

La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho (*)

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal

RESUMEN

El presente trabajo analiza la influencia de las recientes aportaciones de las neurociencias sobre las bases teóricas del Derecho Penal, especialmente con respecto a la teoría de la pena y al futuro de la culpabilidad.

Palabras clave: Culpabilidad, prevención, pena, neurociencias, determinismo, libertad y responsabilidad penal.

ABSTRACT

This essay explores the latest contributions in the field of neurosciences to the basic understandings of criminal law. A special focus is paid to punishment theories and the future of culpability concepts.

Keywords: Culpability, blameworthiness, guilt, prevention, deterrence, punishment, neurosciences, determinism, freedom, criminal liability.

(*) Versión española de la contribución al Festschrift zum 70. Geburtstag von Herrn Prof. Dr. Wolfgang Frisch, Duncker & Humblot, 2013.

I. INTRODUCCIÓN

Una contribución en homenaje al Prof. Frisch tiene la ventaja de que permite tratar cualquier cuestión relativa a los fundamentos del Derecho Penal o a la teoría jurídica del delito. Siempre se pueden encontrar contribuciones relevantes del homenajeado que sirvan de inspiración. En ocasiones anteriores he reconocido expresamente la influencia de la obra del Prof. Frisch en trabajos sobre el tipo objetivo, la imputación del resultado, la teoría del dolo, la determinación de la pena o el fundamento de las medidas de seguridad. Para esta singular ocasión he elegido un tema en el que se entremezclan consideraciones sobre los fundamentos del Derecho Penal con la construcción dogmática de la teoría jurídica del delito: el fundamento de la culpabilidad jurídico-penal. Ello viene motivado porque en verano de 2010 pude disfrutar de una estancia en el Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht de Friburgo para trabajar sobre este tema con motivo de las críticas a las bases del Derecho Penal de la culpabilidad realizadas por algunos neurocientíficos y psicólogos como Roth, Singer o Prinz y en este mismo año he traducido un hermoso trabajo del Prof. Frisch sobre esta misma cuestión, titulado «Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad. Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias», que se publica en un libro que he editado recientemente con el tema Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias. En el mismo el homenajeado no se contenta con demostrar de forma contundente las ventajas de un Derecho Penal de la culpabilidad (no sólo desde el punto de vista de las garantías y desde el punto de vista político-criminal, sino también de su mayor eficacia preventiva frente a una perspectiva puramente instrumental de la prevención) frente a un Derecho Penal estrictamente preventivo como el que parecen propugnar algunos científicos (1). También se enfrenta al fundamento último de legitimación de tal Derecho Penal de la culpabilidad mediante unas «Reflexiones sobre una fundamentación del Derecho Penal de la culpabilidad sobre las bases de la teoría del discurso». El Prof. Frisch considera la «capacidad de adoptar decisiones correctas» como una «capacidad que se adscribe»: «la capacidad sobre la que sólo pueden ponerse razonablemente de acuerdo las personas participantes en el discurso jurídico como presupuesto personal para dar entrada a la consecuencia jurídica que estabiliza la norma no es en absoluto un libre albedrío *empíricamente* acreditado que algunos neurocientíficos combaten empíricamente, sino no más que una capacidad atribuida con base en

(1) *Vid.* ya previamente FRISCH, Maiwald-FS, pp. 244 ss.

la autoexperiencia». De esta manera el Derecho Penal de la culpabilidad quedaría legitimado en última instancia como «expresión de una autolegislación razonable». Estoy de acuerdo con el Prof. Frisch en que su posición es materialmente coincidente en última instancia con ideas defendidas previamente por mí sobre el fundamento de la culpabilidad partiendo de la libertad para una actuación autodeterminada y para la culpabilidad como conceptos que pertenecen «al mundo de lo social», y no «al mundo de la naturaleza».

Asumiendo el mismo punto de partida del Prof. Frisch de que el Derecho Penal de la culpabilidad es preferible frente a otras alternativas si se parte de una visión no puramente instrumental de los seres humanos y de las relaciones sociales, esta contribución tiene como objetivo reflexionar sobre el fundamento y legitimación de la culpabilidad en un modelo penal orientado a la prevención general positiva (2) de una forma que resulte compatible con los conocimientos que nos proporciona la ciencia, especialmente la neurociencia. Este proyecto implica dos premisas. En primer lugar, que la culpabilidad no es sólo un límite a las necesidades preventivas, sino que es el fundamento normativo último por el que una persona concreta sufre la imposición de una pena orientada a la prevención general. Una visión bienintencionada de la culpabilidad como mero límite de la prevención resulta incompleta. La culpabilidad no es sólo un límite a la instrumentalización, sino también el presupuesto que fundamenta o justifica jurídicamente que un ciudadano concreto sufra una pena. Como ha señalado reiteradamente la doctrina, si la culpabilidad carece de legitimidad como fundamento no puede ofrecer ningún baremo para ejercer su función como límite de la prevención (3). En segundo lugar, se busca un fundamento único del que se deriven todas las exclusiones concretas de la culpabilidad reconocidas jurídicamente: inimputabilidad, desconocimiento invencible de la antijuridicidad y exculpación. De esta manera, sin dejar de reconocer la importancia de las pioneras formulaciones de Roxin para la moderna discusión sobre el fundamento de la culpabilidad mediante la construcción de una teoría preventiva de la culpabilidad de acuerdo con la cual la pena ya no depende sólo de si el autor pudo o no actuar de otro modo, sino especialmente si la sociedad puede o no reaccionar frente al injusto sin imponer una pena por razones preventivas, no se pueden compartir algunas de sus conclusiones (4).

(2) Sobre mi concepción de la prevención general positiva, Jakobs-FS, pp. 75 ss.

(3) Por muchos, JAKOBS, PG, 17/33; LENCKNER, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, previo a 13 ss./109 a.

(4) La culpabilidad es entendida por ROXIN –seguido en este punto por algunos discípulos como *Schünemann* o *Wolter*– como condición necesaria pero insuficiente

II. LA LIBERTAD DE ACTUAR DE FORMA AUTODETERMINADA COMO «CAPACIDAD ATRIBUIDA»

Como sostiene el homenajado, la culpabilidad tiene que ver siempre con una cierta capacidad de auto-determinación, que implica el reconocimiento de una cierta libertad, pero la culpabilidad no es algo que se constate como un hecho empírico, sino que se imputa o se adscribe (5). De esta manera el Prof. Frisch coincide con teorías de la imputación jurídico-penal que parten de una visión comunicativa de las relaciones sociales y entienden que no se pueden construir las bases del Derecho Penal de la culpabilidad a partir de un concepto pre-jurídico y trascendental de libertad que vincule al ordenamiento y que tenga su origen y fundamento en el individuo y su autoconciencia (6). La idea de «autocontradicción» (Selbstwiderspruch, Selbstkorrumpierung) como fundamento de la retribución justa ha sido convincentemente rechazada, con independencia de que se parta de una teoría funcional o más apegada a la ética del discurso. La culpabilidad no tiene que ver con la auto-determinación en sentido metafísico o trascendente, sino con un proceso histórico de reconocimiento social y jurídico de la libertad de actuación. En una sociedad postmetafísica ya no se puede pretender que la racionalidad intersubjetiva se corresponda con la subjetiva (7). La principal consecuencia de este punto de

de la pena en la medida en la que político-criminalmente, es decir, desde el punto de vista de la prevención especial o de la prevención general, además debe ser necesaria la pena (PG 3/51 ss.). De esta segunda cuestión se ocupa la categoría dogmática más amplia de la responsabilidad (PG, 19/3 ss.; Kaiser-FS, pp. 894 ss.). Esta categoría sistemática permite un doble límite para la imposición de la pena por un injusto: a través de la culpabilidad como poder actuar de otro modo y a través de las necesidades preventivas. La responsabilidad queda así integrada por elementos heterogéneos, culpabilidad y necesidades preventivas, que se limitan recíprocamente. En dicha tensión entre ambos elementos se confía para no salirse de los límites de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho.

(5) GÜNTHER, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 30 ss.; *el mismo*, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 73, 248; KINDHÄUSER, *Zur Logik des Verbrechensaufbaus*, pp. 79 ss.; EL MISMO, *Hassemer-FS*, pp. 761 ss.

