

Acerca de los errores y extravíos en la teoría
contemporánea de la culpabilidad (*)

HANS JOACHIM HIRSCH

I.

Harro Otto se ha ocupado críticamente del estado de la teoría de la culpabilidad en sus artículos «Ilícito personal, culpabilidad y pena» (1975) y «Acerca de la relación entre la culpabilidad y la dignidad humana» (1981) (1). La presente contribución, que está dedicada con amistoso afecto al homenajeado en su septuagésimo cumpleaños, retoma el problema de la culpabilidad desde una perspectiva actual. Se mostrará que algunas de las críticas de entonces todavía están vigentes en la actualidad, pero que también se han agregado otras nuevas.

II.

1. El traslado del dolo de tipo y de la imprudencia objetiva al tipo de injusto dio motivo, en su momento, para examinar a fondo nuevamente el concepto de culpabilidad. En tanto se sostenía que injusto y culpabilidad se distinguían por la contraposición entre objetividad y subjetividad y que, por lo tanto, la culpabilidad se componía de dolo e imprudencia, aquella tenía, con esos dos elementos, su propio objeto. Se trataba de la relación subjetiva, contraria al ordenamiento jurídico, del hecho objetivo contrario al derecho. Algo cambió, parcialmente,

(*) La versión original en idioma alemán de este artículo ha sido publicada en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns Verlag, 2007. Agradezco a Guillermo Orce por la traducción al castellano.

(1) OTTO, ZStW 87 (1975), pp. 539 y 580 ss., y *el mismo*, GA 1981, pp. 481 ss.

con la transición del concepto psicológico al concepto normativo de culpabilidad, que fue provocado porque el concepto psicológico no se adaptaba bien a la imprudencia y también porque desconsideraba las causas de disculpa, concretamente, los casos de inexigibilidad. Un punto de vista más abarcativo entró en juego: la reprochabilidad. Pero el dolo y la imprudencia siguieron siendo los elementos centrales. Y la capacidad de imputabilidad (la capacidad de culpabilidad) siguió siendo, como siempre, no un componente interno de la culpabilidad, sino un presupuesto de ésta.

A partir de esta concepción de la culpabilidad era de suponer que las discusiones ocurridas luego de la segunda guerra mundial, acerca de si el dolo y la imprudencia objetiva debían ya clasificarse en el tipo de injusto, despertaran la preocupación de que ese desplazamiento condujera al «vaciamiento del concepto de culpabilidad» (2). Los partidarios de la teoría del injusto personal mantenían, por el contrario, que a nivel de la culpabilidad la cuestión consistía en si el autor que se había comportado conforme a lo descrito en el tipo y de manera anti-jurídica, habría *podido* actuar de manera acorde al derecho. El poder faltaría y con ello también la culpabilidad, si el autor actuó en estado de inimputabilidad o si, en concreto, a pesar de la acción dolosa u objetivamente imprudente, no tuvo la posibilidad de reconocer lo injusto de su hecho o, en caso de que concurra un caso de inexigibilidad, de comportarse de acuerdo a su reconocimiento del injusto (3).

Esta solución fue rechazada por Gallas en su influyente contribución (Acerca del estado actual de la teoría del delito) en las jornadas de profesores de derecho penal de 1954 (4). Gallas afirmó que con el traslado de la decisión de acción al tipo de injusto «la culpabilidad pierde el objeto de valoración que hasta entonces le había sido reservado con exclusividad». Ahora, la desaprobación de esa decisión se llevaría a cabo ya en el juicio acerca de la antijuricidad de la acción. La pregunta acerca de si el autor podría haber evitado la decisión no puede ser hecha, por lo tanto, en la culpabilidad, porque en caso de «falta de ese poder» «ya decaería, con la culpabilidad, la antijuricidad». Existiría entretanto para la culpabilidad «todavía otra posibilidad de conexión normativa». Esta posibilidad resultaría cuando se

(2) Conf. por ejemplo MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, p. 34.

(3) Conf. WELZEL, *Das Neue Bild des Strafrechtssystems*, 2° ed. 1952, pp. 32 ss. y 45; *el mismo*, *Das Deutsche Strafrecht*, 3° ed. 1954, pp. 102 y 105. En sus comienzos, esta concepción de la culpabilidad fue descrita de manera poco clara en alguno de sus aspectos, lo que pudo haber dado motivo a malentendidos.

(4) GALLAS, *ZStW* 67 (1955), pp. 1, 44 ss.

plantea la pregunta acerca de «en dónde reside verdaderamente la razón objetiva para la relación entre reprochabilidad y poder». Y ello condujo a Gallas a la idea de que la culpabilidad significa la reprochabilidad del hecho en consideración al *ánimo* actuado desaprobado por el derecho. La culpabilidad sería un *juicio de deber ser* jurídico, independiente del juicio de antijuricidad»; «la reprochabilidad del hecho en consideración del ánimo jurídicamente desaprobado que se comprueba en él. En el sistema de la teoría del injusto personal, «la diferencia entre injusto y culpabilidad podría ser únicamente la que existe entre *disvalor de acción* y *disvalor de ánimo*».

Al imponerse la teoría del injusto personal, la teoría de la culpabilidad del ánimo tuvo hasta el presente gran predicamento (5). Así se encuentra en el manual de estudio de Wessels/Beulke, que constituye el punto en el cual se agotan los conocimientos básicos de derecho penal de la mayoría de los estudiantes alemanes de derecho: El *contenido de injusto* está determinado por el *disvalor de resultado* del hecho... y su *disvalor de acción*, mientras que su *contenido de culpabilidad* resulta del *disvalor de ánimo* puesto de manifiesto por el hecho que refleja la actitud defectuosa del autor respecto de la norma de comportamiento del ordenamiento jurídico y su deficiente ánimo jurídico» (6).

Schmidhäuser enfatizó estas ideas. Él escribió que la culpabilidad tendría, en la «conducta espiritual» del autor, un contenido de disvalor propio. Sin embargo, la culpabilidad estaría referida al injusto; el injusto se trataría de la conducta de la voluntad; la culpabilidad, por el contrario, del ánimo concerniente en la conducta espiritual (7).

(5) EBERT, *Strafrecht Allg. Teil*, 3^o ed. 2001, p. 93; JESCHECK, en: *Leipziger Kommentar StGB* (LK), 11. ed. 1992, previo al § 13 nm. 77; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 5. ed. 1996, pp. 51, 422 s. y 426; LENCKNER, en: *Schönke/Schröder/Eisele*, StGB, 27. ed. 2006, previo al § 13 nm. 119; RUDOLPHI, en: *Systematischer Kommentar StGB* (SK), 7. ed. 2003, previo al § 19 nm. 1; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allg. Teil*, Lehrbuch, 2. ed. 1975, 6/23 ss., 10/3, 10/5; *el mismo*, *Strafrecht*, Allg. Teil, Studienbuch, 2. ed. 1984, pp. 188 s.; *el mismo*, *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 485 ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht Allg. Teil*, 35. ed. 2005, nm. 15, como así también nm. 16, 144, 401, 422, 425; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 152 y 156. Está claro que la culpabilidad ya no puede ser interpretada como el «disvalor de la resolución», como pretenden hacerlo sin embargo todavía FISCHER/TRÖNDLE, StGB, 53^o ed. 2006, previo al §13 nm. 28, debido a que este «disvalor» está presente ya en el dolo como elemento subjetivo del *injusto*. Si se ve a la culpabilidad en el «disvalor de la resolución», se mantiene la concepción ya superada que pretende diferenciar el injusto y la culpabilidad según se trate de lo «objetivo» y lo «subjetivo».

(6) WESSELS/BEULKE (nota 5).

(7) WESSELS/BEULKE (nota 5).

2. Al leer la palabra «ánimo» en relación con los presupuestos del delito, se supone en primer lugar, que se trataría de un vestigio inadvertido de tendencias del derecho penal del ánimo de los tiempos del nacionalsocialismo. Durante ese período se propagó la idea de que la culpabilidad sería la culpabilidad del ánimo (8). Pero debe tenerse en cuenta que la culpabilidad ya se había relacionado antes con el ánimo. Ya v. Liszt había empleado en su tratado reflexiones de este tipo. Estas ideas fueron continuadas luego de su muerte por su discípulo Eberhard Schmidt en las ediciones del tratado continuadas por éste último. Según Liszt, «la culpabilidad en sentido material... puede ser determinada como la falencia del ánimo social requerido para la vida en común en un estado, que se pone de manifiesto a través del hecho cometido» (9). Y Eberhard Schmidt formuló: «...el núcleo material espiritual del concepto de culpabilidad... reside en el *ánimo asocial del autor* reconocible a través del hecho cometido (conducta antisocial), es decir, en la falencia, determinada por el carácter, del sentido de deber social emanado de la convivencia de los seres humanos en el estado y en la motivación antisocial que surge de ello (la elección de unos fines contrarios a los de la comunidad)» (10).

