

LA INTERPRETACIÓN ONTOLÓGICA, FUNCIONAL Y ÉTICO-SOCIAL DEL PRINCIPIO JURÍDICO-PENAL DE CULPABILIDAD*

ULFRIED NEUMANN

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Frankfurt

Sumario

I. Tres posibilidades para la construcción de las reglas jurídico-penales. II. La ontología jurídica y la teoría de las «estructuras lógico-objetivas». III. Formación funcional y «ético-social» de las reglas. 1. Características comunes. 2. El modelo tecnológico-social. 3. El significado de las representaciones de la justicia. 4. Transición a las perspectivas internas.

I. Tres posibilidades para la construcción de las reglas jurídico-penales

Básicamente existen tres métodos para la construcción de las reglas jurídico-penales de la imputación.

Como primera alternativa, la construcción jurídico-penal de reglas y conceptos se puede entender como un acto de reproducción de las

* Título del original: «Ontologische, funktionale und sozialetische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips», publicado en: LÜDERSSEN, Klaus (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Baden-Baden: Nomos, 1998, pp. 391-405. Traducción a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez, Universidad Autónoma de Madrid.

estructuras preexistentes. El «conocimiento» científico-jurídico es, entonces, necesariamente un «conocimiento del ser» que puede comprender su objeto o, por el contrario, no alcanzarlo. En tanto que esta pretensión de conocimiento sea suficiente, las declaraciones de la ciencia jurídica se subsumen bajo el esquema de valoración de «verdadero» y «falso». Como segunda posibilidad, los conceptos y las reglas del Derecho penal pueden construirse funcionalmente, es decir: se les puede relacionar con fines político-criminales y amoldarlos conforme a las exigencias de estos fines. La actividad jurídico-científica tiene entonces el carácter de la construcción de conceptos y reglas, no del conocimiento de un ser preexistente. La construcción es arbitraria en el sentido de que, a excepción de la relación funcional entre medio y fin, no está vinculada a ninguna preexistencia. Tras la inclusión de esta relación pueden darse numerosas limitaciones a la posible construcción de conceptos y reglas. La formación de éstos se subsume, entonces, bajo la categoría de «conforme al fin» o «no conforme al fin». La tercera alternativa cuestiona la formación ontológica de la construcción jurídico-penal de conceptos y reglas, pero al mismo tiempo reprocha una funcionalización a voluntad. Conforme a esta concepción, las reglas jurídico-penales de la imputación están vinculadas a las representaciones sociales de la responsabilidad. Éstas deben poder mostrarse como reglas de una imputación justa. Así, la formación jurídico-penal de conceptos y reglas se subsume bajo las categorías de «justo» e «injusto».

Estos tres principios poseen un carácter típicamente ideal, lo cual, naturalmente, no excluye la posibilidad de que existan diferentes «formas mixtas». A continuación, intentaré mostrarlo de la mano de la discusión sobre el concepto jurídico-penal de culpabilidad.

II. La ontología jurídica y la teoría de las «estructuras lógico-objetivas»

1. Si se interpreta el concepto jurídico-penal de culpabilidad como una consecuencia de las circunstancias metafísicas de la culpabilidad, entonces resultan una serie de consecuencias que *Arthur Kaufmann* ha mostrado detalladamente en su clásica monografía sobre el principio de culpabilidad¹. En primer lugar, se da, necesariamente, la identidad de la culpabilidad jurídico-penal con la culpabilidad ética. Si se fun-

¹ Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg 1961, 2.^a ed., 1976.

damenta la culpabilidad jurídico-penalmente relevante en la personalidad del hombre, la cual, por su lado, es vista como un elemento del orden de la creación, entonces no puede existir una diferencia entre culpabilidad jurídica y culpabilidad ética². Como segunda consecuencia, se produce la aceptación de una determinación inequívoca en cada caso concreto. Si la culpabilidad es una entidad, entonces no puede ser indeterminada; la idea de un ser existente indeterminado es contradictoria. En el ámbito de la teoría de la medición de la pena, el concepto metafísico de culpabilidad se corresponde, por ello, sólo con la teoría de la pena puntual —se acepta, por tanto, que en cada caso concreto a la culpabilidad del autor sólo le corresponde una medida de la pena determinada de manera precisa—. Se rechaza expresamente la concepción de que la exigencia de la adecuación de la culpabilidad permite un espacio de juego en la medición de la pena. El que no dispongamos de un procedimiento para calcular exactamente la medida de la culpabilidad en meses y días, no representa una objeción en un modelo ontológico, ya que la pregunta sobre la existencia de la culpabilidad debe separarse claramente de la cuestión sobre su cognoscibilidad. En la formulación de Arthur Kaufmann: «...la inexactitud del conocimiento metafísico no significa asimismo la inexactitud del objeto metafísico»³. Para Arthur Kaufmann, finalmente, del principio de culpabilidad entendido metafísicamente resulta asimismo la necesidad de la persecución jurídico-penal de las acciones culpables. El principio ontológico de culpabilidad se corresponde con una teoría absoluta de la pena orientada al fin de la expiación. Junto al principio de «no hay pena sin culpabilidad» se introduce, con el mismo derecho, el principio «no hay culpabilidad sin pena»⁴.

