

PROBLEMAS PRINCIPALES Y TENDENCIAS ACTUALES DE LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD ^(*)

Walter Perron ^()**

I. INTRODUCCION

El concepto de "culpabilidad" es utilizado muy a menudo en el lenguaje alemán. Sin embargo, con el concepto científico coincide sólo en su denominación. El concepto científico de la culpabilidad es un producto artificial de la dogmática penal alemana, que desde finales del siglo XIX ordenó los elementos del hecho punible en un determinado sistema, que posteriormente fue seguido en otros muchos países, entre ellos España y Latinoamérica. Para una mejor comprensión de los esenciales problemas que presenta la actual discusión sobre la culpabilidad en Alemania, se hace necesario partir de una referencia sistemática e histórica, para pasar después al estudio de la dogmática general sobre la culpabilidad y finalmente hacer referencia a la especial regulación que la culpabilidad presenta en el Código Penal alemán.

II. NOTA PRELIMINAR SISTEMATICA

Desde von LISZT y BELING se ha impuesto en la doctrina científica alemana, y poco después en la jurisprudencia, la opinión de clasificar los elementos del delito en tres categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad ⁽¹⁾. Dejando a un lado

^(*) Traducción de Juan Muñoz Sánchez, Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Málaga, España.

^(**) Colaborador científico del Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg i. Br., Alemania.

⁽¹⁾ Para el desarrollo histórico-jurídico, vid. ESER, en *American Journal of Comparative Law*, 1976, pp. 624 y ss.; HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*, 1981, pp. 21 y ss.

la discusión sobre la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad ⁽²⁾, hoy domina la opinión de que los tipos delictivos son en esencia sólo la concreción de la antijuridicidad, y que a fin de cuentas la diferenciación decisiva en la valoración de los delitos está situada entre las categorías de antijuridicidad y de culpabilidad ⁽³⁾. Por eso, los concretos presupuestos legales del hecho punible se dividen en los que determinan la antijuridicidad (tipos y causas de justificación) y los que determinan la culpabilidad (causas de exclusión de la culpabilidad, anteriormente también dolo e imprudencia).

El contenido de la culpabilidad está estrechamente ligado a la concepción de la antijuridicidad, y no puede determinarse en absoluto sin una exacta consideración de ésta. La antijuridicidad caracteriza una acción como contraria a una norma legal de comportamiento, e implica un juicio desvalorativo sobre la acción como tal, mientras la culpabilidad decide sobre si la acción antijurídica puede ser reprochable al autor y, por consiguiente, si implica un juicio desvalorativo sobre el autor ⁽⁴⁾. Esta separación de la valoración del hecho delictivo tiene un doble fundamento. Primero, la valoración de una acción como antijurídica significa que la acción ha infringido una norma de prohibición o de mandato; la culpabilidad, separada de la antijuridicidad, contiene sólo una especial valoración de la infracción, ya constatada, de una norma. En segundo lugar, la diferenciación se basa en que algunas partes de una acción pueden ser desligadas de su autor, es decir, objetivadas, mientras otras partes deben ser consideradas siempre en conexión con la persona del autor y deben, por eso, permanecer subjetivas. La antijuridicidad valora, una parte objetiva de la acción como incompatible con las normas legales de comportamiento, mientras la culpabilidad valora otra parte subjetiva de la acción, para establecer si la concreta persona del autor puede ser responsable de la acción antijurídica.

Pero hay que señalar que no coincide necesariamente la diferenciación objetiva -

⁽²⁾ Vid. por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3a. ed., 1978, pp. 195 y ss.; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 23a. ed., 1988, Vorbem. § 13 núm. 15 y ss.

⁽³⁾ Vid. LENCKNER, *op. ult. cit.*, Vorbem. § 13 núm. 17, 45. A veces el "tipo" se entiende no sólo como "tipo de injusto" sino como "tipo de delito", que también se refiere a la culpabilidad (vid. LENCKNER, *ibidem*, núm. 45). Esta problemática, sin embargo, aquí se puede dejar al margen.

