

Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal

Claus Roxin¹

I. El principio de culpabilidad como columna vertebral de la imputación objetiva y subjetiva

Ninguna categoría penal es tan discutida como la de la culpabilidad, y ninguna es tan imprescindible. Su discusión se basa en malentendidos, su imprescindibilidad en que constituye el criterio central de toda imputación. La imputación de un acontecimiento externo a un sujeto determinado -en el futuro tal vez también a agrupaciones de personas¹ - constituye el único contenido de la dogmática penal. Por ello ningún Derecho Penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad; se lo puede designar de otro modo, pero no anular.

Una palabra por anticipado respecto a los malentendidos con los que se carga el concepto de culpabilidad en el Derecho Penal desde hace mucho tiempo. Si alguien comete un delito -por ejemplo perpetra un robo o mata a una persona-, entonces éste es un suceso que va mucho más allá del Derecho Penal. Tiene dimensiones sociales, éticas, religiosas, a veces también políticas o metafísicas, que todos nosotros tratamos de abarcar con el concepto de culpabilidad. Para darle a su disciplina mayor rango, los penalistas se han apoyado a menudo en otras ciencias como la teología, la filosofía o la sociología y han transferido la concepción de culpabilidad de estas ciencias a su ámbito; o se han orientado hacia las ciencias naturales, que no conocen la culpabilidad, y han tratado de imponer al Derecho Penal su ideal de exactitud libre de ella. Todos éstos son caminos equivocados. Al Derecho Penal no le interesan las definiciones de culpabilidad de otras disciplinas y menos aún la metafísica. El juez penal no ejerce una función de juez divino suplente y tampoco puede hacer enunciados éticos que sean más obligatorios que las concepciones morales del ciudadano normal, sin formación jurídica. Preguntas sobre la culpabilidad, como son tratadas en la gran literatura², pueden ser un objeto legítimo de la filosofía del derecho, pero ésta es una parte de la filosofía y no de la jurisprudencia.

La dogmática penal, y con ello regreso a mi exposición inicial, sólo trata de establecer bajo qué condiciones y en qué medida alguien puede ser hecho responsable por un acto social dañoso, de modo que dé lugar a alguna de las sanciones de este ámbito jurídico. En la determinación de la responsabilidad, el principio de culpabilidad juega un papel preponderante, si bien no exclusivo. A veces se olvida que él no sólo es un elemento central de aquella categoría del delito, que hoy única e imprecisamente es denominada "culpabilidad" y bajo la cual se resumen materias como la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento del injusto, etcétera, sino también, más allá de ello, que es en gran medida efectivo en el ámbito del injusto, ya que tiene la función de eliminar producciones casuales de resultados³. La eliminación de la casualidad y, con ello, la superación del Derecho Penal de resultado es, desde el punto de vista histórico, uno de los más grandes logros del principio de culpabilidad. Recién cuando es seguro que la causación de un resultado no se basa en la casualidad, sino que se ha originado en una conducta que le es objetivamente imputable al autor, se presenta la siguiente pregunta, también contestable con ayuda del principio de culpabilidad, de si la situación interior del sujeto permite una imputación subjetiva, si él, por lo tanto, es "culpable" en el sentido que hoy le damos al término⁴. El principio de culpabilidad es, por tanto, la columna vertebral tanto de la imputación objetiva como de la subjetiva.

II. La parte externa del principio de culpabilidad: la eliminación de la casualidad

A continuación me quiero referir sobre todo a la imputación subjetiva, que hoy se vincula casi exclusivamente con el concepto de culpabilidad, pero también sobre la aparente paradoja de la importancia del principio de culpabilidad para el injusto. La eliminación de la casualidad, a la que he caracterizado como la parte externa de principio de culpabilidad, se alcanza, según la opinión general dominante, mediante la teoría de la imputación objetiva. Cursos causales sólo son imputables si se manifiestan como la actuación de un riesgo no permitido creado por el autor⁵. Si no lo son, atribuimos el resultado a la casualidad y exoneramos al autor de su causación.

Esto parece hoy casi trivial, pero es la consecuencia de un desarrollo que ha tenido lugar en la dogmática penal recién en los últimos treinta años. Durante mi época de estudio, en los años cincuenta, todavía se trataba el problema de la casualidad casi exclusivamente en los casos de delitos culposos y se solucionaba con conceptos como "previsibilidad"⁶ y "evitabilidad"⁷, que aún deambulan en la teoría de la imprudencia. Pero estos conceptos son poco aptos para la eliminación de la casualidad, dado que todo lo que es posible es previsible; ya que las casualidades, como se sabe, siempre se repiten, también son previsible. Y también son evitables, si se omiten las actividades que las hacen posibles. Recién cuando se hace la pregunta de si el resultado reside en el riesgo no permitido creado por el autor, se ha comprendido dogmáticamente con corrección el problema de la casualidad y la parte externa del principio de culpabilidad⁸. La circunstancia de que el principio de culpabilidad produzca sus efectos -si ustedes me permiten esta cuantificación más bien retórica- ya en el ámbito del injusto, no nos debe confundir, dado que el injusto completo pertenece a los presupuestos de la culpabilidad, es decir, a las circunstancias de la culpabilidad en sentido amplio, y que lo que excluye el injusto, excluye naturalmente también la culpabilidad.

III. Culpabilidad como realización del injusto a pesar de la

capacidad de reacción normativa

Con esto llego a los requisitos internos de la imputación, que hoy son tratados en una categoría sistemática propia como "culpabilidad". ¿Qué condición subjetiva debe presentar el autor para que se pueda hablar de "culpabilidad" en este sentido? La respuesta generalizada desde el punto de vista dominante del principio normativo de culpabilidad, de que culpabilidad es "reprochabilidad"⁹ no aclara la pregunta. También se podría decir que la culpabilidad es imputación subjetiva. Estos conceptos comprensivos, pero carentes de contenido, nada dicen entonces sobre lo que realmente se reprocha o se imputa

subjetivamente.

Mi concepción, que he sustentado desde siempre, es la siguiente: culpabilidad en el sentido del Derecho Penal es la realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de conducirse de allí derivada ¹⁰. Para demostrarlo con un ejemplo trivial: parto de la premisa de que es un delito cruzar una calle con semáforo en rojo, y veo que ustedes se detienen ante cada semáforo en rojo hasta que se pone verde, pero al final, porque tienen apuro para tomar un tren, cruzan corriendo una calle con el semáforo en rojo; entonces ustedes han actuado culpablemente. Se debe afirmar tanto el elemento intelectual como el volitivo de la reacción normativa, porque su actitud inicial regular de permanecer detenidos en caso de "rojo", indica claramente que ustedes comprenden el mensaje de la norma: "en caso de rojo, hay que detenerse", y pueden conducir su acción de acuerdo con esta indicación. Ustedes son capaces de reaccionar normativamente. Si ustedes, a pesar de eso, cruzan la calle, actúan culpablemente.