Consecuentemente, el origen en v. Liszt y Eberhard Schmidt está relacionado con la teoría, representada por ellos, de la culpabilidad del carácter. Schmidt sostenía que «sólo ésta, la peligrosidad social del carácter del autor, con la inclusión de la concepción de la culpabilidad, permite tender un puente de la teoría general del delito a la teoría general del delincuente». La «teoría normativa de la culpabilidad, con ello, deviene también en una ‘teoría de la culpabilidad material’ indicadora del carácter y la peligrosidad social de la personalidad del autor» (11). En vista de su contradicción con el imperativo de «la culpabilidad por el hecho individual» que surge del Derecho penal de acto, la teoría de la culpabilidad por el carácter permaneció rechazada por la doctrina dominante (12). En relación con el Derecho penal de ánimo y de autor del nacionalsocialismo, obtuvo un florecimiento fugaz. Desde

(8) Conf. ERNST SCHÄFER, *Die Schuldlehre*, en: Gürtner (editor), *Das kommende deutsche Strafrecht*, Allg. Teil, 2° ed. 1935, pp. 49 y 65 s. (especialmente § 1, párrafo 3 del proyecto de la comisión). Véase también FREISLER, *Willensstrafrecht ...*, en: Gürtner (justamente allí), pp. 11 ss.

(9) v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 16./17° ed. 1908, p. 157.

(10) v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26° ed. 1932, p. 231.

(11) P. 231 y 230 s. nota 8.

(12) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18° ed. 1931, II 3 previo al § 51; MEZGER, *Strafrecht*, 2° ed. 1933, p. 257 con otras referencias.

el retorno del derecho penal propio de un estado de derecho sólo tiene un interés histórico.

De manera diferente a la de v. Liszt y Eberhard Schmidt, así como también del acento en el autor puesto por la doctrina nacionalsocialista, Gallas y la corriente de opinión que lo siguió dirigió su mirada a la culpabilidad del hecho individual. Gallas sostuvo que, con relación al ánimo, no debía entenderse «la condición permanente del autor, es decir, tampoco su peligrosidad individual en el sentido de la prevención especial». Se trataría «más bien del valor o disvalor de la postura del autor actualizada en el hecho concreto» (13). Schmidhäuser sostuvo igualmente: «Cuando se menciona al ánimo como la conducta espiritual del autor, se quiere hacer referencia, con esa expresión, no al ánimo permanente, sino al ánimo del hecho individual contrario al derecho» (14).

3. a) Si la culpabilidad, como requisito del delito, consiste en el disvalor del ánimo, ello conduce en primer lugar a la pregunta acerca de por qué, en primer lugar, se la exige para el castigo. El orden jurídico se interesa primariamente en que no ocurran determinadas acciones u omisiones que están prohibidas por él. El pedirle a alguien que rinda cuentas, mediante una sanción penal, ya sólo a causa de su conducta típica y antijurídica, impropia del orden jurídico, no tendría, sin embargo, ningún sentido desde la perspectiva del Derecho penal. Porque en tanto al afectado por la pena no se lo pueda hacer responsable individualmente por el injusto cometido por él, no hay nada por qué castigarlo. Otra cosa sucede en el derecho civil, en el que se trata principalmente de compensación de daños y por lo cual entran en juego aspectos jurídicos de la responsabilidad [Haftung]. El principio de culpabilidad jurídico penal tiene una función restrictiva que consiste en pedir que el autor rinda cuentas por el injusto cometido por él sólo cuando deba responder individualmente por el hecho. Recién en el ámbito de la responsabilidad individual la pena puede ser justa. La opinión hoy totalmente predominante considera, por lo tanto, decisivo al poder individual de seguir la norma que prohíbe la conducta cometida de manera típica y antijurídica: el disvalor que expresa la afirmación de la existencia de culpabilidad consiste en que el autor ha cometido el injusto, a pesar de que era capaz, desde una perspectiva individual, de comportarse conforme a la norma (15). Así era también con-

(13) GALLAS (nota 4), p. 45. Véase también *el mismo*, *Festschrift für Mezger*, 1954, pp. 311 y 324.

(14) LEHRBUCH (nota 5), 10/3.

(15) BGHSt (GrS) 2, 194, 200; GROPP, *Strafrecht Allg.* Teil, 3° ed. 2005, § 7 nm. 24 ss.; HIRSCH, en: *Leipziger Kommentar StGB* (LK), 11° ed. 1994, previo al § 32 nm.

siderado, en esencia, como ya se mencionó, en la concepción de la teoría del injusto personal (16).

La asunción de Gallas (17) de que en la determinación de la culpabilidad no puede tratarse del poder de cumplir con la decisión de acción, porque esa desvaloración ya habría tenido lugar en el tipo de injusto y por ello ante «la falta de este poder» decaería con la culpabilidad también el injusto, malinterpreta el concepto de injusto personal. Éste afirma que la decisión relativa a la acción del tipo de injusto (voluntad de acción) está en contradicción con el orden jurídico y por lo tanto co-constituye el injusto típico como lado subjetivo del disvalor de acción. Pero la cuestión de si el autor de la acción antijurídica también era individualmente capaz de seguir el mandato de la norma es un punto que debe distinguirse, y que deja intacto el nivel del injusto.

Si en la culpabilidad se dirige la mirada a la «postura espiritual» o la «conducta espiritual» se le pide entonces más de lo que generalmente le es exigido a la culpabilidad, es decir, una actitud espiritual negativa. En Gallas incluso se habla de que en la culpabilidad se trataría «de un juicio jurídico de *deber ser independiente* del juicio acerca de la antijuricidad» (18). En esencia, se acabará en ello siempre que se hable de desaprobación jurídica de la «postura espiritual» o de la «conducta espiritual» o del disvalor jurídico del ánimo. Modelo de ello, evidentemente fue la concepción precedente acerca de que el dolo y la imprudencia agotaban la culpabilidad. El dolo de tipo actuado y la imprudencia objetiva son infracciones al deber jurídicamente desaprobados. Pero desde que ello fue reconocido, fueron asignados ya al injusto. El admitir en la culpabilidad una infracción al deber relativa al injusto malinterpreta completamente el concepto de culpabilidad. En donde se trata de un deber ser jurídico, se trata ya de algo que pertenece al nivel del injusto. De lo contrario se caería en un *regressus in infinitum*, ya que a cada infracción al deber se le plantearía renovadamente la cuestión de la culpabilidad.

182; KÜHL, *Strafrecht Allg. Teil*, 5° ed. 2005, § 10 nm. 3; OTTO (nota 1), ZStW 87, pp. 581 s.; *el mismo* (nota 1), GA 1981, 484 s.; *el mismo*, *Grundkurs Strafrecht*, Allg. Strafrechtslehre, 7° ed. 2004, § 12 nm. 16 ss., *el mismo*, GA 1981, pp. 481, 484 s.; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allg. Teil I*, 5° ed. 2004, § 7 nm. 26 s.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11° ed. 1969, p. 138; ZIESCHANG, *Strafrecht Allg. Teil*, pp. 20 y 83. En las conclusiones, coincidente SCHILD, en: *Nomos Kommentar (NK)*, 3° ed. 2005, § 20 nm. 2 ss. Diverge en la fundamentación KÖHLER, *Strafrecht Allg. Teil*, 1996, Cap. 7, 3. OTTO formula: «En el derecho penal no se ‘retribuye culpabilidad’, sino injusto pero siempre dentro de los límites de la responsabilidad individual» (ZStW 87 [1975] 539, p. 582).

(16) Conf. *supra* nota 3.

(17) GALLAS (nota 4), p. 44 s.

(18) GALLAS (nota 4), p. 44.

Pero aun cuando se deje de lado aquella mala interpretación, surge la cuestión relativa a qué roles *independientes* deberían desempeñar la «postura espiritual» o la «conducta espiritual». Para un derecho penal de acto como el que rige en un estado de derecho, se trata, respecto de los elementos del delito, exclusivamente del injusto del acto y de la responsabilidad individual por él. El exigir que se haya cometido el hecho a partir de una postura espiritual o de una conducta espiritual que han de ser valoradas negativamente conduciría, consecuentemente, a que tales fenómenos espirituales tuvieran que ser también constatados. Pero en un derecho penal de acto es solamente relevante, en lo que respecta a la existencia de los requisitos del delito, el injusto típico (19) y la posibilidad de hacer al autor responsable individualmente por él. Otto acertadamente lo expuso de manera exhaustiva, resaltándolo expresamente, ya hace más de tres décadas (20). Claro que existen delitos en los cuales el injusto típico exige un motivo específico del autor con impacto personal. Piénsese por ejemplo en la provocación dolosa de la muerte de otro por odio racial o codicia. En estos casos, sin embargo, se trata ya de características personales especiales que tiñen el injusto. Los límites de la asunción de tales motivos en la ley se determinan conforme a los parámetros del *injusto* de un derecho penal de acto. Por lo tanto, se debe decidir sobre ellos de manera previa al nivel de la culpabilidad. En los casos de los fenómenos espirituales mencionados por los partidarios de la culpabilidad del ánimo, por el contrario, no se trata de requisitos del delito sino, evidentemente, en particularidades específicas del autor. Estas particularidades pueden ser tenidas en cuenta recién en el ámbito de la medición de la pena, en el cálculo de la pena que ha de colocarse en relación con el marco penal previsto para el hecho: el que alguien haya cometido un hecho antijurídico culpablemente –y sólo de esto se trata en la cuestión de los presupuestos del delito– no depende, fundamentalmente, de la cuestión relativa a qué postura espiritual ha originado el hecho. Se le reclama al autor en razón del injusto del hecho por el que ha de responder, no en razón de su conformación espiritual.