⁽⁴⁾ Vid. BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9a. ed., 1985, pp. 285, 358; H.J. HIRSCH, en *Strafgesetzbuch*, 9a. ed., Leipziger Kommentar, 1974, Vorbem. § 51 núm. 8; JESCHECK, *cit.*, *supra* n. 2, pp. 157, 344; LENCKNER, *op. cit.*, *supra* n. 2, Vorbem. § 13, núm. 12, 16; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 7a. ed., 1987, p. 171.

subjetiva con la distinción acontecimiento externo- acontecimiento psíquico. Así, por ejemplo, el dolo como elemento psíquico del autor puede ser objeto de una consideración objetiva, es decir, independiente de la persona del autor; mientras que, por el contrario, también circunstancias externas del hecho, como por ejemplo una situación de necesidad, pueden influenciar determinadamente el proceso de motivación, no separable de la persona del autor. La discusión sobre la teoría de la culpabilidad trató esencialmente de determinar qué presupuestos de la punibilidad deben ser asignados a la antijuridicidad y cuáles a la culpabilidad. Superada esta discusión en los últimos años, pasa a un primer plano hoy la determinación de los criterios de valoración propios de la culpabilidad, es decir, según los criterios concretos se decide si un autor puede ser responsable personalmente de su hecho antijurídico. Para una mejor comprensión mostraré, primeramente, en grandes líneas, el desarrollo histórico en Alemania.

III. EL DESARROLLO HISTORICO DE LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD EN ALEMANIA ⁽⁵⁾

El concepto penal de la culpabilidad hoy utilizado fue desarrollado hacia finales del siglo XIX ⁽⁶⁾. Con anterioridad, las materias respectivas ya habían sido tratadas en el ámbito general de la "imputación", y también la palabra "culpabilidad" había sido ya utilizada por los autores en aquel tiempo. Pero este concepto sólo pudo ser tratado con el rigor sistemático actual después de que RUDOLF von JHERING separa por primera vez en 1867, en su escrito *Das Schuldmoment in römischem Privatrecht*, el injusto "objetivo" de la culpabilidad "subjetiva" y con ello pusiera la base para la moderna teoría del delito ⁽⁷⁾.

FRANZ von LISZT definió posteriormente, en la primera edición de su tratado de 1881, el delito como acción antijurídica, culpable y amenazada con pena por el Estado ⁽⁸⁾. En el ámbito de la culpabilidad incluyó la imputabilidad como "presupuesto de la culpabilidad", y al mismo tiempo, las dos "formas de

⁽⁵⁾ El desarrollo se describe extensivamente en ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, pp. 19 y ss.

⁽⁷⁾ Vid. JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, pp. 4 y ss.

⁽⁸⁾ LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, pp. 64 y ss. Vid. también ACHENBACH, *op. cit.*, *supra* n. 5, pp. 38 y ss.; HÜNERFELD, *op. cit.*, *supra* n. 1, pp. 24 y ss.

culpabilidad", dolo e imprudencia ⁽⁹⁾. El contenido de la culpabilidad se agotaba en la relación psicológica del autor con su hecho antijurídico exigida por el derecho positivo, sin que von LISZT cuestionara en sí misma la valoración de la ley (concepto psicológico de la culpabilidad). La "culpabilidad" fue entendida primeramente sólo como un concepto de orden que sistematizaba el derecho vigente, lo que coincidía con la concepción positivista entonces dominante ⁽¹⁰⁾.

Desde principios del siglo XX comenzó, bajo la influencia del neokantismo, un "viraje normativo" en la ciencia del derecho penal ⁽¹¹⁾, y como consecuencia, la culpabilidad no es vista como un simple hecho, únicamente constatado por el juez, sino como una valoración a discutir por la ciencia (concepto normativo de culpabilidad) ⁽¹²⁾. Por eso se consigue liberar la imputabilidad del status de simple presupuesto de la culpabilidad y se determina como un elemento propio de la culpabilidad. También las causas de exclusión de la culpabilidad, basadas en el principio de inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma (especialmente el estado de necesidad exculpante), recibieron un lugar sistemático independiente en la culpabilidad.