Tomemos el ejemplo contrario: si un demente no puede entender, que y por qué no se debe cruzar la calle con el semáforo en rojo, entonces él no es capaz de reaccionar normativamente y, de este modo, es inculpable. Lo mismo es aplicable si un individuo, en principio mentalmente sano, en un caso de desbordamiento de las emociones a través de la anulación de todas las instancias de control psíquico, pierde completamente toda capacidad de conducirse. Un loco homicida semejante todavía puede ver y entender el semáforo, pero la norma ya no llega más a su aparato psíquico de conducción, si él, como consecuencia de la pérdida de toda capacidad inhibitoria, se lanza a la calle con ciega furia.

Es sencillo ver que con este modelo también se puede explicar la exclusión de la culpabilidad en caso de error de prohibición inevitable. Quien de ninguna manera puede reconocer que hace algo prohibido, sea porque proviene de un país con reglas completamente diferentes, sea por lo lejano de la disposición penal, sea porque la jurisprudencia ha calificado la conducta hasta ese momento como permitida, a él la norma no puede darle indicaciones determinantes de conducta, y por ello es inculpable.

IV. Otras concepciones de culpabilidad

Naturalmente hay muchas otras concepciones de culpabilidad, que compiten con mi concepto, el que he esquematizado de una manera muy simple. Tres corrientes especialmente influyentes conciben la culpabilidad en parte como actitud anímica jurídicamente reprochable, en parte como responsabilidad por el carácter propio y, en parte, como una imputación por necesidades de prevención general. Su análisis detallado exigiría un libro. Pero incluso en la brevedad aquí necesaria se pueden realzar fácilmente los puntos centrales de la crítica.

1. Culpabilidad como actitud anímica reprochable

La teoría según la cual la culpabilidad consiste en una actitud anímica reprochable del autor, encontré, a partir de Gallas ¹¹, numerosos partidarios en la literatura (como Jescheck ¹², Wessels ¹³ y Schmidhäuser ¹⁴). Yo no me voy a ocupar aquí de las diferencias de estas concepciones, sino que me limitaré a tres objeciones fundamentales ¹⁵. En primer lugar, el criterio de desaprobación o reprochabilidad que caracterizaría a la actitud anímica del autor culpable, no contiene ninguna medida de contenido para el afirmado déficit anímico. Qué en la actitud anímica del autor, y sobre qué bases, es censurable, no está contenido en el concepto de censura. En este sentido, él no abarca más que la característica de la reprochabilidad, que ya designáramos como vacía de contenido. En segundo lugar, la tesis de la culpabilidad como disvalor anímico no es aplicable a la culpa inconsciente; si el autor no se da cuenta de que está realizando un tipo delictivo, es decir, si el hecho no es un proceso psíquico, no se puede establecer un ánimo relativo al hecho, en el que se pueda fundar el reproche. Y en tercer lugar, no me convence esta teoría ni siquiera para los delitos dolosos: si un asesino de masas inimputable comete hechos terribles y crueles, el ánimo que allí se refleja me parece digno de desaprobación. Si las causas que motivan al autor son viles, y si él puede ser hecho responsable por la vileza de su ánimo, son dos preguntas distintas. Por lo tanto, es incorrecto asignarle a un asesino trastornado mentalmente (pero también a la mayoría de los otros autores dolosos que son inimputables) un ánimo intachable. No son absueltos por su actitud anímica leal, sino por su incapacidad de reaccionar ante la norma.

2. Culpabilidad como responsabilidad por el propio carácter

Una teoría que se remonta a Schopenhauer ¹⁶ ve la culpabilidad en el hacerse cargo del propio carácter, que se revela en el hecho. Cada uno es responsable por su personalidad puesta de manifiesto en el delito, independientemente de las circunstancias que hayan hecho del autor lo que es. Entre los seguidores de esta concepción encontramos a Dohna ¹⁷ y Heinitz ¹⁸, pero por sobre todo a Engisch ¹⁹ y hoy al penalista portugués Figueiredo Dias ²⁰, quien presenta una variante existencialista de este modelo de culpabilidad, según la cual el hombre decide por sí mismo sobre su ser, es decir sobre su naturaleza y luego es responsable por ello. A esta posición, que seduce por su resolución, hay que hacerle dos objeciones contundentes. En primer lugar, la tesis de que cada uno debe hacerse cargo de su carácter, si bien es una afirmación interesante, no puede ocultar la falta de toda fundamentación concluyente. En una consideración más sobria, argumentos convincentes hablan en contra de ella. Si existe un acuerdo total sobre el hecho de que anomalías físicas (como por ejemplo una joroba, la parálisis o la ceguera) no se le pueden reprochar a quien las sufre, no es comprensible por qué habría que comportarse de otra manera ante anomalías psíquicas. Esto es válido independientemente de si los defectos psíquicos son congénitos o si hay que atribuirlos a condiciones desfavorables de socialización, dado que en ninguno de los casos "es culpable" por esos defectos el que los sufre, como correctamente se dice en el lenguaje coloquial ²¹. El segundo argumento contra la teoría de la culpabilidad por el carácter reside en que no puede explicar satisfactoriamente el caso más indiscutido de ausencia de culpabilidad, la inimputabilidad. Seguramente habrá ejemplos para el caso de que un acto, consecuencia de una lesión cerebral, sea ajeno a la personalidad y, por eso, según esta concepción, también sea cometido sin culpabilidad. Pero, por lo general, el acto de una persona inimputable, si bien es expresión, por ejemplo, de una personalidad esquizofrénica, psicótica o neurótica en alto grado, es también expresión de una personalidad así formada. Si cada uno tuviera que hacerse cargo de su personalidad, de cualquier índole ésta sea, no sería más explicable la exculpación del autor ²².