Las consecuencias prácticas de esta concepción metafísica son numerosas. Dado que el concepto de culpabilidad preexiste al Derecho penal —y no es deducido inductivamente de las reglas jurídico-penales—, desarrolla una potencia crítica frente a las determinaciones del Derecho positivo. Con el concepto de culpabilidad entran en conflicto

² Sobre ello Arthur KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

³ Arthur KAUFMANN, *op. cit.*, p. 66. Está de acuerdo Hans-Jürgen BRUNS, «Zum Revisionsgrund der - ohne sonstige Rechtsfehler- "ungerecht" bemessenen Strafe», en: *Festschrift für Karl Engisch*, editado por Paul BOCKELMANN y otros, Frankfurt/M. 1969, pp. 708 y ss., 717. Del mismo modo Ernst HEINITZ, «Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus», en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 70 (1958), pp. 1 y ss., 5. Ahora de manera diferente Arthur KAUFMANN, *op. cit.*, 2.^a ed., apéndice, p. 270, nota 29.

⁴ Arthur KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 201 y ss.; diferente, *idem*, *op. cit.*, Apéndice, p. 276.

la imprudencia inconsciente⁵, los delitos cualificados por el resultado⁶ y las condiciones objetivas de punibilidad⁷. El concepto ontológico de culpabilidad es un concepto material de culpabilidad por excelencia. Dado que las reglas normativas de la dogmática de la culpabilidad se derivan exclusivamente de las circunstancias ontológicas afirmadas, esta concepción de la culpabilidad resiste frente a toda tentación político-criminal imaginable.

Sin embargo, en esta fuerza radica al mismo tiempo la debilidad de un concepto ontológico de culpabilidad. Ello se debe a que la deducción del ser a partir del deber sólo puede ser convincente en el marco de un ordenamiento teleológico del ser como el fundamentado en la representación de un orden divino de la creación. Empero, una representación de la culpabilidad con semejantes implicaciones ontológicas, fuertes y acuñadas ideológicamente, no puede constituir la base de las reglas jurídico-penales de la imputación. Desde el punto de la teoría del conocimiento, un concepto apriorístico de culpabilidad puede defenderse, en el mejor de los casos, si se renuncia a la afirmación de consecuencias normativas vinculantes.

2. La teoría de las estructuras lógico-objetivas también se ve sometida a esta restricción cuando denomina a estas estructuras como «verdades eternas»⁸ y, sin embargo, dispensa ampliamente al legislador de la consideración de dichas verdades. El hecho de si el legislador fundamenta su regulación en una de estas verdades eternas es una cuestión de su decisión. En el ejemplo del principio de culpabilidad: el legislador no tiene necesariamente que vincular la consecuencia jurídica «pena» a los presupuestos de un actuar culpable. No es hasta que él se decide a ello que está vinculado a las estructuras lógico-objetivas de la culpabilidad⁹. No puede, entonces, declarar —por ejemplo— la irrele-

⁵ Arthur KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 156 y ss., 223 y ss.

⁶ Arthur KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 240 y ss.

⁷ Arthur KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 247 y ss.

⁸ Hans WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3.^a ed., Göttingen 1960, p. 168. De manera similar habla Adolph REINACH de las «leyes eternas» (*ewige Gesetzen*) válidas para la formación de construcción jurídicas (Adolph REINACH, *Zur Phänomenologie des Rechts*, München 1953, p. 17).

⁹ Hans WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus* (1953), en: *idem*, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín / Nueva York, 1975, pp. 274 y ss., 283 y s. Del mismo modo, Arthur KAUFMANN, «Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel des Strafrechts» (1962) en: *idem*, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln y otros, 1982, pp. 7 y ss., 19. Cfr. También Günter STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, Tübingen 1957, pp. 10 y ss.

vancia general del error de prohibición sin entrar en contradicción con sus premisas¹⁰.