En el Tratado de MEZGER, en ese momento muy importante, la culpabilidad fue definida consecuentemente como el "conjunto de aquellos presupuestos de la pena, que fundamentan la reprochabilidad personal de la acción antijurídica frente al autor" ⁽¹³⁾. La culpabilidad, en principio, es un determinado presupuesto fáctico en cuya presencia se basa el reproche contra el autor, pero al mismo tiempo también un juicio de valor sobre este presupuesto fáctico. La culpabilidad es reprochabilidad del hecho antijurídico ⁽¹⁴⁾. De los presupuestos legales de la punibilidad, MEZGER atribuye a la culpabilidad la imputabilidad, el dolo o la imprudencia, y la ausencia

⁽⁹⁾ *Ibidem*, p. 65.

⁽¹⁰⁾ Vid. ACHENBACH, *op. cit.*, *supra* n. 5, p. 49.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, pp. 50 y ss.; HÜNERFELD, *op. cit.*, *supra* n. 1, pp. 31 y ss.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, pp. 56 y ss.; HÜNERFELD, *op. cit.*, *supra* n. 1, pp. 39 y ss.

⁽¹³⁾ MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3a. ed., 1949, pp. 247 y ss.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, pp. 248 y ss.

de causas de exclusión de la culpabilidad ⁽¹⁵⁾. Todos estos elementos determinan el contenido de la culpabilidad ⁽¹⁶⁾. En oposición a anteriores opiniones, MEZGER también reconoció que la separación "todo lo exterior a la antijuridicidad - todo lo psíquico del autor a la culpabilidad" no podía ser sostenida estrictamente. Así concibió tanto la existencia de elementos psíquicos "subjetivos" en el injusto ⁽¹⁷⁾ como también de elementos externos "objetivos" en la culpabilidad ⁽¹⁸⁾.

El paso decisivo hacia la construcción de la culpabilidad hoy dominante lo dio finalmente WELZEL. Partiendo de la idea filosófica jurídica de que el derecho debe observar estructuras ontológicamente dadas ⁽¹⁹⁾, desarrolló en base a la doctrina finalista de la acción un sistema del derecho penal ⁽²⁰⁾. Toda acción humana es actividad final; se basa en una dirección final que se desarrolla en dos etapas: la formación y la realización de la voluntad ⁽²¹⁾. Las normas de comportamiento jurídicas no pueden estar dirigidas sólo a la simple causación, sino a la actividad final y, por consiguiente, deben ser divididas en formas estructuralmente distintas: por un lado, aquellas que prohíben la inmediata causación final de un resultado lesivo, y por otro lado, aquellas que exigen la observación del cuidado debido independientemente de la concreta finalidad de la acción ⁽²²⁾. Con ello, el dolo y la imprudencia se diferencian no sólo mediante distintos procesos psíquicos, sino más bien requieren también normas objetivas de comportamiento distintas, y deben

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, pp. 265 y ss.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, pp. 270 y ss.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 168.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, p. 270.

⁽¹⁹⁾ Vid. WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 273 y ss., especialmente, pp. 283 y ss.

⁽²⁰⁾ El sistema está desarrollado en la obra *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4a. ed., 1961, y en el tratado *Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed., 1969. Un resumen, también de las bases filosóficas, da HÜNERFELD, *op. cit.*, supra n. 1, pp. 203 y ss.

⁽²¹⁾ *Das neue Bild.*, *op. ult. cit.*, pp. 1 y s.; *Das deutsche*, *op. ult. cit.*, pp. 33 y ss.

⁽²²⁾ *Ibidem*, pp. 4 y ss.; *Das deutsche*, pp. 137 y ss.

ser consideradas por consiguiente ya en el juicio de la antijuridicidad ⁽²³⁾. El juicio de antijuridicidad abarca el conjunto del proceso de realización de la voluntad, incluido el control psíquico de la acción. Con ello, en el juicio de la culpabilidad sólo queda el ámbito de la resolución de la voluntad, es decir, el proceso de motivación que ha conducido a la acción antijurídica, dolosa o culposa. WELZEL define la culpabilidad como "reprochabilidad de la resolución de la voluntad" ⁽²⁴⁾. Reprochable es una acción antijurídica si el autor hubiera podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica una resolución de voluntad conforme a la norma ⁽²⁵⁾.