3. Culpabilidad como imputación por necesidades de prevención general

Objeto de calurosas discusiones en los últimos años fue el concepto funcional de culpabilidad de Jakobs ²³, según el cual la

culpabilidad es idéntica con las necesidades de prevención general. Así, la culpabilidad de un autor no depende de sus condiciones psíquicas, sino de que el castigo sea o no indicado para la estabilización de la confianza en el ordenamiento social. Si un autor impulsivo, incapaz de inhibición, puede ser tratado exitosamente, se puede restablecer la paz social con su internación en un sanatorio, de modo que no es necesario castigarlo y puede ser declarado inculpa. Si no existe una posibilidad de tratamiento, no debería ser reconocido el efecto exculpante de la alteración de los instintos, de modo que el autor, por razones de prevención general, debería ser declarado culpable y ser castigado. Culpabilidad, entonces, no es algo real y comprobable, sino una mera imputación. Esta concepción se debe rechazar porque, si bien conserva el concepto de culpabilidad en cuanto a la designación, lo abandona en cuanto al objeto, y basa la imputación subjetiva solamente en necesidades de prevención general. Yo no niego, como ya lo explicaré, que la imputación subjetiva también esté influida por necesidades preventivas. Pero reducirla a eso, y aceptar la culpabilidad y la punibilidad sólo porque eso parece socialmente necesario, para decirlo con Jakobs, para la "práctica de la fidelidad al Derecho", no es aceptable. Pues entonces, el individuo no es más tratado según la medida de su propia personalidad, sino sólo como instrumento de intereses sociales. Una instrumentalización semejante atenta contra la dignidad humana y, ya por eso, no puede resultar una concepción de culpabilidad defendible ²⁴.

V. Capacidad de reacción normativa, poder actuar de otra manera y libre albedrío

Me quedo con lo dicho: culpabilidad es un actuar antijurídico en el caso de capacidad de reacción ante la norma. Esta tesis es también la más compatible con el § 20 StGB -parágrafo veinte del Código Penal-. Dado que quien "sea incapaz de reconocer el injusto de un hecho", es tan incapaz de reaccionar ante una norma como aquel que no está en condiciones de "actuar según este conocimiento". La falta de facultad de reconocimiento y la falta de facultad de inhibición o conducción se pueden resumir como casos en los cuales el autor no es accesible para el imperativo de la norma. ¿Cómo actúa una concepción de culpabilidad tal con respecto al criterio del poder actuar de otra manera y cómo con respecto al problema del libre albedrío, que aún hoy juegan un papel importante en la discusión de la culpabilidad? Como se sabe, la jurisprudencia ve la esencia de la culpabilidad en el hecho de que el autor "se haya decidido por el injusto, a pesar de que podría haberse conducido conforme a derecho, haberse decidido por el derecho" (BGHSt 2, 200). La jurisprudencia reconoce, por lo tanto, en el poder actuar de otra manera el elemento esencial de la culpabilidad, y lo reduce a la facultad del individuo de autodeterminación ética libre, y, con ello, al libre albedrío. Una gran parte de la doctrina sigue este criterio ²⁵.

Mi concepción se concilia con esta extendida teoría, pero no depende de ella. Permítanme que lo explique: si alguien comete un injusto típico, no obstante que su capacidad de reacción ante la norma, en la situación concreta, está fuera de duda, entonces decimos que él debería y podría haberse comportado de otra manera, y por eso hay que declararlo culpable. Pero únicamente la capacidad de reaccionar ante la norma es accesible a constataciones empíricas y, en este sentido, a pesar de muchas dificultades, en principio demostrable. Pues si alguien está en condiciones de reconocer el injusto y si, o en qué medida, le falta o está disminuida la capacidad de conducirse, es algo que se puede establecer con métodos psicológicos o psiquiátricos. Incluso cada uno de nosotros puede establecer experimentalmente, en un modo lego, la disminución de la orientación intelectual y la capacidad de conducirse, cuando se emborracha suficientemente.

Por el contrario, el poder actuar de otra manera y el libre albedrío resultantes de la capacidad de reaccionar ante la norma no se pueden demostrar ²⁶. Recuerden el ejemplo, en el que un peatón, que siempre ha respetado el semáforo, finalmente cruza la calle en rojo. Sólo podemos saber que, en principio, esta persona se puede orientar según las normas del Derecho y está en condiciones de respetar las reglas de tránsito. Pero ningún mortal sabe si ella hubiera estado en condiciones de esperar ante este último semáforo a pesar de su apuro, o si las circunstancias que la presionaban a alcanzar el tren determinaron su decisión de cruzar la calle en rojo.

La facultad de determinar libremente la voluntad es, como se sabe, discutida científico-teóricamente desde siempre. Por cierto que ella es aceptada por muchos ²⁷ (icon especial fervor a menudo por penalistas!), también por muchos rechazada ²⁸ (preferentemente por científicos de las ciencias naturales), pero mayoritariamente es vista como incontestable ²⁹. Desde el punto de vista social-psicológico es por cierto así, que la mayoría de las personas tienen la sensación, por lo menos como regla, de poder actuar según su libre voluntad. Esto no demuestra mucho; así como la apariencia de que el sol gira alrededor de la tierra engaña, también puede engañarnos nuestra conciencia de libertad (también los locos se creen por lo general completamente normales). Pero la conciencia de libertad fundamental, al menos, una convención social, según la cual a personas, que en principio se pueden orientar según las normas, se les reconoce la capacidad de decidirse a favor o en contra de su cumplimiento. Esta concesión recíproca de libertad de decisión, que domina no sólo el ordenamiento jurídico sino también nuestra vida social y privada, es, como yo lo expreso, una "regla de juego social", una "imposición normativa", pero ningún hecho demostrable ³⁰.

Así vistas las cosas, la vieja disputa sobre si la culpabilidad es un estado real o una imputación y si debe ser localizada en la cabeza del autor o en la del juzgador, se debe contestar con un "tanto lo uno como lo otro". La capacidad de reaccionar ante la norma se puede establecer, en principio, como estado empírico en la psiquis del autor. La posibilidad de actuar de otra manera de aquí derivada es una imputación normativa, si bien fundada social-psicológicamente, a no ser que, desde el punto de vista de un estricto indeterminismo, se considere a la libertad de decisión humana también como realmente demostrable. Pero, por las razones ya mencionadas, esto no tiene relevancia, por lo que en resumen -y en contra de las enérgicas críticas de algunos colegas ³¹ - yo sigo la teoría hoy dominante, según la cual el problema gnoseológico y propio de las ciencias naturales del libre albedrío puede ser excluido de la discusión penal ³². Independientemente de cómo él esté construido, podemos partir, en el caso de capacidad de reaccionar ante la norma, del reconocimiento de la libertad recíproca de acción como un principio regulativo socio-políticamente razonable. La base real de la determinación de la culpabilidad sigue siendo la capacidad de reaccionar ante la norma, no la libertad humana de acción. Quien la funda sólo en ésta y la sobrecarga con todos los problemas correspondientes a diversas ciencias, se esmera demasiado, dado que, incluso aquél que quisiera acabar, como ideología idealista, con la libertad de acción misma en el sentido de una imposición normativa, podría y debería volver todavía al criterio de la capacidad de reaccionar ante la norma como único núcleo sustancial accesible a la investigación forense. Aquel a quien, a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma, actúa en forma contraria, a él se le imputa su actuar como

culpabilidad. Éste es un principio jurídico generalmente aceptado que, por eso, como otras reglas jurídicas básicas (como la obligatoriedad general de los contratos, o el principio de igualdad) no necesita ser problematizado.