Gallas intentó escapar de las consecuencias de su posición explicando que el disvalor de ánimo existe cuando alguien, libremente, se decide en contra del derecho. Ya que entonces se manifiesta una postura que contradice lo que el orden jurídico exige de sus miembros ordenados y concienzudos. El disvalor de ánimo estaría dado, regular-

(19) Se trata, según el concepto de injusto personal, de conductas que incluyen al dolo como elemento volitivo de la acción dolosa y a la voluntad de acción como la acción a ser valorada como contraria al deber (conducta objetivamente imprudente).

(20) OTTO (nota 1), ZStW 87, pp. 581 ss. y 585 s.

mente, con el disvalor de acción y faltaría «sólo cuando el autor carece del poder a pesar de la comisión dolosa» (21). Por lo tanto, Gallas llega, en definitiva, nuevamente a la concepción que tiene por base la posibilidad de seguir la norma (22). Pero el resultado y la fundamentación no están en armonía. No puede ser correcto que a cada hecho punible le corresponda un disvalor de ánimo. Piénsese en la gran cantidad de hechos imprudentes, particularmente, en la imprudencia inconsciente (23). Tampoco los hechos impulsivos y los hechos omisivos están siempre ligados a un disvalor de ánimo. Igualmente es imaginable la existencia de otros hechos dolosos que son cometidos con un ánimo positivo o indiferente, por ejemplo, casos de homicidios a ruego llevados a cabo por piedad. Inversamente, es posible que exista un ánimo negativo, sin que exista una conducta penalmente típica, como especialmente en la tentativa de un delito que sólo es punible en caso de consumación. Además, un homicida sexual puede cometer el hecho impulsado por un ánimo extremadamente vil y, sin embargo, resultar impune en razón de la falta de capacidad de inhibición (24).

A pesar de que Schmidhäuser determinaba mejor el concepto encabezado por él de «la conducta espiritual lesionadora de bienes jurídicos» en comparación con cómo lo hacía Gallas respecto del punto de vista de la «postura espiritual», surgen las mismas objeciones. Schmidhäuser escribió: «la culpabilidad jurídico-penal es conducta espiritual lesionadora de bienes jurídicos... con ella se refiere que el autor, que lesiona el bien jurídico con su conducta voluntaria también lo lesiona con su conducta espiritual, es decir, no lo toma en serio», aunque él «espiritualmente, esté en contacto valorativo» (25). Pero «no tomarse en serio» aunque «esté espiritualmente en contacto valorativo» no se ajusta a la imprudencia inconsciente (26). Y tomar en serio es un concepto utilizado ya en el ámbito del dolo, a saber en la determinación del *dolus eventualis* (27) y por lo tanto, para la cuestión de la

(21) GALLAS (nota 4), pp. 45.

(22) Ello es señalado ya por ROXIN (*Strafrecht, Allg. Teil, Band I*, 4^o ed. 2006, § 19 nm. 24).

(23) También es criticado por ROXIN (nota 22), loc. cit. Críticas más precisas de ROXIN a la teoría de la culpabilidad del ánimo, *Festschrift für Henkel*, 1975, pp. 171, 176 s.; JAKOBS, *Strafrecht Allg. Teil*, 2^o ed. 1991, 17/17; CEREZO MIR, *ZStW 108* (1996), pp. 9, 22 s.

(24) ROXIN (nota 22), loc. cit.

(25) SCHMIDHÄUSER (nota 5), *Lehrbuch*, 10/6, 10/12.

(26) ROXIN (nota 22), § 19 nm. 26.

(27) STRATENWERTH, *ZStW 71* (1959) p. 51 y 55 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN (nota 15), § 8 nm. 117; ROXIN (nota 22), § 12 nm. 27 ss. con otras referencias.

culpabilidad, no representa ya ninguna exigencia precisa. Lo más probable es que se piense en la conciencia de la antijuricidad actual, ya que para estar «espiritualmente en contacto valorativo» con el hecho concreto tomado en serio, se requiere una conciencia actual correspondiente. Sin embargo, con ello se llegaría a una elevación considerable de los requisitos de la comprobación de la culpabilidad, a pesar de que ella no sólo está dada cuando el autor se rebela conscientemente contra el orden jurídico.

b) Además pesa en contra de los representantes de la teoría de la culpabilidad del ánimo la cuestión de si pueden comprender la culpabilidad como *culpabilidad por el hecho individual*. Schmidhäuser mostró ya que por «el concepto de ánimo, en la ética y en el habla corriente ... se entiende frecuentemente exclusivamente el ánimo permanente» (28). Pero, ¿puede el “ánimo” verdaderamente ser otra cosa? Quien comete un hecho con ánimo malo, actúa con una disposición espiritual que trasciende lo momentáneo. Actúa en razón de una constitución espiritual permanente o en todo caso temporal, aunque por primera vez conduzca a la comisión de un hecho punible. Sólo así el concepto tiene también sentido. Cuando se trata de la conducta espiritual individual, se trata de otra cosa: dolo y conciencia de la antijuricidad. Estos fenómenos tienen entonces sólo que ver con el ánimo, cuando surgen de una actitud espiritual negativa ya presente, justamente de un mal ánimo.

Así ve las cosas, evidentemente, Beulke (29). Partiendo de la extendida concepción (30) relativa a que el dolo tendría una «función doble», es decir, tanto en el tipo de injusto como en la culpabilidad, Beulke sostiene que debido a esta duplicidad el «*dolo*, en la esfera de la culpabilidad, es el portador del *disvalor de ánimo actualizado* en el hecho. Caracteriza al dolo como forma de culpabilidad la enemistad al derecho o la actitud indiferente del autor respecto de las normas de comportamiento del derecho» (31).

(28) SCHMIDHÄUSER (nota 5), *Lehrbuch*, 10/3.

(29) (Nota 5), nm. 425. Conf. también WOLTER (nota 5), pp. 152 y 156; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 25° ed. 2004, § 15 nm. 34 (quienes hablan de ello en los lineamientos fundamentales relativos al concepto de culpabilidad [previo al § 13 nm. 23 ss.] pero sin utilizar más la idea del «disvalor de ánimo»).

(30) Conf. GALLAS (nota 4), p. 46 nota 89; GROPP (nota 15), § 13 nm. 112 ss.; JESCHECK/WEIGEND (nota 5), pp. 464 ss.; LACKNER/KÜHL (nota 29), previo al § 15 nm. 34 ss.; TRÖNDLE/FISCHER (nota 5), § 16 nm. 20; entre otros.

(31) BEULKE (nota 5), nm. 425 (algunos de los resaltados me pertenece). También JESCHECK/WEIGEND (nota 5), p. 426, hablan del «ánimo jurídicamente desaprobado actualizado» en el hecho. De manera poco clara se opone GALLAS, que por un

En tanto Beulke habla de *disvalor de ánimo actualizado* y de la *actitud* indiferente del autor, acierta finalmente en la esencia del ánimo. Pero para ello se expone a otras objeciones. El rol que se le asigna al dolo –según la teoría de la doble función– como elemento de la culpabilidad, se limita a abarcar al error sobre las circunstancias fácticas de la permisión. Se trata bien o mal de una construcción de apuro que debería permitir, por un lado, asignar este caso de error recién a la culpabilidad –y no al injusto– y por otro impedir la punibilidad del error evitable como delito doloso (32). Al «dolo» se le asigna por lo tanto, desde el punto de vista del contenido, sólo una función periférica, que –acaso si se quisiera seguirla– está muy alejada de darle a la culpabilidad su impronta y mucho menos de convertir al dolo en el «portador del disvalor de ánimo».

Los casos de error evitable sobre circunstancias fácticas de la permisión no representan, por lo general, una actitud de enemistad al derecho. Tampoco, la mayoría de las veces, está en juego la indiferencia.

Si se quiere seguir derivando de la «doble función» el que al nivel de la culpabilidad el «dolo» debería considerarse con la inclusión de su función en el tipo de injusto, entonces se abarcaría el ámbito total de los casos dolosos. Pero tampoco en ese caso podría tratarse de que lo característico para el dolo sea el origen en una actitud de enemistad al derecho o de la indiferencia respecto de las normas de comportamiento del orden jurídico. La gran mayoría de los autores, al cometer el hecho, reafirman el orden jurídico, no en último lugar, cuando se trata de su propia protección o la protección de las personas cercanas. Y también la norma particular, por ejemplo, la prohibición de matar, no resulta rechazada en general, sino que, generalmente, sólo lo es en relación con su validez respecto de la víctima concreta. De manera

lado habla de que aquí, por ánimo, no ha de entenderse «una manera permanente del autor» pero por otro lado afirma que se trata del «disvalor de la postura del autor *actualizada* en el hecho concreto» lo cual «implicaría la conclusión que cabe extraerse, de una observación generalizada orientada en parámetros de valor éticos sociales que surgen de un hecho tal y de sus motivos, de la postura total del autor respecto de las exigencias del derecho» ([nota 4], p. 45).