Como elementos de la culpabilidad determina WELZEL la imputabilidad, la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad, ahora separada del dolo (o formulada de otra forma, la cognoscibilidad de la norma de prohibición) y la falta de especiales situaciones de necesidad, que hacen inexigible una resolución de la voluntad conforme a la norma ⁽²⁶⁾. Una importante consecuencia de este sistema es que el error de prohibición no puede excluir ya el dolo, que pertenece a la antijuridicidad, sino sólo la culpabilidad y esto sólo si el error es invencible.

La distribución formulada por WELZEL de los particulares elementos del delito entre antijuridicidad y culpabilidad es aceptada hoy casi unánimemente en la doctrina científica alemana ⁽²⁷⁾. Sin embargo, la teoría de la estructura final de la acción no ha encontrado muchos seguidores: por el contrario, se ha extendido la opinión de que las teorías de la acción no tendrán especial significación para la estructura de lo injusto y de la culpabilidad ⁽²⁸⁾. De aquí que la discusión entre el "causalismo" y el "finalismo", anteriormente muy intensa, haya sido enterrada hace mucho tiempo. Pero ha perdurado la idea de que especialmente los delitos imprudentes tienen ya una propia estructura en el ámbito de la antijuridicidad,

⁽²³⁾ *Ibidem*, pp. 27 y ss.; *Das deutsche*, pp. 59 y ss.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, p. 39.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, pp. 39 y ss.; *Das deutsche*, p. 138.

⁽²⁶⁾ *Das deutsche*, pp. 141, 178.

⁽²⁷⁾ Vid. las referencias de LENCKNER, *op. cit.*, *supra* n. 2, Vorbem, § 13, núms. 52 y ss.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, Vorbem. § 13, núm. 37.

porque el autor infringe una especial norma de cuidado ⁽²⁹⁾. Por eso, dolo e imprudencia no han sido asignados más a la culpabilidad, a la cual sólo pertenecen los elementos de la imputabilidad, la posibilidad de la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de actuación conforme a la norma, concretadas en determinadas causas de exculpación ⁽³⁰⁾.

IV. LA ACTUAL SITUACION DE LA TEORIA ALEMANA DE LA CULPABILIDAD

Superada la discusión sobre el concepto "causal" o "final" del delito, se vuelve de nuevo hoy a la discusión sobre el contenido sustancial de la culpabilidad. En un principio se partió generalmente de que una acción es culpable si el autor se había decidido a realizarla, aunque le hubiera sido posible también un comportamiento conforme al derecho ⁽³¹⁾. Sin embargo, con el tiempo se observa que un tal criterio de culpabilidad presupone la libertad de voluntad del autor, la cual no puede ser realmente comprobada ni en general ni en concreto en el proceso penal ⁽³²⁾. La doctrina aún hoy dominante fundamenta por ello el criterio de la culpabilidad no ontológicamente, sino de modo normativo: la idea de la libertad individual y de la responsabilidad del hombre adulto con capacidad mental normal es una indudable realidad en nuestra conciencia social y moral. Por consiguiente, el derecho debe partir del principio de libertad de la acción y puede sólo renunciar al reproche de la culpabilidad en circunstancias extraordinarias, las cuales se presentan en la persona del autor o en la situación de hecho ⁽³³⁾. Por eso, el juicio de la culpabilidad se basa tan sólo en una imputación externa de la responsabilidad, la cual sin embargo recoge las propiedades concretas de la persona del autor en las causas de exclusión de la culpabilidad. El criterio de esta imputación de la culpabilidad no es el poder individual del autor, sino lo que puede ser esperado de un hombre medio que tiene la capacidad y el conocimiento del autor en concreto (juicio de culpabilidad

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, Vorbem. § 13, núm. 53.

⁽³⁰⁾ *Vid.* JESCHECK, *op. cit.*, *supra* n. 2, p. 347.

⁽³¹⁾ *Vid.* WELZEL, *Das deutsche*, *op. cit.*, *supra* n. 20, pp. 138, 141.

⁽³²⁾ *Vid.* ELLSCHEID/HASSEMER, en SEMINAR, *Abweichendes Verhalten II* (directores LÜDERSSEN/SACK), 1975, pp. 267 y s.