VI. Cuestiones preventivas en la exculpación

Nuestro problema -y aquí llego a otro nuevo punto de vista decisivo- no se ha agotado con haber determinado a la culpabilidad como la capacidad de reaccionar ante la norma y a su exclusión como la falta de esa capacidad. Si observamos el estado de necesidad disculpante (§ 35 StGB -parágrafo treinta y cinco del Código Penal Alemán-), o el exceso en la legítima defensa (§33 StGB -parágrafo treinta y tres del Código Penal Alemán-), dos de las más conocidas causas de exculpación del Código Penal Alemán, reconocemos que, en caso de la presencia de alguna de ellas, la capacidad de reaccionar ante la norma, por regla general, no está excluida.

Probablemente haya casos en los que el miedo por la propia vida desborde todos los controles psíquicos; ellos estarían entonces en la misma condición que los casos del § 20 -parágrafo veinte-. Pero ello no sucede así en la mayoría de las situaciones del §35-parágrafo treinta y cinco-³³. Quien lesiona gravemente a un extraño para ayudar a un familiar en una situación de peligro físico todavía es capaz de reaccionar ante la norma. Si debiera, él podría actuar de otra manera. Esto se muestra en el hecho de que los individuos en algunas situaciones -por ejemplo, en la guerra- asumen, sin más, peligros para la propia vida, y que muchos ordenamientos jurídicos no conocen una exculpación tan amplia por estado de necesidad. Incluso hasta 1975 en nuestro Código Penal no se concedía la posibilidad de exculpación en caso de peligro para personas allegadas. El hecho de que también el vigente § 35 -parágrafo treinta y cinco- parte de una persistencia de la capacidad de reaccionar ante la norma se pone de manifiesto en que la exculpación según el § 35 I 2 -parágrafo treinta y cinco, párrafo uno, frase dos- es negada en el caso de creación propia del peligro, en determinadas circunstancias jurídicas, como las que subyacen a los oficios peligrosos, o en otros casos en que una conducta conforme a derecho sea exigible. Tales disposiciones sólo tienen sentido si el legislador parte de la capacidad del autor de reaccionar ante la norma y, con ello, de la posibilidad de comportarse de otra manera, dado que lo imposible no puede ser exigido incluso en los casos excepcionales del § 35 I 2 -parágrafo treinta y cinco, párrafo uno, frase dos-.

También el exceso en la legítima defensa por turbación, miedo o susto, es decir por razones de las así denominadas emociones asténicas, que son consecuencias típicas de un ataque antijurídico, es por lo general evitable. Esto muestra la práctica, en la que tales excesos son relativamente poco frecuentes. Y también el legislador es de esa opinión, pues él ni siquiera estaba seguro de que el § 33 -parágrafo treinta y tres- no fuera sólo una excusa absolutoria (como resulta de la variante "así no será castigado" en lugar de "actúa sin culpabilidad"). También sería superfluo el § 33 en los únicos casos de relevancia práctica, referidos a delitos imprudentes, cuando el autor, en tales casos, obra sin capacidad de reacción ante la norma, porque la imputación subjetiva de la imprudencia resulta improcedente, sin más, por inevitabilidad y hasta por no exigibilidad, como sucede, sobre todo, en el exceso en la legítima defensa.

En la mayoría de los casos, tampoco una disposición como el § 19 StGB -parágrafo diecinueve del Código Penal Alemán-: "No es punible quien al momento de la comisión del hecho no tiene aún catorce años", se puede explicar desde el punto de vista de la falta de capacidad de reaccionar ante la norma o según otras concepciones de la culpabilidad. Un menor de 13 -trece- años que le rompe el vidrio de la ventana a un vecino, sabe generalmente que esto no está permitido y, si no sufre de graves alteraciones de conducta, se puede conducir según ese conocimiento. Su padre lo reprenderá con razón y reirá cuando su atrevido hijo se remita a su falta de culpabilidad según el § 19 StGB -parágrafo diecinueve del Código Penal Alemán-.

Incluso, sería absurdo suponer que en una persona al cumplir 14 -catorce- años ingresa, de repente, una capacidad de culpabilidad, de la que antes carecía completamente³⁴. El texto de la ley debe ser entonces interpretado de otro modo que literalmente.

En los casos mencionados, cuya lista se podría ampliar fácilmente, no se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino de una causa de atenuación de ella. Está claro que la capacidad para dirigirse y a menudo también para la orientación mental está generalmente disminuida cuando se presenta uno de los peligros mencionados en el § 35 -parágrafo treinta y cinco-, cuando alguien se asusta ante una agresión ilegítima o cuando todavía se encuentra en edad infantil. Pero esto todavía no excluye la culpabilidad. De lo contrario, el legislador no podría ordenar excepciones a la exculpación en el § 35 -parágrafo treinta y cinco-; de lo contrario, debería ser ampliado el exceso en la legítima defensa a las emociones asténicas de alto grado (como extrema ira e indignación), que pueden tener la misma fuerza motivadora del exceso como las reacciones por miedo; y de lo contrario, muchos países violarían el principio de culpabilidad cuando imponen el límite de la punibilidad en los 12 -doce- años.

Si en situaciones del tipo de las descritas se desiste de un castigo, eso sucede porque el legislador no lo considera necesario, o, incluso, lo considera dañoso, por razones de prevención especial o general³⁵. Quien sólo en razón de un estado de necesidad comete un hecho típico, es leal al derecho en las situaciones normales de la vida y por eso no necesita una influencia resocializadora, dado que probablemente no se volverá a enfrentar a una situación tal. Pero si existiera este peligro, porque, por ejemplo, es bombero o policía, entonces se aplica el § 35 I 2 -parágrafo treinta y cinco, párrafo uno, frase dos- ("situaciones jurídicas especiales") y la exculpación es rehusada. Tampoco por razones de prevención general es necesario el castigo del autor en estado de necesidad, porque la población comprende su conducta y, por ello, no es necesaria una sanción penal para el restablecimiento de la paz social. Pero el legislador teme que esta comprensión no se mantenga si el autor mismo ha originado la situación de la que sólo se pudo salvar con una acción antijurídica. Por razones de prevención general, tampoco se puede aceptar que bomberos y policías eludan sus obligaciones invocando el § 35 -parágrafo treinta y cinco-. Por ello se niega la exculpación en todos estos casos³⁶. Me falta el tiempo para discutir³⁷ más de cerca los numerosos problemas individuales del § 35 -parágrafo treinta y cinco-, pero el juego de consideraciones de prevención especial y general en el desistimiento del castigo debería haber quedado claro.