Sin embargo, incluso este humilde modelo ontológico¹¹ parece todavía inadecuado. Y ello debido a que la aceptación de una estructura lógico-objetiva inalterable de una entidad llamada «culpabilidad» no puede fundamentarse teórico-cognoscitivamente. La exigencia de que se debe tomar en cuenta el error de prohibición a favor del autor, puede justificarse, posiblemente, sobre la base de ciertas valoraciones¹². La tesis de que se trata de un postulado arraigado en el ser, sigue siendo una mera afirmación¹³.

¹⁰ Hans WELZEL, *op. cit.* (nota 8), p. 198.

¹¹ A la vista de la débilmente acuñada pretensión normativa de la teoría de las estructuras lógico-objetivas, Arthur KAUFMANN, niega su pertenencia a la «ontología verdadera» (*Das Schuldprinzip*, 2.ª ed. *op. cit.*, p. 37). También diferencia expresamente entre el ámbito óntico y el más amplio de las estructuras lógico-objetivas Hans Joachim HIRSCH, «Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?», en: *Festschrift für Günter Spendel*, editado por V. Manfred Seebode, Berlín / Nueva York, 1992, pp. 43 y ss., 55.

¹² Sobre la relación entre la estructura del Ser y la valoración, desde la perspectiva de las estructuras lógico-objetivas, resumidamente Georg KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín 1990, pp. 29 y ss. Sobre la primacía de los criterios normativos de diferenciación (que otorgan, primariamente, estructuras jurídicamente relevantes a lo óntico), Andreas HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, p. 235,

¹³ La teoría de las estructuras lógico-objetivas cae aquí en la misma circularidad de la argumentación que WELZEL, con razón, criticaba a las teorías tradicionales de Derecho natural: los principios, esto es, las estructuras, son determinadas de tal manera que permiten deducir las consecuencias afirmadas (sobre ello, Claus ROXIN, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre» (1962), en: *idem*, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín / Nueva York 1973, pp. 72 y ss., 88, con nota 24). Con ello no debe discutirse que existe una lógica de las instituciones sociales que excluye determinadas regulaciones. Así, de la lógica de la institución «pena» se deriva una relación irrefutable con una acción precedente valorada negativamente. Ello prohíbe un Derecho penal que, en la decisión sobre el sí y el cómo de la sanción, se orientara únicamente por criterios preventivos. Evidentemente, el legislador es muy dueño, empero, de sustituir el Derecho penal por un Derecho de policía puramente preventivo. Formulado en el marco de la teoría de las estructuras lógico-objetivas: es cosa del legislador el decidirse por un Derecho penal. Cuando, no obstante, se decide, entonces no puede prescindir totalmente de referir la sanción al hecho precedente. En correspondencia con ello puede argumentarse, en relación con el Derecho penal de la culpabilidad, que un Derecho penal que sistemáticamente pasara por alto el criterio de la evitabilidad individual del hecho, no sería —en cualquier caso, no según nuestro entendimiento actual— un Derecho penal de la culpabilidad. Los problemas radican allí donde, más allá de estas condiciones mínimas de posible consenso, se trata la configuración detallada de las instituciones sociales y jurídicas. Allí donde se pueda discutir sobre la relevancia de la culpabilidad —como en el caso del error de prohibición—, las «estructuras lógico-objetivas» de la culpabilidad no son un argumento

III. Formación funcional y «ético-social» de las reglas

1. Características comunes

Las dificultades de una determinación apriorística del contenido del concepto jurídico-penal de culpabilidad sugiere comenzar, en primer lugar, por la función dogmática del concepto de culpabilidad y, en un paso posterior, determinar los presupuestos de la culpabilidad. Este procedimiento se corresponde con el modelo de un concepto normativo de culpabilidad que define primeramente la culpabilidad como «reprochabilidad»¹⁴. En terminología teórico-científica: se comienza por la función del concepto de culpabilidad, no por sus criterios¹⁵. Si uno se detiene en esta definición se obtiene como resultado un concepto de culpabilidad puramente formal¹⁶ que no resulta idóneo como punto de partida para la formación dogmática de reglas. Y ello porque para la pregunta decisiva de cuándo debe reprochársele al autor el hecho bajo la perspectiva de la culpabilidad, la respuesta «la culpabilidad es reprochabilidad» no ofrece nada. Se precisa un criterio de selección que permita distinguir entre factores relevantes e irrelevantes para el reproche.