(6) Contra los presupuestos teóricos de autores como Köhler o Zaczyk, que entienden que la culpabilidad sólo se puede determinar desde una perspectiva subjetiva en la medida que lo decisivo a efectos de definir un hecho como delito es que el autor se ha autovinculado con el ordenamiento jurídico, GÜNTHER, *Das Recht der Republik*, pp. 90 ss.; EL MISMO, *Schuldbegriff*, pp. 69 ss.; JAKOBS, *Schuldprinzip*, pp. 28 s.; KINDHÄUSER, *ZStW* 107, pp. 703 ss., 716; EL MISMO, *Schroeder-FS*, pp. 87 s. Todavía en una posición ecléctica FRISCH, *Generalprävention*, pp. 139 ss.

(7) «En una sociedad pluralista en la que las razones de la vigencia de las normas no pueden ser ya fundamentadas desde una perspectiva puramente subjetiva,

partida es que en un Estado democrático son indiferentes las razones por las que el sujeto cumple con el ordenamiento (8) y la culpabilidad no puede ser definida como una «contradicción performativa» (*performativer Widerspruch*) o una «contradicción pragmático-trascendental» (*traszendentalpragmatischer Widerspruch*). No es el autor el que con sus máximas racionales determina cuando es culpable, sino que es la sociedad la que determina cuándo una comunicación no puede ya ser aceptada como válida porque pone en entredicho elementos o condiciones indispensables de la vida social. Una perspectiva excesivamente centrada en la filosofía moral-individualista, que deje de lado la idea de que la culpabilidad es una construcción social, no representa un punto de partida adecuado para el fundamento de la culpabilidad.

Tampoco representa un punto de partida válido partir de la perspectiva subjetiva de primera persona (lo que se denomina observación introspectiva). Desde una perspectiva más pragmática y fenomenológica algunos autores han recurrido a la existencia generalizada de un sentimiento, una experiencia o una conciencia de libre albedrío o libertad sobre la que estaría construida nuestra cotidianeidad y las interrelaciones personales (9). De esta manera se mantiene vinculado el fundamento de la culpabilidad a la libertad no porque los seres humanos sean realmente libres, sino que son libres porque se sienten libres, es decir, el fundamento de la culpabilidad estaría en un sentimiento extendido.

Al ser imposible constatar en el caso concreto que el autor tuviera la posibilidad de actuar de otra manera, autores como Burkhardt pro-

no existe una armonía preestablecida entre la autodeterminación ética de una persona y el deber jurídico» (KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, p. 88).

(8) GÜNTHER, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 94, p. 151; EL MISMO, *Generalprävention*, p. 167; EL MISMO, *Rechtsphilosophische Kontroversen*, pp. 142 ss.; JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 76; KINDHÄUSER, *ZStW* 107, p. 706; EL MISMO, *Schroeder-FS*, pp. 87 s.; EL MISMO, *Hassemer-FS*, p. 769. Zaczek, *Schuld*, p. 113, ha intentado rebatir esta idea argumentando que cuando hablamos de culpabilidad jurídica al Derecho le basta el respeto externo a las normas con independencia de la racionalidad de los motivos. Sin embargo, estos autores tienen problemas con los supuestos en los que la legalidad no puede ser entendida subjetivamente como racional. Si lo decisivo a efectos de culpabilidad es la autodeterminación y que el autor se decide a favor de máximas injustas, ello debería seguir siendo relevante aunque esas máximas injustas coincidan con la legalidad.

(9) Representativo BURKHARDT (1998, pp. 3 ss.; 2003 pp. 22 ss.; 2007, pp. 97 ss.; 2010, pp. 79 ss.). Cercanos BUNG, pp. 5 ss.; HIRSCH, pp. 65 ss.

Críticos con esta perspectiva: MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, pp. 118 ss.; ROTH/MERKEL, *Entmoralisierung des Rechts*, pp. 65 ss.; RATH, p. 43; SEELMANN, p. 98; JAKOBS, *ZStW* 117, p. 265, nota 56. BURKHARDT responde extensamente a Merkel en *Maiwald-FS*, pp. 96 ss. y a MERKEL/ROTH en pp. 99 ss.

ponen basar el reproche de culpabilidad en la perspectiva interna, por lo que lo decisivo sería determinar si en el momento de cometer el hecho el autor suponía dicha posibilidad. Si realmente es así desde la perspectiva de la tercera persona es algo que, según Burkhardt, resulta irrelevante. Este autor considera que la experiencia del poder actuar de otro modo y la correspondiente libertad de acción se encuentra arraigada en el pensamiento práctico, diferente al pensamiento teórico-científico.

Sin embargo, asumiendo que la libertad sea una sensación generalizada, no se trata de una sensación compartida al 100 %. Si bien existen estudios realizados en nuestro entorno cultural que establecen que un 90 ó 95 % de la población tiene la sensación de que el universo se encuentra indeterminado, que están dotados de libre albedrío y que ello les hace moralmente responsables de sus acciones, la sensación de libertad es algo condicionado culturalmente. Con este punto de partida tendríamos que asumir que un sector minoritario de la población estaría siendo castigado sin culpabilidad, simplemente con base en una «cosmovisión» extendida y que sólo se podría hablar legítimamente de culpabilidad frente a los que entienden la libertad del ser humano como principio vinculante. No obstante, que la culpabilidad no tiene que ver con este punto de partida lo demuestra el hecho de que nadie sería exonerado aunque probara no compartir sentimientos de libertad con la mayoría de la población. Además, el planteamiento de esta perspectiva adolece de un punto de partida erróneo y es que se finge una vinculación entre verdad y sensaciones subjetivas. Que el cerebro mediante sus herramientas cognitivas tenga una determinada representación de sí mismo no significa que sus intentos hayan tenido éxito en lo que respecta a su correspondencia con la realidad, aunque hayan tenido un éxito evolutivo. Para fundamentar la culpabilidad en una sociedad moderna es preciso demostrar o, al menos, poder trabajar con una hipótesis científicamente sostenible de que dicha sensación o experiencia va acompañada realmente de una voluntad libre. Los experimentos neurológicos nos vienen demostrando que determinadas estimulaciones de partes del cerebro pueden producir experiencias subjetivas extracorporales que objetivamente sabemos que son falsas. Por lo tanto, los seres humanos pueden tener sensaciones sabiendo que no son nada más que eso, una sensación, que cabe explicar por diversas razones (biológico-evolutivas, culturales, etc.). Que se trate de una sensación que realmente tienen muchas personas y que forme parte de su realidad en el nivel subjetivo no representa una base suficiente para construir procesos sociales de culpabilización, que son procesos que exceden a la propia experiencia subjetiva. El cerebro «nos engaña» continuamente.

Las fundamentaciones que recurren a la perspectiva de primera persona no han podido superar convincentemente las críticas provenientes de los neurocientíficos que trabajan con la perspectiva de tercera persona, que es la única que tiene validez para el sistema social (10). Las neurociencias vienen demostrando que es precisamente nuestra «ceguera» ante determinados fenómenos lo que se encuentra en el origen de la sensación de que todo depende de nuestra voluntad libre y consciente. Acabamos llamando libertad al desconocimiento de lo que nos determina. Si los procesos que predisponen nuestros comportamientos son inconscientes, ello crea la apariencia de que dichos comportamientos carecen de una causa previa y, por ello, atribuimos a nuestra voluntad el carácter de «causa libre» sin pasado. Las neurociencias han confirmado la brillante intuición de Spinoza cuando afirmaba que nuestra sensación de libertad no es más que una consecuencia de nuestra ignorancia respecto de los mecanismos que nos determinan.

Sin negar que la sensación de libertad, como todo fenómeno de la consciencia, sólo es accesible desde la perspectiva de primera persona, que los seres humanos no puedan ver sus procesos de determinación no significa que ello no sea posible mediante una «observación de segundo orden» como una heteroobservación que observa cómo tienen lugar las observaciones de los otros sujetos (incluyendo lo que éstos no pueden ver). La observación de segundo orden tiene acceso a las razones que determinan por qué el sujeto observado ve lo que ve y, asimismo, cuáles son las razones por las que no puede ver lo que no ve. Las neurociencias vienen realizando brillantes «observaciones de segundo orden» del funcionamiento cerebral y de los procesos mentales de los seres humanos, explicando aspectos de nuestro propio comportamiento a los que somos ciegos desde la perspectiva de primera persona. No son posibles aquí cuestiones de mayor detalle. Lo que importa es que los conocimientos disponibles del funcionamiento del cerebro vetan cualquier posibilidad de buscar una fundamentación de la culpabilidad exclusivamente desde la perspectiva de primera persona.