Algo semejante sucede con el exceso en la legítima defensa. Quien, por perturbación, miedo o susto, excede los límites de la legítima defensa, no es una persona peligrosa ni necesita de mejoría. Su castigo tampoco es necesario por razones de

prevención general porque su conducta no tiene efectos contagiosos: nadie toma como ejemplo a un cobarde. Por el contrario, una exculpación de las emociones asténicas (como furia, ira, cólera) fomentaría la disminución de la barrera inhibitoria en la población y la disposición para una agresión ciega. Ya esta razón de prevención general explica la limitación del exceso exculpatorio en las emociones asténicas ³⁸.

Y, finalmente, también en el caso de los menores está claro que una sanción criminal no sólo es innecesaria preventivamente, sino, incluso, extremadamente contraindicada. Un encierro -la multa queda descartada- no produciría nada positivo, sino que traería consigo graves daños para los menores. Tampoco existe una razón de prevención general para ello, pues hoy hay un consenso social de que se puede educar a niños con otros medios. Además, las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación.

VII. Culpabilidad y necesidad preventiva de castigo como requisitos comunes de la responsabilidad

De lo dicho resulta que aquello que generalmente llamamos exclusión de la culpabilidad, si bien se basa en parte en la falta o sólo en la disminución de la culpabilidad, en parte también lo hace en consideraciones de prevención especial y general sobre la posibilidad de prescindencia de la pena. En una formulación positiva esto significa: para la imputación subjetiva de un actuar ilícito deben concurrir la culpabilidad del autor y una necesidad preventiva de castigo. Por ello es mi propuesta llamar a la categoría del delito que sigue al injusto no "culpabilidad" sino "responsabilidad". Pues en la teoría de la imputación subjetiva deben ser integrados junto a la culpabilidad también aspectos preventivos, de modo que la culpabilidad sólo constituye un aspecto parcial, si bien esencial, de lo que yo denomino "responsabilidad". Todo esto tiene importantes efectos en la fundamentación dogmática de nuestro derecho penal, pero también en el alcance práctico de las posibilidades de eximición de la pena. Sólo puedo exponer brevemente esto para finalizar mi ponencia.

1. Las consecuencias dogmáticas de esta concepción

Para la discusión dogmático-penal fundamental resulta la siguiente conclusión: de este modo se hace fértil la teoría de los fines de la pena y, con ella, la orientación político-criminal central de nuestro derecho penal para la teoría general del delito. Según mi teoría de la concepción del fin de la pena, ésta se justifica sólo a partir de la combinación de la culpabilidad con la necesidad de prevención ³⁹. Para la determinación de la pena, esto significa que cada pena presupone culpabilidad y no debe superar la medida de la culpabilidad, y que la pena debe ser también siempre preventivamente imprescindible. La pena puede quedarse atrás de la medida de la culpabilidad, si las necesidades preventivas hacen innecesario un agotamiento de la medida de la culpabilidad e incluso lo hacen parecer desaconsejable ⁴⁰. En este ámbito no puedo fundamentarla más detalladamente, pero la tesis es difícilmente cuestionable si se parte de la opinión, hoy casi unánime, de que la pena no tiene que servir como retribución en el sentido de una compensación de la culpabilidad con fundamentos metafísicos ⁴¹.

Yo transfiero esta concepción del fin de la pena a la teoría de la responsabilidad, exigiendo aquí también junto a la culpabilidad siempre una necesidad preventiva de castigo, que por cierto en el caso normal ya resulta de la amenaza penal. Esta transferencia debiera ser en realidad autoevidente, porque en la categoría de la responsabilidad se decide principalmente sobre la punibilidad del autor, y para ello sólo puede ser válido, para que tenga sentido, lo que está indicado por la teoría del fin de la pena. Si la doctrina tradicional prueba sólo la "culpabilidad" del autor en conexión con el injusto, esto se funda en una concepción del fin de la pena hace tiempo dominante pero actualmente superada, que apunta a la pura retribución y, en presencia de la culpabilidad, exige un castigo, aun cuando no existe ninguna necesidad social para ello. Casi nadie defiende esto hoy, pero sus consecuencias dogmático-penales todavía deben ser reconocidas.

Si se sigue mi opinión, se adopta una posición liberal, acorde al Estado de derecho, que coloca al poder penal estatal límites tan estrechos, como sea socialmente justificable. No se puede penar ni aun en caso de una gran necesidad de prevención especial o general, cuando el autor actúa sin culpabilidad. Incluso cuando exista una culpabilidad -disminuida-, se debe desistir de la pena si lo permiten las necesidades preventivas, naturalmente no según el criterio personal del juez, sino según disposiciones legislativas o decisiones valorativas de la ley. Es por lo tanto falso afirmar que mi concepción de la responsabilidad disminuye la protección del individuo ante intromisiones estatales otorgada con el principio de culpabilidad ⁴². Por el contrario, la refuerza incorporando como otro límite la imprescindibilidad preventiva ⁴³.

2. Sus consecuencias jurídico-prácticas

También las consecuencias jurídico-prácticas que se derivan de la concepción de la responsabilidad para la punibilidad y la exclusión de la punibilidad son mayores de lo que a menudo se supone. Se me podría reprochar que interpreto un poco diferente muchas de las hasta ahora denominadas causas de disculpa, haciendo referencia al efecto preventivo en la eximición de la pena -pero que esto no afecta al resultado y por eso no es tan importante-; o que, en el caso individual, hay que aceptar o rechazar, por ejemplo, la aplicación del § 35 -parágrafo treinta y cinco-, indiferentemente de si la eximición de la pena sólo se basa en consideraciones sobre la culpabilidad o también en puntos de vista preventivos. A una bagatelización semejante de mi concepción yo tendría tres objeciones: en primer lugar, la mayoría de los casos de una presunta acción inculpable sólo se pueden explicar realmente si se reconoce qué elementos preventivos allí se esconden. El § 35 I 2 -parágrafo treinta y cinco, párrafo uno, frase dos-, la limitación del § 33 -parágrafo treinta y tres- a las emociones asténicas o el límite mismo para la imputabilidad, como se ha demostrado, no se pueden comprender correctamente si sólo se los observa desde el aspecto de la culpabilidad. Enseñar a entender correctamente el derecho corresponde a uno de los más importantes trabajos de conocimiento de nuestro instrumental dogmático.