(32) Ha de aprobarse sin embargo, en razón de su cometido, el clasificar el error sobre una circunstancia objetiva de la permisión como elemento de la culpabilidad; y también el esfuerzo por no permitir las consecuencias de la teoría estricta de la culpabilidad también parece justificado. Sin embargo, la solución conforme al concepto de culpabilidad ha de buscarse más bien en una diferenciación de la conciencia de la anti-juricidad en la que todo dependa de si la falta de conciencia se basa en un error sobre circunstancias objetivas (con la figura intermedia relativa a la evitabilidad de la imprudencia sobre la permisión) o en un error sobre la valoración jurídica de la conducta (más precisiones al respecto HIRSCH, *Festschrift für F.-C. Schroeder*, 2006, pp. 223 ss.).

correspondiente sucede con la actitud indiferente respecto de las normas. Tampoco ella puede ser señalada, por las razones mencionadas, como característica. Por lo demás, se trata de cuestiones que en una clasificación sistemática más exacta conciernen al elemento general de la culpabilidad «conciencia de la antijuricidad», ya que se trata de una relación subjetiva respecto de la norma. Si en la culpabilidad estuvieran en juego la enemistad o la indiferencia respecto al derecho, nos enfrentaríamos a la existencia de grados cualificados de conciencia de antijuricidad. Pero, por razones evidentes, no son exigidas por ningún ordenamiento jurídico, e incluso autores que trabajan con estos conceptos para la interpretación del concepto de culpabilidad entendiblemente no requieren, para la comprobación de la culpabilidad concreta, que estén presentes.

El punto de vista del ánimo en relación con la culpabilidad por el hecho individual no funciona siquiera para la concepción mencionada por los autores.

c) Respecto de la culpabilidad del ánimo, Lenckner (33) introduce lo siguiente. Debido a que el reproche relativo al poder actuar de otra manera sería el mismo en el autor que actúa (subjetivamente) imprudentemente o con error de prohibición evitable que en el caso del autor que se decide conscientemente en contra del derecho, una característica adicional del objeto sería sólo posible en tanto como punto de partida normativo también entre en consideración el ánimo que devino manifiesto en la formación de la voluntad evitablemente defectuosa. La constatación de que el autor podría haber actuado de conformidad con la norma significaría solamente que se puede formular un reproche de culpabilidad. A Lenckner puede responderse que el poder, si no es que se desea negárselo por completo, también es cuantificable. El poder observar la norma, en el delito doloso, está dado en toda su extensión cuanto el autor actuó con conciencia de antijuricidad y podría haberse motivado según esa conciencia. Está reducido en los casos de culpabilidad disminuida y en los casos de error de prohibición evitable. En lo que respecta al delito imprudente se trata, en el caso de la culpabilidad plena, del poder individual de evitar la contrariedad al cuidado (plasmada en el resultado). Ésta está dada en tanto el autor reconoce la falta al cuidado, es decir, el injusto y puede actuar correspondientemente. Y el poder está reducido nuevamente cuando existen razones que restringen la culpabilidad, como por ejemplo, la capacidad de culpabilidad disminuida.

(33) LENCKNER (nota 5), previo al § 13 nm. 119.

d) La utilización del concepto «ánimo» es además, muy peligrosa. No sólo porque los autores en cuestión introducen puntos de vista en el concepto de culpabilidad que no pertenecen allí. La interpretación de la culpabilidad como disvalor de ánimo trae consigo el peligro de que el derecho penal de acto se transforme en un derecho penal de autor y con ello se lo prive de las bases propias del estado de derecho. Como el «ánimo», conforme a su naturaleza es un elemento espiritual no meramente momentáneo, la utilización del concepto brinda una invitación a ser aplicado en su sentido corriente. Con ello se llega, empero, a la generalmente rechazada culpabilidad por el carácter tal como la representaron v. Liszt y Eberhard Schmidt.

También surge, con la inclusión del ánimo en los requisitos del delito penal, la objeción de que no se diferenciará suficientemente entre *derecho* y *moral*. En la moral, el ánimo desempeña un rol decisivo. Pertenece a la conducta moral el que se siga la norma ética en razón del valor protegido por ella, de manera voluntaria, mientras que para la fidelidad al derecho basta que se cumpla con la norma (34). Ya que tampoco para la conducta moral se puede exigir que en todo momento se muestre aquella motivación de manera actualmente consciente, sino que está implicada una intención positiva latente en la que se basa la conducta, se trata del ánimo. La conducta fiel al derecho se contenta, por el contrario, con el hecho objetivo de que la norma jurídica no resulta lesionada. El disvalor de ánimo, por lo tanto, no puede ser por ello un requisito del delito jurídico.

Pero ello no es todo. El concepto «ánimo» tiene, como es sabido, un significado importante en relación con las *ideologías*. Es excelentemente apto para el abuso del derecho penal por dictaduras organizadas ideológicamente. Los regímenes fascistas y comunistas constituyen ejemplos que advierten sobre ello. Si una conducta es un delito y que con qué gravedad hay que clasificarla, depende entonces rápidamente de la orientación ideológica del autor. En la literatura se ha advertido acerca de cómo puede resultar influido el concepto de culpabilidad por parte de ideólogos (35). Pero estos riesgos son dominables

(34) Más precisiones acerca de la separación, que se remonta a THOMASIUS, WELZEL, *Festschrift für Julius v. Gierke*, 1950, pp. 290 ss.; *el mismo*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4^o ed. 1962, pp. 164 ss. Ello no significa que las normas jurídico-penales son indiferentes desde el punto de vista ético. Sólo significa que satisface el aspecto jurídico el que sean observadas. El rechazo de una culpabilidad del ánimo para el derecho penal no conduce por lo tanto a la expulsión de la ética del ámbito del derecho penal.

(35) Vid. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, p. 21, y OTTO (nota 1), ZStW 87, p. 580.

a través de la exigencia de la culpabilidad ligada a una dogmática orientada objetivamente y a criterios claros (36), mientras que el punto de vista del ánimo realmente desemboca en una invitación a influencias ideológicas.

Podría observarse que el Código Penal alemán contiene elementos que son clasificados como *elementos del ánimo*. En el derecho actual, son especialmente nombrados por la literatura la «malicia» y los «móviles viles» (37). En consecuencia puede argumentarse que el concepto de culpabilidad, en definitiva, sí tiene que ver en algo con el ánimo.

Al respecto debe decirse que respecto de los elementos cuestionables se trata de vestigios de la época del nacionalsocialismo. Entretanto ya fue dejado de lado el elemento «inescrupulosamente» (38). Incluso el elemento «malicia» ha sido eliminado por el legislador de dos lugares (39). Estos elementos son cuerpos extraños en un Derecho penal orientado por el principio del hecho: en la literatura se expresan crecientemente objeciones derivadas de la idea del Estado de Derecho respecto de elementos del ánimo; estas objeciones señalan la apertura a la libertad de acción del juez para determinar los límites de la punibilidad y el peligro que significa para la igualdad en la aplicación del derecho (40). De tales elementos, en tanto todavía están presentes, no se deriva ninguna consecuencia para la solución de cuestiones dogmáticas generales. Anteriormente se ha señalado que en el caso de los elementos del ánimo, considerados cuidadosamente, se trata de transgresiones legislativas a los principios vigentes del Derecho penal de acto para la construcción de tipos de *injusto* (Derecho penal de ánimo, desconsideración del principio de determinación).

De estos elementos tampoco se pueden extraer consecuencias para la teoría de la culpabilidad, ya que en las *reglas legales generales sobre las cuestiones de culpabilidad*, el ánimo del autor no es mencionado. Los elementos del ánimo no son mencionados ni en las prescripciones sobre la capacidad de culpabilidad, ni en las relativas al error de prohibición, ni en las del estado de necesidad disculpante.

(36) En la práctica penal contemporánea, no reside en ello ningún problema actual. En lo restante, véase infra sección IV 2.

(37) «Malicia» se encuentra en los § 90a párr. 1, § 130 párr. 1 Nr. 2 y § 225 párr. 1 StGB, «móviles viles» en § 211 párr. 2 StGB.

(38) Estaba contenido en el anterior § 170c y durante un tiempo también en el antiguo § 170d (actual § 171) StGB.

(39) A saber del § 134 y con la supresión del § 170a StGB.

(40) Cfr. STRATENWERTH, *Festschrift für H. v. Weber*, 1963, p. 171 y 190; STRATENWERTH/KUHLEN (nota 15), § 8 nm. 151; JESCHECK/WEIGEND (nota 5), p. 473; HIRSCH, *Festschrift für Lüderssen*, 2002, pp. 253 y 258 s.

Queda la pregunta de si las objeciones existentes respecto de la culpabilidad de ánimo pueden ser relativizadas por el hecho de que junto a la culpabilidad del hecho también existe una culpabilidad de la *determinación de la pena*. En el catálogo de los criterios para la medición de la pena del § 46 StGB se menciona «el ánimo que se reconoce en el hecho». ¿Se trata por lo tanto en la explicación de este tema solamente de un problema formal de clasificación? Debe observarse, sin embargo, que la culpabilidad por el hecho es constitutiva del delito y que por lo tanto, como culpabilidad que fundamenta la pena *delimita el delito*, mientras que en el caso de la culpabilidad que determina la pena se trata recién de una consecuencia jurídica, a saber, de la pena que ha de aplicarse en el caso concreto. La culpabilidad que determina la pena es más amplia en sus puntos de vista, como lo demuestra el catálogo del § 46 StGB. Pero como en ella se trata del castigo del hecho cometido, *está referida a sus límites*, no sólo en relación con el marco penal, sino también por el hecho de que la pena concreta a aplicarse no puede superar la proporcionalidad relativa a la culpabilidad que surge del hecho cometido (41). La consideración del ánimo que se reconoce en el hecho en la determinación de la pena, no tiene, por lo tanto, ninguna influencia sobre la culpabilidad como elemento del delito. Por el contrario, tiene que respetar los límites trazados por la culpabilidad por el hecho.

e) Ya se indicó que a la mayoría de los partidarios de la culpabilidad del ánimo los guía la preocupación de que de otra manera se produzca un «vaciamiento del concepto de culpabilidad». Luego de que el dolo sobre las circunstancias de hecho se convirtiera en un elemento del injusto, quedaban para el nivel de la comprobación de la culpabilidad los elementos restantes considerados en ese entonces: la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad (42). Estos criterios surgen, en la comprobación del caso, principalmente en una forma negativa: ya que en el caso de la capacidad de culpabilidad no se puede definir a la normalidad de manera apta para la subsunción, y que el círculo de las anomalías jurídicamente relevantes para el delito

(41) *Cfr.* § 46 párr. 1 oración 1 StGB, donde se lee «la culpabilidad del autor... es el fundamento de la medición de la pena». Sobre la relación entre la culpabilidad del hecho y la culpabilidad de la medición de la pena véase también HIRSCH (nota 40), pp. 265 s. con otras referencias.