La conclusión que cabe derivar de estas consideraciones es que la culpabilidad jurídica no es sólo un problema de identificación personal y, por ello, la declaración de culpabilidad es independiente de las

(10) Vid. Por diversos lugares ROTH/MERKEL, *Entmoralisierung des Rechts*, p. 63; LOS MISMOS, *Bestrafung oder Therapie?*, pp. 28 s.; PRINZ, pp. 29 ss.; SINGER, pp. 129 ss. En profundidad, sobre los irresolubles problemas que plantea fundamentar la culpabilidad en la experiencia subjetiva, DETLEFSEN, pp. 39 ss., 321 ss., 335 ss., 343 y passim.

sensaciones subjetivas del condenado. Se castiga al culpable con independencia de que no tenga sensación de libertad mientras se declara no culpable al esquizofrénico que tiene una visión delirante de la realidad, si bien actúa absolutamente convencido de su libertad –asignándose, incluso, como propios sucesos que no ha determinado causalmente–. En el mismo sentido cabría caracterizar aquellos supuestos donde experimentalmente en un laboratorio se determina la conducta de una persona mediante una intervención en su cerebro (mediante estimulación magnética, por ejemplo) o mediante hipnosis manteniendo ésta la sensación de que ha actuado libremente (auto-atribución). La sensación personal de libertad puede ser válida para procesos puramente morales de auto-imputación o auto-reproche, pero no cuando son terceros o el sistema social los que realizan los procesos de imputación jurídicos con el objetivo de estabilizar ciertas reglas de conducta indispensables. La culpabilidad tiene que ver con la configuración del trato interpersonal y la pena es una institución social, no un fenómeno puramente personal. En conclusión, lo decisivo a efectos jurídicos no es la perspectiva de primera persona.

A partir de estas consideraciones críticas se aprecian mejor las razones por la que el debate doctrinal de los últimos años ha sido renovado y ha estado protagonizado en gran medida por teorías que han venido de la mano de las aportaciones de la filosofía social o de las ciencias sociales como la teoría funcional de la culpabilidad o las fundamentaciones que han recurrido a la ética del discurso. Ambas perspectivas, que han tenido una influencia decisiva en el actual estado de la cuestión, coinciden en la concepción del delito y de la pena como fenómenos sociales y, por tanto, de la imputación jurídico-penal como un proceso comunicativo.

III. LA CULPABILIDAD COMO COMUNICACIÓN

III.1 Las teorías funcionales de la culpabilidad: Culpabilidad y prevención

Las teorías funcionales, tomando como paradigma la construcción de Jakobs (11), tienen el gran mérito de haber dejado en evidencia que el juicio de culpabilidad no depende de las características naturalísti-

(11) Por diversos lugares, ZStW 101, pp. 516 ss.; PG, 17/3, 18 ss.; *Schuldprinzip*, pp. 26 ss. La idea esencial del concepto funcional de culpabilidad de Jakobs es que ésta depende de la función a desempeñar, dependiendo del fin de la

cas de la acción (conocimientos, motivaciones, etc.), sino de la relevancia comunicativa que una determinada sociedad le otorgue a esas características de la acción. Según la teoría funcional, la imputación jurídico-penal no depende de la intensidad de emociones como el instinto de supervivencia, la ira, el miedo o el odio o de lo arraigadas que se encuentren determinadas creencias en el autor por convicción, sino que el tratamiento jurídico-penal de dichos estados mentales depende de lo funcionalmente necesario para mantener la estructura normativa de la sociedad. Frente a teorías como las expuestas en el apartado anterior, Jakobs considera que «sin relación a una sociedad concreta el concepto de culpabilidad se mantiene indeterminado. No ofrece prestación alguna, sino que sólo sirve para camuflar» (12). Por esa razón las teorías funcionales han permitido entender mucho mejor las razones normativas que subyacen a las causas tradicionales de exculpación como, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante.

La referencia a elementos preventivos esbozada por Roxin a principios de los años setenta fue radicalizada en el modelo de Jakobs de tal manera que la culpabilidad y su medida quedaron exclusivamente ligados en su formulación inicial en *Schuld und Prävention* a las necesidades preventivas (13). Según este trabajo pionero existe culpabilidad allí donde la sociedad no encuentra alternativas o equivalentes funcionales a la pena o, dicho de otra manera, la culpabilidad es la suma de aquellos presupuestos bajo los cuales no resulta posible asimilar una conducta desviada sin una reacción formal.

Esta idea de que se declara la culpabilidad allí donde existen necesidades preventivas o de estabilización de un determinado orden y en la medida en la que la sociedad no dispone de una alternativa funcional, deja en exceso de lado el tema de la responsabilidad individual por la erosión del orden jurídico (14). La ausencia de alternativas fun-

pena y de la configuración concreta de la sociedad correspondiente. Cercano ACHENBACH, pp. 140 ss.

Desde una perspectiva distinta de la prevención general positiva, también HAFKE, GA 78, p. 45; el mismo, *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, pp. 165 ss.; Streng, ZStW 92, pp. 637 ss., 679 ss.; el mismo, ZStW 101, pp. 273 ss., especialmente 283 ss.; el mismo, *Tatproportionalität*, p. 131; el mismo, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 20/21 ss. han mantenido un concepto funcional de culpabilidad más atento a las raíces psicosociológicas de la culpabilidad. Sobre las diferencias de su posición con la de Jakobs, STRENG, *Tatproportionalität*, p. 138, nota 39 y MK, 20/22.

(12) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 63.

(13) Pp. 8 s., 14, 17, 31 ss. Cfr. recientemente JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 62, con nota 130.

(14) En contra de la fundamentación de la culpabilidad y de la causas de exclusión de la culpabilidad desde perspectivas estrictamente preventivas, FRISCH, *Generalprävention*, pp. 135 s.

cionales a la pena no sirve como equivalente normativo de la autodeterminación. Si el sujeto no es responsable del injusto cometido no existen necesidades de estabilización normativa, con independencia de que la sociedad disponga o no de alternativas funcionales (de las que normalmente dispone, en todo caso, mediante medidas de seguridad inocuizadoras). Si el sujeto es definido como responsable la existencia de alternativas (por ejemplo, tratamiento eficaz) es indiferente a efectos de la declaración de culpabilidad. De esta manera se aprecia como no se trata en realidad de que no exista culpabilidad cuando no existe una reacción alternativa a la pena, sino, más bien, cuando no existe una explicación alternativa a la infracción de la norma como responsabilidad del infractor. Tampoco se trata de valorar alternativas a la pena como sanción, sino de valorar alternativas a la explicación del hecho basada en la responsabilidad personal. Sin una referencia a la responsabilidad personal es imposible explicar qué soluciones al conflicto pueden ser equivalentes funcionales. No existe culpabilidad cuando en la explicación del injusto la responsabilidad individual tiene un papel irrelevante y se declara la culpabilidad cuando con respecto al injusto no existe una explicación alternativa a la responsabilidad individual. La teoría funcional de la culpabilidad señaló correctamente como el contenido de la culpabilidad no es ajeno a las funciones del Derecho Penal e identificó correctamente la cuestión de la culpabilidad como una cuestión de distribución de competencias o incumbencias, pero no acertó plenamente en el fundamento material sobre cómo se realiza esa distribución. Que en muchas ocasiones se trate de una descripción correcta no significa que la ausencia de equivalentes funcionales represente un fundamento normativo asumible. Pongo un ejemplo sencillo. Si es evidente que el sujeto ha cometido un hecho delictivo motivado por una psicopatía o unas tendencias pedófilas que tienen su origen en un traumatismo o en un tumor cerebral, no será declarado culpable con independencia de que haya o no tratamiento; por ejemplo, que el tumor se pueda o no extirpar.