En segundo lugar, la acción combinada de necesidades de culpabilidad y de prevención permiten una cuidadosa ampliación de la eximición de la pena a causas teóricamente de pura exclusión de la culpabilidad como el error de prohibición del § 17 -parágrafo diecisiete- o la inimputabilidad del § 20 -parágrafo veinte-. Yo lo comprendo así:

El § 17 -parágrafo diecisiete- concede una eximición de la pena en caso de un error de prohibición inevitable. Pero un error de prohibición no es prácticamente nunca absolutamente inevitable, porque uno puede consultar durante tanto tiempo con

distintivos expertos hasta hacer aparecer dudas sobre la legalidad del propio comportamiento. Si tales dudas no fueran manifiestas para nadie, entonces una prohibición penal, de la que nadie se puede enterar, sería nula según el principio de determinación de la ley penal. En una interpretación tan rigurosa, a la que tiende la jurisprudencia ⁴⁴, casi no hay lugar para un error de prohibición que libere de la pena. Pero sería más sensato desde el punto de vista político-criminal una interpretación que suavice la severidad de la teoría de la culpabilidad y que no exija del autor más que la medida normal de fidelidad jurídica que se pide de una persona socialmente integrada ⁴⁵. Según esto, el error de prohibición de quien, como lo expresa el art. 20 -artículo veinte- del Código Penal Suizo, "por razones suficientes ha supuesto estar autorizado para el hecho" -qué razones son "suficientes" no puede ser detallado aquí-, y atendiendo a que una sanción penal no resulta preventivamente necesaria, debe ser considerado como relativamente inevitable y con ello excluyente de la responsabilidad.

De modo semejante se puede suponer una exclusión de la responsabilidad en las zonas límites de la inimputabilidad, incluso cuando tal vez haya existido un resto de capacidad de motivación y conducción. Con esto se solucionaría también la dificultad que siempre existirá de una exacta delimitación entre exclusión de la culpabilidad y grave disminución de la capacidad de culpabilidad.

En tercer lugar, y para concluir, sólo es posible explicar satisfactoriamente los casos de la, hoy así denominada, exclusión supralegal de la culpabilidad mediante la inclusión de puntos de vista preventivos en la exclusión de la responsabilidad. Tomo como ejemplo el "caso de la eutanasia" (BGH *NJW* 1953, 513 s.), en el que hoy es ampliamente reconocida la exclusión supralegal de la culpabilidad ⁴⁶. Se basa en un hecho en el que médicos, en el marco de un programa nacionalsocialista para el asesinato de enfermos mentales, ayudaron a la "selección" de algunos enfermos y con ello cometieron el delito de homicidio en calidad de cómplices. Pero según su declaración irrefutable, sólo lo habían hecho para salvar a la gran mayoría de los enfermos mentales, pues si hubieran negado su colaboración, habrían sido reemplazados por individuos complacientes del régimen, con la consecuencia de que todos los enfermos mentales hubieran estado perdidos. Aquí hay que rechazar una causa de justificación, porque nadie, independientemente del motivo, puede tender su mano al homicidio y porque, en realidad, tampoco se puede saber qué hubiera pasado si todos los médicos, de manera consecuente, hubieran negado su colaboración en estos hechos ⁴⁷. Tal vez no hubiera pasado nada. A pesar de ello, la opinión mayoritaria aboga -yo creo que con razón- por una absolución de los médicos, y la basa en una exclusión supralegal de la culpabilidad. Esta exclusión de la culpabilidad no se puede fundamentar si se parte de la base que los médicos podrían haber negado su colaboración sin peligro alguno, porque entonces, sin dudas, existiría la posibilidad de actuar de otra manera. De modo que las razones para la eximición de pena quedan sin aclaración.

Ella sólo se puede fundar correctamente en el reconocimiento de que, si bien los autores eran culpables, en un conflicto de este tipo se debe negar la necesidad preventiva de una sanción, pues no existe una necesidad de influencia preventivo-especial sobre los autores. Su culpabilidad se basa en una situación histórica única, que no se repetirá en sus vidas. Además, sus conductas fueron guiadas por la tendencia favorable al bien jurídico de conservar la vida en la medida de lo posible. Y, finalmente, los autores no tenían entonces a nadie que les dijera lo que hoy sabemos: que el pactar con el delito también involucra en la culpabilidad a quien quiere evitar lo más grave. Por todas estas razones falta también una necesidad preventivo-general de sanción, de modo que el Estado puede ser tolerante y desistir de hacer penalmente responsables a los autores. Pero lo que está excluido aquí es la responsabilidad y no la culpabilidad ⁴⁸.

También se puede fundar una exclusión de la responsabilidad, dado el caso, en el ámbito de protección de las garantías constitucionales, lo que no sería posible limitándose a puras consideraciones sobre la culpabilidad. Un acto de conciencia se encuentra en el ámbito de protección del art. 4 GG -artículo cuatro de la Ley Fundamental de Bonn- y, la, así llamada, desobediencia civil, como sucede en las sentadas bloqueadoras por motivos éticos, en los *go-ins*, etc., en el de los art. 5 y 8 GG -artículos cinco y ocho de la Ley Fundamental-. En el marco de protección de estas garantías constitucionales se debe decidir mediante una ponderación, si, en el caso individual, la ley penal debe ser impuesta o si el ámbito de alcance de la garantía constitucional puede conducir a un desistimiento de la pena. Esto lleva a que, naturalmente en caso de delitos leves y en límites relativamente estrechos, sea posible una exclusión de la responsabilidad, a pesar de que la culpabilidad del autor deba ser afirmada en estos casos. Pues en una democracia respetuosa del Estado de derecho, las consideraciones especiales no deben dar lugar a la violación de leyes vigentes. Pero sí se puede tener una tolerancia que excluya la responsabilidad, en tanto esto sea preventivamente sostenible; y lo es a menudo en el caso de hechos leves porque así se puede evitar que disconformes sociales caigan en el radicalismo, y, de este modo, fomentar la paz interior.

¡Permítanme aún esbozar las consecuencias prácticas a través de dos ejemplos! Supongamos que en el caso de un amenazante peligro de epidemia se dicta una ley según la cual, bajo sanción, todos están obligados a dejarse vacunar contra el cólera. Si alguien se niega a esta vacuna por razones de conciencia, es culpable; pues él debe y puede conducirse de otra manera. Pero, en todo caso, él puede invocar una garantía constitucional (art. 4 GG -artículo cuatro de la Ley Fundamental-). Si se considera la importancia de la garantía en relación al daño amenazante, resulta que el autor puede ser disculpado si su negativa, por ser una situación aislada, no representa un peligro para la salud pública ⁴⁹. No existe una necesidad preventiva de castigo, y esto permite la tolerancia estatal y la exclusión de la responsabilidad.