(42) Según la teoría de la doble función del dolo (*Cfr.* supra notas 30 y 32), que pretende comprender el error de tipo permisivo sobre la categoría de la «culpabilidad del dolo específica», se trata también de una característica independiente para la no existencia de tal error.

resultaría totalmente indeterminada, se indica un catálogo de causas de incapacidad de culpabilidad. También la exigibilidad se ve sólo delimitada precisamente a través de una circunscripción negativa, por lo que para los delitos dolosos de comisión resulta una delimitación legal a través de motivos de disculpa. A ello corresponde el que cada elemento de la culpabilidad –también la conciencia de la antijuricidad, respecto a su falta: el error de prohibición (43)– tenga repercusión prácticamente sólo en los casos de excepción, en todo caso en el delito doloso. Por el contrario, el dolo y también en todo caso la imprudencia objetiva, igualmente ubicada en el tipo de injusto, necesitan una comprobación más exhaustiva (44). El rol constitutivo que antiguamente cobraban el dolo y la imprudencia recién a nivel de la culpabilidad condujo, por lo tanto, a un tipo de pensamiento encasillado: la culpabilidad tendría un objeto de valoración *propio*. Ello era, sin embargo, ya en ese entonces falso, ya que el dolo, es decir, la decisión al hecho, y también la imprudencia no pueden ser separados del injusto. En la culpabilidad no se trata justamente de algo independiente del injusto, sino de algo accesorio. El delito se compone de niveles de valoración, y cada uno de ellos contiene al anterior como presupuesto. Cada elemento siguiente amplía el objeto de la valoración al agregar presupuestos (45). Culpabilidad significa correspondientemente que ha de reprocharse al autor una acción (u omisión) típica y antijurídica, por la cual él es individualmente responsable. El objeto de referencia del juicio definitivo de culpabilidad es, por lo tanto, el hecho total.

Depende por consiguiente solamente de qué elementos específicos del injusto deban *estar presentes* para que de la conducta antijurídica

(43) Y también el error de tipo permisivo.

(44) La imprudencia subjetiva (previsibilidad individual) es clasificada todavía por la doctrina dominante, con razón, en la culpabilidad. Tras ella se oculta, en la imprudencia inconsciente, la posibilidad del autor de reconocer la contrariedad de su conducta con el cuidado objetivo. Se trata, por lo tanto, de que para el autor debió ser reconocible la prohibición concreta y con ello el injusto de su acción. Mientras que a la culpabilidad completa en el ámbito del delito doloso, pertenece la conciencia de antijuricidad, es suficiente en el delito imprudente que el autor haya podido reconocer el deber objetivo de cuidado, lo que significa: el injusto. En la presencia de contrariedad objetiva al cuidado (imprudencia objetiva), este requisito de la culpabilidad, generalmente, también se encuentra cumplido. Con más detalle sobre todo ello: HIRSCH, *Festschrift für Lampe*, 2003, pp. 515, 524 ss. y 528 s. Véase sobre el tema, también en lo que sigue, III 1.

(45) Con más detalle HIRSCH (nota 15), previo al § 32 nm. 5 s., 182, 186. Ello no significa, por lo demás, que el injusto típico ya represente por sí mismo una culpabilidad parcial. Más bien, el hecho se convierte en culpable (completamente o en una forma atenuada) recién con la presencia de los elementos de la culpabilidad específicos del tercer nivel del delito.

pueda resultar un hecho culpable (individualmente reprochable). No se trata, como lo ha demostrado la nueva dogmática, de que el dolo de tipo y la imprudencia objetiva, como requisitos del delito, pertenezcan ya al tipo de injusto. Esto no significa que no tengan importancia alguna para la culpabilidad. En tanto el hecho que ha de ser valorado como culpable comprende al injusto como presupuesto de la culpabilidad, resultan incluidos al considerarse el injusto.

4. De todo ello resulta que la teoría de la culpabilidad del ánimo es, dogmática y políticocriminalmente, un camino erróneo. Con razón Otto le ha criticado que ella no le hace justicia a la cuestión del «contenido de las circunstancias estrechamente relacionadas al injusto» por las cuales el autor ha de ser responsabilizado penalmente de forma individual (46).

III.

1. Algunos autores opinan que la culpabilidad, respecto del injusto, no tiene una importancia que vaya en realidad más allá de él (47). Estos autores se basan para ello en consideraciones relativas a las teorías de las normas. De contrariedad a la norma sólo podría comportarse quien en la situación concreta es capaz de seguirla. Se trata de la vieja, hace tiempo superada, teoría de los imperativos.

Las verdaderas cuestiones relativas a la teoría de la culpabilidad son trasladadas, de esta manera al nivel del injusto. Por lo tanto, esta concepción no contribuye en nada a su solución. En lugar de eso, se descuida la función de regulación de las normas, es decir, la de brindar orientaciones de comportamiento que sean generalmente vinculantes, según las cuales una sociedad debe guiarse y en las cuales puede orientarse. Para ello se necesitan normas que se dirijan a la normalidad del poder de seguimiento de la norma. Ello puede ser demostrado claramente con las reglas del tráfico vehicular. El tráfico sólo puede funcionar si los participantes en él pueden partir de la existencia de reglas válidas para todos. También debe observarse que de la individualización de la comprensión de la norma resultaría que la ampliación del ámbito de la acción conforme al derecho de alguien, conduciría a un

(46) *Cfr.* OTTO (nota 1), ZStW 87, p. 581.

(47) *Cfr.*, últimamente con gran detalle RENZIKOWSKI, ARSP-Beiheft Nr. 104, 2005, pp. 115 y 134 ss. con otras referencias.

perjuicio de la libertad de acción de otro. Ello es significativo justamente para la legítima defensa. Si el agresor no actúa de manera anti-jurídica, al afectado le está vedada la legítima defensa. Los partidarios de la concepción aquí criticada opinan, por lo tanto, que la legítima defensa se determina según criterios diferentes a los de la teoría de las normas (48). ¿Pero según qué debe orientarse de manera sensata si no es según la contrariedad a la norma del ataque?

Una vuelta a la vida aun más amplia experimenta la teoría de los imperativos en aspectos de la nueva dogmática de la imprudencia. Algunos autores sostienen que las normas de cuidado se orientan según las capacidades concretas de cada individuo (49). El exigir de alguien una conducta cuidadosa determinada, de la que no es capaz –porque no puede evitar individualmente el resultado– carecería de sentido. En contra de ello se ha demostrado que el ordenamiento jurídico no puede funcionar sin recurrir a indicaciones de comportamiento que sean vinculantes en general. Cuando alguien no puede individualmente seguir las indicaciones, sólo entra en consideración a lo sumo una falta de culpabilidad (50).

En el trasfondo de la discusión acerca de la diferenciación entre injusto y culpabilidad en el delito imprudente se encuentra evidentemente una interpretación errónea del concepto del injusto personal: la asunción de que la imprudencia subjetiva (previsibilidad individual) sería la correspondencia del dolo. El concepto de injusto personal, sin embargo, no significa como repetidamente se afirma, una subjetivización del injusto al modo de reflejo del lado objetivo del hecho. Más bien se trata de la consideración de la voluntad de acción de la conducta antijurídica (51). En el delito imprudente, ésta consiste solamente en la voluntad de acción de la conducta objetivamente contraria al deber que ha de ser valorada. La previsibilidad individual concierne

(48) Cfr. RENZIKOWSKI, *loc. cit.*, p. 136.

(49) STRATENWERTH, *Strafrecht Allg.* Teil, 1.º ed. 1971, nm. 1164 ss.; *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 15), § 15 nm. 12 ss.; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 48 ss. y 55 ss.; *el mismo* (nota 23), 9/8 ss.; GÖSSEL, *Festschrift für Bengl*, 1984, pp. 23 y 35 s.; CASTALDO, GA 1993, 495 ss.; WEIGEND, *Festschrift für Gössel*, 2002, pp. 129, 142 s., con otras referencias. Ya *Stratenwerth (loc. cit.)*, nm. 1170, 1180) y JAKOBS (Teheran-Beiheft ZStW 1974, pp. 12 ss.) relativizaron en tanto esta subjetivización del injusto imprudente con relación a capacidades aumentadas en parte a través del «riesgo permitido» como correctivo del injusto; al respecto más detalladamente HIRSCH, ZStW 94 (1982), pp. 239 y 272 s.

