”, ya que ésta oculta la contribución de la sociedad al surgimiento de la criminalidad y, finalmente, critica la discriminación sufrida por el autor, quien no posee la libertad que en el principio de culpabilidad se presupone. Las tres objeciones han de ser tenidas en cuenta, pero siempre en el marco del principio de culpabilidad. Aquel autor pretende fundar el Derecho penal del futuro “exclusivamente sobre las instituciones básicas del Derecho constitucional”, lo cual sin embargo tiene que conducirlo de vuelta al principio de culpabilidad, ya que éste, como se ha dicho, ostenta en Alemania rango constitucional. *Uwe Scheffler*⁹⁵ rechaza desde la perspectiva criminológica el principio de culpabilidad en todas sus formas y recomienda para los años venideros un concepto que se aproxime a la “Défense sociale” en su formulación original y que se oriente además hacia la “Nonintervention” y la reparación. La construcción de este nuevo concepto descansa sobre la aplicación universal del “principio de la responsabilidad objetiva”⁹⁶; la fijación de la pena se establece en función del “principio de proporcionalidad”⁹⁷. *Michael Baumann*⁹⁸, finalmente, rechaza el principio de culpabilidad por su “indeterminación semántica”, debido a la cual no sirve ni para los criterios de la imputación relacionados con el hecho ni para los relacionados con el autor. En un “Derecho de medidas referido al hecho”, como el que él sugiere, el principio de culpabilidad debería ser sustituido por los criterios de la “nocividad social” y la “motivabilidad” del autor.

Estas tres opiniones teóricas conducen a propuestas propias del mundo imaginario de la abolición del Derecho penal, propuestas que no son capaces de sustituir las garantías que éste ofrece al afectado ni de satisfacer las exigencias de justicia del autor ni del conjunto de la población. Sin embargo, de ninguna manera pueden llegar a equipararse con estas posiciones extremas aquellas otras aspiraciones a menudo defendidas en la doctrina partidarias de tener en cuenta la conciliación entre el autor y la víctima y la reparación del daño en el momento de la determinación de la sanción. Los nuevos preceptos contenidos en el § 46, apartado 2º, última frase y en el § 46 a, nº 1 del Código penal alemán, que van en esa dirección, no modifican en absoluto la vigencia del principio de culpabilidad, que permanece invariable en el § 46, apartado 1º, frase 1ª de dicho Código.

Bajo el título “La nueva justicia”, el autor *Wolfgang Stangl*⁹⁹ defiende en *Austria* tesis semejantes a las de los enemigos radicales del principio de la culpabilidad en Alemania. Dicho autor se opone decididamente a toda censura basada en un reproche de culpabilidad. En el lugar de la declaración de culpabilidad debería situarse la reparación voluntaria “de acuerdo con la capacidad del autor”. El Derecho penal ha de ser sustituido

⁹⁵ *Scheffler, Kriminologische Kritik des Schulstrafrechts*, 1985.

⁹⁶ Scheffler, *Grundlegung eines kriminologisch-orientierten Strafrechtssystems*, 1987, pág. 138.

⁹⁷ Así ya *Ellscheid/Hassemer*, “*Strafe ohne Vorwurf*”, en *Civitas*, *Jahrbuch für Sozialwissenschaften* 9, 1970, págs. 27 y ss. No obstante, el principio de proporcionalidad no puede sustituir al de culpabilidad; al respecto, *Arthur Kaufmann*, “*Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*”, en *Festschrift für Richard Lange*, 1976, pág. 35, así como *Schönke/Schröder/Lenckner* (nota 48), observaciones preliminares a los §§ 13 y ss., marginal nº 103.

⁹⁸ *Baumann, Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987.

⁹⁹ *Stangl, Die neue Gerechtigkeit*, 1985, págs. 109, 113.

por una compensación social ¹⁰⁰. En Austria estas tendencias han llevado al menos a adoptar para el ámbito del Derecho penal juvenil (§§ 6 a 8 de la Ley procesal juvenil de 1988) la solución del conflicto fomentada por *Udo Jesionek*, solución que dentro de los límites aquí observados debe ser desde luego positivamente saludada ¹⁰¹. En un ensayo piloto se *experimentó* también para el Derecho penal de adultos con la introducción de la *compensación extrajudicial del hecho*, en favor de la cual se ha pronunciado especialmente *Roland Miklau* ^{102 103}. No obstante, todo esto no puede significar tampoco en Austria aún la abolición del Derecho penal de la culpabilidad. Por el contrario, la compensación del conflicto requiere que el Derecho penal, en principio como plano de fondo, configure la responsabilidad del autor, aún existente, por su acción y por los efectos de ésta. Aunque el concepto austríaco de la culpabilidad, según la interpretación oficial, sea igualmente un concepto generalizador en lugar de ético-individual, ello no supone sin embargo en modo alguno una conversión hacia la postura de los detractores del principio de la culpabilidad.