En mi segundo ejemplo, que se basa en un hecho real ⁵⁰, miembros de un movimiento pacifista, para protestar contra el rearme, ingresaron a un terreno militar americano abandonado, pero alambrado, pusieron allí ovejas a pastar y plantaron un árbol. Esta acción, más bien conmovedora, era lamentablemente una violación de domicilio punible, y por esta violación de domicilio y el daño al alambrado se castigó a los pacifistas. Si se sigue mi concepción, se podría haber concedido aquí una exclusión de la responsabilidad ⁵¹. Pues si bien los autores son culpables en el sentido de la ley, dado que ellos se movían en el ámbito de protección constitucional de la libertad de opinión y reunión (art. 5 y 8 GG -artículos cinco y ocho de la Ley Fundamental-) y que no se ocasionó un daño considerable, se les podía conceder benevolencia. Tales ejemplos, cuya lista se podría ampliar fácilmente, pueden mostrar que mi concepción, como la he presentado, no tiene poca importancia jurídico-política.

VIII. Conclusión

Llego al final. Mi conclusión es: el principio de culpabilidad es penalmente efectivo tanto en la imputación objetiva como en la subjetiva. En el marco de la imputación subjetiva, que estuvo en el centro de mi exposición, la culpabilidad es un actuar injusto a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma. Aquello que tradicionalmente llamamos "actuar sin culpabilidad" (es decir, exclusión de la culpabilidad o disculpa) no es sólo la falta de capacidad de reaccionar ante la norma sino, a menudo, también una exclusión de la responsabilidad basada en la falta de necesidad preventiva de sanción, en vinculación con una culpabilidad atenuada. Todo lo que se enuncia con estas concisas fórmulas, he tratado aquí de explicarles más detalladamente.

Texto de los párrafos del Código Penal alemán citados en este trabajo

Error de prohibición § 17: Si al momento de comisión del hecho le falta al autor la conciencia de estar cometiendo un injusto, actúa sin culpabilidad si no pudo evitar este error. Si el autor pudo evitar el error, entonces la pena puede ser reducida según el § 49 párrafo 1.

Inimputabilidad del menor § 19: Es inimputable quien en el momento de comisión del hecho no tiene aún 14 años.

Inimputabilidad por trastornos mentales § 20: Actúa sin culpabilidad quien al momento de comisión del hecho, debido a un trastorno mental morbos, una profunda perturbación de la conciencia o demencia u otra grave alteración mental, no es capaz de comprender la criminalidad del acto o de actuar según ese conocimiento.

Exceso en la legítima defensa § 33: Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión, temor o susto, no será castigado.

Estado de necesidad disculpante § 35: 1. Quien comete un hecho antijurídico para impedir un peligro inminente, que no podía ser evitado de otro modo, para la vida, cuerpo o libertad propia, de un familiar o de una persona cercana, actúa sin culpabilidad. Esto no tiene aplicación, si el autor, según las circunstancias, ya sea porque él mismo produjo el peligro o porque se hallaba en una relación jurídica especial, se le podría haber exigido soportar el peligro; pero la pena puede ser reducida según el § 49 párrafo 1, si el autor debía soportar el peligro aunque no en consideración de una relación jurídica especial. 2. Si en la comisión del hecho el autor parte de circunstancias erróneas que lo exculparían según el párrafo 1, sólo será castigado si él podría haber evitado el error. La pena se reducirá según el § 49 párrafo 1.

Notas

* Traducción de Elena Carranza y Fabricio Guariglia.

1. Pruebas sobre la discusión de medidas penales contra agrupaciones de personas en Roxin, *Allgemeiner Teil I*, 1994, § 8, N° marg. 56-56c.
2. Schmidhäuser presenta una selección de importantes obras desde el punto de vista penal en: *Verbrechen und Strafe*, 1995.
3. Roxin, *AT I*, 1994, § 7, N° marg. 56.
4. Roxin, *AT I*, 1994, § 19, N° marg. 1
5. Roxin, *AT I*, 1994, § 11, N° marg. 41, 43 ss.
6. Jescheck/Weigend, *AT*, 1996, § 55 II 3.
7. Maurach/Gössel, *AT 2*, 1989, 43/17 ss.
8. Roxin, *AT I*, 1994, § 24, N° marg. 13.
9. Así la formulación jurisprudencial dominante en la sentencia fundamental BGHSt 2, 194, 200.
10. Roxin, *AT I*, 1994, § 19, N° marg. 3
11. Gallas, *ZStW* 67 (1955), 45.
12. Jescheck/Weigend, *AT*, 1996, § 38 II 5.
13. Wessels, *AT*, 1996, N° marg. 401.
14. En su formulación más actual: Schmidhäuser, *Jescheck-FS*, 1985, 485 ss.
15. Más en detalle Roxin, *AT I*, 1994, § 19, N° marg. 22 ss.
16. Schopenhauer, *Über die Freiheit des Willens* (1839), Obras Completas, ed. por Frh. v. Löhneysen, Tomo 3, 1962, 618.
17. Graf zu Dohna, *ZStW* 66 (1954), 505 ss., 508.
18. Heinitz, *ZStW* 63 (1951), 57 ss., 74.
19. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963, (1965), 54 s.
20. Figueiredo Dias, *ZStW* 95 (1983), 240, 242; exposición más detallada en su libro *Libertade, culpabilidade, direito penal*, 1983.
21. Cf. la crítica a Engisch por Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1976, 279 s.
22. Roxin, *AT I*, 1994, § 19, N° marg. 29 ss.
23. Jakobs, *AT*, 1991, 17/18 ss.
24. Jakobs replica (en: *Das Schuldprinzip*, 1993, 30) a este reproche, que él sólo describe las instrumentalizaciones propias de la concepción vigente de culpabilidad. Pero yo niego justamente que nuestro Derecho Penal se base en un concepto de culpabilidad semejante, tangencial a la dignidad humana.
25. Cf. con distintos matices Blei, *AT*, 1983, § 46; Jescheck/Weigend, *AT*, 1996, § 37 I 2 b; Maurach/Zipf, *AT I*, 1992, 30/1 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner, 1991, antes de § 13, N° marg. 114 ss.; Welzel, *Strafrecht*, 1969, 139 ss.; Wessels, *AT*, 1996, N° marg. 401.
26. Así también Jescheck/Weigend, *AT*, 1996, § 37 I 2 b; Jescheck, *LK*, antes de § 13, N° marg. 74 con más documentación.
27. Bockelmann, *ZStW* 75 (1963), 388; Dreher, *Die Willensfreiheit*, 1987, 15 y ss.; Griffel, *GA* 1989, 193; Jescheck/Weigend, *AT*, 1996, § 37 I 1; Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, 273 y ss.; Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1976, 127, 279; Mangakis, *ZStW* 75 (1963), 499 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner, 1991, antes de § 13, N° marg. 110; Stratenwerth, *ZStW* 85 (1973), 490.
28. Así Bauer, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, 1957, 17 ss.; el mismo, *Vom kommenden Strafrecht*, 1969, 59 ss.; Danner, *Gibt es einen freien Willen?*, 1977, 165 ss.; Kargl, *Kritik des Schuldprinzips*, 1982, 252 ss.; Streng, *ZStW* 101 (1989), 273 ss.
29. Lackner, *Kleinknecht-FS*, 1985, 249; Roxin, *AT I*, 1994, § 19, N° marg. 34 ss., con más documentación de la doctrina.
30. En el mismo sentido Hirsch, *NDP* 1996, 38 y ss., quien resume en forma precisa: "Una prueba empírica para la existencia del libre albedrío humano no ha sido ofrecida y ella tal vez no sea obtenida nunca" (*NDP* 1996, 41). Curiosamente, él se dirige contra mi