(50) Así también la doctrina dominante; con más precisiones HIRSCH (nota 44), pp. 524 ss. con otras referencias.

(51) Correspondientemente, en el delito de omisión, de la voluntad (decisión) de omitir, que es clasificada como contraria a la norma.

por el contrario recién a la culpabilidad del delito imprudente, es decir, la posibilidad individual de reconocer la contrariedad al cuidado objetiva (= contrariedad a la norma) de la conducta (52).

2. Otros autores pretenden suprimir completamente, ya desde su contenido, el principio de culpabilidad. Fundamentan esta idea en que el principio de culpabilidad se basaría en el libre albedrío, pero que éste no sería demostrable (53). Contra ellos se sostiene que por su parte, no ofrecen a cambio ningún concepto útil (54) y que la renuncia al concepto de culpabilidad redundaría más bien en una desventaja para el ciudadano (55). Es decir, la afirmación del requisito de la culpabilidad al menos le otorga al ciudadano que entra en conflicto con la ley penal la oportunidad de no «ser entregado a las altamente dudosas ventajas del tratamiento como enfermo», porque de otra manera «en general estaría alcanzado por las radicales medidas de seguridad del Código Penal» (56).

Estos argumentos son ilustrativos, pero demuestran solamente consecuencias prácticas. Otras opiniones se han esforzado en la prueba del libre albedrío (57). Sin embargo, no ha sido posible hasta ahora encontrar una prueba concluyente y quizás ello nunca se logre. Ello vale también, justamente, para la posición opuesta: el determinismo.

Cabe preguntarse, sin embargo, si para la ciencia jurídica esta disputa tiene alguna importancia. La ciencia jurídica no es una ciencia natural, sino que se orienta en las manifestaciones de la vida social. Si el derecho debe llegar a los seres humanos, debe tomarlos por

(52) En detalle sobre ello HIRSCH (nota 44), pp. 524 ss.

(53) Vid. por ejemplo PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974; KARGL, *Kritik des Schuldprinzips*, 1982, pp. 198 ss. y 375 ss.; DANNER, *Tatvergehung oder Tätererziehung?*, 2° ed. 1972, pp. 45 ss. y 90 ss., *passim*.

(54) STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, p. 40.

(55) LACKNER, *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, pp. 245 y 266.

(56) LACKNER, *loc. cit.*; y ARTHUR KAUFMANN, *Festschrift für Lange*, 1976, p. 27, llega al resultado: «frente a tales exigencias extremas se puede, sin temor, dejar de considerar la cuestión».

(57) De manera llamativa llegó a esa expresión la decisión del Tribunal Supremo Federal en pleno, BGHSt. 2, 194, 200. Resumidamente y de manera interdisciplinaria especialmente DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, *passim*. De las posiciones recientes véase además por ejemplo GRIFFEL, ZStW 98 (1986), pp. 28 y 38 ss., y *Schünemann*, en: *el mismo* (editor), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 153 y 163 ss. Referencias ulteriores en *Lenckner* (nota 5), previo al § 13 nm. 108.

lo tanto, como éstos se conciben a sí mismos. De lo contrario, fallaría en su cometido. Como el ser humano, básicamente, se *experimenta* a sí mismo como libre, ello debe constituir el punto de partida. El derecho creado por los seres humanos no puede estar en contradicción con la concepción de sí mismos que tienen sus destinatarios. Al derecho sólo le queda orientarse según la cosmovisión del ser humano y con ello debe aceptar la *representación* del libre albedrío y no al libre albedrío en sí mismo como fundamento general de la conducta humana. Desde el punto de vista del derecho penal, se añade que las amenazas de pena y también la pena misma parten especialmente de esta base de autoconcepción del ser humano. Se trata, con relación a ellas, justamente de invocaciones dirigidas a la formación de la voluntad, respecto de la cual el ser humano se atribuye la libertad de su formación (58).

Cuando hoy en día, por parte de algunos investigadores del cerebro (59) se anuncia –de manera algo sensacionalista– que según sus estudios, el libre albedrío ha de negarse, ello no afecta por lo tanto al ordenamiento jurídico ni a la ciencia del derecho. Más allá de que esas tesis médicas recuerdan a la concepción de los anatomistas del siglo XIX, según los cuales los seres humanos no tendrían alma, porque un órgano correspondiente no era hallado desde el punto de vista anatómico, debe tenerse en cuenta que el derecho, para poder funcionar, debe orientarse en la sociedad con la autoconcepción del ser humano que le está dada. La ciencia jurídica, en consecuencia, es ciencia social y no ciencia natural. Por lo demás, no se trata tampoco de un tema específicamente jurídicopenal: más bien, hoy en día, universalmente casi todos los sistemas sociales y culturales se basan en esa autoconcepción (60).

Para la explicación de la cuestión residente de la «posibilidad de seguir la norma» esto significa que debe constituir el criterio de la culpabilidad la autoconcepción del ser humano que subyace.

(58) *Cfr.* sobre lo precedente: HIRSCH, ZStW 106 (1994), pp. 746, 763 s.; CEREZO MIR, (nota 23), pp. 20 s.; BURKHARDT, Das Magazin 14 (2003), editor Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen, Heft 2, pp. 21 ss.; Lackner/Kühl (nota 29), previo al § 13 nm. 26 con amplias referencias sobre el estado de la discusión.

(59) Especialmente W. SINGER, *Ein neues Menschenbild?*, 2003; *el mismo*, *Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung – zwei konfliktträchtige Erkenntnisquellen*, en: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52 (2), pp. 235 ss.

(60) Acerca de la crítica a las tesis de SINGER, Véase sobre todo H.-L. SCHREIBER, *Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?*, en: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, 10 (2005), pp. 23 ss., con otras referencias. Exhaustivo acerca del problema desde el punto de vista jurídico penal últimamente G. DETLEFSEN, *Straf. Abh.* Bd. 177 (2006).

IV.

En la literatura, además, han conseguido gran atención ciertas teorías que relacionan el concepto de culpabilidad con la prevención general.

1. En primer lugar ha de mencionarse la concepción de Jakobs. Ella parte de la imposibilidad de probar la existencia del libre albedrío y por lo tanto niega la posibilidad de partir del «poder actuar de otra manera» (61). Ya que Jakobs, por otro lado, debe encontrar una «competencia» del autor por el quebrantamiento de la norma, recurre nuevamente al principio de culpabilidad y lo deriva de la prevención general. La culpabilidad sería un «derivado de la prevención general» (62). De ello resulta un concepto de culpabilidad con relación a fines: una acción sería culpable en tanto represente la expresión de un «déficit de fidelidad al derecho», por lo cual él mismo es competente por el quebrantamiento de la norma» (63).

Debe oponérsele a Jakobs que la culpabilidad no puede ser explicada a partir de la prevención general, sino que está en contraposición con ésta. La culpabilidad sirve como la barrera que marca el límite de la responsabilidad individual frente a los desbordes de la prevención general. Basarse en ésta última significa una desindividualización del concepto de culpabilidad. Además, a diferencia de la culpabilidad, la prevención no está dirigida al pasado –el injusto cometido– sino al futuro (64).

También cabe preguntarse cómo deberían derivarse los criterios del concepto de «culpabilidad» desde el punto de vista de la «expresión de un déficit de fidelidad al derecho del autor». Alguien puede mostrar «un déficit de fidelidad al derecho» que se base en trastornos mentales patológicos. También podría suceder que quien se encuentra en estado de necesidad disculpante no pueda mantenerse fiel al derecho. Sin embargo, nadie sostendría en estos dos casos que debería pensarse. Se demuestra aquí los rasgos característicos de la dogmática de Jakobs: se utilizan conceptos que son imprecisos desde el punto de vista de la sistemática y le son atribuidos muchas veces los resultados

(61) JAKOBS (nota 23), 17/23.

(62) JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 8 ss. y 31 ss.; *el mismo* (nota 23), 17/18 ss., 1/1 ss.; *el mismo*, *Das Schuldprinzip*, 1993.

(63) JAKOBS, Allg. Teil (nota 23), 17/25, 17/19, 17/20.

(64) *Cfr.* la crítica en BOCK, ZStW 103 (1991), pp. 636 y 643 ss.; JESCHECK/WEIGEND (nota 5), pp. 215 s.; KÜPPER, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, pp. 157 ss.; LACKNER/KÜHL (nota 29), previo al § 13 nm. 25; LENCKNER (nota 5), previo al § 13 nm. 117; STRATENWERTH/KUHLEN (nota 15), § 10 nm. 6 s.; cada uno con amplias referencias.

materialmente correspondientes que fueron, en realidad, desarrollados por la dogmática combatida por Jakobs.

Por lo demás, la concepción de la «culpabilidad» de Jakobs cae en una contradicción: si se trata realmente de prevención general, desde el punto de vista de la prevención negativa, el efecto sería mayor si el requisito de la culpabilidad –de por sí limitador– no existiera en absoluto. Y desde el punto de vista de la llamada prevención general positiva, se origina un círculo: ésta debería significar que a través de la confianza de la generalidad en la punición justa resulta una estabilización de la norma. Si fuera así, la prevención general positiva no podría a su vez ser el presupuesto de la punición justa, sino en el mejor de los casos, su consecuencia (65).