Si la culpabilidad queda definida exclusivamente como un derivado de la prevención general positiva, se limita a justificar por qué ciertos ciudadanos tienen que pagar un precio por su disfrute de la libertad y de lo que Jakobs denomina una «administración descentralizada» (15). Pero con ello el concepto de responsabilidad se limita a ser un concepto relativo a quién tiene que asumir los costes necesarios desde el punto de vista de la prevención general positiva. Sin embargo, al ser la pena una sanción con carácter retrospectivo que

(15) Vid. su conocida parábola de los reyes en *Schuldprinzip*, pp. 34 ss

exige que la pena sea proporcional a la responsabilidad por el hecho, las formulaciones más radicales de la teoría funcional no acaban de ofrecer una respuesta materialmente satisfactoria. El culpable es el irrenunciable vehículo del acto demostrativo que estabiliza el ordenamiento jurídico. La declaración de culpabilidad significa que el hecho delictivo no queda definido como casualidad o capricho del destino, sino como obra o expresión de una persona (no hay explicaciones alternativas válidas) (16). La principal objeción que cabe hacerle en general a la teoría funcional es que deja demasiado de lado los criterios normativos de legitimación del castigo frente al ciudadano que tiene que sufrir una pena por su responsabilidad en relación a un hecho concreto (17).

Es cierto que Jakobs ha realizado importantes contribuciones desde 1995 para superar la objeción de que su concepto funcional de culpabilidad era incompatible con el concepto de persona del que parte el Estado de Derecho (18). Como se puede apreciar en su obra de referencia *Norm, Person, Gesellschaft*, la teoría funcional de Jakobs suma a sus dos elementos esenciales de partida, los conceptos funcionales de sociedad y de norma (como expectativa contrafáctica), el concepto de persona. Y lo hace recurriendo especialmente a la teoría del reconocimiento de Hegel, como primer gran intento de la filosofía occidental –con permiso del *apprécier mutuellement* de Rousseau– de construir no sólo un concepto normativo (*homo noumenon*), sino también un concepto intersubjetivo o social. Las referencias al concepto de persona han ido diluyendo en la obra de Jakobs la importancia de la argumentación funcional-descriptiva basada en la existencia de alternativas funcionales a la pena. Ello demuestra que para saber si la sociedad tiene a su disposición estrategias alternativas a la culpabilidad y la pena para tratar la defraudación de expectativas normativas no se puede prescindir de cómo se encuentra definida en una determinada sociedad la vinculación entre los individuos y el sistema jurídico (el estatus de ciudadano). Debe reconocerse a Jakobs haber colocado en el centro del debate sobre la culpabilidad, tras la radicalidad de sus formulaciones originales, el concepto de persona en el Derecho, es decir, el sujeto como destinatario de derechos y deberes construido

(16) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 59 ss.

(17) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 61.

(18) KINDHÄUSER, *ZStW* 107, pp. 707 ss.; NEUMANN, p. 149; SCHNEIDER, pp. 15 s. En tiempos más recientes, KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, pp. 88 s., considera que el concepto de persona de Jakobs como «construcción normativa» «no pasa de ser una consideración formal que concibe el rol del individuo de forma reduccionista».

comunicativamente (19). La perspectiva funcional, por su nivel de abstracción, no ha tenido, sin embargo, la oportunidad de tratar en profundidad el papel que en el fundamento de la culpabilidad juegan la configuración política de una determinada sociedad y el contexto de legitimación. No ha tenido suficientemente en cuenta los criterios de legitimación del ordenamiento vigente en la medida en la que de dichos criterios deriva la configuración concreta de los vínculos de los individuos con el ordenamiento y, por tanto, el fundamento de su culpabilidad. Aunque el propio Jakobs no ha omitido alguna referencia genérica sobre que la culpabilidad en sentido material, como suceso con significado comunicativo, presupone normas legítimas (20), es mérito especial de las concepciones basadas en la ética del discurso haber tratado ampliamente esta cuestión.

III.2 La culpabilidad basada en la ética del discurso: Culpabilidad y libertad comunicativa

Las fundamentaciones basadas en la ética del discurso aparecen en el panorama doctrinal cuando el estado de la cuestión ya había sido completamente reformulado por las teorías preventivas y por las teorías funcionales de la culpabilidad. Destaca en el panorama doctrinal actual en la búsqueda de una fundamentación basada en la racionalidad comunicativa Klaus Günther (21), si bien existen otros

(19) JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, pp. 112, 125 y pássim; EL MISMO, ZStW 117, pp. 247 ss. Muy cercano PAWLIK, *Person*, pp. 75 ss., 82 ss., 97.

(20) *Schuldprinzip*, pp. 26 ss. En su resumen final de las conclusiones de dicho trabajo Jakobs afirma que «La culpabilidad en sentido material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas» (p. 35). En tiempos recientes, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 61 («Los criterios se orientan, en la medida en la que el Derecho Penal deba ser una empresa con sentido, a si «se debe castigar» para mantener la vigencia de la norma o se puede renunciar al castigo, y ello, en todo caso, en una sociedad concreta con una constitución legítima»). Sobre la relevancia de este cambio de discurso a principios de los años 90 con respecto a la concepción original de 1976 en *Schuld und Prävention*, GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 51 s.

(21) *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 71 ss., 245 ss. Sobre las bases de su modelo a partir de la ética del discurso, *Generalprävention*, pp. 156 ss., en especial pp. 169 ss.; *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 35 ss., 38 ss.; *Das Recht der Republik*, pp. 83 ss.; *Schuldbegriff*, pp. 65 s. A efectos de legitimación del sistema penal este autor considera que existe un paralelismo entre el ciudadano como autor de las normas jurídicas y la persona jurídica como destinatario de dichas normas (pp. 248 ss.). Esta idea queda englobada bajo el concepto de persona deliberativa y, en lo que aquí interesa, ello implica una fundamentación de la culpabilidad de dicha persona deliberativa como persona en el Derecho (pp. 253 ss.).

autores con posiciones cercanas como Kindhäuser (22) o Neumann (23).

La ética del discurso abandona el grado de abstracción de la teoría funcional de la culpabilidad y trabaja con conceptos de persona y de culpabilidad válidos en exclusiva para un sistema democrático de libertades. El gran acierto de las teorías discursivas ha sido airear la dimensión política del principio de culpabilidad. Sin embargo, y siendo consciente de una excesiva simplificación de una teoría de gran complejidad, a las formulaciones de la culpabilidad basadas en la libertad comunicativa (un concepto no trascendente de libertad) se les puede acabar objetando lo contrario que a la teoría funcional: acaban exagerando la dimensión política de la culpabilidad. Günther o Kindhäuser consideran que sólo sería posible hablar legítimamente de culpabilidad en un sistema democrático en la medida en la que en sistemas no democráticos no cabe una posibilidad mínima de participar en el proceso de elaboración de normas (24). De esta afirmación se derivan serios problemas para fundamentar la culpabilidad de aquellos sujetos, como los extranjeros, que se encuentran en territorio nacional pero no han participado en la elaboración de normas o en los procesos políticos (25) o los casos de aplicación extraterritorial de la ley penal, en los que se permite imponer una pena a personas que no han gozado de posibilidad alguna de participar en los procedimientos

Manifiesta sus objeciones a las teorías funcionales de la culpabilidad en *Schuldbegriff*, pp. 64 s.

(22) ZStW 107, p. 701 y *passim*, buscando una respuesta al problema de la culpabilidad jurídico-penal material entre el funcionalismo (Jakobs) y el liberalismo racional subjetivista (Köhler) como polos opuestos de fundamentación. Entiende ambas alternativas como insatisfactorias porque bien se renuncia a un reproche de culpabilidad subjetivamente fundamentado (Jakobs) o bien se abandona más o menos el mandato de neutralidad del Derecho en una sociedad moderna que sólo puede garantizar la legalidad pero no la moralidad.

En tiempos recientes, *Schroeder-FS*, pp. 85 ss.; *Hassemer-FS*, pp. 770 ss.; PG 21/9.

(23) GÜNTHER señala los puntos de contacto entre ambos en *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 74 s.

(24) GÜNTHER, *Das Recht der Republik*, pp. 83 ss., s. 100; KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, pp. 90 s.; EL MISMO, *Hassemer-FS*, p. 774.