concepción acerca de que la libertad de la voluntad sería una "imposición normativa", a pesar de que él, en total coincidencia con la concepción aquí defendida, funda la afirmación de la libertad en "que, en la realidad social, el hombre vive, se concibe y actúa como un ser indeterminado. A partir de esta base, el hombre regula la relación con su entorno de acuerdo con su punto de vista" (*NDP* 1996, 43).

31. Cf., por ejemplo, Dreher, *Die Willensfreiheit*, 1987, 52 ss.; el mismo, Spindel-FS, 1992, 13; Griffel, *ZStW* 98 (1986), 29 ss.; el mismo, *GA* 1989, 193 ss.; Schönemann, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, 163, 166; el mismo, *GA* 1986, 293 ss.; el mismo, *GA* 1989, 147 ss. Aunque todos ellos admiten que el libre albedrío no es demostrable empíricamente.
32. Más en detalle Roxin, *AT I*, 1994, § 19, N° marg. 34 ss.
33. De otro modo no se necesitaría el § 35, a lo que se refiere acertadamente P. A. Albrecht, *Rasch-FS*, 1993, 63.
34. Sobre la crítica fundamental a esta ficción legal cf. *LK-Lange*, § 19, N° marg. 2; otros autores como *LK-Jähnke*, § 19, N° marg. 1.
35. Fundamentalmente de acuerdo sobre todo Jakobs, *AT*, 1991, 20/1; Timpe, *Strafmilderungen des allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, 277 s.; el mismo, *JuS* 1984, 860, que sin embargo rechaza el componente de influencia preventivo-especial. Más detalles en Roxin, *AT I*, 1994, § 22, N° marg. 12.
36. Recientemente ha objetado Hirsch (*NDP* 1996, 35) contra el recurso a la falta de una necesidad punitiva preventiva que "por detrás de la diferenciación hay distintos grados de carga psíquica de grupos sociales y que un remanente de culpabilidad, tal vez todavía existente queda obviamente fuera de consideración a causa de su insignificancia". ¿Pero cómo debe aquél que, según el § 35 I 2, ha "provocado él mismo" un peligro o, como soldado joven reclutado compulsivamente, "se halla en una posición jurídica especial", soportar por ello una carga psíquica mayor que otros seres humanos? También la falta de consideración de una culpabilidad mínima puede referirse, por supuesto, a la carencia de necesidad de punir.
37. Cf. Roxin, *AT I*, 1994, § 22, N° marg. 1 ss.
38. En lo esencial de acuerdo Jakobs, *AT*, 1991, 20/28; Timpe, *JuS* 1985, 119.
39. De acuerdo Amelung, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, 98; Lackner, *Keinknecht-FS*, 1985, 262; Schneider, *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips*, 1991, 56 ss.; Schönemann, como nota 6, p. 169.
40. De acuerdo Haft, *AT*, 1995, 123.
41. Más en detalle Roxin, *AT I*, 1994, § 3, N° marg. 46 ss. y § 19, N° marg. 1 ss.
42. Así, empero, Hirsch (*NDP* 1996, 33-38). Él opina que faltaría en mi concepción una fundamentación independiente de la culpabilidad, pues ella se fundaría a través del "recurso a la... prevención sólo reconocida como legitimación de la pena". Pero con ello, el concepto de culpabilidad no puede realizar tampoco una función limitadora e independiente, especialmente frente a necesidades preventivas, dado que él mismo está predeterminado por la prevención" (Hirsch, *NDP* 1996, 36). Por supuesto, esta es una maliciosa interpretación de mi doctrina. Pues yo determino la culpabilidad absolutamente libre de conceptos preventivos, como "obrar antijurídico a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma" (Roxin, *AT I*, 1994, § 19, N° marg. 34 ss.) y limito a través de ella la pena de la pena de la misma manera a como lo hace cualquier luchador consecuente por el principio de culpabilidad. Con la proposición de que la culpabilidad sólo sirve como límite de la injerencia no se discute que ella es un presupuesto constitutivo de la pena. Se discute sólo que *ella legitime una retribución*, y se discute también que la culpabilidad funde *por sí sola* la pena: *ella es condición necesaria, pero no suficiente de la pena*. Debe refutar ambas tesis quien quiera tomar exitosamente una posición contraria.
43. Más en detalle Roxin, *AT I*, 1994, § 19, N° 8 marg. 5 s.
44. Cf. sólo BGHSt 2, 2001; 21, 21.
45. Cf. sobre todo el tema más en detalle Roxin, *AT I*, 1994, § 21, N° marg. 37 ss.
46. Más en detalle con diversos puntos de vista sobre ello, Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, 69; Jescheck/Weigend, *AT*, 1996, § 47 I 2; Küper, *JuS* 1981, 785, 793; Roxin, *AT I*, 1994, § 22, N° marg. 144, siempre con más indicaciones.
47. Dando las pautas Küper, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, 57 ss.
48. Más en detalle Roxin, *AT I*, 1994, § 22, N° marg. 144.
49. Maunz/Dürig/Herzog, *GG*, Art. 4, N° marg. 157; Roxin, *AT I*, 1994, § 22, N° marg. 113.
50. OLG Stuttgart *NStZ* 1987, 121 con comentario de Lenckner, *JuS*, 349, 355.
51. Roxin, *Schüler-Springorum-FS*, 1993, 444, 452 ss.