La derivación de la culpabilidad a partir de la prevención general constituye ciertamente la confusión más grande que ha experimentado hasta ahora la teoría de la culpabilidad.

Otto señala acertadamente: cuando se cree que la autoconcepción que el ser humano tiene del libre albedrío en la que se basa el concepto de culpabilidad pertenece al pasado y que, en lugar de ello, ha de recurrirse a la idea de la prevención, ello sería «idéntico a la constatación de que el respeto de la dignidad de la persona ya no es actual» (66).

2. Menos radical es el intento de Roxin de relacionar el concepto de culpabilidad con la prevención general. Él opina que en el lugar hasta ahora ocupado por el elemento del delito «culpabilidad», deben ingresar la culpabilidad y la prevención como «elementos que se limitan recíprocamente» en el nivel de la teoría del delito comprensivo llamado «responsabilidad» (67).

Aquí también se trata de que el «poder» debe ser reemplazado por algún otro punto de vista (68).

Esta concepción no es clara en todos sus aspectos. Cuando se sostiene que la culpabilidad y la prevención deben limitarse recíprocamente, debe necesariamente, en primer lugar, existir una culpabilidad. ¿De dónde surge ésta, cuando el poder seguir la norma, como sostiene Roxin, no es un punto de vista adecuado? Roxin pretende entender a la

(65) Este y otros argumentos en contra de la derivación hecha por JAKOBS de la culpabilidad a partir de la prevención general se encuentran en HIRSCH (nota 15), previo al § 32 nm. 182c s.; *el mismo* (nota 58), pp. 753 ss. y 756 ss.; con detalladas referencias a la literatura.

(66) OTTO, GA 1981, 481, p. 491.

(67) ROXIN (nota 22), § 3 nm. 51 ss., 59 ss., § 19 nm. 1 ss.; *el mismo*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed. 1973, pp. 33 ss.; *el mismo*, *Festschrift für Henkel* (nota 23), pp. 171 ss. Referencias a otros autores serán hechas en la nota 80.

(68) *Cfr.* ROXIN (nota 22), § 19 nm. 21 s.

culpabilidad como «la acción injusta a pesar de la existencia de asequebilidad normativa». Ello quiere decir que «la culpabilidad del autor ha de afirmarse cuando en él las capacidades mentales y espirituales estaban disponibles para atender la invocación de la norma, cuando las posibilidades de decisión para una conducta orientada conforme a la norma le eran asequebles psíquicamente, cuando las posibilidades de control psíquicas (ya sea libres o determinadas) que están presentes en los adultos sanos en la mayoría de las situaciones están disponibles en el caso concreto» (69). Detrás de esta definición un tanto amplia aparece el poder seguir la norma nuevamente, como lo demuestran los puntos de vista de «disponer, en el hecho, de sus condiciones mentales y espirituales para seguir la invocación de la norma», «si estaban disponibles psíquicamente posibilidades de decisión para orientar la conducta conforme a la norma» y «cuando las posibilidades de control psíquicas que están presentes en los adultos sanos en la mayoría de las situaciones están disponibles en el caso concreto». Roxin también escribe que su concepción de la culpabilidad «extrae todo lo posible, desde el punto de vista forense, del concepto corriente del poder actuar de otra manera». Se atribuye normativamente –debido a lo que considera legítimamente aceptable de la discusión científico natural acerca del determinismo– sólo la posibilidad derivada de ese diagnóstico de comportarse conforme al derecho (70). En referencia a la «atribución normativa» se yergue sin embargo la cuestión de las bases científicas.

En lo que concierne a la relación con la prevención general, Roxin sostiene:

«La afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para poner un límite a la intervención estatal necesaria por razones preventivas; la legitimidad de su reconocimiento como un medio de salvaguardar la libertad de los ciudadanos no depende de que pueda ser comprobada empíricamente o desde la perspectiva de la teoría del conocimiento. Su adopción es un dispositivo normativo» (71).

En tanto a la culpabilidad, con ello, solamente se le asigna la función de constituir un límite superior, se desdibuja, si se lo considera de manera consecuente, su rol constitutivo como piedra fundamental del delito (72).

(69) ROXIN (nota 22), § 19 nm. 36.

(70) ROXIN (nota 22), § 19 nm. 46.

(71) ROXIN (nota 22), § 3 nm. 55.

(72) Sobre ello ya HIRSCH (nota 58), pp. 754 ss. ROXIN rechaza estas objeciones con el comentario de que la frase citada no habría tenido esa intención ([nota 22], § 19 nm. 9).

Roxin indica que el concepto de culpabilidad que defiende se asemeja al de Jakobs en tanto se deriva de los fundamentos «sociales» del concepto funcional de culpabilidad (73). Con ello se expone, sin embargo, de manera fácil a las mismas objeciones que pueden formularse respecto de Jakobs.

Aun cuando se le asigne a la prevención general solamente la función de limitar la culpabilidad ya existente, ello sigue arrojando problemas. El primero consiste en que resulta totalmente falto de precisión y por lo tanto, como punto de partida para cuestiones que pertenecen al sistema dogmático, carece de todo poder de orientación. Con su invocación, en realidad, puede afirmarse cualquier cosa. En segundo lugar, reúne puntos de vista que son incompatibles con el concepto de culpabilidad. Como ya se mostró *supra*, en el concepto de culpabilidad se trata de la responsabilidad individual del autor. La mirada se dirige por lo tanto a su constatación, bajo la forma de la comisión del hecho. La prevención, por el contrario, está dirigida hacia el futuro. No tiene nada que ver con la constatación del tercer elemento del delito. La prevención general también incluye el lograr efectos psíquicos en terceros. En tanto se trate de prevención general negativa, todo lo que tenga que ver con el castigo del injusto resulta de interés, pero no lo es de igual manera la consideración individual de la que se trata en la cuestión de la culpabilidad. Y en lo que concierne a la llamada prevención general, poco interesa lo que se refiere a la limitación penal de la responsabilidad individual.

Roxin cree, sin embargo, que sus reflexiones pueden ser probadas especialmente con relación al ejemplo del estado de necesidad disculpante (§ 35 StGB). Su regulación, según su opinión, sólo puede explicarse recurriendo a consideraciones preventivas, como especialmente ocurre con la excepción prevista para los casos especiales de deberes de soportar el peligro conforme al § 35, párrafo 1, oración 2 StGB. Según él, la diferencia sólo puede ser aclarada cuando a pesar de la situación de necesidad puede considerarse la existencia de culpabilidad, mientras que fuera de los casos especiales, la falta de necesidad preventiva de punición fundamenta el decaimiento de la responsabilidad (74). En contra de ello debe oponerse que tras esta diferenciación se encuentran diferentes grados de capacidad psíquica de soportar, es decir del «poder» que puede esperarse de distintos grupos de personas y que en los casos normales debe desconsiderarse, en razón de su insignificancia, un resto de culpabilidad (75).

(73) ROXIN (nota 22), § 19 nm. 48.

(74) ROXIN (nota 22), § 19 nm. 1 ss.

(75) *Cfr.* HIRSCH (nota 25), previo al § 32 nm. 193; también JESCHECK (nota 5), previo al § 13 nm. 72; CEREZO MIR (nota 23), pp. 23 s.

Roxin designa a la combinación de culpabilidad y prevención concebida por él como elemento del delito con el término «responsabilidad» (76). Eso suena moderno y más sobrio en comparación con «culpabilidad». Pero en Roxin también resulta claro, como ya se demostró, en dónde residen los defectos: en la intromisión de puntos de vista que desindividualizan. El concepto de «culpabilidad» permite, por el contrario, de manera inconfundible, realizar referencias individuales. Para ello, la praxis ha desarrollado durante años parámetros en los que se pueden orientar las decisiones jurídicas (77). La poca capacidad de funcionar como límite que ofrece el concepto «responsabilidad» se hace evidente con lo mucho que se escribe acerca de que las personas jurídicas serían penalmente «responsables» por la conducta culpable de sus representantes (78). Cualquiera sea la postura que se quiera adoptar respecto de la punibilidad de las personas jurídicas, no debe perderse de vista que para la punición de una corporación como tal se necesita algo más que el hecho de que quienes actúen inmediatamente se desempeñen como representantes. Sería irrenunciable para castigar a la persona colectiva que ella como tal haya podido evitar la conducta (por ejemplo, a través de la vigilancia de la actividad o mediante una elección cuidadosa del personal). Como demuestran la discusión actual y la legislación, el concepto de «responsabilidad» desplaza a estas exigencias fuera del cuadro. Otto ha indicado, por eso, de manera temprana que la desindividualización progresiva que acompaña al concepto de «responsabilidad» significa el reemplazo de la culpabilidad por la mera *responsabilidad* [Haftung], es decir, por un concepto ajeno al Derecho penal (79).

En lo restante, rige respecto a todo recurso a la prevención en el ámbito de las cuestiones de culpabilidad (80) lo que ya se ha señalado.

(76) Referencias supra en nota 67.

(77) HIRSCH (nota 58), pp. 758 s.

(78) Con más detalle al respecto HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, *passim*; HIRSCH, ZStW 107 (1995), pp. 285 ss. con otras referencias.