⁽³³⁾ JESCHECK, *op. cit.*, *supra* n. 2, pp. 331 y ss. *Vid.* también LENCKNER, *cit.*, *supra* n. 2, Vorbem. § 13. núms. 109 y ss., 118, con muchas referencias.

comparativo) ⁽³⁴⁾. Finalmente, se reconoce que en los llamados casos de la inexigibilidad de comportamiento conforme a la norma, el autor sería propiamente capaz de obedecer y soportar el peligro. Si él, a pesar de ello, es declarado no culpable, es sólo porque el Estado muestra tolerancia y renuncia en sí al posible reproche de la culpabilidad ⁽³⁵⁾.

La teoría dominante parte, así, de que el derecho debe ser configurado como si existiera la libertad de voluntad, aunque sobre esta misma no es posible una declaración científica cierta. Esta discrepancia entre pretensión y realidad en la teoría de la culpabilidad ha sido criticada en los últimos años cada vez más intensamente. ELLSCHEID y HASSEMER, por ejemplo, han exigido suprimir completamente la culpabilidad como elemento del delito y sustituirla por una ponderación de la proporcionalidad entre la finalidad de la pena (prevención) y los medios de la pena (carga sobre el autor) ⁽³⁶⁾. Por otro lado, HAFT ha discutido las condiciones de imputación de la culpabilidad en el caso particular y ha construido éstas ya no en la fijación judicial unilateral sino como interacción entre juez y autor del delito, como "diálogo de culpabilidad" ⁽³⁷⁾. Finalmente, las llamadas teorías "funcionalistas" de la culpabilidad no han basado, o por lo menos, no exclusivamente, la culpabilidad en el postulado de la libertad de la voluntad, sino que la han llevado a una conexión inmediata con los fines de la pena. Dado que estas teorías han sido fuertemente discutidas en los últimos años en Alemania, quiero tratarlas de forma más detallada.

Lo fundamental aquí es el escrito de ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, aparecido por primera vez en 1970, en el cual él expone que se trataría "también en Derecho penal de conocer qué ... problemas de política criminal son el contenido propio también de la teoría general del delito" ⁽³⁸⁾. En el ámbito

⁽³⁴⁾ Vid. JESCHECK, *cit.*, *supra* n. 2, p. 347.

⁽³⁵⁾ Vid. LENCKNER, *cit.*, *supra* n. 2, Vorbem. § 13, núm. 108, 111. MAURACH introdujo para estas "causas de exculpación" una nueva categoría delictiva, la llamada "responsabilidad del hecho" (vid. MAURACH/ZIPF, *op. cit.*, *supra* n. 4, pp. 419 y ss.), la cual, sin embargo, ha sido rechazada por los demás autores (vid. LENCKNER, *cit.*, *supra* n. 2, Vorbem. § 13, núm. 109).

⁽³⁶⁾ Así, ELLSCHEID/HASSEMER, *op. cit.*, *supra* n. 32, pp. 281 y ss.

⁽³⁷⁾ HAFT, *Der Schuldialog*, 1978, especialmente, pp. 25 y ss.

⁽³⁸⁾ Cit. de la 2a. ed., 1973, p. 8.

de la culpabilidad, ROXIN quiere suavizar las tradicionales causas de la exclusión de la culpabilidad para los casos en los cuales se podría fundar un reproche de la culpabilidad según los criterios tradicionales; pero no existe, sin embargo, desde el punto de vista de prevención general o especial, necesidad de pena. En estos casos, se podría renunciar por razones de política criminal a hacer al autor personalmente responsable por su acción antijurídica ⁽³⁹⁾.

Aún más fundamental es el cambio de la teoría de la culpabilidad en JAKOBS ⁽⁴⁰⁾. Partiendo de una teoría sociológica sistemática, él ve la tarea de la sanción penal en la demostración generalidad, por cuenta del infractor, de que la norma infringida continúa siendo válida (prevención general positiva) ⁽⁴¹⁾. La culpabilidad, en este sistema, tiene la tarea de fijar si el autor es un sujeto apto para esta demostración o si él puede ser distanciado de la antijuridicidad de su acción sin que la generalidad cuestione, por ello, la continuación de la validez de la norma infringida ⁽⁴²⁾. La culpabilidad se basa con ello en necesidades sociales de la pena y depende en su desarrollo interno de cuántas presiones sociales quiere imponer una sociedad al particular, o bien, en sentido contrario, de cuántas de sus particularidades distorsionantes está dispuesta a tolerar ⁽⁴³⁾. Ya no se trata de un reproche ético-individual orientado a la capacidad personal del autor, sino una imputación externa de responsabilidad orientada a necesidades sociales.