(25) El intento de KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, p. 91 y *Hassemer-FS*, p. 772, de sortear esta objeción haciendo referencia a las posibilidades de disfrutar de derechos como el de expresión, de asociación o de manifestación es insuficiente. A pesar de que nacionales y extranjeros tengan el mismo derecho a expresar su opinión y las mismas posibilidades de ejercer otros derechos como el de manifestación o asociación, si no existen las mismas posibilidades de participación la responsabilidad no puede ser la misma en la lógica de esta teoría. Se trataría de un presupuesto demasiado endeble para poder hablar de culpabilidad en sentido material.

de elaboración de las leyes penales. Los problemas se extienden a situaciones de marginación que imposibilitan realmente una participación democrática. Todo ello conduciría a la conclusión de que la mayoría de la población reclusa en Europa occidental sufre una pena de prisión por razones ajenas a su culpabilidad. Incluso dejando de lado los problemas que se derivan de que los actuales sistemas políticos sean más partidocráticos que democráticos (26), las teorías basadas en la ética del discurso no permiten declarar legítimamente culpables a los que carecen del derecho o de la posibilidad real de participar en los procesos de decisión política, quedando de esta manera gran parte de las penas que se imponen reducidas a medidas que satisfacen necesidades preventivo-generales sin culpabilidad, es decir, sanciones puramente instrumentales. No se trata más que de síntomas de un problema genético de las teorías del discurso: no tienen suficientemente en cuenta que la culpabilidad, como han resaltado las teorías preventivas, especialmente la teoría funcional, tiene una dimensión como estrategia de estabilidad del orden normativo. Como ha señalado en diversas ocasiones el Prof. Frisch, dicha estrategia no siempre va en perjuicio del infractor, en la medida en la que la pena se puede entender en algunas ocasiones como justa pero preventivamente innecesaria, especialmente en el ámbito de las causas de exculpación (27). Existe un fondo correcto en los planteamientos preventivos: la culpabilidad tiene que ver con la estabilización normativa como función básica del Derecho Penal y materialmente la culpabilidad es responsabilidad personal por la erosión de dicha estabilidad. La culpabilidad no es en esencia una especie de «autocontradicción» como ciudadano o persona deliberativa, sino más bien una «contradicción» con elementos indispensables para la vida social. Con la fundamentación discursiva que se centra en la definición de persona en su doble rol de destinatario de la norma y de ciudadano con derecho a participar en los procesos de decisión política de los que surgen las normas con legitimación democrática (autor de la norma) no se perciben adecuadamente todas las dimensiones que encierra la culpabilidad jurídico-penal. Al sujeto no se le castiga sólo como «polizón social» (*free rider*) que no cumple con su parte (28), sino esencialmente para contrarrestar la lesividad comunicativa que representa su hecho para la normatividad. Si la teoría funcional de la culpabilidad pone dema-

(26) PAWLIK, ARSP 93, pp. 131 s.

(27) Con respecto a los autores de conciencia FRISCH, *LH-Gimbernat Ordeig*, pp. 917 s., coincidiendo con Roxin.

(28) KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, pp. 89 s. critica a Jakobs precisamente por no tener suficientemente en cuenta este aspecto.

siado énfasis en los aspectos preventivos en detrimento de los de legitimación democrática de la responsabilidad individual, los problemas de las teorías discursivas son los contrarios (29). Les falta una vinculación del fundamento de la culpabilidad con la función de estabilización normativa.

La teoría funcional deja más en evidencia que los delincuentes responden por su participación en un proceso progresivo de erosión de la norma mediante la realización de hechos de gran lesividad social, si bien no ha explicado suficientemente cuál es el fundamento personal de esa responsabilidad. Cuestiones como la determinación de los límites de la capacidad de culpabilidad sólo se pueden llevar a cabo mediante una referencia a las necesidades de estabilidad normativa en la medida en la que, por ejemplo, los conocimientos existentes sobre una enfermedad mental (brote paranoide de un esquizofrénico) convierten en innecesaria la pena como instrumento de estabilidad normativa.

Esto demuestra que los límites de la culpabilidad no son trazados en un discurso público en el que de forma directa participen todos los ciudadanos. Ello sólo sucede con el reconocimiento en los códigos de las causas de exclusión de la culpabilidad, es decir, con el establecimiento de las líneas básicas de un Derecho Penal de la culpabilidad. El mayor o menor alcance de dichas exclusiones (inimputabilidad, desconocimiento invencible de la antijuridicidad, exculpación) se construye en un discurso jurídico enormemente especializado en el que tienen un papel relevante tanto las necesidades de estabilización normativa como la configuración concreta de la sociedad correspondiente (en una sociedad donde la violencia es excepcional es más fácil asumir una reacción inadecuada del que sufre una agresión violenta). En este punto la teoría funcional se presenta más fructífera desde una perspectiva estrictamente dogmática que la teoría del discurso. Ésta no ofrece respuestas dogmáticamente satisfactorias al establecimiento de los límites de la culpabilidad de los que participan en el discurso (30). La mejor prueba de ello es que se pueden encontrar soluciones similares en ordenamientos con bases políticas o de legitimación

(29) Ello está relacionado con la idea –a mi entender errónea– de Günther (FEJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 542 ss.; KÜHL, *Eser-FS*, pp. 159 s.) de que sólo la declaración de culpabilidad pero no el mal que se impone tiene significado comunicativo expuesta en *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 40 s. y desarrollada posteriormente en *Lüderssen-FS*, pp. 215 ss., seguida en la tesis de su discípula SCHORK, *Schuldpruch*, pp. 104 ss., 178 ss., 212.

(30) Sobre el significado de la dogmática para el desarrollo del Derecho Penal, FRISCH, *Bedeutung der Rechtsdogmatik*, pp. 169 ss. *Vid.* también FRISCH, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, pp. 156 ss., en especial 168 ss.

no coincidentes (por ejemplo, con respecto a la relevancia de determinadas anomalías psíquicas).

Si bien la culpabilidad jurídico-penal es una construcción que depende de cada modelo de sociedad, en un Estado democrático de Derecho no sólo son culpables los que pueden participar en los procedimientos democráticos de elaboración de normas. Todo el que se beneficia de la estabilización normativa que presta un ordenamiento puede ser declarado culpable en la medida en la que sea responsable de la erosión de su vigencia fáctica como realidad social. Los extranjeros o personas que no pueden participar plenamente o están excluidas de dichos procedimientos democráticos son tratados de forma justa si se les hace responsables de la erosión de normas penales que les dispensan una protección equivalente a la que reciben los ciudadanos con derecho de participación.

Un aspecto importante en el que han insistido los partidarios de un modelo discursivo para fundamentar la culpabilidad es que en un sistema democrático la responsabilidad se encuentra vinculada a un «mandato de neutralidad». De otra manera no se estaría respetando el contenido esencial de derechos fundamentales como la libertad ideológica o de opinión. El ordenamiento de un sistema democrático no puede esperar que los ciudadanos aporten lealtad personal a las normas, sino sólo que no aporten con sus acciones menosprecio de las mismas. En un sistema democrático el ciudadano tiene libertad para decidir si se comporta de acuerdo a la norma y cuáles son las razones por las que lo hace. Sus razones o motivos son un asunto particular y, por tanto, indiferentes para el Estado de Derecho (los motivos cínicos son válidos) (31). El ordenamiento de un sistema de libertades no puede exigir a los ciudadanos que acaten las normas como correctas, sino que tiene que reconocer al ciudadano la posibilidad de rechazar internamente o mediante expresiones la norma como una norma válida o legítima. En este sentido el ciudadano tiene todo el derecho a iniciar o participar en procedimientos o debates públicos para derogar la norma o que ésta sea declarada ilegítima. Lo que no se puede reconocer como una opción válida –ya que sino la norma en particular y el sistema democrático de libertades en general carecería de vigencia fáctica o eficacia– es ejecutar una acción que sea contraria a la norma. La «prestación» que conlleva o exige un

(31) GÜNTHER, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 94, pp. 148 ss.; EL MISMO, *Schuld begriff*, pp. 72 ss.; EL MISMO, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 251 s.; KINDHÄUSER, *ZStW* 107, pp. 701 ss.; EL MISMO, *Schroeder-FS*, pp. 87 ff; el mismo, *PG* 21/10. En un sentido similar, ha trabajado esta cuestión PAWLIK, *Person*, pp. 84 s., señalando como en un Estado secularizado no es posible obligar jurídicamente a la lealtad.

sistema democrático de libertades no consiste en una fidelidad interna a la norma, ya que ello pertenece a la esfera privada, sino en evitar no reconocerla mediante una acción que la infrinja. Es decir, el que no reconoce internamente la norma debe evitar –siguiendo la estrategia que quiera– el injusto (la infracción de la norma). Un ordenamiento democrático que reconozca espacios de libertad privativos de los ciudadanos sólo puede exigir reconocimiento externo. En los casos en los que esa falta de reconocimiento externo ha afectado a la vigencia de normas esenciales e irrenunciables de convivencia, como no basta con obligar coactivamente al sujeto a cumplir con sus obligaciones, el autor culpable debe sufrir una pena que compense la dimensión comunicativa del hecho que ha realizado. Ello no significa, sin embargo, que su culpabilidad como destinatario de la norma tenga que ver con la pretensión de modificar la norma por procedimientos no democráticos.