Para la obtención de este criterio existen dos puntos de partida posibles. Por un lado, puede preguntarse cuáles son los presupuestos a los que debe vincularse el reproche de la culpabilidad para que con ello el Derecho penal pueda satisfacer adecuadamente su función social. En estos casos se trata de adaptar el concepto de culpabilidad y el principio de culpabilidad a los imperativos funcionales del sistema jurídico-penal. Por otro lado, puede plantearse la pregunta de bajo qué presupuestos puede la sociedad, de manera justa, hacer responsables a sus miembros por sus hechos penales. En este caso se trataría de modelar, en una reflexión filosófico-moral, el concepto y el principio de culpabilidad hacia las exigencias de una justa administración de justicia.

idóneo. Quien quiera afirmar que no se puede discutir precisamente sobre esto, tendría que poder establecer, tanto para sus adversarios como para quienes solicitan un Derecho penal de la culpabilidad, una serie de premisas de las cuales va a derivarse una contradicción lógica sobre la negación de la relevancia del error de prohibición en la culpabilidad.

¹⁴ Reinhard FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Gießen 1907, p. 11.

¹⁵ Sobre esta distinción *cfr.* Stephen TOULMIN, *Der Gebrauch von Argumenten*, Gießen 1975, pp. 32 y ss.

¹⁶ Arthur KAUFMANN denomina la concepción a la que obliga esta comprensión de la culpabilidad como «nominalismo de la culpabilidad» (*Schuldnominalismus*). *Cfr.* Arthur KAUFMANN, «Das Problem der Schuld», en: *idem*, *Über Gerechtigkeit*, Köln y otros, 1993, pp. 47 y ss., 58.

Antes de pasar a confrontar ambas posiciones, deben constatarse, en primer lugar, algunas características comunes que existen en comparación con el concepto ontológico de culpabilidad. Ambas concepciones están de acuerdo en que el juicio de culpabilidad es un acto de atribución de culpabilidad y no una formulación del conocimiento del ser. El juicio de culpabilidad no es descriptivo sino adscriptivo; la culpabilidad no se constata sino que se atribuye. Al mismo tiempo, ello significa que la culpabilidad del autor se constituye primeramente a través de los factores, por separado, que han sido declarados relevantes para la culpabilidad¹⁷. Por ello, ambas posiciones únicamente se corresponden con una formación inductiva del concepto de culpabilidad. La culpabilidad no es, por lo tanto, una serie de circunstancias que un hombre lleva adheridas en un momento temporal determinado. Más bien, la culpabilidad es la totalidad de los presupuestos bajo los cuales el ordenamiento jurídico deriva la responsabilidad jurídico-penal de un individuo por su acción antijurídica.

De esta constatación se derivan ciertas consecuencias para la estructura temporal de los presupuestos de la culpabilidad y, con ello, también para la superación dogmática de los casos de culpabilidad antecedente relevante para la punibilidad. Estos casos presentan a la dogmática del Derecho penal considerables dificultades ya que, en este punto, el comportamiento que debe (con)llevar el reproche de la culpabilidad yace con anterioridad a la acción a través de la cual el objeto del hecho es lesionado de manera inmediata. El Código penal alemán exige para el reproche culpable, en cambio, que el autor fuera capaz, en el momento de la comisión del hecho, de comprender el injusto del hecho y comportarse conforme a esta comprensión (artículo 20 del Código penal alemán). Naturalmente, como norma jurídico-positiva dicha determinación queda abierta al cambio. La cuestión decisiva es, por lo tanto, si el principio de coincidencia está instituido únicamente a través de un Derecho positivo susceptible de cambio o si se trata, como se afirma parcialmente¹⁸, de un elemento irrenunciable del principio prejurídico de culpabilidad.

¹⁷ Más detalladamente sobre este proceso, a la vista de la constitución de la culpabilidad en la medición de la pena, Ulfrid NEUMANN, «Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts ("Punktstrafe", "Spielraumtheorie", "Normalfall")», en: *Festschrift für Günther Spendel*, editado por Manfred Seebode, Berlín / Nueva York, 1992, pp. 435 y ss.

¹⁸ Especialmente claro en ROXIN, «Bemerkungen zur actio libera in causa», en: *Festschrift für Karl Lackner*, editado por Wilfried Küpper, Berlín / Nueva York, 1987, pp. 307 y ss.

Si, partiendo de la base del concepto normativo de culpabilidad, se entiende por culpabilidad la atribución de responsabilidad, entonces no cabe una fundamentación prejurídica del principio de coincidencia. Dado que en este punto resulta sugerente defender la suprapositividad del principio de coincidencia haciendo referencia a las supuestas «estructuras lógico-objetivas», me gustaría explicar esto rápidamente.