Las teorías de la culpabilidad funcionalistas han sido especialmente discutidas ⁽⁴⁴⁾. Yo no quisiera continuar en este lugar la polémica. Sin embargo, se pueden deducir de la actual discusión algunas consecuencias importantes para la futura dogmática de la culpabilidad. El dilema de la teoría tradicional de la culpabilidad permanece abierto. Si el juez debe partir de la ficción de una libertad de acción del

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, pp. 34 y ss. Vid. también *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 282 y ss.; *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 96 (1984), pp. 641 y ss.

⁽⁴⁰⁾ Principalmente desarrollado en el escrito *Schuld und Prävention*, publicado en 1976, y ampliado en su tratado, *Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, pp. 4 y ss., especialmente p. 7

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, pp. 394 y s.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, p. 396.

⁽⁴⁴⁾ Vid. las referencias en LENCKNER, *op. cit.*, *supra* n. 2, Vorbem. § 13 núm. 117.

acusado, que en la práctica no puede ser comprobada en absoluto, existe el peligro de que entre los fundamentos jurídicos expresados en la sentencia y los hechos decisivos aparezca una incontrolable discrepancia. El mérito especial de JAKOBS es haber puesto de relieve que aquí desempeñan un gran papel las necesidades sociales de pena, las cuales habían sido poco consideradas hasta ahora. Después del reconocimiento de que la responsabilidad individual del autor depende, por lo menos, también de concretas exigencias y necesidades sociales, no hay camino de vuelta. Por otro lado, la teoría funcionalista de la culpabilidad no puede ofrecer ningún medio para comprobar realmente las necesidades sociales de pena en el caso concreto. En la práctica, una tal inteligencia de la culpabilidad llevaría a pseudofundamentaciones de los juicios de los tribunales, por lo menos tan dudosas como las de la teoría tradicional de la culpabilidad. Además es dudoso que el derecho deba aceptar completamente sin crítica todo desarrollo de la sociedad o más bien deba estimular el cambio de las actitudes individuales y sociales. Por el contrario, parece menos problemática la propuesta de ROXIN de renunciar al reproche de la culpabilidad ampliamente, por lo menos allí donde ya no existe necesidad de pena según nuestros conocimientos.

Por todo ello se debe aceptar que una teoría de la culpabilidad libre de contradicciones y satisfactoria, tanto desde un punto de vista ético como del de las ciencias sociales, no parece posible en este momento. Sin embargo, se podría mejorar la situación para la práctica. Una exacta investigación de las particulares causas de exclusión de la culpabilidad aclararía muchos puntos de la discusión y presentaría más claramente los problemas no resueltos. Por consiguiente, quiero, en esta última parte de mi trabajo hacer algunas observaciones a las concreciones legales de la culpabilidad en el derecho penal alemán.

V. PROBLEMAS ACTUALES DE ALGUNAS CAUSAS DE EXCLUSION DE LA CULPABILIDAD

Como ya mencioné, la culpabilidad en el Código Penal alemán es determinada negativamente por aquellos preceptos que excluyen la culpabilidad en la minoría de edad (art. 19), en la perturbación del estado mental (art. 20), en el error de prohibición invencible (art. 17) y en determinadas situaciones de necesidad (art. 35). Esto está de acuerdo con el conocimiento teórico de que hay que partir generalmente de la culpabilidad del autor de una acción antijurídica y sólo excepcionalmente puede ser aceptada la falta de la culpabilidad si los factores especiales afectan decisivamente a la capacidad de motivación conforme a la norma. A continuación explicaré como ejemplos las dos causas de exclusión de la culpabilidad: la inimputabilidad a causa de distorsiones mentales (art. 20) y el estado de necesidad exculpante (art. 35).