III.3 Conclusión

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, la culpabilidad jurídico-penal es una comunicación de la falta de reconocimiento de la validez de la norma mediante su infracción. Esta definición está formada por varios elementos: a) tiene su origen en el reconocimiento social o interpersonal de una cierta capacidad de auto-determinación, que implica el reconocimiento de libertad; b) el desvalor que implica la declaración de la culpabilidad tiene que ver con la responsabilidad por el injusto cometido, lo cual significa que el infractor es responsable de haber provocado una situación que afecta a la estabilidad normativa; el objeto de la responsabilidad es un daño social: la erosión de normas irrenunciables o esenciales; c) la responsabilidad por la erosión de la norma ha de respetar la «vinculación democrática» del individuo con el ordenamiento jurídico como un asunto puramente particular. Creo que hasta este punto estaría completamente de acuerdo el homenajeado. Intentaré esbozar, para concluir, un fundamento de una *teoría comunicativa de la culpabilidad* con estos elementos.

IV. ¿QUÉ QUEREMOS DECIR CUANDO DECLARAMOS A ALGUIEN CULPABLE DE UN DELITO?

Cuando un órgano de justicia declara la culpabilidad de un sujeto no está afirmando que dicho sujeto pudiera adoptar una decisión distinta, sino que la sociedad no tiene otro modo de resolver el conflicto. La culpabilidad no se basa, por lo tanto, en un reproche al autor basado

en que pudiera actuar de otro modo o que se decidiera a favor del injusto cuando podía haber actuado de forma correcta. Las neurociencias no han hecho más que dejar esta cuestión definitivamente clara. No tanto porque haya experimentos como el de Libet que hayan refutado la existencia del libre albedrío (32), sino porque los conocimientos que vamos adquiriendo de los procesos cerebrales dificultan partir de esta premisa (no existe escisión entre mente y cerebro y nuestra actuación consciente representa una ínfima parte de nuestra actividad cerebral). Con independencia de que se hayan sacado conclusiones precipitadas de determinados experimentos, la doctrina es consciente hace tiempo de que existen límites insalvables para poder hacer este tipo de afirmaciones sin mala conciencia en una sentencia (33). Ese es precisamente el origen de las teorías preventivas que han dado lugar a todo el debate actual sobre el fundamento de la culpabilidad y que han partido de la posibilidad de actuar de otro modo como una «normative Setzung» (34).

En este contexto la teoría funcional de Jakobs no tiene problemas para poder seguir hablando de culpabilidad en la medida en la que lo relevante sería exclusivamente la libertad de autoadministrarse que el sistema jurídico le concede en general a las personas (35). Al sistema jurídico le sería indiferente la libertad individual en el momento concreto del hecho. Los problemas surgen para las teorías del discurso cuando pretenden seguir afirmando que «la culpabilidad en sentido material es –en una sociedad concebida democráticamente– un déficit con respecto a la mínima fidelidad jurídica que se espera de una persona en el cumplimiento de las normas» (36) y, en general, aparecen para toda teoría que no quiera renunciar totalmente a vincular la culpabilidad por el hecho concreto con la libertad y la capacidad de auto-determinación.

Mi tesis es que es posible seguir hablando con los conocimientos disponibles de responsabilidad personal por el hecho concreto sin renunciar a la idea de auto-determinación. La referencia a la posibilidad de actuar de otra manera no es la única vía de fundamentación de la culpabilidad con base en la autodeterminación y la libertad. Autonomía no significa posibilidad de actuar de otra manera en un

(32) FRISCH, *Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad*, apartado III.

(33) ENGISCH, pp. 23 ss.; MERKEL, *Roxin-FS*, pp. 760 s.

(34) ROXIN, PG, 19/36 ss.

(35) *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?*, pp. 69 ss.; *Schuldprinzip*, p. 34; ZStW 117, pp. 247 ss., en especial 259 ss.; *Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion*, pp. 243 ss.

(36) KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, p. 91 y PG, 21/6.

momento concreto, sino que existe autonomía cuando la conducta obedece a factores propios. Esto significa en el caso de los seres humanos que las acciones, también las antijurídicas, vienen determinadas por motivos, razones y valoraciones que pertenecen a una persona y sólo a una determinada persona y que se podría fundamentar normativamente la culpabilidad si al sujeto se le puede hacer responsable de los factores que determinan o explican su conducta. Esa «pertenencia» no tiene naturaleza previa a la sociedad ni es un dato biológico. Sólo si las neurociencias nos privaran absolutamente de una fundamentación de este tipo ya no podríamos hablar de responsabilidad personal por el injusto y tendríamos que renunciar a la culpabilidad por el hecho como armazón del Derecho Penal.

Pero las neurociencias no sólo no nos privan de tal fundamentación, sino que ofrecen respaldo a la misma. Una voluntad absolutamente libre sin control no permitiría al sujeto determinarse a sí mismo de tal manera que ello impediría fundamentar la culpabilidad. Todo dependería de la casualidad, del azar y la responsabilidad penal no sería más que un juego de la lotería de la mala suerte y el ser humano un juguete de un libre albedrío caprichoso. Una voluntad libre entendida como una voluntad absolutamente aleatoria, incondicionada, no determinada por nada y que en todo momento debiera semejar a un motor no movido que inicia una cadena causal completamente nueva se trataría de una voluntad sin control y sin propietario que no podría justificar ningún tipo de responsabilidad. Más casualidad no implica una mayor libertad.

La decisión relevante para el Derecho de dónde empieza el «yo», es decir, la autonomía es una decisión social. Se trata de una decisión condicionada por las características biológicas y naturales del ser humano, pero la línea de determinación de la autonomía es una decisión convencional que no depende de que encontremos un «yo» en el cerebro. Aprendemos tal identificación en fases tan tempranas de los procesos de socialización que la doctrina penal ha tematizado expresamente esta cuestión de forma escasa. Por ello la autodeterminación no debe confundirse con el «libre albedrío», sino que debe identificarse con la competencia asignada socialmente de autodeterminarse sobre la cual se construyen las correspondientes estructuras de responsabilidad. La autodeterminación de la que hablamos los juristas no es más que una construcción social. Ello tiene que ver en términos filosóficos con la «*teoría del reconocimiento*» (37). Como hemos

(37) Desde diversas perspectivas HONNETH, *Kampf um Anerkennung*, centrándose en la posición de Hegel en sus escritos realizados en la Universidad de Jena; KAISER, pp. 98 ss.; KLESZCZEWSKI, pp. 26 ss.; LUF, pp. 73 ss.; MÜLLER-TUCKFELD,

visto, para que dicha teoría sea fructífera para el actual debate sobre la culpabilidad, no se debe entender a partir de una perspectiva puramente subjetiva— con independencia de que el origen de la tradición filosófica de la teoría del reconocimiento entre iguales se encuentre un idealismo trascendental de tipo kantiano [a partir de la que construyó, por ejemplo, Fichte su teoría del «yo» (38)].