En tanto que para el reproche de culpabilidad se exija la capacidad de comprensión y conducción del autor, ésta sólo tiene sentido si se refiere a la acción por la que el autor debe ser hecho responsable. Ello debe ser concedido sin más a los defensores del principio de coincidencia. Si se trata de una lesión corporal cometida bajo los efectos del alcohol, entonces no puede desempeñar papel alguno que el autor estuviera totalmente sobrio unas horas antes mientras regaba las plantas. Lo decisivo en este punto es, en primer lugar, la relación funcional de la capacidad de comprensión y conducción con la acción típica. De esta relación de la capacidad de comprensión y conducción con la acción típica se deduce la exigencia de la coincidencia temporal en el hecho. Ello se debe a que la conducción de la acción sucede con respecto a la ejecución de la acción. Por ello, la relación funcional se corresponde necesariamente con una coincidencia temporal. El que el autor, estando sobrio, haya elaborado en días anteriores el plan de cometer un determinado hecho penal, es, en principio, tan irrelevante como su sobriedad mientras regaba las plantas.

Esto no significa que el requisito de capacidad simultánea de conducción sea un elemento irrenunciable del reproche de culpabilidad. Uno no debe dejarse engañar por la metáfora de la «capacidad de culpabilidad». La cuestión de si puede hacerse un reproche culpable pese a la incapacidad de conducción en el momento del hecho, no es una cuestión de relación conceptual y, sobre todo, no es una cuestión ontológica¹⁹. Se trata exclusivamente de una cuestión de la adecuación al fin de la imputación jurídico-penal, es decir, de la justicia de la impu-

¹⁹ Contra la concepción, fundamentada sobre la interpretación suprapositiva del principio de coincidencia, de que la culpabilidad es una cualidad del autor susceptible de fijación temporal, acertadamente Franz STRENG, «Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand», en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989), pp. 273 y ss., 310, y también Björn BURKHARDT, «Tatschuld und Vorverschulden», en: Albin ESER y otros (eds.), *Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*, Baden-Baden, 1986, pp. 147 y ss., 165 y ss. Así como la culpabilidad es una consecuencia jurídica, también lo es la «incapacidad de culpabilidad». Acertadamente Joachim HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Berlín / Nueva York, 1976, p. 73.

tación jurídico-penal. A la vista del principio de coincidencia, la determinación de una excepción no resulta problemática, tal y como prevé el Código penal suizo²⁰. Si se parte de un concepto normativo de culpabilidad, la culpabilidad se atribuye, sin relación alguna con las circunstancias de la culpabilidad preexistentes, según los criterios de la adecuación al fin o de la justicia.

Sin embargo, en este «o» se separan ahora los caminos. Si uno se sitúa en el punto de vista de la adecuación al fin, entonces se obtiene una interpretación funcional del concepto de culpabilidad, la cual determina el contenido de éste conforme a criterios de prevención. Si uno se orienta hacia el punto de vista de la justicia, entonces la pregunta reza bajo qué presupuestos puede hacerse a alguien responsable, de manera justa, por una acción antijurídica. Voy a sostener la tesis de que ambas vías finalmente se reconcilian. No obstante, al comienzo del camino ambas se dirigen en direcciones contrapuestas.

2. *El modelo tecnológico-social*

La primera alternativa se realiza de manera ejemplar en la contestación que *Jakobs* ofrece a la pregunta acerca de la relación entre culpabilidad y fin de la pena: «Sólo el fin otorga contenido al concepto de culpabilidad»²¹, a saber, el fin de la prevención general que conocidamente *Jakobs* entiende en el sentido de una «prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma»²². El concepto funcional de culpabilidad resultante es necesariamente un concepto normativo de culpabilidad²³. Si la culpabilidad se determina a través de la prevención general, entonces los criterios del concepto deben establecerse de tal manera que el autor pueda ser penado cuando su castigo es necesario para la estabilización de la confianza general en la norma. De acuerdo con *Jakobs* este es el caso cuando la falta de disposición del autor de motivarse conforme a la norma afectada, no pue-

²⁰ Artículo 12 del Código penal suizo.

²¹ Günther JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976, p. 14.

²² Günther JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berlín 1991, 1/15.

²³ Sobre la relación entre el concepto funcional y el normativo de culpabilidad más detalladamente, Ulfrid NEUMANN, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit», en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 99 (1987), pp. 567 y ss., 577 y ss., con nota 41.

de comprenderse de tal manera que «no afecte tangencialmente a la confianza general en la norma»²⁴. En este caso, el autor es competente por su falta de motivación jurídica y esta competencia es la culpabilidad.