1. Inimputabilidad según el artículo 20 del Código Penal alemán

El art. 20 del Código Penal alemán exige que el autor sea incapaz de comprender lo injusto del hecho o actuar según este entendimiento en la comisión del hecho a causa de una perturbación psíquica grave. Los particulares presupuestos se dividen en dos grupos: los llamados elementos biológicos y los llamados elementos psicológicos ⁽⁴⁵⁾. El presupuesto biológico existe cuando se da un estado mental anormal reconocido por la psiquiatría o psicología ⁽⁴⁶⁾. Aunque sea rechazada una extensión analógica de las características legales ⁽⁴⁷⁾, la flexibilidad de los conceptos permite comprender casi todos los fenómenos que se puedan plantear ⁽⁴⁸⁾.

Esencialmente, en la teoría y en la práctica sólo plantea dificultades el llamado presupuesto psicológico, el cual exige que el autor, a causa de la distorsión biológica de su salud mental, no sea ya capaz de comprender lo injusto del hecho o de actuar conforme a este entendimiento. En la psiquiatría forense se sostiene mayoritariamente la opinión de que en la práctica no puede ser comprobado tal presupuesto ⁽⁴⁹⁾. La ciencia penal está de acuerdo en que no se trata de un problema empírico a aclarar por los peritos, sino esencialmente de un problema normativo a decidir por el juez ⁽⁵⁰⁾. El perito sólo puede determinar la forma y cantidad de desviación del estado mental del acusado en relación al hombre medio, y el juez debe decidir si la desviación es tan grave que no se pueda hacer responsable al acusado personalmente. Esta decisión se realiza en todas las teorías de la culpabilidad de un modo parecido. No tiene importancia para el resultado si se postula una exclusión ficticia de la libertad de voluntad o si se niega la necesidad de punición por razones de prevención especial -porque el autor, a causa de su enfermedad mental, no es apto por la finalidad intimidatoria o resocializadora de la

⁽⁴⁵⁾ Vid. JESCHECK (p. 354) y LENCKNER (§ 20 núm. 1), en *op. cit.*, *supra* n. 2.

⁽⁴⁶⁾ Vid. LANGE, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10a. ed., 1978 y ss., § 21 núm. 14 y ss.; LENCKNER, *op. cit.*, *supra* n. 2, § 20 núms. 6 y ss.

⁽⁴⁷⁾ Vid. LENCKNER, *cit.*, *supra* n. 2, § 20 núm. 5.

⁽⁴⁸⁾ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, *supra* n. 40, p. 429.

⁽⁴⁹⁾ Vid. las referencias en LANGE, *op. cit.*, *supra* n. 46, § 21 núm. 60.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*, § 21 núm. 57.

pena-, o si se rechaza la punición por razones de prevención general, porque el autor ya no es considerado por la sociedad como una persona "igual" ⁽⁵¹⁾ y por eso su no punición es aceptada generalmente.

Lo decisivo sería más bien el criterio amplio o restrictivo de la exculpación que realmente se utilice en el caso particular. Para el futuro sería menos importante el desarrollo de las teorías abstractas que la investigación de los fenómenos reales y sus posibilidades de tratamiento médico y psicológico. Cuanto más puede explicar convincentemente el perito en el proceso el modo y la cantidad de la perturbación, más fácilmente decidirá el juez a favor o en contra de la exclusión de la culpabilidad. Además, podría facilitarse, mediante una exacta documentación de los síntomas y síndromes psicopatológicos, la formación de una dirección unitaria en la jurisprudencia ⁽⁵²⁾. Sólo sobre la base de ampliar el fundamento fáctico me parece posible un desarrollo real de la teoría de la culpabilidad en este ámbito.

2. Estado de necesidad exculpable según el artículo 35 del Código Penal alemán

El art. 35 del Código Penal alemán declara no culpable al que "en un peligro actual, no eludible de otro modo, para su vida, cuerpo o libertad, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de sí, de un pariente próximo o de otra persona allegada a él" si a él "no le es exigible soportar el peligro" ⁽⁵³⁾. El precepto contiene con ello una causa de exclusión de la culpabilidad que se basa en la llamada inexigibilidad de comportamiento conforme a la norma. Esta causa de exclusión de la culpabilidad no se refiere a las circunstancias en la persona del autor, que dificultan la motivación de actuar conforme al derecho, sino a situaciones de fuerza externa. Tales situaciones no sólo pueden exculpar, sino ya justificar el comportamiento del autor, es decir, que excluyen la antijuridicidad de su comportamiento típico. El art. 34 del Código Penal alemán -estado de necesidad justificante- contiene una cláusula general según la cual no actúa antijurídicamente quien "en un peligro actual, no eludible de otro modo para... un bien jurídico, comete un hecho para apartar el peligro..., si en la ponderación de los intereses contrapuestos predomina esencialmente el interés protegido sobre el interés

(51) JAKOBS, *op. cit.*, *supra* n. 40, p. 407.