Con esta perspectiva el fundamento de la culpabilidad no residiría en la exigencia de un comportamiento distinto por la posibilidad de actuar de otro modo, sino en la constatación de que el injusto realmente cometido carece de otra explicación para la sociedad que la ausencia de la disposición jurídica mínima que es indispensable que presten todos los ciudadanos. Esa disposición jurídica va siendo forjada por el propio sujeto a lo largo de los años. Los procesos neurológicos están determinados, entre otros factores, por la propia historia del individuo y la creación de su propia identidad. La disposición jurídica de los sujetos es consecuencia de un largo proceso en el cual los comportamientos humanos se van determinando paso a paso, entrecruzándose continuamente factores diversos (39). Hay dos tipos de control de las acciones, uno consciente y otro inconsciente, pero el control inconsciente puede ser configurado en parte por el control consciente. La infancia y la adolescencia del ser humano duran un gran espacio de tiempo porque se tarda mucho en formar y capacitar los procesos inconscientes de nuestro cerebro y en crear, dentro de ese espacio cerebral inconsciente, una forma de control que, de manera más o menos fiable, pueda actuar de acuerdo a metas e intenciones conscientes. Se trata de una lenta formación que consiste en un proceso de transferencia de parte del control consciente a un servidor inconsciente, pero en todo caso no como una rendición o como una entrega del control consciente a las fuerzas inconscientes que acabarían causando graves trastornos en el comportamiento humano. Los procesos inconscientes no son perturbadores para los conscientes, sino que, al contrario, estos amplían su campo de su acción, por lo que el grado de la responsabilidad personal de una acción no tiene que verse disminuido por la existencia de una realización inconsciente, siempre que no se trate de algo patológico. La relación entre procesos conscientes e inconscientes no es más que un ejemplo de las extrañas formas de colaboración funcional que surgen a raíz de los procesos evolutivos. Esta interacción cooperativa es también fructífera y eficaz

pp. 253 ss., en especial pp. 294 ss.; PAWLIK, *Person*, pp. 75 ss., en una línea distinta a la de Honneth; SCHILD, pp. 37 ss.; SIEP, pp. 53 s., 86 ss.

(38) KÖHLER, pp. 91 ss.; ZACZYK, *Fichte*, pp. 14 ss.

(39) PAUEN/ROTH, pp. 10, 99 ss. y pássim.

en el contexto de las relaciones sociales. Los comportamientos morales y sociales son un conjunto de habilidades, adquiridas a lo largo de repetidas sesiones prácticas en un extenso período de tiempo, que se rigen por razones y principios articulados conscientemente, aunque cuando no es así, su naturaleza se halla muy enraizada en el inconsciente cognitivo. Por todo ello la libertad que nos reconocemos socialmente no es la capacidad ficticia de controlar al momento las acciones, sino que tiene que ver con una libertad a largo plazo (libre desarrollo de la personalidad). Todo este proceso da lugar a que ciertas opciones vengan marcadas inconscientemente por medio de una predisposición vinculada a factores emocionales y afectivos previamente adquiridos. Ello no significa que el sujeto responda por la personalidad o por el carácter que ha venido forjando a lo largo del tiempo, sino que los procesos descritos permiten fundamentar la razón por la que a los ciudadanos se les suele hacer responsables de los hechos que cometen en la medida en la que son expresión de libertad. En un sistema democrático de libertades no hay que buscar la culpabilidad en momentos anteriores al hecho o en relación a como una persona ha ido configurando su vida, su carácter o su personalidad. La biografía personal es un asunto absolutamente privado que sólo puede pasar a ser objeto del proceso si el imputado lo alega para justificar su irresponsabilidad personal parcial o total por lo que ha sucedido.

En una contribución de estas características no son posibles mayores especificaciones. Lo importante a efectos del fundamento de la culpabilidad es que los procesos de culturización y socialización hacen que se adquieran ciertas predisposiciones relevantes para el cumplimiento normativo. En el marco de un Estado democrático de Derecho la única disposición relevante es la disposición a cumplir con las normas. La culpabilidad no puede tener, por consiguiente, su fundamento en el carácter o la personalidad del autor manifestada en el hecho (que haría que el más perverso moralmente o el más cruel recibiera más pena), sino exclusivamente en la disposición jurídica en el momento del hecho. En definitiva, existe culpabilidad cuando el injusto sólo se puede explicar a partir de una disposición personal defectuosa de la que el que lo ha cometido es responsable. Por tanto, no existirá culpabilidad tanto cuando el injusto se ha cometido a pesar de una adecuada disposición jurídica (error invencible de prohibición) como cuando el infractor no puede ser hecho responsable de su deficiente disposición jurídica (enfermedad mental grave). Si la infracción de la norma tiene su origen en la ausencia de una disposición jurídica mínima o indispensable y ésta no se puede imputar a otras razones ajenas al infractor de la norma (situaciones inesperadas y

casuales de necesidad) existe culpabilidad. Por esa razón, por ejemplo, los problemas o bloqueos motivacionales en el momento de la comisión del delito derivados de que el sujeto se ha habituado a una vida violenta o de que ha hecho del delito su profesión no eximen de culpabilidad, con independencia de que ese autor en la concreta situación no pudiera actuar de otra manera (40).

Según la *teoría comunicativa de la culpabilidad* esbozada, si al infractor no se le puede hacer responsable de su disposición jurídica deficiente o el injusto se comete a pesar de la correcta disposición jurídica del autor, no habrá comunicación defectuosa a la que responder (aunque pueda existir una dolorosa lesión fáctica), no existen necesidades de estabilización normativa y, por tanto, la pena ya no cumpliría su función preventivo-general. Es decir, el ciudadano estaría sufriendo un trato injusto y la sanción sería constitucionalmente ilegítima.

En el Estado democrático de Derecho el reconocimiento de la dignidad, de la autonomía y del libre desarrollo de la personalidad da lugar a que la inexistencia de explicaciones alternativas al injusto no tenga otra explicación que la responsabilidad del que ha cometido dicho injusto. No se trata de una mera ficción ni de una presunción normativa, sino que es consecuencia de su reconocimiento como ciudadano. Son criterios estrictamente normativos los que nos permiten determinar el nivel de disposición jurídica exigible a los ciudadanos (tratándose, sin duda, de un baremo variable) así como los casos en los que el infractor no es responsable de la deficiente disposición jurídica manifestada a través del injusto.

Termino con un ejemplo concreto, que creo que permite ilustrar las ideas que se han venido defendiendo. Las nuevas técnicas neurológicas nos están permitiendo entender mejor determinadas enfermedades mentales que no afectan a las capacidades intelectuales, sino más bien a aspectos emocionales. Seguramente ello nos permitirá encontrar explicaciones alternativas a la responsabilidad individual en determinados supuestos (por ejemplo, en casos de ciertas psicopatías), lo cual se concretará en la traslación del nivel de la inimputabilidad por parte de los tribunales. Ello nos demuestra que las condenas se basan en la ignorancia o no constatación de explicaciones alternativas a la responsabilidad; es decir, a aquello de lo que es responsable en exclusiva el individuo en un Estado democrático de Derecho: su disposición a cumplir con el Derecho. Ello no significa, sin embargo, que la sociedad haya tratado injustamente a otros sujetos que previamente

(40) JAKOBS, *Schuld und Prävention*, pp. 15 ss.