No se discute que con la ayuda de este modelo pueden aclararse determinadas reglas de la imputación mejor que sobre la base del concepto tradicional orientado hacia el poder actuar de otro modo. En el ejemplo del estado de necesidad exculpante (artículo 35 del Código Penal alemán)²⁵: la exculpación del autor es aquí posible porque la acción puede ser explicada en base a las circunstancias especiales de la situación; se atribuye a la mala suerte, a la situación de necesidad y no al autor. De ello también se deduce la regla de excepción para personas a las cuales obliga un deber especial de soportar el peligro: desde la perspectiva del poder actuar de otro modo, esta regla de excepción no es comprensible; la presión motivacional en situaciones de necesidad puede ser tan grande para los miembros de los grupos de profesionales en cuestión como para otras personas. La regla de excepción para las personas con un deber especial de soportar el peligro sólo puede aclararse bajo puntos de vista preventivos: para los miembros de estos grupos la situación de necesidad no es casualidad sino un elemento del riesgo característico de la profesión. Precisamente en estos casos debe poderse confiar en la disposición de compromiso de las personas a las cuales pertenece la tarea de ayudar en situaciones de necesidad.

El ejemplo muestra que el valor explicativo del principio funcional debe considerarse muy alto. Sin embargo, para la pregunta sobre la legitimación de las reglas jurídico-penales de imputación, uno no puede quedarse en este modelo puramente funcional. Los peligros que para el Derecho penal del Estado de Derecho pudieran resultar de una funcionalización consecuente del concepto de culpabilidad, pueden resumirse en la siguiente fórmula: un concepto de culpabilidad cuyo contenido está determinado completamente por las necesidades preventivas no es adecuado para delimitar la pena necesaria preventivamente según la medida de su adecuación a la culpabilidad. Amenaza una unificación de principios cuya contraposición es el presupuesto de una delimitación —ofrecida jurídico-estatalmente— de las intervenciones jurídico-penales.

²⁴ Günther JAKOBS, *op. cit.* (nota 22), 17/1.

²⁵ Para lo que sigue, Günther JAKOBS, *op. cit.* (nota 21), pp. 20 y s., e *idem*, *op. cit.* (nota 22), 20/4.

Esta objeción, habitualmente alzada contra *Jakobs*²⁶, es convincente a primera vista. Una limitación externa de la pena necesaria preventivamente, a través del principio de adecuación de la pena a la culpabilidad, no es de hecho posible cuando los criterios de la culpabilidad son determinados precisamente por esta necesidad. Sin embargo, entra en consideración una limitación interna cuando, y en tanto que, el modelo funcional tenga que recurrir, por motivos de eficiencia, a reglas de imputación justas, esto es, vividas como justas (palabra clave: prevención general positiva a través de la pena justa)²⁷.

En qué medida la acentuación de la prevención general positiva posibilita, esto es, fuerza de hecho la orientación del Derecho penal hacia las representaciones de justicia de la población, depende de los mecanismos sociales conforme a los cuales se configura el efecto preventivo general de la pena²⁸. La multitud de modelos que van desde principios sistémico-teóricos²⁹, pasando por los psicoanalíti-

²⁶ Entre otros por Günther STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg / Karlsruhe 1977, p. 25; Arthur KAUFMANN, *op. cit.* (nota 16), p. 58; Claus ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1*, 3.^a ed., München 1997, § 19 n.m. 34.

²⁷ Sobre esta concepción (con diferencias en los detalles), Heinz MÜLLER-DIETZ, «Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention», en: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, editado por Theo Vogler, Berlín 1985, pp. 813 y ss.; Karl-Ludwig KUNZ, «Prävention und gerechte Zurechnung», en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 98 (1986), pp. 823 y ss., 832; Ulfrid NEUMANN, *op. cit.* (nota 23), pp. 586 y ss. Fundamental Peter NOLL, «Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», en: *Festschrift für Hellmuth Mayer*, editado por Friedrich Geerds / Wolfgang Naucke, Berlín 1966, pp. 219 y ss., 223 y s., 233, y Claus ROXIN, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, editado por Arthur Kaufmann y otros, München 1979, pp. 279 y ss., 304 y s. Últimamente, Michael BOCK, «Ideen und Chimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention», en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 103 (1991), pp. 636 y ss., 652 y s.

²⁸ Sobre los mecanismos específicos para el efecto de la prevención general positiva, Dieter DÖLLING, «Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?», en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102 (1990), pp. 1 y ss., 14 y ss.; Michael BAURMANN, «Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie positiver Generalprävention», en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, pp. 261 y ss. Críticas sobre la falta de constatación empírica de la teoría de la prevención general positiva en la literatura reciente, por ejemplo, Wolfgang LÜBERSSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt/M. 1995, p. 31; Walter KARGL, *Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht*, Heidelberg, 1995, p. 24; Wolfgang NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt/M. 1996, p. 31.