(79) OTTO, GA 1981, 481, p. 494 nota 30. ROXIN mismo habla de «el hacer responder [Haftbarmachung] penalmente al autor» ([nota 22], § 19 nm. 1). Críticas más precisas a la teoría de la «responsabilidad» de ROXIN en HIRSCH (nota 15), previo al § 32 nm. 182b, 195; *el mismo* (nota 58), pp. 755 ss.; cada uno con otras referencias.

(80) Que se encuentra también en otros autores, por ejemplo, –con particularidades en los detalles– como «concepto funcional de culpabilidad» en ACHENBACH, en: SCHÜNEMANN, editor (nota 57), p. 151; AMELUNG, en: SCHÜNEMANN, editor (nota 57), pp. 97 ss.; SCHÜNEMANN (nota 57), pp. 169 ss. Véase también «el entendimiento funcional de la culpabilidad» en STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 637 ss.; *el mismo*, en: *Münchener Kommentar StGB*, 2003, § 20 nm. 20 ss.; *el mismo*, *Festschrift für Hruschka*, 2005, pp. 697, 710 ss. y 716 ss.

V.

1. Se ha demostrado que ningún argumento contrario a la concepción del poder seguir la norma es contundente y que los conceptos alternativos no son convincentes. También Gallas asumió, si se lo considera más detenidamente, que en la cuestión de la culpabilidad ha de responderse al poder individual. Él parte, a saber, de la pregunta –como ya fue mencionado– acerca de «dónde reside precisamente la razón objetiva para la conexión entre la reprochabilidad y el poder». Además, escribió que «el disvalor del ánimo.... falta solamente cuando al autor, a pesar de su comisión dolosa, le faltaba el poder (81)».

Para hacer responsable individualmente al autor por su hecho que ha cometido típica y antijurídicamente, ha de saberse si pudo seguir la prohibición o el mandato [en lo cual, al legislador le es dejado un ámbito de discreción en lo referente al grado de poder presupuesto (82)]. La diferencia entre injusto y culpabilidad, que antiguamente se consideraba como definitivamente residente en la oposición «objetivo-subjetivo», se rige conforme al par conceptual «deber-poder». En el ámbito de los elementos específicos de la culpabilidad, se trata por lo tanto de la posibilidad del autor de que en el momento de la comisión del hecho pueda reconocer el injusto concreto respectivo y que pueda comportarse de acuerdo a esa comprensión. Estos elementos del concepto de culpabilidad se hacen incluso evidentes en las reglas legales relativas a la inimputabilidad, en las que son indicados como puntos de vista de la culpabilidad: «el comprender lo injusto del hecho o comportarse de acuerdo a esa comprensión» (83). La posibilidad de la conciencia de antijuricidad constituye el requisito intelectual de la culpabilidad, y la posibilidad de motivarse conforme a esa comprensión, el requisito voluntativo. Que la imputabilidad además se mencione de manera separada tiene su razón en que las perturbaciones mentales enumeradas pueden afectar tanto a uno como a otro requisito –o a ambos– y que estos defectos condicionados psíquicamente pueden implicar además consecuencias jurídicas particulares (84).

(81) *Cfr.* GALLAS (nota 4), pp. 44 s. También JESCHECK/WEIGEND (nota 5), pp. 422, trata ante todo de ello.

(82) *Vid.* los requisitos legales del estado de necesidad disculpante.

(83) *Cfr.* §§ 20 y 21 StGB, § 11 del Código Penal austríaco, Artículos 30 y 31 §§ 1 y 2 del Código Penal polaco, Artículo 10 del Código Penal suizo, Artículo 20, párr. 1 del Código Penal español, entre otros.

(84) *Cfr.* sobre lo anterior: HIRSCH (nota 15), previo al § 32 nm. 187, 189.

Está claro respecto del punto de vista del poder de seguir la norma que no debe ser entendido como una individualización *extrema* (85). Y fue señalado que las leyes penales, en el ámbito del estado de necesidad disculpante, adoptan reglas que indican cuándo debe partirse de la base de que una norma no puede ser seguida. Pero frecuentemente tampoco la determinación del «poder» en las cuestiones de la imputabilidad y del error de prohibición evitable pueden ser respondidas sin recurrir a valores de la experiencia en relación con el «poder» promedio. Por ello, para la praxis surge frecuentemente la necesidad de orientarse en si el ciudadano promedio, en una situación comparable, habría podido seguir la norma (86). En esta generalización no se trata, sin embargo, de la pregunta de cómo *debería* haberse comportado el autor (87), ni mucho menos de aspectos preventivos, sino de conocimientos de la experiencia relativos al «poder» de ser humano. Incluso en el caso concreto es posible aceptar desvíos –en ambas direcciones– individuales y determinados por la situación, respecto de lo que indican las reglas de la experiencia, a menos de que se trate de un grado de «poder» extremo y por lo tanto, jurídicamente irrelevante. El largo trato de los tribunales con el concepto de culpabilidad les ha posibilitado que su desarrollo no sólo sea conforme con la práctica, sino también que se alcancen resultados justos. A la imprudencia, cuyo aspecto de culpabilidad ha ocupado repetidamente a la práctica de los tribunales, pertenece el trato más cercano con el «poder» individual, incluso en la cotidianeidad jurídica, sin que por ello se haya demostrado como un punto de vista inadecuado. Que en la determinación intervengan las reglas de la experiencia no significa que los elementos particulares que han de comprobarse a nivel de la culpabilidad sean de naturaleza preponderantemente normativa. Más bien se trata justamente, con especial intensidad, de determinaciones acerca de hechos.

Se confirma por lo tanto que el elemento del delito «culpabilidad» consiste en el «*poder*» individual de seguir la norma. No estamos en presencia de un quebrantamiento de una norma jurídica de deber adicional al del injusto, sino de la cuestión de si el autor puede

(85) Sobre ello STRATENWERTH/KUHLEN (nota 15), § 10 nm. 4; LENCKNER/PERRON (nota 5), § 20 nm. 26; JESCHECK/WEIGEND (nota 5), pp. 427 ss. con otras referencias.

(86) *Cfr.* los autores mencionados en la nota 85.

(87) Ello resulta no raramente pasado por alto en el error de prohibición, cuando la evitabilidad ya se apoya en una infracción de *deberes* de información (*Cfr.* BGHSt. 4, 1, 5). Bajo aspectos de la culpabilidad se caería, como ya fue mencionado, en *un regressus in infinitum*.

ser hecho individualmente responsable del injusto que cometió. Y la prevención general no tiene nada que buscar en el concepto de culpabilidad.

2. La lista de imprecisiones que pueden observarse en la teoría de la culpabilidad podría extenderse aun más. Se trata, sin embargo, de cuestiones particulares que no necesitan ser tratadas aquí. Sólo hace falta referirse a un punto fundamental: la en parte constatable *confusión*, en las explicaciones dogmáticas, entre cuestiones relativas al injusto y cuestiones verdadera o aparentemente concernientes a la culpabilidad. Ello ocurre por ejemplo en las explicaciones del *dolus eventualis*. Si se reconoce al dolo como elemento subjetivo del tipo de injusto, como lo hacen los autores referidos, entonces sus presupuestos y con ello también los del dolo eventual han de ser determinados, de conformidad con un sistema dogmático consecuente, en razón de criterios relevantes para el injusto. En partes de la literatura se habla, sin embargo, en el ámbito de la limitación entre *dolus eventualis* y *luxuria*, de que se trataría de una diferencia del injusto y la culpabilidad entre ambos fenómenos (88). Ello significa que el elemento voluntativo del dolo en el dolo eventual sería un elemento de la culpabilidad: la circunstancia, de que el autor se conforme con la probabilidad de la ocurrencia del resultado, caracterizaría su postura y sería por lo tanto un «elemento de la culpabilidad»: al autor le sería hecho, en razón de su «carencia de ánimo» respecto de la pretensión de validez del bien jurídico protegido un «reproche» más intenso que el que le correspondería en caso de imprudencia conciente (89).

VI.

Harro Otto, nuestro homenajeado, ha criticado ya tempranamente una parte de los desarrollos de la teoría de la culpabilidad aquí censurados. Sería deseable que nos separáramos de una vez de la concepción dogmática que afirma que la culpabilidad delictual consiste en un disvalor de ánimo. No es solamente que tal concepción le dé un punto de apoyo a quienes afirman que la ciencia jurídico penal alemana no se

(88) JESCHECK/WEIGEND (nota 5), p. 300; ROXIN (nota 22), § 12 nm. 26; *el mismo*, *Festschrift für Rudolphi*, 2004, pp. 243 y 244; RUDOLPHI (nota 5), § 15 nm. 3; SCHÜNEMANN, GA 1985, pp. 341 y 364.

(89) JESCHECK/WEIGEND (nota 5), pp. 300 y 305.

ha desecho completamente de la doctrina errónea de un tiempo pasado. También se le ofrece a las nuevas generaciones de juristas una falsa imagen del derecho penal. Las concepciones confusas, según las cuales el concepto de culpabilidad ha de derivarse de la prevención general, o que debe ser complementado con ella, deberían resolverse por sí solas con el tiempo, debido a las críticas masivas a las que se enfrentan. Lo mismo debería suceder con las que sostienen que el concepto de culpabilidad es absolutamente superfluo. En lo demás, se trataría, en la presente investigación, no de ampliar la lista de conceptos de culpabilidad de la literatura con uno nuevo, sino de volver más claro el criterio, subyacente al Derecho penal, del *concepto de culpabilidad referido al injusto*.