había declarado como culpables debido a que no se disponía de los conocimientos actuales para encontrar una alternativa a su responsabilidad. El ordenamiento jurídico, como obra humana, sólo puede garantizar a los ciudadanos que su culpabilidad será valorada de acuerdo con los mejores conocimientos disponibles. Más no se puede hacer, pero ello debería agitar nuestra «mala conciencia» asumiendo o siendo conscientes de que nuestra falta de conocimientos nos pueden hacer –y nos han hecho hacerlo con toda seguridad– declarar la culpabilidad de alguien que en el futuro sólo sería tratado como una persona que ha tenido la mala suerte de padecer una enfermedad que le ha llevado a cometer un hecho delictivo. Esta no es una conclusión a la que haya llegado solo: es una de las muchas ideas que provienen de la fortuna de haber disfrutado de horas enormemente valiosas de conversación con el Prof. Frisch.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, Hans: Individuelle Zurechnung, Verantwortung, Schuld, en: Schönemann (edit.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlín, 1984.
- BUNG, Jochen: Wissen und Wollen im Strafrecht, Fráncfort/M., 2009.
- BURKHARDT, Björn: Freiheitsbewusstsein und strafrechtliche Schuld, in: Festschrift für Theodor Lenckner, Munich, 1998.
- Und Sie bewegt uns doch: die Willensfreiheit, Bildgebende Verfahren der Hirnforschung, en: *Das Magazin* 2/2003 (online <http://www.wz.nrw.de/magazin/magazine.asp>).
- Willensfreiheit aus rechtlicher Sicht, en: Tröger (edit.), Wie frei ist unser Wille?, Heidelberg, 2007.
- Gedanken zu einem individual- und sozialpsychologisch fundierten Schuldbegriff, in: Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Maiwald, Berlín, 2010.
- DETLEFSEN, Grischa: Grenzen der Freiheit-Bedingungen des Handelns-Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht, Berlín, 2006.
- ENGISCH, Karl: Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2.^a edición, Berlín, 1970.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs, in: Festschrift für Günther Jakobs, Colonia y otras, 2007.
- Retribución y prevención general, Buenos Aires, 2007.
- FRISCH, Wolfgang: Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des «Abschieds von Kant

- und Hegel», en: *Schünemann/v. Hirsch/Jareborg* (edits.), Positive Generalprävention, Heidelberg, 1998.
- Wesenzüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens –am Beispiel und aus der Sicht des Strafrechts, in: *Engel/Schön* (edits.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübinga, 2007.
 - Cuestiones de conciencia en el Derecho penal, en: Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I, Madrid, 2008.
 - Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht, en: Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Maiwald, Berlin, 2010.
 - Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts, in: *Stürner* (edit.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, Tübinga, 2010.
 - Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad. Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias, en: *Feijoo Sánchez* (edit.), Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias, Pamplona, 2012.
- GÜNTHER, Klaus: Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat, en: Jahrbuch für Recht und Ethik 1994.
- Der strafrechtliche Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie, in: *Smith/Margalit* (edit.), Amnestie oder die Politik der Erinnerung in der Demokratie, Fráncfort/M., 1997.
 - Freiheit und Schuld in den Theorien der positiven Generalprävention, Ein Beitrag zur normativen Kritik, in: *Schünemann/v. Hirsch/Jareborg* (edits.), Positive Generalprävention, Heidelberg, 1998.
 - Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson, in: *Brunkhorst/Niesen* (edits.), Das Recht der Republik, Fráncfort/M., 1999.
 - Jenseits von idealistischer und rollenfunktionaler Strafbegründung, in: *Siller/Keller* (edits.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, Baden-Baden, 1999.
 - Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft, in: *Prittwitz/Manoledakis* (edits.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Baden-Baden, 2000.
 - Schuld und kommunikative Freiheit, Fráncfort/M., 2005.
 - Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?, en: Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002.
- HAFFKE, Bernhard: Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, en: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1978.
- Schuld und Schuldunfähigkeit, en: *Hassemer/Lüderssen* (edits.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Tomo III (Strafrecht), Munich, 1978.
- HIRSCH, Hans Joachim: Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht, en: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2/2010.

- HONNETH, Axel: Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte, Fráncfort/M., 1994.
- JAKOBS, Günther: *Schuld und Prävention*, Tubinga, 1976.
- Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?, in: *Henrich* (edit.), Aspekte der Freiheit, Regensburg, 1982.
 - Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989).
 - Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.^a edición, Berlín, 1991.
 - Das Schuldprinzip, Opladen, 1993.
 - Norm, Person, Gesellschaft, Berlín, 2.^a edición, 1999.
 - Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117 (2005).
 - Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft, in: *Schleim/Spranger/Walter* (edits.), Von der Neuroethik zum Neurorecht?, Gotinga, 2009.
 - System der strafrechtlichen Zurechnung, Fráncfort/M., 2012.
- KAISER, Hanno: Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, Berlín, 1999.
- KINDHÄUSER, Urs: Zur Logik des Verbrechensaufbaus, en: Herausforderung an das Recht, Alte Antworten auf neue Fragen?, Berlín, 1997.
- Rechtstreue als Schuldkategorie, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 107 (1995).
 - Schuld und Strafe, Zur Diskussion um ein «Feindstrafrecht», en: Festschrift für Friedrich Christian Schroeder, Heidelberg, 2006.
 - Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3.^a edición, Baden-Baden, 2008.
 - Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat, en: Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg, 2010.
- KLESCZEWSKI, Diethelm: Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, Berlín, 1991.
- KÖHLER, M: Unbedingte Affirmation, Anerkennung und Rechtsverhältnis, en: *Schild* (edit.), Anerkennung. Interdisziplinäre Dimensionen eines Begriffs, Würzburg, 2000.
- KÜHL, Kristian: Zum Missbilligungscharakter der Strafe, en: Menschengerichtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser, Munich, 2005.
- LUF, Gerhard: Überlegungen zur Theorie der Anerkennung in der gegenwärtigen Rechtsphilosophie, en: *Schild* (edit.), Anerkennung. Interdisziplinäre Dimensionen eines Begriffs, Würzburg, 2000.
- MERKEL, Reinhard: Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, Baden-Baden, 2008.
- Schuld, Charakter und normative Ansprechbarkeit. Zu den Grundlagen der Schuldlehre Claus Roxins, en: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Tomo I, Berlín, 2011.

- MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian: Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, Fráncfort/M., 1998.
- NEUMANN, Ulfrid: Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention, en: *Schinemann/v. Hirsch/Jareborg* (edits.), Positive Generalprävention, Heidelberg, 1998.
- PAUEN, Michael/Roth, Gerhard: Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit, Fráncfort/M., 2008.
- PAWLIK, Michael: Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Berlín, 2004.
- “Selbstgesetzgebung der Regierten”: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur, en: *Joerden/Wittmann* (edits.), Recht und Politik, (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 93), Stuttgart, 2004.
- PRINZ, Wolfgang: Kritik des freien Willens-Psychologische Bemerkungen über eine soziale Institution, in: *Senn/Puskás* (edits.), Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 111), Stuttgart, 2006.
- RATH, Jürgen: Aufweis der Realität der Willensfreiheit. Eine retrosive Reflexion zur Möglichkeit von Verantwortlichkeit in Ethik und (Straf-)Recht, Hamburgo, 2009.
- ROTH, Gerhard/Merkel, Grisca: Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe, en: *Grün/Friedmann/Roth* (edits.), Entmoralisierung des Rechts, Massstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht, Gotinga, 2008.
- Bestrafung oder Therapie? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Sanktion unter Berücksichtigung der Hirnforschung, en: *Hirnforschung-Chancen und Risiken für das Recht*, Zurich, 2008.
- ROXIN, Claus: Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems, en: *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*. Festschrift für Günter Kaiser, Segunda Parte, Berlín, 1998.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4.^a edición, Munich, 2006.
- SCHILD, Wolfgang: Anerkennung als Thema in Hegels “Grundlinien der Philosophie des Rechts”, en: *el mismo*. (edit.), Anerkennung. Interdisziplinäre Dimensionen eines Begriffs, Würzburg, 2000.
- SCHNEIDER, Hendrik: Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, Berlín, 2004.
- SCHORK, Stefanie: Ausgesprochen schuldig. Dogmatische und metadogmatische Untersuchungen zum Schuldspruch, Fráncfort/M., 2005.
- SEELMANN, Kurt: Sind die Grundannahmen einer Rechtsgesellschaft mit den resultaten der modernen Hirnforschung vereinbar?, en: *Senn/Puskás* (edits.), Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 111), Stuttgart, 2006.
- SIEP, Ludwig: Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie, Friburgo y Munich, 1979.

- SINGER, Wolf: Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung, en: *Duncker* (edit.), Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie, Stuttgart, 2006 (=Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52, 2004).
- STRENG, Franz: Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 92 (1980).
- Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989).
- Kommentar zu “Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität”, en: *Frisch/v. Hirsch/Albrecht* (edits.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Heidelberg, 2003.
- ZACZYK, Rainer: Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes, Berlín, 1981.
- Schuld als Rechtsbegriff, en: *Neumann/Schulz*, Verantwortung in Recht und Moral, (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 74), Stuttgart, 2000.