²⁹ Aparte de los trabajos de JAKOBS debe nombrarse aquí a Hans ACHENBACH, «Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld», en: Bernd SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín y otros, 1984, pp. 135 y ss.

cos³⁰, hasta teorías de la pena «justa»³¹, pueden agruparse bajo el criterio de hasta qué punto domina en ellos el momento tecnológico-social o comunicativo. Formulado simplícidamente: depende de si la prestación preventivo-general se realiza cuasi a las espaldas de los ciudadanos; de si la reacción del ciudadano al hecho penal y la pena es vista como parte de una relación funcional sociológica; o de si las representaciones de una pena «justa» son tomadas en serio como tales.

El modelo de la prevención general positiva de *Jakobs* se declara expresamente a favor de un modelo tecnológico. *Jakobs* lo formula como sigue: «Los límites que son fijados por una culpabilidad determinada por el fin preventivo general, no se desarrollan (...) allí donde deberían desarrollarse según la opinión de los “buenos ciudadanos” como destinatarios de la culpabilidad y la pena por culpabilidad, sino que deben desarrollarse para mantener la confianza en la norma. No se trata de lo que el delincuente se ha “ganado” conforme a la opinión general, sino de lo necesario para el mantenimiento de la confianza»³². La tesis contraria³³ sería: «Los límites que son fijados por una culpabilidad determinada por el fin preventivo general se desarrollan precisamente allí donde deben desarrollarse según la opinión del “buen ciudadano”. Lo necesario para el mantenimiento de la confianza es precisamente lo que el delincuente se “gana” según la opinión general».

3. *El significado de las representaciones de la justicia*

Un exceso de imputación no conduce a una ganancia de estabilidad social, sino a una pérdida de la misma. Ello se debe a que las expectativas que constituyen el presupuesto de una planificación de la vida

³⁰ Ejemplar Franz STRENG, «Schuld, Vergeltung, Generalprävention», en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92 (1980), pp. 637 y ss.; Bernhard HAFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau/Frankfurt/M. 1976.

³¹ Ejemplar, Winfried HASSEMER, «Generalprävention und Strafzumessung», en: Winfried HASSEMER / Klaus LÜDERSEN / Wolfgang NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt/M. 1979, pp. 29 y ss., Karl-Ludwig KUNZ, *op. cit.* (nota 27), pp. 823 y ss.

³² Günther JAKOBS, *Schuld und Prävention*, *op. cit.* (nota 21), p. 33; de acuerdo, Franz STRENG, *op. cit.* (nota 30), p. 664. Sobre el «estado del orden» como límite de la exculpación individualizadora, Günther JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, pp. 92 y ss.

³³ Una relativización de la oposición entre la perspectiva orientada a la justicia y la funcional en Günther JAKOBS, «Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alt-europäischem” Prinzipiendenken», en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107 (1995), pp. 843 y ss., 867 con nota 52.

sensata, no sólo existen a la vista de la ausencia de las lesiones de intereses mediante actividades criminales; el particular debe confiar, de igual manera, en que no se va a convertir arbitrariamente en una víctima de la justicia penal estatal³⁴. Esto significa que los presupuestos para la imposición de una pena tienen que estar determinados de tal forma que el particular tenga la posibilidad de evitar las sanciones. De ello se derivan determinados requisitos con respecto a la reprochabilidad subjetiva del hecho. La responsabilidad por pertenencia a un clan sería tan poco compatible con lo expuesto como una estricta responsabilidad por el resultado, lo cual significa que en la lógica del principio funcional se encuentra el hecho de que no sólo hay que proteger la confianza en las normas del Código penal. También están necesitadas de protección las expectativas de los ciudadanos de no convertirse en víctimas de una persecución penal arbitraria.

Conceptualmente puede distinguirse aquí entre una confianza en la eficacia de normas concretas y una general «confianza en el sistema». Por lo que se refiere a la estabilización de las normas concretas, la reacción del Derecho penal es, conforme a un modelo funcional, tendencialmente desmedida. La constatación de la norma puede también servir, precisamente, a un castigo excesivo de las acciones que lesionan la norma. Si, por el contrario, se trata de estabilizar la confianza en el ordenamiento jurídico, entonces la pena tiene que poder aceptarse como reacción adecuada frente al hecho penal. Los excesos de punición mermarían esta confianza en la misma medida que una moderación incomprensible. Es decir, en todo caso la reacción jurídico-penal debe coincidir fundamentalmente con las representaciones sociales de la pena justa. Desde la perspectiva de la limitación interna, inmanente a la teoría, la frontera decisiva transcurre entre prevención general referida a la norma en concreto y la referida al sistema, no entre prevención general positiva y negativa³⁵.