III. De esta forma estoy llegando a la *conclusión*.

Alemania y Austria han pasado desde mediados del siglo XIX por una evolución *común* en cuanto a la teoría de la culpabilidad. En lo relativo al *concepto* de ésta, sin embargo, ha tenido lugar -a causa de la temprana aparición de la teoría caracteriológica de la culpa a cargo de *Wahlberg* y de los esfuerzos consiguientes por parte de *Kadeèka* y de *Nowakowski* por hallar un concepto de culpabilidad independiente de la idea del libre albedrío- un distanciamiento con respecto a la doctrina alemana, la cual se ha mantenido en su mayoría, de un modo u otro, vinculada al pensamiento de la libertad. El punto de vista austríaco acerca del concepto de culpabilidad quedó solidificado gracias a que el Código penal asumió como criterio la figura modélica de la persona unida a los valores jurídicamente protegidos. Así se puso también de acuerdo el concepto legal de culpabilidad con la idea de la *prevención general positiva*, que tiende a salvaguardar la adhesión *colectiva* a dichos valores jurídicamente tutelados. Otra diferencia frente a la teoría predominantemente defendida en Alemania es la *supremacía de la prevención* con respecto a la compensación de la culpa que existe en el Derecho austríaco, mientras que en el país germano aún se sitúa en un primer plano, como deber del Derecho penal, la compensación de la culpa individual. El carácter abierto del concepto de culpabilidad del Código penal alemán ha dejado además mayor espacio para opiniones divergentes que, aunque mantienen formalmente dicho concepto, al desarrollarlo lo han subordinado a los

¹⁰⁰ En torno a esta nueva forma del abolicionismo en Austria, *Moos*, “*Der Aussergerichtliche Tausgleich für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionsersatz*”, JB1 1997, págs. 337 y ss.

¹⁰¹ Sobre esto, *Jesionek*, “*Die Konfliktregelung im neuen österreichischen Jugendrecht*”, en Festschrift für Franz Pallin, págs. 161 y ss.; *Moos* (nota 100), págs. 341 y ss.

¹⁰² *Miklau*, “*Der aussergerichtliche Tausgleich und die Weiterentwicklung des Strafrechts*”, en Sozialarbeit und Bewährungshilfe, 2/1989, págs. 4 y ss.; el mismo, “*Der „Modellversuch aussergerichtlicher Tausgleich“ ist nicht verfassungswidrig*”, en ÖJZ 1993, págs. 697 y ss.; también *Moos* (nota 100), págs. 346 y ss.; el mismo, “*Richter und Strafrechtsreform*”, en: Weinzierl y otros editores, Richter und Gesellschaftspolitik, 1997, págs. 115 y siguiente.

¹⁰³ Entretanto, este proyecto ha sido introducido en 1999 como § 90 b en el Código procesal penal austríaco.

intereses de la prevención. Esto afecta, en primer lugar, a la concepción funcional, que permite que la culpabilidad quede diluida dentro de las necesidades preventivas de la sociedad. La primacía de la prevención es también el núcleo de aquella teoría que admite el principio de culpabilidad exclusivamente en el papel de límite superior de la pena, mientras que para la fijación de la concreta sanción, según ella, sólo deberían tenerse en cuenta consideraciones preventivas. Ni el concepto funcional ni la teoría de la culpa como simple frontera superior de la pena han pasado en Austria a ser Derecho positivo. Finalmente, a través de la supresión total del principio de culpabilidad, que ha sido propuesta en Alemania por algunos, el afectado por la sanción amenaza con convertirse por completo en instrumento de la prevención y en objeto de incontrolables incursiones en su libertad. Tan radicales teorías no han encontrado acogida en ninguno de los dos países. El avance de la conciliación entre el autor y la víctima en el sistema de sanciones no significa la renuncia al principio de culpabilidad en el apartado de la determinación de la pena.

Como conclusión se puede decir que entre Alemania y Austria existen, en cualquier caso, diferencias en el concepto de culpabilidad en cuanto a su contenido y a su función, las cuales se remontan al siglo XIX; pero tales diferencias no deben ser sobrevaloradas, sobre todo porque no han afectado a la práctica judicial, que en ambos países, a la hora de fijar la pena se basa en los mismos criterios tradicionales de antaño. Dichos criterios tampoco resultan irreconciliables con la teoría, ya que permiten ser traducidos al mundo conceptual de ésta. Al mismo tiempo, en esa conformidad se pone de manifiesto en qué gran medida tanto Alemania como Austria siguen en Derecho penal la misma concepción fundamental del Derecho y de la Justicia. El hecho de que estas diferencias y semejanzas se conozcan y se sepan valorar correctamente hay que agradecerlo a la circunstancia que *Nowakowski* describió una vez con las siguientes palabras: “Las ciencias del Derecho penal austríaca y alemana se han encontrado siempre en la más estrecha interacción y, merced al trabajo común en torno a los proyectos de ley, han llegado a ser completamente una unidad”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ *Nowakowski* (nota 25), pág. 22.