(52) Vid. también SCHÜNEMANN, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, p. 297.

(53) Los particulares presupuestos están explicados en LENCKNER, *op. cit.*, *supra* n. 2, § 35 núms. 1 y ss.

menoscabado...". El estado de necesidad exculpante del art. 35 del Código citado, se refiere sólo a situaciones en las que el autor no puede reclamar contra la víctima un interés de mayor valor. La clara consecuencia de la regulación del estado de necesidad justificante es que el autor en el estado de necesidad exculpante debe soportar el peligro.

A diferencia del caso del perturbado mental, parece aquí posible un comportamiento conforme a derecho. La especial carga que dificulta la motivación conforme a derecho en los casos del estado de necesidad exculpante, se diferencia por consiguiente de la inimputabilidad en dos puntos esenciales: por un lado, subsiste aquí la capacidad de conocimiento y de control de su actuación, mientras, por ejemplo, un enfermo mental muy a menudo no puede determinar correspondientemente su comportamiento; por otro lado, está fijado para tales casos en el art. 34 mencionado (estado de necesidad justificante) que el autor está obligado legalmente a soportar la situación de necesidad. Si a pesar de ello el autor no ha sido declarado personalmente responsable, esto sólo se puede fundamentar en un perdón del legislador que además sólo puede servir para casos excepcionales límites, porque, de otra forma existiría el peligro de que no sea tomada en serio la regla del art. 34 ⁽⁵⁴⁾. La regulación legal del art. 35 del Código Penal alemán (estado de necesidad exculpante) satisface esta necesidad, dado que sólo determinados, y especialmente importantes, bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad) deben ser defendidos en el estado de necesidad, y el autor tan sólo podrá actuar para sí mismo o para una persona allegada.

Las tradicionales teorías de la culpabilidad no pueden explicar el estado de necesidad exculpante como un caso de exclusión completa de la culpabilidad en el sentido de una completa supresión de la libertad de voluntad. Por consiguiente, en general se opina que la culpabilidad no está excluida, sino sólo esencialmente disminuida (junto con una fuerte disminución del injusto por el alto valor del bien defendido) y que por eso el legislador únicamente renuncia a formular el posible reproche de la culpabilidad ⁽⁵⁵⁾. Por el contrario, las teorías "funcionalistas" encajan fácilmente en el mencionado art. 35, porque pueden explicar este perdón

⁽⁵⁴⁾ Vid. HIRSCH, H. J., en *Strafgesetzbuch*, 10a. ed., Leipziger Kommentar, 1978, § 35 núm. 9, con referencias a los materiales legislativos.

⁽⁵⁵⁾ Vid. la referencia en *supra* n. 35.

legislativo perfectamente con la falta de necesidad de prevención especial o general⁽⁵⁶⁾.

El Estado de necesidad exculpante contiene una exclusión de la culpabilidad que difiere principalmente de la inimputabilidad y se basa, no en circunstancias personales, sino generales y objetivas del hecho. El estado de necesidad exculpante es por eso una clara indicación de que la culpabilidad no depende sólo de la libertad de voluntad sino también de apreciaciones socialmente generalizadas. Aparece problemático en el precepto que sus presupuestos están formulados tan estrechamente que en la práctica rara vez son de aplicación. Quizás sería una alternativa renunciar completamente al estado de necesidad exculpante y proveer en su lugar para aquellos casos una posibilidad esencialmente ampliada de dispensa judicial de pena discrecional. En todo caso, en ámbito el desarrollo práctico de la culpabilidad penal sigue necesitando un mejoramiento. Así, puedo terminar señalando que en el derecho penal alemán aún falta mucho para resolver el problema de la culpabilidad, y tanto en teoría como legal y jurisprudencialmente se espera a este respecto un mayor desarrollo.

⁽⁵⁶⁾ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, *supra* n. 40, p. 409; ROXIN, en *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 183.