No se busca, por lo tanto, la pena efectiva en un sentido técnico, sino la pena justa (y sólo por ello también eficaz). La idoneidad de la pena con respecto al fin es una función de su adecuación a la culpabilidad, pero la adecuación a la culpabilidad no es una función de su idoneidad con respecto al fin. A pesar de ello, semejante modelo de prevención integradora sigue siendo tributario de una línea de pensa-

³⁴ Fundamental sobre ello, Norbert HOERSTER, «Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens», en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1970, pp. 272 y ss.

³⁵ Similar, si bien diferenciando entre efectos preventivo-generales a corto y a largo plazo, Kai HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmaBige Strafzumessung*, Berlín 1992, p. 111.

miento instrumental. Y ello debido a que en el marco de este modelo, la «justicia» no indica una magnitud normativa, sino una magnitud empírica introducida con precisión en el cálculo preventivo. Lo relevante para la punición son las representaciones sociales de la justicia, esto es, los hechos sociales y no las derivaciones normativas. La diferencia respecto a los modelos preventivo-generales tecnológicos no radica en el principio sino en el análisis: la afirmación de una teoría de prevención general orientada ético-socialmente consiste en que las expectativas sociales de punición no son transmitidas por mecanismos previos a la conciencia, por mecanismos sociales o de psicología colectiva, sino por representaciones manifiestas de la justicia. Las representaciones de la justicia, empero, pertenecen al nivel de la facticidad y no al de la normatividad. Para la legitimación de las reglas jurídico-penales de la imputación tampoco es adecuado el modelo funcional completado con la perspectiva de la ética social. La legitimación precisa de un cambio de perspectiva.

4. *Transición a las perspectivas internas*

Quien tematiza las representaciones de la justicia y los intereses de estabilización hace referencia, con ello, a un punto de vista externo frente al curso de los acontecimientos sociales. Analiza las estructuras y los mecanismos de la sociedad desde una posición situada fuera de esta sociedad. Ello puede compararse con un etnólogo que se interesa por los usos exóticos de una cultura extranjera, pero que al mismo tiempo también toma distancia científica respecto al conocimiento. Esta posición se corresponde con el acceso objetivante de la reflexión científica, pero no debe mantenerse frente a las reglas sociales de la responsabilidad. El particular toma parte, como miembro de la sociedad, en las representaciones de la justicia de ésta. Fuera del acto distanciante del análisis científico, dichas representaciones son para él modelos de interpretación de la realidad social. Frente a determinadas lesiones de las normas sociales, todo individuo toma, espontáneamente, una posición interna. Como observador de la sociedad puede conformarse con la descripción de las reacciones sociales; como miembro de la sociedad, él mismo toma, necesariamente, posición. También para el penalista la pregunta es si *está* justificado hacer responsable a un autor pasional por su acción y no si se considera justificado³⁶. El

³⁶ Una defensa convincente y diferenciada de la perspectiva interna en la atribución de culpabilidad se encuentra recientemente en KINDHAUSER, «Rechtstreue als

principio de culpabilidad se refiere a la pregunta de bajo qué presupuestos puede ser hecho responsable personalmente un autor por su hecho. Esta cuestión puede y debe ser discutida como una cuestión normativa.

Naturalmente, las representaciones sociales de la imputación jurídico-penal justa pueden y deben someterse a un control normativo. Las medidas de dichos controles son más o menos las siguientes: el conocimiento de la experiencia sobre las disposiciones de actuación, el examen del efectivo mecanismo de las necesidades de pena colectivas, los criterios de consistencia de las reglas jurídico-penales de la imputación, etc. Dado que no existen meta-reglas vinculantes para la creación de reglas justas de la imputación, todas las reglas son, en principio, dispositivas. Lo que no es dispositivo es el esquema binario de la responsabilidad, el cual obliga a intentar comprender las reglas de la imputación susceptibles de fundamentación.

Schuld-kategorie», en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107 (1995), pp. 701 y ss. *Cfr.* también la propuesta de LÜDERSSEN de un «Derecho penal de la experiencia comunicativa», en LÜDERSSEN, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropaischem' Prinzipiendenken», en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107 (1995), pp. 877 y ss.